

Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle

par André Jomini, greffier, conseiller scientifique, Tribunal fédéral suisse, Lausanne

Préambule

La Confédération suisse est un Etat fédéral dont les principales institutions ont été mises en place à la fin du XIXe siècle. Une autorité judiciaire suprême permanente a été créée en 1874 : le Tribunal fédéral, dont le siège n'est pas dans la ville fédérale, Berne, mais à Lausanne, en Suisse romande. Dans un pays où chacun des vingt-six cantons dispose d'une organisation judiciaire complète et adopte sa propre législation dans ses domaines de compétence, la tâche première de la Cour suprême est d'assurer une certaine cohérence dans l'application des différentes normes cantonales, le respect des droits fondamentaux et le développement de garanties de procédure sur l'ensemble du territoire national. Tel a été d'emblée, et tel est toujours le rôle du Tribunal fédéral. Ses attributions ont été augmentées, au fur et à mesure des évolutions politiques, sociales et juridiques, et elles couvrent maintenant la plupart des domaines du droit. La législation fédérale devient en effet de plus en plus importante, au détriment des lois cantonales, et le Tribunal fédéral a vu s'ajouter à ses tâches de juridiction constitutionnelle des compétences de contrôle de la bonne application du droit civil, pénal et administratif fédéral.

En tant qu'autorité de juridiction constitutionnelle, le Tribunal fédéral suisse n'est pas organisé de la même manière que les Cours constitutionnelles (ou Conseil constitutionnel, Verfassungsgericht, etc.) des Etats européens voisins; il n'a pas non plus les mêmes compétences. On tentera de décrire brièvement ci-dessous le système helvétique, en signalant quelques particularités.

Le Tribunal fédéral dans le système fédéraliste

La Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.) – qui remplace l'ancienne Constitution du 29 mai 1874, dont elle reprend du reste l'essentiel des dispositions – définit le Tribunal fédéral comme "l'autorité judiciaire suprême de la Confédération" (article 188 alinéa 1 Cst.). Ses attributions relèvent aussi bien de la juridiction constitutionnelle (article 189 Cst.) que de la juridiction civile, pénale et administrative (article 190 Cst.). En d'autres termes, la Cour suprême est, en Suisse, à la fois une Cour constitutionnelle et, en dernière instance, une autorité de recours ou de cassation dans les différents domaines du droit fédéral.

Dans l'organisation de l'Etat fédéral suisse, l'administration de la justice est, traditionnellement, avant tout l'affaire des cantons. La Confédération compte vingt-six cantons, et partant vingt-six organisations judiciaires complètes à ce niveau (certains cantons ayant du reste même institué une Cour constitutionnelle). Le système de justice "cantonalisée" est sans doute une particularité du fédéralisme suisse. Il n'est, en particulier, pas comparable au régime des Etats-Unis d'Amérique, dans lequel se côtoient

et se superposent deux organisations judiciaires complètes, celle de chacun des Etats et celle de l'Union.

La justice fédérale ne se limite cependant pas à la Cour suprême. Des autorités judiciaires de première instance ou des autorités de recours inférieures ont également été instituées par la Confédération au cours du XXe siècle, dans des domaines spécifiques. Ainsi, dans le champ d'application de certaines lois fédérales, le contentieux administratif relève de commissions fédérales de recours, destinées à être regroupées bientôt au sein d'un Tribunal administratif fédéral (lequel devrait voir le jour en 2007). Par ailleurs, un Tribunal pénal fédéral a été créé en 2004, qui est compétent, à la place des tribunaux cantonaux, pour la poursuite et le jugement de certains délits; cela a également permis de décharger le Tribunal fédéral de certaines attributions en matière pénale. Ces commissions et tribunaux fédéraux inférieurs prennent des décisions qui peuvent être déférées au Tribunal fédéral. Ils n'ont en outre pas d'attributions spécifiques en matière de juridiction constitutionnelle.

Le Tribunal fédéral assume, en définitive, un double rôle. Il lui incombe d'une part, en tant qu'autorité supérieure de dernière instance, de faire respecter la législation fédérale et de veiller à son application uniforme par les autorités inférieures (souvent des tribunaux cantonaux – il n'y a en revanche pas d'instance fédérale chargée de contrôler librement si le droit cantonal est bien appliqué car le Tribunal fédéral se limite à examiner si l'application du droit cantonal respecte le droit fédéral). D'autre part, le Tribunal fédéral a pour fonction de veiller au respect de la Constitution fédérale et des Constitutions des cantons, notamment de protéger les droits constitutionnels ou les droits fondamentaux des particuliers.

L'organisation du Tribunal fédéral

Le premier Tribunal fédéral permanent a été institué par la Constitution fédérale de 1874. Auparavant, sous l'empire de la première Constitution fédérale, de 1848, le Tribunal fédéral était une autorité mineure, siégeant occasionnellement, et les principales compétences juridictionnelles de la Confédération appartenaient au Parlement. Le chapitre de la Constitution consacré au Tribunal fédéral est assez bref car les questions d'organisation et de procédure relèvent de la loi (article 188 alinéa 2 Cst.). Ces dispositions figurent actuellement dans la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ).

Cette loi a été l'objet de révisions fréquentes. Sur le plan de l'organisation, il convient de mentionner à titre préliminaire qu'en 1968, le législateur fédéral a décidé que le Tribunal fédéral des assurances (TFA), autorité de recours spéciale, était en quelque sorte intégré dans le Tribunal fédéral; plus précisément, selon les termes de l'article 122 OJ, "le Tribunal fédéral des assurances tient lieu de cour des assurances sociales du Tribunal fédéral, organisée de façon autonome". Cette autonomie se traduit notamment par le choix d'un autre siège. Depuis l'origine (1874), le siège du Tribunal fédéral (TF) est à Lausanne; celui du Tribunal fédéral des assurances (TFA) est à Lucerne. Signe de la constante recherche d'équilibres qu'implique l'organisation fédéraliste du pays, les

autorités judiciaires suprêmes n'ont pas été installées à Berne, où siègent le parlement et le gouvernement fédéraux. Dans l'état actuel, le TF et le TFA doivent assurer une certaine coordination de leurs jurisprudences respectives (article 127 OJ). Ils fonctionnent cependant de manière bien distincte. Une présentation complète de la juridiction de droit public devrait certes englober ces deux tribunaux mais on se bornera, dans cet exposé consacré à la juridiction constitutionnelle en Suisse, à évoquer le rôle, l'organisation et les activités du Tribunal fédéral (TF), à l'exclusion de ceux du Tribunal fédéral des assurances (TFA).

Le nombre de membres du Tribunal fédéral n'est pas indiqué dans la Constitution. Il n'a cessé de croître depuis 1874, à mesure que s'augmentaient les domaines de compétences. La loi dispose actuellement que le Tribunal fédéral se compose de trente juges ordinaires (article 1 alinéa 1 OJ – il est en outre prévu un nombre équivalent de juges suppléants). Les juges sont élus par l'Assemblée fédérale, à savoir par les deux Chambres du parlement réunies à cet effet (le Conseil national, chambre basse, et le Conseil des Etats, chambre haute). La Constitution fixe quelques règles à ce propos. Ainsi, tout citoyen ayant le droit de vote est éligible au Tribunal fédéral (article 143 Cst.). Les fonctions de membre du parlement ou du gouvernement fédéral, et de juge au Tribunal fédéral sont cependant incompatibles (article 144 alinéa 1 Cst.), et les juges ordinaires ne peuvent revêtir aucune autre fonction au service de la Confédération ou d'un canton, ni exercer d'autre activité lucrative (article 144 Cst.). Les juges fédéraux sont élus pour six ans et ils sont rééligibles (article 145 Cst.). En élisant les juges, l'Assemblée fédérale doit "veiller à ce que les langues officielles soient représentées" (article 188 alinéa 4 Cst.). Selon l'article 70 Cst., ces langues sont l'allemand, le français et l'italien; la quatrième langue nationale, le romanche, est aussi langue officielle pour les rapports que la Confédération entretient avec les personnes de langue romanche. D'autres prescriptions figurent dans la loi sur le parlement (modalités de l'élection) et dans la loi d'organisation judiciaire (dispositions complémentaires sur les incompatibilités). Des règles implicites ou des arrangements conclus avec le parlement fixent l'âge de la retraite des juges (68 ans) ainsi que la répartition politique des sièges, les candidatures étant présentées à l'Assemblée fédérale par les groupes parlementaires, en fonction de leur importance respective (actuellement, il y a au sein du parlement cinq groupes, deux à gauche et trois à droite de l'échiquier politique).

Ce système pourrait donner l'impression, au premier abord, d'une grande influence de la politique sur la composition du Tribunal fédéral, puisque les juges sont présentés par un parti, élus par le parlement et soumis périodiquement à réélection. En pratique, en cas de vacance, on constate dans la plupart des cas un consensus parmi les groupes politiques pour la désignation du candidat à l'élection partielle, qui intervient au terme d'un processus de sélection conduit par une commission parlementaire spécialisée. Tous les six ans, la réélection générale des juges est en principe une simple formalité. L'Assemblée fédérale, qui certes exerce la « haute surveillance » sur les tribunaux fédéraux (article 169 Cst.), veille à ce que des préoccupations purement politiques n'influencent pas de manière indue la composition et le travail du Tribunal fédéral. L'indépendance de la Cour suprême est donc, dans les faits, bel et bien garantie en Suisse.

La juridiction constitutionnelle selon la Constitution fédérale

L'article 189 Cst. définit les attributions du Tribunal fédéral en matière de juridiction constitutionnelle. La Constitution fédérale opère en effet actuellement une distinction entre ce type de juridiction et la « juridiction civile, pénale et administrative », traitée à l'article 190 Cst. Le premier alinéa de l'article 189 Cst. prévoit que le Tribunal fédéral connaît:

- a) des réclamations pour violation de droits constitutionnels;
- b) des réclamations pour violation de l'autonomie des communes et des autres garanties accordées par les cantons aux corporations de droit public;
- c) des réclamations pour violation des traités internationaux ou de conventions intercantionales;
- d) des différends de droit public entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons.

Dans le cadre ainsi défini par la Constitution, la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ) règle les modalités de saisine du Tribunal fédéral. Le moyen de droit le plus fréquemment employé est le *recours de droit public pour violation de droits constitutionnels des citoyens* (article 84 alinéa 1 lettre a OJ). C'est par cette voie qu'on soumet à la Cour suprême les « réclamations pour violations de droits constitutionnels » au sens de l'article 189 alinéa 1 lettre a Cst. – quand les violations dénoncées sont le fait d'autorités cantonales – ainsi que les « réclamations pour violation de l'autonomie des communes » au sens de l'article 189 alinéa 1 lettre b Cst. (car, d'un point de vue procédural, l'autonomie communale est depuis longtemps assimilée par la jurisprudence à un droit constitutionnel des citoyens). En 2004, le Tribunal fédéral a enregistré 2'050 nouveaux recours de droit public, ce qui représente 42 % de l'ensemble des causes introduites (les années précédentes, on notait des proportions comparables: 43 % en 2003, 41 % en 2002). Il convient d'ajouter que les « réclamations pour violation des traités internationaux ou de conventions intercantionales » (article 189 alinéa 1 lettre c Cst.) sont également soumises au Tribunal fédéral par la voie du *recours de droit public* (article 84 alinéa 1 lettres b et c OJ) mais ces contestations sont rares.

La juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral englobe également la résolution des « différends de droit public entre la Confédération et les cantons ou entre les cantons », au sens de l'article 189 alinéa 1 lettre d Cst. Le Tribunal fédéral est alors saisi par la voie de la *réclamation de droit public*, définie à l'article 83 OJ. Dans un Etat fédéraliste, ce rôle de la Cour suprême est, en soi, primordial. En pratique toutefois, il est rare que le Tribunal fédéral soit saisi de réclamations de droit public (une affaire introduite en 2004, deux en 2003, une en 2002).

Dans une brève analyse de la juridiction constitutionnelle en Suisse, il convient de décrire avant tout le recours de droit public pour violation de droits constitutionnels des citoyens. On évoquera sommairement les autres voies de droit ouvertes devant le Tribunal fédéral, prévues pour le contrôle de l'application des lois fédérales mais où il n'est pas exclu de faire valoir des griefs tirés du droit constitutionnel. On donnera enfin quelques indications sur la procédure de la réclamation de droit public.

Le recours de droit public pour violation de droits constitutionnels des citoyens.

a) Les griefs recevables

La liste des droits constitutionnels des citoyens, dont la violation peut être dénoncée par la voie du recours de droit public, a évolué depuis l'adoption de l'ancienne Constitution fédérale, de 1874. Il s'agissait d'abord des droits qui étaient mentionnés comme tels dans le texte constitutionnel fédéral, qui a du reste fait l'objet régulièrement de révisions partielles. A ces droits s'ajoutaient les garanties supplémentaires énoncées, le cas échéant, dans les Constitutions des cantons. Puis, constatant le caractère lacunaire de ces textes, le Tribunal fédéral avait interprété de façon extensive certaines normes – en particulier celle qui posait le principe d'égalité (article 4 de l'ancienne Constitution fédérale) – et il avait également créé, par voie jurisprudentielle, quelques « droits constitutionnels non écrits » (par exemple : la liberté personnelle, la garantie de la propriété privée ou, plus récemment, le droit à des conditions minimales d'existence).

Aujourd'hui, la Constitution fédérale contient un catalogue clair des droits fondamentaux. Il comporte les garanties suivantes : dignité humaine (article 7 Cst.); égalité (article 8 Cst.); protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi (article 9 Cst.); droit à la vie et liberté personnelle (article 10 Cst.); protection des enfants et des jeunes (article 11 Cst.); droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (article 12 Cst.); protection de la sphère privée (article 13 Cst.); droit au mariage et à la famille (article 14 Cst.); liberté de conscience et de croyance (article 15 Cst.); libertés d'opinion et d'information (article 16 Cst.); liberté des médias (article 17 Cst.); liberté de la langue (article 18 Cst.); droit à un enseignement de base (article 19 Cst.); liberté de la science (article 20 Cst.); liberté de l'art (article 21 Cst.); liberté de réunion (article 22 Cst.); liberté d'association (article 23 Cst.); liberté d'établissement (article 24 Cst.); protection contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement (article 25 Cst.); garantie de la propriété (article 26 Cst.); liberté économique (article 27 Cst.); liberté syndicale (article 28 Cst.). A cela s'ajoutent des garanties de caractère formel, constituant en quelque sorte un "droit à la justice": garanties générales de procédure (article 29 Cst.); garanties de procédure judiciaire (article 30 Cst.); garanties minimales en cas de privation de liberté (article 31 Cst.); garanties minimales dans la procédure pénale (article 32 Cst.). Enfin, la jurisprudence assimile la garantie de l'autonomie communale à un droit fondamental (cf. article 50 Cst.). Elle reconnaît par ailleurs au principe de la primauté du droit fédéral (article 49 Cst.) et au principe de la séparation des pouvoirs une portée équivalente à celle d'un droit constitutionnel des citoyens. Enfin, les droits politiques au niveau cantonal et communal – droit de vote, droit d'élire et d'être élu, droit de référendum et d'initiative populaire – sont garantis de la même manière par la Constitution fédérale (article 34 Cst.).

Tous ces droits et principes peuvent être invoqués dans la procédure du recours de droit public. Il en va de même des droits fondamentaux énumérés dans chacune des vingt-six constitutions cantonales; on remarque toutefois qu'ils n'ont actuellement, sauf exceptions, plus de portée propre par rapport à ceux du catalogue de la Constitution fédérale. Enfin, en vertu de la conception moniste qui prévaut en Suisse, les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

fondamentales (CEDH), par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II) ou par d'autres instruments internationaux équivalents (Convention relative aux droits de l'enfant, exemple), sont assimilés aux droits constitutionnels dont la violation peut être dénoncée par la voie du recours de droit public.

Devant le Tribunal fédéral, les griefs des recours de droit public sont fréquemment tirés des garanties de procédure (articles 29 et 30 Cst.) ainsi que de l'article 9 Cst. qui dispose que "toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire". L'interdiction de l'arbitraire a une grande importance pratique dans la jurisprudence (selon la définition consacrée, est arbitraire un acte qui viole gravement une règle ou un principe juridique clair et indiscuté ou qui contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice ou de l'équité). Il permet au juge constitutionnel, avec un pouvoir d'examen certes réduit, de revoir les constatations de fait des autorités inférieures ainsi que l'application des règles de rang législatif, lorsqu'il n'est pas question de la violation d'un droit fondamental spécifique.

b) Les actes attaquables

Aux termes de la loi (article 84 alinéa 1 OJ), le recours de droit public est recevable contre "une décision ou un arrêté cantonal". Seuls les actes adoptés par une autorité supérieure cantonale – parlement cantonal, gouvernement cantonal, tribunal supérieur cantonal – peuvent donc faire l'objet d'un tel recours, à l'exclusion des actes émanant d'autorité législatives, administratives ou judiciaires fédérales.

Une loi cantonale peut être attaquée directement, dans les trente jours dès sa promulgation, et le recours de droit public peut tendre au *contrôle abstrait* de sa constitutionnalité (recours contre un "arrêté cantonal", selon la terminologie de l'article 84 OJ). Si le Tribunal fédéral admet le recours, il annule les dispositions inconstitutionnelles de la loi. Ce résultat est en pratique assez rare car on doit d'abord rechercher si la norme se prête à une interprétation conforme à la Constitution; en pareil cas, cette interprétation est prescrite et la norme peut subsister. Ce contrôle de la constitutionnalité des lois cantonales intervient *a posteriori*, après la fin de la procédure législative, et sur recours uniquement. Le Tribunal fédéral n'est en aucun cas habilité à donner un avis préalable contraignant au cours des travaux législatifs et il ne contrôle jamais d'office, ni du reste à la requête du parlement concerné (voire d'un groupe de députés), si une loi cantonale respecte la Constitution fédérale. Le Tribunal fédéral est souvent la seule autorité judiciaire apte à exercer un contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois; certains cantons ont toutefois introduit, dans leur organisation judiciaire, une cour constitutionnelle qui procède alors à un premier examen de ces questions, avant un éventuel recours au Tribunal fédéral.

Le recours de droit public peut également être dirigé contre une décision d'application du droit cantonal, prise en dernière instance cantonale (en règle générale par un tribunal de la juridiction civile, pénale ou administrative). L'auteur du recours peut se plaindre de ce que la norme à la base de la décision a été appliquée de manière inconstitutionnelle (à cause de la violation de garanties de procédure par exemple), et renoncer à critiquer la

norme elle-même. Mais il peut également provoquer à cette occasion, de manière préjudicielle, un *contrôle concret* de la constitutionnalité de la norme appliquée. Si le Tribunal fédéral admet ce grief, il n'annule alors que la décision attaquée, en laissant formellement subsister la norme contraire à la Constitution. Il appartient aux autorités législatives de remédier au vice, la norme étant *de facto* inapplicable car toutes les autorités de recours devront désormais s'en tenir à la solution jurisprudentielle fédérale.

Dans le contentieux relatif aux droits politiques, le recours de droit public peut être dirigé non seulement contre le résultat des votations ou élections cantonales, mais également contre les actes préparatoires (convocation des électeurs, etc.), notamment quand l'auteur du recours prétend que l'organisation d'un scrutin empêche la libre expression de la volonté du corps électoral, ou encore contre les décisions relatives à l'exercice du droit de référendum ou d'initiative populaire.

c) La qualité pour recourir

La loi prévoit que, dans la procédure de recours de droit public, "ont qualité pour recourir les particuliers ou les collectivités lésés par des arrêtés ou des décisions qui les concernent personnellement ou qui sont d'une portée générale" (article 88 OJ). Il ressort de l'interprétation de cette clause par la jurisprudence que ce recours est ouvert uniquement à celui qui est atteint par l'acte attaqué dans ses intérêts personnels et juridiquement protégés. Le recours formé pour sauvegarder l'intérêt général ou ne visant qu'à préserver des intérêts de fait est en revanche irrecevable. Lorsque le recours est dirigé contre une loi (contrôle abstrait de la constitutionnalité), la qualité pour recourir appartient à toute personne dont les intérêts juridiquement protégés sont effectivement touchés par l'acte attaqué ou pourront l'être un jour; une atteinte virtuelle à ces intérêts suffit, à condition qu'elle puisse être envisagée avec une certaine vraisemblance.

Les collectivités publiques n'ont en principe pas qualité pour recourir car elles ne sont, en tant que telles, pas titulaires de droits constitutionnels des citoyens. Ce principe connaît une importante exception: les communes peuvent agir par la voie du recours de droit public pour défendre leur autonomie (la garantie constitutionnelle de l'autonomie communale étant, de ce point de vue, assimilée à un droit fondamental).

d) La composition de l'organe de jugement, la forme de l'arrêt

Les recours sont répartis, selon la matière, entre les cinq sections du Tribunal fédéral. En règle générale, les sections siègent à trois juges. Lorsque la cause soulève une question de principe, elles siègent à cinq juges. Si le recours est formé contre une loi cantonale, ou si la contestation porte sur le droit d'initiative ou de référendum dans un canton, les cours de droit public du Tribunal fédéral siègent à sept juges. Le président désigne un des membres de la section comme juge rapporteur, qui prépare – ou fait préparer par un collaborateur (greffier) – une proposition de jugement. En cas d'unanimité, la décision est prise sans délibération publique. En revanche, si une divergence se manifeste au sein de la cour, une audience en délibération est prescrite par la loi. Les parties à la procédure, le public et la

presse peuvent y assister (sauf exceptions); il n'y a en principe pas de plaidoiries. Les arrêts du Tribunal fédéral sont motivés en fait et en droit, dans la langue de la décision attaquée. Dans la procédure de recours de droit public, en cas d'admission des griefs, ils ont un effet exclusivement cassatoire. Ces arrêts passent en force de chose jugée dès qu'ils ont été prononcés.

Une sélection des arrêts les plus importants du Tribunal fédéral est publiée sous forme imprimée dans un recueil officiel (abrégé: ATF). Les autres arrêts peuvent, pour la plupart d'entre eux, être consultés en ligne (site internet du Tribunal fédéral: www.bger.ch).

Le contrôle de la constitutionnalité des normes et des décisions en dehors du cadre du recours de droit public; la problématique du contrôle des lois fédérales.

La procédure de recours de droit public permet le contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs cantonaux, d'une part, et des décisions cantonales prises en application du droit cantonal, d'autre part. Cette voie de recours n'est pas ouverte contre les actes des autorités fédérales – lois fédérales, ordonnances du gouvernement fédéral, décisions de l'administration fédérale, des tribunaux inférieurs ou commissions fédérales de recours – ni contre les décisions des autorités cantonales dans la mesure où l'application du droit fédéral est en jeu. D'autres voies de recours sont disponibles pour obtenir un contrôle de l'application du droit législatif fédéral. Ainsi, en matière civile, celui qui conteste un jugement fondé sur le droit privé fédéral doit agir devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en réforme (en 2004, 15 % du total des causes introduites). En matière pénale, le contrôle de l'application du code pénal fédéral est effectué par la Cour de cassation dans le cadre du pourvoi en nullité (en 2004, 10 % des causes introduites). Quant au droit public ou administratif fédéral, sa violation peut être dénoncée par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral (en 2004, 25 % des causes introduites). Aucun de ces recours ne permet cependant de contester directement, devant le Tribunal fédéral, un acte législatif fédéral. En d'autres termes, le système suisse n'offre aucune possibilité de contrôle judiciaire abstrait, ou direct, de la constitutionnalité des lois fédérales. Le Tribunal fédéral n'est en outre pas habilité à opérer un contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois fédérales au moment de leur élaboration. Il est certes invité à faire part de son avis, dans le cadre de la procédure de consultation précédant la transmission du projet au parlement, et cela au même titre que d'autres collectivités ou groupement intéressés (cantons, partis politiques, organisations économiques, etc.); il s'agit cependant d'une simple prise de position, sans effet contraignant. Le Tribunal fédéral évite au demeurant de s'exprimer, lors d'une telle consultation, sur des projets de loi qui ne concernent pas directement l'organisation judiciaire ou la procédure.

Qu'en est-il du contrôle concret, à l'occasion d'un acte d'application (jugement cantonal, décision administrative)? L'article 191 Cst. dispose que "le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international". L'obligation d'appliquer la législation fédérale s'impose quand bien même il apparaîtrait que cette législation viole la Constitution fédérale. La règle de l'article 191 Cst. n'empêche cependant pas le Tribunal fédéral d'examiner cette question, ni de rechercher, parmi les différentes interprétations possibles de la loi fédérale, celle qui est conforme à la

Constitution. Par ailleurs, l'obligation d'appliquer le droit international, consacrée dans la même disposition constitutionnelle, permet le cas échéant de faire échec à l'application d'une norme du droit fédéral qui empêcherait la réalisation des garanties prévues par un instrument international de protection des droits de l'homme. Ainsi, par exemple, la jurisprudence du Tribunal fédéral a reconnu, *praeter legem* mais sur la base de l'article 6 § 1 CEDH, le droit à un contrôle judiciaire de certaines décisions d'application du droit fédéral. Enfin, les actes législatifs qui n'émanent pas du parlement fédéral, à savoir les ordonnances du gouvernement (Conseil fédéral), échappent en principe à la restriction de l'article 191 Cst. mais ces actes sont fondés sur une délégation législative; le Tribunal fédéral peut alors examiner si la norme visée reste dans les limites des pouvoirs conférés par la loi à l'auteur de l'ordonnance mais il ne peut contrôler si la délégation elle-même est admissible.

La réclamation de droit public, voie ouverte notamment pour la résolution de conflits de compétence entre Confédération et cantons

L'article 83 lettre a OJ dispose que le Tribunal fédéral connaît des conflits de compétence entre autorités fédérales d'une part et autorités cantonales d'autre part. Ces conflits lui sont déferés par la voie de la réclamation de droit public.

Le conflit de compétence peut toucher à la législation ou à l'application de la loi. En matière de législation, la conception limitée de la juridiction constitutionnelle en Suisse, telle qu'elle résulte notamment de l'article 191 Cst., a pour conséquence qu'il n'est possible de saisir le Tribunal fédéral, dans ce cadre, qu'aux fins de juger si une loi cantonale empiète sur les compétences législatives de la Confédération, et non l'inverse. Un conflit peut également naître au sujet de la délimitation des compétences respectives des autorités cantonales et fédérales en matière d'exécution du droit fédéral car, dans le système fédéraliste suisse, la tâche d'appliquer les lois fédérales est parfois confiée à des organes de l'administration fédérale, mais elle incombe souvent aux cantons.

Le Tribunal fédéral ne peut, en règle générale, être saisi que par la Confédération ou le canton concerné. Ni la loi ni la jurisprudence ne prévoient un délai de saisine. Il faut cependant que le conflit de compétence soit actuel et concret au moment où la réclamation est déposée. Normalement, la contestation doit porter sur un acte passé en force, non pas sur un simple projet. Mais on admet aussi, suivant les circonstances, que la réclamation puisse être déposée lors de l'introduction d'une procédure conduisant à l'adoption d'une règle de droit ou à la prise d'une décision d'application de la loi. Le processus de décision du Tribunal fédéral est régi par des règles correspondant à celles de la procédure de recours de droit public. Comme la procédure de la réclamation de droit public pour trancher un conflit de compétence entre autorités fédérales et cantonales n'est utilisée que très occasionnellement, il est vain d'élaborer, sur la base d'une jurisprudence peu abondante, une typologie des moyens invoqués.

Conclusion; la réforme de la justice fédérale

Peu après avoir adopté la nouvelle Constitution fédérale, le 18 avril 1999, le peuple et les cantons de la Confédération suisse ont accepté, en votation populaire du 12 mars 2000, un projet de révision partielle intitulé "réforme de la justice" (nouveaux articles 188 à 191 Cst.). Les articles concernant le rôle du Tribunal fédéral, ses compétences et les modes de saisine n'ont pas encore été mis en vigueur. Cela implique en effet une révision importante de la législation fédérale en matière d'organisation judiciaire et de procédure. Une nouvelle loi sur le Tribunal fédéral est actuellement soumise au Parlement. Elle pourrait entrer en vigueur, avec les nouvelles dispositions constitutionnelles, dans deux ans. Ces révisions n'ont pas pour objectif de bouleverser le système de la juridiction constitutionnelle en Suisse. On entend pourtant donner plus de compétences à la Confédération en matière d'organisation judiciaire et de procédure et, parallèlement, on vise à décharger le Tribunal fédéral de certaines affaires ne relevant normalement pas des attributions d'une Cour suprême. Quels seront les effets à moyen ou long terme de cette réforme? L'organisation de la justice en Suisse sera sans doute sensiblement modifiée et, dans ce domaine, les conceptions fédéralistes traditionnelles devront évoluer. Mais la Suisse, qui est rarement confrontée à un changement de régime – l'ancienne Constitution fédérale de 1874 n'a-t-elle pas duré 125 ans? –, est néanmoins habituée à revoir régulièrement le fonctionnement de ses institutions, en adaptant le fédéralisme aux enjeux contemporains.

Brève bibliographie (ouvrages en français) :

- *Jean-François Aubert*, Traité de droit constitutionnel suisse, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, vol. I et II (1967) et complément (1982)
- *Jean-François Aubert/Pascal Mahon*, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Editions Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2003
- *Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier*, Droit constitutionnel suisse, vol. I et II, Editions Staempfli, Berne, 2000
- *Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller et al.*, Verfassungsrecht der Schweiz–Droit constitutionnel suisse, Editions Schulthess, Zurich, 2001

* * *

Entretien avec M. le Juge fédéral Giusep Nay, Président du Tribunal fédéral suisse

Giusep Nay, docteur en droit, est né en 1942 dans le canton des Grisons. Après des études de droit à Fribourg et à Zurich, il exerce la profession d'avocat dans le canton des Grisons et occupe différentes fonctions dans l'ordre judiciaire de ce canton. En 1984, il est élu juge cantonal. Il commence son activité de juge au Tribunal fédéral suisse le 1er janvier 1989. Après en avoir été le vice-président (en 2003 et 2004), il préside actuellement la Cour suprême de la Confédération suisse. Il est un spécialiste du droit constitutionnel en matière de liberté de la langue ainsi que de relations entre Etat et Eglise (liberté religieuse, statut des communautés religieuses)¹.

[Photo du Président NAY]

* * *

– Monsieur le Président, vous êtes juge fédéral depuis 1989 et l'Assemblée fédérale – les deux chambres du parlement réunies – vous a élu Président du Tribunal fédéral pour les années 2005 et 2006. Comment décririez-vous votre fonction ?

– En Suisse, au niveau fédéral et dans les cantons, dans les organes législatifs aussi bien que dans les gouvernements et les tribunaux, nous sommes habitués au système de la présidence tournante. Le président est en quelque sorte un *primus inter pares*, choisi généralement selon son ancienneté dans la fonction; il exerce sa présidence pour une durée limitée, d'un an ou deux. Le gouvernement fédéral est organisé ainsi: le Président de la Confédération, qui dirige les travaux du Conseil fédéral, est nommé pour une année. Au Tribunal fédéral, la loi fixe une durée de deux ans pour la présidence et la coutume veut qu'en principe le plus ancien membre du Tribunal, qui n'a pas encore été président, soit proposé pour cette charge; traditionnellement, l'Assemblée fédérale suit cette proposition. Pendant ma période de présidence, il m'incombe de diriger la Conférence des présidents de Cours du Tribunal fédéral. Avec ces cinq collègues, nous prenons les décisions relatives à l'organisation de notre institution. Je représente en outre le Tribunal fédéral vis-à-vis des autres autorités et – ce qui constitue toujours l'essentiel de mon activité – je participe, comme membre de la Ire Cour de droit public, au même titre que mes six collègues de la même Cour, au jugement des affaires attribuées à cette section du Tribunal.

– Le Tribunal fédéral suisse est une Cour suprême que l'on pourrait qualifier de "généraliste", avec deux sections chargées d'appliquer le droit public, notamment le droit constitutionnel (les Ire et Iie Cours de droit public), deux sections compétentes en matière de droit privé (les Ire et Iie Cours civiles) et une Cour de cassation pénale. Le nombre et la variété des affaires sont importants. Avec ces larges compétences, le Tribunal fédéral est-il surchargé?

¹ A ce propos, voir l'ouvrage "Recht, Ethik, Religion : Festgabe für Bundesrichter Dr. Giusep Nay zum 60. Geburtstag", publié à Lucerne (Suisse) en 2002.

– Permettez–moi d’abord de vous citer quelques chiffres. Dans les années 1980, le nombre de dossiers traités annuellement par le Tribunal fédéral, dans tous ses domaines de compétence, a passé de 3’000 à 4’000. Au cours des années 1990, nous avons atteint un total annuel de 5’500. Actuellement, nous liquidons environ 4’700 affaires par an. Le nombre des nouvelles affaires continue donc à se situer à un niveau élevé, mais nous sommes à même de le maîtriser grâce aux ressources qui nous ont été accordées par le Parlement fédéral. Différentes mesures ont en effet été prises depuis une quinzaine d’années, sur le plan législatif, par quelques révisions ponctuelles de la loi d’organisation judiciaire (OJ), et aussi par un accroissement de l’effectif du personnel.

– Mais, précisément à propos du personnel, le nombre de juges fédéraux (30) n’a pas été augmenté depuis 1978.

– C’est vrai. Malgré l’augmentation de la charge de travail, nous avons alors estimé que pour sauvegarder le fonctionnement collégial du Tribunal et l’unité de la jurisprudence, il était inopportun d’augmenter le nombre des juges. L’effectif des collaborateurs juridiques des cours – qui portent le titre de greffier – a en revanche crû sensiblement (environ 80 actuellement). Ils sont chargés non seulement de rédiger les arrêts du Tribunal mais également d’élaborer des rapports, en d’autres termes des propositions de jugement. En inscrivant ces nouveaux postes au budget, le parlement fédéral nous a permis de faire face à la surcharge. Mais il faut aussi mentionner certaines mesures d’ordre législatif, qui ont déchargé le Tribunal fédéral de quelques tâches juridictionnelles non prioritaires et facilité le traitement de "petites" affaires, dans une procédure simplifiée.

– Cette procédure simplifiée correspond–elle à la procédure d’admission, telle que la connaissent certaines cours suprêmes – on pense en particulier à la Cour européenne des droits de l’homme, qui peut déclarer certaines requêtes d’emblée irrecevables?

– Notre système ne connaît pas une procédure d’admission. Chaque affaire est jugée par une Cour du Tribunal, composée de trois ou de cinq juges, selon l’importance et la portée de l’arrêt (exceptionnellement dans des affaires de droits politiques ou de contrôle abstrait de la constitutionnalité de lois cantonales, sept juges). Mais dans les cas manifestes, les opérations d’instruction sont limitées et l’arrêt peut être sommairement motivé.

– Quand on évoque la charge d’un tribunal, il ne suffit pas de mentionner le nombre d’affaires liquidées. La durée des procès est aussi un élément déterminant, peut–être celui qui intéresse le plus les justiciables. Qu’en est–il au Tribunal fédéral?

– La rapidité de la procédure est également une grande préoccupation du Tribunal fédéral. Actuellement, toutes affaires confondues, la durée moyenne d’un procès, en dernière instance, est légèrement inférieure à cent jours. La durée du traitement des recours de droit public, voie de droit disponible pour soulever des griefs de nature constitutionnelle, se situe dans cette moyenne, et rares sont les affaires qui sont liquidées en plus d’une année. Nous avons donc atteint nos objectifs en matière de rapidité de jugement.

– Une des particularités de la Confédération suisse est qu'elle compte plusieurs langues nationales. Quelles sont les langues de travail du Tribunal fédéral?

– La Constitution fédérale, du 18 avril 1999, désigne comme langues officielles l'allemand, le français et l'italien. Depuis 1996, le romanche est aussi langue officielle pour les rapports avec les personnes de langue romanche. Ce sont donc les quatre langues de travail du Tribunal.

– Egalement lors des délibérations?

– Bien entendu. Dans la majeure partie des cas, lorsque les membres de la Cour sont du même avis sur le jugement à rendre, la procédure est écrite, sans délibération orale. Mais lorsqu'il y a une divergence au sein de la Cour, une séance de délibération doit avoir lieu. En l'absence de motif de statuer à huis clos, cette séance est publique, sauf dans les affaires pénales et fiscales: les parties, la presse, de même que chaque intéressé, peuvent donc y assister. A cette occasion, chaque juge s'exprime dans sa langue, et l'arrêt est rédigé dans la langue de l'acte attaqué.

– Chaque juge, chaque collaborateur doit-il donc maîtriser ces quatre langues?

– Le Tribunal fédéral n'a pas de service de traduction et il n'a pas engagé d'interprètes. De façon générale, chacun parle sa langue, écrit dans sa langue et peut attendre de ses collègues, ou collaborateurs, qu'il le comprenne. C'est une façon pragmatique, et économique, de maîtriser cette particularité de notre Etat fédéral. En pratique, comme le siège du Tribunal fédéral est à Lausanne, en Suisse romande, la langue française a, de fait, un statut quelque peu privilégié.

– On imagine cependant que l'allemand, langue de la plupart des cantons, est plus fréquemment utilisé que le romanche, que l'on ne parle que dans certaines vallées du canton des Grisons.

– C'est bien évident. Etant moi-même originaire du canton des Grisons, je suis de langue maternelle romanche; toutefois, ma langue de travail est quasiment toujours l'allemand. En pratique, notre quatrième langue nationale n'est pas employée au Tribunal fédéral. A une seule occasion, en 1996, nous avons rendu un arrêt rédigé en romanche, car l'auteur du recours – une commune défendant son autonomie – avait rédigé ses écritures dans cette langue (l'arrêt est publié dans notre recueil officiel, sous la référence ATF 122 I 93). L'an dernier, la majorité des affaires ont été traitées en allemand (environ 58 %), le solde en français (environ 35 %) et en italien (environ 7 %).

– Vous avez mentionné les séances de délibération publique, lorsqu'il n'y a pas unanimité au sein de la Cour sur le sort d'une affaire. Ne prenez-vous pas des risques en affichant ainsi vos divergences?

– C'est la loi qui veut que nous délibérions publiquement en pareil cas. C'est une vieille tradition de notre Cour suprême à laquelle nous sommes attachés. Mais la loi

ne nous autorise pas à publier, en annexe à l'arrêt, nos opinions dissidentes. A l'issue de la délibération, nous votons et la solution acceptée par la majorité est transcrite dans un arrêt. Cette façon ouverte, transparente, de fonctionner n'enlève rien, à mon avis, à l'autorité de nos arrêts – bien au contraire.

– Diversité des langues, diversité des origines cantonales: comment assurer une certaine unité de vues, une certaine cohérence au sein du Tribunal fédéral?

– La Confédération suisse, avec ses 26 cantons et 7 millions d'habitants, est constamment exposée aux défis liés à sa diversité. Le Parlement, en élisant les juges au Tribunal fédéral, tient compte de la répartition des langues et de l'état des forces politiques dans le pays. Les candidats à la Cour suprême sont en effet proposés par les groupes politiques des Chambres fédérales, selon une clé de répartition qui varie en fonction du résultat des élections nationales. Aujourd'hui, on accorde une certaine importance à une représentation plus égalitaire des sexes. Bref, les critères sont nombreux. Celui de la langue est toutefois primordial: à son départ, un juge est en principe remplacé par un juge de la même région linguistique. On obtient ainsi, dans le collège des juges, une grande diversité sociologique ou culturelle. Il n'y a du reste pas de plan de carrière type. On n'a pas institué, en Suisse, une école nationale de la magistrature, ni mis au point un véritable cursus judiciaire fédéral. Les origines et les expériences professionnelles des candidats au Tribunal fédéral sont très différents. Mais cela n'est pas au détriment de la cohérence de la jurisprudence, ni de la collégialité. Les différentes cours sont composées de 5 à 7 juges, où la collaboration est aisée. Cela va de soi qu'un juge fédéral, une fois élu, n'est plus le représentant de son canton, ni du parti qui l'a présenté, ni encore d'une corporation ou d'une école de pensée.

– Evoquons maintenant la juridiction constitutionnelle. On dit qu'elle est imparfaite, ou lacunaire en Suisse, dès lors que le Tribunal fédéral n'a pas les mêmes possibilités de contrôle ou de censure des lois adoptées par le parlement national que les Cours constitutionnelles d'autres Etats. Déplorez-vous cette lacune?

– Oui, je le déplore, mais je comprends qu'un contrôle abstrait des lois fédérales soit difficilement conciliable avec nos institutions de démocratie directe. Chaque loi fédérale peut en effet être soumise au vote populaire, pour autant que 50'000 citoyens (ou 8 cantons) le demandent. Avec ce système de référendum facultatif, le peuple a en quelque sorte toujours le dernier mot, qu'il ait demandé le vote ou qu'il ait renoncé à le faire. Ce n'est donc qu'avec une certaine prudence qu'on peut concevoir, dans ce contexte, une intervention du juge constitutionnel.

– Est-il question d'introduire, d'une manière ou d'une autre, ce contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales?

– Permettez-moi d'abord de préciser un point: la Constitution fédérale n'interdit pas au Tribunal fédéral de contrôler, dans un cas concret, la constitutionnalité d'une norme du droit fédéral. La Constitution – son article 191 – prévoit simplement que le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Selon l'interprétation de cette règle, une obligation d'appliquer ne signifie pas une interdiction de contrôle de la constitutionnalité. Vous me direz que ces distinctions

sont un peu subtiles, mais c'est le reflet d'une jurisprudence très nuancée sur cette question. En outre, comme notre jurisprudence admet le principe de la primauté du droit international, on en déduit, en substance, qu'il n'y a pas lieu d'appliquer une règle du droit fédéral contraire au droit international. En matière de droits fondamentaux, les garanties constitutionnelles fédérales correspondent souvent à celles qui sont énoncées dans des instruments internationaux de protection des droits de l'homme (la CEDH, le Pacte ONU II, notamment). Dans ce domaine, sur de nombreux points, ce mécanisme permet en pratique le contrôle de la constitutionnalité non seulement des lois cantonales mais également des lois fédérales.

– Vous estimez donc que, dans le résultat, le système helvétique n'est pas si lacunaire.

– Effectivement. Et il faut tenir compte encore d'autres éléments. Le législateur fédéral, lorsqu'il élabore une nouvelle norme, accorde une grande importance à l'examen de sa constitutionnalité ainsi que de sa conformité au droit international. Cela fait toujours l'objet d'une analyse approfondie par les services juridiques de l'administration fédérale. Par ailleurs, quand une loi fédérale se prête à plusieurs interprétations, le Tribunal fédéral choisit nécessairement celle qui est conforme à la Constitution fédérale et au droit international. Enfin, le Tribunal fédéral est une véritable Cour constitutionnelle, dotée d'un plein pouvoir d'examen, lorsqu'il s'agit de contrôler les lois cantonales. Or les cantons ont encore des compétences assez larges dans notre système fédéraliste, notamment en matière de procédure pénale, civile et administrative. C'est ainsi que la jurisprudence constitutionnelle du Tribunal fédéral a joué un grand rôle dans le développement des garanties du procès équitable, par une interprétation dynamique de la Constitution fédérale et de la Convention européenne des droits de l'homme.

– Merci, Monsieur le Président, d'avoir répondu à nos questions et d'avoir évoqué ainsi quelques caractéristiques de la juridiction constitutionnelle en Suisse.

Propos recueillis le 28 février 2005 par André Jomini, greffier et conseiller scientifique au Tribunal fédéral suisse.

* * *

Sélection d'arrêts du Tribunal fédéral

Avertissement.

Le Tribunal fédéral suisse publie chaque année, dans le recueil officiel, plusieurs dizaines d'arrêts dans lesquels il applique le droit constitutionnel fédéral. Le recueil officiel contient une sélection des arrêts les plus importants. Afin de dresser un panorama de la jurisprudence constitutionnelle, on reproduira ci-dessous, à titre d'exemple, le texte d'un arrêt publié, en reprenant *in extenso* ce qui a paru recueil officiel (recueil des ATF). Puis on donnera les références d'autres arrêts récents (rendus entre 1999 et 2004), en citant le bref résumé des questions juridiques décisives, ou sommaire, qui figure (dans les trois langues officielles) en introduction de la publication dans le recueil officiel. Le texte complet de ces arrêts peut être consulté par le biais du site internet du Tribunal fédéral (www.bger.ch, rubrique jurisprudence).

* * *

ATF 123 I 296 – Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public du 12 novembre 1997 dans la cause X. contre Conseil d'Etat du canton de Genève² (recours de droit public).

Sommaire :

Art. 27 al. 3 Cst.³, art. 49 Cst. et art. 9 CEDH: neutralité confessionnelle de l'école, liberté de conscience et de croyance d'une enseignante.

Le port de vêtements particuliers fondé sur des motifs religieux est protégé par la liberté de conscience et de croyance. La liberté personnelle, subsidiaire, ne s'applique pas. Noyau intangible de la liberté de conscience et de croyance (consid. 2).

L'interdiction faite à une enseignante d'une école publique, de porter à l'école un foulard répondant à ses yeux aux exigences du Coran, se fonde en l'espèce sur une base légale suffisante (consid. 3).

Cette interdiction correspond à un intérêt public important (neutralité et paix confessionnelles à l'école notamment) et respecte le principe de la proportionnalité (consid. 4).

Résumé des faits :

X., ressortissante suisse, a été nommée par le Conseil d'Etat du canton de Genève dans la fonction d'institutrice de la division élémentaire dès le 1er septembre 1990. Depuis la rentrée scolaire 1995, elle est titulaire d'une classe à l'école primaire de C., où elle

² Le Conseil d'Etat est le gouvernement du canton de Genève; il exerce donc le pouvoir exécutif.

³ Cet arrêt a été rendu sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale, du 29 mai 1874. C'est à ce texte que renvoie l'abréviation "Cst."

enseigne depuis 1989. Le 23 mars 1991, X. s'est convertie du catholicisme à l'islam et, le 19 octobre suivant, elle a épousé un ressortissant algérien. Voulant respecter les prescriptions du Coran, elle a alors commencé à porter des vêtements amples lui cachant les parties du corps autres que le visage et les mains, en particulier un voile ou un foulard lui couvrant le cou et les cheveux (ci-après: le foulard).

En mai 1995, la Directrice générale de l'enseignement primaire a été informée par l'inspectrice scolaire que X. portait "régulièrement le foulard islamique à l'école".

Le 11 juillet 1996, la Directrice générale a confirmé à l'intéressée l'entrevue qu'elles avaient eue le 27 juin précédent – en présence du Directeur du service du personnel enseignant – par un courrier libellé comme suit:

"–le port du foulard islamique est en contradiction avec le respect de l'art. 6 de la loi sur l'instruction publique;

–pour les raisons invoquées, dès la prochaine rentrée, vous renoncerez à porter le foulard dans l'exercice de vos activités et de vos responsabilités professionnelles;

–vous n'aurez pas recours à des attributs vestimentaires investis d'un sens confessionnel incompatible avec les impératifs de notre système scolaire."

X. ayant requis une décision formelle à cet égard, la Directrice générale lui a notifié le 23 août 1996 une décision déclarée "exécutoire dès la présente rentrée, même en cas de recours", confirmant les termes de la lettre du 11 juillet 1996 et précisant que, dans le cas de X., "les compétences strictement professionnelles et les signes extérieurs de conviction confessionnelle" se rejoignent "dans le mode ostensible d'identification imposé par l'enseignante aux élèves, de surcroît dans un système scolaire public et laïc."

Le 26 août 1996, X. a recouru contre cette décision auprès du Conseil d'Etat et a demandé l'octroi de l'effet suspensif. Par courrier du 6 septembre 1996, ayant appris que, depuis la rentrée scolaire 1996, X. portait à l'école un chapeau avec une écharpe ou un foulard enroulé en turban, lesquels cachaient entièrement ses cheveux et son cou, ainsi que des vêtements la couvrant de la tête aux pieds, la Directrice générale a requis le mandataire de X. d'enjoindre à sa cliente de se conformer strictement à la décision prise.

Le 12 septembre 1996, X. a déposé des pièces supplémentaires et une nouvelle détermination. Elle expliquait notamment que son habillement n'avait rien de particulier puisque des tenues similaires, c'est-à-dire respectant les mêmes critères de décence, pouvaient être trouvées dans la mode profane de grands couturiers occidentaux. Elle précisait en outre que, dans les murs de sa propre classe, elle se découvrait parfois, se recouvrant lorsqu'une personne pubère de sexe masculin pénétrait dans la salle ou était susceptible d'y entrer. Ainsi, lors des différentes visites de l'inspectrice scolaire, elle ne portait pas systématiquement de couvre-chef. En revanche, elle cachait ses cheveux dans l'enceinte de l'école.

Par arrêté du 16 octobre 1996, appliquant notamment l'art. 27 Cst. et les art. 6 et 120 al. 2 de la loi cantonale sur l'instruction publique, le Conseil d'Etat a rejeté le recours.

Agissant le 25 novembre 1996 par la voie du recours de droit public, X. demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêté du Conseil d'Etat du 16 octobre 1996. Elle requiert également l'octroi de l'effet suspensif.

Le 13 décembre 1996, le Conseil d'Etat a déposé des interviews de X. parues dans "Le Matin" des 22 et 29 octobre 1996 ainsi que dans "L'Illustré" du 23 octobre 1996. Il a également produit deux courriers anonymes reçus à l'école de C. le 7 novembre 1996,

lesquels, en substance, s'opposent au port du foulard à l'école. Le Conseil d'Etat a encore annexé le formulaire d'une pétition, émanant d'un comité de soutien constitué en faveur de X. à l'initiative d'une mère d'élève, ainsi que le procès-verbal d'une séance du 10 décembre 1996 réunissant l'inspectrice scolaire et les enseignantes de l'école de C., y compris l'intéressée, en vue de déterminer la manière de traiter l'affaire en cours avec les élèves et leurs parents. Enfin, le Conseil d'Etat a déposé une résolution adoptée par le Grand Conseil genevois le 10 octobre 1996, ainsi libellée:

"Considérant (...)

- que l'école publique genevoise est une école laïque;
- que les enseignants sont des représentants de l'institution et qu'à ce titre, ils doivent respecter ce principe de laïcité, notamment en ce qui concerne les signes religieux extérieurs;
- qu'une institutrice refuse de se soumettre à cette règle en portant un foulard islamique,

invite le Conseil d'Etat

- à faire respecter ce principe de laïcité par tous les enseignants genevois, quelles que soient leurs convictions religieuses;
- à poursuivre dans sa politique de fermeté face à l'institutrice genevoise ayant refusé de se soumettre à cette règle."

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Extrait des considérants:

2.- a) Préalablement, il faut observer que la recourante déclare à titre principal que son habillement, dont les éléments peuvent être acquis en grande surface, ne doit pas être traité comme un symbole religieux, mais comme n'importe quel vêtement plus ou moins anodin qu'un enseignant déciderait de porter pour des motifs qui lui seraient propres, notamment pour des raisons esthétiques ou pour mettre en valeur, voire cacher, une partie de son anatomie (foulard autour du cou, gilet, petit chapeau...). La décision attaquée reviendrait ainsi à interdire à un enseignant, sans justification suffisante, de s'habiller selon son désir.

Toutefois, il ne fait aucun doute que la recourante porte le foulard et des vêtements amples non pas pour des raisons esthétiques mais afin d'obéir à une exigence religieuse, qu'elle tire des passages suivants du Coran (Le Coran, essai de traduction par Jacques Berque, 2e éd., Paris 1995):

"Dis aux croyantes de baisser les yeux et de contenir leur sexe; de ne pas faire montre de leurs agréments, sauf ce qui en émerge, de rabattre leur fichu sur les échancrures de leur vêtement. Elles ne laisseront voir leurs agréments qu'à leur mari, à leurs enfants, à leurs pères, beaux-pères, fils, beaux-fils, frères, neveux de frères ou de soeurs, aux femmes (de leur communauté), à leurs captives, à leurs dépendants hommes incapables de l'acte, ou garçons encore ignorants de l'intimité des femmes.

Qu'elles ne piaffent pas pour révéler ce qu'elles cachent de leurs agréments." (sourate 24, verset 31)

"Prophète, dis à tes épouses, à tes filles, aux femmes des croyants de revêtir leurs mantes: sûr moyen d'être reconnues (pour des dames) et d'échapper à toute offense – Dieu est Tout indulgence, Miséricordieux." (sourate 33, verset 59)

Le port du foulard et de vêtements amples manifeste dès lors l'appartenance à une confession déterminée et la volonté de se comporter conformément aux prescriptions de celle-ci. Cette tenue constitue même un symbole religieux "fort", c'est-à-dire un signe immédiatement visible pour les tiers, indiquant clairement que son porteur adhère à une religion déterminée.

Le litige porte donc sur le port d'un symbole religieux fort par un enseignant d'une école publique dans le cadre de son activité professionnelle. Aucune limitation n'a été imposée à la recourante quant à sa tenue hors de l'enseignement. Il ne s'agit pas non plus du port d'un signe religieux par un élève, ni du port de vêtements de fantaisie, voire excentriques mais sans connotation religieuse, par un enseignant à l'école.

Vu ce qui précède, il y a lieu d'examiner quelle liberté constitutionnelle la recourante peut invoquer.

b) aa) La liberté de conscience et de croyance, déclarée inviolable par l'art. 49 al. 1 Cst., protège le citoyen de toute ingérence de l'Etat qui serait de nature à gêner ses convictions religieuses (ATF 116 Ia 252 consid. 5a p. 257; W. BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, 3e éd., Berne 1931, p. 442). Elle confère au citoyen le droit d'exiger que l'Etat n'intervienne pas de façon injustifiée en édictant des règles limitant l'expression et la pratique de ses convictions religieuses (ATF 118 Ia 46 consid. 3b p. 52). Elle comporte la liberté intérieure de croire, de ne pas croire et de modifier en tout temps et de manière quelconque ses propres convictions religieuses, ainsi que la liberté extérieure d'exprimer, de pratiquer et de communiquer ses convictions religieuses ou sa vision du monde, dans certaines limites (ATF 119 Ia 178 consid. 4c p. 184; 118 Ia 46 consid. 4c p. 56; 116 Ia 252 consid. 5a p. 257; ANTOINE FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, 2e éd., Fribourg 1970, p. 280). Cela comprend le droit pour le citoyen de diriger tout son comportement selon la doctrine de sa foi et d'agir selon ses convictions intérieures. L'exercice garanti de cette religion ne comprend pas seulement les cultes – qui sont également protégés par l'art. 50 Cst. – et les besoins religieux, mais aussi d'autres expressions de la vie religieuse, pour autant qu'elles se tiennent dans certaines limites, par exemple le port de vêtements religieux particuliers (ATF 119 Ia 178 consid. 4c p. 184, concernant précisément les prescriptions vestimentaires de la femme musulmane; 119 IV 260 consid. 3b/aa p. 263; PETER KARLEN, *Umstrittene Religionsfreiheit*, in RDS 1997 I p. 193 ss, spéc. p. 207/208; ULRICH HÄFELIN, *Commentaire de la Constitution fédérale*, n. 50 ad art. 49). Toutes les convictions et les conceptions spirituelles ou intellectuelles relatives aux rapports entre l'être humain et la divinité sont ainsi protégées (ATF 119 Ia 178 consid. 4b p. 183/184; 116 Ia 252 consid. 5c p. 258; HÄFELIN/HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3e éd., Zurich 1993, n. 1196 p. 388).

La liberté religieuse est également garantie par l'art. 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101), selon lequel 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, 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 (al. 1er). La portée de cette disposition est toutefois ici pratiquement identique à celle de l'art. 49 Cst. De même, l'art. 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II; RS 0.103.2), non invoqué par la recourante, comporte un principe similaire (MANFRED NOWAK, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, Kehl–Strasbourg–Arlington 1993).

En l'espèce, étant fondé sur des motifs religieux, le style d'habillement de la recourante est protégé par les art. 49 Cst. et 9 CEDH.

bb) Dans ces circonstances, le principe constitutionnel non écrit de la liberté personnelle, invoqué en première ligne par la recourante, ne trouve pas d'application.

En effet, la liberté personnelle se conçoit comme une garantie générale et subsidiaire. Elle ne s'applique donc pas lorsque l'épanouissement de la personnalité du citoyen est touché sous un aspect protégé par une liberté individuelle plus spécifique, telle que la liberté de conscience et de croyance (ATF 123 I 112 consid. 4a p. 118; 119 Ia 178 consid. 5 p. 187; 117 Ia 27 consid. 5b p. 30; 114 Ia 350 consid. 5 p. 357 et les arrêts cités; HÄFELIN, op.cit., n. 108/109 ad art. 49; WALTER HALLER, Commentaire de la Constitution fédérale, n. 90 ss ad Liberté personnelle).

cc) La recourante soutient ensuite que l'arrêté attaqué ne respecte pas le noyau intangible de la liberté garantie par l'art. 49 Cst. Selon elle, le port du foulard est une expression religieuse externe liée si intimement à une conviction interne que l'interdire équivaut à porter atteinte à celle-ci.

a jurisprudence et la doctrine ne sont pas unanimes à propos du noyau intangible de la liberté religieuse (ATF 101 Ia 392; JÖRG PAUL MÜLLER/STEFAN MÜLLER, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2e éd., Berne 1991, p. 58; JÖRG PAUL MÜLLER, Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux, Berne 1983, p. 157; BURCKHARDT, op.cit., p. 442; MARTIN PHILIPP WYSS, Glaubens- und Religionsfreiheit zwischen Integration und Isolation, in ZBl 95/1994 p. 385 ss, spéc. p. 394 ss; HÄFELIN, op.cit., n. 7 et 124 ss ad art. 49; KARLEN, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zurich 1988, p. 243 ss et 318). Elles s'accordent toutefois à admettre, d'une part, que le noyau intangible comprend l'interdiction de contraindre quelqu'un à adopter une conviction et, d'autre part, qu'il ne comporte pas les manifestations extérieures d'une conviction. Ainsi, le droit d'exprimer ses convictions religieuses, de les professer ou de les mettre en pratique dans des actes culturels n'est pas protégé de manière absolue (HÄFELIN, op.cit., n. 125 ad art. 49).

De même, selon l'art. 9 par. 2 CEDH, la liberté de manifester sa religion ou sa conviction peut faire l'objet de restrictions (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 mai 1993 en la cause Kokkinakis c. Grèce, Série A n. 260–A § 33; FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, 2e éd., 1996, n. 1 ad art. 9 p. 368). A contrario, la liberté intérieure présente un caractère absolu: ne pouvant, par nature, donner lieu à des atteintes à l'ordre public, elle échappe à toute restriction (VELU/ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990, n. 714 p. 584).

En l'espèce, même s'il est particulièrement important aux yeux de l'intéressée, et même s'il ne représente pas seulement l'expression d'une conviction religieuse mais obéit à une exigence impérative de celle-ci, le port du foulard et de vêtements amples reste une

manifestation extérieure qui, à ce titre, n'appartient pas au noyau intangible de la liberté de religion.

Dès lors, à l'instar des autres libertés constitutionnelles, la liberté de religion de la recourante peut être limitée à condition que la restriction repose sur une base légale suffisante, réponde à un intérêt public prépondérant et respecte le principe de la proportionnalité (ATF 119 Ia 178 consid. 3 et 4 p. 182 ss; 117 Ia 311 consid. 2b p. 315; HÄFELIN, op.cit., n. 131 ss ad art. 49).

Des limitations à la liberté de religion garantie par l'art. 9 CEDH sont également possibles, selon le par. 2 de cette disposition, à condition qu'elles concernent la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, qu'elles soient prévues par la loi et qu'elles 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.

3.– La recourante prétend que l'arrêté entrepris ne repose pas sur une base légale suffisante.

Le Tribunal fédéral examine librement, lorsqu'elle est grave, si une atteinte à une liberté constitutionnelle se fonde sur une base légale suffisante (ATF 122 I 236 consid. 4a p. 244, 360 consid. 5b/bb p. 363 et les arrêts cités). En l'espèce, peu importe que l'arrêté attaqué implique une atteinte grave ou non à la liberté de conscience et de croyance de la recourante, car même un examen libre conduit à admettre l'existence d'une base légale suffisante.

Les atteintes graves portées à une liberté constitutionnelle doivent être réglées, pour l'essentiel, de manière claire et non équivoque dans une loi au sens formel (ATF 122 I 360 consid. 5b/bb p. 363; 118 Ia 305 consid. 2a p. 309/310). Toutefois, lorsqu'une atteinte à la liberté de conscience et de croyance est constituée par une prescription de comportement très particulière, voire secondaire à l'aune du citoyen moyen (ici, l'interdiction faite à un enseignant de porter le foulard à l'école), on ne saurait exiger une base légale trop précise. Il suffit dans ces circonstances que la prescription de comportement découle d'une obligation plus générale contenue dans la loi au sens formel.

De plus, en l'espèce, la décision querellée concerne la recourante en tant que fonctionnaire de l'Etat de Genève. Or, les fonctionnaires sont soumis à un rapport de puissance publique spécial, auquel ils ont librement adhéré et auquel ils trouvent un intérêt, ce qui justifie qu'ils ne puissent bénéficier des libertés publiques que dans une mesure limitée. Notamment, il n'est pas nécessaire que la base légale qui doit fonder les restrictions à ces libertés soit particulièrement précise. En effet, la multiplicité et la variété des rapports quotidiens entre l'agent et l'autorité dont il dépend excluent que les comportements à limiter ou à interdire puissent être prévus dans une nomenclature exhaustive. Il suffit dès lors que la loi indique de manière générale, par des concepts juridiques indéterminés, les valeurs qui doivent être respectées et qui pourront être concrétisées par ordonnance ou par décision individuelle. En revanche, dans leur contenu, les restrictions aux libertés publiques doivent être justifiées par le but et la bonne marche de l'institution. Enfin, le respect des principes d'intérêt public et de proportionnalité sera contrôlé d'autant plus rigoureusement que l'atteinte aux intérêts du fonctionnaire est grave et la base légale imprécise (ATF 120 Ia 203 consid. 3a p. 205; 119 Ia 178 consid. 6b p. 188; 101 Ia 172 consid. 6 p. 181; SJ 1995 681 consid. 3; ZBI 85/1984 308 consid. 2b; PIERRE MOOR, Droit administratif, Berne, vol. III 1992, n. 5.1.2.3. p. 213/214 et n.

5.3.1.2 p. 223/224; vol. I 1994, n. 4.2.4.5 p. 362 ss; THOMAS WYSS, Die dienstrechtliche Stellung des Volksschullehrers im Kanton Zürich, thèse Zurich 1986, p. 224 ss; PAUL RICHLI, Grundrechtliche Aspekte der Tätigkeit von Lehrkräften, PJA 6/93, p. 673 ss, spéc. p. 677).

A Genève, l'art. 6 de la loi cantonale du 6 novembre 1940 sur l'instruction publique (LIP) dispose que "L'enseignement public garantit le respect des convictions politiques et confessionnelles des élèves et des parents". Il ressort en outre des art. 164 ss de la Constitution cantonale que ce canton connaît une séparation nette de l'Eglise et de l'Etat, au sens d'une laïcité de celui-ci (UELI FRIEDERICH, Kirchen und Glaubensgemeinschaften im pluralistischen Staat, thèse Berne 1993, p. 239 et HÄFELIN, op.cit., n. 26/27 ad art. 49). En matière scolaire, cette séparation est concrétisée par l'art. 120 al. 2 LIP selon lequel: "Les fonctionnaires doivent être laïques; il ne peut être dérogé à cette disposition que pour le corps enseignant universitaire".

En l'espèce, l'interdiction faite à la recourante de porter un foulard indiquant clairement l'appartenance à une confession déterminée concrétise la volonté accrue du législateur genevois, exprimée dans les dispositions précitées, de respecter en matière scolaire les principes de neutralité religieuse (cf. art. 27 al. 3 Cst.) et de séparation de l'Eglise et de l'Etat. Dès lors, même si l'arrêté entrepris comportait une atteinte grave à la liberté religieuse de la recourante, il se fonde sur une base légale suffisante.

Encore peut-on préciser que, malgré son habillement caractéristique, la recourante n'occupe aucune fonction particulière dans l'organisation islamique, de sorte qu'il est douteux qu'elle ne puisse plus être qualifiée de laïque au sens de l'art. 120 al. 2 LIP. Du reste, dans ses observations du 15 janvier 1997, le Conseil d'Etat indique qu'il n'a jamais prétendu qu'elle ne respecterait plus les exigences de cette disposition. La prise en compte de cet article dans l'analyse de la base légale s'explique toutefois du fait qu'il constitue l'une des expressions de la volonté du législateur d'instaurer une école religieusement neutre.

On pourrait enfin se demander si un canton peut se fonder directement sur l'art. 27 al. 3 Cst. pour ordonner à ses enseignants de respecter la neutralité religieuse de l'école également dans leur apparence extérieure, ou s'il doit nécessairement disposer d'une norme cantonale à cet égard. Cette question peut toutefois rester indécise, la législation genevoise comportant une telle base légale.

4.- a) Puis, la recourante déclare que la décision attaquée ne répond pas à un intérêt public.

En arborant un signe religieux fort dans l'enceinte de l'école, voire en classe, la recourante peut porter atteinte aux sentiments religieux de ses élèves, des autres élèves de l'école et de leurs parents. Certes, ni parents ni élèves ne se sont plaints jusqu'ici. Mais cela ne signifie pas qu'aucun d'entre eux n'ait été heurté. Il est possible que certains aient renoncé à intervenir directement pour ne pas envenimer la situation, en espérant une réaction spontanée des autorités scolaires. Du reste, l'opinion publique s'est émue de ce problème, la recourante a fait l'objet de nombreuses interviews et le Grand Conseil a adopté une résolution dans le sens de la décision prise par le Conseil d'Etat. De même, s'il est vrai que les autorités scolaires ne sont pas intervenues par voie de décision immédiatement après que l'inspectrice les a informées de la tenue de la recourante, cette attitude ne doit pas être entendue comme un assentiment implicite. Il est compréhensible que les autorités scolaires aient d'abord tenté de régler la question sans épreuve de force.

La décision attaquée est en droite ligne du principe de la neutralité confessionnelle de l'école, dont le but est non seulement de protéger les convictions religieuses des élèves et des parents, mais également d'assurer la paix religieuse qui, sous certains aspects, reste fragile. A cet égard, il faut relever que l'école risquerait de devenir un lieu d'affrontement religieux si les maîtres étaient autorisés par leur comportement, notamment leur habillement, à manifester fortement leurs convictions dans ce domaine.

Il existe donc un intérêt public important à interdire à la recourante de porter le foulard musulman.

b) Encore faut-il examiner si l'arrêté entrepris respecte le principe de la proportionnalité et peser avec le plus grand soin les intérêts en jeu (HÄFELIN, op.cit., n. 139 ad art. 49).

A cet égard, il convient de comparer la liberté de conscience et de croyance de la recourante à l'intérêt public à la neutralité confessionnelle de l'école, c'est-à-dire de confronter l'intérêt de la recourante à respecter un commandement de sa religion à l'intérêt des élèves et de leurs parents à ne pas être influencés ou heurtés dans leurs propres convictions, ainsi qu'à l'intérêt de maintenir la paix confessionnelle à l'école. Enfin, encore faut-il tenir compte de la nécessité d'une tolérance, également composante du principe de la neutralité confessionnelle, entre les adhérents de diverses croyances religieuses (cf. ATF 119 Ia 178 consid. 7a p. 190; 116 Ia 252 consid. 6a p. 261; KARLEN, Umstrittene Religionsfreiheit, op.cit., p. 199/200; même auteur, Das Grundrecht, op.cit., p. 193 ss et 386; WALTER GUT, Kreuz und Kruzifix in öffentlichen Räumen im säkularen Staat, in RDS 1997 I p. 63 ss, spéc. n. 11 p. 77; MARTIN PHILIPP WYSS, op.cit., p. 405; PIUS HAFNER, Staat und Kirche im Kanton Luzern, Fribourg 1991, p. 199; CONSTANCE GREWE et CHRISTIAN RUMPF, La Cour constitutionnelle turque et sa décision relative au "foulard islamique", in RUDH 1991, p. 113 ss, spéc. n. 2 in fine, p. 124).

Il faut cependant d'emblée rappeler que la liberté religieuse ne saurait dispenser automatiquement une personne de ses devoirs civiques ou, ici, de ses devoirs de fonction (ATF 119 Ia 178 consid. 7a p. 190). Les enseignants doivent tolérer des restrictions – proportionnées – à leur liberté religieuse (HAFNER, La libertà religiosa chiede la tolleranza per i simboli religiosi, J+P Text 2/95, n. III/D4 p. 9; THOMAS WYSS, op.cit., p. 232).

aa) Avant d'étudier de plus près les questions litigieuses, il n'est pas inutile d'examiner les solutions adoptées par d'autres pays dans des cas identiques ou par le Tribunal fédéral dans des affaires analogues.

Ainsi, en Allemagne, le 9 septembre 1985 (NVwZ 1986 n. 49, p. 405 ss), le Tribunal administratif supérieur de Munich a confirmé l'interdiction faite à un enseignant d'une école publique de porter, dans l'enceinte de l'école, des vêtements de couleurs répondant aux exigences du mouvement religieux Bhagwan (tons rouges, allant de rose à lilas foncé). Le Tribunal administratif a retenu que l'enseignant qui met constamment et quotidiennement en exergue, par son habillement, qu'il adhère à certaines convictions religieuses, conduit nécessairement ses élèves à se préoccuper de ses idées (arrêt critiqué par HANS W. ALBERTS, Neue Religionen und Beamtenrecht – Sannyasin als Lehrer? in NVwZ 1985 p. 92 ss, spéc. p. 95).

En France, dans un arrêt du 20 octobre 1994, le Tribunal administratif de Bordeaux a admis le recours d'une élève infirmière qui avait été exclue de l'école parce qu'elle

refusait de renoncer au port du voile ou d'un bonnet chirurgical, bien que le foulard ou le bonnet puisse gravement troubler certains patients du département psychiatrique dans lequel elle devait faire son stage. Selon un auteur allemand, A.GROMITSARIS (Laizität und Neutralität in der Schule, in AöR, 121/1996, p. 359 ss, spéc. p. 393), la doctrine qui s'est exprimée au sujet de cette décision a surtout traité de l'ambivalence du statut de l'élève infirmière, qui peut être simple élève ou stagiaire dans un hôpital. En ce sens, si le port du foulard par une élève peut être autorisé à l'école, il est inadmissible dans le cadre d'un stage professionnel effectué comme soignante dans un service public, le comportement de la stagiaire devant alors être imputé à l'Etat.

Toujours en France, dans un arrêt du 14 avril 1992, le Tribunal administratif de Versailles a confirmé la non-prolongation du contrat d'une "maîtresse de demi-pension" (une surveillante) d'un établissement scolaire secondaire qui ne voulait pas quitter le voile. GROMITSARIS (op.cit., p. 394) souligne à cet égard que la "maîtresse" n'exerçait pas d'activités d'enseignement et ne se livrait à aucun acte de prosélytisme, de sorte qu'une telle atteinte dans sa liberté de religion était justifiée uniquement du fait qu'elle incarnait l'école dans son activité de surveillance. En outre, dans le cadre de ce rapport hiérarchique envers les élèves, le simple port du foulard comportait un caractère ostentatoire agissant sur le processus de formation de la conscience de ceux-ci. Cet auteur soulignait en d'autres termes que les signes d'appartenance religieuse ont en eux-mêmes, lorsqu'ils sont portés par des enseignants ou d'autres membres de l'administration scolaire, un caractère violant le principe de la laïcité.

Dans l'ATF 116 Ia 252 consid. 7b p. 262, le Tribunal fédéral a retenu que la décision de l'autorité de faire placer un crucifix dans les salles d'école est contraire au principe de la neutralité confessionnelle de l'école sanctionnée par l'art 27 al. 3 Cst., car on peut concevoir que celui qui fréquente l'école publique voie dans la présence d'un tel symbole la volonté de se référer à des conceptions de la religion chrétienne en matière d'enseignement ou de placer l'enseignement sous l'influence d'une telle religion; il n'est pas non plus exclu que quelques personnes se sentent lésées dans leurs convictions religieuses par la présence constante, dans les salles de classe, du symbole d'une religion à laquelle ils n'appartiennent pas. Cela peut avoir des conséquences non négligeables spécialement sur l'évolution spirituelle des élèves et sur leurs convictions religieuses – qui sont celles de leurs parents – et dans lesquelles ils sont éduqués en même temps qu'à l'école, conséquences que l'art. 27 al. 3 Cst. veut justement éviter. On peut tirer de cet arrêt une analogie certaine dans la mesure où il s'agissait également d'un symbole religieux fort. Certes, le crucifix avait été apposé par les autorités scolaires mais force est de constater que le maître représente également l'Etat et l'école.

Enfin, dans l'ATF 119 Ia 178 consid. 7a p. 190, le Tribunal fédéral a autorisé une enfant à ne pas participer à des cours de natation mixte à l'école primaire car, selon la conception de sa famille, l'islam interdisait la mixité en ce domaine. A cet égard, le Tribunal fédéral a relevé que, selon l'art. 49 al. 5 Cst., les opinions religieuses ne permettent pas de s'affranchir de l'accomplissement des devoirs civiques, mais que le caractère prioritaire de ces devoirs ne doit cependant pas être considéré comme absolu, car les alinéas 1er et 5 de l'art. 49 Cst. sont, d'un point de vue juridique, de même niveau. Il appartient dès lors au législateur, lorsqu'il définit les devoirs des citoyens, de prendre en considération la liberté de conscience et de croyance. Cet arrêt comporte toutefois la différence importante qu'il s'agissait alors d'une restriction imposée à une élève, non à un enseignant.

bb) En ce qui concerne le cas d'espèce, l'intérêt public opposé à l'intérêt de la recourante est la neutralité confessionnelle, sous ses différents aspects, qu'il convient d'examiner ci-après:

La liberté de conscience et de croyance oblige l'Etat à observer une neutralité confessionnelle et religieuse; le citoyen peut se prévaloir à cet égard d'un droit individuel (ATF 118 Ia 46 consid. 3b p. 53 et 4e/aa p. 58; 113 Ia 304 consid. 4c p. 307). L'Etat peut porter atteinte à la liberté religieuse lorsqu'il prend parti de manière illicite dans des controverses d'ordre religieux ou métaphysique, en particulier en soutenant financièrement un des protagonistes (ATF 118 Ia 46 consid. 4e/aa p. 58).

L'exigence de neutralité n'est cependant pas absolue, ce que démontre l'existence – admissible – d'Eglises nationales garanties par le droit public (ATF 118 Ia 46 consid. 4e/aa p. 58; 116 Ia 252 consid. 5d p. 258/259). La neutralité n'a pas pour sens d'exclure, dans les activités de l'Etat, tout élément d'ordre religieux ou métaphysique; toutefois, une attitude antireligieuse, telle qu'une laïcité de combat, voire irréligieuse, n'est pas neutre. La neutralité tend à ce que toutes les conceptions existant dans une société pluraliste soient prises en compte sans esprit partisan. Le principe selon lequel l'Etat ne doit avantager ou désavantager personne pour des motifs religieux a une portée générale et il découle directement des art. 49 et 50 Cst. (ATF 118 Ia 46 consid. 4e/aa p. 58; KARLEN, *Umstrittene Religionsfreiheit*, op.cit., p. 199/200; même auteur, *Das Grundrecht*, op.cit., p. 188). Finalement, la laïcité de l'Etat se résume en une obligation de neutralité qui lui impose de s'abstenir, dans les actes publics, de toute considération confessionnelle ou religieuse susceptible de compromettre la liberté des citoyens dans une société pluraliste (ATF 116 Ia 252 consid. 5e p. 260 et les références citées). En ce sens, elle vise à préserver la liberté de religion des citoyens, mais aussi à maintenir, dans un esprit de tolérance, la paix confessionnelle (cf. GUT, op.cit., n. 11 p. 76; MARTIN PHILIPP WYSS, op.cit., p. 400/401).

Cette neutralité prend une importance particulière à l'école publique, car l'enseignement est obligatoire pour chacun, sans aucune différence entre les confessions. En cette matière, l'art. 27 al. 3 Cst., selon lequel "les écoles publiques doivent pouvoir être fréquentées par les adhérents de toutes les confessions, sans qu'ils aient à souffrir d'aucune façon dans leur liberté de conscience ou de croyance", est le corollaire de la liberté de conscience et de croyance. Cette disposition a pour but de garantir le respect de la sensibilité des individus de convictions diverses, de renforcer le droit conféré aux parents par les art. 49 al. 3 Cst. et 303 CC et de protéger de toute influence le droit des enfants de choisir librement leur confession au moment où ils accomplissent leur 16e année (ATF 116 Ia 252 consid. 6 p. 260). Enfin, voulant préserver la paix confessionnelle, la neutralité religieuse tend à éviter que l'école devienne un lieu d'affrontement entre tenants de convictions différentes. En conséquence, l'orientation confessionnelle de l'enseignement de la part de l'autorité ou des enseignants – en faveur ou en défaveur d'une ou de plusieurs religions – ne saurait être imposée de manière contraignante (ATF 116 Ia 252 consid. 6b p. 261). L'art. 27 al. 3 Cst. prohibe donc les programmes, formes et méthodes d'enseignement ou d'organisation scolaire, qui ont une orientation confessionnelle ou qui, au contraire, sont hostiles aux convictions religieuses (ATF 119 Ia 178 consid. 1c p. 180; FLEINER/GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 1949, p. 329; BURCKHARDT, op.cit., p. 200). De même, l'école ne doit pas s'identifier à certaines conceptions religieuses – majoritaires ou minoritaires – au détriment des adhérents d'autres confessions (ATF 116 Ia 252 consid. 7b p. 262; HAFNER, *Staat und Kirche*,

op.cit., p. 195; Karlen, *Das Grundrecht*, op.cit., p. 188 et 396). Elle doit tenir compte du phénomène religieux, sans toutefois compromettre la liberté de religion des élèves, notamment en exerçant des contraintes à leur rencontre ou en dépréciant ou vantant certaines convictions déterminées (ATF 118 Ia 46 consid. 4e/aa p. 58; KARLEN, *Das Grundrecht*, op.cit., p. 386; BURCKHARDT, op.cit., p. 201).

Dans cette optique, l'attitude des enseignants joue un rôle important. Même par leur seul comportement, ceux-ci peuvent avoir une grande influence sur leurs élèves; ils représentent un modèle auquel les élèves sont particulièrement réceptifs en raison de leur jeune âge, de la quotidienneté de la relation – à laquelle ils ne peuvent en principe se soustraire – et de la nature hiérarchique de ce rapport. En fait, l'enseignant est détenteur d'une part de l'autorité scolaire et représente l'Etat, auquel son comportement doit être imputé. Il est donc spécialement important qu'il exerce ses fonctions, c'est-à-dire transmette des connaissances et développe des aptitudes, en restant confessionnellement neutre. Il ne doit pas seulement renoncer à utiliser des moyens illicites pour tenter d'endoctriner ses élèves, tels que des pressions psychiques, la sanction d'opinions opposées ou la discrimination, mais il doit en outre être particulièrement attentif à respecter la liberté de religion de ses élèves, c'est-à-dire à observer une grande discrétion dans l'expression de ses croyances, à ne pas les heurter dans leurs convictions et à ne pas abuser de son autorité pour contrarier l'éducation que leurs parents entendent leur donner ou pour les influencer dans leur choix, le moment venu. Il lui appartient ainsi de prendre en considération les différentes croyances de ses élèves et de faire régner dans l'école une atmosphère de tolérance religieuse (KARLEN, *Das Grundrecht*, op.cit., p. 389; HERBERT PLOTKE, *Schweizerisches Schulrecht*, Berne 1979, p. 155 et 160; FAVRE, op.cit., p. 300).

Toutefois, un enseignement absolument neutre sous tous ses aspects est, concrètement, difficilement concevable (MARCO BORGHI, *Commentaire de la Constitution fédérale*, n. 68/69 ad art. 27). Il est inévitable que les convictions de l'enseignant exercent une certaine influence dans des matières déterminées de l'enseignement (histoire, géographie...), sur sa manière d'éduquer ses élèves et sur son comportement en général. Du reste, l'exigence de neutralité à l'école ne permet pas de disqualifier des maîtres ayant des convictions religieuses, ni même d'attendre d'eux qu'ils renient leur confession au point qu'elle ne soit plus reconnaissable (BORGHI, op.cit., n. 76/77 ad art. 27; PLOTKE, op.cit., p. 160/161; FAVRE, op.cit., p. 300). De même, la liberté de croyance ne comporte pas un droit général à ne pas être exposé aux convictions religieuses d'autrui (KARLEN, *Religiöse Symbole in öffentlichen Räumen*, in ZBl 90/1989, p. 12 ss, spéc. p. 15).

Toute la question est ainsi de savoir jusqu'où va le devoir de réserve d'un enseignant d'une école publique dans le cadre de ses activités.

Une réponse doit être élaborée en tenant compte de toutes les circonstances du cas concret (cf. KARLEN, *Umstrittene Religionsfreiheit*, op.cit., p. 206 ss). Le devoir de réserve sera plus strict lorsqu'il s'agit de l'école obligatoire. Dans ce sens, en principe, plus les degrés d'enseignement sont élevés, plus les limites posées au comportement orienté de l'enseignant doivent être élargies, car les élèves plus âgés disposent normalement d'une plus grande capacité de discernement en matière spirituelle et sont, sur les plans intellectuels et personnels, plus indépendants de leur maître (BURCKHARDT, op.cit., note 1 p. 200). Le danger d'influence par le maître doit de même être relativisé dans la mesure où les élèves sont soumis à d'autres courants provenant de l'environnement, de camarades, d'autres professeurs et de leurs parents.

Enfin, il faut examiner la manière dont l'enseignant vit et présente ses convictions à l'école. En particulier, son devoir de discrétion peut être assoupli s'il met en évidence que son opinion n'en est qu'une parmi d'autres et s'il encourage ses élèves à se déterminer en toute liberté (THOMAS WYSS, op.cit., p. 227 et 231). De même, si la manifestation religieuse extérieure du maître inclut le port d'un signe religieux, il faut tenir compte du degré de visibilité et de force d'évocation de ce symbole (KARLEN, Umstrittene Religionsfreiheit, op.cit., p. 207 et 210).

cc) En l'espèce, d'un côté, ainsi qu'on l'a vu plus haut, interdire à la recourante de porter le foulard la place devant une alternative difficile: ne pas respecter un précepte de sa religion qu'elle juge important ou courir le risque de ne plus pouvoir enseigner à l'école publique.

Mais, d'un autre côté, le foulard est ici un signe religieux évident. En outre, la recourante enseigne dans une école primaire, c'est-à-dire à de jeunes enfants particulièrement influençables. Certes, il ne lui est pas reproché de se livrer au prosélytisme ni même de parler de ses convictions à ses élèves. La recourante ne peut toutefois guère se soustraire aux questions que les enfants n'ont pas manqué de lui poser. Il paraît plutôt délicat d'invoquer à cet égard des arguments esthétiques ou de sensibilité au froid, ainsi qu'elle a déclaré, selon le dossier, l'avoir fait jusqu'à présent, car les enfants se rendent compte qu'il s'agit d'une échappatoire. Elle peut ainsi difficilement leur répondre sans exposer ses convictions.

Or, la recourante détient une part de l'autorité scolaire et personnifie l'école aux yeux de ses élèves, de sorte que, même si d'autres enseignants de la même école font montre d'autres opinions religieuses, une telle représentation de soi paraît difficilement concevable avec le principe de non-identification, dans la mesure où, comme fonctionnaire, son comportement doit être imputé à l'Etat. Enfin, il faut rappeler que le canton de Genève a opté pour une nette séparation de l'Eglise et de l'Etat qui se traduit notamment par une laïcité marquée de l'enseignement public.

Par ailleurs, force est de constater que le port du foulard est difficilement conciliable avec le principe de l'égalité de traitement des sexes (cf. SAMI ALDEEB, Musulmans en terre européenne, PJA 1/96 p. 42 ss, spéc. lettre d p. 49). Or, il s'agit là d'une valeur fondamentale de notre société, consacrée par une disposition constitutionnelle expresse (art. 4 al. 2 Cst.), qui doit être prise en compte par l'école.

De plus, la paix confessionnelle demeure finalement malgré tout fragile et l'attitude de la recourante est susceptible d'entraîner des réactions, voire des affrontements qu'il convient d'éviter. Il faut du reste tenir compte dans la pesée des intérêts du fait qu'admettre le port du foulard conduirait à accepter également le port de symboles vestimentaires forts d'autres religions, par exemple la soutane ou la kippa (à cet égard, sous l'angle de la proportionnalité, le Conseil d'Etat admet qu'un maître porte à l'école un signe religieux discret, par exemple un petit bijou, problème qu'il n'est pas nécessaire d'approfondir ici). Pareille conséquence pourrait compromettre le principe de la neutralité confessionnelle à l'école. On peut enfin noter qu'il est difficilement concevable d'interdire la pose du crucifix dans une école publique et d'admettre que les maîtres portent eux-mêmes des symboles religieux forts, peu importe de quelle confession.

En conclusion, il existe en l'espèce des éléments prépondérants qui permettent au Conseil d'Etat, sans violer les art. 49 Cst. ou 9 CEDH, d'interdire à la recourante de porter le foulard dans le cadre de ses activités d'enseignante.

[La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevable une requête présentée par l'intéressée qui se plaignait, après l'arrêt du Tribunal fédéral, d'une ingérence inadmissible dans son droit de manifester sa religion (article 9 CEDH) ainsi que d'une discrimination fondée sur le sexe (article 14 CEDH) – décision du 15 février 2001, publiée dans le Recueil de la Cour européenne des droits de l'homme 2001–V p. 429.]

* * *

Sommaires d'arrêts récents du Tribunal fédéral, dans différents domaines de la juridiction constitutionnelle (recours de droit public)⁴:

A. Liberté personnelle

ATF 130 I 16 – arrêt du 7 janvier 2004, cause X. c/ Psychiatrische Klinik Oberwil et Verwaltungsgesellschaft des Kantons Zug

Traitement médicamenteux forcé en clinique psychiatrique au cours de la privation de liberté à des fins d'assistance; art. 7, art. 10 al. 2 et art. 36 Cst., art. 8 CEDH.

Un traitement médicamenteux forcé constitue une atteinte grave à la liberté personnelle et touche au coeur même de la dignité humaine (consid. 3).

Base légale dans le canton de Zoug (consid. 4).

Nécessité d'une pesée globale et complète des intérêts en présence: intérêts publics, caractère indispensable du traitement, conséquences d'une absence de traitement, examen des alternatives, appréciation de la mise en danger de soi et des tiers (consid. 5).

ATF 130 I 65 – arrêt du 27 janvier 2004, cause X. c/ Direction de la Prison de Champ-Dollon, ainsi que Tribunal administratif de la République et canton de Genève

Art. 10 al. 2 et art. 36 Cst., liberté personnelle; obligation des visiteurs de se soumettre à un contrôle de sécurité (détecteur de métal) à l'entrée de la prison; art. 8 al. 1 Cst., égalité de traitement.

L'obligation, pour le visiteur de la prison, de se soumettre à un contrôle de sécurité impliquant pour lui de franchir un portique équipé d'un détecteur de métal, et de retirer ses chaussures ou sa ceinture pour le cas où l'appareil persisterait à signaler la présence de métal, ne constitue pas une restriction grave à la liberté personnelle (consid. 3.1–3.3).

⁴ On indiquera d'abord la référence au recueil officiel (ATF), avec le numéro du volume, le tome et la pagination; il sera ensuite fait mention de la date de l'arrêt et du nom des parties.

En l'occurrence, les conditions de la base légale (consid. 3.4) et du respect de la proportionnalité (consid. 3.5) sont remplies.

Il est justifié que les gardiens de la prison, les policiers et les juges ne soient pas soumis à ce contrôle, à la différence des autres visiteurs et, en particulier, des avocats. Cette différence ne constitue pas une inégalité de traitement prohibée (consid. 3.6).

ATF 129 I 173 – arrêt du 12 février 2003, cause X. et consorts c/ F., Gemeinderat et Bezirksrat Meilen ainsi que Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

Liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.).

Droit des parents du défunt de déterminer le lieu de sépulture; protection, après le décès, des droits de la personnalité du défunt; pesée des divers intérêts en jeu, protégés par les droits fondamentaux, dans le cadre de l'art. 36 Cst.

ATF 128 I 63 – arrêt du 4 mars 2002, cause A.A. c/ B.B. ainsi que Regierungsrat et Obergericht des Kantons Luzern

Liberté personnelle (art. 10 Cst., art. 8 CEDH); art. 7 al. 1 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE).

Droit de connaître son ascendance: l'enfant adopté majeur dispose du droit de connaître ses parents biologiques et, partant, de consulter les indications masquées du registre d'état civil, indépendamment de toute pesée des intérêts opposés (consid. 2–5).

ATF 127 I 6 – arrêt du 22 mars 2001, cause P. c/ Psychiatrische Universitätsklinik Basel et Psychiatrie-Rekurskommission Basel-Stadt

Traitement médicamenteux forcé en clinique psychiatrique au cours de la privation de liberté à fins d'assistance; art. 7, 10, 13 et 36 Cst.; art. 3 et 8 CEDH; art. 7 Pacte ONU II.

Base juridique de la médication forcée; loi du canton de Bâle-Ville sur le traitement et l'internement des personnes atteintes de maladies psychiques (loi sur la psychiatrie; consid. 2a, 4 et 7a).

Portée de la liberté personnelle selon l'art. 10 al. 2 Cst., comparé avec l'ancien droit non écrit et avec les garanties spéciales d'autres dispositions constitutionnelles (consid. 5a); portée de la garantie de la dignité humaine selon l'art. 7 Cst. (consid. 5b); droits fondamentaux garantis par le droit international en rapport avec le traitement médicamenteux forcé (consid. 5c–f).

Examen des conditions d'un traitement médicamenteux selon la loi sur la psychiatrie, en ce qui concerne l'incapacité de discernement (consid. 7b), la volonté présumée (consid. 7c) et l'urgence (consid. 7d).

Intérêts prépondérants propres à justifier le traitement forcé (consid. 8).

Examen de la proportionnalité de l'atteinte au droit fondamental, d'après la loi sur la psychiatrie (consid. 9b et 9c) et au regard de l'art. 36 Cst. (consid. 9d).

B. Protection de la sphère privée

ATF 126 I 7 – arrêt du 23 mars 2000, cause O. c/ Chambre d'accusation et Chef de la police du canton de Genève

Art. 10 al. 2, 13 al. 2 et 29 al. 2 Cst.; consultation d'un dossier de police.

Distinction entre le droit de consulter le dossier tel qu'il découle de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) et de la protection contre l'emploi abusif des données personnelles (art. 13 al. 2 Cst.), d'une part, et du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), d'autre part (consid. 2).

Le droit cantonal applicable permet de requérir la rectification et la radiation de données inexactes contenues dans un dossier de police. Sous réserve d'un intérêt prépondérant qu'il appartient à l'autorité de démontrer, ce droit implique la faculté de consulter le dossier en question (consid. 3).

ATF 126 I 50 – arrêt du 5 avril 2000, cause Swiss Online AG c/ Bezirksanwaltschaft Dielsdorf et Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich

Secret des télécommunications, surveillance du courrier électronique (e-mail) ordonnée dans une procédure pénale à titre de mesure de contrainte; art. 4 aCst./art. 9 Cst., art. 36 al. 4 aCst./art. 13 al. 1 Cst., § 103 et 104 ss CPP/ZH.

Le fondement juridique des atteintes au secret des télécommunications ne se trouve pas dans la loi fédérale sur les télécommunications, mais dans les normes pertinentes de procédure pénale (consid. 2).

Est arbitraire le fait d'exiger d'un fournisseur d'accès à Internet (provider), sur la base du § 103 CPP/ZH, la recherche et l'édition de données concernant l'expéditeur et le moment de l'envoi d'un message électronique (e-mail) manipulé (consid. 4).

L'identification des participants à des conversations téléphoniques représente une atteinte au secret des télécommunications; elle doit donc satisfaire aux conditions posées à cet égard par la Constitution et par la loi (consid. 5b).

Le secret des télécommunications, garanti par la Constitution, vaut aussi pour les communications par e-mail au moyen d'Internet; exigences à respecter pour des atteintes à ce secret (consid. 6a).

La recherche et l'édition des données techniques (provenance, identification) relatives à une communication par e-mail nécessitent une base légale et doivent être approuvées par un juge (consid. 6b et 6c).

ATF 125 I 257 – arrêt du 24 juin 1999, cause J.H. c/ Président du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Art. 4 Cst., art. 8 CEDH et art. 7 al. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant; liberté personnelle; droit de consulter le dossier de tutelle archivé.

Rappel des principes gouvernant le droit de consulter un dossier personnel archivé, sous

l'angle du droit d'être entendu, de la liberté personnelle et de l'art. 8 CEDH (consid. 3a et 3b). Droit de l'enfant de connaître son ascendance (consid. 3c).

Pesée des intérêts en présence (consid. 4).

C. Liberté de conscience et de croyance

ATF 129 I 68 – arrêt du 18 décembre 2002, cause A. c/ Römisch-katholische Kirchgemeinde B. ainsi que Römisch-katholische Landeskirche des Kantons Luzern

Art. 15 Cst., art. 72 Cst.; art. 9 CEDH; liberté de conscience et de croyance; sortie de la paroisse respectivement de l'Eglise officielle.

Effets juridiques d'une déclaration exprimant la volonté de sortir uniquement de la paroisse respectivement de l'Eglise officielle, mais de continuer à faire partie de l'Eglise catholique romaine (sortie dite partielle de l'Eglise), à la lumière de la liberté de conscience et de croyance ainsi que de la réglementation juridique dans le canton de Lucerne (consid. 3.1–3.4).

ATF 129 I 74 – arrêt du 13 janvier 2003, cause X. c/ Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich ainsi que Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich

Art. 15 Cst.; art. 9 CEDH; art. 18 Pacte ONU II; liberté de conscience et de croyance pendant l'exécution des peines.

Liberté de culte en tant qu'élément essentiel de la liberté de conscience et de croyance. Exercice de la liberté de culte pendant l'exécution des peines; limite de la participation à un service religieux (consid. 4).

Conditions auxquelles un détenu peut être libéré de l'obligation de travailler (art. 37 ch. 1 al. 2 CP) lors de fêtes religieuses (consid. 5 et 6).

ATF 126 I 122 – arrêt du 13 juin 2000, cause Model AG c/ Steuerverwaltung et Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau

Art. 49 al. 6 aCst. (art. 15 Cst.); art. 4 aCst.; § 224 de la loi fiscale thurgovienne; liberté religieuse; principe de la légalité; impôt ecclésiastique et personnes morales.

Compétence législative et fiscale en matière d'impôt ecclésiastique (consid. 2).

Confirmation de la jurisprudence selon laquelle l'assujettissement des personnes morales à l'impôt ecclésiastique est en principe compatible avec l'art. 49 al. 6 aCst. Un changement de jurisprudence ne se justifie pas, même compte tenu des développements survenus, notamment de la révision totale de la Constitution fédérale (consid. 3–5).

ATF 125 I 300 – arrêt du 7 mai 1999, cause Abd-Allah Lucien Meyers c/ Gemeinde Hausen a.A. et Regierungsrat des Kantons Zürich

Art. 53 al. 2 Cst., art. 49 Cst. et art. 50 Cst., art. 9 CEDH et art. 14 CEDH, art. 18

Pacte ONU II; droit au «repos éternel» dans un cimetière public.

Compétence du Tribunal fédéral pour examiner le grief de violation de l'art. 53 al. 2 Cst. (consid. 1a); intérêt actuel de l'intéressé à l'examen de ce grief (consid. 1b).

Il n'existe aucun droit d'obtenir dans un cimetière public une sépulture conforme aux règles de l'Islam, notamment garantie pour une durée indéterminée, issu du droit à une sépulture décente (art. 53 al. 2 Cst.) ou de la liberté de religion et du libre exercice des cultes (art. 49 et 50 Cst.) (consid. 2 et 3).

Dans la mesure où une commune zurichoise octroie volontairement des sépultures même à des personnes domiciliées à l'extérieur de son territoire, elle peut soumettre cette offre, dans les limites des principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire, aux limitations qui lui semblent indiquées (consid. 4).

D. Libertés d'opinion et d'information

ATF 127 I 84 – arrêt du 23 avril 2001, cause P. c/ Stadtrat Luzern, Baudepartement et Verwaltungsgericht des Kantons Luzern

Art. 10, 14 et 18 CEDH; art. 16 et 35 al. 2 Cst.; art. 84 al. 1 OJ; utilisation par des privés de véhicules de transport public à des fins publicitaires; liberté d'opinion; interdiction de censurer.

L'intervention étatique qui empêche la conclusion d'un contrat de droit privé souhaité par un particulier constitue-t-elle un acte de puissance publique au sens de l'art. 84 al. 1 OJ (consid. 4a)?

Il n'existe pas de droit fondamental à disposer d'un véhicule des transports publics urbains, en tant que support de publicité, pour diffuser une opinion. Différence entre l'utilisation du domaine public et l'usage du patrimoine administratif (consid. 4b).

L'État doit également respecter les droits fondamentaux des citoyens dans l'accomplissement de ses tâches, lorsqu'il agit comme sujet de droit privé. Étendue de l'obligation d'égalité de traitement lors de l'utilisation de biens publics à des fins commerciales (consid. 4c).

Peut être refusé un texte publicitaire devant figurer sur la surface extérieure d'un bus, parce qu'il pourrait être ressenti comme blessant par une partie de la population (consid. 4d).

ATF 127 I 145 – arrêt du 27 juin 2001, cause Wottreng c/ Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich

Consultation par des tiers de dossiers pénaux archivés; liberté d'information et liberté de la science, art. 16 et 20 Cst.

Dispositions cantonales sur l'archivage (consid. 2).

L'auteur de l'ordonnance n'a pas violé le principe de la séparation des pouvoirs (consid. 3).

Éléments fondamentaux de la liberté de communication (consid. 4b); la liberté d'information et la liberté de la science ne fondent pas un droit de portée générale à l'obtention d'informations provenant de sources non accessibles à quiconque (dossiers

archivés pendant le délai de protection) (consid. 4c et 4d).

Contrôle de l'application du droit cantonal sur l'archivage; protection de la personnalité de défunts, de leur parenté et de tiers (consid. 5).

ATF 127 I 164 – arrêt du 20 septembre 2001, cause Partei der Arbeit et consorts c/ Landschaft Davos Gemeinde et Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden

Refus d'une autorisation de manifester à l'occasion du Forum économique mondial 2001 à Davos; liberté d'opinion et de réunion; art. 16 et 22 Cst., art. 11 CEDH, art. 21 Pacte ONU II.

Etendue de l'examen en cas d'inexistence d'un intérêt actuel; limitation aux questions fondamentales (consid. 1a et 6).

Principes de la liberté d'opinion et de réunion en matière de manifestation sur le domaine public: assujettissement à autorisation, pesée des intérêts en fonction du contenu idéal des droits fondamentaux, fixation de charges et de conditions, devoir de collaboration des organisateurs (consid. 3).

Examen de la demande du point de vue des conditions de trafic et des risques de troubles (consid. 4).

Droit d'organiser, en principe, des manifestations aussi sur des places qui n'appartiennent pas au domaine public, mais sont néanmoins affectées à l'usage commun (consid. 5b).

Appréciation du report d'une manifestation à un autre moment (consid. 5c).

E. Droit à un enseignement de base

ATF 129 I 12 – arrêt du 7 novembre 2002, cause V. et 20 consorts c/ Grosser Rat des Kantons Bern

Art. 19, 36 et 62 Cst.; art. 29 al. 2 Cst./BE; droits sociaux fondamentaux; exclusion disciplinaire de l'école.

De l'art. 19 Cst. découle le droit à un enseignement de base gratuit correspondant aux aptitudes individuelles de l'enfant et au développement de sa personnalité dans des écoles publiques pendant la scolarité obligatoire de neuf ans au moins (consid. 4).

L'art. 29 al. 2 Cst./BE n'étend pas seulement ce droit à toutes les écoles pendant la scolarisation obligatoire, mais il fonde simultanément un droit plus large de l'enfant à une protection, à une assistance et à un encadrement (consid. 5).

En cas de restrictions apportées aux droits sociaux fondamentaux, il faut examiner, en appliquant par analogie l'art. 36 Cst., si les conditions de la base légale, de l'existence d'un intérêt public ou privé prépondérant ainsi que de la proportionnalité sont remplies (consid. 6–9).

La collectivité doit en principe assurer l'encadrement des écoliers exclus – jusqu'à la fin de la scolarité obligatoire – au moyen de personnes qualifiées ou d'institutions publiques (consid. 9.5).

L'échelle de mesures figurant à l'art. 28 LEO/BE qui prévoit comme sanction suprême (ultima ratio) une exclusion temporaire (partielle ou totale) de l'enseignement pendant au

maximum douze semaines par année scolaire peut recevoir une interprétation conforme à la Constitution (consid. 10).

ATF 129 I 35 – arrêt du 7 novembre 2002, cause M.X. c/ Schulrat der Stadt Wil, Bezirksschulrat Wil et Erziehungsrat des Kantons St. Gallen

Art. 19, 36 et 62 Cst.; exclusion de l'école pour motif disciplinaire.

Selon l'art. 48 VSG/SG, la scolarité obligatoire – et par conséquent le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit au sens de l'art. 19 Cst. – dure en principe jusqu'à l'accomplissement de la troisième année d'école secondaire (consid. 7).

Conditions requises pour restreindre ce droit social fondamental (consid. 8–10).

En règle générale, la collectivité doit veiller à ce que les élèves exclus de l'école obligatoire soient pris en charge par des personnes ou des institutions publiques compétentes (consid. 11.2).

Si l'élève exclu de l'école fréquente une école privée, au lieu de suivre l'enseignement qui lui est offert en remplacement dans un foyer éducatif ou scolaire, le canton peut refuser de prendre les frais à sa charge (consid. 11.4 et 11.5).

F. Droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse

ATF 130 I 71 – arrêt du 14 janvier 2004, cause X. c/ Sozialhilfekommission der Stadt Schaffhausen et Département des Innern ainsi que Obergericht des Kantons Schaffhausen

Art. 12 Cst; droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse. Aide sociale; participation à des mesures d'occupation et d'intégration.

Principe de subsidiarité. Le droit constitutionnel garantit seulement le minimum vital, c'est-à-dire les moyens indispensables à la survie. La portée du droit et son noyau coïncident (consid. 4.1).

Celui qui, objectivement, serait en mesure de se procurer les ressources indispensables à sa survie par ses propres moyens – en particulier en acceptant un travail convenable – ne remplit pas les conditions du droit (consid. 4.3).

La fourniture d'une aide matérielle peut être assortie de la charge de participer à des mesures d'occupation et d'intégration. Ces mesures ou programmes doivent en principe être considérés comme un travail convenable, même si le revenu qu'ils procurent n'atteint pas le montant des prestations d'assistance (consid. 5).

En cas de refus de principe de participer à des mesures d'occupation et d'intégration qui garantiraient le minimum vital, les prestations (financières) d'assistance peuvent être entièrement suspendues (consid. 6).

G. Liberté économique

ATF 130 I 279 – arrêt du 13 juillet 2004, cause Gewerbeverband Basel–Stadt, Pro Innerstadt et X. AG c/ Regierungsrat des Kantons Basel–Stadt

Art. 49 al. 1 et art. 27 Cst.; art. 71 let. c LTr; § 7 al. 1 et § 7a let.d du règlement de Bâle–Ville du 7 décembre 1993 (version du 5 août 2003) sur les jours de repos et de fermeture des magasins; § 11 al. 3 de la loi de Bâle–Ville du 13 octobre 1993 sur les jours de repos et de fermeture des magasins. Normes cantonales sur la fermeture des magasins; prolongation des heures d’ouverture; obligation de respecter une convention collective de travail.

Une disposition cantonale sur la fermeture des magasins, prévoyant que la prolongation des heures d’ouverture ne peut être autorisée qu’en cas de respect de la convention collective de travail, a pour but la protection des travailleurs et est incompatible avec la législation fédérale sur le travail qui est exhaustive (violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral); annulation des dispositions réglementaires attaquées et constatation de l’inconstitutionnalité de la législation cantonale sur laquelle elles se fondent (consid. 2.3 et 2.5).

Incompatibilité de cette législation également avec la loi fédérale permettant d’étendre le champ d’application de la convention collective de travail (consid. 2.4)?

ATF 128 I 3 – arrêt du 13 novembre 2001, cause Gemeinde Arosa c/ Plakanda AWI AG, A. et Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden

Art. 27 en relation avec l’art. 94 Cst., art. 36 Cst., art. 50 al. 1 Cst.; liberté économique, autonomie communale; monopole d’affichage sur fonds privé.

Voie de droit ouverte pour attaquer une décision d’autorisation d’affichage et de publicité (consid. 1a); préjudice irréparable au sens de l’art. 87 al. 2 OJ en cas de décision de renvoi à une commune (consid. 1b).

Autonomie communale d’après la nouvelle Constitution fédérale: qualité pour recourir (consid. 1c), portée et pouvoir d’examen (consid. 2).

Compatibilité de monopoles cantonaux avec (le principe de) la liberté économique. A la différence d’un monopole de fait d’affichage sur le domaine public, un monopole de droit d’affichage, dans la mesure où il touche un fonds privé, représente une atteinte disproportionnée à la liberté économique; l’obligation de requérir une autorisation, liée au respect de normes matérielles, suffit pour réaliser les buts d’intérêt public en cause (changement de jurisprudence, consid. 3).

Admissibilité d’une interdiction de publicité pour des tiers (consid. 4)?

Autonomie de la commune lors de l’autorisation d’affichage et de publicité, c’est-à-dire de la détermination des limites esthétiques et de protection des sites (consid. 5).

ATF 128 I 136 – arrêt du 26 mars 2002, cause Politische Gemeinde St. Gallen et Y. AG c/ X. AG, Volkswirtschaftsdepartement ainsi que Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen

Art. 27 Cst., art. 50 al. 1 Cst.; liberté économique, égalité de traitement entre

personnes appartenant à la même branche économique, autonomie communale; utilisation du domaine public à des fins commerciales, exploitation d'une grande roue au marché annuel d'automne de St-Gall.

Autonomie communale : qualité pour recourir et intérêt actuel (consid. 1.1–1.3); situation des "autres intéressés" au sens de l'art. 93 OJ (consid. 1.4); portée de l'autonomie et étendue du pouvoir d'examen (consid. 2).

Egalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique (art. 27 Cst.): jurisprudence relative à l'égalité de traitement entre cirques lors de la mise à disposition du domaine public (consid. 3).

Pesée des intérêts effectuée par les autorités communales lors de l'attribution de places pour des foires commerciales sur le domaine public: respect des droits (limités) d'utilisation découlant de l'art. 27 Cst., compte tenu de l'obligation d'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique, d'une part, et prise en compte des intérêts propres, respectivement des besoins présumés du public, d'autre part; est souhaitable une clé de répartition (régulièrement réexaminée) qui prenne en compte proportionnellement les éventuelles inégalités entre entreprises concurrentes (consid. 4.1).

Il n'est pas contraire au principe de la concurrence loyale que la commune choisisse parmi plusieurs offres de grande roue pour le marché annuel d'automne celle qui est objectivement la meilleure, même si elle émane toujours du même auteur (consid. 4.2).

ATF 128 I 295 – arrêt du 28 mars 2002, cause Association suisse des annonceurs et consorts c/ Grand Conseil du canton de Genève

Art. 8, 9, 16, 17, 26, 27, 36, 49 al. 1, 93, 105, 118 al. 2 let. a Cst.; art. 2 et 3 LMI; loi genevoise du 9 juin 2000 sur les procédés de réclame; contrôle abstrait des normes.

La norme genevoise qui interdit l'affichage de publicité en faveur du tabac et des alcools de plus de 15 volumes pour cent sur le domaine public cantonal et sur le domaine privé visible depuis le domaine public, ne viole pas :

- le principe de la primauté du droit fédéral tant au regard des compétences législatives de la Confédération en matière d'alcool, de denrées alimentaires et de radio-télévision (consid. 3), qu'à celui de la loi sur le marché intérieur (consid. 4);
- la liberté de la presse et celle d'opinion et d'information, pour autant que l'affichage à but commercial entre dans le champ de protection de ces libertés (consid. 5a);
- la liberté économique (consid. 5b);
- la garantie de la propriété (consid. 6);
- le principe de l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire (consid. 7).

Compatibilité avec la garantie de la propriété et la liberté économique des normes cantonales qui soumettent au contrôle des pouvoirs publics les procédés de réclame placés, entre autres, sur le domaine privé visible depuis le domaine public (consid. 8), ainsi de la règle qui interdit de poser des procédés de réclame sur les façades borgnes des bâtiments (consid. 9).

ATF 125 I 173 – arrêt du 3 mars 1999, cause H. et consorts c/ Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

Liberté du commerce et de l'industrie; séparation des pouvoirs; principe de la légalité

en matière de contributions publiques; admissibilité d'une mesure limitant l'admission aux études de médecine (numerus clausus bâlois).

La liberté du commerce et de l'industrie ne donne aucun droit d'accéder librement à des études universitaires (consid. 3).

L'exigence d'une base légale formelle pour limiter l'admission aux études de médecine est remplie (consid. 4).

L'introduction du numerus clausus seulement pour les études de médecine et en Suisse allemande ne viole pas le principe de l'égalité de traitement (consid. 6).

Absence de base légale de l'émolument perçu pour le test d'aptitude (consid. 9).

ATF 125 I 335 – arrêt du 7 juin 1999, cause J. c/ Direktion des Gesundheitswesens, Regierungsrat et Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

Art. 31 Cst.; exercice de la profession d'acupunctrice à titre indépendant.

La loi zurichoise sur la santé constitue une base légale suffisante pour interdire l'exercice de la profession d'acupunctrice à titre indépendant (consid. 2).

Jurisprudence du Tribunal fédéral quant à la proportionnalité de l'exigence de certificats de capacité; droit à des autorisations partielles (consid. 3).

La liberté du commerce et de l'industrie protège également l'exercice de l'acupuncture à titre indépendant (consid. 4).

Il est disproportionné de refuser à une acupunctrice l'autorisation d'exercer sa profession à titre indépendant lorsque l'intéressée est aussi bien, voire mieux, formée à cet effet qu'un médecin (consid. 5).

H. Liberté syndicale

ATF 129 I 113 – arrêt du 15 novembre 2002, cause Fédération syndicale SUD et consorts c/ Conseil d'Etat du canton de Vaud

Art. 88 OJ; art. 8 et 28 Cst.; art. 11 CEDH; liberté syndicale dans la fonction publique; participation au processus législatif portant sur le statut du personnel; égalité entre syndicats.

Qualité pour recourir d'un syndicat non admis à participer à l'élaboration des règlements d'application d'une loi sur le personnel; intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 88 OJ tiré de la liberté syndicale et du principe d'égalité (consid. 1).

La liberté syndicale ne confère pas aux organisations syndicales de la fonction publique le droit de participer au processus législatif portant sur le statut du personnel, mais seulement celui d'être entendu sous une forme appropriée en cas de modifications législatives ou réglementaires touchant de manière significative les conditions de travail de leurs membres (consid. 3).

L'Etat doit s'abstenir, comme employeur, de toute mesure de discrimination non justifiée à l'égard des syndicats, sous peine de porter atteinte à leur liberté syndicale et à celle de leurs membres. Est discriminatoire le fait d'écarter une organisation syndicale de la suite du processus législatif en raison des opinions qu'elle a défendues lors de la première phase de ce processus, tandis qu'une autre y est admise (consid. 5).

I. Garantie de la propriété

ATF 126 I 219 – arrêt du 28 juin 2000, cause Epoux A. c/ Tribunal administratif du canton de Genève

Art. 26 al. 1 et 36 al. 1 à 3 Cst.; protection des monuments; classement d'une salle de cinéma.

Classement d'une salle de cinéma: exigences liées à l'intérêt public et au caractère proportionné de la mesure (consid. 2e–g).

Conditions dans lesquelles le classement est compatible avec le principe de la proportionnalité, lorsque cette mesure produit l'effet de maintenir l'affectation d'un bâtiment et oblige le propriétaire à poursuivre une activité économique déterminée (consid. 2h).

J. Garanties de procédure judiciaire

ATF 129 I 207 – arrêt du 31 mars 2003, cause X. et Y. c/ Schulkommission der Kantonsschule Z., Schulrekurskommission et Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

Art. 6 par. 1 CEDH; nouveaux critères pour décider si l'art. 6 CEDH est applicable aux personnes occupées dans le service public; situation des enseignants.

L'applicabilité de l'art. 6 par. 1 CEDH aux agents publics dépend avant tout de la nature (régalienne ou non) des fonctions exercées par ceux-ci. Au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de la notion de "fonction publique" et de celle (dont elle émane) de la Cour de justice des Communautés européennes, les enseignants du secondaire jouissent de la protection de l'art. 6 CEDH dans les litiges de nature pécuniaire découlant des rapports de service (consid. 4 et 5).

ATF 128 I 288 – arrêt du 23 août 2002, cause X. contre Rectorat de l'UNIL, Département de la formation et de la jeunesse et Tribunal administratif du canton de Vaud

Art. 30 al. 1 et 3 Cst.: principe de la publicité de la procédure judiciaire et droit à des débats publics.

Bien que l'alinéa 1 de l'art. 30 Cst. ait un champ d'application matériel plus étendu que celui couvert par l'art. 6 par. 1 CEDH (consid. 2.2), son alinéa 3 ne confère pas au justiciable de droit à des débats publics (oraux), mais se limite à garantir que, lorsqu'il y a lieu de tenir une audience, celle-ci se déroule publiquement, sauf exceptions prévues par la loi (consid. 2.3–2.6).

Pas de droit à des débats publics – même selon l'art. 6 par. 1 CEDH – dans les litiges relatifs à l'évaluation d'examens scolaires ou universitaires ou portant sur l'admission ou l'exclusion d'établissements d'enseignement publics (consid. 2.7).

ATF 128 I 346 – arrêt du 8 août 2002, cause A. c/ Anwaltskammer des Kantonsgericht St. Gallen

Art. 6 et 7 CEDH; surveillance disciplinaire des avocats.

Une simple amende disciplinaire d'un montant de 5'000 fr. ne constitue ni une accusation en matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH ni une peine au sens de l'art. 7 CEDH.

ATF 127 I 115 – arrêt du 18 juin 2001, cause époux W. c/ Tribunal administratif du canton de Genève

Art. 10 Cst. et art. 6 par. 1 CEDH; contrôle judiciaire d'un ordre d'autopsie.

Lorsque les proches du défunt contestent, après coup, l'ordre d'autopsie, cette question doit en principe faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

ATF 126 I 15 – arrêt du 24 novembre 1999, cause N. c/ Ministère public du canton de Vaud

Art. 4 Cst.; droit d'être entendu; verbalisation des témoignages importants.

Droit des parties à une procédure pénale d'exiger que les déclarations de témoins, importantes pour l'issue du litige et faites pendant l'audience de jugement, soient consignées dans un procès-verbal.

ATF 126 I 33 – arrêt du 14 février 2000, cause X. c/ Tribunal administratif du canton de Neuchâtel

Art. 6 par. 1 CEDH; renvoi d'un fonctionnaire de police.

Le recourant exerçait une fonction importante dans l'administration, impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique; par ailleurs, les aspects patrimoniaux, sociaux et personnels invoqués ne sont qu'accessoirs à la prétention principale, qui a trait exclusivement à la cessation de rapports de service au sein de la fonction publique cantonale. L'art. 6 CEDH est donc inapplicable (consid. 2).

ATF 126 I 228 – arrêt du 20 septembre 2000, cause A. c/ Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte et Obergericht des Kantons Zürich

Art. 6 par. 1 CEDH; art. 30 al. 1 Cst.; droit à la tenue d'une audience publique devant une autorité judiciaire en cas de suspension professionnelle temporaire d'un avocat.

Portée de l'art. 6 CEDH en matière de procédure disciplinaire relevant du droit du barreau; définition de l'autorité judiciaire (consid. 2a).

A cet égard, la Commission de surveillance des avocats du canton de Zurich n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, respectivement de l'art. 30 al. 1

Cst. (consid. 2c). C'est pourquoi une audience publique tenue par elle ne peut pas remplacer une telle séance devant le Tribunal cantonal si elle est demandée (consid. 3a).

K. Garanties dans la procédure pénale

ATF 130 I 126 – arrêt du 18 mai 2004, cause X. c/ Y. et Staatsanwaltschaft ainsi que Obergericht des Kantons Aargau

Art. 31 al. 2 et art. 32 Cst.; droit de se taire; devoir d'information de l'autorité.

La personne accusée dans une procédure pénale est fondée à faire usage de son droit de se taire, sans avoir à en subir des inconvénients. Le devoir de l'autorité d'informer aussitôt la personne, qui est privée de sa liberté, de son droit de se taire, résulte directement de l'art. 31 al. 2 Cst. (consid. 2).

Le devoir d'information représente une garantie de procédure indépendante. Des déclarations qui auraient été faites dans l'ignorance du droit de se taire ne peuvent en principe pas être retenues. Des exceptions à ce dernier principe sont admissibles à certaines conditions, après une pesée des intérêts en présence (consid. 3).

ATF 129 I 151 – arrêt du 6 novembre 2002, cause A. c/ Staatsanwaltschaft ainsi que Obergericht des Kantons Aargau

Art. 6 par. 1 en relation avec l'art. 6 par. 3 let. d CEDH; art. 32 al. 2 Cst.; § 107 al. 2 CPP/AG; droit d'interroger la victime mineure.

Le droit d'interroger le témoin à charge est absolu, lorsque ce témoignage est décisif (consid. 3.1).

Toutefois, en vue de protéger la victime, ce droit peut être garanti à la rigueur sans confrontation avec l'accusé ou sans que le défenseur pose des questions directement à la victime (consid. 3.2).

On ne peut, par une appréciation anticipée des preuves, tenir pour superflu l'interrogatoire par la défense du témoin décisif. Si les intérêts légitimes de la victime mineure excluent qu'elle se laisse interroger par l'accusé, on ne peut alors, fondamentalement, se fonder sur les déclarations de la victime (consid. 4).

Il faut dans chaque cas examiner les mesures alternatives à la confrontation directe, afin de ménager autant que possible les droits de défense de l'accusé et les intérêts de la victime (consid. 5).

ATF 129 I 281 – arrêt du 9 septembre 2003, cause X. c/ Staatsanwaltschaft ainsi que Appellationsgericht des Kantons Basel–Stadt

Art. 6 par. 3 let. c CEDH; art. 29 al. 3 Cst.; art. 90 al. 1 let. b OJ; art. 87 al. 2 OJ; §§ 14 s. CPP/BS. Décision incidente, défense nécessaire.

Le refus d'accorder l'assistance gratuite d'un défenseur dans la procédure d'appel est une décision incidente contre laquelle le recours est recevable au sens de l'art. 87 al. 2 OJ (consid. 1.1).

Si on ne trouve dans la décision attaquée aucune indication au sujet des dispositions légales pertinentes, on ne peut pas exiger d'un profane, en application des règles légales sur la motivation des recours, qu'il fournisse alors lui-même ces indications à l'appui d'un grief d'arbitraire présenté dans un recours de droit public (consid. 2).

Garanties du droit fédéral (consid. 3.1) et du droit cantonal (consid. 3.2) en matière de droit à l'assistance d'un avocat dans un cas de défense nécessaire.

Du point de vue du droit à l'assistance judiciaire dans un cas de défense nécessaire, il faut tenir compte à la fois de la peine privative de liberté à laquelle l'intéressé est exposé et des peines pour lesquelles le sursis pourrait être révoqué, quand cette révocation s'impose d'après la jurisprudence (consid. 4.1).

Le droit à l'assistance judiciaire dans un cas de défense nécessaire existe au moins jusqu'à ce que la procédure pénale prenne fin par une décision entrée en force, et il ne doit pas dépendre des chances de succès; si son indigence est reconnue (au sens des règles de procédure), le condamné a aussi en principe un droit inconditionnel à l'assistance gratuite d'un défenseur pour la procédure de recours (consid.4.2–4.6).

ATF 127 I 141 – arrêt du 25 avril 2001, cause X. c/ Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Art. 6 par. 3 let. e et art. 57 CEDH; droit à l'assistance gratuite d'un interprète.

La décision attaquée, qui met à la charge du recourant les frais d'interprète, a été rendue avant que la Suisse ne retire ses réserves et déclarations interprétatives relatives à l'art. 6 CEDH. Quoique formellement encore en vigueur, la déclaration interprétative au sujet de l'art. 6 par. 3 let. e CEDH n'était pas admissible au regard de l'art. 57 CEDH (consid. 3).

ATF 126 I 36 – arrêt du 28 mars 2000, cause E. c/ Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Art. 6 par. 1 CEDH. Procédure pénale. Condamnation par défaut; droit d'obtenir le relief.

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Tribunal fédéral concernant les condamnations par défaut (consid. 1).

Condamnation par défaut et demande de relief en droit vaudois (consid. 2).

Une élection de domicile "au greffe", consignée au procès-verbal du Juge d'instruction, ne constitue pas un abandon valable du droit d'être présent à l'audience. La demande de relief présentée par le condamné par défaut ne peut donc pas être déclarée irrecevable au motif qu'un délai légal de vingt jours, compté depuis la notification fictive du jugement "au greffe", n'a pas été observé (consid. 3).

L. Protection contre l'arbitraire, égalité de traitement

ATF 129 I 1 – arrêt du 6 novembre 2002, cause X. c/ Politische Gemeinde Kirchberg ainsi que Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen

Arbitraire (art. 9 Cst.) et égalité dans la loi (art. 8 al. 1 Cst.), contrôle concret des normes; avance de pensions alimentaires (prise en compte de la situation financière des concubins).

La disposition cantonale, selon laquelle les revenus du concubin du parent ayant droit sont pris en compte, et l'avance alimentaire octroyée seulement si le revenu total des deux concubins ne dépasse pas la limite fixée, n'est pas arbitraire (consid. 3.1).

S'agissant de l'égalité de traitement entre beaux-parents et concubins, cette disposition est susceptible d'une interprétation conforme à la Constitution, et l'art. 8 al. 1 Cst. ne s'oppose dès lors pas à son application (consid. 3.2).

ATF 129 I 265 – arrêt du 11 juillet 2003, cause X. c/ Ausgleichskasse et Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg

Art. 8 al. 3 et art. 116 al. 2 Cst.; art. 73 et 76 du règlement (CEE) no 1408/71; art. 12 al. 2 et art. 13 al. 5 LÉg; égalité entre hommes et femmes; allocations familiales et pour enfant; règle de conflit intercantonale; frais judiciaires de la procédure devant le Tribunal fédéral.

Inconstitutionnalité d'une réglementation qui attribue au "père" le droit au paiement d'allocations familiales et pour enfant en cas de droits concurrents de conjoints exerçant une activité lucrative (consid. 2–4).

Compétence pour créer une règle de conflit intercantonale (consid. 4.2–5.2).

Référence aux règles de conflit figurant aux art. 73 et 76 du règlement (CEE) no 1408/71 et valables pour les relations entre la Suisse et l'UE sur la base de l'accord de libre circulation des personnes (ALCP; consid. 5.3).

Pas de gratuité de la procédure devant le Tribunal fédéral (consid. 6.2).

M. Droits politiques

ATF 130 I 134 – arrêt du 5 avril 2004, cause Walker c/ Kantonsrat des Kantons Appenzell A.Rh.

Art. 82 Cst., art. 2, 3 et 5 LCR; art. 55 Cst./AR; défaut de conformité au droit fédéral de l'initiative populaire cantonale pour "12 dimanches sans voitures".

A la différence de la Confédération, les cantons ne sont pas habilités à édicter des normes restreignant, de manière générale, le trafic motorisé sur leur territoire (consid. 3.2).

Une interdiction de circuler en voiture le dimanche sur tout le territoire cantonal, comme le réclame l'initiative litigieuse, passe par l'adoption d'une règle de droit, pour laquelle les cantons ne disposent pas de la compétence nécessaire (consid. 3.3 et 3.4).

ATF 130 I 290 – arrêt du 28 juillet 2004, cause Zürcher Anwaltsverband et consorts c/ Regierungsrat des Kantons Zürich ainsi que Kantonsrat des Standes Zürich

Art. 34 al. 1 et 2 Cst.; art. 85 let. a et art. 88 OJ; votation populaire cantonale du 30 novembre 2003 sur la révision partielle du CPP zurichois.

Qualité des personnes physiques ou morales pour exercer le recours de droit public en matière de droit de vote (consid. 1.2 et 1.3).

Devoirs des autorités concernant la présentation aux électeurs, dans la documentation distribuée avant le vote, d'une information objective et équilibrée; admissibilité de déclarations publiques individuelles de personnes membres d'une autorité lors de la campagne électorale (résumé et confirmation de la jurisprudence; consid. 3). Analyse du rapport explicatif du Conseil d'Etat concernant notamment la proposition de supprimer le pourvoi en nullité cantonal contre les jugements ou décisions finales des juges uniques, des tribunaux de district et des tribunaux de la jeunesse, ainsi que contre les jugements d'appel de la Cour suprême. En l'occurrence, la préparation du vote et l'information présentée ne comportent aucun vice grave qui puisse avoir notablement influencé ou altéré le résultat du scrutin (consid. 4–6).

ATF 129 I 217 – arrêt du 9 juillet 2003, cause A. et consorts c/ Einwohnergemeinde Emmen et Regierungsrat des Kantons Luzern

Vote populaire par les urnes sur des demandes de naturalisation; qualité pour exercer le recours de droit public (art. 88 OJ); violation de l'interdiction de toute discrimination et du droit à une décision motivée (art. 8 al. 2 et art. 29 al. 2 Cst.).

Le recours de droit public pour violation de l'interdiction de toute discrimination est recevable aussi dans des cas tels que le refus d'une naturalisation, où il n'existe pas de droit à l'acte demandé (consid. 1.1).

Indépendamment de leur qualité pour recourir sur le fond, les parties à la procédure cantonale peuvent se plaindre d'une motivation inexistante (à la différence d'une motivation insuffisante; consid. 1.4).

Lors du vote sur des demandes de naturalisation, les citoyens doivent respecter les droits fondamentaux (consid. 2.2.1); la liberté de vote ne leur confère aucun droit à la validation d'un résultat incompatible avec l'ordre juridique (consid. 2.2.2).

Exigences quant à la preuve d'une discrimination (consid. 2.2.3 et 2.2.4).

Sur la base des publications préalables à la votation et du résultat de celle-ci, il est établi que les recourants subissent une discrimination du fait de leur origine (consid. 2.3). Le rejet de leurs demandes de naturalisation viole ainsi l'art. 8 al. 2 Cst. (consid. 2.4).

Les décisions de refus attaquées, issues d'un vote par les urnes, violent aussi le droit à une décision motivée (art. 29 al. 2 Cst. en relation avec l'art. 8 al. 2 Cst.; consid. 3).

ATF 129 I 232 – arrêt du 9 juillet 2003, cause Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich (SVP), Meier et Tuena c/ Gemeinderat von Zürich et Bezirksrat Zürich ainsi que Regierungsrat des Kantons Zürich

Nullité d'une initiative visant à soumettre au vote populaire par les urnes les demandes

de naturalisation (art. 29 al. 2, art. 34 al. 2 et art. 13 Cst.).

Les décisions refusant la naturalisation sont soumises à l'obligation de motiver selon l'art. 29 al. 2 Cst. (droit d'être entendu) en relation avec l'art. 8 al. 2 Cst. (interdiction de toute discrimination; consid. 3.3 et 3.4).

Un scrutin populaire par les urnes ne garantit pas une motivation qui réponde aux exigences constitutionnelles (consid. 3.5 et 3.6). L'initiative visant à soumettre au vote populaire par les urnes les demandes de naturalisation viole ainsi le droit constitutionnel à une décision motivée.

Conflit entre le devoir d'information des autorités sur la situation personnelle des requérants, déduit de la liberté de vote (art. 34 al. 2 Cst.; consid. 4.2), et le droit à la protection de leur sphère privée et secrète (art. 13 Cst.; consid. 4.3). Une conciliation entre ces droits fondamentaux opposés n'apparaît pas possible dans le cas particulier (consid. 4.4).

Les défauts de l'initiative, du point de vue de l'Etat de droit, ne peuvent pas se justifier par le principe démocratique (consid. 5).

ATF 129 I 392 – arrêt du 21 novembre 2003, cause A. et consorts ainsi que G. c/ Gemeinderat von Zürich, Bezirksrat Zürich ainsi que Regierungsrat des Kantons Zürich
Art. 8 al. 1 et 2, art. 34 al. 1 Cst.; initiative populaire communale "D'abord les Suisses!" à Zurich; égalité devant la loi, interdiction de la discrimination.

L'initiative a pour but de favoriser les Suisses et, ainsi, de défavoriser les étrangers aussi lorsqu'une différence de traitement n'est pas justifiée par des motifs objectifs. Elle viole les garanties constitutionnelles fédérales de l'égalité devant la loi et de l'interdiction de la discrimination (consid. 3).

ATF 125 I 21 – arrêt du 7 octobre 1998, cause Grüne Bewegung Uri c/ Landrat des Kantons Uri

Art. 85 let. a OJ; initiative populaire uranaise "Pour des chances égales aux élections".

Résumé de la jurisprudence rendue à ce jour sur l'art. 4 al. 2 Cst. en général (consid. 3a) et sur les quotas féminins en particulier (consid. 3b); examen des critiques formulées à l'encontre de cette jurisprudence (consid. 3c et 3d).

Les quotas de résultat font également partie des mesures visant à assurer l'égalité des sexes (consid. 3d/aa; précision de l'ATF 123 I 152).

La répartition en fonction de quotas de mandats octroyés par élections populaires représente une limitation inadmissible au droit égal d'élire et d'être élu (consid. 3d/dd).

Critères d'examen des quotas selon le droit international public (consid. 4).

Examen des mesures visant à assurer l'égalité des sexes contenues dans l'initiative "Pour des chances égales aux élections": quotas pour les autorités et les commissions élues directement par le peuple (consid. 5a); quotas pour les autorités et les commissions élues indirectement par le peuple (consid. 5b); quotas pour les élections au système majoritaire et quotas de listes pour les élections au Grand Conseil selon le système de la représentation proportionnelle (consid. 5c); validité partielle de l'initiative (consid. 7).

Problématique de la limitation dans le temps des mesures visant à assurer l'égalité des

sexes (consid. 6).

ATF 125 I 227 – arrêt du 21 avril 1999, cause G. c/ Grand Conseil du canton de Genève

Art. 85 let. a OJ; recevabilité de l'initiative cantonale «Genève, République de Paix».

Unité de la matière (consid. 3).

Conformité de l'initiative au droit supérieur; aspects généraux; portée d'une réserve générale en faveur du droit fédéral (consid. 4).

Interprétée restrictivement, la disposition de l'initiative qui prévoit une intervention du canton auprès d'"institutions internationales», ne porte pas atteinte aux compétences de la Confédération dans le domaine des affaires étrangères (consid. 5).

L'encouragement du canton à la réduction des dépenses militaires (consid. 6), à la restitution à des usages civils des terrains affectés à l'armée (consid. 7), à la conversion civile des activités économiques en relation avec le domaine militaire (consid. 8), et à l'accueil des victimes de la violence (consid. 9), ne viole pas le droit fédéral.

La promotion du service civil, entendue comme une information objective et la mise en place de structures adéquates, est également admissible (consid. 10).

En revanche, le canton ne pourrait valablement renoncer à faire appel à la troupe pour assurer le service d'ordre sur son territoire (consid. 11), ou la sécurité des conférences internationales (service d'appui; consid. 12).

ATF 125 I 289 – arrêt du 28 avril 1998, cause Esther Bucher Helfenstein et consorts c/ Kanton Basel–Landschaft

Art. 85 let. a OJ, art. 25 s. du Pacte ONU II. Députés au Grand Conseil ayant qualité de fonctionnaires cantonaux: exclusion de la participation aux votes sur certaines normes relatives à la fonction publique cantonale.

Comparaison de la réglementation schaffhouseoise relative à la récusation – examinée dans l'arrêt publié aux ATF 123 I 97 ss – et de la réglementation du canton de Bâle–Campagne, sur laquelle porte la présente contestation. En particulier, cette dernière réglementation vise potentiellement un plus grand nombre de personnes (consid. 3, 4, 5).

Une règle excluant de façon générale, pour les députés fonctionnaires cantonaux, la participation aux votes sur certains arrêtés concernant le statut du personnel, n'est pas compatible (en tout cas dans la forme ici contestée) avec les principes du droit de vote (consid. 6).

Constitue une violation des principes du droit de vote le fait d'interpréter différemment – soit plus sévèrement – à l'endroit d'un député fonctionnaire cantonal que vis-à-vis d'autres députés, la règle selon laquelle la récusation est obligatoire quand l'intéressé est «immédiatement concerné» (consid. 7).

ATF 125 I 441 – arrêt du 1er juillet 1999, cause A. c/ Gran Consiglio dello Stato e Repubblica del Cantone Ticino

Loi sur l'exercice des droits politiques du canton du Tessin: contributions de tiers au

financement de la campagne électorale des candidats aux élections cantonales; liberté de vote et d'élection; principe de l'égalité des chances; art. 4 Cst.

Liberté de vote et d'élection, principe d'égalité et interdiction de toute discrimination (consid. 2a). Intervention de tiers dans les votations et élections: résumé de la jurisprudence et de la doctrine (consid. 2b).

Admissibilité de principe des restrictions au financement des campagnes électorales? Question laissée indécise en l'espèce (consid. 2c).

La disposition de la loi sur l'exercice des droits politiques du canton du Tessin, qui limite à 50'000 fr. les contributions de tiers au financement de la campagne électorale d'un candidat aux élections cantonales, viole tant le principe de l'égalité des chances que le principe de la proportionnalité (consid. 3a–b). Peut rester ouverte la question de savoir si la peine prévue en cas de violation de cette disposition serait propre à sauvegarder l'indépendance du candidat (consid. 3c).

JIA/ 10/03/05