

Stephane BÜRKI

**La différence entre laïcité et neutralité en matière religieuse**

Travail de proséminaire

Université de Fribourg

Faculté de droit

Sous la direction du Prof. Adriano PREVITALI

stephane.buerki@unifr.ch

Session : été 2023

Soumis le 29 septembre 2023

Validé le 2 novembre 2023

## Table des matières

Table des matières .....	II
Table des abréviations .....	III
Bibliographie.....	VI
Introduction .....	1
I. Un survol historique des Constitutions fédérales.....	2
A. 1848 : une liberté pour les chrétiens .....	2
B. 1874 : l’empreinte du <i>Kulturkampf</i> .....	3
C. 1999 : autres temps, autre Constitution... quoique ? .....	6
II. L’examen des notions .....	8
A. La neutralité confessionnelle (relative) : un principe à facettes multiples..	8
B. La laïcité : une forme plus intense de neutralité ? Un focus à Genève ...	18
C. Quelques perspectives : une tentative de prospective .....	21
Conclusion .....	23

## Table des abréviations

a + abréviation	ancien(ne)
aCst.	(ancienne) Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (aRS 1 p. 3)
aCst. 1848	(ancienne) Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848 (FF 1849 I 3)
aCst./GE	(ancienne) Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (rs/GE A 2 00)
AF	Assemblée fédérale
al.	alinéa
aLPA	(ancienne) Loi fédérale du 9 mars 1978 sur la protection des animaux (RS 455)
aRS	(ancien) Recueil systématique des lois et ordonnances 1848-1947
art.	article
ASSR	Archives des sciences sociales et des religions
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BV	<i>Bundesverfassung</i> (= Constitution fédérale, cf. « Cst. »)
c.	contre
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme) (RS 0.101)
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
CN	Conseil national
consid.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
cpr.	comparer

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst./F	Constitution (française) du 4 octobre 1958
Cst./GE	Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (RS 131.234 ; rs/GE A 2 00)
dir.	directeur(s)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
et al.	<i>et alii</i> (= et autres)
etc.	<i>et caetera</i> (= et tout le reste)
FF	Feuille fédérale
i.f.	<i>in fine</i> (à la fin)
i.i.	<i>in initio</i> (au début)
IFF	Institut du fédéralisme Fribourg
JdT	Journal des Tribunaux
LF	loi(s) fédérale(s)
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> (= à l'endroit cité)
LPA	Loi fédérale sur la protection des animaux du 16 décembre 2005 (RS 455)
n.	note
N.B.	<i>nota bene</i>
n <sup>o(s)</sup>	numéro(s)
p + abréviation	projet
p.	page(s)
p. ex.	par exemple

pCst. 1872	projet de Constitution fédérale révisée du 5 mars 1872
PJA	Pratique juridique actuelle
pLF sépulture 1880	projet de loi fédérale du 24 mai 1880 concernant la sépulture en exécution de l'article 53 de la Constitution fédérale
pp.	pages
Protocole n° 1	Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
réf.	référence(s)
RÉglises	Règlement genevois du 16 mai 1944 déclarant que trois Églises sont reconnues publiques (rs/GE C 4 15.03)
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
rés.	résumé(e)
resp.	respectivement
RS	Recueil systématique du droit fédéral
rs/GE	Recueil officiel systématique de la législation genevoise
s.	suivant(e)
SJ	La Semaine judiciaire
ss	suivant(e)s
St.	<i>Sankt</i> (= saint)
TF	Tribunal fédéral suisse
trad.	traduction
vol.	volume
Pacte ONU II	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2)
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité

## **Bibliographie**

### **Avertissement**

*Lorsqu'un titre fait référence à l'aCst. alors qu'il a été rédigé sous l'empire de ladite aCst., nous avons pris le parti d'ajouter l'abréviation « a » entre crochets, pour marquer la différence avec la Cst.*

### **Doctrine**

ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., *Les cimetières en Suisse entre laïcité et respect de la foi des communautés religieuses : cas des cimetières musulmans*, in : Pahud de Mortanges René / Tanner Erwin (édit.), *Coopération entre État et communautés religieuses selon le droit suisse*, Zurich / Bâle / Genève 2005.

AUBERT Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. II, Neuchâtel 1967 (cité : AUBERT, *Traité*).

Aubert Jean-François / Mahon Pascal (édit.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich / Bâle / Genève 2003.

Aubert Jean-François et al. (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale du 28 mai 1874*, Bâle / Zurich / Berne 1987-1996.

AUER Andreas, *L'interdiction cantonale des cimetières particuliers et des carrés confessionnels à la lumière de la Constitution fédérale*, RDAF 2003 I p. 161.

Baumann Martin / Stolz Jörg (dir.), *La nouvelle Suisse religieuse – Risques et chances de sa diversité*, Genève 2009, adaptation de l'allemand (*Eine Schweiz - viele Religionen. Risiken und Chancen des Zusammenlebens*, Bielefeld 2007) par PANCHAUD Antoine.

BAUMANN Martin / STOLZ Jörg, *Introduction : La nouvelle Suisse religieuse*, in : Baumann Martin / Stolz Jörg (dir.), *La nouvelle Suisse religieuse – Risques et chances de sa diversité*, Genève 2009, adaptation de l'allemand (*Eine Schweiz - viele Religionen. Risiken und Chancen des Zusammenlebens*, Bielefeld 2007) par PANCHAUD Antoine (cité : BAUMANN / STOLZ, *Introduction*).

BELLANGER François, *Le statut des minorités religieuses en Suisse*, ASSR 121 p. 87 ss.

BELSER Eva Maria, Préambule Cst., in : Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (édit.), *Basler Kommentar – Bundesverfassung*, Bâle 2015 (cité : BELSER, Préambule Cst.).

Bernard Frédéric / McGregor Eleanor / Vallée-Grisel Diane (édit.), *Études en l'honneur de Tristan Zimmermann – Constitution et religion : Les droits de l'homme en mémoire*, Genève 2017.

BIAGGINI Giovanni, art. 3 Cst., in : Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (édit.), *Basler Kommentar – Bundesverfassung*, Bâle.

BOLKENSTEYN Arun, *La reconnaissance des communautés religieuses en droit vaudois*, in : Bernard Frédéric / McGregor Eleanor / Vallée-Grisel Diane (édit.), *Études en l'honneur de Tristan Zimmermann – Constitution et religion : Les droits de l'homme en mémoire*, Genève 2017.

BRIDEL Marcel, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, Lausanne 1965.

CARLEN Louis, *La jurisprudence récente du Tribunal fédéral concernant les rapports Église-État*, in : Loretan Adrian (dir.), *Rapports Église-État en mutation – La situation en Suisse romande et au Tessin*, Fribourg 1997 (cité : CARLEN, *La jurisprudence récente*).

CARLEN Louis, *Le statut juridique des Églises en Suisse*, in : IFF (édit.), *Les Églises et le fédéralisme – Deux exemples : Fribourg et Neuchâtel*, Fribourg 1990 (cité : CARLEN, *Le statut juridique*).

CATTACIN et al., *État et religion en Suisse – lutttes pour la reconnaissance, formes de la reconnaissance*, in : Commission fédérale contre le racisme « <https://www.ekr.admin.ch/fl112.html> », Berne 2003, p. « [https://www.ekr.admin.ch/pdf/staat\\_religion\\_gesamt\\_def-f30ef.pdf](https://www.ekr.admin.ch/pdf/staat_religion_gesamt_def-f30ef.pdf) » (23.08.2023), adaptation de l'allemand (*Staat und Religion in der Schweiz – Anerkennungskämpfe, Anerkennungsformen*, Berne 2003) par VERKOOYEN Erik.

CAVELTI Urs Joseph / KLEY Andreas, art. 72 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich / Saint-Gall 2023.

Chappuis Christine / Foëx, Bénédic / Kadner Graziano Thomas (édit.), *L'harmonisation internationale du droit*, Zurich, 2007.

CIRIGLIANO Luca, *Umsetzungsszenarien der Anti-Minarettinitiative*, Jusletter du 1<sup>er</sup> mars 2010.

COLLETTE Marlène, *ATF 139 I 280-291 (11.7.2013/a; 2C\_794/2012)*, RDAF 2014 I p. 287 ss (cité : COLLETTE, *ATF 139*).

COLLETTE Marlène, *ATF 142 I 49-76 (11.12.2015/a; 2C\_121/2015)*, RDAF 2017 I p. 290 ss (cité : COLLETTE, *ATF 142*).

DUBEY Jacques, *Droits fondamentaux – Vol. II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques*, Bâle 2018 (cité : DUBEY, *Droits fondamentaux*).

DURAND-PRINBORGNE Claude, *La laïcité*, Paris 1996.

Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich / Saint-Gall 2023.

EHRENZELLER Bernhard, *Préambule Cst.*, in : Ehrenzeller Bernhard et al. (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich / Saint-Gall 2023 (cité : EHRENZELLER, *Préambule Cst.*).

ENGI Lorenz, *Die religiöse und ethische Neutralität des Staates – Theoretischer Hintergrund, dogmatischer Gehalt und praktische Bedeutung eines Grundsatzes des schweizerischen Staatsrechts*, Zurich / Bâle / Genève 2017.

FAMOS Cla Reto, *Die öffentliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften im Lichte des Rechtsgleichheitsprinzips*, thèse Saint-Gall, Fribourg 1999 (cité : FAMOS, *Die öffentliche Anerkennung*).

FAMOS Cla Reto, *Religiöse Gräberfelder auf öffentlichen Friedhöfen – verfassungsrechtliche Überlegungen*, in : FAMOS Cla Reto / PAHUD DE MORTANGES René / RAMAJ Burim, *Konfessionelle Grabfelder auf öffentlichen Friedhöfen – Historische Entwicklung und aktuelle Rechtslage*, Zurich / Bâle / Genève 2016 (cité : FAMOS, *Religiöse Gräberfelder*).



GAFFIOT Félix / FLOBERT Pierre, *Le Gaffiot de poche – Dictionnaire Latin-Français*, Paris 2001.

GARDAZ Philippe, *L'article sur les évêchés et la réforme de la Constitution fédérale*, in : Pahud de Mortanges René (édit.), *Le droit des religions dans la nouvelle Constitution fédérale*, Fribourg 2001 (cité : GARDAZ, *L'article sur les évêchés*).

GARDAZ Philippe, *La reconnaissance des communautés religieuses : compétence, typologie, situation actuelle*, in : Pahud de Mortanges René (édit.), *Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften : Zukunfts- oder Auslaufmodell ?* Zurich / Bâle / Genève 2015 (cité : GARDAZ, *La reconnaissance*).

GONIN Luc, *Droit constitutionnel suisse*, Genève / Zurich 2021.

Grandjean Michel / Scholl Sarah (édit.), *L'État sans confession – La laïcité à Genève (1907) et dans les contextes suisse et français*, Genève 2010.

GRISEL Etienne, art. 75 [a]Cst., in : Aubert Jean-François et al. (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale du 28 mai 1874*, Bâle / Zurich / Berne 1987-1996.

GUICHARD Sylvie, *De la liberté de croyance à l'obligation de s'intégrer : les arrêts du Tribunal fédéral sur les dispenses de cours de natation pour des élèves musulmans*, PJA 2014 p. 983 ss.

HÄFELIN Ulrich / HALLER Walter, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1998.

HÄFELIN Ulrich, art. 49 [a]Cst., in : Aubert Jean-François et al. (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale du 28 mai 1874*, Bâle / Zurich / Berne 1987-1996.

Hafner Felix / Kley Andreas / Monnier Victor (édit.), *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, vol. VIII, Berne 2012.

HANGARTNER Yvo, *Bundesgericht, II. öffentlichrechtliche Abteilung, 12.11.1997, X c. Staatsrat des Kantons Genf (2 P.419/1996), staatsrechtliche Beschwerde. Bemerkungen von Prof. Dr. YVO HANGARTNER, Gossau SG*, PJA 1998 p. 599 (cité : HANGARTNER, *Voile genevois*).

HANGARTNER Yvo, *Religionsfreiheit – Ein Überblick aus Anlass des neuen Art. 72 Abs. 3 BV (Verbot des Baus von Minaretten)*, PJA 2010 p. 441 (cité : HANGARTNER, *Überblick*).

- HILTI Martin, *Die Gewissensfreiheit in der Schweiz*, Zurich / Saint-Gall 2008.
- IFF (édit.), *Les Églises et le fédéralisme – Deux exemples : Fribourg et Neuchâtel*, Fribourg 1990.
- KETTIGER Daniel, *Minarettverbot : Offene Fragen zur Umsetzung*, Jusletter du 1<sup>er</sup> mars 2010.
- KIENER Regina / KÄLIN Walter, *Grundrechte*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2013.
- KLEY Andreas, *Wie neutral ist die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts in Glaubens- und Weltanschauungsfragen ?*, in : Pahud de Mortanges René (édit.), *Religieuse Neutralität – Ein Rechtsprinzip in der multireligiösen Gesellschaft*, Zurich / Bâle / Genève 2008 (cité : KLEY, *Rechtsprechung*).
- KÜHLER Anne, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit – Ein Beitrag zum Verständnis von Art. 15 der Bundesverfassung unter Berücksichtigung der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organen, des UNO-Menschenrechtsausschusses und im Rechtsvergleich*, thèse, Berne 2012.
- Laïcité, in : Dictionnaire de l'Académie française (<https://www.dictionnaire-academie.fr>), Paris 2019, p. « <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9L0109> » (17.08.2023) (cité : Académie française : laïcité).
- Loretan Adrian (dir.), *Rapports Église-État en mutation – La situation en Suisse romande et au Tessin*, Fribourg 1997.
- MAHON Pascal, *Laïcité « inclusive » et laïcité « exclusive » : la laïcité, une ou plurielle ?*, in : Bernard Frédéric / McGregor Eleanor / Vallée-Grisel Diane (édit.), *Études en l'honneur de Tristan Zimmermann – Constitution et religion : Les droits de l'homme en mémoire*, Genève 2017 (cité : MAHON, *Laïcité*).
- MAHON Pascal, Préambule, art. 15 et 72 Cst., in : Aubert Jean-François / Mahon Pascal (édit.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich / Bâle / Genève 2003 (cité : MAHON, Préambule Cst. ou MAHON art. [...] Cst.).
- MAHON Pascal, *Tribunal fédéral, 12.11.97/f*, RDAF 1998 I p. 480 (cité : MAHON, 1997).

MALINVERNI Giorgio et al., *Droit constitutionnel suisse – Vol. II : Les droits fondamentaux*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021.

MARTENET Vincent, *Géométrie de l'égalité*, Zurich / Bâle / Genève 2003 (cité : MARTENET, *Égalité*).

Martenet Vincent / Dubey Jacques (édit.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle 2021.

MARTENET Vincent / ZANDIRAD David, art. 15 et 72 Cst., in : Martenet Vincent / Dubey Jacques (édit.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle 2021 (cité : MARTENET / ZANDIRAD, art. [...] Cst.).

MASMEJAN Denis, *Démocratie directe contre droit international*, Lausanne 2017.

MEUWLY Olivier, Introduction historique, in : Martenet Vincent / Dubey Jacques (édit.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle 2021.

Neutralité, in : Dictionnaire de l'Académie française (<https://www.dictionnaire-academie.fr>), Paris 2019, p. « <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9N0367> » (17.08.2023) (cité : Académie française : neutralité).

OSSIPOW William, *La double logique des relations Église/État en Suisse. Une perspective de théorie politique*, ASSR 121 p. 41 ss.

PAHUD DE MORTANGES René, *Schweizerische Rechtsgeschichte – Ein Grundriss*, Zurich / Saint-Gall 2007 (cité : PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*).

Pahud de Mortanges (édit.), *Staat und Religion in der Schweiz des 21. Jahrhunderts – Beiträge zum Jubiläum des Instituts für Religionsrecht*, Zurich / Bâle / Genève 2020.

Pahud de Mortanges René (édit.), *Le droit des religions dans la nouvelle Constitution fédérale*, Fribourg 2001.

Pahud de Mortanges René (édit.), *Religion und Integration aus der Sicht des Rechts – Grundlagen - Problemfelder - Perspektiven*, Zurich / Bâle / Genève 2010.

Pahud de Mortanges René (édit.), *Religiöse Neutralität – Ein Rechtsprinzip in der multireligiösen Gesellschaft*, Zurich / Bâle / Genève 2008.

Pahud de Mortanges René (édit.), *Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften : Zukunfts- oder Auslaufmodell ?*, Zurich / Bâle / Genève 2015.

Pahud de Mortanges René / Tanner Erwin (édit.), *Coopération entre État et communautés religieuses selon le droit suisse*, Zurich / Bâle / Genève 2005.

PAHUD DE MORTANGES René, art. 15 Cst., in : Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (édit.), *Basler Kommentar – Bundesverfassung*, Bâle 2015 (cité : PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst.).

PAPAUX Alain, Préambule Cst., in : Martenet Vincent / Dubey Jacques (édit.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle 2021.

PENA-RUIZ Henri, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Paris 2003.

PHILIP-GAY Mathilde, *Droit de la laïcité – Une mise en œuvre de la pédagogie juridique de la laïcité*, Paris 2016.

REBER Christian, *Staatliche Unterstützung für Leistungen den anerkannten Kirchen – Religionspolitik nach zweierlei Mass ?*, Zurich / Bâle / Genève 2020.

ROUILLER Claude, *Le principe de la neutralité confessionnelle relative – Réflexions sur la liberté de religion conçue comme un moyen d'intégration, faites à partir du droit d'accomplir les rites funéraires*, PJA 2003 p. 944.

SCHINZEL Marc, *Artikel 72 BV im 21. Jahrhundert – Aufgaben und Verantwortung des Bundes im Bereich Staat und Religion*, in : Pahud de Mortanges (édit.), *Staat und Religion in der Schweiz des 21. Jahrhunderts – Beiträge zum Jubiläum des Instituts für Religionsrecht*, Zurich / Bâle / Genève 2020.

TANQUEREL Thierry, *Le cadre juridique : Les institutions religieuses telles qu'elles résultent de la loi de 1907*, in : Grandjean Michel / Scholl Sarah (édit.), *L'État sans confession – La laïcité à Genève (1907) et dans les contextes suisse et français*, Genève 2010.

TAPPENBECK Christian R. / PAHUD DE MORTANGES René, *Religionsfreiheit und religiöse Neutralität in der Schule*, PJA 2007 p. 1401 ss.

Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (édit.), *Basler Kommentar – Bundesverfassung*, Bâle 2015.

WALTER François, *Les Églises et l'État en Suisse : tradition territoriale et laïcité*, in : Grandjean Michel / Scholl Sarah (édit.), *L'État sans confession – La laïcité à Genève (1907) et dans les contextes suisse et français*, Genève 2010.

WINZELER Christoph, *Einführung in das Religionsverfassungsrecht der Schweiz*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich / Bâle / Genève 2009 (cité : WINZELER, *Einführung*).

WINZELER Christoph, *Die öffentliche Schule als Werkstatt der Integration (am Beispiel der Rechtsprechung zur Religionsfreiheit)*, in : Pahud de Mortanges René (édit.), *Religion und Integration aus der Sicht des Rechts – Grundlagen - Problemfelder - Perspektiven*, Zurich / Bâle / Genève 2010 (cité : WINZELER, *Die öffentliche Schule*).

WINZELER Christoph, *Die weltanschauliche Neutralität des Staates. Ein Rechtsprinzip und seine Bedeutungsaspekte*, in : Pahud de Mortanges René (édit.), *Religiöse Neutralität – Ein Rechtsprinzip in der multireligiösen Gesellschaft*, Zurich / Bâle / Genève 2008 (cité : WINZELER, *Die weltanschauliche Neutralität*).

ZANDIRAD David, art. 10a Cst., in : Martenet Vincent / Dubey Jacques (édit.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle 2021 (cité : ZANDIRAD, art. 10a Cst.).

ZANDIRAD David, *L'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage » – Une interprétation à l'aune du Covid-19*, Jusletter du 5 octobre 2020 (cité : ZANDIRAD, *L'initiative populaire*).

ZIMMERMANN Tristan, *L'histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse*, in : Hafner Felix / Kley Andreas / Monnier Victor (édit.), *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, vol. VIII, Berne 2012, p. 9 ss (cité : ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*).

ZIMMERMANN Tristan, *La laïcité et la République et canton de Genève*, SJ 2011 II p. 29 (cité : ZIMMERMANN, *La laïcité*).

ZIMMERMANN Tristan, *Le crucifix dans la salle de classe : l'arrêt Comune di Cadro revisité à la lumière de l'affaire Lautsi*, PJA 2011 p. 1485 ss (cité : ZIMMERMANN, *Le crucifix*).

ZIMMERMANN Tristan, *Liberté religieuse à l'école : l'indicible légèreté du contrôle européen*, in : Chappuis Christine / Foëx, Bénédicte / Kadner Graziano Thomas (édit.), *L'harmonisation internationale du droit*, Zurich, 2007 (cité : ZIMMERMANN, *Liberté religieuse*).

ZUBER Valentine, *Histoire comparée de la laïcité en France et à Genève (XIX<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècles) : de la Séparation aux nouvelles formes de reconnaissance*, in : Grandjean Michel / Scholl Sarah (édit.), *L'État sans confession – La laïcité à Genève (1907) et dans les contextes suisse et français*, Genève 2010.

ZWEIFEL Paul, *Religiöse Symbole und Kleidervorschriften im Zivilrecht: zu BGE 116 Ia 252 und 119 Ia 178*, RJB 1995, vol. 131, p. 591.

## **Documents officiels**

Message du CF du 15 mars 2019 relatif à l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage » et au contre-projet indirect (loi fédérale sur la dissimulation du visage), FF 2019 p. 2895 ss (cité : Message dissimulation du visage).

Message du CF du 27 août 2008 relatif à l'initiative populaire « contre la construction de minarets », FF 2008 p. 6923 ss (cité : Message minarets).

Arrêté fédéral du 15 décembre 2000 portant abrogation de la disposition constitutionnelle soumettant l'érection des évêchés à l'approbation de la Confédération, RO 2001 [37] p. 2262 (cité : Arrêté érection des évêchés).

Message du CF du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I p. 1 ss (cité : Message Cst.).

Arrêté du CF constatant le résultat de la votation populaire du 2 mars 1980 (Nouvelle réglementation de l'approvisionnement du pays ; initiative populaire « concernant la séparation complète de l'État et de l'Église »), FF 1980 II p. 200 ss (cité : Arrêté séparation Église-État).

Message du CF du 6 septembre 1978 sur l'initiative populaire « concernant la séparation complète de l'État et de l'Église », FF 1978 II p. 669 ss (cité : Message séparation Église-État).

Rapport du CF du 18 janvier 1974 à l'AF sur le résultat de la votation populaire du 2 décembre 1973 (arrêtés urgents sur la conjoncture et article sur la protection des animaux), FF 1974 I p. 295 ss (cité : Rapport protection des animaux).

Rapport du CF du 22 juin 1973 à l'AF concernant le résultat de la votation populaire du 20 mai 1973 relative à l'arrêté fédéral abrogeant les articles de la constitution fédérale sur les jésuites et les couvents (art. 51 et 52), FF 1973 I p. 1605 ss (cité : Rapport jésuites et couvents).

Message du CF du 13 octobre 1893 à l'Assemblée fédérale concernant la votation fédérale du 20 août 1893, FF 1893 IV p. 403 ss (cité : Message abattage rituel).

Message du CF du 4 juillet 1873 à la haute AF concernant la révision de la Constitution fédérale, FF 1873 p. 909 ss (cité : Message aCst.).

Arrêté fédéral du 29 mai 1872 concernant le résultat de la votation sur le projet de Constitution fédérale révisée du 5 mars 1872, FF 1872 II p. 371 s. (cité : Arrêté fédéral pCst. 1872).

Message du CF du 18 juin 1870 à l'AF touchant la révision de la Constitution fédérale, FF 1870 II p. 777 ss (cité : Message révision aCst. 1848).

## Introduction

L'**objet de la présente étude** a pour mots-clefs deux termes. La *neutralité*, d'une part, et la *laïcité*, d'autre part. *Prima facie*, la « neutralité confessionnelle », ou plutôt, la « **neutralité confessionnelle relative** », est un principe non-écrit du droit fédéral suisse, fruit de la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.) et de l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.), alors que la *laïcité* est un vocable usité par le voisin français pour désigner l'un des principes fondamentaux de son ordre constitutionnel (art. 1<sup>er</sup> Cst./F).

Néanmoins, cette vision serait trop simple, voire simpliste. En effet, l'usage des deux termes est aussi flou que répandu, tant dans la jurisprudence que la doctrine suisses, qui en appellent tantôt à la *neutralité*, tantôt à la *laïcité* de l'État, soit comme synonymes, soit comme hypothèses séparées. Saisir le sens de ces propos pour une plus grande rigueur quant à leur usage est l'**intérêt de la présente étude**. Nous ne pourrions être exhaustifs, tant la matière est large ; nous nous concentrerons sur un nombre choisis d'aspects.

En outre, notre étude ne saurait s'inscrire dans plus d'**actualité**. La presse romande s'est récemment fait l'écho d'une manifestation juive sur les quais de la ville de Genève<sup>1</sup>, soulevant la question de la neutralité, respectivement la laïcité en matière confessionnelle.

Nous procéderons en **deux temps**. En premier lieu, une vue d'ensemble de l'**histoire constitutionnelle** de la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.) et du principe de neutralité confessionnelle de l'État s'impose, afin de mieux comprendre les développements actuels et les autres perspectives qui nous occuperont ultérieurement (*infra* I). En deuxième lieu, nous examinerons la *neutralité* et la *laïcité* dans un certain nombre d'aspects choisis, en partant du postulat que la seconde est, en Suisse, une forme plus stricte de neutralité. Nous ouvrirons également notre perspective des deux concepts en nous penchant sur l'avenir des articles confessionnels (*infra* II).

---

<sup>1</sup> « Un rassemblement religieux au bord du lac interroge », Tribune de Genève, 20.09.2023 (22.09.2023), p. « <https://www.tdg.ch/religions-a-geneve-un-rassemblement-religieux-au-bord-du-lac-interroge-819848822971> ».



## I. Un survol historique des Constitutions fédérales

Les Constitutions fédérales qui se sont succédé entre 1848 et 1999 ont toutes trois protégé la **liberté de culte** *a minima*, à commencer par celle de 1848 (*infra* I/A). Est ensuite intervenue la question d'une **liberté personnelle de conscience et de croyance** en 1874, couplée aux fameux *Sondernartikeln*<sup>2</sup>, et au principe de neutralité confessionnelle de l'État (*infra* I/B). Enfin, 1999 ouvre un nouveau millénaire **quasi-exempt de *Sondernartikeln***... pour un temps seulement (*infra* I/C).

### A. 1848 : une liberté pour les chrétiens

L'aCst. 1848 est la première Constitution fédérale à en porter le nom, nous commençons donc par elle. Elle s'inscrit dans la suite de la **guerre du *Sonderbund***<sup>3</sup>, qui a opposé, très schématiquement<sup>4</sup>, cantons catholiques<sup>5</sup> et cantons protestants<sup>6</sup>. Les radicaux victorieux (protestants) trouvent, avec les conservateurs défaits (catholiques), en ce texte un compromis<sup>7</sup>, bien que les catholiques soient atteints directement par un *konfessioneller Sondernartikel*<sup>8</sup> (ou *article d'exception*, en français<sup>9</sup>). En effet, l'art. 58 aCst. 1848 interdit, sur l'entier du sol suisse, l'ordre des *jésuites*<sup>10</sup>, ce qui constitue naturellement une restriction à la liberté de culte catholique<sup>11</sup>.

En parallèle cependant, une des idées – également un défi de taille – sous-tendant l'adoption de l'aCst. 1848 est la **neutralité confessionnelle de l'État**<sup>12</sup>. Cette dernière est en fait embryonnaire, l'aCst. 1848 ne reconnaissant qu'aux seules

---

<sup>2</sup> L'expression renvoie, nous le verrons, aux articles constitutionnels particuliers visant une religion déterminée.

<sup>3</sup> ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 41.

<sup>4</sup> À ce sujet, cf. MEUWLY, Introduction historique, n° 38 et la réf. citée, qui y voit principalement l'affrontement d'une Suisse « moderne » contre une Suisse « agricole ».

<sup>5</sup> Sans indication contraire, le terme « catholique » est utilisé pour désigner le catholicisme romain.

<sup>6</sup> PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, n° 270.

<sup>7</sup> ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 42 et la réf. citée.

<sup>8</sup> PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, n° 280.

<sup>9</sup> Nous préférons toutefois le terme allemand pour les articles « historiques » ayant subsisté jusqu'en 2001. Nous utiliserons l'expression « articles d'exception » pour désigner ceux adoptés depuis 2009 et l'interdiction de construction des minarets.

<sup>10</sup> AUBERT, *Traité*, n° 2045 ; MEUWLY, Introduction historique, n° 40.

<sup>11</sup> ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 45 et les réf. citée. L'auteur relève aussi que, dans le cas des écoles, l'ordre est chassé mais souvent remplacé par celui des Bénédictins.

<sup>12</sup> SCHINZEL, p. 622 s.

« confessions chrétiennes reconnues »<sup>13</sup> (art. 44 aCst. 1848) la **liberté de culte**<sup>14</sup>. Cela exclut *ipso facto* toute autre communauté religieuse, tels les israélites<sup>15</sup>, d'une part, et ne règle pas la question de la liberté de *conscience* et de *croissance*, d'autre part<sup>16</sup>. L'évocation du christianisme se retrouve en outre aux art. 41 (droit d'établissement) et 48 aCst. 1848 (égalité de traitement entre les citoyens chrétiens de tous les cantons par les autorités cantonales)<sup>17</sup>.

Notons également que le *Préambule* de cette Constitution débute par une *invocatio dei*<sup>18</sup>, qui subsistera au fil des révisions, partielles ou totales, du texte fondamental. Elle fera couler de l'encre à l'occasion de la dernière révision totale en 1999 (*infra* I/C).

En somme, le constituant de 1848 cherche à assurer la **paix religieuse**, après l'affrontement entre protestants et catholiques<sup>19</sup>. Cela, au détriment d'une liberté individuelle, absente du texte<sup>20</sup>.

## B. 1874 : l'empreinte du *Kulturkampf*

La question, laissée sans réponse en 1848, d'une **liberté religieuse individuelle** surgit lors de la période du *Kulturkampf*. Pour le CF, il s'agit du « meilleur moyen pour écarter le danger qui nous menace »<sup>21</sup>, s'exprimant au sujet de ce qui sera le pCst. 1872. Ce « danger »<sup>22</sup> est celui du Concile du Vatican de 1870, proclamant l'infaillibilité papale<sup>23</sup>. Bien que le pCst. 1872 soit rejeté en votation populaire<sup>24</sup>, cette mentalité subsistera dans la rédaction de l'aCst. En effet, celle-ci garantit explicitement la liberté

---

<sup>13</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>14</sup> PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, n° 280.

<sup>15</sup> BRIDEL, p. 61.

<sup>16</sup> ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 43 et les réf. citées.

<sup>17</sup> BRIDEL, p. 61 ; DUBEY, *Droits fondamentaux*, n° 1901 ; ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 43 s. et les réf. citées.

<sup>18</sup> ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 44.

<sup>19</sup> DUBEY, *Droits fondamentaux*, n° 1901 ; HÄFELIN, art. 49 [a]Cst., n° 1 ; ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 43 et les réf. citées.

<sup>20</sup> ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 43 et les réf. citées.

<sup>21</sup> Message révision aCst. 1848, p. 802.

<sup>22</sup> *Loc. cit.*

<sup>23</sup> MALINVERNI et al., n° 479.

<sup>24</sup> Arrêté fédéral pCst. 1872, p. 372.

de conscience et de croyance en son art. 49 al. 1<sup>er</sup> : elle est « inviolable » et vise toutes les communautés religieuses, dont la communauté israélite<sup>25</sup>.

Nous devons tempérer ce propos. Certes, cette liberté personnelle est déclarée, mais en parallèle, le constituant de 1874 adopte une série de *Sondernartikeln* en matière confessionnelle<sup>26</sup> dans un climat d'« intolérance religieuse »<sup>27</sup> imprégné d'un fort anticatholicisme<sup>28</sup>. Suivant la systématique de l'aCst., sont commandées : l'interdiction de l'érection d'*évêchés* sans approbation préalable de la Confédération (art. 50 al. 4 aCst.), de l'ordre des *jésuites* (maintien de l'art. 58 aCst. 1848, déplacé à l'art. 51 aCst.) ou de fonder ou rétablir des *couvents ou ordres religieux* (art. 52 aCst.) ; est également inscrite la *laïcité des membres du CN* (art. 75 aCst.). Ces quatre dispositions touchent en premier lieu la religion catholique, qui connaît un système de découpage territorial en *évêchés*, d'*ordres* (dont celui des jésuites) et de *couvents* ; en outre, il est plus difficile de renoncer au statut d'*ecclésiastique* catholique qu'à celui de protestant, ce qui rend l'élection au CN plus ardue pour le premier<sup>29</sup>.

Par ailleurs, l'on voit une volonté de libéralisation<sup>30</sup> ou **laïcisation**<sup>31</sup> de l'État : la liberté de conscience et de croyance est protégée à l'école par une *lex specialis* (art. 27 al. 3 aCst.), l'état civil *lato sensu* est alors « du ressort des autorités civiles », de même que « le droit de disposer des lieux de sépulture » (art. 53 al. 1<sup>er</sup> et 2 aCst.), le « droit au mariage [qui] est placé sous la protection de la Confédération » (art. 54 al. 1<sup>er</sup> aCst.), ou encore l'abolition de la juridiction ecclésiastique (art. 58 al. 2 aCst.)<sup>32</sup>. En somme, le constituant affirme avec force la neutralité confessionnelle de l'État, bien qu'elle soit non-écrite<sup>33</sup>.

Dans la lignée de ces *Sondernartikeln* « originels » précités s'ajoute en 1893, à la faveur de la première initiative constitutionnelle fédérale approuvée par le peuple,

---

<sup>25</sup> WINZELER, *Einführung*, p. 122 et n. 311.

<sup>26</sup> PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, n° 287.

<sup>27</sup> AUBERT, *Traité*, n° 2044.

<sup>28</sup> OSSIPOW, p. 44.

<sup>29</sup> GRISEL, art. 75 [a]Cst., n° 32.

<sup>30</sup> BRIDEL, p. 71 s. et les réf. citées.

<sup>31</sup> AUBERT, *Traité*, n° 2025. Nous préférons le terme de *laïcisation*, puisqu'il s'agissait pour l'État de se substituer à l'Église en les matières énumérées, ce qui, à notre sens, n'est pas fort libéral, mais relève de l'opposition entre le clerc, membre de l'Église, et le laïc, qui ne l'est pas.

<sup>32</sup> Pour compléter l'énumération, cf. ALDEEB ABU-SALIEH, p. 419.

<sup>33</sup> ENGI, p. 142 ss; WINZELER, *Die weltanschauliche Neutralität*, p. 7 s.

l'**interdiction de l'abattage rituel** *via* un nouvel art. 25<sup>bis</sup> aCst.<sup>34</sup>. Sous couvert de protection des animaux, ce nouvel article constitutionnel vise avant tout la communauté israélite<sup>35</sup> et touchera également la communauté musulmane<sup>36</sup>, deux religions prescrivant l'abattage rituel<sup>37</sup>.

Toujours sous l'empire de l'aCst., l'année 1973 verra l'**abrogation** de divers articles constitutionnels à caractère confessionnel. Les art. 51 s. aCst. seront supprimés en votation populaire<sup>38</sup>. Cela pour permettre à la Suisse de rejoindre la CEDH<sup>39</sup>. L'interdiction constitutionnelle expresse de l'abattage rituel sera quant à elle déplacée dans la nouvelle aLPA (art. 20 al. 1<sup>er</sup>) puis dans l'actuelle LPA (art. 21 al. 1<sup>er</sup>), seul le mandat accordé à la Confédération en matière de protection des animaux subsistant à l'art. 25<sup>bis</sup> aCst.<sup>40</sup>. Il faudra néanmoins attendre la révision totale de 1999 pour voir le dos de (presque) tous les autres *Sondernartikeln* (*infra* I/C).

Est encore à citer l'initiative populaire « concernant la **séparation complète de l'État et de l'Église** » déposée le 17 septembre 1976<sup>41</sup>, soumise à votation populaire et rejetée le 2 mars 1980<sup>42</sup>. Comme son nom l'indique, elle proposait un nouvel art. 51 aCst. contenant sobrement : « L'Église et l'État sont complètement séparés. », ce qui aurait signifié p. ex. la fin des impôts ecclésiastiques et de la reconnaissance de droit public des communautés religieuses. Cette dernière serait, selon les initiants, contraire aux principes d'égalité et de liberté de conscience et de croyance, ce que le CF réfute<sup>43</sup>. Cette séparation était un système mal défini, plus radical que ceux de Genève

---

<sup>34</sup> Message abattage rituel, p. 410 ; PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst., n° 5 i.f.

<sup>35</sup> HÄFELIN / HALLER, n° 1230 ; ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 59 s. et les réf. citées.

<sup>36</sup> HÄFELIN / HALLER, n° 1230.

<sup>37</sup> WINZELER, *Einführung*, p. 165 i.i. et les réf. citées. Son importance est néanmoins différente : l'abattage rituel est la *règle* pour les israélites et l'*usage* au sein de la communauté islamique (GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 384).

<sup>38</sup> Rapport jésuites et couvents, p. 1605.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 1605 ss ; PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, n° 303 ; ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 60 et les réf. citées.

<sup>40</sup> Rapport protection des animaux, p. 304 s.

<sup>41</sup> Message séparation Église-État, p. 670.

<sup>42</sup> Arrêté séparation Église-État, p. 200 ; HÄFELIN, art. 49 aCst., n° 18.

<sup>43</sup> Message séparation Église-État, p. 670.

et Neuchâtel<sup>44</sup>. Allant à l'encontre de la tradition de compétence cantonale en la matière, les Sept Sages recommandent le rejet de l'initiative<sup>45</sup>.

### C. 1999 : autres temps, autre Constitution... quoique ?

Une première réaction face à la Cst. est l'étonnement face à sa **brièveté** en matière confessionnelle. Là où l'aCst. ne contenait en 1874 pas moins de sept articles en lien avec le fait religieux, la Cst. en contient trois : les art. 15, 72 et, récemment, 10a Cst.

L'**art. 15 Cst.** a pour libellé « Liberté de conscience et de croyance » et reprend, en quatre alinéa, les art. 27 al. 3, 49 al. 1<sup>er</sup>, 2, 4 et 6, et 50 al. 1<sup>er</sup> aCst.<sup>46</sup>. Celui-ci n'étant que la reprise des divers domaines de protection des articles de l'aCst.<sup>47</sup>, nous ne nous attarderons pas sur une analyse plus approfondie<sup>48</sup>.

Au début du nouveau millénaire, l'**art. 72 Cst.**<sup>49</sup> contient encore en son troisième alinéa, malgré la révision totale, la soumission à autorisation de l'érection d'évêchés<sup>50</sup>. Quoiqu'on ait « massivement »<sup>51</sup> demandé sa suppression lors de la procédure de consultation et que sa conformité à la CEDH et au Pacte ONU II soit, de l'aveu même du CF, « douteuse »<sup>52</sup>, cet alinéa subsiste. En effet, l'effacer de la Cst. « irait au-delà de la mise à jour »<sup>53</sup>. Le CF a souhaité éviter de mettre en difficulté l'acceptation de la Cst. en proposant une suppression qui aurait pu faire polémique<sup>54</sup>. Rappelons néanmoins que cet alinéa s'inscrit dans un contexte fort différent en 1999<sup>55</sup> avec une reconnaissance du caractère discriminatoire de l'« article sur les évêchés »<sup>56</sup> puisque « ce sont

---

<sup>44</sup> Message séparation Église-État, p. 682.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 670.

<sup>46</sup> ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 74 ; cf. ég. MAHON, art. 15 Cst., n° 1<sup>er</sup>.

<sup>47</sup> ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 74.

<sup>48</sup> Pour poursuivre une analyse de l'art. 15 Cst., cf., parmi d'autres, DUBEY, *Droits fondamentaux*, n° 1900 ss. ou KIENER / KÄLIN, p. 312 ss.

<sup>49</sup> Dans le Message Cst., ce qui sera l'art. 72 Cst. est numéroté « article 84 ».

<sup>50</sup> Message Cst., p. 292 s.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 293.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 293.

<sup>53</sup> *Idem.*, p. 293.

<sup>54</sup> ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 76 et les réf. citées.

<sup>55</sup> GARDAZ, *L'article sur les évêchés*, p. 78 s.

<sup>56</sup> *Idem*, p. 77.

des “structures d’un autre monde” qui n’impliquent pas un traitement étatique spécial »<sup>57</sup>.

La **fin (temporaire) des *Sondernartikeln*** est marquée par l’abrogation de l’article sur les évêchés en 2001<sup>58</sup>. Après un peu moins de 130 ans, la Constitution est libre de discrimination anticatholique<sup>59</sup>.

Une fin temporaire, parce que l’art. 72 al. 3 Cst. ne restera pas sans contenu longtemps. En 2009, l’initiative « contre la construction de **minarets** » est acceptée par le peuple<sup>60</sup>, malgré l’avis négatif du CF<sup>61</sup>. La dimension catégorique de ce nouvel al. 3 n’est pas sans soulever des difficultés<sup>62</sup>, comme nous le verrons ultérieurement (*infra* II/C).

L’**art. 10a Cst.**, quant à lui, est entré en vigueur à la faveur de l’initiative dite « Oui à l’interdiction de se dissimuler le visage », acceptée en votation populaire en 2021<sup>63</sup>. Moins catégorique que son prédécesseur historique (l’art. 72 al. 3 Cst.) car prévoyant des exceptions<sup>64</sup>, ce nouvel article constitutionnel est en quelque sorte « protégé » par la CourEDH, qui a déclaré la législation française sur la dissimulation du visage conventionnelle<sup>65</sup>. Nous reviendrons sur cet article (*infra* II/C).

Une société dont le droit des relations entre Églises et État est basé sur le principe de neutralité confessionnelle relative, nous l’examinerons (*infra* II/A), a pourtant choisi de conserver l’ouverture de son texte suprême par une ***invocatio dei*** (Préambule Cst.). Cet héritage de l’aCst. 1848 a été conservé au fil des révisions comme une « tradition »<sup>66</sup> (*supra* I/A). Comment dès lors justifier un appel à Dieu, une référence à la « Création » ? Le CF rappelle que « la grande majorité des intervenants qui se sont expressément prononcés sur la question reste très attachée à l’invocation divine »<sup>67</sup> et

---

<sup>57</sup> *Idem*, p. 77.

<sup>58</sup> Arrêté érection des évêchés, p. 2262 ; KLEY, art. 72 Cst., n° 24.

<sup>59</sup> ZIMMERMANN, *L’histoire constitutionnelle*, p. 76 et les réf. citées.

<sup>60</sup> MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 62.

<sup>61</sup> Message minarets, p. 6923.

<sup>62</sup> MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 66 ss.

<sup>63</sup> ZANDIRAD, art. 10a Cst., n° 1<sup>er</sup>.

<sup>64</sup> ZANDIRAD, art. 10a Cst., n° 64.

<sup>65</sup> Arrêt CourEDH *S.A.S. c. France* du 1<sup>er</sup> juillet 2014, Recueil 2014-III p. 293 § 159.

<sup>66</sup> Message Cst., p. 124 ; cf. ég. PAPAUX, Préambule Cst., n° 82 s.

<sup>67</sup> Message Cst., p. 124 et la réf. citée.

que le Préambule a un contenu symbolique, dénué de toute force normative (quoique le CF note que la doctrine n'est pas unanime à ce sujet)<sup>68</sup>. En outre, la formule « Dieu Tout-Puissant » ne saurait trouver un sens unique, mais est, au contraire, ouverte à l'acception personnelle de chacun<sup>69</sup>. Il y a ici une volonté de rappeler l'existence d'une « puissance supérieure »<sup>70</sup>, que chacun peut dessiner librement. Une conception générale du Préambule sur laquelle la doctrine est divisée<sup>71</sup>. Le TF, lui, n'accorde aucune valeur normative au Préambule<sup>72</sup>.

## II. L'examen des notions

Au centre de la présente étude, la distinction entre neutralité et laïcité en droit suisse n'est pas aisée. Nombre d'auteurs, comme le TF, les utilisent de manière tantôt différenciée, tantôt synonymique<sup>73</sup>. À notre sens, la première est un **principe de droit suisse** (*infra* II/A), alors que la seconde est un **vocabulaire particulier** à certains cantons, ainsi qu'au voisin français (*infra* II/B).

### A. La neutralité confessionnelle (relative) : un principe à facettes multiples

L'origine étymologique du terme « **neutralité** » est le latin « *neuter* », adjectif se traduisant par « aucun des deux »<sup>74</sup>. En français contemporain, « neutralité » a pour définition : « Attitude d'une personne qui *refuse ou s'abstient de prendre parti* dans un débat, un différend, un litige »<sup>75</sup>. Dans le cadre juridique suisse, le principe non-écrit de neutralité confessionnelle<sup>76</sup> découle, selon le TF, de la liberté de conscience et de

---

<sup>68</sup> Message Cst., p. 124 et la réf. citée.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 125.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 124.

<sup>71</sup> BELSER, Préambule Cst., n° 11 ; GONIN, n° 647 et les réf. citées. *Pro* CF : ENGI, p. 388 s. ; MAHON, Préambule Cst., n° 3. *Contra* CF : BELSER, Préambule Cst., n° 12 ; EHRENZELLER, Préambule Cst., n° 3 ss ; GONIN, n° 648 ss. Cf. ég., plus acerbe, PAPAUX, Préambule Cst., n° 40 ss. N.B. sous l'empire de l'aCst., l'*invocatio dei* était perçue comme une référence au « Dieu d'une religion de type chrétien » par AUBERT, *Traité*, n° 2026.

<sup>72</sup> ATF 116 Ia 252 consid. 5e, JdT 1992 I 5.

<sup>73</sup> MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 20.

<sup>74</sup> GAFFIOT / FLOBERT, entrée « *neuter* » ; cf. ég. ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, n. 498.

<sup>75</sup> Académie française : neutralité. C'est nous qui soulignons.

<sup>76</sup> DUBEY, *Droits fondamentaux*, n° 1963 ; MALINVERNI et al, n° 530.

croissance<sup>77</sup> (art. 49 et 50 aCst., resp. 15 Cst.), d'une part, et que « le devoir de neutralité **interdit à l'État de prendre parti** en faveur ou au détriment d'une religion déterminée, et il interdit par conséquent tout traitement particulier des adeptes d'une religion en relation spécifique avec leur confession »<sup>78</sup>, tout en précisant que « l'exigence de neutralité n'est cependant **pas absolue** »<sup>79</sup>, d'autre part. Pensons à l'*invocatio dei* constitutionnelle (Préambule Cst.)<sup>80</sup>, qui cristallise cette relativité. Néanmoins, la Haute Cour oppose à une occasion la neutralité telle qu'elle la définit à « une **laïcité de combat**, voire irréligieuse [qui] n'est pas neutre »<sup>81</sup>. Nous reviendrons sur la notion de « laïcité » (*infra* II/B). La doctrine suit le TF et parle volontiers de « **neutralité confessionnelle relative** »<sup>82</sup> ou « *weltanschauliche Neutralität* »<sup>83</sup>, qui est avant tout un devoir d'abstention de l'État<sup>84</sup>, mais pas uniquement<sup>85</sup>. Un autre aspect de la neutralité est la **tolérance** dont doit faire preuve l'État<sup>86</sup>, qui ne saurait juger de la « justesse théologique »<sup>87</sup> d'une croyance ou d'une pratique<sup>88</sup> ou atteindre la liberté de conscience et de croyance d'un individu injustement<sup>89</sup>. La neutralité relative est donc

<sup>77</sup> ATF 113 Ia 304 consid. 4c, JdT 1989 I 208 (trad.), confirmé par les ATF 142 I 49 consid. 3.3, JdT 2016 I 67 (trad.) ; 139 I 292 consid. 8.2, RDAF 2014 I 244 (trad.) ; 169 consid. 7.2.1, JdT 2014 I 44 (trad.) ; 138 I 305 consid. 3.3, JdT 2013 I 53 (trad.) ; 135 I 49 consid. 4.1, JdT 2009 I 655 (trad.) ; 125 I 347 consid. 3a, JdT 2001 I 592 (trad.) ; 123 I 296 consid. 4b/bb = SJ 1998 p. 173 ; 118 Ia 46 consid. 4e/aa, JdT 1996 I 579 (trad.) ; arrêts du TF 2C\_807/2015 du 18 octobre 2016 consid. 5.2 (non publié au JdT) ; 2C\_897/2012 du 14 février 2013 consid. 3.2 (non publié au JdT).

<sup>78</sup> ATF 142 I 49 consid. 3.5, JdT 2016 I 67 (trad.) ; cf. ég. ATF 139 I 292 consid. 8.2.3, RDAF 2014 I 244 (trad.) ; MALINVERNI et al., n° 532. C'est nous qui soulignons.

<sup>79</sup> ATF 123 I 296 consid. 4b/bb = SJ 1998 p. 173 ; cf. ég. ATF 116 Ia 252 consid. 5d, JdT 1992 I 5 (trad.). C'est nous qui soulignons.

<sup>80</sup> MALINVERNI et al., n° 531 ; ROULLER, p. 947 ; ZIMMERMANN, *Le crucifix*, p. 1487.

<sup>81</sup> ATF 123 I 296 consid. 4b/bb = SJ 1998 p. 173. C'est nous qui soulignons.

<sup>82</sup> ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 67 s. C'est nous qui soulignons.

<sup>83</sup> CAVELTI / KLEY, art. 72 Cst., n° 4 ss ; HILTI, p. 48 ; REBER, p. 26 ; WINZELER, *Die weltanschauliche Neutralität*, p. 16 s. et les réf. citées. C'est nous qui soulignons.

<sup>84</sup> DUBEY, *Droits fondamentaux*, n° 1965 ss ; MARTENET, *Égalité*, n° 1300.

<sup>85</sup> ROULLER, p. 947.

<sup>86</sup> ATF 123 I 296 consid. 4b i.f. = SJ 1998 p. 173.

<sup>87</sup> MARTENET / ZANDIRAD, art. 15 Cst., n° 57 i.f.

<sup>88</sup> ATF 142 I 49 consid. 5.2, JdT 2016 I 67 (trad.) ; ATF 134 I 56, consid. 4 et 5.2, JdT 2009 I 229 (trad.) ; arrêt du TF du 11 juin 2013 2C\_794/2012, consid. 3.3. *A contrario*, cpr. la considération curieuse du TF lui permettant d'écarter l'examen de l'atteinte de la liberté de conscience et de croyance d'un membre de la communauté sikh contraint par la loi à retirer son turban au profit d'un casque lors de ses déplacements en motocyclette au motif que l'injonction du port du turban n'était pas expresse dans les textes fondamentaux du sikhisme, in ATF 119 IV 260 consid. 3b/bb, JdT 1994 I 707 (trad.). En général, cf. MARTENET / ZANDIRAD, art. 15 Cst., n° 57 i.f. ; cf. ég. BELLANGER p. 89 s.

<sup>89</sup> KIENER / KÄLIN, p. 329 ; KÜHLER, p. 169.



fortement liée au principe de l'égalité de traitement<sup>90</sup>. En somme, il existe un lien important entre l'acception juridique du terme « neutralité », son origine étymologique et son sens profane<sup>91</sup>.

Toutefois, les considérations jurisprudentielles citées soulèvent nombre de **questions**. Premièrement, qu'en est-il des **reconnaisances** cantonales dont bénéficient certaines communautés religieuses et pas d'autres ? Comment les justifier au regard des principes de neutralité et d'égalité de traitement ? Deuxièmement, quelle place accorder à la **religion à l'école** ? Qu'exige-t-on tant des élèves, des enseignants que des bâtiments accueillant les *classes* ? Troisièmement (et brièvement), *quid* de la question des cimetières et autres **carrés confessionnels** ?

La **reconnaissance** cantonale fait partie des rapport entre Églises et État visés par l'art. 72 al. 1<sup>er</sup> Cst.<sup>92</sup>. Elle en est même une caractéristique<sup>93</sup>. Cet alinéa est plus un rappel de l'attachement à la compétence des cantons en la matière qu'une attribution de compétence<sup>94</sup> : l'art. 3 Cst., rappelons-le, institue la compétence originaire des cantons<sup>95</sup>. Ainsi, il n'est pas faux de dire que cet alinéa premier est « superflu »<sup>96</sup> ou « superfétatoire »<sup>97</sup> pour cette répartition de compétence.

Cette notion de « reconnaissance » doit être définie. Soulignons d'ailleurs que le principe posé par le droit suisse est l'organisation des communautés religieuses sous l'empire du droit privé<sup>98</sup> ; la reconnaissance est un statut accordé par l'État qui déroge à ce principe<sup>99</sup>. Il y a d'une part la *reconnaissance « morale »*<sup>100</sup> et d'autre part la *reconnaissance « juridique »*<sup>101</sup>. Cette seconde reconnaissance se subdivise elle aussi entre la *reconnaissance*

---

<sup>90</sup> ZIMMERMANN, *Le crucifix*, p. 1488.

<sup>91</sup> Cf. ég. pour une autre mise en perspective de la notion : KLEY, *Rechtsprechung*, p. 67 s.

<sup>92</sup> MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 11.

<sup>93</sup> GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 384.

<sup>94</sup> *Idem*, p. 383 ; MAHON, art. 72 Cst., n° 4 ; MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 11.

<sup>95</sup> BIAGGINI, art. 3 Cst., n° 6 ; CARLEN, *Le statut juridique*, p. 10 n° 2.

<sup>96</sup> GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 384 ; cf. ég. MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 11 (« strict point de vue juridique »).

<sup>97</sup> GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 384.

<sup>98</sup> FAMOS, *Die öffentliche Anerkennung*, p. 1.

<sup>99</sup> *Loc. cit.*

<sup>100</sup> *Idem*, p. 9 ; GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 385 et les réf. citées ; cf. ég. MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 24.

<sup>101</sup> FAMOS, *Die öffentliche Anerkennung*, p. 9 ; GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 385 et les réf. citées ; cf. ég. MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 24.

*qualifiée*<sup>102</sup>, ou reconnaissance de droit public et la *reconnaissance simple*<sup>103</sup>, ou reconnaissance d'intérêt public.

La **reconnaissance morale** est dépourvue d'effet normatif<sup>104</sup>. Elle précède la reconnaissance juridique<sup>105</sup> en admettant la « contribution des Églises et communautés religieuses au lien social et à la transmission de valeurs fondamentales » (art. 169 al. 2 Cst./VD).

La **reconnaissance juridique** revêt plusieurs facettes. La *reconnaissance qualifiée* implique d'accorder la personnalité morale, que ce soit en plus de règles organiques propres – dans la tradition catholique – ou comme personnalité unique – dans la tradition protestante<sup>106</sup>. L'octroi de la personnalité morale s'ajoute à de nombreux avantages, différents selon les cantons : levée de l'impôt ecclésiastique, accès aux bâtiments publics, etc.<sup>107</sup>. Dans le cas de la *reconnaissance simple*, la communauté religieuse reste régie par le droit privé, mais peut obtenir quelques avantages à l'instar de ceux précités<sup>108</sup>.

La relation entre reconnaissance et **égalité de traitement** (art. 8 al. 2 Cst.) est une question délicate<sup>109</sup>. S'il n'existe pas de « droit à la reconnaissance »<sup>110</sup>, il est nécessaire que les communautés religieuses la demandent pour que l'État puisse éventuellement l'accorder<sup>111</sup>. L'État est tenu de faire reposer son octroi sur des critères « objectifs et raisonnables »<sup>112</sup>. Dans sa jurisprudence et de manière générale, la CourEDH accorde une importante marge d'appréciation aux États pour organiser leurs relations avec les Églises comme elle l'a maintes fois répété<sup>113</sup> tout en admettant, compte tenu des racines

---

<sup>102</sup> GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 385.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 386.

<sup>104</sup> MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 24.

<sup>105</sup> GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 385.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 385.

<sup>107</sup> BOLKENSTEYN, p. 31 ; GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 385 ; MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 24.

<sup>108</sup> BOLKENSTEYN, p. 31 ; GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 386.

<sup>109</sup> À ce sujet, cf. FAMOS, *Die öffentliche Anerkennung*.

<sup>110</sup> CAVELTI / KLEY, art. 72 Cst., n° 6 i.f. et les réf. citées ; MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 34 i.i. et les réf. citées.

<sup>111</sup> CATTACIN et al., p. 18.

<sup>112</sup> Arrêt CourEDH 7798/08 *Savez crkava « Riječ života » et autres c. Croatie* du 9 décembre 2010 § 85.

<sup>113</sup> Arrêts CourEDH 27417/95 *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* du 27 juin 2000 § 84 ; 27058/05 *Dogru c. France* du 4 décembre 2008 § 72 ; 31645/04 *Kervanci c. France* du 4 décembre 2008 § 72 ; cf. ég. arrêt

chrétiennes de l'Europe, que l'on favorise la religion dominante<sup>114</sup> sans déprécier activement les autres communautés<sup>115</sup>. Le TF, pour sa part, admet la reconnaissance – sans toujours faire référence à l'égalité de traitement – de longue date<sup>116</sup>. Cette attitude de l'État ne peut en revanche pas résulter en une hostilité aux communautés non-reconnues<sup>117</sup>, en accord avec la jurisprudence de la CourEDH<sup>118</sup>.

La neutralité de l'État est ici définitivement relative : une neutralité absolue ne permettrait pas la reconnaissance<sup>119</sup>.

La question de la neutralité est pour le moins épineuse dans le **cadre scolaire**<sup>120</sup> et comporte une multitude de situations traitées plus ou moins en détail par le TF. Nous nous pencherons sur un certain nombre de questions choisies, à l'aide d'un arrêt fort précieux de notre Haute Cour<sup>121</sup>. Notons au passage que jusqu'en 1999, la neutralité confessionnelle de l'école était assurée *via* un article *ad hoc* (art. 27 al. 3 aCst.). Celle-ci est désormais comprise dans la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.)<sup>122</sup>.

La question des **signes religieux** portés ou autrement présents dans les salles de classe n'a pour réponse ni une totale interdiction ni une entière liberté. Alors que la présence

---

*Manoussakis et autres c. Grèce* du 26 septembre 1996, Recueil CourEDH 1996-IV p. 1364 § 44 ; décision 42393/98 *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001 § 1<sup>er</sup>.

<sup>114</sup> Arrêts CourEDH *Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011, Recueil CourEDH 2011-III p. 35 § 71 ; 15472/02 *Folgerø et autres c. Norvège* du 29 juin 2007 § 89.

<sup>115</sup> Arrêt CourEDH *Magyar Keresztény Mennonita Egyház et autres c. Hongrie* du 8 avril 2014, Recueil CourEDH 2014-I p. 483, § 92 ; MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 47 i.f.

<sup>116</sup> ATF 21 p. 674 consid. 2 ; 125 I 347 consid. 3a, JdT 2001 I 592 ; 116 Ia 252 consid. 5d, JdT 1992 I 5 (trad.) ; 103 Ia 242 consid. 3b, JdT 1979 I 53 (trad.) ; 102 la 468 consid. 3b, JdT 1978 I 647 (rés.) ; HÄFELIN, art. 49 [a]Cst., n° 39 ; MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 47 i.f.

<sup>117</sup> ATF 139 I 292 consid. 8.2.1, JdT 2014 I 237 (rés.) ; 169 consid. 7.2.1, JdT 2014 I 44 (trad.) ; 138 I 305 consid. 3.3, JdT 2013 I 53 (trad.) ; 135 I 49 consid. 4.1, JdT 2009 I 655 (trad.) ; MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 47 i.f.

<sup>118</sup> Arrêt CourEDH *Magyar Keresztény Mennonita Egyház* précité.

<sup>119</sup> ATF 123 I 296 consid. 4b/bb = SJ 1998 p. 173. Dans cet arrêt, le TF fait une référence explicite à la possibilité de reconnaissance comme preuve du caractère relatif de la neutralité confessionnelle de l'État.

<sup>120</sup> TAPPENBECK / PAHUD DE MORTANGES, p. 1406 s.

<sup>121</sup> ATF 142 I 49 consid. 4.2 ss, JdT 2016 I 67 (trad.), sorte d'« état des lieux » de la jurisprudence fédérale et étrangère, pour quelques aspects choisis.

<sup>122</sup> ZIMMERMANN, *L'histoire constitutionnelle*, p. 74 ; cf. ég. MAHON, art. 15 Cst., n° 1<sup>er</sup>.

de *crucifix* a été traitée par le TF en 1990<sup>123</sup>, le *voile*<sup>124</sup> *islamique* a par la suite engendré des décisions tant lorsqu'il était porté par les *enseignantes* que par les *élèves*.

En 1984, une commune tessinoise décide d'installer des *crucifix* dans les salles de classe d'un nouveau bâtiment. Notre Haute Cour rend sa décision en 1990, en procédant à un examen fourni pour savoir si la pose de pareils signes religieux est contraire au principe de neutralité confessionnelle, en l'espèce de l'école (art. 27 al. 3 aCst.)<sup>125</sup>. Le TF semble dans cet arrêt chercher à adopter une position empreinte de nuance<sup>126</sup>. En se positionnant contre l'apposition des crucifix dans les salles de classe, il ne manque pas de souligner que sa décision ne concerne *que* les salles de classe, les autres parties des locaux scolaires échappant selon les juges de Mon Repos à l'art. 27 al. 3 aCst.<sup>127</sup>. En outre, il n'était là question *que* du crucifix et non de la simple croix<sup>128</sup>. Quelques années plus tard, le crucifix a également été traité par la CourEDH, dans un *casus* italien<sup>129</sup>. En l'espèce, la Cour a considéré que l'influence d'un tel symbole sur les enfants est négligeable<sup>130</sup>, opinion inverse de celle du TF en 1990<sup>131</sup>, et différente de la sienne en 2001 concernant la symbolique du foulard<sup>132</sup>, et, de ce fait, considère qu'il n'y a pas eu violation de l'art. 2 du Protocole n° 1 par l'Italie<sup>133</sup>, la Cour n'ayant pas

---

<sup>123</sup> ATF 123 I 296 consid. 4e/cc = SJ 1998 p. 173.

<sup>124</sup> Nous utilisons les termes « voile » et « foulard » de façon indifférenciée pour désigner le vêtement que portent certaines femmes musulmanes pour couvrir leurs cheveux.

<sup>125</sup> ATF 116 Ia 252 consid. 5, JdT 1992 I 5 (trad.) ; cf. *a contrario* l'analyse intéressante de CARLEN, *La jurisprudence récente*, p. 119 ss, qui remet en cause la position de notre Haute Cour.

<sup>126</sup> Cpr. ATF 116 Ia 252 consid. 7b s., JdT 1992 I 5 (trad.), dans lequel le TF entame sa considération sur une lecture possible du *casus* et laisse entendre que la seule barrière à celle-ci est l'art. 27 al. 3 aCst., d'une part, et ouvre la possibilité d'apposer des crucifix hors les classes, d'autre part, et ATF 123 I 296 consid. 4b/ee = SJ 1998 p. 173, qui rejette purement et simplement le voile de l'enseignante.

<sup>127</sup> ATF 116 Ia 252 consid. 7c, JdT 1992 I 5 (trad.) ; TAPPENBECK / PAHUD DE MORTANGES, p. 1406 ; ZIMMERMANN, *Le crucifix*, p. 1492 et n. 91, qui rapporte que la commune de Cadro, condamnée par notre Haute Cour, a profité du consid. précité pour installer un crucifix dans un couloir.

<sup>128</sup> ZWEIFEL, p. 593 et n. 6 : le crucifix est catholique alors que la croix « nue » est chrétienne et plus universelle.

<sup>129</sup> Arrêt CourEDH *Lautsi* précité.

<sup>130</sup> Arrêt CourEDH *Lautsi* précité, § 71 s. ; cf. à cette égard l'*opinion concordante du juge Rozakis, à laquelle se rallie le juge Vajić*, Recueil CourEDH 2011-III p. 38, et l'*opinion concordante de la juge Power*, Recueil CourEDH 2011-III p. 47 s., qui soulignent tous deux l'ouverture de l'école italienne au dialogue interconfessionnel. Cf. en revanche l'*opinion dissidente du juge Malinverni, à laquelle se rallie la juge Kaldjjeva*, CourEDH 2011-III p. 53 § 6 s.

<sup>131</sup> Cpr. ATF 116 Ia 252 consid. 7b, JdT 1992 I 5 (trad.).

<sup>132</sup> Décision CourEDH *Dahlab* précitée § 1<sup>er</sup>.

<sup>133</sup> Arrêt CourEDH *Lautsi* précité § 76 s.

examiné le *casus* sous l'angle de l'art. 9 CEDH<sup>134</sup>. L'arrêt a été critiqué par la doctrine, laquelle met en exergue un « deux poids, deux mesures » entre les décisions relatives aux symboles religieux islamiques et chrétiens<sup>135</sup>. Nous nous joignons à la critique de l'arrêt européen, en défenseurs de la neutralité confessionnelle de l'école telle que défendue par notre Haute Cour en 1990, qui n'exclut pas strictement toute référence à la religion historique<sup>136</sup>.

À propos du *foulard des enseignantes*, le TF s'est penché en 1997 sur le *casus* d'une enseignante genevoise, convertie à l'islam, qui donnait cours voilée et portait des vêtements amples<sup>137</sup>. À cette occasion, il est à souligner que ces vêtements sont un « symbole religieux fort »<sup>138</sup> pour les juges de Mon Repos, conclusion tirée à l'aide de références coraniques<sup>139</sup>, quand bien même l'enseignante les pensait anodins<sup>140</sup>. Dans le cadre de la laïcité genevoise (*infra* II/B) et au vu de l'âge des enfants bénéficiant de l'enseignement de la recourante, notre Haute Cour considère qu'il est préférable, pour préserver la paix religieuse et respecter les principes de neutralité confessionnelle de l'école (art. 27 al. 3 aCst.) et d'égalité entre hommes et femmes (art. 4 al. 2 aCst., resp. art. 8 al. 3 Cst.), d'interdire à l'enseignante de porter son voile<sup>141</sup>. Cela, en se considérant elle-même liée par l'arrêt portant sur les crucifix en classe<sup>142</sup> : « il est difficilement concevable d'interdire la pose du crucifix dans une école publique et d'admettre que les maîtres portent eux-mêmes des symboles religieux forts, peu importe de quelle confession »<sup>143</sup>. La doctrine n'a pas manqué de réagir à cet arrêt<sup>144</sup>. A été particulièrement attaquée la considération du TF assimilant le port du seul voile à une mise en danger de la paix religieuse<sup>145</sup>. Également questionnée est la référence au « rapport de

---

<sup>134</sup> *Loc. cit.*

<sup>135</sup> ZIMMERMANN, *Le crucifix*, p. 1499 s.

<sup>136</sup> ATF 116 Ia 252 consid. 7b s., JdT 1992 I 5 (trad.).

<sup>137</sup> ATF 123 I 296 Faits [p. 298] = SJ 1998 p. 173.

<sup>138</sup> ATF 123 I 296 consid. 2a = SJ 1998 p. 173. La CourEDH est du même avis que notre Haute Cour : décision CourEDH *Dahlab* précitée § 1<sup>er</sup>.

<sup>139</sup> En somme, l'argumentation des juges dans le consid. précité n'est pas sans faire écho au *casus* du motard sikh précité (ATF 119 IV 260 consid. 3b/bb, JdT 1994 I 707 [trad.]).

<sup>140</sup> ATF 123 I 296 Faits [p. 298] = SJ 1998 p. 173.

<sup>141</sup> ATF 123 I 296 consid. 4b/cc = SJ 1998 p. 173.

<sup>142</sup> ATF 116 Ia 252, JdT 1992 I 5 (trad.).

<sup>143</sup> ATF 123 I 296 consid. 4b/cc = SJ 1998 p. 173.

<sup>144</sup> Cf. à cet égard HANGARTNER, *Voile genevois*, vent debout contre cette jurisprudence fédérale ; cf. ég. MAHON, 1997, qui met en exergue les faiblesses de l'arrêt.

<sup>145</sup> MAHON, 1997, p. 485.

puissance publique »<sup>146</sup> auquel est soumise l'enseignante, une terminologie pour le moins datée<sup>147</sup>. Nonobstant cette controverse, l'arrêt est aujourd'hui pleinement appliqué, sans revirement jurisprudentiel à signaler.

Concernant le *voile des écolières*, le TF a considéré en 2012 que le port du foulard islamique est protégé par l'art. 15 Cst., en tant qu'expression d'une conviction religieuse<sup>148</sup> et l'a confirmé en 2015<sup>149</sup>. Son interdiction est donc une atteinte à la liberté de religion des écolières. Dans le premier arrêt, il s'est borné à l'examen de la base légale de l'interdiction du port de couvre-chefs par l'école, qui était insuffisante, lui permettant d'éviter l'étude de l'intérêt public et de la proportionnalité<sup>150</sup>, laissant *ipso facto* le lecteur « sur sa faim »<sup>151</sup>. Un examen auquel il a dû se plier trois ans plus tard, la base légale étant, *in casu*, suffisante<sup>152</sup>. Le juriste d'avant 2015 pouvait donc hésiter<sup>153</sup>, sans réponse de notre Haute Cour, entre d'une part une transposition possible de l'arrêt relatif au foulard porté par une enseignante genevoise<sup>154</sup> aux élèves ou d'autre part une application de la jurisprudence européenne en la matière qui déclare compatible avec l'art. 9 CEDH l'interdiction du port du voile en classe<sup>155</sup>. Cette hésitation de quelques années a été réglée par le TF : premièrement, l'atteinte à la liberté religieuse des écolières est grave<sup>156</sup> ; deuxièmement, elle ne répond pas à un intérêt public ou d'autrui pertinent<sup>157</sup> ; troisièmement, elle est disproportionnée<sup>158</sup>. Notre Haute Cour rejette donc l'idée de l'interdiction du port de signes religieux en classe par les établissements scolaires, considérant que les élèves ne sont pas soumis à un devoir de neutralité confessionnelle<sup>159</sup>. Une interdiction du port du voile par les écolières reste possible,

---

<sup>146</sup> ATF 123 I 296 consid. 3 = SJ 1998 p. 173.

<sup>147</sup> MAHON, 1997, p. 484 s.

<sup>148</sup> ATF 139 I 280 consid. 4.2, JdT 2014 I 118 (trad.).

<sup>149</sup> ATF 142 I 49 consid. 5.4, JdT 2016 I 67 (trad.).

<sup>150</sup> ATF 139 I 280 consid. 5.1 et 5.4, JdT 2014 I 118 (trad.).

<sup>151</sup> COLLETTE, ATF 139, p. 289.

<sup>152</sup> ATF 142 I 49 consid. 7.3, JdT 2016 I 67 (trad.) ; COLLETTE, ATF 142, p. 296.

<sup>153</sup> COLLETTE, ATF 139, p. 289.

<sup>154</sup> ATF 123 I 296 = SJ 1998 p. 173.

<sup>155</sup> Arrêts CourEDH 27058/05 *Dogru c. France* du 4 décembre 2008 § 78 ; 31645/04 *Kervanci c. France* du 4 décembre 2008 § 78 ; cf. ég. arrêt CourEDH *Leyla Şahin c. Turquie* du 29 juin 2004, Recueil CourEDH 2005-IX p. 155, § 68 ss dans le cadre des universités turques.

<sup>156</sup> ATF 142 I 49 consid. 7.2, JdT 2016 I 67 (trad.), confirmant l'ATF 139 I 280 consid. 5.2, JdT 2014 I 118 (trad.).

<sup>157</sup> ATF 142 I 49 consid. 9 ss, JdT 2016 I 67 (trad.).

<sup>158</sup> ATF 142 I 49 consid. 10.2, JdT 2016 I 67 (trad.).

<sup>159</sup> ATF 142 I 49 consid. 9.2, JdT 2016 I 67 (trad.).

en vertu de l'art. 190 Cst. – qui consacre l'immunité des LF<sup>160</sup> – et de la jurisprudence européenne précitée<sup>161</sup>, en la forme de l'adoption d'une LF en la matière permettant d'interdire le voile en classe<sup>162</sup>.

Les *leçons de natation obligatoires* ont donné lieu à un intéressant revirement de jurisprudence du TF<sup>163</sup> quant à sa vision de la neutralité confessionnelle de l'État. Nous nous arrêtons en particulier sur cette question, plutôt que sur celle plus générale de l'obligation de fréquenter les classes, qui a conduit à nombre d'arrêtés fédéraux<sup>164</sup>, car notre Haute Cour en a fait une question séparée<sup>165</sup>. Alors qu'en 1993, date du premier arrêt sur les cours de natation, les juges balayaient l'argument de l'intérêt public à l'intégration des populations immigrées<sup>166</sup>, cette question revêt une importance accrue en 2008<sup>167</sup>. Cela en sus de la question de la neutralité confessionnelle de l'école également soulevée dans ces affaires<sup>168</sup>. C'est principalement cet argument de l'intégration qui a motivé les juges de Mon Repos à changer de jurisprudence, passant d'une approche libérale<sup>169</sup> et religieuse dans son sens large, ne marquant aucune différence entre les cultes<sup>170</sup>, à une position plus rigide<sup>171</sup>, se concentrant sur l'islam en particulier<sup>172</sup>. Il est intéressant de noter que les états de fait en 1993 et en 2008 étaient très similaires<sup>173</sup>. La neutralité confessionnelle de l'école est rapidement évoquée dans l'arrêt de 2008,

---

<sup>160</sup> Entre autres, ATF 149 I 41 consid. 4.2, non publié au JdT.

<sup>161</sup> Arrêts CourEDH *Dogru* et *Kervanci* précités.

<sup>162</sup> Cf. à cet égard le postulat Marianne BINDER-KELLER 20.4728 « Interdire le port du voile aux enfants dans les écoles obligatoires et les écoles maternelles. Une question d'égalité et de protection de l'enfant et non une question religieuse » du 18 décembre 2020, malheureusement classé parce que le CN n'a pas achevé son examen dans les deux ans de délai fixé. N.B. ce postulat se plaçait sous l'angle de l'art. 8 Cst. et non de l'art. 15 Cst.

<sup>163</sup> La jurisprudence instaurée par l'ATF 119 Ia 178, JdT 1995 I 290 (trad.) a été renversée par l'ATF 135 I 79, JdT 2009 I 343 (trad.), qui, depuis, n'a pas été remis en cause mais confirmé par les arrêts du TF 2C\_666/2011 du 7 mars 2012 et 2C\_1079/2012 du 11 avril 2013 ; cf. ég. GUICHARD, p. 983.

<sup>164</sup> Entre autres, cf. ATF 134 I 114, JdT 2009 I 243 (trad.), 117 Ia 311, JdT 1993 I 40 (trad.), 114 Ia 129, JdT 1990 I 3 (trad.) ; 66 I 157, JdT 1940 I 602 (trad.) ; cf. ég. CARLEN, *La jurisprudence récente*, p. 110 ss ; WINZELER, *Die öffentliche Schule*, p. 157. Pour une mise en perspective regroupant toutes les demandes de dispenses scolaires, cf. ZIMMERMANN, *Liberté religieuse*, p. 384 ss.

<sup>165</sup> GUICHARD, p. 986.

<sup>166</sup> ATF 119 Ia 178 consid. 8d, JdT 1995 I 290 (trad.).

<sup>167</sup> ATF 135 I 79 consid. 7.2, JdT 2009 I 343 (trad.).

<sup>168</sup> ATF 119 Ia 178 consid. 7e, JdT 1995 I 290 (trad.) ; 135 I 79 consid. 7.2, JdT 2009 I 343 (trad.).

<sup>169</sup> ATF 119 Ia 178 consid. 8b, JdT 1995 I 290 (trad.).

<sup>170</sup> GUICHARD, p. 988.

<sup>171</sup> ATF 135 I 79 consid. 7.2, JdT 2009 I 343 (trad.).

<sup>172</sup> GUICHARD, p. 988 s.

<sup>173</sup> *Idem*, p. 985 ss.

comme pendant au caractère obligatoire des cours enseignés<sup>174</sup>. Ainsi, l'État ne violerait pas ce principe en exigeant des jeunes femmes et hommes musulmans de prendre part aux cours de natation. Nous pouvons enfin relever un élément supplémentaire : quand bien même il ne doit pas prendre position sur la « conformité théologique d'un précepte religieux »<sup>175</sup>, le TF considère en 2013 que la gêne ressentie par la jeune musulmane face au regard des hommes résulte plus de son jeune âge que de sa confession<sup>176</sup>, ce qui est une appréciation pour le moins délicate<sup>177</sup>.

En somme, notre Haute Cour se montre plutôt exigeante en matière de neutralité confessionnelle à l'école, quoiqu'encore pas suffisamment à notre sens. En effet, sa jurisprudence récente semble se raidir quant aux questions soulevées, mise à part celle du voile des écolières. Cela nous semble manquer de cohérence quant à la place de la religion à l'école.

Le cas des **cimetières confessionnels** est à souligner, en tant qu'il pose une certaine difficulté pratique et qu'il est une question importante pour la communauté musulmane<sup>178</sup> bien que tous ne soient pas d'accord sur ce point précis<sup>179</sup>. Si le droit à une sépulture décente est compris dans la dignité humaine (art. 7 Cst.)<sup>180</sup>, cette dernière ne comprend pas de droit à être inhumé selon ses préceptes dans un cimetière public<sup>181</sup>. L'État reste neutre en ne proposant pas de carrés confessionnels : d'une part, la neutralité confessionnelle comporte principalement des obligations négatives de la part de l'État<sup>182</sup> et, d'autre part, la « décence » de la sépulture s'évalue, selon notre Haute Cour, à l'aune de la conception locale dominante de ladite décence et non de celle que

---

<sup>174</sup> ATF 135 I 79 consid. 7.2, JdT 2009 I 343 (trad.).

<sup>175</sup> ATF 135 I 79 consid. 4.4, JdT 2009 I 343 (trad.), avec réf. à l'ATF 119 Ia 178 consid. 4c, JdT 1995 I 290 (trad.).

<sup>176</sup> Arrêt du TF 2C\_1079/2012 du 11 avril 2013 consid. 3.5.2, non publié au JdT ; GUICHARD, p. 991.

<sup>177</sup> GUICHARD, p. 991. Cpr. ATF 119 IV 260 consid. 3b/bb, JdT 1994 I 707 (trad.) ; cpr. ég. ATF 123 I 296 consid. 2a = SJ 1998 p. 173 ; pour une intéressante expression de la position délicate du TF quant à ses considérations, cf. BELLANGER, p. 89 s.

<sup>178</sup> CATTACIN et al., p. 36 et la réf. citée.

<sup>179</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, pp. 410 ss et 422 s.

<sup>180</sup> Message Cst. p. 143 ; ATF 45 I 132 ; 125 I 300 consid. 2a, JdT 2001 I 302 (trad.) ; 123 I 112 consid. 4b = JdT 1999 I 529 ; 98 Ia 508, JdT 1973 I 490 (trad.) ; DUBEY, *Droits fondamentaux*, n° 1465 ; FAMOS, *Religiöse Gräberfelder*, pp. 37 et 40.

<sup>181</sup> ATF 125 I 300 consid. 3b/bb, JdT 2001 I 302 (trad.) ; FAMOS, *Religiöse Gräberfelder*, p. 39.

<sup>182</sup> ATF 125 I 300 consid. 3a, JdT 2001 I 302 (trad.) ; DUBEY, *Droits fondamentaux*, n° 1965 ss ; MARTE-  
NET, *Égalité*, n° 1300 ; cf. ég. FAMOS, *Religiöse Grabfelder*, p. 41.



peuvent avancer des individus<sup>183</sup>. Le point le plus délicat en la matière est la « paix tombale éternelle »<sup>184</sup> revendiquée par certains musulmans<sup>185</sup>, qui est en contradiction avec le système hérité du *Kulturkampf* du « roulement » périodique et de l'inhumation par ordre chronologique des décès<sup>186</sup>. Enfin, il reste à noter que l'existence de cimetières spéciaux confessionnels dans une infrastructure propre et séparée ne semble en général pas être remise en cause<sup>187</sup> ; toutefois, un auteur défend la suppression pure et simple des cimetières religieux dans l'optique d'éviter des discriminations<sup>188</sup>, de façon fort convaincante à notre sens<sup>189</sup>.

En somme, la neutralité a des contours irréguliers, façonnés petit-à-petit par la jurisprudence, avec le concours de la doctrine. Une jurisprudence qui n'est pas exhaustive ni exempte de contradictions voire de revirements.

## **B. La laïcité : une forme plus intense de neutralité ? Un focus à Genève**

Le grec « *laos* » « désigne l'unité d'une population, considérée comme un tout indivisible. [...] La laïcité a donc pour référence et fondement la chose commune à tous, en-deçà des différenciations spirituelles. »<sup>190</sup>. Le latin « *laicus* » prend quant à lui le sens d'opposition au membre du clergé<sup>191</sup>. Le français contemporain définit la **laïcité** comme le « Caractère de neutralité religieuse, d'*indépendance* à l'égard de toutes Églises et confessions »<sup>192</sup> (c'est nous qui soulignons). En matière juridique, le TF pourrait paraître inconstant dans son usage du terme, toutefois il dégage *in fine* deux sens à la laïcité

---

<sup>183</sup> ATF 125 I 300 consid. 2a s., JdT 2001 I 302 (trad.) : « Le droit constitutionnel est violé lorsqu'on refuse au défunt ce que l'*usage dominant* prescrit pour honorer les morts » (c'est nous qui soulignons)

<sup>184</sup> Selon l'expression de CATTACIN et al., p. 36 ; cf. ATF 125 I 300 consid. 2a ss, JdT 2001 I 302 (trad.).

<sup>185</sup> Cf. à ce propos ALDEEB ABU-SAHLIEH, p. 410 ss qui examine les normes musulmanes et démontre que cette revendication n'est pas essentielle.

<sup>186</sup> CATTACIN et al., p. 36 s.

<sup>187</sup> ATF 125 I 300 consid. 3b/aa s., JdT 2001 I 302 (trad.).

<sup>188</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, p. 422.

<sup>189</sup> Nous reproduisons ici ses lignes finales, qui posent une question très pertinente : « Si aujourd'hui en Suisse un chrétien, invoquant le droit canon de l'Église catholique, refuse l'enterrement d'un musulman ou d'un juif près de ses parents, il sera traité de raciste. Pourquoi le contraire ne serait-il pas vrai ? Est-ce que la loi condamnant la discrimination ne s'applique qu'aux chrétiens ? ». D'un autre avis, cf. AUER ; BELLANGER, p. 96 et n. 65.

<sup>190</sup> PENA-RUIZ, pp. 21 et 27.

<sup>191</sup> ZIMMERMANN, *La laïcité*, p. 31 s.

<sup>192</sup> Académie française : laïcité.

dans sa jurisprudence : l'un est général, l'autre intervient en cas de comparaison. Le premier considère la laïcité comme une « obligation de neutralité »<sup>193</sup>, allant même jusqu'à confondre les notions<sup>194</sup>. Le deuxième sens, en revanche, oppose les traditions de neutralité et de laïcité<sup>195</sup> (en particulier la laïcité genevoise<sup>196</sup> comme une séparation claire de l'Église et de l'État). En somme, le second sens que le TF attribue au terme rejoint ainsi le sens profane et étymologique de la laïcité.

Il faut dès lors être attentif à ne pas mélanger ces deux axes jurisprudentiels de compréhension. Puisque nous avons déjà développé la *laïcité dans son sens général*, soit la neutralité (*supra* II/A), nous nous attarderons ici sur son *sens de comparaison*, c'est-à-dire, plus particulièrement, à la **laïcité genevoise**. Cette laïcité a bien occupé la jurisprudence de notre Haute Cour et est inscrite dans la loi (art. 3 Cst./GE)<sup>197</sup>. À quel point la **laïcité à la française** lui est-elle similaire ? Pourquoi peut-on affirmer que **la laïcité est plus intense** que la neutralité précédemment étudiée, en étudiant les mêmes aspects que plus haut (*supra* II/A) ?

Le canton de Genève a séparé l'Église de l'État en 1907 *via* une loi de suppression du budget des cultes<sup>198</sup>. Ce constat doit immédiatement être nuancé. En effet, quoique nous ne nous lançons pas dans une étude de droit comparé, il est indispensable, en matière de laïcité, de mettre en perspective la notion genevoise et la **laïcité à la française**. Alors que le voisin français la comprend comme une indifférence et une tolérance du fait religieux<sup>199</sup>, Genève a précisément refusé la première dimension<sup>200</sup>, et a choisi de se concentrer sur la tolérance. En particulier, Genève refuse l'anticléricalisme qui imprègne la loi française de séparation de l'Église et de l'État adoptée en 1905,

---

<sup>193</sup> ATF 123 I 296 consid. 4b/bb = SJ 1998 p. 173.

<sup>194</sup> ATF 116 Ia 252 consid. 5e, JdT 1992 I 5 (trad.).

<sup>195</sup> ATF 142 I 49 consid. 3.3, JdT 2016 I 67 (trad.).

<sup>196</sup> ATF 139 I 280 consid. 5.5.1, JdT 2014 I 118 (trad.).

<sup>197</sup> Rappelons l'existence de la laïcité neuchâteloise, dont les racines historiques et implications pratiques sont différentes. Cf. à ce propos GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 387 et la réf citée ; WALTER, p. 121 ss et les réf. citées. Aussi, le cas particulier de Bâle, cf. WALTER, p. 123 s.

<sup>198</sup> GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 388 ; WALTER, p. 120 ; ZIMMERMANN, *La laïcité*, p. 62. Sur le raccourci que nous opérons, cf. TANQUEREL, p. 72 ss.

<sup>199</sup> Décision Conseil constitutionnel n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, consid. 5 ; DURAND-PRINBORGNE, p. 11 ; PHILIP-GAY, p. 15 s. et les réf. citées.

<sup>200</sup> ZIMMERMANN, *La laïcité*, p. 64 et les réf. citées.

séparant Église et État<sup>201</sup>. Cette lecture permet de qualifier la séparation de « douce »<sup>202</sup>.

En matière de **reconnaissance**, les communautés religieuses genevoises sont organisées selon le droit privé<sup>203</sup> (cpr. art. 165 al. 2 aCst./GE, la Cst./GE n'en faisant pas mention explicitement). Trois d'entre elles sont cependant « reconnues publiques » (RÉglises) : l'Église réformée évangélique, l'Église catholique romaine et l'Église catholique chrétienne. Cette forme de reconnaissance simple est toutefois limitée dans ses effets : Genève intervient en fait très peu auprès des corporations religieuses<sup>204</sup>.

Concernant les **écoles**, le jurisprudence du *voile des enseignantes* se rapportait à un *casus* genevois, dans lequel le TF a légitimé un devoir de réserve plus important des enseignants, eu égard à la tradition de laïcité genevoise<sup>205</sup>. Comme nous l'avons vu, les *écolières* ne sont pas visées par le devoir de réserve (*supra* II/A). On peut malgré tout voir l'attachement de Genève à une forte séparation entre les cultes et l'instruction, par la décision d'interdire à l'institutrice, en 1996, le port de son foulard.

Enfin, les **cimetières confessionnels** soulèvent le débat dans le contexte genevois<sup>206</sup>. Historiquement, le canton avait connu un système comportant uniquement de tels cimetières, avant de les abandonner à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>207</sup>. L'objectif longtemps affiché par le canton de Genève était d'inhumer tout un chacun, sans distinction fondée sur la religion, une fois les cimetières confessionnels existants saturés<sup>208</sup>. Dès lors, la communauté israélite, à laquelle on refusait la construction d'un cimetière confessionnel sur sol genevois, inaugura en 1920 le cimetière de Veyrier-Étrembières, sur sol français avec entrée genevoise<sup>209</sup>. Un carré confessionnel est ensuite constitué en 1979 dans le cimetière du Petit-Saconnex<sup>210</sup>. Ces entorses au but visé ne font, à notre avis,

---

<sup>201</sup> WALTER, p. 120 et n. 41.

<sup>202</sup> Selon l'expression de GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 388. Pour approfondir la différence entre ces deux laïcités, cf. MAHON, *Laïcité* ; cf. ég. ZIMMERMANN, *La laïcité* ; avec l'accent sur une perspective historique, cf. ZUBER.

<sup>203</sup> GARDAZ, *La reconnaissance*, p. 388.

<sup>204</sup> ZUBER, p. 195.

<sup>205</sup> ATF 123 I 296 consid. 4b/cc = SJ 1998 p. 173.

<sup>206</sup> Cf. avec avis divergents ALDEEB ABU-SAHLIEH, d'une part et AUER ; ROUILLER, d'autre part.

<sup>207</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, p. 398 s. ; AUER, n° 5.

<sup>208</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, p. 398 s.

<sup>209</sup> *Idem*, p. 398 ; AUER, n° 62.

<sup>210</sup> ALDEEB ABU-SAHLIEH, p. 398 ; AUER, n. 116.

que compliquer une réglementation déjà délicate à traiter<sup>211</sup>. Elles éloignent d'ailleurs le canton de l'idéal laïque<sup>212</sup>, ce que nous regrettons ; si l'on est égaux dans la vie, ne devrions-nous pas être égaux par-delà la vie ?

Nous l'aurons compris en traitant le cas de Genève, la laïcité est un principe qui se distingue de celui de la majorité des autres cantons suisses par son éloignement très marqué des corporations religieuses. Cela en reprenant l'examen des aspects choisis de la neutralité confessionnelle (*supra* II/A) dans le cadre genevois. Nous pouvons donc avancer que *cette* laïcité est une neutralité plus intense, qui ne sombre cependant pas dans une « laïcité de combat »<sup>213</sup>.

### C. Quelques perspectives : une tentative de prospective

Si nous avons travaillé les notions de *neutralité* et de *laïcité* pour en tirer le sens en droit constitutionnel suisse (*supra* II), il nous semblait indispensable de nous attarder sur les art. 10a et 72 al. 3 Cst., que nous appellerons les « articles d'exception ». Nous discuterons en premier lieu de la **genèse** et des motivations de ces initiatives, pour poursuivre en second lieu une **prospective sur une éventuelle pérennisation** de ces articles d'exception avec, à l'esprit, le sort de l'art. 25<sup>bis</sup> aCst.

Il convient de souligner, comme point commun de l'**histoire des articles d'exception**, que tant l'interdiction de l'abattage rituel que celle des minarets ou de la dissimulation du visage sont des **initiatives populaires**<sup>214</sup>, alors que les autres *Sondernormen* étaient des dispositions constitutionnelles adoptées lors des révisions de la Constitution (*supra* I/A et I/B). Nécessairement, cela symbolise l'ancrage populaire, d'une importance à déterminer, des problématiques soulevées. On peut également critiquer la méconnaissance des droits de l'homme qui accompagne certaines initiatives<sup>215</sup>. Un autre point commun est le **reproche** formulé à l'encontre des initiants : tantôt

---

<sup>211</sup> Nous suivons l'opinion exprimée par ALDEEB ABU-SAHLIEH.

<sup>212</sup> Cf. à cet égard les réflexions de PENA-RUIZ, p. 25 s.

<sup>213</sup> ATF 123 I 296 consid. 4b/bb = SJ 1998 p. 173.

<sup>214</sup> Message dissimulation du visage, p. 2896 ; Message minarets, p. 6924 ; Message abattage rituel, p. 29 ; cf. à ce propos et généralement MASMEJAN p. 78 ss.

<sup>215</sup> MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 78.

soupçonnés d'antisémitisme<sup>216</sup> tantôt d'attaquer l'islam en particulier<sup>217</sup>. La question qui nous occupe est celle de savoir si ces deux normes de droit positif font partie d'une tendance amenée à durer (et peut-être suivre le même sort que l'art. 25<sup>bis</sup> aCst. [*supra* I/B]) ou, au contraire, si elles vont disparaître (tel l'art. 51 s. aCst. [*supra* I/B]).

L'**art. 72 al. 3 Cst.**, adopté en 2009, souffre de **deux défauts**<sup>218</sup>. D'une part, il vise une **religion clairement indiquée**<sup>219</sup>, l'islam, en interdisant la construction des « minarets » plutôt que, p. ex., des « bâtiments religieux ostentatoires », expression qui aurait eu une visée plus large, voire trop large suivant la volonté des initiants. Il y a dès lors discrimination directe, au sens de l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>220</sup>. D'autre part, l'interdiction de construire ne connaît **aucune exception** selon le texte constitutionnel<sup>221</sup>. L'interdiction pure et simple a soulevé des questions quant à son application en pratique<sup>222</sup>, la doctrine mettant en avant une violation des art. 9 CEDH et 18 Pacte ONU II<sup>223</sup>, en plus des art. 15 et 8, al. 2, Cst. Toutefois, à ce jour, la question de l'application de l'interdiction ne s'est pas posée, sans demande de permis de construire de minarets déposée depuis la votation de 2009<sup>224</sup>. Que dire de l'avenir de cette disposition<sup>225</sup> ? Là où l'art. 25<sup>bis</sup> aCst. était formulé en termes génériques, l'art. 72 al. 3 Cst. est très (trop) dirigé. C'est pourquoi nous pensons que cette interdiction risque de ne pas perdurer, avec, en cours, une « multiculturalisation » de la Suisse qui, si elle garde ses racines judéo-chrétiennes, est un pays de plus en plus éclaté sur le plan confessionnel<sup>226</sup> et dans lequel affirmer indirectement l'attachement à une religion semble de moins en moins acceptable<sup>227</sup>.

---

<sup>216</sup> Zimmermann, *L'histoire constitutionnelle*, p. 59.

<sup>217</sup> Sur les minarets, cf. MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 66 ; sur la dissimulation du visage et avec d'autres critiques, cf. ZANDIRAD, art. 10a Cst., n° 13 ; cf. ég. ZANDIRAD, *L'initiative populaire*, n° 8.

<sup>218</sup> MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 66.

<sup>219</sup> *Idem*, n° 66 ; MASMEJAN, p. 77.

<sup>220</sup> DUBEY, *Droits fondamentaux*, n° 2016 i.f. ; HANGARTNER, *Überblick*, p. 450.

<sup>221</sup> MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 66.

<sup>222</sup> CIRIGLIANO, n° 12 ss, qui inclut également l'art. 14 CEDH ; KETTIGER, n° 15 ss.

<sup>223</sup> HANGARTNER, *Überblick*, p. 441 ; KLEY, art. 72 Cst., n° 28.

<sup>224</sup> MASMEJAN, p. 82.

<sup>225</sup> Sur le développement de plusieurs scénarii d'avenir de l'art. 72 al. 3 Cst., cf. CIRIGLIANO.

<sup>226</sup> Cf. à cet égard BAUMANN / STOLZ, *Introduction*, p. 17 et, plus généralement, l'ouvrage qu'ils dirigent.

<sup>227</sup> MARTENET / ZANDIRAD, art. 72 Cst., n° 68 et la réf. citée, qui rend incompatible cette affirmation avec la neutralité religieuse ; toutefois, nous sommes en désaccord, en adaptant ici l'argument de la

L'**art. 10a Cst.** ne souffre a priori pas des tares de l'art. 72 al. 3 Cst. En effet, il est formulé en termes génériques<sup>228</sup> et permet des exceptions en son al. 3. Cela n'élimine cependant pas toute défiance vis-à-vis de cet article. En effet, au vu de la campagne électorale, il est clair que ce sont des prescriptions musulmanes (burqa, niqab et autres vêtements du même genre) qui sont visées en premier lieu<sup>229</sup>. Nonobstant ce fait, il est des intérêts publics en la matière qui étaient absents en 2009 : la sécurité publique (pouvoir identifier quelqu'un dans la rue), l'égalité entre les sexes (l'injonction du port du voile intégral ne concernant que les femmes), la préservation du vivre-ensemble ou des interactions sociales<sup>230</sup>. Cet ensemble de points nous permet d'avancer que cette interdiction a plus de chances que la précédente de rester dans l'arsenal législatif, pour bien des années.

Bien entendu, seul l'avenir nous donnera raison, ou tort.

## Conclusion

Notre étude portait sur la (ou les) différence(s) entre deux notions plutôt floues : la neutralité et la laïcité, en matière confessionnelle. Un détour par l'histoire de la neutralité confessionnelle de l'État, ou plutôt la vision qu'il de la première, a permis de mieux saisir les grands mouvements et tendances sous-tendant l'ordre constitutionnel suisse en la matière (*supra* I). Un travail de définition *lato sensu* s'est imposé avant de mettre en perspective les deux concepts. Nous avons démontré que, comme tout principe, la neutralité confessionnelle de l'État connaît des exceptions, ce qui la rend relative (*supra* II/A). Notre réflexion nous a amenés à ne pas opposer schématiquement ces notions mais à créer un pont entre elles. En effet, nous avons défendu le point de vue selon lequel la laïcité est une forme plus intense de neutralité en droit suisse (*supra* II/B). Enfin, nous avons réfléchi à l'avenir des articles confessionnels de droit positif, en nous demandant s'ils peuvent subsister (*supra* II/C).

---

tradition qui a conduit CARLEN, *La jurisprudence récente*, p. 119, dans un autre contexte, à défendre l'apposition de crucifix en classe. Ne peut-on pas affirmer que la tradition helvétique est celle des clochers ?

<sup>228</sup> ZANDIRAD, *L'initiative populaire*, n° 8.

<sup>229</sup> *Loc. cit.*

<sup>230</sup> Sur ces points, cf. arrêt CourEDH *S.A.S* précité § 159.

Nous avons défendu nos thèses, mais nous devons admettre un bémol. En effet, nous restons sur notre faim, comme au sujet du premier arrêt sur le port du voile par les écolières à sa parution, car nous n'avons pas pu traiter le sujet dans ses moindres détails. Si nous avions voulu être exhaustifs, la présente étude aurait été bien trop imposante ! Les questions abordées pourraient toutes être approfondies ; mais notre objectif était de nous permettre d'obtenir une vue d'ensemble (incomplète), des deux notions qui sont au centre de la présente étude.

Fribourg, le 29 septembre 2023

Stephane BÜRKI