

Recherches juridiques lausannoises

Faculté de droit, des sciences criminelles
et d'administration publique de l'Université de Lausanne

Les Minorités et le Droit Minorities and the Law

Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson
Liber Amicorum for Professor Barbara Wilson

Édités par Andreas R. Ziegler et Julie Kuffer
Edited by Andreas R. Ziegler and Julie Kuffer

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

Recherches juridiques lausannoises

Faculté de droit, des sciences criminelles et
d'administration publique de l'Université de Lausanne

Les Minorités et le Droit Minorities and the Law

Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson
Liber Amicorum for Professor Barbara Wilson

Édités par Andreas R. Ziegler et Julie Kuffer
Edited by Andreas R. Ziegler and Julie Kuffer

Schulthess § 2016
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: ANDREAS R. ZIEGLER et JULIE KUFFER (éds), «Les Minorités et le Droit – Minorities and the Law», collection Recherches juridiques lausannoises, Genève / Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8559-5

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016

www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire - Summary

Préface – Foreword.....	IX
Barbara Wilson: Bibliographie – Bibliography.....	XI
D’un Point de Vue Général - From a General Perspective	1
Brèves observations sur l’affleurement de la protection des minorités en droit international	
GIOVANNI DISTEFANO	3
The Protection of Minorities at the Origins of the Notion of <i>Erga Omnes</i> Obligations	
TARCISIO GAZZINI	13
European Union Agency for Fundamental Rights and the protection of minorities	
SEBASTIAN HESELHAUS / ERIC WEISER.....	23
« Confusion and Conflict » Revisited	
FRANCESCO MAIANI	53
La Suisse, patrie des minorités	
SUZETTE SANDOZ	69
Compréhension préalable historico-sociale de la discrimination	
RAINER J. SCHWEIZER.....	79
La vulnérabilité de la personne étrangère à la lumière des droits de l’homme	
MINH SON NGUYEN	95
Ethnie, Culture et Mode de Vie - Ethnicity, Culture and Way of Life	109
The Effect of the Framework Convention for the Protection of National Minorities on the Position of the Swiss Yenish	
DORIS ANGST.....	111
The role of <i>kin-states</i> under the Framework Convention for the Protection of National Minorities	
RAINER HOFMANN	131
La minorité rom devant la Cour européenne des droits de l’homme	
GIORGIO MALINVERNI	145
Human Rights of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex (LGBTI) Persons in Switzerland	
ANDREAS R. ZIEGLER	165

Territoire - Territory	175
Minorities and Territorial Integrity DENISE BRÜHL-MOSER.....	177
Entreprises multinationales et droits de l’homme NICOLAS BUENO.....	191
La protection des terres des peuples autochtones par la Cour et la Commission interaméricaines des droits de l’homme DANIEL RIETIKER.....	205
Organisation Judiciaire, Droit Civil et Administratif - Organisation of Justice, Civil and Administrative Law	225
La reconnaissance d’associations estudiantines par une université VINCENT MARTENET	227
La protection des associés minoritaires de l’art. 64 al. 3 du Code civil et sa transposition dans la propriété par étages DENIS PIOTET.....	237
La présence des minorités au sein des organes judiciaires ETIENNE POLTIER.....	247
Minorités Religieuses - Religious Minorities	263
La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté religieuse sous le prisme de l’accommodement raisonnable MAYA HERTIG RANDALL.....	265
Liberté de conscience et droit privé : l’introduction du mariage civil facultatif dans le canton de Vaud en 1835 DENIS TAPPY.....	289
Le Handicap - Handicap	307
Handicap et CEDH: de quelques interactions (in)attendues... LUC GONIN	309
La Suisse et la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées MICHEL HOTTELIER.....	325
CDPH et droit suisse de la protection de l’adulte – une coexistence pacifique ou un infranchissable fossé ? PHILIPPE MEIER	337

Droit de l'Environnement - Environmental Law.....	363
La minorité agissante en droit de l'environnement ANNE-CHRISTINE FAVRE	365
Droits de l'homme et protection de l'environnement : plaidoyer pour davantage d'anthropocentrisme et d'humanité ALAIN PAPAUX	375
Minorities and multilateral environmental agreements JULIETTE VOINOV KOHLER.....	389

La reconnaissance d'associations estudiantines par une université

VINCENT MARTENET*

Table des matières

Introduction	227
I. La procédure de reconnaissance	228
1. Les fonctions de la reconnaissance.....	228
2. La reconnaissance d'une association.....	229
3. Le refus de reconnaître une association.....	230
II. Les principaux critères pertinents.....	231
1. L'illicéité et la contrariété aux mœurs.....	231
2. L'égalité et l'exclusion.....	231
3. La relation privilégiée avec les autorités universitaires.....	233
4. Les études et la carrière universitaire.....	234
5. La carrière professionnelle.....	235
Conclusion.....	236

Introduction

La vie universitaire comporte une dimension associative. Ainsi, bon nombre d'étudiants adhèrent à une ou plusieurs associations lors de leurs études. Ils prennent, de surcroît, part à diverses activités associatives, sans en être toujours conscients d'ailleurs.

Les associations émanent de la société civile. Il arrive néanmoins qu'une procédure de reconnaissance soit mise en place. Dans un tel cas, l'autorité universitaire chargée de rendre une décision à ce sujet est tenue de respecter les droits fondamentaux, comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans un récent arrêt de principe¹. Elle n'est, en d'autres termes, pas habilitée à invoquer n'importe quel motif en vue de refuser de reconnaître une association. La présente contribution, rédigée en l'honneur de notre collègue Barbara Wilson, évoque la procédure de reconnaissance, puis passe en revue et commente les

* Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne.

L'auteur tient à remercier Mme Rebecca Joly, assistante diplômée à l'Université de Lausanne, des recherches qu'elle a effectuées en vue de la rédaction de la présente contribution.

¹ ATF 140 I 201, c. 5 et 6.7.3.

principaux critères entrant en ligne de compte avant de rendre une décision positive ou négative quant à la reconnaissance.

I. La procédure de reconnaissance

1. Les fonctions de la reconnaissance

En Suisse, une université peut décider de reconnaître des associations composées d'étudiants ou actives dans la vie universitaire au sens large. Elle n'est cependant pas obligée de le faire. Aussi est-il parfaitement imaginable et admissible qu'elle renonce à une telle procédure, se contentant du seul encadrement qui résulte des articles 60 et suivants du Code civil suisse du 10 décembre 1907². Selon nos recherches, la plupart des universités suisses n'ont institué aucune procédure de reconnaissance des associations estudiantines.

Lorsqu'elle est prévue, la reconnaissance a essentiellement pour fonction de déterminer si une association peut utiliser des locaux de l'université concernée, bénéficier d'une autre manière des infrastructures – y compris numériques – de celle-ci, se présenter comme « association universitaire », recevoir des informations des autorités universitaires et, éventuellement, obtenir des subventions³.

En revanche, il est pour le moins douteux que la reconnaissance d'une association soit principalement censée conférer à celle-ci une « légitimité institutionnelle », pour reprendre les termes du Tribunal fédéral⁴. Appartient-il, dans un Etat de droit démocratique, aux autorités de légitimer tout ou partie des associations existantes ? En réalité, la légitimité émane avant tout des parties prenantes de la société civile qui trient le bon grain de l'ivraie, en ignorant des associations insignifiantes, en valorisant celles qui sont perçues comme bénéfiques à la société et en jetant l'opprobre sur les membres d'associations jugées particulièrement nuisibles. Le rôle des autorités consiste bien plus, dans le respect notamment de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950⁵, à dissoudre les associa-

² CC ; RS 210.

³ Voir spécialement par. 27 al. 4 Universitätsordnung der Universität Zürich du 4 décembre 1998 (RS ZH 415.111), qui ne mentionne cependant pas l'octroi de subventions.

⁴ ATF 140 I 201, c. 6.7.3 in fine.

⁵ CEDH ; RS 0.101. Voir spécialement CourEDH, arrêt Association Rhino et autres c. Suisse du 11 octobre 2011, n° 48848/07, par. 62-68. En doctrine, voir notamment Kiener Regina/Kälin Walter, Grundrechte, 2^e éd., Berne 2013, p. 264.

tions qui poursuivent un but illicite ou contraire aux mœurs⁶, y compris si celles-ci accomplissent régulièrement des activités illicites ou contraires aux mœurs sans que leur but statutaire ne soit, en tant que tel, contraire au droit en vigueur⁷. On signalera enfin que plusieurs universités se contentent de règles sur l'utilisation des locaux et autres infrastructures universitaires, sans passer par une procédure de reconnaissance⁸. Cette solution élégante pourrait faire école.

2. La reconnaissance d'une association

Les garanties générales de procédure⁹ s'appliquent à la procédure de reconnaissance. Le droit d'être entendu doit notamment être respecté préalablement à la prise de décision¹⁰.

La marge de manœuvre des autorités universitaires est restreinte dans la mesure où leurs décisions en matière de reconnaissance ne sauraient créer des inégalités de traitement¹¹, des discriminations¹² ou des violations des libertés fondamentales. S'agissant de ces dernières, la liberté d'association¹³ vient le plus rapidement à l'esprit. Selon les motifs sur lesquels il repose et le contexte dans lequel il est prononcé, un refus pourrait néanmoins aussi entraver la liberté religieuse¹⁴, les libertés d'opinion ou d'information¹⁵ et la liberté de réunion¹⁶, sans que cette liste ne soit d'aucune manière exhaustive. Enfin,

⁶ Voir art. 78 CC : « La dissolution est prononcée par le juge, à la demande de l'autorité compétente ou d'un intéressé, lorsque le but de l'association est illicite ou contraire aux mœurs. »

⁷ Sur ce point, voir notamment Perrin Jean-François/Chappuis Christine, *Droit de l'association*, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 216 ; Heini Anton/Scherrer Urs, in : *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I*, 5^e éd., Bâle 2014, n° 3 et les références ad Art. 78.

⁸ Voir spécialement les règles adoptées par l'Université de Bâle (*Ordnung für die Nutzung der universitären Räumlichkeiten im öffentlichen Bereich* du 13 février 2003 [RS BS 440.900]) et celle de Fribourg (art. 7 des Statuts du 31 mars 2000 de l'Université de Fribourg [RS FR 430.11] et règlement du 14 mars 2002 concernant la location des locaux de l'Université).

⁹ Art. 29 Cst.

¹⁰ Art. 29 al. 2 Cst.

¹¹ Voir art. 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II ; RS 0.103.2, réserve de la Suisse : « L'égalité de toutes les personnes devant la loi et leur droit à une égale protection de la loi sans discrimination ne seront garantis qu'en liaison avec d'autres droits contenus dans le présent Pacte. ») et 8 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

¹² Voir notamment art. 2 par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (Pacte ONU I ; RS 0.103.1), art. 2 par. 1 et 26 du Pacte ONU II, 14 CEDH ainsi que 8 al. 2-4 Cst. S'agissant des Pactes des Nations Unies, cette problématique relève surtout du Pacte ONU II.

¹³ Art. 22 du Pacte ONU II, 11 CEDH et 23 Cst. Voir ATF 140 I 201, c. 6.5.2.

¹⁴ Art. 18 du Pacte ONU II, 9 CEDH et 15 Cst.

¹⁵ Art. 19 du Pacte ONU II, 10 CEDH et 16 Cst.

¹⁶ Art. 21 du Pacte ONU II, 11 CEDH et 22 Cst.

d'une manière générale, les autorités universitaires doivent traiter les associations et leurs membres sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi¹⁷.

La reconnaissance d'une association estudiantine ne donne pas naissance à celle-ci, puisqu'elle ne concerne que les prérogatives dont bénéficie une association qui en jouit. L'association estudiantine acquiert, en d'autres termes, la personnalité juridique dès qu'est exprimée, dans ses statuts, la volonté d'une organisation corporative¹⁸.

Enfin, une université n'est, à notre sens, pas habilitée à soumettre la création de toute association par des étudiants à une procédure de reconnaissance préalable. Il en résulterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'association. Aussi est-il loisible à des étudiants de former une association en renonçant à ce que celle-ci soit reconnue par l'université concernée lorsqu'une telle procédure existe.

3. Le refus de reconnaître une association

Une université n'est pas tenue de reconnaître toutes les associations qui déposent une requête en ce sens. Ses décisions négatives doivent cependant être dûment motivées conformément aux exigences découlant du droit d'être entendu et respecter, outre la législation applicable, les droits fondamentaux garantis par les pactes et conventions garantissant les droits de l'homme liant la Suisse, la Constitution fédérale et la constitution du canton concerné. Un refus n'est, en fin d'analyse, compatible avec ces textes que s'il respecte le principe de proportionnalité¹⁹.

Les décisions rendues sont exposées, sur recours, à un contrôle par un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial²⁰, à la suite d'une éventuelle procédure de recours interne ou par une commission non judiciaire. Le tribunal doit être doté d'un plein pouvoir d'examen²¹. Il ne s'agit pas d'une cause pour laquelle l'accès à un juge peut être exceptionnellement exclu²². A juste titre, le Tribunal fédéral interprète de manière restrictive la possibilité de procéder à des exceptions²³, celles-ci visant avant tout des décisions difficilement justiciables, par exemple des actes gouvernementaux qui soulèvent essentiellement des questions politiques²⁴. Or tel n'est pas le cas de la reconnaissance d'associations estudiantines par une université.

¹⁷ Art. 9 Cst.

¹⁸ Art. 60 al. 1 CC.

¹⁹ S'agissant de la Constitution fédérale, voir art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst.

²⁰ Art. 29a et 30 al. 1 Cst.

²¹ ATF 134 V 401, c. 5.3.

²² Voir art. 29a al. 2, 2^{ème} phrase, Cst.

²³ ATF 136 I 42, c. 1.5.

²⁴ ATF 134 V 443, c. 3.1.

Une requête individuelle à la Cour européenne des droits de l'homme peut enfin être dirigée contre un arrêt rendu par le Tribunal fédéral concernant cette problématique. Elle reposera en principe sur les articles 11 et 14 CEDH, le second étant invoqué conjointement avec le premier. Comme indiqué précédemment, il est possible que d'autres libertés et, le cas échéant, des garanties de procédure soient touchées par une décision négative.

II. Les principaux critères pertinents

1. L'illicéité et la contrariété aux mœurs

Il va de soi qu'une association poursuivant un but illicite ou contraire aux mœurs ne sera légitimement pas reconnue par une université. Une décision négative se justifie également lorsque les activités de l'association s'avèrent illicites ou contraires aux mœurs. Une certaine souplesse s'agissant de l'interprétation de cette dernière notion est peut-être recommandée dans le contexte de la vie estudiantine !

La reconnaissance est sujette à révocation lorsque l'université concernée constate ultérieurement qu'une association reconnue donne lieu à des activités illicites ou contraires aux mœurs. Cela suppose que le droit d'être entendu soit respecté avant qu'une telle décision ne soit prise, sous réserve de mesures superprovisionnelles, et qu'un recours à son encontre soit ouvert.

2. L'égalité et l'exclusion

Le refus de reconnaître une association dont le sociétariat repose sur une logique d'exclusion se justifie également. Une décision négative frapperait, par exemple, valablement une association ouverte à tous les étudiants sauf à ceux de confession juive, l'exclusion de ceux-ci étant motivée, de manière avérée ou simplement plausible, par des considérations antisémites.

Le seul emploi d'une caractéristique personnelle pour conditionner la qualité de membre d'une association n'appelle pas automatiquement, de la part de l'université concernée, une décision négative quant à la reconnaissance²⁵. Il ne reflète pas nécessairement l'idée d'exclusion. Une analyse fine est, par conséquent, nécessaire sur ce point. Il est, par exemple, possible que des étudiants homosexuels ou des étudiants d'une certaine couleur de peau s'estimant discriminés au cours de leur vie universitaire souhaitent créer une association réservée à eux seuls afin d'échanger leurs expériences, de se con-

²⁵ Dans le même sens, Riemer Hans Michael, *Vereinigungsfreiheit dominiert Verbot der Geschlechtsdiskriminierung*, Recht 2014, pp. 213 s., 214.

seiller mutuellement, de créer une solidarité réciproque et de défendre en commun leurs intérêts. A notre sens, ni la Constitution fédérale ni les conventions ou pactes en matière de droits de l'homme n'empêchent une université de reconnaître une telle association, de même que des associations d'étudiants chrétiens, juifs ou musulmans qui se réuniraient pour prier et étudier respectivement la Bible, la Torah ou le Coran et manifesteraient, expressément et effectivement, une grande tolérance et bienveillance à l'endroit des autres communautés religieuses.

L'arrêt du Tribunal fédéral relatif à la section vaudoise de la Société suisse de Zofingue est intéressant à ce titre. Certes, l'appartenance à cette association est réservée aux étudiants masculins. Cela ne suffit cependant pas pour refuser de la reconnaître comme association universitaire. Il incombait à l'Université de Lausanne de déterminer si une logique d'exclusion prévalait dans cette association et si certaines activités – festives et donnant lieu à des épreuves diverses et variées – peuvent justifier, aujourd'hui encore, son caractère exclusivement masculin²⁶. Une analyse approfondie a manqué à ce propos dans cette affaire. Le résultat auquel est parvenu le Tribunal fédéral, dont l'argumentation n'emporte pas la conviction en plusieurs points²⁷, s'expliquait sans doute aussi par le fait que les avantages résultant de la reconnaissance sont réduits²⁸. Le Tribunal fédéral ne s'est cependant pas contenté de dire cela et a franchi un pas supplémentaire en estimant que la reconnaissance confère une « légitimité institutionnelle »²⁹ aux associations estudiantines. Notre Haute Cour a commis un faux pas à ce propos. En s'aventurant sur cette voie, il lui appartenait d'examiner si tel était effectivement le cas. En cas de réponse positive, l'égalité entre les sexes que promeut toute université en Suisse aurait justifié un refus de *reconnaissance-légitimation*. En cas de réponse négative – la *reconnaissance-access* se limitant, en réalité, à conditionner l'accès à une partie très modeste de l'infrastructure universitaire³⁰ – ou de doute sérieux quant à la fonction réelle

²⁶ Pour une réponse négative sur ce point, voir Buser Denise, commentaire de l'arrêt in : PJA 2014, pp. 1715-1721, 1720, nos 33-36.

²⁷ Très critiques, Riemer Hans Michael (n. 25), pp. 233 s. ; Buser Denise (n. 26), pp. 1718-1720, nos 25-36. Voir aussi Weerts Sophie, in : La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droits fondamentaux en 2014, RDAF 2015 I, pp. 268-273, 272 s.

²⁸ ATF 140 I 201, c. 6.7.3 (droit de tenir des assemblées dans des locaux universitaires « dans la mesure des disponibilités » et pour un certain temps, possibilité d'être hébergées et de publier une page de présentation sur le site internet universitaire, ainsi que faculté de bénéficier d'une adresse de messagerie électronique associative).

²⁹ ATF 140 I 201, c. 6.7.3 in fine.

³⁰ La loi du 6 juillet 2004 sur l'Université de Lausanne (LUL ; RSV 414.11) paraît plutôt participer d'une telle approche (art. 16 : « Les associations universitaires à but non-lucratif qui ont déposé leurs statuts auprès de la Direction ont le droit de tenir des assemblées dans les locaux de l'Université. » ; sur ce point, voir l'exposé des motifs et projet de loi sur l'Université de Lausanne in : Bulletin des séances du Grand Conseil du Canton de Vaud, session de juin 2004, pp. 855 ss, 908, étant précisé que l'article sur la liberté de réunion n'a

de légitimation de la reconnaissance, le Tribunal fédéral aurait été bien inspiré d'au moins permettre à l'Université de Lausanne de dissiper toute impression qu'elle cautionne les règles régissant le sociétariat dans cette association. La clarté d'un arrêt évite des controverses futures. L'Université de Lausanne aurait ainsi été expressément habilitée à faire figurer sur les pages de son site internet consacrées aux associations universitaires une mention en ce sens, assortie d'une indication qu'elle promeut l'égalité entre les sexes ainsi que l'interdiction de la discrimination. Il n'en demeure pas moins que le silence de l'arrêt à ce sujet n'équivaut pas pour autant à une muselière pour l'Université de Lausanne. A cette dernière de trouver une solution constructive, respectueuse tant de ses missions que de la liberté d'association.

3. La relation privilégiée avec les autorités universitaires

L'analyse qui précède appelle quelques réserves supplémentaires. Ainsi, lorsqu'une association bénéficie d'une relation privilégiée avec les autorités universitaires qui la consultent ou l'associent à la prise de décisions ou à des activités universitaires, elle est censée être représentative des étudiants d'une université, d'une faculté ou d'une autre subdivision de celle-ci ou de celle-là. On songe, par exemple, à l'association des étudiants en droit d'une faculté de droit. Dans cette optique, la reconnaissance d'une telle association et l'instauration d'une relation privilégiée entre elle et les autorités universitaires vont de pair avec un sociétariat ouvert à l'ensemble des étudiants concernés. A défaut, des étudiants seraient privés d'une forme de représentation et du bénéfice – direct ou indirect – de cette relation privilégiée.

Pour de telles associations, une université se montrera légitimement plus exigeante lors de l'examen des statuts avant de les reconnaître et d'établir une relation privilégiée. Celle-ci repose sur la représentativité présumée ou avérée de l'association. Certes, on pourrait imaginer qu'une université renonce à la relation privilégiée, tout en maintenant la reconnaissance de l'association en question. A bon droit, elle pourrait néanmoins lier les deux questions et, par exemple, refuser de continuer de reconnaître et consulter spécialement une « association des étudiants de la faculté de droit » qui, suite à une modification de ses statuts, deviendrait exclusivement masculine. Une telle décision n'irait pas à l'encontre de la jurisprudence résultant de l'arrêt rendu à propos de la section vaudoise de la Société suisse de Zofingue. En effet, celle-ci

donné lieu à aucune opposition lors des débats [op. cit., pp. 991 et 1130]). Le règlement d'application de cette loi (RLUL, RSV 414.11.1) pose, quant à lui, des critères pour qu'une association soit qualifiée d'universitaire (art. 10 al. 1 : « Sont considérées comme des associations universitaires celles qui comprennent majoritairement des membres de la communauté universitaire et dont les buts ou les activités s'inscrivent dans les missions et la Charte de l'Université et les principes que celle-ci doit respecter. »).

n'accomplit aucune fonction de représentation et ne jouit d'aucune relation privilégiée avec les autorités universitaires.

4. Les études et la carrière universitaire

L'appartenance à une association peut conférer un avantage à ses membres en rapport avec leur cursus universitaire. Si elle est de fait valorisée dans le cadre des études ou en vue d'une carrière universitaire, elle commande une attention accrue de la part de l'université concernée.

A titre d'illustration, il est imaginable que l'appartenance à une association d'étudiants en archéologie soit prise en compte, parmi d'autres critères, en vue de l'attribution d'une place d'assistant. Cette pratique est compréhensible, quoique discutable à l'aune de la liberté d'association puisqu'elle restreint *de facto* la composante négative de cette liberté, c'est-à-dire celle de ne pas adhérer à une association. Cela dit, l'existence d'une telle pratique doit conduire à une attention particulière de la part des autorités universitaires en lien avec la procédure de reconnaissance. Ces dernières devraient se montrer exigeantes lors de l'examen des limitations à la faculté de devenir membre de l'association et des règles d'exclusion de celle-ci. La reconnaissance représente l'instrument dont elles disposent afin de s'assurer préventivement que les critères utilisés par l'association ne génèrent pas ultérieurement des discriminations lors des études ou d'une éventuelle carrière universitaire. Elles ne doivent pas tolérer l'emploi de caractéristiques personnelles sensibles telles que celles qui figurent, de manière non exhaustive, à l'article 8 al. 2 de la Constitution fédérale pour délimiter l'appartenance à une telle association. Si elles reconnaissent néanmoins une association réservée, par exemple, aux archéologues masculins, l'université en cause et toutes ses subdivisions ne sauraient accorder un quelconque poids à l'appartenance à cette association, par exemple lors de la sélection des candidats pour un poste universitaire. On nous rétorquera peut-être que rien n'empêche les étudiantes de fonder une association qui leur serait réservée. L'université tiendrait ensuite compte de l'appartenance à l'une ou l'autre association. Une telle approche est erronée pour deux motifs. D'une part, il n'appartient pas à l'université de valoriser l'appartenance à une association dont la qualité de membre est définie par des caractéristiques personnelles sensibles. D'autre part, la possibilité de créer une association dépend de différents facteurs, notamment du nombre d'étudiantes dans l'exemple qui précède ; si celles-ci sont nettement moins nombreuses que leurs collègues masculins, elles n'auront *de facto* pas la même possibilité de créer et faire vivre une association.

5. La carrière professionnelle

L'appartenance à une association universitaire prestigieuse peut jouer un rôle au début ou au cours de la carrière professionnelle. Lorsque tel est le cas, une partie de la doctrine plaide pour l'application de l'égalité de traitement dans les relations entre particuliers³¹.

Cette question épineuse ne sera pas tranchée dans la présente contribution car elle implique de procéder à une réflexion très détaillée sur la nature et les fonctions des droits fondamentaux. Constatant l'importance d'une association pour la carrière professionnelle des étudiants hors de l'université, celle-ci pourrait utiliser l'instrument dont elle dispose, à savoir la reconnaissance, pour inciter l'association en question à être largement ouverte aux étudiants. Une telle démarche se justifierait afin de prévenir des désavantages futurs pour les étudiants dans leur vie professionnelle à venir. L'université agirait alors dans l'intérêt de ses étudiants et en vue d'assurer une certaine égalité de fait dans le monde professionnel. A notre sens, elle ne violerait en principe pas la Constitution fédérale et les instruments internationaux protégeant les droits de l'homme liant la Suisse, pour autant qu'elle se borne à demander que des caractéristiques personnelles ne soient pas utilisées lors de l'admission ou de l'exclusion des étudiants et que l'importance de l'appartenance à l'association en cause pour la carrière professionnelle des étudiants soit dûment établie. Ce dernier point est fortement relativisé par le Tribunal fédéral à propos de la section vaudoise de la Société suisse de Zo-fingue³². L'analyse à cet égard est succincte et aurait mérité d'être approfondie par l'Université de Lausanne, puis par les juridictions de recours³³.

³¹ Voir spécialement, en Suisse, Besson Samantha, Liberté d'association et égalité de traitement : une dialectique difficile – Une comparaison des modèles théoriques américain et suisse, RDS 2001 I 43-75, p. 71-75 : « Sont ainsi soumises à des exigences supérieures en matière d'égalité horizontale toutes les associations qui sont liées à un rapport de travail ou à l'exercice d'une certaine profession (association de médecins, d'ingénieurs ou même une association sportive professionnelle), qui procurent à leurs membres de nombreux avantages économiques et sociaux, et ce de manière dominante dans leur domaine. » (p. 72, notes omises) ; voir en outre Rhinow René/Schefer Markus, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2^e éd., Bâle 2009, p. 331, n^{os} 1712 s.

³² ATF 140 I 201, c. 6.7.3 (« [B]ien que la Section vaudoise propose, du constat des précédents juges, aux seuls étudiants masculins une certaine formation politique et économique complémentaire à leurs études ordinaires suivies au sein de l'Université, ainsi que la possibilité de nouer des contacts professionnels utiles à leur carrière (« réseautage »), l'impact de cette association doit être fortement relativisé du fait qu'elle ne réunit en son sein qu'un nombre restreint d'étudiants actuels et anciens dans un contexte à prépondérance festive et culturelle [...] ») et 6.7.4 (« [L]es avantages que l'association intimée offre à ses membres ne revêtent pas une importance telle que les femmes qui s'en trouvent privées d'accès en pâtiraient substantiellement et sans alternative possible au niveau de leur carrière ou formation professionnelle. »).

³³ Critique à l'égard du Tribunal fédéral sur ce point, Buser Denise (n. 26), pp. 1719 s., n^{os} 29 et 34-35.

Conclusion

La problématique de la reconnaissance d'associations estudiantines par une université soulève des questions délicates, en particulier parce qu'elle met souvent en jeu, voire en tension, la liberté d'association et la lutte contre les discriminations³⁴. Le Tribunal fédéral en a traité dans son arrêt relatif à la section vaudoise de la Société suisse de Zofingue. On relèvera que les juges n'étaient pas unanimes et que la rédaction de l'arrêt s'en ressent.

La faculté pour un juge de rédiger et de publier une opinion individuelle se justifie particulièrement dans un tel cas³⁵. Elle permet d'enrichir le débat sur un point controversé qui soulève des questions de principe sur la portée des droits fondamentaux et les relations entre ceux-ci. Nous croyons fermement qu'elle n'affaiblirait ni l'autorité des arrêts du Tribunal fédéral, ni la légitimité de ce dernier.

En définitive, lorsqu'elle reconnaît une association, une université doit prendre en compte plusieurs critères. Les caractéristiques personnelles conditionnant l'appartenance à une association appellent une grande prudence, mais ne ferment pas la porte à une reconnaissance. Elles supposent un examen approfondi de l'existence d'une éventuelle logique d'exclusion au sein de l'association, d'une possible fonction de légitimation de la reconnaissance et des avantages actuels ou futurs qu'entraîne la qualité de membre lors des études ou après celles-ci. Seule une telle analyse permet de tenir compte des multiples enjeux résultant des droits fondamentaux en jeu !

³⁴ Voir ATF 140 I 201, c. 6.6.

³⁵ Voir, à ce sujet, une motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil national tendant à la révision de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110) en vue de permettre la publication d'opinions dissidentes à la suite des arrêts. Cette motion a été acceptée par le Conseil national le 11 mars 2015 et par le Conseil des Etats le 18 juin 2015. Par avis du 19 novembre 2014, le Conseil fédéral avait auparavant proposé de l'accepter.