
Religion et cours de natation

Lucius CAFLISCH*

Professeur honoraire

l'Institut de Hautes Études Internationales et du Développement. Genève

caflisch.lida@bluewin.ch

Sommaire : 1. INTRODUCTION. 2. L'AFFAIRE OSMANOĞLU : FAITS ET PROCEDURE. 3. LA PRATIQUE DES ETATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE. 4. LE JUGEMENT DE LA COUR DE STRASBOURG. a) Généralités. b) Existence d'une ingérence. c) Justification de l'ingérence. i) Base légale. ii) But légitime. iii) Mesure nécessaire dans une société démocratique?. La thèse des requérants. Les arguments du Gouvernement. Le jugement de la Cour. 5. COMMENTAIRES

1. INTRODUCTION

Le destinataire de la présente contribution et l'auteur de celle-ci se sont rencontrés il y a presque trente ans à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève. Les produits de cette rencontre furent un travail de diplôme consacré à un sujet qui, alors, était d'une grande actualité – l'exploitation des richesses minérales de l'Antarctique¹ – ainsi qu'une amitié qui a surmonté les vicissitudes de l'éloignement et du temps. La production scientifique du professeur Bermejo s'est amplifiée par la suite et s'est bientôt étendue à de multiples domaines ; outre sa haute qualité, cette production témoigne de la curiosité intellectuelle de son auteur qui ne s'est jamais laissé enfermer dans tel domaine ou tel autre. Cette constatation autorise le présent contributeur à espérer qu'il lui sera pardonné d'avoir choisi un sujet aussi particulier que celui qui va être traité, sujet qui porte sur l'interprétation et l'application de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950 (ci-après : CEDH ou Convention)². Cette disposition, intitulée « Liberté de pensée, de conscience et de religion », a la teneur suivante :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction,

* Jurisconsulte du Département fédéral des affaires étrangères, Berne (1992-1998) ; juge à la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg (1998-2006) ; membre de la Commission du droit international des Nations Unies (2006-2016).

¹ BERMEJO GARCÍA, R., *L'Antarctique et ses ressources minérales : le nouveau cadre juridique*, 1989.

² Traités européens, n° 5.

ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

L'affaire *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*³, qui sera commenté ci-après, a été jugée par une chambre de la Troisième Section de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : Cour, Cour de Strasbourg ou Cour EDH). Le jugement est devenu définitif le 29 mai 2017. Les requérants avaient, il est vrai, sollicité le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre de la Cour sur la base de l'article 43 de la CEDH, mais le collège prévu à l'article 43.2 a rejeté cette demande.

2. L'AFFAIRE OSMANOĞLU : FAITS ET PROCEDURE⁴

Les deux requérants étaient un couple de citoyens suisses d'origine turque et de confession musulmane. Deux de leurs filles, nées en 1999 et 2001, furent inscrites à une école primaire publique de Bâle-Ville. Des cours de natation formaient une partie du programme obligatoire de l'enseignement, pour laquelle des dispenses ne pouvaient être accordées aux enfants qu'à partir de leur puberté. Les requérants, musulmans pratiquants et conservateurs, refusaient d'envoyer leurs deux filles aux cours de natation en expliquant que leur croyance les empêchait de permettre à leurs enfants d'y participer. Même si le Coran ne prescrit de couvrir le corps féminin qu'à partir de la puberté, expliquaient-ils, leur croyance les obligeait à préparer leurs filles aux préceptes qui leur seraient applicables à partir de leur puberté. Détenteurs de l'autorité parentale, les requérants dénonçaient une violation de leurs droits.

Par lettre du 13 août 2008, le Département de l'instruction du canton de Bâle-Ville, s'appuyant sur l'article 90.9 de la Loi scolaire de ce canton, du 4 avril 1929, menaçait d'amendes les parents si leurs filles ne se présentaient pas aux cours de natation de l'école. Le 30 mars 2010, la directrice de l'école rencontra les parents pour trouver une solution au problème, mais les parents

³ *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*, n° 29086/12, jugement du 10 janvier 2017.

⁴ Jugement, par. 1 à 21.

persistaient dans leur refus malgré de nouveaux avertissements. Les 4 mai et 10 juin 2010, la directrice de l'école demanda au Département de l'instruction d'ouvrir une procédure en vue de prononcer des amendes d'ordre à l'égard des requérants. Le 17 juin, dans le cadre de cette procédure, les parents furent invités à s'exprimer. Le 28 juillet, enfin, des amendes d'un total de Fr. 1'400.- leur furent infligées pour manquement à leurs obligations parentales (Loi scolaire précitée, paragraphes 91.8 et 9)⁵. Un recours contre cette décision fut écarté par la Cour d'appel de Bâle-Ville par décision du 30 mai 2011.

Par arrêt du 7 mars 2012, le Tribunal fédéral suisse rejeta le pourvoi des parents⁶. Ce faisant, il se fonda sur un de ses arrêts récents⁷⁻⁸ et conclut que

⁵ Les dispositions pertinentes de la Loi scolaire, de l'Ordonnance sur les écoles et du Plan d'études du canton de Bâle-Ville sont résumées aux par. 24 à 26 de l'arrêt.

⁶ *X. et Y. c. Département de l'instruction de Bâle-Ville*, 2C_666/2011.

⁷ Arrêt du 24 octobre 2008 dans la cause *X. et Y. c. Conseil des écoles de la ville de Schaffhouse et Direction de l'instruction du canton de Schaffhouse*, ATF 135 I 79 (2C_149/2008). Il s'agissait, dans cet arrêt de principe, des deux fils d'un ressortissant tunisien, alors âgés de onze et de neuf ans, dont le père demanda qu'ils fussent dispensés des cours (mixtes) de natation. La dispense ayant été refusée par les autorités schaffhousoises, le père des deux garçons recourut au Tribunal fédéral en alléguant une violation de la liberté de croyance et de conscience garantie par l'article 15 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Recueil systématique du droit fédéral [RS] 101) et de l'article 9 de la CEDH. Dans sa pratique, le Tribunal avait, jusque-là, reconnu le droit des élèves musulmans à des dispenses des cours de natation (*S.A. et M. c. Conseil d'Etat du Canton de Zurich*, arrêt du 18 juin 1993, ATF 119 Ia 178). Les changements socio-culturels intervenus par la suite avaient amené les autorités cantonales à changer de cap : selon elles, les intérêts en présence dans le contexte actuel ne justifiaient plus l'octroi de telles dispenses, car d'une part il ne s'agissait pas d'un précepte fondamental de la foi musulmane et, d'autre part, l'égalité des sexes et l'exigence de l'intégration sociale demandaient une participation de tous les élèves aux cours de natation.

Le Tribunal fédéral critiqua ce raisonnement dans la mesure où les autorités cantonales avaient affirmé que l'interdiction de participer aux cours de natation mixtes était d'une importance mineure sur le plan religieux. Il admit donc qu'il y avait bel et bien atteinte à la liberté de religion, mais ajouta que cette atteinte ne portait pas sur la liberté de chacun de croire ce qu'il voulait, qui faisait partie de l'essence de la liberté de croyance, mais sur la liberté de manifester vers l'extérieur des convictions fondées sur cette essence, liberté qui, elle, pouvait faire l'objet de limitations si les conditions énoncées à l'article 36 de la Constitution étaient réalisées (présence d'un intérêt public, protection d'un intérêt fondamental d'autrui, proportionnalité de la restriction par rapport au but visé). La pesée des intérêts entre l'obligation de respecter la liberté de manifester des convictions religieuses et d'offrir à tous les enfants une formation de base adéquate, y compris l'enseignement des sports, dont la natation, et le devoir de favoriser l'égalité entre hommes et femmes et l'intégration des ressortissants étrangers conduisait à suggérer que la préférence devait aller à ces derniers éléments dans une société dont, aujourd'hui, la population musulmane figurait en troisième position, après les populations catholique-romaine et protestante. Pour toutes ces raisons le Tribunal fédéral modifia sa jurisprudence, rejeta le recours et donna raison aux autorités schaffhousoises.

⁸ Par la suite, le Tribunal fédéral confirma ce changement de jurisprudence (voir l'arrêt de la Cour EDH, par. 30) : d'abord dans l'arrêt qui a fait l'objet de la présente requête (arrêt du 7 mars

le refus des autorités scolaires d'accorder une dispense aux filles des requérants n'avait pas privé les parents de leur liberté de conscience et de croyance. Ce jugement était longuement motivé, car il devait faire fonction d'arrêt de principe. Selon le résumé qu'en a fait la Cour EDH, le refus d'octroyer des dispenses dans le cas présent portait sans doute atteinte à la liberté de religion, mais l'obligation de suivre des cours de natation reposait sur des bases juridiques solides : le paragraphe 17 de la Loi scolaire, qui prévoit que l'école primaire comprend quatre années d'enseignement et que garçons et filles sont, en règle générale, instruits ensemble ; le paragraphe 22 de cette Loi, qui dispose que la gymnastique est un cours obligatoire de l'école primaire ; le paragraphe 139 qui prescrit qu'au moins trois heures par semaine seront vouées à l'éducation physique ; et le Plan d'études, qui indique les différentes disciplines et les heures qui leur sont consacrées, et qui précise que la natation fait partie de l'éducation physique obligatoire.

Des dispenses peuvent être accordées par la direction de l'école à la demande des enseignants ou des personnes chargées de l'éducation des enfants (Loi scolaire, paragraphe 66.5 et 6) ; l'Ordonnance sur les écoles de Bâle-Ville et une directive émanant du Département cantonal de l'instruction publique règlent les détails. Aux termes de cette Directive⁹, garçons et filles suivent séparément les cours d'éducation physique et de natation à partir de l'âge de la puberté (en principe dès l'âge de dix ans) (point 5.3 de la Directive). Vu ces éléments, le Tribunal fédéral conclut que la mesure prise à l'égard des parents reposait sur une base légale valable.

Quant à l'intérêt public et à la proportionnalité de l'ingérence de l'Etat, le Tribunal fédéral écarta un argument des requérants suivant lequel leurs enfants pouvaient apprendre à nager dans le cadre de leçons privées, estimant que les cours en cause n'avaient pas pour seul but d'enseigner la natation aux en-

2012), puis dans l'arrêt 2C_1079/2012 du 22 avril 2012, où le Tribunal eut à connaître d'une demande de dispense des cours de natation obligatoire pour une élève ayant atteint l'âge de la puberté. Agée de 14 ans et musulmane chiite, cette élève fit valoir que le cours en question était donné par un enseignant masculin et que des hommes pouvaient la voir à travers les fenêtres de la piscine. Le Tribunal fédéral rejeta le recours : l'intérêt privé de la jeune fille devait céder devant l'impératif d'une éducation complète pour tous les élèves indépendamment de leur religion. L'ingérence dans les droits de l'élève en question paraissait du reste relativement peu significative dans le cas d'espèce, où les cours dispensés aux filles étaient séparés de ceux donnés aux garçons ; de plus, la recourante pouvait se changer et se doucher à l'abri des regards et porter un burkini (maillot de bain couvrant l'ensemble du corps, à l'exception des mains, des pieds et du visage).

⁹ Directive du Département de l'instruction, voir le par. 27 du jugement de la Cour EDH.

fants, mais visaient aussi à les soumettre aux conditions environnant cet enseignement, donc à favoriser leur intégration sociale, ce qui présupposait que les dispenses fussent accordées avec parcimonie. En l'espèce, le refus d'octroyer des dispenses était conforme à la pratique du Tribunal fédéral, qui consistait à faire prévaloir les obligations scolaires sur le respect des convictions religieuses d'une partie de la population. Pour cette raison, la comparaison de la présente situation avec celles des dispenses accordées pour des raisons médicales ne tenait pas. Le rejet de leur recours par le Tribunal fédéral amena les parents à saisir la Cour de Strasbourg en alléguant une violation de l'article 9 de la CEDH.

3. LA PRATIQUE DES ETATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE¹⁰

L'on sait que, dans la jurisprudence de la Cour EDH et en particulier celle relative à l'article 9 de la CEDH, la pratique des autres Etats membres du Conseil de l'Europe revêt une certaine importance. En l'espèce, la Cour de Strasbourg mentionna deux arrêts émanant l'un de la Cour constitutionnelle du Liechtenstein, l'autre de la Cour administrative fédérale allemande.

En 2012, la Cour constitutionnelle du Liechtenstein avait accueilli le recours de parents membres de l'Eglise palmarienne¹¹ qui se plaignaient d'une violation de la liberté de religion en raison du refus des autorités de la Principauté d'exempter leurs trois enfants des cours obligatoires de natation¹². La Cour constitutionnelle distingua cette affaire de celle jugée en 2008 par le Tribunal fédéral suisse¹³ car, dans la mesure où les dispenses avaient été sollicitées par des parents non musulmans, l'intérêt public à l'intégration des élèves étrangers dans la société suisse faisait défaut. De plus, elle estima que la menace d'excommunication prononcée par l'Eglise palmarienne était sérieuse et devait être prise en compte. C'est avec ces commentaires que la Cour renvoya l'affaire à l'instance antérieure.

Dans un arrêt rendu le 11 septembre 2013¹⁴, la Cour administrative fédérale allemande rejeta la demande de révision d'une élève musulmane qui, alors

¹⁰ Jugement de la Cour EDH, par. 31 à 32.

¹¹ Eglise chrétienne palmarienne des Carmélites de la Sainte-Face, église parallèle issue d'un schisme avec l'Eglise catholique romaine.

¹² Affaire C., D., E. et F. c. *Cour administrative de la Principauté du Liechtenstein*, arrêt StGH 2012/130 du 29 octobre 2010.

¹³ Il s'agit de l'arrêt ATF 135 I 79 cité à la note 7, qui inaugure la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral.

¹⁴ Décision du 11 septembre 2007, BVerwG 6.C.25.12

âgée de onze ans, s'était vu refuser une demande de dispense des cours mixtes de natation d'un gymnase de Francfort. Selon la Cour, la demanderesse n'avait pas démontré en quoi sa participation aux cours se heurterait aux préceptes de sa religion, l'administration du gymnase l'ayant autorisée à porter un burkini. Elle repoussa l'argument de la demanderesse suivant lequel le port d'un burkini n'effacerait pas les contours de son corps. Elle ne voyait davantage de raison pour l'école d'exclure de son programme des pratiques qui existaient et qui étaient tolérées par la société en dehors des écoles pour la seule raison qu'elles n'étaient pas acceptables pour certains en raison de considérations religieuses. La demanderesse avait également prétendu qu'elle pouvait être touchée accidentellement par des garçons pendant les cours, argument que la Cour rejeta en expliquant que cet écueil pouvait être largement évité par une bonne organisation des cours et des précautions prises par la recourante. Pour terminer, la Cour insista sur la fonction intégrative de l'école qui consistait à promouvoir l'acceptation de mœurs, opinions et idées religieuses et culturelles d'autres personnes, même si elles ne correspondaient pas aux convictions d'une majorité. Au moment où l'affaire *Osmanoğlu* fut jugée par la Cour EDH, la Cour constitutionnelle allemande avait déjà refusé de se saisir d'une plainte contre cette décision¹⁵.

La pratique nationale qui vient d'être exposée était modeste et présentait peu d'utilité pour assister la Cour EDH dans son examen de l'affaire *Osmanoğlu*. D'abord, elle provenait de deux États membres seulement du Conseil de l'Europe et était donc peu représentative. De plus, les attitudes de ces États ne semblaient pas convergentes.

4. LE JUGEMENT DE LA COUR DE STRASBOURG

a) *Généralités*

Fidèle à son habitude lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 9 de la CEDH, la Cour commença par se demander si la mesure attaquée était prévue par la loi interne. Elle s'interrogea ensuite si cette mesure poursuivait un but légitime et si elle était nécessaire dans une société démocratique pour ensuite examiner comment il convenait d'appliquer ses conclusions au cas d'espèce.

¹⁵ Décision du 8 novembre 2016, 1 BvR 3237/13.

b) *Existence d'une ingérence*

Si le Gouvernement défendeur admettait qu'il y avait ingérence dans la liberté garantie à l'article 9 de la CEDH, comme le prétendaient les requérants, il précisa que seule la *manifestation* de convictions religieuses était ici en cause, les décisions contestées ayant exclusivement visé sur l'obligation des requérants d'envoyer leurs filles aux cours de natation, donc l'éducation qu'ils entendaient donner à leurs filles à la lumière d'une interprétation stricte de l'islam. Il estimait que la croyance des requérants et leur choix d'une interprétation stricte de celle-ci n'avaient pas été mis en cause. Les requérants, quant à eux, prétendirent que les autorités s'étaient ingérées sans justification dans le domaine protégé par l'article 9 de la CEDH.

Pour pouvoir être qualifié de « manifestation » de la religion au sens de l'article 9.2, expliqua la Cour EDH, l'acte en cause devait être lié étroitement à la religion ou à des convictions, comme c'était le cas, par exemple, des actes de culte ou de dévotion. Mais la « manifestation » ne se limitait pas à cela, et le requérant n'était pas tenu d'établir qu'il agissait conformément à la religion en question. Les requérants estimaient que la religion leur interdisait de laisser leurs enfants participer à des cours mixtes de natation : même si le Coran en tant que tel n'obligeait à couvrir le corps féminin qu'à partir de la puberté, leur foi leur enjoignait de préparer leurs filles aux règles qui allaient leur être applicables à partir de l'âge de la puberté. Il s'agissait ici, selon la Cour, d'une situation qui touchait au droit des requérants de manifester leur religion (jugement, par. 37 à 42).

c) *Justification de l'ingérence*

i) Base légale

Les requérants concédaient que l'éducation physique était obligatoire aux termes de l'article 68.3 de la Constitution fédérale suisse¹⁶ lu conjointement avec l'article 2.2 de la Loi fédérale du 17 juin 2011 sur l'encouragement du sport et de l'activité physique¹⁷. Les disciplines sportives à enseigner étaient

¹⁶ Selon la disposition en cause, la Confédération « peut légiférer sur la pratique du sport par les jeunes et déclarer obligatoire l'enseignement du sport dans les écoles ».

¹⁷ RS 415.0. Selon cette disposition, « [l]a Confédération encourage l'initiative privée et collabore en particulier avec les fédérations sportives nationales ».

précisées sur le plan cantonal. A Bâle-Ville, la natation faisait partie des disciplines enseignées, mais pas dans toutes les écoles ; on ne pouvait donc prétendre qu'il s'agissait d'une matière obligatoire. De plus, en août 2008 une « Note sur le traitement à réserver aux questions religieuses à l'école » rédigée par le Département de l'instruction de Bâle-Ville avait été distribuée, mais ce texte ne pouvait fournir de base légale suffisante à la naissance d'une obligation juridique de participer aux cours de natation (par. 43 à 45).

Selon le Gouvernement, la justification de l'ingérence au sens de l'article 9.2 de la CEDH résidait dans l'article 62.2 de la Constitution fédérale¹⁸. Il précisa ensuite que, selon le paragraphe 22 de la Loi scolaire de Bâle-Ville du 4 avril 1929, la gymnastique faisait partie de l'enseignement obligatoire ; que, selon le paragraphe 139.1 de la Loi, cet enseignement devait comprendre au moins trois heures par semaine ; qu'en principe, dans les écoles primaires, garçons et filles devaient suivre cet enseignement ensemble (paragraphe 17 de la Loi) ; et que, d'après le Plan d'études établi par les autorités de Bâle-Ville (chiffre 9.3.4), la natation faisait partie de l'enseignement obligatoire de la gymnastique et du sport.

Le Gouvernement de l'Etat défendeur exposa ensuite que, selon le paragraphe 66.1 de la Loi scolaire de Bâle-Ville, les élèves devaient participer à l'enseignement dans toutes les branches obligatoires, à moins de disposer d'une dispense accordée à la demande des enseignants ou des personnes chargées de leur éducation (paragraphe 66.5 et 6) ; les conditions pour l'octroi d'une dispense et la procédure à suivre pour en obtenir une étaient précisées aux paragraphes 34 et suivants de l'Ordonnance sur les écoles du canton de Bâle-Ville ; et les modalités de la prise en compte des sensibilités religieuses dans le cadre faisaient l'objet d'une directive du Département cantonal de l'éducation, dont l'article 5.1 confirmait, selon le Gouvernement, que les cours de natation étaient obligatoires et que des dispenses ne pouvaient être octroyées qu'à des élèves ayant atteint l'âge de la puberté, soit douze ans. Les cours de sport et notamment de natation étaient donnés séparément aux garçons et aux filles à partir de la sixième année de scolarité, donc à l'approche de la puberté (article 5.3 de la Directive). De plus, il résultait de ce texte que les élèves pouvaient, si leurs parents le souhaitaient, couvrir leur corps, se doucher à l'abri des regards et avec les seuls élèves du même sexe ; et les

¹⁸ Aux termes de cette disposition, « [l]es cantons pourvoient à un enseignement de base suffisant ouvert à tous les enfants. Cet enseignement est obligatoire et placé sous la direction ou la surveillance des autorités publiques. Il est gratuit dans les écoles publiques. »

enseignants devaient, dans la mesure du possible, être du même sexe que les élèves (même disposition).

Le Gouvernement ajouta qu'à la lettre a de son paragraphe 91.8, la Loi scolaire disposait que les personnes chargées de l'éducation des enfants ne pouvaient sciemment tolérer que ceux-ci ne se rendaient pas à l'école. Selon le paragraphe 91.9, des amendes pouvaient venir sanctionner des violations de cette obligation.

Sur la base de tous ces arguments, le Gouvernement conclut que l'ingérence subie par les requérants reposait sur une base légale suffisante, conformément à ce qu'exigeait l'article 9.2 de la Convention (par. 46 à 49).

Pour ce qui était de la Cour, les mots « prévue par la loi » ne signifiaient non seulement que la mesure litigieuse devait reposer sur une base légale de droit interne, mais visaient aussi la qualité de la loi qui formait cette base¹⁹. Les mots « prévue par la loi » exigeaient d'abord que cette loi fût accessible : les individus devaient pouvoir en prendre connaissance. De plus, elle devait être suffisamment précise pour permettre aux citoyens de régler leur conduite²⁰.

Nombreuses étaient les lois qui manquaient de précision ; pour beaucoup d'entre elles cela permettait d'éviter une rigidité excessive et de tenir compte d'une réalité changeante. L'interprétation de tels textes dépendait de la pratique²¹.

Dans la présente affaire, la mesure litigieuse reposait sur une base légale suffisante. Le chiffre 9.2.4 du Plan d'études, disponible sur Internet, prévoyait que la natation faisait partie de l'enseignement obligatoire de la gymnastique. Selon le paragraphe 91.9 de la Loi scolaire, des amendes pouvaient être infligées aux contrevenants. Le 13 août 2008, le Département de l'instruction de Bâle-Ville avait averti les requérants qu'ils étaient passibles d'une amende maximale de Fr. 1'000, à la demande de la Direction de l'école, en cas de violation répétée de leurs obligations. Par la suite, des amendes étaient effectivement infligées aux parents. Dès lors, la Cour estima que l'ingérence des autorités bâloises était prévisible pour les requérants. La mesure incriminée était ainsi, selon la Cour, prévue par la loi (par. 50 à 55).

¹⁹ *Leyla Sabin c. Turquie*, [GC], n° 44774/98, jugement du 10 novembre 2005, par. 84 ; *Gorzelik et autres c. Pologne*, [GC], n° 44158/98, jugement du 17 février 2004, par. 64.

²⁰ *Sunday Times c. Royaume Uni (n° 1)*, n° 6538/74, jugement du 26 avril 1979, par. 49. On notera que la Cour parle ici du « citoyen ». Etant donné que l'article 9 de la CEDH s'applique aux personnes de toutes les nationalités, elle aurait peut-être dû faire référence aux « personnes concernées ».

²¹ Ici la Cour renvoie au par. 40 du jugement *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88, du 25 mai 1993.

ii) But légitime

Pour les requérants, une dispense des cours de natation n'aurait compromis ni l'acquisition d'un diplôme scolaire ni les chances professionnelles de leurs filles. De plus, alléguaient-ils, de nombreuses écoles bâloises, pour des raisons d'organisation, n'offraient pas de cours de natation, ce qui permettait de démontrer leur faible importance.

Par ailleurs, expliquaient-ils, leurs filles fréquentaient un cours de natation privé musulman dans un lycée, ce qui, selon eux, prouvait leur volonté de faire apprendre à nager à leurs filles. De ce fait, l'Etat défendeur ne pouvait invoquer l'argument de l'ordre public.

Quant à l'objectif de la formation – la socialisation –, les requérants pensaient que celui-ci se réaliserait principalement ailleurs que dans les cours de natation et que la non-participation à ceux-ci ne marginaliserait pas les élèves. Si les requérants admettaient la nécessité d'intégrer une population étrangère croissante, cette intégration ne devait pas, contrairement à l'avis du Tribunal fédéral, se réaliser triment de la croyance : « lorsque le pays d'accueil fait preuve de tolérance envers leurs convictions religieuses, les étrangers sont prêts à s'intégrer dans la société locale et à accepter les règles de celle-ci »²², ce qui n'était pas le cas, selon les requérants, lorsqu'ils étaient contraints d'envoyer leurs enfants dans les écoles privées, ce qui favorisait la formation de sociétés parallèles indésirables.

Les requérants estimaient avoir démontré que l'intégration ne dépendait pas seulement de la participation de leurs filles à des cours de natation organisés dans le cadre scolaire. Depuis de nombreuses années, les requérants vivaient à Bâle de manière parfaitement intégrée et se soumettaient sans difficulté à l'ordre juridique suisse et à ses principes, autant qu'aux conditions du pays et de la société. Rien d'ailleurs ne démontrait, selon les requérants, que le fonctionnement des écoles serait entravé si des dispenses des cours mixtes de natation étaient accordés, à preuve le fait qu'entre 2000 et 2007, trois dispenses seulement avait été octroyées à des enfants de musulmans de « croyance stricte ». Il n'était du reste pas rare que des parents suisses, chrétiens ou juifs orthodoxes, sollicitaient et obtenaient de telles dispenses²³ (par. 56 à 62).

Le Gouvernement défendeur souligna que le Tribunal fédéral, dans son arrêt en la présente affaire, mit l'accent sur l'intérêt public de l'intégration des élèves indépendamment de leur origine, de leur culture et de leur religion, de même que sur celui de leur socialisation. A cela s'ajoutait, selon l'arrêt en

²² Par. 59 du jugement de la Cour EDH.

²³ *Ibid.*, par. 61.

cause, la volonté de garantir l'égalité des chances des enfants et des sexes en matière d'éducation et de formation. Les intérêts ainsi privilégiés favorisaient la cohésion générale et l'intégration des minorités religieuses. Ils protégeaient les élèves contre l'exclusion sociale au sein de l'école. Les mesures litigieuses poursuivaient les buts légitimes de maintien de l'ordre et de la sécurité ainsi que de protection des droits d'autrui (par. 63).

La Cour suivit l'argumentation du Gouvernement : en faisant mention de l'intégration des élèves, du bon déroulement de l'enseignement, du respect de la scolarité obligatoire et de l'égalité des sexes. La mesure incriminée tendait particulièrement à protéger les élèves étrangers contre l'exclusion sociale. La Cour ajouta que ces éléments pouvaient également servir à protéger autrui au sens de l'article 9.2 de la CEDH²⁴ et conclut que la mesure en cause poursuivait des buts légitimes conformément à cette disposition (par. 64).

iii) Mesure nécessaire dans une société démocratique?

• La thèse des requérants

Pour les requérants, l'obligation de faire suivre des cours mixtes de natation à leurs filles était inappropriée, car cet enseignement n'était pas nécessaire pour achever les objectifs visés – formation, intégration, fonctionnement scolaire ; ces buts pouvaient être atteints par d'autres mesures telles que l'octroi de dispenses à condition que les enfants fussent inscrits à des cours privés de natation. En revanche, le port du burkini n'offrait pas de solution, car il conduisait à stigmatiser leurs filles.

De plus, affirmaient les requérants, l'école dont il s'agissait n'offrait que des cours mixtes. Les requérants auraient suggéré d'inscrire leurs enfants dans une autre école, mais cette suggestion aurait été écartée par les autorités. Celles-ci auraient systématiquement refusé d'accorder des dispenses de cours mixtes de natation, ce qui était clairement démesuré. Dès lors, le refus incriminé était disproportionné et, partant, non nécessaire dans une société démocratique (par. 66 à 68).

• Les arguments du Gouvernement

Selon le Gouvernement, l'arrêt de principe rendu le 28 octobre 2008 par le Tribunal fédéral tenait compte de l'importance croissante attribuée par l'opinion publique aux questions d'intégration et à l'accroissement de la population

²⁴ La Cour cite, *mutatis mutandis*, l'affaire *Dablab c. Suisse*, n° 42393/98, décision du 15 février 2001.

musulmane en Suisse. Cela avait amené le Tribunal fédéral à relever, dans le même arrêt, que l'école était désormais confrontée à une réalité multiculturelle qui demandait un effort accru pour permettre aux enfants provenant de cultures différentes de s'intégrer au mode de vie suisse. C'était, selon le Tribunal, la seule manière de garantir leur participation future à la vie économique, sociale et culturelle, la paix sociale et l'égalité des chances.

Pour le Gouvernement, on devait pouvoir attendre des personnes de nationalité étrangère²⁵ venues en Suisse qu'elles se soumettent à l'ordre juridique suisse. Leurs convictions religieuses ne sauraient les exempter de leurs devoirs. Cela n'impliquait aucune renonciation à la liberté religieuse aussi longtemps que les mesures prises à leur endroit ne touchaient pas à l'essence de cette liberté et qu'il s'agissait de simples conflits entre certains codes de comportement – générées par des conceptions religieuses ou culturelles – et les règles applicables en Suisse.

Le Gouvernement continua en soulignant que l'école jouait un rôle primordial dans l'intégration sociale. Il fallait, prioritairement, dispenser un enseignement obligatoire de base ; en contrepartie, l'école devait offrir un environnement représentatif de la société et s'en tenir au principe de la laïcité. Elle ne devait pas autoriser des exceptions pour répondre à des souhaits particuliers, de nature religieuse ou autre, qui étaient en contradiction avec le programme d'enseignement. Le Gouvernement dit attribuer une importance particulière au sport à l'école en tant que moyen de socialisation des élèves, moyen qui ne pouvait atteindre son but que si les cours étaient enseignés à tous les élèves en commun.

Quant à l'argument des requérants suivant lequel des dispenses étaient octroyés aux enfants de chrétiens fondamentalistes ou de juifs orthodoxes, le Gouvernement affirma que, d'après les renseignements fournis par le Département bâlois de l'instruction, de telles dispenses n'avaient pas été accordées et que seules des dispenses pour des motifs médicaux étaient possibles.

Le Gouvernement précisa en outre que des mesures d'accompagnement avaient été prises : grâce à la jurisprudence établie par le Tribunal fédéral dans son arrêt de principe de 2008²⁶ et à la Directive préparée par le Département de l'instruction de Bâle-Ville²⁷, les filles des requérants pouvaient participer aux cours vêtues d'un burkini ; elles avaient l'assurance de pouvoir se dévêtir ou

²⁵ Voir toutefois la remarque faite à la note 20.

²⁶ Cf. ci-dessus, note 7.

²⁷ Voir ci-dessus.

vêtir et se doucher à l'abri des regards. De plus, les cours étaient donnés, dans la mesure du possible, par une enseignante.

Pour ce qui était de l'argument des requérants que ces mesures d'accompagnement ne suffisaient pas aux exigences des musulmans « de croyance stricte », le Gouvernement expliqua qu'il était fréquent, en Suisse, de voir des corps partiellement dénudés, que ce fût sur les plages, dans les médias ou dans les espaces publics par grande chaleur. Il était d'autant plus important que les enfants apprennent, dès leur jeune âge, à s'habituer à ces aspects de la vie en commun et faciliter ainsi leur évolution dans la société.

Quant à l'argument suivant lequel le port d'un burkini stigmatiserait les filles des requérants, le Gouvernement nota l'absence de toute explication et estima que cette circonstance pouvait en fait leur faciliter la vie car elle montrait aux autres élèves qu'elles avaient leur place au sein de la classe même si leur culture était différente. C'était l'octroi d'une dispensation qui, elle, pourrait avoir un effet stigmatisant.

Selon le Gouvernement, les amendes infligées aux requérants étaient relativement modiques, compte tenu du fait qu'elles avaient été infligées après des contacts réitérés mais infructueux des autorités scolaires avec les requérants. Il estima enfin qu'une grande importance devait être accordée aux décisions des autorités internes, notamment au jugement précité de la Cour administrative fédérale allemande.

Le Gouvernement aboutit ainsi à la conclusion que les mesures incriminées étaient nécessaires dans une société démocratique au sens de l'article 9.2 de la CEDH (par. 69 à 81).

- Le jugement de la Cour

Suivant son habitude, la Cour EDH commença par dégager les *principes applicables* en la matière avant d'étudier leur application au cas d'espèce. Selon elle, la liberté de pensée, de conscience et de religion garantie à l'article 9 de la CEDH représentait un élément-clé de toute société démocratique protégée par la Convention. Dans son acception religieuse, elle figurait parmi les facteurs essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie ; elle était également précieuse pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents²⁸.

²⁸ Ici la Cour cite ses arrêts dans les affaires *Izettin Doğan et autres c. Turquie*, [GC], n° 62649/10, jugement du 26 avril 2016, par. 103 ; *Kokkinakis*, précité (note 21), par. 31 ; et *Dablab* (déc.), précité (note 24).

Si cette liberté concernait d'abord la vie intérieure des personnes protégées, elle comprenait aussi le droit de manifester leur conviction ou leur foi en privé et publiquement. L'article 9.1 énumérait les formes que pouvait prendre la manifestation d'une religion ou conviction : le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites²⁹. Mais cette disposition ne couvrait pas n'importe quel acte inspiré par des motifs religieux et « ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée ou inspirée par sa religion ou ses convictions »³⁰ (par. 82 et 83).

« Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture », poursuit la Cour, « caractérisent une 'société démocratique' ». Quoique les intérêts individuels dussent parfois se subordonner à ceux du groupe, la démocratie ne se ramenait pas à l'idée d'une suprématie sans faille de l'opinion de la majorité ; elle postulait plutôt un équilibre assurant un juste traitement aux individus minoritaires et évitant les abus de positions dominantes³¹. D'ailleurs, aux termes de l'article 9.2, toute ingérence étatique, pour être légitime, devait être nécessaire dans une société démocratique. Cela signifiait que, sauf dans de rares instances, la liberté de religion excluait tout jugement de l'Etat sur la légitimité des croyances ou la manière de les manifester³² (par. 84 à 85).

A l'obligation négative de s'abstenir de tels jugements pouvaient s'ajouter des obligations positives³³. Si la frontière entre les deux était difficile à préciser, les principes applicables étaient néanmoins comparables³⁴. Les obligations positives pouvaient comprendre l'établissement de procédures effectives pour protéger les droits garantis à l'article 9, en particulier la création de mécanismes judiciaires et d'exécution. Dans l'affaire *Savda c. Turquie*³⁵, la Cour EDH avait jugé que les autorités avaient l'obligation positive d'instituer une procédure ef-

²⁹ Sur ce point, la Cour invoque les affaires *Bayatyan c. Arménie*, [GC], n° 23459/03, jugement du 7 juillet 2011, par. 119 ; *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, n° 45701/99, jugement du 13 décembre 2001, par. 114 ; et *S.A.S. c. France*, [GC], n° 43835/11, jugement du 1^{er} juillet 2014, par. 125.

³⁰ Affaire *Leyla Sabin*, précitée (note 19), jugement, par. 105 et 121.

³¹ Affaire *Izettin Doğan et autres c. Turquie* (note 28), jugement, par. 109 ; et, *mutatis mutandis*, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, nos 7601/76 et 7806/77, jugement du 13 août 1981, par. 63 ; *Valsamis c. Grèce*, n° 21787/93, jugement du 18 décembre 1996, par. 27 ; *Folgero et autres c. Norvège*, [GC], n° 15472/02, jugement du 29 juin 2001, par. 84.f ; et *S.A.S. c. France*, jugement cité (note 29), par. 128.

³² *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, [GC], n° 30985/96, jugement du 26 octobre 2000, par. 78.

³³ *Izettin Doğan et autres c. Turquie*, jugement précité (note 28), par. 96 ; *Jakóbski c. Pologne*, n° 18429/06, jugement du 7 décembre 2010, par. 47.

³⁴ *Fernández Martínez c. Espagne*, [GC], n° 56030/07, jugement du 12 juin 2014, par. 114.

³⁵ N° 42730/05, jugement du 12 juin 2012, par. 98.

fective permettant à l'individu de faire constater s'il pouvait ou non bénéficier du statut d'objecteur de conscience³⁶ (par. 86).

La Cour rappela également le caractère subsidiaire du mécanisme offert par la CEDH. Comme elle l'avait déjà affirmé à maintes reprises, les autorités nationales étaient généralement mieux armées que le juge international pour se prononcer sur les situations locales. Là où des questions de politique générale étaient en jeu au sein d'un Etat démocratique, sur lesquelles les avis pouvaient raisonnablement diverger, il fallait prêter une importance particulière aux vues des autorités nationales, en particulier si les rapports entre l'Etat et les religions étaient concernés³⁷. Il n'y avait pas, à travers l'Europe, des vues uniformes sur le rôle de la religion dans la société, et le sens et les effets des actes manifestant une conviction religieuse pouvaient varier d'un pays à l'autre, ce qui signifiait que la réglementation y relative devait, « dans une certaine mesure », être abandonnée à l'Etat concerné, car elle dépendait des conditions prévalant sur le plan national. Dans l'arrêt *Leyla Sabin*³⁸, la Cour EDH avait conclu que l'article 9 de la Convention n'avait pas été enfreint par l'interdiction faite à une étudiante de porter le foulard islamique à l'université (par. 87 à 88).

La marge d'appréciation des Etats Parties à la CEDH était toutefois assortie d'un contrôle européen. La Cour devait rechercher si les mesures adoptées au niveau national se justifiaient et étaient proportionnées³⁹. Ce faisant, elle devait examiner l'ingérence litigieuse dans le cadre de l'affaire dans son ensemble⁴⁰. Pour déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation concédée, la Cour devait tenir compte de la nécessité de préserver le pluralisme religieux, « vital pour la survie d'une société démocratique »⁴¹. Elle pouvait aussi prendre en considération le consensus et les valeurs communes qui se dégagent de la pratique des Etats Parties à la Convention⁴² (par. 89).

³⁶ *Ibid.*, par. 99.

³⁷ Voir notamment *Izettin Doğan et autres c. Turquie*, jugement précité (note 28), par. 112 ; *S.A.S. c. France*, jugement précité (note 29), par. 129.

³⁸ Jugement précité (note 19), par. 109.

³⁹ *Manoussakis et autres c. Grèce*, n° 18748/91, jugement du 26 septembre 1996, par. 44 ; *Leyla Sabin c. Turquie*, jugement précité (note 19), par. 110 ; *S.A.S. c. France*, jugement précité (note 29), par. 131.

⁴⁰ *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, jugement précité (note 29), par. 119 ; *Dablab c. Suisse*, décision précitée (note 24).

⁴¹ *Manoussakis et autres c. Grèce*, jugement précité (note 39), par. 44 ; *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, jugement précité (note 29), par. 119.

⁴² Cf., *mutatis mutandis*, *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, [GC], n° 44362/04, jugement du 22 avril 1997, par. 44 ; *Dickson c. Royaume-Uni*, [GC], n° 44362/04, jugement du 4 décembre 2007, par. 78.

La Suisse n'ayant pas ratifié le Protocole additionnel n° 1 à la CEDH, dont l'article 2 porte sur le droit à l'instruction⁴³; les requérants avaient invoqué l'article 9 de la Convention. Ainsi la Cour devait appliquer cet article. Dans le souci d'être complète⁴⁴, elle jugea toutefois utile de rappeler les principes figurant à l'article 2 du Protocole additionnel n° 1, que la Cour qualifia de *lex specialis* par rapport à l'article 9 de la CEDH en matière d'éducation⁴⁵. La première phrase de l'article 2 garantissait le droit à l'instruction. Sur ce droit venait se greffer le principe selon lequel l'éducation des enfants revient en priorité à leurs parents, qui peuvent demander à l'Etat le respect de leurs convictions religieuses et philosophiques⁴⁶. La seconde phrase de l'article 9 visait « à sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif, essentielle à la préservation de la 'société démocratique' telle que la conçoit la Convention » ; cela impliquait « que l'Etat veille à ce que les informations figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Elle interdit à l'Etat de poursuivre un but d'endoctrinement pouvant être considéré comme ne « respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents »⁴⁷. Le mot « respecter » était plus fort que les expressions « reconnaître » ou « prendre en considération » : en plus d'un engagement de caractère plutôt négatif, il impliquait un devoir positif de l'Etat⁴⁸. Cela dit, la notion de « respect » comprenait celle d'une large marge d'appréciation dont jouissaient les Etats pour juger, en fonction des besoins et des ressources de la communauté, des mesures à prendre pour assurer l'observation de la CEDH. La notion de respect signifie notamment, dans le contexte de l'article 2 du Protocole additionnel n° 1, que cette disposition ne pouvait être interprétée comme autorisant les parents à exiger que l'Etat organise tel ou tel enseigne-

⁴³ Protocole du 20 mars 1952, Traités européens, n° 9. La disposition en cause a la teneur suivante : « Nul 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. »

⁴⁴ Voir, *mutatis mutandis*, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, [GC], nos 39692/09, 40713/09 et 41008/09, jugement du 14 mars 2012, par. 55.

⁴⁵ *Folgerø et autres c. Norvège*, jugement précité (note 31), par. 84 ; *Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06, jugement du 18 mars 2011, par. 59.

⁴⁶ *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, nos 5095/71, 5920/72 et 5926/72, jugement du 7 décembre 1976, par. 52.

⁴⁷ *Folgerø et autres c. Norvège*, jugement précité (note 31), par. 84 ; *Lautsi et autres c. Italie*, jugement précité (note 45), par. 62.

⁴⁸ *Lautsi et autres c. Italie*, jugement précité (note 45), par. 61 ; *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, nos 7511/76 et 7743/76, jugement du 25 février 1982, par. 37.

ment⁴⁹. Enfin, la Convention visait à protéger des droits, non pas abstraits et illusoire, mais concrets et effectifs⁵⁰ (par. 90 à 93).

Après ces considérations de principe, la Cour se pencha sur l'*application des principes* ainsi dégagés à la présente espèce. Elle commença par rappeler que les requérants avaient subi une ingérence dans l'exercice d'un droit protégé par l'article 9 de la CEDH. Il fallait dès lors examiner si le refus des autorités d'accorder des dispenses pour les cours de natation était proportionné et, en particulier, adapté aux buts poursuivis par cette mesure. Cela devait se faire compte tenu de la marge d'appréciation considérable dont disposaient les autorités nationales concernant les rapports entre l'Etat et les religions et notamment si cette question se posait dans le domaine de l'éducation. Si les Etats devaient diffuser les informations sur les programmes scolaires de manière objective, critique et pluraliste, en s'abstenant de tout endoctrinement, ils restaient libres d'aménager ces programmes selon leurs besoins et traditions. Il était vrai en effet que la priorité dans l'éducation des enfants revenait à leurs parents, mais ceux-ci ne pouvaient, en invoquant la CEDH, exiger que l'Etat offre des enseignements dans tel domaine ou tel autre ou qu'il les organise d'une manière déterminée. Cela était d'autant plus vrai que la présente requête était fondée sur l'article 9 de la Convention plutôt que l'article 2 du Protocole additionnel n° 1. La Suisse n'avait pas ratifié cet instrument, ce qui signifiait que les cantons et les communes disposaient de compétences étendues en matière d'organisation et d'aménagement des programmes scolaires (par. 94 à 95).

Quant à la balance à assurer entre les intérêts en présence, la Cour fit siens les arguments présentés par le Gouvernement et les tribunaux internes. Elle accepta l'idée que l'école occupait une position privilégiée dans le processus d'intégration sociale, notamment lorsqu'il s'agissait d'enfants d'étrangers⁵¹. Elle accepta également la thèse selon laquelle, en raison de l'importance de l'enseignement obligatoire pour le développement des enfants, l'octroi de dispenses ne se justifiait qu'exceptionnellement, dans des conditions bien définies et dans le respect de l'égalité de traitement de tous les groupes religieux. En l'espèce, les autorités permettaient l'octroi de dispenses pour des raisons mé-

⁴⁹ *Lautsi et autres c. Italie*, jugement précité (note 45), par. 61 ; *Bulski c. Pologne*, n°s 46254/99 et 31888/02, décision du 30 novembre 2001.

⁵⁰ *Folgerø et autres c. Norvège*, jugement précité (note 31), par. 100 ; *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, jugement précité (note 32), par. 62 ; *Kimlyà et autres c. Russie*, n°s 76836/01 et 32782/03, jugement du 1^{er} octobre 2009, par. 86 ; et *Artico c. Italie*, n° 6694/74, jugement du 13 mai 1980, par. 33.

⁵¹ On rappellera Ici encore qu'il s'agit, en l'espèce, des enfants de personnes naturalisées en Suisse, mais l'argument vaut *a fortiori* pour les enfants d'étrangers.

dicales, ce qui montrait, selon la Cour, que leur approche « n'[était] pas d'une rigidité excessive ». Elle considérait par ailleurs mal étayées les allégations des requérants selon lesquelles des dispenses auraient été accordées à des enfants de parents chrétiens fondamentalistes ou juifs orthodoxes.

Il s'ensuivait que, même si les requérants avaient raison d'affirmer que seul un petit nombre de parents demandaient en fait des dispenses pour des motifs fondés sur la foi musulmane, l'intérêt des enfants à une scolarisation complète permettant une intégration sociale adaptée aux conditions locales devait l'emporter sur le désir des parents de voir leurs enfants exemptés des cours mixtes de natation.

Pour la même raison, l'argument suivant lequel les cours de natation ne figuraient pas aux programmes de toutes les écoles suisses, ni même de celles de Bâle-Ville, devait lui aussi être rejeté. Selon la Cour, l'enseignement du sport, dont la natation formait une partie intégrante, « revêt une importance singulière pour le développement et la santé des enfants ». Cette importance ne se limitait pas à l'exercice d'une activité physique, mais résidait surtout dans le fait que l'activité en cause était exercée en commun et qu'elle était soustraite aux limitations résultant de l'origine des enfants ou des convictions religieuses ou philosophiques des parents (par. 96 à 98).

La Cour rappela du reste qu'elle respectait les particularités du fédéralisme tant qu'elles demeuraient compatibles avec la Convention⁵². Par conséquent, les requérants ne pouvaient faire état du fait que les programmes scolaires, qui étaient arrêtés par les cantons et les communes, ne comprenaient pas tous la natation comme branche obligatoire (par. 99).

S'agissant de l'argument selon lequel les filles des requérants suivaient des cours privés de natation, la Cour observa que le but des cours publics ne se limitait pas à l'activité physique commune mais visait surtout à faire apprendre en commun. Exempter les enfants dont les parents avaient les moyens financiers pour leur payer des cours privés créerait une inégalité au détriment des enfants qui n'avaient pas cette possibilité (par. 100).

La Cour ajouta que les autorités avaient offert des aménagements significatifs aux requérants : possibilité pour leurs filles de couvrir leurs corps avec un burkini, possibilité pour elles de se dévêtir à l'abri des regards extérieurs.

⁵² *Mouvement raélien suisse c. Suisse*, [GC], n° 16354/06, jugement du 13 juillet 2012, par. 64 ; et, *mutatis mutandis*, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, jugement du 7 décembre 1976, par. 54 ; affaire relative à *Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* (fond), nos 1474/62, 1677/62 et 1691/62, jugement du 23 juillet 1968, par. 10.

Les requérants avaient allégué, il est vrai, que le port du burkini avait un effet stigmatisant, mais, comme l'avait fait observer le Gouvernement, ils n'avaient apporté aucune preuve de cette affirmation. Bien au contraire, l'on pouvait penser que cet aménagement était de nature à réduire l'impact redouté de la participation aux cours mixtes de natation sur les parents.

Dans l'affaire *Lautsi et autres*⁵³, où les parents s'étaient plaints de la présence de symboles religieux dans la salle de classe de leurs enfants, la Cour avait attribué beaucoup d'importance au fait que l'Italie avait ouvert l'espace scolaire à des religions autres que le christianisme⁵⁴. De plus, rien ne suggérait une quelconque intolérance des autorités italiennes à l'égard d'autres religions, de non-croyants ou d'élèves ayant des convictions philosophiques ne se rattachant pas à une religion. Dans le présent cas, rien n'indiquait que les filles des requérants auraient été gênées dans l'expression de leurs convictions religieuses autrement que lors des cours mixtes de natation (par. 101 à 102).

Une autre question à résoudre était celle de la proportionnalité des sanctions, à savoir des amendes infligées aux parents pour chacune des filles, la somme totale se montant à Fr. 1'400.- Compte tenu du fait que les recourants avaient été dûment informés par les autorités de l'importance de l'objectif poursuivi par elles – intérêt des enfants, socialisation et intégration –, ces amendes ne pouvaient être taxées de disproportionnées (par. 103).

Se tournant enfin vers l'obligation, inhérente à l'article 9 de la Convention, de mettre en place une *procédure effective* pour protéger les droits garantis par cette disposition, en particulier un mécanisme judiciaire et exécutoire⁵⁵, la Cour rappela que les autorités avaient publié une directive sur le traitement à accorder aux questions religieuses, où les requérants pouvaient trouver les informations pertinentes. Puis les autorités les avaient avertis qu'ils seraient mis à l'amende si leurs enfants ne se présentaient pas aux cours de natation. Enfin, ce n'était qu'après avoir mené des entretiens avec les parents que les autorités s'étaient résolues à sanctionner l'absence des deux filles par des amendes qui étaient prévues par le droit interne et que les requérants ont pu contester devant la Cour d'appel de Bâle-Ville, puis devant le Tribunal fédéral. A l'issue de procédures contradictoires équitables, ces juridictions sont parvenues à la conclusion que l'intérêt public commandait une application intégrale du programme scolaire obligatoire et que cet intérêt devait l'emporter sur l'intérêt

⁵³ Jugement précité (note 47).

⁵⁴ *Ibid.*, par. 74.

⁵⁵ Jugement précité (note 35) dans l'affaire *Savda c. Turquie*, par. 98.

privé des requérants d'obtenir des dispenses pour leurs enfants. Les requérants avaient donc bénéficié d'une procédure effective permettant de faire examiner le bien-fondé de leur demande de dispense sous l'angle de l'article 9 de la CEDH (par. 104).

La Cour aboutit ainsi à la conclusion qu'en maintenant l'obligation de suivre intégralement le programme scolaire obligatoire et en faisant prévaloir leur intégration sur l'intérêt privé des parents de voir leurs filles exemptées des cours mixtes de natation, les autorités nationales n'avaient pas dépassé la marge d'appréciation considérable dont elles disposaient (par. 105).

5. COMMENTAIRES⁵⁶

Sans doute l'article 9 de la CEDH se trouve-t-il au coeur du jugement qui vient d'être examiné. L'article 2 du Protocole additionnel n° 1 de 1952 n'était pas applicable, la Suisse n'ayant pas ratifié le Protocole, notamment en raison du fait qu'en Suisse, Etat fédéral, l'éducation relève des compétences cantonales et communales⁵⁷. Il est également incontesté que l'on se trouve en présence, non pas d'une atteinte possible à la liberté de religion en tant que telle, mais d'une entorse à la liberté de *manifestar* une religion.

Il n'y a, selon la Cour, aucun doute sur le point de savoir si la mesure incriminée est prévue par la loi : il existe de la législation fédérale, cantonale et communale sur l'enseignement obligatoire, sur les cours de culture physique et, en particulier, sur l'enseignement de la natation. Cette législation est suffisamment précise et accessible aux individus. Quant au deuxième point – le but légitime de cette législation –, la Cour fait sienne l'argumentation du Gouvernement. Le point essentiel, selon elle, n'est pas l'exercice commun d'une activité physique, mais les effets qu'elle peut et doit produire : l'intégration des

⁵⁶ Pour une analyse positive du jugement de la Cour, voir S. Progin-Theuerkauf, « Zur obligatorischen Teilnahme von muslimischen Schülerinnen am gemischten Schwimmunterricht », *sui generis* 2017, pp. 32-41 (38-41). Pour un commentaire critique, voir C. Foltzenlogel, « Integration and Parental Rights. Comment on Osmanoglu v. Switzerland », <<https://edg.org/religious-freedom/chr/-rome-on-prend-des-bains-comme-les-romains>>.

⁵⁷ Progin-Theuerkauf, *op.cit.*, pp. 41-41, relève que la Cour EDH fait appel aux mêmes principes pour l'application de l'article 9 de la Convention et celle de l'article 2 du Protocole additionnel n° 1. De plus, relève cet auteur, la Suisse jouit en la matière d'une marge d'appréciation plus large que les Etats, Parties qui ont ratifié le Protocole (voir le par.95 du jugement). On peut, du reste, nourrir des doutes quant à la légitimité du recours de la Cour à l'article 2 du Protocole additionnel...

élèves, la protection contre l'exclusion sociale, la protection prévue à l'article 9.2 de la Convention. Reste alors la troisième question, celle de la nécessité de protéger les droits et libertés d'autrui.

Sur ce dernier point, la Cour dégage d'abord les principes généraux. La liberté de pensée, de conscience et de religion protégée par l'article 9 de la CEDH est un élément fondamental de toute société démocratique ; elle contribue à assurer l'existence même de celle-ci. En plus des croyances, elle protège les libertés de douter et de ne pas croire. Si cette protection porte sur la conviction en tant que telle, elle s'étend également, aux termes de l'article 9.2, au droit de manifester cette conviction par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ; mais, ajoute la Cour, cette disposition ne justifie pas n'importe quel comportement inspiré par des motifs religieux.

La « société démocratique » n'est pas une idée qui postule une domination constante de la majorité ; elle cherche à assurer un traitement juste aux minorités. Si la liberté de religion proscriit, en principe, tout jugement sur la légitimité de telle ou telle croyance ou la manière de la manifester. Il doit aussi instaurer des mécanismes efficaces permettant aux individus de faire valoir leurs droits en la matière. A ce propos, on relèvera que le mécanisme institué par la CEDH a une fonction subsidiaire par rapport aux procédures internes : les autorités nationales sont mieux placées pour se prononcer notamment sur les rapports entre l'Etat et les religions ; la Cour note d'ailleurs qu'il n'existe pas, en Europe, des tendances nettes quant à la définition du rôle de la religion ou aux manifestations de celle-ci. Tout cela pousse à la conclusion que, s'il existe bien un contrôle européen pour vérifier le respect de l'article 9, les Etats Parties à la CEDH disposent d'une large marge d'appréciation en la matière.

Passant à l'application pratique des principes ainsi dégagés, la Cour commence par examiner si les mesures incriminées étaient proportionnées au but poursuivi par elles, compte tenu de la marge d'appréciation dont disposaient les autorités. Les Etats sont tenus d'informer la population sur leurs programmes d'enseignement mais sont en principe libres d'en déterminer le contenu. En effet, si la priorité pour l'éducation des enfants revient à leurs parents, ceux-ci ne sauraient demander à l'Etat d'offrir tels cours ou tels autres ni s'ingérer dans l'organisation de l'enseignement.

Quant à la balance à réaliser entre les intérêts en présence, l'école et son plan d'enseignement sont des éléments centraux de l'intégration sociale, notamment pour les enfants d'étrangers. Ces éléments comprennent l'enseignement des activités physiques et en particulier de la natation ; des dispenses ne se justifient qu'exceptionnellement et doivent être octroyées de façon non-discriminatoire. Les cours en question ont une importance considérable pour les

enfants du fait que l'activité en cause – la natation – s'exerce en commun, loin des limitations résultant des convictions religieuses ou philosophiques des parents. La Cour rappelle ensuite que la présente affaire s'inscrit dans le contexte de structures fédérales qu'il faut respecter pour autant qu'elles ne soient pas incompatibles avec la Convention. De ce fait, les requérants ne peuvent faire état du fait que les programmes scolaires ne sont pas les mêmes sur l'ensemble du territoire suisse.

Cela dit, les autorités bâloises ont fait un réel effort d'offrir des aménagements : possibilité pour les filles de couvrir leurs corps, de se dévêtir, se doucher et se rhabiller hors des regards curieux. Quant à l'importance des sanctions infligées, la Cour les considère appropriées, compte tenu du fait que les autorités, avant de les prononcer, avaient contacté les parents pour parvenir à une entente. Le respect de l'article 9 de CEDH, on l'a dit, doit être assuré par un mécanisme judiciaire effectif. La Cour constate que cette exigence est réalisée dans l'ordre juridique suisse, comme le démontre le parcours judiciaire de la présente affaire. Elle suggère aussi, « pour être complète », qu'il n'y aurait pas eu violation de l'article 2 du Protocole additionnel n° 1 si cette disposition avait été applicable à la Suisse, cela sans doute pour s'assurer qu'à l'avenir la jurisprudence établie par elle dans la présente affaire puisse également servir à résoudre des affaires semblables résultant de l'article 2 du Protocole.

Voilà donc les éléments essentiels du jugement de la Cour EDH. Pour compléter la présente étude, quelques observations supplémentaires peuvent être faites.

On relèvera d'abord que les requérants sont un couple d'origine turque naturalisés suisses qui vivent en Suisse depuis de nombreuses années et qui se disent, de manière générale, plus à l'aise en Suisse que dans leur pays d'origine. Ils sont donc intégralement assujettis à l'ordre juridique de leur pays d'adoption, ce devoir n'étant limité que par les libertés et droits fondamentaux protégés par la CEDH. Mais il va de soi que les considérants du présent jugement peuvent également s'appliquer aux migrants qui n'ont pas (encore) acquis la nationalité de leur nouveau pays de résidence.

Les exigences des requérants vis-à-vis de la Suisse et de son ordre juridique sont élevées : elles ne se limitent pas à la protection de leurs filles ayant atteint l'âge de la puberté, mais comprennent une protection même avant cet âge. Les aménagements considérables offerts par le pays hôte – port autorisé du burkini, douches et cabines séparées, enseignants du même sexe si possible – sont jugées insuffisantes par des parents qui, à tout prix, cherchent à court-circuiter une partie du programme d'enseignement obligatoire pour imposer leurs idées. On objectera qu'il ne s'agit sans doute « que » de cours de

culture physique, mais qui garantira que, demain, la tendance à présenter des objections de caractère religieux ne se manifesterait pas dans d'autres domaines où des dispenses pourraient être sollicitées, l'histoire ou les langues étrangères, par exemple? Et qui en souffrira? Ce ne sont pas les parents, mais leurs enfants, dont l'intégration sociale sera freinée et l'avenir grevé ; et le système scolaire de l'Etat d'accueil volera en pièces. Plus il y aura d'immigrés sollicitant des dispenses, plus ce danger sera enlevé.

Autre observation, si la présente affaire porte sur des revendications faites par des musulmans, la même tendance s'est manifestée parmi les adeptes d'autres religions, comme ceux de l'Eglise catholique palmarienne, qui n'hésitent pas à recourir à des arguments musclés assortis de menaces d'excommunication, à preuve l'affaire portée devant la Cour constitutionnelle du Liechtenstein⁵⁸ ou l'affaire que le Tribunal fédéral suisse eut à juger en 2008⁵⁹. Si l'on cherche à désagréger le système scolaire du pays d'accueil et à compromettre l'avenir des enfants, il n'y a pas de meilleure manière d'y parvenir qu'en cédant à toutes les exigences de parents intransigeants qui sont, eux, les véritables bénéficiaires des dispenses.

Le jugement dans l'affaire *Osmanoğlu* a acquis un caractère définitif et introduit une jurisprudence applicable désormais à l'ensemble de cas similaires. Il a provoqué un écho considérable dans la presse, y compris les médias extra-européens. Les réactions ont, en règle générale, été largement positives. Le jugement en l'affaire *Osmanoğlu* traduit une véritable volonté de la part de la Cour EDH de freiner les revendications déraisonnables voire abusives de certains migrants, le souci également de protéger les systèmes scolaires des Etats Parties contre un particularisme destructeur. Vu sous cet angle, le jugement ici examiné, consécutif à un arrêt du Tribunal fédéral suisse qui lui-même a fait jurisprudence, peut et doit être approuvé.

⁵⁸ Voir ci-dessus.

⁵⁹ Ci-dessus, note 7.

