

Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la Convention européenne des droits de l'homme

Gérard Gonzalez

DANS **SOCIÉTÉ, DROIT ET RELIGION** 2013/1 Numéro 3 , PAGES 153 À 169
ÉDITIONS **CNRS ÉDITIONS**

ISSN 2110-6657

ISBN 9782271076885

DOI 10.3917/sdr.003.0153

Date de mise en ligne : 03/03/2014

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-societe-droit-et-religion-2013-1-page-153?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour CNRS Éditions.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Les droits de l'enfant à la liberté de religion et la Convention européenne des droits de l'homme

.....
Gérard Gonzalez
professeur à l'université de Montpellier 1
IDEDH (EA 3976)

La Convention ne fait expressément mention de l'enfant qu'une seule fois¹. S'appuyant sur d'autres sources internationales, notamment la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant, la Cour européenne fait aujourd'hui couramment référence à l'intérêt de l'enfant, voire à son intérêt supérieur, chaque fois que son bien-être est directement ou indirectement l'enjeu de la garantie d'un droit protégé par la Convention.

Sur le plan procédural, la Convention EDH est un terrain propice à la préservation des droits des mineurs. Elle n'impose pas de conditions de capacité aux requérants, le droit de recours individuel étant ouvert à « toute personne » (article 34), de sorte qu'un enfant mineur peut très bien la saisir pour son compte. Il arrive que le(s) parent(s) agisse(nt) pour le compte de leur enfant mineur sans que celui-ci soit lui-même requérant². Plus souvent, les parents sont aux côtés de leur(s) enfant(s) pour soutenir une revendication qui est aussi la leur. Tel est le cas dans certains contentieux relatifs à la vie familiale³, à la vie privée⁴

.....
1. L'article 5 du protocole n° 7 prévoit en effet que l'égalité de droits et de responsabilités des époux s'exerce « dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution » mais que les États ne sont pas empêchés pour autant « de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt de l'enfant »

2. C'est malheureusement le cas lorsqu'il a été attenté au droit à la vie du mineur : CEDH, 27 juillet 1998, *Gülec c. Turquie*. Cette situation se rencontre aussi en cas de mauvais traitements collectifs (CEDH, 3 mai 2007, *97 membres de la congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani*), voire individuels (CEDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans* – châtiments corporels dans les écoles).

3. Par ex. CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston c. Irlande* sur les conséquences de l'absence de droit au divorce en Irlande (requête introduite par Mme Johnston et sa fille âgée de 7 ans au moment de l'introduction de la requête).

4. Par ex. CEDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. R-U* (prélèvements ADN, S. est âgé de 15 ans au moment du dépôt de sa requête).

ou à de mauvais traitements⁵. D'autres fois, le mineur agit seul, notamment lorsqu'il fait l'objet d'une condamnation pénale⁶. Enfin, certaines affaires sont introduites par un individu majeur au moment de sa requête relativement à des faits survenus durant sa minorité⁷. Les mêmes situations se retrouvent dans les contentieux qui mettent en cause les convictions religieuses du mineur. Parce qu'elle est une liberté de l'esprit, la liberté de religion ne peut être refusée à l'enfant. Cependant, ici aussi, le filtre de l'autorité parentale joue un rôle important et la difficulté de concilier l'exigence de liberté et le droit de regard, voire de direction, des parents trouve son parfait accomplissement notamment dans les contentieux mettant en cause le droit à l'instruction. La mise en cause des convictions religieuses du mineur, avérées ou en voie de construction, peut être directe lorsque le mineur est confronté à des doctrines s'écartant radicalement des convictions véhiculées dans le cercle familial ou lorsqu'il entend manifester ses propres convictions; indirecte lorsque le statut du mineur est en jeu dans le cadre d'un différend souvent familial; à la fois directe et indirecte lorsque l'appartenance d'un ou des parents à un groupement religieux pose la question de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant.

Dans la jurisprudence européenne, deux domaines sont propices à la mise en jeu des convictions religieuses de l'enfant: l'école et le cercle familial. En milieu scolaire, la jurisprudence européenne a développé les instruments d'une protection spécifique des convictions religieuses de l'enfant. Quant à son intérêt supérieur, il devient un critère central dans le contrôle par la Cour de toute ingérence dans les droits de tiers en relation avec lui (familiale, d'autorité) et mettant en cause leur propre liberté de religion.

.....
5. Par ex. CEDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c. R-U* (châtiments corporels à l'école dont la conventionnalité est contestée par une mère et son fils âgé de 7 ans).

6. Par ex. CEDH, Gr. Ch., 16 décembre 1999, *V. c. R-U* et *T. c. R-U* (enfants de 12 ans reconnus coupables de meurtre).

7. Par ex. CEDH, 20 octobre 2009, *Yunus Aktaş et a. c. Turquie*; CEDH, 21 septembre 2010, *Üzer c. Turquie* (mauvais traitements en garde à vue sur deux mineurs dont l'un n'a pas atteint sa majorité au moment du dépôt de la requête).

La protection spécifique des mineurs dans le milieu scolaire

Si la Cour européenne est très stricte quant au degré d'objectivité de l'instruction reçue par les enfants en milieu scolaire, elle se montre en revanche beaucoup plus compréhensive à l'égard des ingérences étatiques dans la liberté des mineurs de manifester leurs convictions religieuses dans cette même enceinte scolaire.

La garantie sourcilleuse du droit des mineurs de recevoir une instruction objective, critique et pluraliste

L'article 2 du premier Protocole à la Convention garantit que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction » et que « l'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». Dans l'arrêt *Kjeldsen*⁸, la Cour souligne que les parents s'acquittent « d'un devoir naturel envers leurs enfants, dont il leur incombe en priorité d'assurer [l']éducation et [l'] enseignement » en vertu duquel ils « peuvent exiger de l'État le respect de leurs convictions religieuses et philosophiques » (§52). Selon elle, « la seconde phrase de l'article 2 (P1-2) implique [...] que l'État, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste ». Cette obligation positive « lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser » (§53). De fait, le contentieux de l'article 2P1 est surtout nourri par des parents offusqués de l'orientation de certains enseignements prodigués selon eux de manière prosélytique par l'État instructeur qui faillit ainsi à son obligation de neutralité⁹. L'enfant n'est pas pour autant exclu de ces contentieux car « il faut lire les deux phrases de l'article 2 (P1-2) à la lumière non seulement l'une de l'autre, mais aussi, notamment, des articles 8 (vie privée et familiale), 9 (liberté de

8. CEDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk, Madsen et Pedersen*, GACEDH n° 56.

9. CEDH, *Kjeldsen* préc. ; CEDH, décision du 17 juin 2004, *Abdullah Ciftçi c. Turquie* ; CEDH, déc. 6 oct. 2009, *Appel-Irgang c. Allemagne* ; CEDH, 3 nov. 2009, *Lautsi c. Italie*.

religion) et 10 (liberté d'expression) » qui protègent « toute personne, y compris les parents et les enfants » (§52). Ainsi, bien que la deuxième phrase vise expressément les seuls parents, puisque ce texte comme la Convention, doit être lus comme un tout, le mineur peut se prétendre aussi victime à leurs côtés¹⁰. Il pourrait aussi entreprendre cette démarche seul mais ce cas ne s'est encore jamais présenté¹¹. Deux situations se présentent dans le contentieux du contenu des programmes éducatifs.

La question des enseignements relatifs à la vie sexuelle

La jurisprudence fournit deux exemples de parents ayant contesté les programmes scolaires incluant des cours d'éducation sexuelle dans les écoles primaires¹². Les requêtes sont fondées sur le refus de parents de laisser leurs enfants assister à ces cours obligatoires et leur souhait contrarié de les en faire dispenser en avançant leurs convictions religieuses. La Cour ne leur donne pas satisfaction. L'objectif de fournir « de bonne heure aux enfants des éclaircissements qu'il estime utiles, essaie de les alerter contre des phénomènes inquiétants à ses yeux, par exemple la fréquence excessive des naissances hors mariage, des avortements provoqués et des maladies vénériennes » est légitime et ces « considérations d'ordre moral [...] revêtent un caractère très général et n'entraînent pas un dépassement des bornes de ce qu'un État démocratique peut concevoir comme l'intérêt public » (*Kjeldsen*, §54). La Cour n'identifie aucune « tentative d'endoctrinement visant à préconiser un comportement sexuel déterminé » dans la législation en cause qui « ne s'attache pas à exalter le sexe, ni à inciter les élèves à se livrer précocement à des pratiques dangereuses pour leur équilibre, leur santé ou leur avenir ou répréhensibles aux yeux de beaucoup de parents ». Enfin, les parents ont tout loisir d'inscrire leurs enfants dans des écoles privées s'ils sont en désaccord avec les enseignements prodigués. Quinze années plus tard, la Cour reprendra ce même raisonnement pour déclarer irrecevable une requête similaire contre l'Espagne (affaire *Jimenez Alonso*). Par ailleurs, les parents qui appartiennent à une communauté religieuse strictement attachée aux préceptes bibliques et qui souhaitent donner à leurs deux enfants une instruction à domicile pour

10. CEDH, déc. 25 mai 2000, *Jimenez Alonso et Jimenez Merino c. Espagne*; CEDH, Gr. Ch., 29 juin 2007, *Folgero et a. c. Norvège*; CEDH, 9 oct. 2007, *Zengin c. Turquie*.

11. Les contentieux relatifs au port des signes religieux à l'école sont bien initiés par les élèves seuls mais sur le fondement de la première phrase (nul ne peut être privé du droit à l'instruction) compte tenu du fait que la sanction prononcée est l'exclusion définitive (voir ci-dessous).

12. Affaires *Kjeldsen* et *Jimenez Alonso* précités.

les tenir éloignés d'un monde qu'ils voient comme rempli de violence et de sexe, contestent le refus qui leur a été opposé au motif qu'une telle éducation risquait non seulement d'être défailante mais aussi privait l'enfant d'une première expérience de la vie en société. La Cour européenne a rejeté cette requête comme manifestement mal fondée, consacrant ainsi une très grande marge d'appréciation des États dans ce domaine qui ne fait pas l'objet d'un consensus au niveau européen¹³. Les enfants, âgés de 9 et 10 ans, étant aussi requérants avec leurs parents, la Cour en déduit qu'on ne peut conclure que les parents essaient « d'imposer leurs convictions religieuses à l'encontre de la volonté de leurs enfants ». Mais c'est pour souligner aussitôt que, comme l'ont jugé les juridictions nationales, les enfants requérants étaient, « compte tenu de leur jeune âge », incapables de prévoir les conséquences de la décision de leurs parents de les éduquer à domicile. La Cour, jugeant qu'il serait très difficile de considérer que des enfants aussi jeunes puissent « prendre des décisions autonomes », ne prend en compte, dans son contrôle de l'équilibre entre les droits énoncés dans les deux phrases, que la volonté des parents dont la contestation est jugée manifestement mal fondée au vu des intérêts en jeu. Cette affaire éclaire indirectement la question de la majorité religieuse qui n'a jamais été abordée spécifiquement par la Cour et démontre que les convictions des enfants ne sont pas sérieusement prises en compte lorsque leur immaturité est, comme ici, flagrante.

La question des enseignements de religion ou d'éthique

Si la seconde phrase de l'article 2P1 n'interdit pas à l'État « de répandre par l'enseignement ou l'éducation des informations ou connaissances ayant, directement ou non, un caractère religieux ou philosophique », en revanche, le contenu de tels enseignements doit être diffusé « de manière objective, critique et pluraliste » et sans poursuivre « un but d'endoctrinement »¹⁴.

Ces principes s'appliquent aux cours de morale non confessionnelle¹⁵ ou d'éthique organisés par certains États. Dans l'affaire *Appel-Irrgang*, les parents et leur fille (âgée de 14 ans) contestaient l'impossibilité d'obtenir une dispense globale des cours d'éthique au motif que ces cours véhiculeraient un discours « anticlérical et antireligieux ». La Cour juge au contraire qu'il s'agit d'un cours « neutre qui n'accorde aucun poids particulier à une religion

13. CEDH, décision du 11 septembre 2006, Konrad c. Allemagne.

14. Principes énoncés dans l'arrêt Kjeldsen (§53) et repris depuis (Folgero, § 84 g/et h/).

15. Commission, déc. 9 sept. 1992, Sluijs c. Belgique ; déc. 8 sept. 1993, Bernard et a. c. Luxembourg.

ou croyance déterminée mais dont l'objectif est de transmettre une base de valeurs commune aux élèves et d'éduquer ceux-ci à s'ouvrir à des personnes adhérant à d'autres croyances que la leur». La Cour ne tient pas compte du fait que, dans d'autres pays, la dispense de tels cours est possible et la requête est déclarée irrecevable. En revanche, les parents ne sauraient «exiger de l'État qu'il organise un enseignement donné», par exemple d'éthique¹⁶. Ils ne peuvent non plus contester «la condition imposée par le législateur consistant à obtenir le diplôme d'enseignement primaire avant de poursuivre des cours coraniques», soit un âge minimum de douze ans¹⁷.

L'application de l'article 2P1 pose essentiellement le problème de cours axés sur la religion. Les États disposent d'une grande marge d'appréciation pour introduire dans les programmes scolaires des cours de culture religieuse. Mais si ces cours ne respectent pas les critères d'objectivité et de pluralisme imposés par la Cour, des moyens appropriés doivent être adoptés pour garantir le respect des convictions des parents et de l'enfant lui-même. La marge d'appréciation des États se resserre alors au profit de son obligation positive d'établir un régime de dispense de droit du cours en question ou de prévoir un cours de substitution. Dans l'affaire *Folgero*¹⁸, était en cause un cours sur «le christianisme, la religion et la philosophie» dont les parents ne pouvaient demander qu'une dispense partielle des matières dont ils estimaient, «du point de vue de leur propre religion ou philosophie de vie, quelles reviennent à pratiquer une autre religion ou à embrasser une autre philosophie de vie». Or, malgré son intitulé, ce cours faisait la part belle à la religion chrétienne en incluant notamment des prières, des hymnes chantés (psaumes) et des services à l'église. Le titulaire d'une dispense partielle n'est pas tenu d'y participer mais il doit, néanmoins, y assister. Ce cours ne répondant pas aux exigences d'objectivité, de neutralité et de respect du pluralisme, le mécanisme de dispense partielle qui, en outre, oblige les parents à motiver leur demande dévoilant ainsi leurs propres convictions, viole la Convention¹⁹. L'obligation imposée aux élèves n'ayant pas été dispensés de la totalité du cours d'assister, même passivement, à des activités pleinement «confessionnelles» ne garantit pas le droit «concret et effectif» des parents au respect de leurs convictions. La Cour confirmera cette analyse à propos de l'obligation

.....
16. CEDH, déc. 30 nov. 2004, *Bulski c. Pologne*.

17. CEDH, 17 juin 2004, *Çiftçi c. Turquie*.

18. CEDH, 29 juin 2007, *Folgero et a c. Norvège*, RTDH 2008 n°73: 251-271, obs. G. Gonzalez.

19. Pour une synthèse de cette jurisprudence, voir G. Gonzalez, «Des difficultés de combattre l'inculture religieuse (à propos de l'arrêt *Folgero*)», RTDH 2008 n°73: 251-271.

faite, en Turquie, aux enfants alévis d'assister à un cours de culture religieuse essentiellement basé sur l'islam sunnite²⁰. Lorsqu'un État impose un enseignement comme « objet de culte » inspiré d'une approche « confessante »²¹, l'exigence de neutralité impose de rendre aisément accessible un mécanisme automatique de dispense. Dans les départements français soumis au droit local alsacien-mosellan, ces principes sont respectés²².

En revanche, l'exigence de neutralité ne va pas jusqu'à interdire à l'État d'afficher la préférence religieuse de la majorité de la population dans les salles de classe. La Cour juge en Grande chambre que l'accrochage d'un crucifix, « symbole essentiellement passif », peut être imposé sur les murs des écoles sans violer la Convention à condition que les élèves aient eux-mêmes le droit de manifester leurs convictions religieuses par le port de signes, symboles ou vêtements et que l'enseignement dispensé ne présente aucun caractère prosélyte²³.

Il faut aussi signaler que, indépendamment du contenu des programmes, la Cour fait prévaloir le droit de l'enfant mineur à l'instruction sur la garantie de la liberté de religion des parents adeptes des adventistes du 7^e jour et qui, à ce titre, se plaignaient de ne pouvoir obtenir une dispense générale de cours pour leur fils le samedi²⁴.

La garantie « molle » de la liberté des mineurs de manifester leur religion dans le cadre scolaire

Sur le terrain de l'article 9, garantissant la liberté de pensée, de conscience et de religion qui est l'un des éléments parmi « les plus essentiels de l'identité des croyants »²⁵, invoqué seul ou en combinaison avec l'article 14 qui interdit toute

.....
20. CEDH, 9 oct. 2007, Zengin c. Turquie.

21. Termes utilisés par R. Debray qui oppose cette approche « confessante » à l'enseignement du « religieux comme objet de culture » répondant à une approche « objectivante ». Il préconise de développer un enseignement du fait religieux : L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque, Rapport au ministre de l'Éducation nationale, Paris, Odile Jacob, 2002 : 27-28.

22. La dispense est de droit pour les cours obligatoires d'éducation religieuse, au choix, catholique, protestante ou israélite. Les parents ne font connaître leur appartenance confessionnelle que pour autant qu'ils ne demandent pas la dispense globale des cours. Ce mécanisme est respectueux de la Convention européenne, comme l'a d'ailleurs souligné le juge administratif (CE, 6 avril 2001, « Syndicat national des enseignants du second degré », *AJDA* 2002 : 63, note B. Toulemonde).

23. CEDH, GC, 18 mars 2011, Lausti c. Italie.

24. CEDH, décision du 27 avril 1999, Martins Casimiro et Lusitana Maria Cerveira Ferreira c. Luxembourg.

25. CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce, § 32.

discrimination religieuse, l'autonomie de volonté du mineur devrait pouvoir s'exprimer plus librement encore. Les affaires concernent surtout la question des restrictions aux manifestations vestimentaires de la liberté de religion dans le cadre scolaire. Sur ce fondement, aucune requête n'a prospéré devant la Cour. D'autres revendications n'ont pas eu une issue plus heureuse, si bien qu'on peut se demander si, en dehors de la question du contenu de certains enseignements, la garantie des droits des mineurs à manifester leurs convictions religieuses à l'école n'est pas seulement « molle » mais aussi totalement inefficace.

La question du port de signes religieux

La solution de principe est donnée par l'arrêt *Leyla Şahin*²⁶ qui illustre la marge d'appréciation très importante reconnue aux États pour défendre le principe de laïcité. Cette affaire concerne une étudiante majeure et, en conséquence, la consécration du droit de l'État de restreindre la liberté de manifester sa religion dans les universités, comme en l'espèce, s'applique *a fortiori* dans les établissements scolaires fréquentés par des élèves mineurs. La Cour l'a d'ailleurs expressément confirmé pour la Turquie dans une affaire introduite par des élèves mineures d'un lycée qui, bien que destiné à former de futurs cadres religieux, n'est pas une école confessionnelle et fait partie du système éducatif turc²⁷. Cette solution stricte vaut aussi pour la France. Par ses arrêts *Dogru*²⁸ et *Kervanci c/France*²⁹, la Cour européenne a validé la jurisprudence du Conseil d'État qui, avant la loi du 15 mars 2004, appréciait les sanctions prises à l'égard de jeunes filles portant le voile à l'aune des troubles à l'ordre public générés ou des exigences de sécurité en cours d'éducation physique notamment. Les décisions d'irrecevabilité rendues dans les affaires *Aktaş*, *Bayrac*, *Guazal*, *Jasvir Singh* et *Ranjit Singh*, le 9 juin 2009, parachèvent cet édifice jurisprudentiel en rejetant comme manifestement mal fondées les requêtes contre la France d'élèves exclus définitivement de leur établissement scolaire pour avoir refusé de se plier aux exigences découlant de la loi du 15 mars 2004 interdisant « dans les écoles, les collèges et les lycées publics le port des signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse » (art. L. 141-5-1 C. éduc.). Ces décisions d'irrecevabilité, rédigées en

26. CEDH, Gde Ch., 10 nov. 2005, n° 44774/98, *AJDA* 2006 : 315, note G. Gonzalez.

27. CEDH, décision du 24 janvier 2006, Köse et 93 autres c. Turquie : l'obligation de se présenter tête nue dans l'enceinte scolaire à l'exception des cours de Coran.

28. CEDH, 4 déc. 2008, n° 27058/05, *AJDA* 2008 : 2311. Mlles Dogru et Kervanci étaient respectivement âgées de 11 et 12 ans au moment des faits et de 18 ans lorsqu'elles saisirent la Cour.

29. CEDH, 4 déc. 2008, RDP 2009 : 916, obs. G. Gonzalez.

des termes identiques, mettent un point final à toutes les interrogations quant à la conventionnalité de la loi du 15 mars 2004 ainsi que de ses modalités d'application les plus strictes (exclusion). Pourtant, les élèves concernés avaient apporté certains aménagements à leur tenue afin d'atténuer le caractère de « signe fort » attaché à leur tenue habituelle. Milles Aktaş (16 ans en classe de seconde) et Bayrak (âge non précisé) avaient opté pour un bonnet à la place de leur foulard à l'issue du « dialogue » imposé par la loi de 2004 avant toute sanction disciplinaire ; Mlle Ghazal (11 ans au moment des faits) arborait un « couvre-chef » cachant ses oreilles et ses cheveux, plus précisément un « carré de tissu de type bandana »³⁰ ; Jasvir et Ranjit Singh (respectivement âgées de 15 et 17 ans) portaient non pas le turban mais le « keski » ou sous-turban. Ces concessions demeurent sans effet sur la conventionalité de l'application de la loi. La Cour valide l'objectif de « répondre à l'apparition de nouveaux signes, voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi » énoncé dans la circulaire ministérielle du 18 mai 2004³¹. L'abandon du port d'un « signe fort » au bénéfice « d'autres couvre-chefs »³² peut donc être tout aussi sévèrement sanctionné. Pour admettre cette lecture stricte de la loi, la Cour se satisfait de l'organisation d'un dialogue tronqué entre les autorités scolaires d'un côté, l'élève et ses parents de l'autre ainsi que de la possibilité de poursuivre sa scolarité par d'autres moyens. Ces éléments du contrôle de proportionnalité de la sanction de renvoi définitif ont été critiqués³³. La Cour souligne la possibilité pour l'élève concerné de s'inscrire dans un établissement privé. En France, 97 % de ces établissements sont catholiques et ne sont pas normalement soumis aux dispositions de la loi de 2004. Mais, outre qu'ils peuvent choisir de s'y soumettre comme l'a décidé la Cour de cassation³⁴, il peut y avoir un problème de conscience, notamment au regard de la deuxième phrase de l'article 2P1, pour l'élève comme pour ses parents, à fréquenter un établissement confessionnel, fut-il astreint à une certaine neutralité. Les autres options sont l'enseignement à domicile, pour lequel la Cour a livré ses réserves³⁵, et l'enseignement par correspondance qui ne permet pas à l'enfant de sortir de son cercle familial.

.....
30. CE, 5 déc. 2007, Ghazal, n° 295671, publié au Lebon ; *AJDA* 2007 : 2343 ; *RFDA* 2008 : 529, concl. R. Keller.

31. CE, 8 oct. 2004, Union française pour la cohésion nationale, n° 269077, *AJDA* 2005 : 43, note F. Rolin ; *RFDA* 2004 : 977, concl. R. Keller.

32. CE, 6 mars 2009, Mlle Akremi, n° 307764, *AJDA* 2009 : 1006.

33. Note G. Gonzalez, *AJDA* 2009 : 2080. Voir aussi G. Gonzalez, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2010, n° 5 : 1003-1010.

34. Civ. 1re 21 juin 2005, Benmehania, n° 02-19.831, *AJDA* 2005 : 1863.

35. Décision Konrad précitée note 12.

L'échec d'autres revendications liées à la liberté de religion des mineurs à l'école

Le plus flagrant et le plus contestable concerne la revendication d'une forme de pacifisme dicté par des convictions religieuses. La Cour n'a rien trouvé à redire aux sanctions infligées à deux élèves d'une école grecque pour s'être volontairement abstenues de participer à la commémoration de l'entrée en guerre de la Grèce en 1940 contre l'Italie fasciste en raison de leurs convictions religieuses pacifistes. Peu importe que la célébration prenne la forme d'un défilé conjoint avec des militaires ou qu'elle se déroule en dehors de l'école un jour férié. La Cour s'en est étonnée, mais sans en tirer de conclusions négatives pour l'État. Cet arrêt, que nous n'approuvons pas³⁶, fait peu de cas des convictions des enfants, âgées de 12 ans au moment des faits, et des parents dont les convictions pacifistes liées à leur appartenance aux témoins de Jéhovah ne peuvent être contestées. Sans doute le caractère mineur des sanctions a-t-il joué un rôle important. Mais le scénario ne risque-t-il pas de se répéter d'année en année, causant, comme la Cour l'admet elle-même, « un certain impact psychologique sur l'élève » (*Valsamis*, §32) ? Si la Cour examine la requête sur le fondement de l'article 2P1, elle ne reconnaît aucune ingérence dans la liberté de religion de l'élève. L'attachement connu des témoins de Jéhovah au pacifisme rend ce constat difficilement acceptable.

L'intérêt supérieur de l'enfant comme critère de contrôle de l'ingérence dans les droits de tiers mettant en cause leur liberté de religion

Réticente à consacrer la liberté autonome de religion de l'enfant et à garantir certaines de ses manifestations, la Cour se montre plus encline à faire de l'intérêt de l'enfant, tiers particulièrement vulnérable, un critère important de son appréciation des actions ou omissions de l'État dans sa protection. Qu'il s'agisse de prendre en compte cet intérêt lorsque l'enfant est soumis à une forme de prosélytisme non étatique ou de contentieux familiaux, la Cour ne perd jamais de vue l'importance de cet enjeu.

.....
36. Cour EDH, 18 décembre 1996, *Valsamis c/ Grèce* et *Efstratiou c/ Grèce*, Petites Affiches n° 64, 1997: 33, note G. Gonzalez.

La garantie de l'intérêt de l'enfant contre le prosélytisme non étatique

Cette garantie demeure verticale lorsqu'il s'agit de protéger l'enfant d'un enseignement ne répondant pas aux critères d'objectivité, de neutralité et de respect du pluralisme fixés par la Cour, non du fait de l'État et du contenu des programmes mais du fait du comportement individuel d'un enseignant. Comme le soulignait la Cour dès l'arrêt *Kjeldsen*, « des abus peuvent se produire dans la manière dont telle école ou tel maître applique les textes en vigueur et il incombe aux autorités compétentes de veiller avec le plus grand soin à ce que les convictions religieuses et philosophiques des parents ne soient pas heurtées à ce niveau par imprudence, manque de discernement ou prosélytisme intempestif » (§54). Cette situation ne s'est jamais présentée à la Cour. En revanche, elle a inauguré sa jurisprudence sur le voile islamique par la validation du licenciement d'une enseignante à l'origine d'un prosélytisme « passif » imputé à cet attribut vestimentaire³⁷. Le fait qu'il s'agissait d'une institutrice à qui étaient confiés de jeunes enfants apparaissait alors déterminant³⁸. La jurisprudence ultérieure a démontré qu'il n'en était rien puisque la Cour a validé une sanction identique prise à l'encontre d'un professeur d'Université³⁹.

La dernière situation concerne les mineurs au sein des sectes. Sur un plan général, dans l'arrêt *Leela Förderkreis*⁴⁰, relatif à une campagne concernant le mouvement religieux Osho, la Cour consacre l'obligation positive des États d'informer préventivement sans pour autant discréditer sur ce phénomène

37. CEDH, décision 15 février 2001, Lucia Dahlab c/ Suisse.

38. La Cour déclare notamment dans sa décision d'irrecevabilité : « La Cour admet qu'il est bien difficile d'apprécier l'impact qu'un signe extérieur fort tel que le port du foulard peut avoir sur la liberté de conscience et de religion d'enfants en bas âge. En effet, la requérante a enseigné dans une classe d'enfants entre 4 et 8 ans et donc d'élèves se trouvant dans un âge où ils se posent beaucoup de questions tout en étant plus facilement influençables que d'autres élèves se trouvant dans un âge plus avancé. Comment dès lors pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves [...] la Cour estime que dans les circonstances données et vu surtout le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l'État, les autorités genevoises n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation et que donc la mesure qu'elles ont prise n'était pas déraisonnable. »

39. CEDH, décision du 24 janvier 2006, Kurtulmuş c. Turquie.

40. CEDH, 6 novembre 2008, Leela Förderkreis E.V. c. Allemagne, RTDH 2009, n° 78: 553-568, note G. Gonzalez.

contemporain des nouveaux mouvements religieux. L'information des «jeunes gens», plus vulnérables, est expressément mentionnée comme justification essentielle de cette obligation positive (§93). En revanche, véhiculer des préjugés sur de nouveaux mouvements religieux pour faire obstacle à leur existence même (refus d'enregistrement, dissolution) ne saurait être acceptable, comme l'a jugé la Cour dans l'affaire *Témoins de Jéhovah de Moscou* (CEDH, 10 juin 2010). Les accusations de briser les familles, d'attenter aux droits des parents n'appartenant pas au groupement concerné ou encore d'embrigader les mineurs sont réfutées sans ménagement par la Cour européenne. Le point le plus délicat concernait le refus de transfusion sanguine par les témoins de Jéhovah. Mais la Cour concentre son contrôle sur la situation des adultes car elle constate que, s'agissant des mineurs de moins de 15 ans dont les parents refusent les transfusions, la loi russe permet de surmonter ce refus en recourant à un juge (§137). Pour les majeurs, la Cour rappelle le principe de l'autonomie de volonté et de libre choix. Doit-on en déduire que ce principe s'applique aussi aux mineurs de plus de 15 ans? L'arrêt de la Cour n'est pas explicite sur ce point mais, implicitement, elle semble l'admettre. C'est un indice supplémentaire d'une forme de majorité, distincte de la majorité légale, qui pourrait être fixée à 15 ans.

L'intérêt de l'enfant dans les contentieux familiaux

L'intérêt supérieur de l'enfant est pris en compte par la jurisprudence de Strasbourg dans les situations de mesures d'assistance éducative et de séparation des parents. C'est un principe général qui trouve parfois à s'appliquer lorsqu'entre en ligne de compte un problème lié à la religion de l'un ou l'autre parent, voire des deux.

Mesures d'assistance éducative

C'est une mesure radicale qui porte atteinte à l'unité de la famille pour le bien-être de l'enfant. Le motif principal peut être associé à certaines pratiques liées à des convictions religieuses des parents qui mettent en danger le mineur concerné. L'affaire *Schmidt c. France*⁴¹ en fournit l'illustration. Les époux Schmidt étaient membres de l'Église chrétienne biblique, appelée

.....
41. CEDH, 26 juillet 2007.

également « La Citadelle », une église évangélique protestante qui fut dissoute en 1990. Le père faisant l'objet de poursuites pénales pour avoir porté des coups à un enfant de 4 ans, la fille du couple, alors âgée de 3 ans, fut placée à la DDASS en 1993 avec droit de visite aux parents. La mère ayant quitté la France pour retrouver sa famille en Nouvelle-Zélande et donner naissance à son deuxième enfant en mars 1995, la garde de Victoria fut confiée à ses grands-parents paternels et le droit de visite fut supprimé, puis rétabli donnant ainsi l'opportunité à la mère, installée en Irlande, d'y emmener Victoria. Les juridictions d'Irlande du Nord confièrent la garde à la mère, puis, en 2001, au père. Devant la Cour européenne, les époux Schmidt se plaignaient d'une violation de leur vie privée et familiale par la France. La Cour conclut à l'absence de violation en s'appuyant sur les conclusions du juge français qui avait notamment retenu, outre les délits imputés au père, que « les enfants, dont les parents appartenaient à l'Église chrétienne biblique comme ceux de Victoria, avaient le teint blême, ne manifestaient aucune spontanéité, que leur éducation n'était pas assurée par leurs parents, qu'ils étaient scolarisés par correspondance [...] qu'ils étaient coupés du monde extérieur, présenté comme satanique, astreints à des jeûnes fréquents, à un sommeil réduit et soumis à des punitions corporelles sous forme de gifles et de coups de ceinture ». La jeune Victoria, alors âgée de trois ans, ayant toujours été « élevée dans cette communauté et soustraite à tout contact familial ou social, et soumise à un régime d'enfermement... ces conditions d'éducation étaient de nature à compromettre gravement son équilibre psychologique et son épanouissement » (§86). La Cour juge les mesures prises proportionnées, d'autant que la mère n'a jamais été exclue du processus décisionnel concernant sa fille puisqu'elle a pu, par exemple, s'opposer à son baptême selon le rite catholique (§ 93)⁴².

Séparation des parents

Le problème majeur d'une séparation est souvent la garde des enfants. Que l'un des conjoints manifeste une conviction religieuse non traditionnelle et cet élément devient alors central dans la bataille judiciaire. La jurisprudence de la Cour est claire quant aux principes applicables, moins quant aux conditions de leur application.

.....
42. Pour un autre exemple d'éloignement en urgence d'enfants en dangers du fait de leur soumission à des abus sexuels de la part de proches dans le cadre, discuté, de rites sataniques : CEDH, Gr. Ch., 9 mai 2003, Covezzi et Morselli c. Italie. La Cour ne s'appuie cependant pas sur l'aspect « religieux » non prouvé mais sur les abus sexuels bien réels dont ont été victimes les enfants.

L'interdiction de discrimination religieuse: Les juridictions internes doivent s'abstenir de tout présupposé général sur l'appartenance religieuse de l'un des parents. Il y a discrimination lorsque, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables sont traitées de manière différente. Dans l'affaire *Hoffmann*⁴³, les juridictions inférieures autrichiennes avaient confié la garde des deux enfants à la mère au vu des éléments fournis notamment par une enquête sociale. La Cour de cassation inversa cette solution essentiellement en raison des «répercussions négatives éventuelles de l'appartenance d'Ingrid S. à la communauté religieuse des témoins de Jéhovah» (§ 32). La Cour européenne identifie une «différence de traitement» reposant sur la religion, «conclusion renforcée par la tonalité et le libellé des considérants de la Cour suprême relatifs aux conséquences pratiques de la religion de la requérante» (§ 33). Elle énonce le principe qu'«on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion» (§ 36). Une telle distinction révèle un présupposé subjectif hostile ne reposant sur aucune démonstration factuelle concrète. L'affaire *Palau-Martinez* illustre cette approche discriminatoire de façon caricaturale. Dans un contexte en tous points semblables à l'affaire *Hoffmann*, les juridictions françaises ont attribué la garde au père plutôt qu'à la mère témoins de Jéhovah au motif unique que «les règles éducatives imposées par les témoins de Jéhovah aux enfants de leurs adeptes sont essentiellement critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme» (§ 37). La Cour de Strasbourg juge que «la cour d'appel s'est prononcée *in abstracto* et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel» (§ 42).

Une obligation de motivation in concreto: La Cour européenne vérifie que, dans un foyer divisé sur le plan religieux, les juridictions internes se sont prononcées en tenant compte de faits concrets et non d'appréciations générales. Le risque est grand de voir les juridictions nationales masquer, sous une motivation factuelle, une lecture finaliste du critère de l'intérêt de l'enfant. Ces artifices sont, à vrai dire, difficiles à identifier.

Dans l'affaire *Ismailova*⁴⁴, qui rappelle par certains aspects les affaires *Hoffmann* et *Palau-Martinez* (la mère, témoin de Jéhovah, se voit refuser la garde de ses deux enfants au profit du père), la Cour européenne valide le raisonnement des juridictions russes qui se sont fondées sur les pratiques religieuses dans

43. CEDH, 23 juin 1993.

44. CEDH, 29 novembre 2007.

lesquelles la mère les impliquait mais aussi sur ses conditions matérielles. Prise à une voix de majorité, cette conclusion est critiquée par trois juges dans leur opinion dissidente commune. Pour eux, les éléments factuels rapportés, pour être concrets, manquent néanmoins d'objectivité. Ce sentiment peut être corroboré à la lecture de l'arrêt *Témoins de Jéhovah de Moscou*⁴⁵ qui démonte, *mutatis mutandis*, l'argumentaire faussement objectif des juridictions russes à l'origine de la dissolution du groupement concerné, s'agissant notamment de l'influence sur les enfants. Dans l'affaire *Deschomets* (CEDH, décision d'irrecevabilité, 16 mai 2006), les époux étaient tous deux, dans un premier temps, membres de la communauté des «Frères»⁴⁶. La rupture du père avec cette communauté alors que les enfants étaient âgés de 2 et 5 ans scella la rupture du couple. Après de nombreux rebondissements judiciaires, la plupart favorables à la mère, la garde des enfants, dont l'un au moins (V., âgé de 10 ans) avait pourtant manifesté par courrier vouloir continuer à résider avec sa mère, est finalement attribuée au père pour les deux enfants âgés alors de 15 et 10 ans. On peut en déduire que, là encore, la volonté manifeste du mineur de 15 ans, ici favorable au père, l'emporte sur celle du mineur de 10 ans dont l'opinion est réduite à néant. Pour la Cour européenne, «la cour d'appel, pour apprécier l'intérêt réel des enfants, s'est prononcée *in concreto* en se fondant précisément sur les conséquences effectives pour eux du mode de vie adopté par leur mère. Si ce mode de vie découle des pratiques religieuses de la requérante, l'on ne saurait pour autant considérer que les juridictions internes aient accordé une importance déterminante à celles-ci ou aient émis des critiques générales sur le mouvement des "Frères" en tant que tel. Bien au contraire, la cour d'appel a précisé qu'il ne lui appartenait pas de rechercher si le mouvement des "Frères" constitue ou non une secte». Aux yeux de la Cour, les décisions internes litigieuses ont été prises en dehors de tout débat théorique, et donc de tout jugement de valeur, sur les conceptions et les pratiques idéologiques de la requérante. En réalité, ces décisions se fondent sur l'intérêt supérieur des enfants, compte tenu de

.....
45. *Op. cit.*

46. Selon l'arrêt, ce mouvement chrétien, en rupture avec les églises officielles, naît en Angleterre au ^{xix}^e siècle. Il se caractériserait par : « le souci d'obéir sans réserve aux Écritures, en se tenant à l'écart des influences extérieures [...] En ce qui concerne le mode de vie on peut noter : une pratique religieuse journalière, l'absence de travail pour tous le samedi, y compris pour les enfants scolarisés, (le dimanche étant entièrement consacré à des activités religieuses), l'accent mis sur l'importance de la vie familiale [...], l'interdiction de boire ou de manger avec des personnes qui ne sont pas des Frères [...], la non-participation à des associations et la volonté d'éviter toute influence néfaste (pas de télévision, de radio, de journal, d'usage de l'ordinateur ou d'Internet). À partir du lycée les enfants suivent souvent leur scolarité par correspondance ».

leurs réactions aux modes de vie de leurs deux parents, ce qui est conforme à la jurisprudence de la Cour, laquelle s'inspire notamment de l'article 3 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant». La requête de la mère est déclarée irrecevable, ses griefs de discrimination fondée sur la religion étant jugés manifestement infondés. Cette décision apparaît justifiée mais laisse en même temps entrevoir le risque d'une discrimination occultée par une confiance aveugle dans une motivation *in concreto* que la Cour n'a pas toujours les moyens de vérifier. En l'espèce, on peut être surpris des changements intervenus dans les différentes instances qui se sont succédées et qui étaient pour la plupart favorables à la mère. Il reste que la volonté manifestée par le mineur le plus âgé (15 ans) a certainement joué un rôle déterminant, conjugué à la volonté de ne pas séparer les deux frères. Dans d'autres situations, c'est la réputation sulfureuse du mouvement concerné qui pèse lourdement sur l'appréciation des juges. Ainsi, la défiance envers les principes éducatifs prônés par le mouvement raëlien, «en particulier sur le plan de la vie sexuelle», valide au regard de la Convention la décision de maintenir la résidence des enfants chez leur mère, adepte de Raël, en l'assortissant de certaines réserves, le père n'étant pas acquis à cette croyance⁴⁷. La décision des juridictions internes d'interdire à la mère de «mettre ses enfants en contact avec d'autres membres du mouvement raëlien qu'elle-même et son compagnon», lui-même «guide raëlien», est jugée proportionnée au but poursuivi : la protection de l'intérêt de très jeunes enfants (4 à 6 ans et 3 à 5 ans au moment de l'examen des faits devant les juges nationaux). La requête est déclarée irrecevable. On peut néanmoins s'interroger sur la logique de la solution retenue et sur son effectivité s'agissant de l'intérêt des enfants. Si les «pratiques» du mouvement raëlien relèvent d'une dangerosité avérée, laisser les enfants avec leur mère et un guide du mouvement tient du paradoxe. Dans le cas contraire, la restriction imposée peut être jugée comme une entrave discriminatoire à la liberté de religion de la mère.

Si, dans ces affaires, le *satisfecit* de la Cour peut être discuté, illustrant le flou qui entoure la notion d'appréciation *in concreto*, d'autres en revanche emportent plus facilement l'adhésion comme l'approbation à l'unanimité par la Cour de la décision de confier la garde de deux enfants au père plutôt qu'à la mère, membre du centre de méditation du mouvement Osho⁴⁸. La Cour

47. CEDH, décision du 3 novembre 2005, F.L. c. France.

48. CEDH, 27 juin 2010, Gineitiene c. Lituanie. Voir aussi CEDH, Gr. Ch., 6 juillet 2010, Neulinger et Shuruk : la Cour juge que l'exécution de la décision ordonnant le retour d'un enfant en Israël auprès de son père, alors qu'il avait été enlevé par sa mère qui avait rejoint la Suisse, violerait l'article 8 de la Convention. La relation des faits montre que le père a, après son mariage, rejoint un grou-

approuve les autorités nationales qui se sont appuyées sur la volonté manifestée par les deux enfants de vivre avec leur père et sur les conditions de vie générales de l'enfant (une fille de 7 à 8 ans au moment des faits), laissée tout d'abord à la garde de sa mère, dans des locaux situés dans le même immeuble que le centre de méditation, souvent sans surveillance et sans véritable intimité, d'autres membres du groupe utilisant certaines pièces communes. La prise en compte objective des conditions de vie matérielles de la mère avec sa fille permet de conclure à l'absence de discrimination tant au niveau de la vie familiale que de la liberté de religion de la mère.

Au total, la jurisprudence de la Cour européenne livre une image assez floue de la liberté religieuse reconnue à l'enfant. Cette liberté est souvent perçue par le filtre parental. Dans le cadre scolaire, la Cour européenne reconnaît à l'enfant une liberté de religion qui paraît limitée au for interne. Vis-à-vis des tiers, les autres membres de la famille, la Cour se montre soucieuse de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant. Sans livrer de réponse claire à la question de la majorité religieuse, elle semble néanmoins, dans la majorité des cas, attacher de l'importance au désir manifesté par un enfant ayant atteint une certaine maturité vers l'âge de 13 ou 15 ans.

.....

pement juif ultra-orthodoxe «Loubavitch». Si la chambre de la Cour n'avait pas négligé cet aspect, jugeant néanmoins qu'«aucun indice ne porterait à croire que la requérante ne pourrait pas exercer une influence sur l'éducation religieuse de son fils ou que les autorités et tribunaux israéliens ne pourraient pas empêcher le père de l'envoyer dans une école religieuse 'Heder'» et que la mesure nationale était proportionnée au but recherché (CEDH, 8 janvier 2009, § 92), la Grande Chambre aboutit à la conclusion contraire mais sans mentionner l'engagement religieux du père.