RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2236/2004-CRIP **ACOM/47/2005**

DÉCISION

DE

LA COMMISSION DE RECOURS DU PERSONNEL ENSEIGNANT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE

du 9 août 2005

dans la cause

Monsieur H_____
représenté par Me Vincent Spira, avocat

contre

CONSEIL D'ETAT

EN FAIT

1. Monsieur H_____, né le _____ 1968, domicilié à Genève, est entré dans l'enseignement secondaire le 1er septembre 1995. Le 30 mai 2001, il a été nommé à la fonction de maître de l'enseignement secondaire avec effet au 1er septembre 2001. Chargé d'un enseignement de dessin, dessin technique, cinéma et art visuel, il a enseigné au cycle d'orientation de X_____, puis de Y_____.

2. Du 18 au 23 mai 2003, M. H_____ a participé à un voyage d'études à Vienne avec les classes 9A02 et 9A07 du cycle d'orientation de Y_____, regroupant 45 élèves et six enseignants, dont 4 maîtres accompagnant. Les maîtresses de classe étaient d'une part Madame L_____ et, d'autre part, Madame D_____ M. H_____ était accompagnant de la classe de Mme D_____

   A cette occasion, M. H_____ a fait la connaissance de Monsieur B_____, né le 10 janvier 1988, élève de la classe de Mme L_____ Les deux hommes se sont découvert des intérêts communs sur le plan artistique et intellectuel. Ils ont notamment parlé d'un artiste viennois, le cinéaste Michael Hanneke, et M. H_____ a proposé à M. B_____ de lui prêter la trilogie de cet artiste. De retour à Genève, M. H_____ a pris contact avec la mère de M. B_____ pour obtenir l'autorisation de celle-là de prêter à celui-ci les cassettes vidéo d'Hanneke. Lors de cet entretien, il a été notamment question d'un voyage d'été à New York, la mère de M. B_____ se déclarant prête à aider M. H_____ dans l'organisation de voyages culturels auxquels son fils pourrait participer. Mme B_____ a reçu M. H_____ à dîner dans la deuxième quinzaine de juin 2003.

   Les deux hommes se sont revus lors du festival de La Bâtie en septembre 2003, puis ils ont effectué ensemble des visites de musées à Genève, à Lyon, à Zurich et à Winterthour. Dès le mois de septembre 2003, M. B_____ s'est rendu à plusieurs reprises au domicile de M. H_____.

   Au cours de l'automne 2003, M. H_____ s'est soumis à un test HIV. Il a pris des renseignements auprès de juristes sur la portée de l'article 188 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.O), lesquels lui confirmèrent qu'il n'encourait aucune poursuite s'il entretenait des relations sexuelles avec un mineur âgé de plus de 16 ans, dans la mesure où ce dernier n'était pas son élève. De tels propos lui ont été confirmés, en présence de M. B_____, lors d'une consultation auprès de l'association Dialogai.

D'amicale, la relation des deux hommes est devenue amoureuse dans la deuxième partie de janvier 2004, soit postérieurement au seizième anniversaire de M. B_____. Elle s'est poursuivie jusqu'en février 2004, en dépit de l'opposition manifestée par les parents de l'adolescent.

3. Le 22 mars 2004, les parents de M. B_____ ont déposé plainte pénale à l'encontre de M. H_____ pour avoir entretenu des actes d'ordre sexuel avec une personne dépendante au sens de l'article 188 CP.

Suite au dépôt de cette plainte, les deux hommes ont suspendu leur relation d'un commun accord.

4. A la demande du Procureur général, la brigade des mœurs de la police judiciaire a entendu Mme L_____, M. B_____ et M. H_____.

4.1. Dans sa déposition du 23 avril 2004, Mme L_____ a confirmé être collègue de M. H_____. M. B_____ était un élève de sa classe lorsqu'il avait participé au voyage d'études à Vienne au printemps 2003. Cet élève avait des connaissances artistiques très importantes, notamment dans le domaine de l'art contemporain. M. H_____ enseignant l'art visuel, les deux hommes avaient eu des affinités dans ce domaine. Mme L_____ a relevé que M. B_____ avait un niveau intellectuel nettement supérieur à celui de ses camarades, que ce n'était pas un élève ordinaire. Lors du voyage, elle n'avait pas remarqué un comportement autre qu'un grand intérêt des deux hommes pour l'art. En particulier, elle n'avait constaté aucun geste déplacé de la part de M. H_____. Elle croyait savoir que par la suite la mère de M. B_____ avait invité M. H_____ pour un repas à la maison. Elle avait également entendu dire que celle-ci avait demandé à M. H_____ d'emmener son fils avec lui et l'une de leurs collègues à New York et elle avait été très surprise de cette démarche. Elle avait appris que les deux hommes s'étaient revus alors que M. B_____ avait quitté le cycle d'orientation pour le collège à fin juin 2003. Elle a encore ajouté qu'elle se souvenait que lors d'un cours d'histoire qui avait eu lieu au mois de septembre 2002, M. B_____ avait parlé à deux reprises des droits des homosexuels et qu'il semblait particulièrement préoccupé par ce sujet.

4.2. M. B_____ a été entendu le 27 avril 2004 en présence d'une psychologue LAVI.

Il avait fait la connaissance de M. H_____ lors du voyage d'études à Vienne en mai 2003. Depuis ce voyage et jusqu'à la moitié du mois de janvier 2004, ils avaient entretenu des relations amicales et ce n'était qu'à partir de son seizième anniversaire que cette relation s'était transformée en relation amoureuse, sans qu'il y ait eu pénétration. Il avait accompagné M. H_____ auprès

d'un avocat de Dialogai, car ils désiraient savoir si une relation était possible ou non. Il leur avait été confirmé qu'il n'y avait pas de problème, étant donné qu'il était majeur sexuellement et que, par ailleurs, M. H_____ n'avait jamais été directement son enseignant. Après ce rendez-vous, il avait dû avouer à sa mère qu'il avait revu M. H_____. Il pensait que celle-ci avait déposé plainte à ce moment, mais il ne l'avait pas prise au sérieux, pensant qu'il s'agissait d'un bluff. Il avait mis un terme à sa relation avec M. H_____, étant donné qu'il la trouvait ingérable surtout au niveau de la pression mise par sa mère.

Jusqu'à ce qu'il atteigne son seizième anniversaire, il avait rencontré M. H_____ essentiellement dans des lieux publics. A deux ou trois reprises, il s'était rendu dans l'appartement de M. H_____. Ils avaient été tous deux à la fête de la musique et s'étaient rendus pour la journée à Winterthour et à Zurich pour visiter des musées et des galeries. Sa mère était au courant de ses déplacements. En revanche, il ne lui disait rien lorsqu'il se rendait chez M. H_____.

Il avait déjà parlé de sa bisexualité avec sa mère bien avant sa rencontre avec M. H_____. Son père était également au courant, mais les discussions étaient plus difficiles avec lui. Il avait effectivement raconté à M. H_____ qu'il s'était fait draguer dans des parcs par des hommes et qu'il avait eu une relation avec un garçon de son âge avant de faire sa connaissance, mais ils en étaient restés aux caresses, sans masturbation. Il a également confirmé qu'il aimait bien faire du jogging et que les gens le regardent, mais absolument pas dans le but de se faire draguer. Il a confirmé qu'il avait dit à M. H_____ qu'il s'était rendu dans les toilettes du parc des Bastions afin de se masturber. Il avait également rencontré un Vénézuélien au parc Bertrand. Ce dernier lui avait proposé des relations sexuelles dans une cave. Il avait refusé mais il était quand même intéressé. Finalement, il avait repoussé définitivement les avances de cet homme.

Ses sentiments actuels envers M. H_____ étaient un peu flous. Il avait encore des sentiments pour lui mais au vu de l'attitude de ses parents, et particulièrement de sa mère, la relation future semblait compromise. Il ressentait cette enquête comme une violation de sa vie intime et il avait réellement l'impression qu'il était dans son bon droit. Il savait que sa mère était opposée à ce qu'il sorte avec un professeur de 35 ans. En revanche, il ne savait pas si c'était le côté prof ou le côté âge qui la gênait. S'il était sorti avec un garçon de son âge, cela aurait posé moins de problèmes.

4.3. M. H_____ a été entendu le 27 avril 2004.

Il a confirmé avoir fait la connaissance de M. B_____ lors d'un voyage à Vienne au mois de mai 2003. Il ne s'était jamais trouvé seul avec M. B_____ à Vienne. De retour à Genève, il avait eu un contact

téléphonique avec la mère de M. B_____ au sujet des cassettes vidéo d'Hanneke, au cours duquel il avait été question d'un voyage à New York. La mère de M. B_____ l'avait invité à manger chez elle à la fin du mois de juin, voire au début du mois de juillet 2003. La soirée s'était bien déroulée et poursuivie jusqu'au petit matin.

Il n'avait pas revu M. B_____ avant le festival de La Bâtie au mois de septembre 2003. Fin septembre 2003, ils étaient partis tous deux passer une journée à Lyon pour la Biennale, puis ils s'étaient revus quelques fois pour voir d'autres expositions. Ils s'étaient rendus à Zurich et à Winterthour avec l'assentiment des parents de M. B_____. Dès le mois de décembre 2003, leur relation, en raison de leurs affinités artistiques, était devenue amoureuse tout en restant platonique. Les premières relations sexuelles avec M. B_____ avaient eu lieu à la fin du mois de janvier 2004. Ils s'étaient caressés mutuellement et embrassés. Il n'y avait eu ni fellation, ni pénétration. Tous deux s'étaient masturbés jusqu'à éjaculation. Il n'y avait eu aucune contrainte de sa part. il s'agissait d'une relation tout à fait consentante. Dès fin janvier 2004, il avait revu M. B_____ à quelques reprises. Après les vacances de février 2004, M. B_____ lui avait dit avoir parlé de cette liaison à sa mère et que celle-ci s'y opposait. Elle avait menacé de déposer plainte contre lui. Il s'était alors renseigné auprès d'un avocat. Il s'était également rendu, en compagnie de M. B_____, à la permanence juridique de Dialogai. Lorsqu'il avait su qu'une plainte pénale avait été déposée contre lui, il avait été surpris et atteint et il n'en revenait pas, car il était persuadé d'être dans son bon droit et d'avoir agi tout à fait légalement. Au jour de son audition, il était toujours amoureux de M. B_____, mais au vu de la situation, ils évitaient de se voir.

5. Le 3 mai 2004, le Procureur général a ordonné l'ouverture d'une information préparatoire. L'instruction a été confiée à Madame Isabelle Cuendet, juge d'instruction.

A la demande de cette dernière, la police a procédé à l'audition de Madame C_____ le 1er juin 2004. Elle était une collègue de M. H_____. Ce dernier lui avait rapporté une discussion qu'il avait eue avec Mme B_____ à propos d'un voyage à New York pour les jeunes. Elle lui avait alors dit qu'elle refusait catégoriquement d'effectuer des voyages avec d'anciens élèves, hors du cadre scolaire.

A sa connaissance, la relation intime qui liait M. H_____ à M. B_____ avait débuté dans les limites légales de l'âge de ce dernier.

6. La juge d'instruction a entendu les plaignants, M. B_____ et M. H_____.

6.1. Lors de leur audition du 4 juin 2004, les parents de M. B_____ ont confirmé leur plainte du 22 mars 2004. Ils estimaient que leur fils avait été conditionné et manipulé par M. H_____.

Mme B_____ a confirmé que l'homosexualité de son fils avait été évoquée en février 2003. Ce dernier avait alors dit à ses parents qu'il avait des doutes et qu'il ne savait pas s'il préférait les filles ou les garçons.

Depuis mars 2004, il avait été suivi d'abord par un psychologue, puis par un psychanalyste.

Elle a encore précisé que même si son fils avait été amoureux de M. H_____, il avait toujours laissé des pistes à ses parents pour que ceux-ci puissent suivre son histoire.

6.2. M. B_____ a été entendu le 25 juin 2004.

Il a confirmé ses précédentes déclarations à la police.

La question de savoir s'il avait été « converti » à l'homosexualité en raison de sa relation avec M. H_____ n'était pas le problème. On ne lui poserait d'ailleurs pas la question si cela avait été une femme.

Sa relation avec M. H_____ était terminée. Au vu des déclarations de ce dernier à la police, il n'était pas très clair sur la question de savoir s'il avait été manipulé par lui. Il n'avait plus le désir de le revoir.

Il n'adhérait pas à la théorie de ses parents sur la relation de dépendance dans le cadre de laquelle il aurait « succombé » à M. H_____. Pour lui, il s'agissait d'une histoire d'amour comme une autre avec ses problèmes. A la question qui lui était posée de savoir s'il avait l'impression que M. H_____ avait profité d'un lien de dépendance qu'il aurait pu avoir avec lui, il a répondu par la négative. Il a également dit qu'il était consentant, s'agissant de tous les actes de type sexuel qu'il avait eus avec M. H_____. Il n'avait pas eu l'impression qu'il le forçait. Il trouvait cette procédure illégitime et improductive.

6.3. M. H_____ a été entendu le 13 juillet 2004.

Il a confirmé ses déclarations à la police. Il était consterné par la tournure des événements. Il n'avait jamais exercé de pression et d'influence sur M. B_____. Leur relation et leurs sentiments étaient totalement réciproques et de libre consentement. Il estimait qu'ils avaient vécu une belle relation. Il a encore précisé qu'il n'était pas dans son habitude d'avoir des relations avec des hommes ayant une telle différence d'âge avec lui.

7. Par ordonnance de soit-communiqué du 15 juillet 2004, la juge d'instruction a transmis le dossier au Procureur général, sans inculpation.

8. Le 2 novembre 2004, le Procureur général a procédé au classement de la plainte, vu l'absence d'inculpation et la prévention insuffisante.

9. a. Nanti du dépôt de la plainte pénale, le département de l'instruction publique (ci-après : le département) a procédé à l'audition de M. H_____. Cette séance s'est déroulée le 4 mai 2004 en présence de Monsieur Harry Koumrouyan, directeur du service du personnel enseignant, direction générale du cycle d'orientation, de Madame Verena Schmid, secrétaire adjointe du département en charge des affaires juridiques et de Mme L_____ déjà nommée. L'entretien était conduit par Monsieur Frédéric Wittwer, secrétaire général du département.

M. H_____ a été informé qu'une plainte pénale avait été déposée à son encontre par les parents de M. B_____. Les faits essentiels lui ont été relatés. M. H_____ a donné sa version des faits et il a admis que des liens avec M. B_____, d'abord intellectuels, puis affectifs et sexuels, avaient existé.

A la question de savoir s'il s'était rendu compte qu'une telle relation risquait de compromettre sa carrière, il a répondu qu'il y avait une part d'irrationnel, car relevant du sentiment amoureux fort qui était partagé.

M. H_____ a pour sa part précisé qu'il aimait beaucoup l'enseignement. Il n'avait jamais fait d'amalgame entre sa vie professionnelle et privée. Il n'avait jamais eu de gestes déplacés à l'égard de ses élèves. Il comprenait les mesures du département, mais il les ressentait comme injustes. Il n'était ni un pervers ni un pédophile.

Mme L_____, maîtresse de classe de M. B_____ lors de sa dernière année au cycle d'orientation, a déclaré qu'elle avait pu constater que cet élève n'était pas un enfant comme les autres. Il affichait son homosexualité. Elle trouvait profondément injuste que son collègue risque de perdre son travail alors que n'importe quel autre adulte aurait pu vivre des relations sexuelles avec M. B_____ sans problème.

M. Koumrouyan a relevé que l'enseignement de M. H_____ était de qualité.

b. A l'issue de cette séance, le département a informé M. H_____ qu'une mesure d'éloignement des classes, en application de l'article 129A alinéa 5 de la loi sur l'instruction publique du 6 novembre 1940 (LIP - C 1 10), était prise et que le département proposerait immédiatement au Conseil d'Etat de confirmer la mesure d'éloignement en la commuant en suspension provisoire avec

maintien de traitement dans l'attente des résultats de l'enquête administrative ouverte par le Conseil d'Etat (art. 130A LIP). Il ne s'agissait pas d'une sanction, mais d'une mesure de précaution.

10. Le 12 mai 2004, le Conseil d'Etat a ouvert une enquête administrative à l'encontre de M. H_____ qu'il a confiée à Monsieur Pierre-Christian Weber, juge à la Cour de cassation. La mesure d'éloignement des classes décidée par le département était confirmée et commuée en suspension provisoire, avec effet immédiat et maintien du traitement.

La mesure de suspension, déclarée exécutoire nonobstant recours, pouvait faire l'objet d'un recours à la commission de recours du personnel enseignant de l'instruction publique (ci-après : la commission de recours).

11. Dans le cadre de l'instruction de l'enquête administrative, l'enquêteur a procédé à l'audition de six témoins, à savoir M. Koumrouyan, Mme D_____, les parents de M. B_____, Mme C_____ et M. B_____. Il a également entendu M. H_____. Ces différentes personnes ont persisté dans leurs précédentes déclarations.

M. H_____ a remis à l'enquêteur une lettre de soutien signée par 37 de ses collègues adressée au président du département le 31 mai 2004 ainsi qu'un mot de plusieurs de ses élèves, daté de juin 2004, espérant le revoir l'an prochain et précisant : « Nous avons fait la pétition pour vous avoir l'an prochain ».

12. L'enquêteur a rendu son rapport le 30 juin 2004.

A la question de savoir si M. H_____ avait enfreint ses devoirs de service et, le cas échéant, si des faits retenus à sa charge pouvaient ou devaient entraîner une sanction disciplinaire, l'enquêteur a répondu par l'affirmative. Les agissements inadmissibles de M. H_____ pendant plusieurs mois constituaient une faute très grave au regard des articles 120 alinéa 1 LIP, 20 du règlement de l'enseignement secondaire du 14 octobre 1998 (RES - C 1 10.24) et 6 alinéa 2 du règlement du cycle d'orientation du 10 octobre 2001 (RCO - C 1 10.27). Ils étaient en contradiction totale avec les valeurs fondamentales de l'école publique genevoise. Compte tenu de la gravité de la faute commise et du risque latent que présentait M. H_____ s'il était maintenu en contact permanent avec des élèves, la résiliation des rapports de travail se justifiait pleinement pour les seuls faits établis dans l'enquête administrative. S'il devait s'avérer qu'une infraction pénale aux articles 187 ou 188 CP avait été commise, cette circonstance ne changerait rien à cette conclusion.

13. Dit rapport a été transmis aux parties qui ont été invitées à faire valoir leurs observations.

a. M. H_____ s'est déterminé le 17 août 2004.

L'enquêteur s'était basé sur des éléments de faits inexacts - en retenant notamment que la relation amoureuse avait débuté à Vienne, ce qui était formellement contredit par les déclarations de M. B_____ à la police le 27 avril 2004, au juge d'instruction le 25 juin 2004 et dans le cadre de l'enquête administrative -, en s'érigeant en expert psychiatre, ce qu'il n'était pas, pour conclure à une faiblesse de caractère de M. H_____ traduite par une incapacité à maîtriser ses désirs sexuels. La relation amoureuse n'avait nullement été initiée dans le cadre du voyages d'étude organisé par l'école, mais bien en dehors de tout contexte scolaire et s'était concrétisée alors que M. B_____ était majeur sexuellement. L'enquêteur se livrait à une interprétation personnelle des faits, sans tenir compte notamment du ressenti de M. B_____ par rapport à ce qu'il avait vécu avec M. H_____, ni plus encore en raison de la plainte pénale déposée par ses parents. L'enquêteur n'expliquait pas en quoi consisteraient les violations aux différentes dispositions légales retenues commises par M. H_____. Une étude même superficielle de la procédure, tant administrative que pénale, permettait de conclure incontestablement au sérieux des sentiments partagés par les deux hommes. Il était manifeste que sans l'intervention des parents de M. B_____, la relation aurait, à un moment ou à un autre, pris fin de manière beaucoup plus sereine que cela avait été le cas dans les circonstances présentes. M. H_____ n'avait pas porté atteinte à la dignité lui incombant, étant rappelé qu'il n'avait jamais été l'enseignant de M. B_____, et qu'aux dires mêmes de ce dernier, il n'avait pas utilisé un hypothétique lien de dépendance du plus jeune envers le plus âgé aux fins de favoriser cette relation amoureuse.

Les conclusions de l'enquêteur était totalement injustifiées et ne respectaient en rien le principe de proportionnalité.

b. Le département a présenté ses observations. Le comportement de M. H_____ constituait une violation grave de l'article 120 LIP (devoirs de fidélité et de dignité) M. H_____ n'avait pas respecté la distance requise d'un enseignant face à un élève. Il avait abusé d'un lien de dépendance allant de pair avec sa fonction d'enseignant et il avait failli à sa mission éducative.

14. Par arrêté du 27 septembre 2004, le Conseil d'Etat a prononcé, en application de l'article 130 alinéa 1 lettre d chiffre 6 LIP, le licenciement disciplinaire de M. H_____, ce dernier ne faisant plus partie du corps secondaire à partir du 1er janvier 2005. Jusqu'à cette date, la mesure de suspension était maintenue et le traitement conservé. La note citée ci-avant faisait partie intégrante de l'arrêté.

15. M. H_____ a saisi la commission de recours, par acte du 29 octobre 2004.

Il conclut à l'annulation de la décision querellée, à être libéré de toute sanction disciplinaire et, subsidiairement, au prononcé d'une peine disciplinaire moins sévère que le licenciement, avec suite de frais et dépens.

16. Dans sa réponse du 15 décembre 2004, le Conseil d'Etat s'est opposé au recours.

M. H_____ avait violé son devoir de fidélité, de manière fautive et non excusable. Le risque de récidive étant évident, aucune autre mesure ne pouvait être prise à son encontre.

17. La commission de recours a ordonné l'apport de la procédure pénale et les parties ont été invitées à la consulter.

18. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 15 juin 2005.

M. H_____ a confirmé ses précédentes déclarations auxquelles il n'avait rien à ajouter. Il a précisé que lorsqu'il faisait des déplacements avec M. B_____, notamment à Winterthour et à Zurich, chacun payait sa part.

Le Conseil d'Etat a relevé que lors de son entrée en fonction, l'enseignant recevait les dispositions légales relatives à l'enseignement. Durant la formation, il n'y avait pas d'enseignement spécifique sur les relations à adopter entre les enseignants et ses élèves, mais une information globale à ce sujet. Il n'y avait pas de règles de déontologie précises sur ce point.

Depuis l'entrée en vigueur des accords bilatéraux, les enseignants ayant reçu une formation à l'étranger étaient intégrés dans une formation spécifiquement genevoise.

M. H_____ a relevé que cette formation avait trait au rapport entre enseignant et enseigné dans le cadre de la classe et qu'elle n'abordait pas les relations hors école. Il s'agissait d'une seule séance, relativement courte, dispensée dans le cadre d'un séminaire précédant les études pédagogiques.

Avec l'accord des parties, la commission de recours a renoncé à réentendre les personnes dont les déclarations figurent au dossier et dont il a été fait état ci-dessus (ch. 4, 6 et 11).

EN DROIT

1. Maître dans l'enseignement secondaire, M. H_____ est soumis à la LIP, au RES et au RCO, à l'exclusion de la loi générale relative au personnel de

l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05 ; ACOM/32/2005 du 27 avril 2005).

2. L'article 131 LIP ouvre le recours dans les cas prévus par les articles 128, 129, 129A, 130 alinéa 1 lettres c et d et 130A au fonctionnaire qui a le droit de recourir dans les trente jours contre la décision prise à son égard auprès d'une commission de cinq membres composée de trois juges du Tribunal administratif désignés par son président, d'un membre désigné par le Conseil d'Etat et choisi en dehors de ce corps et d'un membre choisi par le recourant parmi les membres du corps enseignant de l'ordre d'enseignement concerné.

En application de l'article 131 alinéa 4 LIP, la procédure de recours est régie par la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

En l'espèce, la commission est régulièrement composée de trois juges au Tribunal administratif, de Madame Sybil Latham, désignée par le recourant le 12 avril 2005 et de Madame Jacqueline Horneffer, désignée par le Conseil d'Etat le 7 janvier 2005,

Dès lors, interjeté en temps utile et devant l'autorité compétente, le recours est recevable (art. 131 al. 1 LIP).

Selon l'article 120 alinéa 1 LIP, les fonctionnaires de l'instruction publique doivent observer dans leur attitude la dignité qui correspond aux responsabilités leur incombant vis-à-vis du pays.

L'article 20 du règlement fixant le statut des membres du corps enseignant du 12 juin 2002, entré en vigueur le 1er septembre 2002 (B 5 10.04), définit en termes identiques les devoirs du personnel enseignant.

3. La mission du maître de l'enseignement secondaire est définie à l'article 7 RES. Le maître doit participer à l'éducation des élèves. Il est responsable de l'enseignement qui lui est confié. A cette fin, il reçoit des autorités scolaires les moyens nécessaires pour approfondir ses connaissances. Il applique des prescriptions légales et réglementaires.

Aux termes de l'article 6 alinéa 2 RCO, la maîtresse ou le maître est responsable de l'enseignement qui lui est confié. Elle ou il doit participer à l'éducation des élèves. Pour le surplus, cette disposition reprend les termes de l'article 7 RES.

4. Le fonctionnaire, engagé et rétribué par l'Etat, n'a pas seulement avec celui-ci les rapports d'un employé avec un employeur privé, mais, participant à l'exercice du pouvoir public, il est tenu d'accomplir sa tâche de manière à contribuer au bon fonctionnement de l'administration et d'éviter ce qui pourrait nuire à la confiance que le public doit pouvoir lui accorder (G. BOINAY, Le droit

disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse romande in RJJ 1998, p. 11, § 16).

L'activité de l'enseignant commande à celui-ci d'adopter un comportement auquel les élèves puissent s'identifier. Dans le cas contraire, il détruirait la confiance que la collectivité – et en particulier les parents – ont placée en lui (H. PLOTKE Schweizerisches Schulrecht, Berne et Stuttgart, 1979, p. 397 ; ATF 101 Ia 172 consid. 5 p. 178 = JdT 1977 I 162). Le devoir de fidélité embrasse l'ensemble des devoirs incombant à un fonctionnaire dans l'exercice de ses activités professionnelles et extra-professionnelles (ATF 101 Ia 172 consid. 6 p. 180). Il concerne tous les fonctionnaires, mais particulièrement les enseignants, qui dispensent leur savoir à des jeunes lesquels ne peuvent – s'agissant de nombreux problèmes – se former une opinion de manière autonome, les enseignants ayant ainsi de bien meilleures possibilités de transmettre leurs opinions (PLOTKE, op. cit., p. 397-398). Les conceptions au sujet du degré de discipline et d'ordre nécessaires à l'école peuvent diverger. En tous les cas, l'enseignant doit faire en sorte qu'il existe un climat qui permette l'épanouissement des élèves (PLOTKE, op. cit., p. 438).

5. a. L'article 130 LIP énumère les mesures disciplinaires qui peuvent être prises à l'encontre de membres du personnel enseignant qui enfreignent leurs devoirs de service, soit intentionnellement, soit par négligence, dans l'ordre croissant de gravité :

a) prononcée par le supérieur ou la supérieure hiérarchique :

1° l'avertissement;

b) prononcée par le directeur général ou la directrice générale :

2° le blâme;

c) prononcée par le conseiller ou la conseillère d'Etat chargé du département :

3° la suspension d'augmentation de traitement pendant une durée déterminée;

4° la réduction du traitement à l'intérieur de la classe de fonction;

d) prononcée par le Conseil d'Etat :

5° le transfert dans un autre emploi avec le traitement afférent à la nouvelle fonction, pour autant que le membre du personnel dispose des qualifications professionnelles et personnelles requises pour occuper le nouveau poste;

6° le licenciement disciplinaire avec préavis de trois mois pour la fin d'un mois. Cette mesure peut être remplacée par la démission du membre du personnel si celui-ci la donne après y avoir été invité;

7° La révocation lorsque les infractions sont particulièrement graves et incompatibles avec la mission d'enseignant ou d'enseignante.

Toutes ces mesures sont précédées d'une enquête interne au département dans les cas cités à l'alinéa 1 lettres a, b et c, et d'une enquête administrative ouverte dans les cas cités à l'alinéa 1 lettre d.

L'article 56 du règlement B 5 10.04 est rédigé en termes identiques.

b. Ces dispositions relèvent du droit disciplinaire. Celui-ci constitue un ensemble de sanctions dont dispose l'autorité à l'égard d'une collectivité déterminée de personnes qui sont soumises à un statut spécial ou qui, tenues par un régime particulier d'obligations, font l'objet d'une surveillance spéciale. Il en va ainsi des membres de la fonction publique, des personnes soumises à des rapports de puissance publique particuliers (soldats, détenus, étudiants) et des professions libérales (médecins, avocats) (P. MOOR, Droit administratif, Vol. II, 2ème édition, Berne, 2002, p. 24, n° 1.4.3.4.). Le droit disciplinaire de la fonction publique n'a pas seulement pour but d'assurer, sur le plan interne, la bonne exécution du travail administratif, mais encore de régler les rapports entre l'administration et le public, afin de promouvoir la confiance indispensable en une activité administrative efficace (G. BOINAY, op. cit., p. 7, § 3).

c. En l'espèce, l'enquête administrative a été diligentée dans le respect des règles procédurales et M. H_____ a pu se déterminer sur son contenu. La procédure est donc régulière de ce point de vue là.

d. En revanche, il n'appartenait pas à l'enquêteur de proposer une sanction ni d'émettre un avis juridique, sa tâche consistant à établir les faits uniquement (arrêt du Tribunal fédéral 2P.56/2004 du 4 novembre 2004, consid. 3.7 ; ACOM/32/2005 du 27 avril 2005).

6. a. En droit disciplinaire, le principe de la légalité ne s'applique pas aussi strictement qu'en droit pénal. Certes, l'autorité ne peut infliger d'autres sanctions que celles prévues par la loi (BOINAY, op. cit. p. 18, § 33 et les références citées). Toutefois, le législateur ne peut décrire tous les manquements possibles aux devoirs de services ou aux règles d'une profession donnée. La loi peut donc se passer d'incriminations strictement définies. (ATF 108 Ia 316 consid. 2b/aa p. 319 = JdT 1984 I 183 ; V. MONTANI, C. BARDE, La jurisprudence du Tribunal administratif relative au droit disciplinaire in RDAF 1996, p. 348 et les références jurisprudentielles et doctrinales citées). S'agissant en particulier des fonctionnaires, les expressions telles que « devoirs de service », renvoyant aux règlements et ordonnances internes relatifs aux tâches des fonctionnaires, décrivent de manière suffisante les comportements réprimés (ibid.).

b. L'autorité qui inflige une sanction disciplinaire doit respecter le principe de la proportionnalité (V. MONTANI, C. BARDE, op. cit., p. 347), une telle sanction

n'étant pas destinée à punir la personne en cause pour la faute commise, mais à assurer, par une mesure de coercition administrative, le bon fonctionnement du corps social auquel elle appartient ; c'est à cet objectif que doit être adaptée la sanction. (G. BOINAY, ibid.). Le choix de la nature et de la quotité de la sanction doit être approprié au genre et à la gravité de la violation des devoirs professionnels et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer les buts d'intérêt public recherchés. A cet égard, l'autorité doit tenir compte en premier lieu d'éléments objectifs, à savoir des conséquences que la faute a entraînées pour le bon fonctionnement de la profession en cause et de facteurs subjectifs, tels que la gravité de la faute, ainsi que les mobiles et les antécédents de l'intéressé (arrêt du Tribunal fédéral 2P.133/2003 du 28 juillet 2003 ; ATF 108 Ia 230 consid. 2b p. 232 ; ATF 106 Ia 100 consid. 13c p. 121 ; ATF 98 Ib 301 consid. 2b p. 306 ; ATF 97 I 831 consid. 2a p. 835 ; RDAF 2001 II 9 35 consid. 3c/bb ; SJ 1993 221 consid. 4 et les références doctrinales citées).

c. Toute sanction disciplinaire présuppose une faute de la part du fonctionnaire. Alors qu'en droit pénal les éléments constitutifs de la faute doivent être expressément indiqués dans la loi, en droit disciplinaire, les agissements pouvant constituer une faute sont d'une telle diversité qu'il est impossible que la législation en donne un état exhaustif (G. BOINAY, op. cit., p. 27, § 50 ; P. MOOR, Droit administratif, Volume III, 1992, p. 240, n° 5.3.5.1.). Tout agissement – manquement ou omission – dès lors qu'il se révèle incompatible avec le comportement que l'on est en droit d'attendre de celui qui occupe une fonction ou qui exerce une activité soumise au droit disciplinaire, peut engendrer une sanction. (ibid.). Contrairement au droit pénal, la négligence n'a pas à être prévue pour être punissable (V. MONTANI, C. BARDE, op. cit., p. 349 et les références doctrinales citées).

La gravité objective de la faute doit s'apprécier en fonction des conséquences qu'elle a eues pour le bon fonctionnement de l'institution à laquelle appartient le fautif. Subjectivement, la sanction doit être choisie en tenant compte de la personnalité du coupable, de la gravité de la faute, des mobiles, des antécédents, des responsabilités et, de la position hiérarchique des fonctionnaires, afin qu'elle soit de nature à éviter une récidive et à amener le fautif à adopter à l'avenir un comportement conforme à ses devoirs professionnels (G. BOINAY, op. cit., p. 55, § 115 et les références citées).

d. Le droit disciplinaire fait partie du droit administratif et non pas du droit pénal (arrêt du Tribunal fédéral 2A.191/2003 du 22 janvier 2004 ; ATF 109 Ia 217 consid. 4a p. 229 ; BOINAY, op. cit., p. 10, § 11 ; V. MONTANI, C. BARDE, op. cit., p. 343 ; R. ZIMMERMANN, Les sanctions disciplinaires et administratives au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 – CEDH – RS 0.101 in RDAF 1994, 347). S'agissant des fonctionnaires, la Cour européenne des droits de l'homme considère que les sanctions destinées aux fonctionnaires tendent essentiellement au maintien de la

discipline, de l'efficacité et de l'intégrité de l'administration, qui doit appliquer les lois avec zèle et impartialité. Elles ne participent pas de la prévention pénale et ne présentent pas en outre un degré de gravité tel qu'on devra leur reconnaître un caractère pénal ; l'article 6 CEDH ne leur est donc en principe pas applicable à ce titre (R. ZIMMERMANN, op. cit. p. 344-345). Ainsi en va-t-il pour un blâme infligé à un fonctionnaire (arrêt du Tribunal fédéral du 15 novembre 1990 in JAB 1991 p. 429 ; Décision de la Commission européenne des droits de l'homme, X. contre Belgique, n° 8249/78, DR 20/1980, p. 20).

Si l'acte de l'agent est en même temps constitutif d'une violation d'une obligation de service et d'une infraction, il y a en principe indépendance réciproque des procédures, tout comme des jugements. Le prononcé d'une peine par le juge pénal n'exclut pas la sanction disciplinaire (ATF 97 I 831 consid. 2a p. 835 = JdT 1973 I 200). Que celui-ci acquitte ou condamne ne préjuge pas de la décision de l'administration et inversement (ATF 101 Ia 298 consid. 5 p. 306 rés. JdT 1977 I 594 ; P. MOOR, Vol. III, p. 242, n° 5.3.5.2).

7. En l'espèce, il est reproché à M. H_____ d'avoir entretenu une relation sexuelle avec un mineur de plus de 16 ans ayant fréquenté le cycle d'orientation dans lequel le recourant était enseignant.

Objectivement, les faits sont ceux d'une relation amoureuse ayant évolué en relation sexuelle entre deux hommes majeurs sexuellement et qui n'étaient pas dans un rapport de dépendance. Le juge pénal a estimé que cette relation ne tombait pas sous le coup du CP et elle n'a pas donné lieu à inculpation. La procédure pénale y relative a été classée et les plaignants n'ont pas recouru contre cette mesure.

Ainsi, reprocher cette relation au recourant revient à dire que l'enseignant est, de par son statut professionnel, soumis à des lois particulières, autres que la loi pénale, eu égard en particulier à la majorité sexuelle.

De l'article 120 alinéa 1 LIP découle un devoir général de comportement, soit un devoir de fidélité (ACOM/24/2004 du 15 mars 2004). Or, cette notion de devoir de fidélité n'est pas clairement définie. Pour la doctrine, au regard du principe de la légalité, les expressions, telles que « devoirs de service », qui renvoient aux règlements et ordonnances internes relatifs aux tâches des fonctionnaires, et « obligations professionnelles », qui peuvent se rapporter aux règles de l'art, à la déontologie ou aux usages, décrivent de manière suffisante les comportements réprimés (V. MONTANI et C. BARDE, La jurisprudence du Tribunal administratif relative au droit disciplinaire, RDAF 1996, p. 345 ss, notamment 348). Les tâches du corps enseignant et, en particulier, celles du maître font l'objet de l'article 7 RES selon lequel le maître est responsable de l'enseignement qui lui est confié. L'article 6 alinéa 2 RCO reprend cette même notion de responsabilité de l'enseignement.

Il convient donc d'apprécier si, en entretenant une relation amoureuse ayant évolué en relation sexuelle avec M. B_____, le recourant a failli à son devoir de responsabilité de l'enseignement.

S'il est établi que la première rencontre entre les deux hommes a eu lieu dans un contexte scolaire, il s'impose de relever que le recourant n'a jamais été le professeur de M. B_____, dans la mesure où il n'a pas dispensé de cours dans une classe fréquentée par ce dernier et que, ayant quitté le cycle d'orientation pour le collège de Genève à fin juin 2003, il n'aurait pas pu le devenir, sauf à supposer un changement de poste dans l'enseignement secondaire.

La question se pose de savoir si les dispositions légales et réglementaires précitées sont applicables au cas d'espèce, étant acquis que le seul point de rattachement est la prémisse que les deux hommes ont lié connaissance dans un contexte scolaire au sens le plus large du terme. Admettre sans autre la responsabilité du recourant procède d'une interprétation de la loi selon laquelle tout professeur est responsable de tous les élèves de l'école. Or, une telle interprétation n'est pas compatible avec le but de la loi, tel que défini aux considérants 3 et 4 ci-avant et qui implique nécessairement un rapport d'enseignement entre le maître et l'élève.

La lecture du dossier et, en particulier, celle des déclarations de M. B_____, établit que la relation a été librement consentie par les deux protagonistes, qu'à aucun moment le recourant n'a utilisé sa position d'enseignant pour obtenir les faveurs de M. B_____ et qu'il apparaît nulle part qu'il aurait manipulé son partenaire. Le développement de la relation, qui d'amoureuse est devenue sexuelle, dénote un comportement responsable de la part du recourant notamment, lequel a fait preuve de respect envers les sentiments amoureux que les deux hommes éprouvaient mutuellement, il a pris la précaution de consulter des juristes pour connaître exactement les limites du cadre pénal et il a attendu la majorité sexuelle de son ami avant d'engager une relation intime.

Dans ces conditions, le comportement du recourant ne tombe pas sous le coup de l'article 120 alinéa 1 LIP, sauf à donner à cette disposition une portée purement morale et qui permettrait de proscrire toutes relations entre toutes personnes ayant professé dans quelque institution scolaire que ce soit et un élève de l'enseignement fût-il obligatoire, post-obligatoire ou supérieur.

Pour prendre sa décision de licenciement, le Conseil d'Etat s'est purement et simplement rallié aux conclusions de l'enquêteur administratif, ce qui est d'autant plus regrettable que ledit enquêteur est manifestement sorti du cadre de sa mission en proposant lui-même une sanction. Certes, l'article 59 alinéa 2 du règlement B 5 10.04 prévoit-il que, lorsque les faits reprochés à un fonctionnaire peuvent faire l'objet d'une action civile ou pénale, l'autorité administrative applique, dans les meilleurs délais, les dispositions des articles 56 à 58, sans préjudice de la

décision de l'autorité judiciaire civile ou pénale saisie. Cela étant, en l'espèce, la procédure pénale, menée sans désemparer par les autorités pénales - était à bout touchant -, le dossier ayant été communiqué au Parquet sans inculpation le 15 juillet 2004, soit avant même que le recourant ne présente ses observations sur le rapport d'enquête. Or, les déclarations contenues dans la procédure pénale, notamment celles de M. B_____, tranchent singulièrement avec l'approche plus moralisante que juridique adoptée par l'enquêteur administratif.

8. En se fondant sur la procédure administrative et la procédure pénale, la commission de recours arrive à la conclusion qu'aucun manquement à ses devoirs de service ne pouvant être reproché à M. H_____, la sanction prise à l'encontre de ce dernier doit être annulée.

Le recours sera donc admis et l'arrêté du Conseil d'Etat du 27 septembre 2004 annulé.

Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de M. H_____, auquel une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée, à la charge de l'Etat de Genève.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COMMISSION DE RECOURS DU PERSONNEL ENSEIGNANT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 29 octobre 2004 par Monsieur H_____ contre la décision du Conseil d'Etat du 27 septembre 2004 ;

au fond :

l'admet ;

annule l'arrêté du Conseil d'Etat du 27 septembre 2004 ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 2'000.- à Monsieur H_____, à la charge de l'Etat de Genève ;

communique la présente décision à Me Vincent Spira, avocat du recourant ainsi qu'au Conseil d'Etat.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, Mme Hurni, M. Thélin, Mmes Latham et Horneffer, juges.

Au nom de la commission de recours du personnel enseignant de l'instruction publique :

la greffière :	la présidente :
R. Falquet	L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :