

Date de dépôt: 6 juin 2006

Messagerie

Rapport

de la Commission des affaires communales, régionales et internationales chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi sur les cimetières (K 1 65)

RAPPORT DE LA MAJORITÉ

Rapport de M. Pierre Weiss

Mesdames et
Messieurs les députés,

Peut-on attendre de la République et canton de Genève une mise en œuvre de la Constitution fédérale relative à la liberté de culte dans ses effets indirects, en l'espèce sous l'angle de l'existence de cimetières confessionnels permettant l'ensevelissement de défunts appartenant à des religions qui se caractérisent par des rites de sépulture particuliers ? Le législateur genevois doit-il anticiper un recours au Tribunal fédéral qui condamnerait l'Etat pour la teneur de sa loi actuelle sur les cimetières excluant toute pratique singulière en référence à une conception de la laïcité liée, en partie du moins, au Kulturkampf et se traduisant en dispositions égalitaristes ? Au passage, quel sort légal sera réservé au règlement municipal de la Ville qui accorde aux fidèles d'une religion, en l'occurrence l'islam, un carré confessionnel permettant des pratiques d'inhumation conformes à leurs traditions ?

Au-delà de ses aspects juridiques, se posent aussi des questions de nature éthique, liées au respect à avoir pour l'ultime voyage de citoyens, voire de simples habitants, dès lors que Genève revendique sa vocation de Refuge

depuis la Réforme ; or être un lieu d'accueil multiculturel, et donc « multiculturel », oblige.

Des aspects pratiques interpellent aussi nos valeurs : par manque de place, les défunts de religion juive ne pourront bientôt plus être ensevelis dans le cimetière de Veyrier, dont les tombes se trouvent toutes en territoire français, sur la commune d'Etrembières¹, en raison de l'actuelle législation cantonale. Genève peut-elle déceimment se permettre d'obliger leurs familles à perpétuer l'exportation de cadavres ? Car c'est bel et bien de cela qu'il s'agit, au travers de cette discrimination qui s'oppose à leur intégration. Notons aussi que la part dévolue au carré musulman du cimetière du Petit-Saconnex serait pleinement occupée depuis 2000, avec des destinations nettement plus lointaines, désormais, pour les défunts de cette religion.

Le moment est ainsi venu d'entrer dans le XXI^e siècle avec humanité, avec fermeté aussi pour éviter toute tentation communautariste crainte parfois, non sans raisons. La révision de la loi sur les cimetières en offre une occasion symbolique rare. On veut croire que la qualité des débats tenus en Commission des affaires communales, régionales et internationales permettra un accord de ce Grand Conseil sur une solution permettant de concilier la laïcité des vivants et le respect des croyances des défunts qui sont tous nos défunts et qui, en ce sens, ont droit à une solution intégrative.

D'emblée, indiquons que se sont déterminés en faveur du projet de loi 9346 huit députés (3 L, 2 Ve, 2 UDC, 1 MCG) contre 6 (3 S, 2 R, 1 PDC). Toutefois, si l'on trouve ici des résultats reflétant des divisions partisans, il convient de souligner que les positions des uns et des autres ont pu évoluer au fil de leur approfondissement de ce dossier ; de plus, les raisons d'appui et surtout d'opposition renvoient à des raisonnements qui peuvent être distincts, d'où la raison d'être de plusieurs rapports de minorité qui accompagnent ce rapport de majorité.

Précisons encore qu'à la suite du dépôt du projet de loi 9346 le 26 août 2004 par le Conseil d'Etat, les débats en commission ont duré du 2 novembre 2004 au 31 janvier 2006 en s'étendant sur 14 séances faites, pour l'essentiel, de deux vagues. Du 2 novembre 2004 au 25 janvier 2005, en dix séances, le projet de loi 9346 a fait l'objet d'un premier examen et d'auditions des différents milieux concernés ; puis, le 3 mai, des propositions d'amendement ont été annoncées par le Conseil d'Etat ; enfin, le texte soumis à ce Grand Conseil a été adopté à l'issue de trois ultimes séances tenues du 10 au 31 janvier 2006. Les travaux se sont déroulés sous la présidence de

¹ Par souci de transparence, il sera dénommé cimetière de Veyrier-Etrembières dans ce rapport.

M^{me} Stéphanie Nussbaumer (jusqu'au 23 novembre 2004), puis de M. Pierre-Louis Portier (jusqu'au 3 mai 2005), et, enfin, de M. Alain Etienne. Les procès-verbaux ont été tenus avec précision par M. Christophe Vuilleumier. M. Laurent Moutinot, conseiller d'Etat, en sa qualité de président du DAEL, a participé à cinq séances ; son département a en outre été représenté par M. Serge Gobbi, secrétaire général adjoint, qui a assisté à six séances ; M^{me} Martine Brunschwig Graf, en sa qualité de présidente du Conseil d'Etat, a aussi participé à l'une des séances de la commission. Que tous soient remerciés de leur collaboration à l'avancement des débats sur ce projet de loi !

Ce rapport présente en premier lieu la teneur du projet de loi 9346 (I). Mais avant de résumer les débats de la commission (IV), il offre une vue d'une part sur la solution retenue par le canton de Neuchâtel, proche de Genève à bien des égards, dont celui de la laïcité (II), et d'autre part sur deux avis de droit en liens étroits avec le projet de loi 9346 (III), le premier insistant sur la question des carrés confessionnels, le second procédant à un examen de la constitutionnalité de la loi genevoise de 1876.

I. Le dépôt du projet de loi 9346 et la position du Conseil d'Etat

La loi sur les cimetières remonte à 1876. C'est aussi dire si elle est datée ! Des modifications en 1997 et 1999 n'en ont pas altéré les principes posés au XIX^e siècle, à savoir le caractère municipal et laïc des cimetières.

Deux avis de droit récents² ont conduit le Conseil d'Etat à reconsidérer cette question en réaffirmant la laïcité des cimetières municipaux, accessibles aux défunts de toutes les confessions, et « donc également les juifs et les musulmans qui le souhaitent »³, et en admettant la possibilité « d'autoriser la création de cimetières confessionnels distincts des cimetières municipaux aux strictes conditions que l'autorisation d'inhumer reste du ressort de l'autorité

² Voir l'avis de droit annexé (Annexe 1) donné par le professeur Claude Rouiller, ancien président du Tribunal fédéral, janvier 2003, 72 p., et l'article (Annexe 2), de la Revue de droit administratif et de droit fiscal rédigé par le professeur Andreas Auer, *L'interdiction cantonale des cimetières particuliers et des carrés confessionnels à la lumière de la Constitution fédérale*, n° 2, 2003, pp. 162-199, sur la base d'un avis de droit rendu à la demande de la Communauté israélite de Genève.

On remarquera que l'article précité se réfère aux cimetières particuliers, et non privés (note du rédacteur).

³ Cf. PL 9346, p. 5.

civile et que le règlement de cimetière soit approuvé par le Conseil d'Etat »⁴. Cette réaffirmation de la haute surveillance exercée par l'Etat est notamment motivée par la crainte que « des courants minoritaires (ne) soient exclus, comme il convient d'éviter la multiplication des cimetières en fonction des différentes sensibilités religieuses au sein d'une même communauté »⁵. Elle s'entend aussi quelle que soit la nature juridique du cimetière confessionnel, privée ou publique.

Le Conseil d'Etat indique aussi avoir procédé à une consultation sur ses intentions initiales. Dans les faits, seules deux communautés religieuses sont concernées : la juive et la musulmane ; elles ont évidemment fait part de leur accord avec les propositions du Conseil d'Etat. Mais les autres communautés religieuses, les communes et les partis politiques ont aussi fait part de leurs positions, résumées dans l'annexe du PL 9346. « Les avis sont très largement favorables, à l'exception de l'opposition de principe du parti radical, les oppositions de l'Association des communes genevoises et du parti démocrate-chrétien relevant quant à elles plutôt d'une crainte que l'Etat n'intervienne dans un domaine de compétence municipale »⁶. D'où la modification introduite dans le projet de loi finalement déposé qui dispose que la commune concernée par un tel cimetière doit avoir donné son accord préalable (art. 13). Il est encore à relever que la solution proposée permet à la Ville, qui approuve le projet de loi, de maintenir ou de créer un carré confessionnel dans la partie de son territoire dédiée aux cimetières.

Du côté des partis politiques favorables, dont le résumé des réponses est aussi annexé au PL 9346, on notera que le parti socialiste considère que « les carrés confessionnels constituent une alternative possible »⁷ ; on trouvera dans le rapport de minorité de ses commissaires des développements à cet égard. Pour sa part, l'UDC souhaite que le nombre de cimetières confessionnels soit limité à un par communauté concernée. Le parti libéral rappelle enfin que le caractère permanent des tombes n'est pas compatible avec l'ordre juridique suisse, un point qui fera l'objet de précisions herméneutiques en commission.

Le Conseil d'Etat relève encore que le projet de loi 9346 répond à la motion 1468⁸.

⁴ Id., p. 4.

⁵ Id., p. 6.

⁶ Id., p. 5.

⁷ Id., p. 8.

⁸ Voir l'annexe 3.

En conclusion, le point est essentiel, « le Conseil d'Etat est d'avis que la possibilité de créer des cimetières confessionnels respectera les exigences que pose la Constitution fédérale en matière de liberté religieuse »⁹, tout en évitant toute dérive sectaire, avec ses dangers pour l'ordre public.

II. La solution neuchâteloise

Seul autre canton suisse à connaître aussi la séparation de l'Eglise et de l'Etat et le principe de laïcité, Neuchâtel a adapté, en 2003, sa loi sur les sépultures de 1894¹⁰. A ce titre, la voie choisie par ce canton mérite une mention spécifique dans ce rapport. Son Grand Conseil y a répondu favorablement à un projet de loi du Conseil d'Etat qui reprenait, dans sa substance, les propositions contenues dans un rapport établi par la Communauté de travail pour l'intégration des étrangers (CTIE).

L'idée à la base du rapport du Conseil d'Etat est « d'introduire une possibilité, au choix des communes et avec l'accord de l'Etat, de créer dans les cimetières publics neuchâtelois des quartiers pour des inhumations de longue durée »¹¹. Il s'agit de donner une réponse aux demandes de la population musulmane « appropriée et nuancée aux nouveaux enjeux posés par l'enterrement des défunts » en offrant « d'aménager un quartier pour des inhumations de longue durée – deux ou trois générations – tout en respectant les principes de rotation des tombes et d'enterrement à la ligne ». Le Conseil d'Etat neuchâtelois reconnaît que la loi en vigueur « ne tient pas compte du paysage pluriconfessionnel contemporain », et notamment de la forte augmentation de la population musulmane, « le principal groupe religieux minoritaire » du canton. A noter que les juifs

⁹ Id., p. 6.

¹⁰ On notera ici que tous les cantons suisses confrontés à des demandes juives et/ou musulmanes permettent la création soit de cimetières confessionnels, soit de carrés confessionnels, plusieurs, dont Zurich, autorisant les deux options (note du rédacteur).

¹¹ Voir l'annexe 4a : Communiqué de presse de la Chancellerie d'Etat de la République et canton de Neuchâtel, « Laïcité et pluralisme confessionnel : quelles sépultures pour les défunts musulmans ? », 7 février 2003.

On relèvera que le communiqué de presse neuchâtelois attribue au canton de Genève la possibilité connue par la seule Ville de permettre des carrés confessionnels depuis 1978 (note du rédacteur).

Voir aussi l'annexe 4b : « Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil neuchâtelois à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi sur les sépultures (Inhumation de longue durée) », du 28 avril 2003 (03.013), pp. 1-9.

disposent depuis 1872 d'un cimetière privé aux Eplatures, près de La Chaux-de-Fonds, antérieur donc à la loi de 1894¹².

Le Grand Conseil neuchâtelois a adopté ledit projet de loi, relevant de l'application du principe de la liberté religieuse tout en respectant pleinement le principe de laïcité, le 24 juin 2003, par 69 voix¹³ contre 36.

III. Les avis de droit des professeurs a) C. Rouiller et b) A. Auer

a) Rendu à la demande de la Ville de Genève et traitant plus spécifiquement des carrés confessionnels, l'avis de droit donné en 2003 par le professeur Claude Rouiller, ancien président du Tribunal fédéral, pose notamment la question de savoir si le droit supérieur impose de tenir compte des demandes juive et musulmane en matière de sépulture¹⁴. Cette question a été abordée sous l'angle de la liberté de religion garantie, avec un degré identique de protection, par l'article 15 de la Constitution fédérale, l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle a été abordée en se référant i) à la définition de la liberté de religion et de ses limites, ii) à ses rapports avec le droit à une sépulture décente et iii) avec les carrés confessionnels.

i) La liberté de religion est à comprendre sous l'angle de la liberté de conviction et de profession de sa religion, mais aussi, en tant qu'elle se confond avec le droit à la dignité humaine, sous l'angle du « droit d'accomplir les rites funéraires prescrits par (sa religion) »¹⁵. L'Etat ne peut intervenir dans l'exercice de cette liberté ; il doit cependant permettre pratiquement son exercice (congés spéciaux pour ses employés, repas adaptés pour les prisonniers). La liberté de religion est toutefois limitée, notamment dans ses manifestations extérieures, par la défense de l'intérêt public, la protection d'un droit fondamental d'autrui, l'existence d'une base légale et le respect du principe de proportionnalité. L'absence de toute mention de la liberté de religion dans la Constitution genevoise n'est pas pertinente, la Constitution fédérale, en son article 35, obligeant les autorités publiques à contribuer au respect des droits fondamentaux.

¹² Avant 1872, les inhumations de juifs neuchâtelois avaient lieu à Bâle.

Cf. Rapport de la CTIE, février 2002, pt. 3.1.

¹³ Dont les voix radicales (note du rédacteur).

¹⁴ Cf. l'annexe 1 bis, « Résumé de l'avis de droit rendu par le professeur Claude Rouiller », établi par la Ville de Genève, mars 2003, 6 pp.

¹⁵ Cf. l'annexe 1, p. 23.

ii) Le droit à une sépulture décente, objet de plusieurs recours au Tribunal fédéral, figurait à l'article 53, alinéa 2, dans la précédente Constitution fédérale de 1874. Ce n'est plus le cas dans l'actuelle, du 18 avril 1999. En réalité, il fait partie du droit à la dignité humaine dont les effets s'étendent après le décès. Le TF n'a pas exclu pour une commune de répondre à des demandes spécifiques en matière d'inhumation, sous réserve que les régimes spéciaux répondent à l'exigence du droit à l'égalité. **La question fondamentale est donc de savoir comment combiner droit à une sépulture décente, liberté de religion et droit à l'égalité entre personnes de religions différentes. A cet égard, « la liberté de religion protège de manière primordiale les rites funéraires et les modes de sépulture dans toute leur diversité »**¹⁶. Il y a en l'espèce convergence entre droit à la dignité humaine, incluant le droit à une sépulture décente, et exercice de la liberté de religion. Des restrictions peuvent toutefois y être mises par l'Etat, pour autant qu'elles soient proportionnées et justifiées.

iii) Concrètement, le droit à une sépulture décente s'exprime usuellement par une inhumation « à la ligne », sans distinction d'origine ni de religion. L'Etat est légitimé à légiférer pour assurer la meilleure gestion possible de l'espace des cimetières. Ce qui « n'est pas de nature à violer le droit à la dignité humaine ou à entraver l'exercice non discriminatoire de la liberté de religion. Il en irait peut-être autrement s'il n'était pas possible d'y déroger pour satisfaire les besoins légitimes des membres de communautés religieuses minoritaires »¹⁷. Des limites à l'exercice de la liberté de religion sont possibles, mais des exceptions doivent être permises. Les concessions payantes en sont un exemple en droit genevois. La demande de carrés confessionnels en constitue un autre. L'avis de droit est catégorique :

« Les carrés confessionnels (...) sont l'un des moyens de satisfaire les besoins spirituels légitimes des membres des communautés confessionnelles minoritaires (...) »¹⁸.

Examinant la question des cimetières privés, l'avis conclut qu'ils seraient admissibles à la condition de respecter l'égalité devant la loi et d'offrir une prestation identique à toutes les communautés religieuses qui le demanderaient. L'avis considère toutefois qu'ils pourraient être ressentis par une majorité de la population comme « un indice de cloisonnement, volontaire ou non ».

¹⁶ Id., p. 54.

¹⁷ Id., p. 65.

¹⁸ Id., p. 66.

Le regroupement des tombes sur une base religieuse étant reconnu comme un moyen de satisfaire les exigences posées par la liberté de religion, reste à savoir si la laïcité « à la genevoise » peut l'entraver. Plus qu'à la laïcité, non définie, l'avis se réfère à la neutralité religieuse de l'Etat destinée à favoriser la paix confessionnelle et la tolérance et qui permet, par exemple, la pose de symboles religieux dans les cimetières. **« La laïcité (...) ne saurait apporter à la pratique de la religion des limitations plus graves que celles que permet le droit fédéral »**¹⁹. **L'Etat a donc le devoir de répondre aux demandes des communautés juive et musulmane dans le respect de la liberté de religion et des autres normes juridiques** (sécurité publique, protection de l'ordre, de la santé et de la morale publics, protection des droits fondamentaux).

En conclusion, selon cet avis, « la législation genevoise sur les cimetières, interprétée conformément à la Constitution fédérale, ne commande pas que toute manifestation extérieure de l'appartenance religieuse soit bannie de l'enceinte des cimetières publics »²⁰. Parmi ces manifestations, l'avis cite le regroupement confessionnel qui « s'inscrit parfaitement dans le contexte des principes qui ont conduit le constituant historique à décréter (...) que le droit de disposer des lieux de sépulture appartient à l'autorité civile et que chacun a le droit d'être enseveli de manière décente »²¹.

« La Ville ne peut, sans violer ces garanties constitutionnelles²², écarter d'un revers de main les prétentions des communautés religieuses minoritaires tendant à pouvoir accomplir, individuellement ou en commun, leur rites dans l'enceinte des cimetières publics »²³. Toutefois, elle serait en droit de refuser certaines demandes, telles la délégation de la gestion d'un carré confessionnel à une autorité religieuse, l'octroi de concessions perpétuelles, l'exigence d'une terre vierge de toute inhumation antérieure, la création d'un accès distinct, l'interdiction d'accès à certains visiteurs.

Enfin, l'avis, par référence à la Constitution fédérale, conforte la Ville, agissant sous la surveillance du canton, quant à l'autonomie dont elle dispose d'aménager des carrés confessionnels au sein des cimetières publics, au motif qu'elle ne tend qu'à mieux concrétiser les droits fondamentaux.

¹⁹ Id., p. 18.

²⁰ Id., p. 71.

²¹ Id., p. 72.

²² L'avis se réfère au droit à la liberté humaine, à la liberté de religion et au droit à l'égalité.

²³ Id., p. 73.

b) L'article du professeur Andreas Auer présente tout d'abord i) un historique de la loi genevoise de 1876 sur les cimetières, ii) de la Constitution fédérale de 1874, comme des modifications ultérieures iii) de la loi genevoise, iv) de l'évolution du contexte constitutionnel et v) de la nouvelle Constitution sous les trois angles de la liberté de religion, du droit à une sépulture décente et de l'interdiction des discriminations fondées sur la religion, qu'il fait suivre d'un très bref aperçu de la situation prévalant dans d'autres cantons. Il examine ensuite vi) la constitutionnalité de la loi de 1876 pour en tirer vii) des conséquences et une conclusion. Celle-ci sera « sans surprise » :

« La loi genevoise sur les cimetières viole à plusieurs égards la Constitution fédérale »²⁴.

i) L'historique de la loi genevoise de 1876 est intéressant par le rappel, dans un contexte marqué par le Kulturkampf et une Constitution fédérale anticléricale, des intentions du législateur. Primo, il ne s'agissait pas d'interdire les cimetières privés, mais de consacrer le droit des communes d'exercer un droit de surveillance sur les lieux de sépulture, « le but fondamental de la loi », selon le rapporteur, que ces lieux soient publics ou privés ; toutefois, l'interdiction fut introduite au fil des débats, à l'exception du cimetière juif de Carouge. Secundo, il convenait d'abolir toute distinction fondée sur le culte lors des inhumations. Et donc des carrés confessionnels, pour s'exprimer avec des termes contemporains.

A noter que le conseiller d'Etat (radical) Chalumeau fit part de son désaccord avec l'obligation d'inhumation dans des cimetières communs, que le conseiller d'Etat (radical) Carteret proposa, sans succès, une enquête pour savoir si, « chez nos Confédérés, les Israélites sont enterrés dans un cimetière commun ; si cela existe, nous ferions bien de le faire. Mais si cela ne se fait pas, nous ne devons pas forcer la population juive (...)»²⁵, et que le député (libéral) Ador voulut une exception en faveur des défunts juifs.

ii) Quel rôle attribuer à la toute nouvelle Constitution fédérale dans la genèse de la loi genevoise ? Certes, tant le droit à une sépulture décente (art. 53) que les libertés de conscience et de croyance (art. 49 et 50) sont garanties par la Constitution de 1874. Concernant la première, l'article rappelle que « ni le Conseil fédéral, ni la doctrine n'ont déduit de l'article 53, alinéa 2a Cst. une interdiction absolue des cimetières privés (...)»²⁶. Cependant, s'agissant des secondes, il convient de les relativiser, car la

²⁴ Cf. l'annexe 2, p. 163.

²⁵ Id., p. 166.

²⁶ Id., p. 173.

liberté de conscience et de croyance tempérait « à grand-peine le caractère fortement anticléricale de la Constitution. Plutôt que de protéger les croyants, elle visait principalement à affaiblir la confession catholique. Pas étonnant que, lors des débats qui ont conduit à l'adoption de la loi genevoise sur les cimetières, les articles 49 et 50 a Cst. ont été, pour ainsi dire, superbement ignorés »²⁷.

Ainsi, l'interdiction genevoise des cimetières particuliers (à l'exception de celui de Carouge) et des carrés confessionnels est considérée par l'auteur comme n'étant ni imposée par la Constitution fédérale, ni contraire à cette dernière, les cantons conservant la possibilité de les interdire. Une large marge d'interprétation leur était ainsi accordée.

iii) Il fallut attendre 1997 pour assister à une révision de la loi de 1876 où la discussion porta sur la laïcité. Pour la renforcer : l'article 4 fut complété par un alinéa 3, stipulant que « les emplacements sont attribués sans distinction d'origine ou de religion ». « Le législateur de 1997 a clairement donné la préférence à l'ordre public sur des considérations relatives à la liberté religieuse qui apparaissent pour la première fois, mais en filigrane seulement, dans le rapport »²⁸. Les revendications de la communauté musulmane, s'ajoutant à celles, plus anciennes, de la communauté juive, continuent donc de le céder à l'affirmation du principe de laïcité.

iv) Un siècle après l'adoption de la Constitution fédérale de 1874, la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), et notamment de son article 9, a permis de réinterpréter la garantie constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance. Toutes les religions peuvent désormais se prévaloir de l'article 49 a Cst. Quant à la jurisprudence, elle a admis que les restrictions que l'Etat peut apporter à la liberté religieuse doivent être examinées sous l'angle de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité.

v) Les grands changements furent en fait apportés par la nouvelle Constitution fédérale de 1999. La liberté de religion, ou de conscience et de croyance (art. 15), en sortit mieux définie ; certaines restrictions concernant la non-éligibilité des ecclésiastiques en furent supprimées, ce qui s'ajoutait à la suppression populaire de l'article sur les évêchés. Le droit à une sépulture décente est désormais rendu plus allusif en tant qu'il est compris comme un élément de la protection de la dignité humaine (art. 7), ce qui fait qu'« il n'est dès lors pas nécessaire de reprendre ce droit », comme l'écrit le Conseil fédéral dans son message. Avec pour conséquence, note l'article, que la

²⁷ Id., p. 173.

²⁸ Id., p. 175.

Constitution ne mentionne désormais plus que seules les autorités civiles ont le droit de disposer des lieux de sépulture. En revanche, la nouvelle Constitution « renforce le principe général d'égalité (art. 8, al. 1) et l'interdiction de l'arbitraire (art. 9) par une interdiction spécifique des discriminations qui sont fondées, notamment, sur « les convictions religieuses » (art. 8, al. 2) »²⁹. La doctrine, référencée dans l'article cité, considère que cette disposition accorde une protection spécifique aux minorités religieuses. Mais le Tribunal fédéral (TF) n'a pas encore eu l'occasion d'en préciser la portée. Définissant la discrimination comme une inégalité de traitement qualifiée, l'article ajoute que :

« La Constitution fédérale n'interdit pas seulement les discriminations directes (...), mais aussi les discriminations indirectes (...). Pour le Tribunal fédéral, il y a discrimination indirecte lorsqu'une réglementation, qui ne comporte par d'inconvénient manifeste pour un groupe protégé spécifiquement contre la discrimination, entraîne dans ses effets pratiques un désavantage particulièrement lourd pour les membres de ce groupe, sans que cela soit justifié par les faits »³⁰.

Pour conclure, avec une doctrine unanime, que, de façon inversement proportionnelle au renforcement de la liberté religieuse, la marge de manœuvre des cantons et des communes accordée par la Constitution de 1874 a diminué. « La constitutionnalité de la loi genevoise de 1876 doit être appréciée à la lumière de ces nouvelles exigences, ce que ni la jurisprudence du Tribunal fédéral, ni la doctrine n'ont à ce jour eu l'occasion de faire »³¹.

vi) Au vu de ce qui précède, l'examen – ou plutôt l'exécution ! – de la constitutionnalité de la loi genevoise de 1876 peut commencer sous les mêmes angles de la liberté de religion, du droit à une sépulture décente et de l'interdiction des discriminations.

- **L'atteinte à la liberté religieuse « ne fait pas de doute »³².** C'est ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral³³ reconnaît les règles d'inhumation juives, dont l'interdiction absolue de déterrer les morts,

²⁹ Id., p. 179.

³⁰ Id., p. 180.

³¹ Id., p. 181.

Pour autant, bien entendu, que le législateur genevois décide de ne rien décider, avec les risques qui en découlent pour ceux qui prendraient la responsabilité de refuser l'adaptation de la loi sur les cimetières proposée par le Conseil d'Etat ! (note du rédacteur).

³² Id., p. 182.

³³ Voir ATF 125 I 300, 307, Abd-Allah Lucien Meyers.

comme il est admis par le TF que les morts des cimetières publics sont enterrés pour une durée limitée, le TF précisant même qu'une sépulture permanente violerait le principe d'organisation des cimetières publics par tour régulier. « Il s'ensuit que si les personnes juives ou musulmanes (...) étaient contraintes de se faire inhumer dans les cimetières publics du canton, elles subiraient une atteinte directe dans leur liberté religieuse telle que garantie par l'article 15 de la Constitution fédérale, respectivement l'article 9 CEDH »³⁴. Les exceptions à l'interdiction légale des cimetières privés, notamment juifs, n'en atténuent la rigueur que dans les cantons qui les autorisent expressément. Mais pas à Genève qui, en 1920, a prévu une réglementation pour le moins singulière obligeant les tombes juives du cimetière de Veyrier-Etrembières à se trouver sur sol français. « **Cette réglementation constitue en elle-même une preuve irréfutable de l'existence d'une atteinte à la liberté religieuse** »³⁵. La bienveillance des autorités françaises a facilité « l'ombre d'hypocrisie » genevoise.

« Dans ces circonstances, il apparaît que la réglementation genevoise des cimetières, dont l'interdiction des cimetières particuliers constitue le pilier, porte bel et bien (sic !) atteinte, en droit et en fait, à la liberté religieuse des personnes de religion juive »³⁶.

L'atteinte est même particulièrement grave, selon l'article qui se livre à un examen de cette interdiction notamment sous l'angle du principe de la proportionnalité. Il suffit de rappeler ici que, pour le TF, le fait d'empêcher, par refus de dispense scolaire, la participation à une fête religieuse équivaut à une atteinte grave à la liberté de religion. L'article souligne qu'**il en va de même pour « l'interdiction de toute distinction religieuse dans les cimetières publics, qui proscrie ce qu'il est convenu d'appeler les carrés confessionnels »**³⁷. A noter que ces derniers ne font pas disparaître l'atteinte à la liberté religieuse dans la mesure où ils ne résolvent pas la question, *stricto sensu*, de la permanence et de l'inviolabilité des sépultures.

L'atteinte est encore injustifiée du point de vue de l'intérêt public. Ce qui est confirmé par l'examen des trois critères exigés pour justifier une atteinte aux libertés. Certes, une base légale existe, à savoir la loi de 1976. Mais ni l'intérêt public ni le principe de la proportionnalité ne la

³⁴ Cf. l'annexe 2, p. 183.

³⁵ Id., p. 184.

³⁶ Id., p. 184.

³⁷ Id., p. 186.

justifient. L'intérêt public – en l'occurrence le maintien de la paix religieuse – d'abord. C'est un critère essentiellement politique qui est donc fonction des circonstances. Or le Kulturkampf est loin. L'article ajoute qu'objectivement, « **il paraît difficile de soutenir qu'aujourd'hui encore, l'établissement de cimetières particuliers ou la création de carrés confessionnels dans les cimetières publics puisse troubler à tel point la paix religieuse que le maintien de l'interdiction se justifie et s'impose** »³⁸.

Il faudrait un risque réel de perturbation. Or « seul un intérêt public actuel et concret peut justifier une atteinte aux libertés »³⁹. Cet intérêt public n'existant pas ou plus, l'atteinte est inconstitutionnelle, ce qui dispense d'examiner la pertinence d'une autre mesure.

En passant, l'article relève que **la laïcité de l'Etat, telle qu'on la retrouve dans la loi de 1876, n'est pas neutre**, « tant il est vrai que les règles relatives à l'inhumation à la file et à la durée limitée des concessions correspondent pratiquement aux seules convictions religieuses chrétiennes »⁴⁰. « De telle sorte que l'intérêt public au maintien de la paix religieuse peut être interprété aujourd'hui, dans le canton de Genève, comme obligeant l'Etat, dans la réglementation des cimetières, à tempérer l'exigence de laïcité, à prendre en considération les convictions des communautés religieuses ayant une certaine importance au sein de la population et donc à revoir le régime d'interdiction adopté il y a plus de 125 ans »⁴¹.

L'atteinte est enfin disproportionnée. Au sens restreint de la règle de proportionnalité, la loi de 1876 ne satisfait pas aux exigences de la Constitution fédérale dans la mesure où elle ne prévoit aucune dérogation concernant des circonstances concrètes l'exigeant. Elle a ainsi été contournée en 1920 pour le cimetière de Veyrier-Etrembières et violée en 1979 par le carré du cimetière du Petit-Saconnex, sans compter certaines autres violations. La composition religieuse de la population genevoise et les rapports entre les religions ayant fortement changé depuis 1876, « **en tentant d'imposer une (fausse) cécité religieuse, la loi de 1876, dans sa fière rigueur, est devenue un exemple-type d'une norme démesurée, disproportionnée et donc contraire à ce minimum de souplesse que la**

³⁸ Id., p. 187.

³⁹ Id., p. 187.

⁴⁰ Id., p. 188.

⁴¹ Id., p. 189.

Constitution fédérale exige du législateur, particulièrement lorsqu'il intervient dans le domaine des libertés »⁴².

- Quoique non spécifiquement repris par la Constitution de 1999, **le droit à une sépulture décente** conserve une portée propre en tant que garantie de l'Etat de droit. Or, « lorsque des minorités culturelles et religieuses relativement importantes chérissent et défendent d'autres conceptions de décence et de dignité humaine, divergentes de celles « de chez nous », l'interprétation du droit constitutionnel à une sépulture décente se doit de tenir compte de ces conceptions divergentes »⁴³. Ce droit, incontesté, oblige l'Etat à offrir une prestation positive en tant que propriétaire ou administrateur de cimetières avec des règles à la clé, tel l'enterrement à la ligne, et en tant qu'autorité de surveillance des cimetières particuliers, pour éviter toute discrimination. En ce sens, la législation genevoise est contraire au droit à une sépulture décente, garanti par la Constitution fédérale via la garantie de la dignité humaine, car **ce droit « ne peut plus aujourd'hui être interprété unilatéralement dans un sens laïc, mais en relation avec la liberté religieuse, de façon à permettre à des adeptes de religions minoritaires relativement bien représentées dans la population d'être enterrés selon leur propre culte »⁴⁴.**
- Enfin, sous l'angle de **l'interdiction des discriminations fondées sur l'appartenance religieuse**, l'enterrement à la ligne et l'ouverture des tombes à l'expiration des concessions posent problème. **En apparence neutres, elles discriminent les défunts de certaines religions⁴⁵, ce qui en fait un exemple de discrimination indirecte qui est inconstitutionnelle au regard de l'article 8, alinéa 2, sauf si des circonstances spécifiques pouvaient la justifier.**

L'article en profite pour lancer une pique juridique contre le discours **discrimination inversée**, basée sur le reproche fait par certains aux fidèles juifs ou musulmans de refuser d'enterrer leurs morts aux côtés des mécréants et autres infidèles. « L'interdiction constitutionnelle des discriminations ne déploie ses effets que dans les rapports verticaux entre les autorités et les particuliers : c'est l'Etat qui doit s'abstenir d'agir de façon discriminatoire envers les particuliers. Quant à ceux-ci, ils ne sont point liés par le principe d'égalité, ni par l'interdiction des

⁴² Id., p. 190.

⁴³ Id., p. 193.

⁴⁴ Id., p. 193.

⁴⁵ Voir *supra*, p. 13.

discriminations. Au contraire, il leur est loisible d'agir et de se comporter selon le « libre arbitre de l'autonomie privée »⁴⁶.

L'article relève encore que le TF ajoute, au sujet de l'**intégration** des étrangers qui les obligerait, selon certains, à accepter la laïcité des cimetières, que « le principe d'intégration ne comporte pas de norme juridique qui leur imposerait des restrictions disproportionnées à leurs convictions religieuses ou philosophiques »⁴⁷.

vii) La messe est dite ! **Et les conséquences sont importantes pour Genève.** Dès lors qu'une loi cantonale en vigueur est contraire à la Constitution, au droit fédéral ou encore au droit international, elle doit être modifiée en vertu de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst) et du droit international (art. 5, al. 4 Cst). **Toutes les dispositions inconstitutionnelles doivent donc être éliminées de la loi genevoise sur les cimetières de 1876. De plus, dans l'entre-temps, elle ne doit plus être appliquée,** en vertu de la force dérogatoire du droit fédéral, au risque de voir annulées les décisions qui seraient prises en se fondant sur ladite loi. Concrètement, « le Conseil d'Etat et ses départements, de même que les conseils administratifs des communes, ne peuvent refuser d'entrer en matière sur une demande d'établissement d'un cimetière particulier ou de création d'un carré confessionnel qui leur serait adressé par une communauté religieuse »⁴⁸. Et même le fait d'avoir engagé des travaux pour réviser la loi ne peut suspendre *sine die* les éventuelles demandes. Et l'article d'avancer que « **la marge du législateur de 2003 sera nettement plus restreinte que celle dont jouissait le législateur de 1876. S'agissant de l'établissement de cimetières particuliers, il ne pourra plus s'y opposer sur le principe** »⁴⁹.

En conclusion, l'interdiction à Genève depuis 1876 des cimetières confessionnels était certes conforme à la Constitution fédérale de 1874. Elle ne l'est plus à celle de 1999 en ce qu'elle viole la liberté de religion, qu'elle ne respecte pas le droit à une sépulture décente et qu'elle engendre des discriminations fondées sur les convictions religieuses. Une révision s'impose. Dans cette attente, la loi de 1876 n'est plus applicable.

⁴⁶ Id., p. 195.

⁴⁷ Id., p. 196.

⁴⁸ Id., p. 198.

⁴⁹ Id., p. 198.

IV. Les travaux de la commission

1. Séance du 2 novembre 2004 consacrée à

l'organisation des travaux

Des propositions d'audition sont faites afin de mieux comprendre non seulement les positions des communautés religieuses genevoises, mais aussi les aspects liés à leur intégration et à l'histoire de la loi en vigueur. L'attention des commissaires est aussi attirée sur les solutions adoptées tant par le canton de Vaud que par celui de Neuchâtel, voire par la France « républicaine et laïque ».

Un doute est émis par un commissaire (AdG) sur l'urgence de modifier la loi au motif de respecter la Constitution fédérale, mais au risque de troubler l'équilibre de l'opinion sur la question des cimetières confessionnels.

Le rapporteur de majorité rappelle l'urgence de trouver une solution pratique pour les communautés religieuses concernées, notamment pour la communauté juive, car des inhumations au cimetière de Veyrier-Etrembières se font désormais sur deux étages, par souci de gérer la rareté de l'espace encore disponible !

2. Séance du 9 novembre 2004 incluant les auditions de

a) l'ACG et

b) la Ville de Genève

a) Accompagné de son secrétaire général adjoint, M. Alain Rüsche, le président de l'Association des communes genevoises (ACG), M. Pascal Chobaz précise la position de l'ACG dont un résumé est distribué en séance, et notamment le fait que des solutions pragmatiques sont généralement trouvées par les communes en matière d'inhumation. D'où l'accueil négatif de l'ACG qui ne voyait pas ce point reflété dans le projet initialement soumis par le Conseil d'Etat et qui « explique largement l'accueil négatif »⁵⁰ de l'ACG, vingt communes l'ayant refusé et seize l'ayant accepté. Le projet de loi 9346 ne peut en revanche qu'être salué à cet égard, « puisqu'il confère une autorité décisionnelle aux communes ». La question de la durée des concessions doit encore trouver une réponse acceptable pour l'ordre juridique suisse.

Répondant à la présidente (Ve) et à un commissaire (R), le président de l'ACG ne peut toutefois se prononcer sur l'incidence de la teneur actuelle de

⁵⁰ Les citations dorénavant mises entre guillemets renvoient aux propos tenus par les divers intervenants au fil des séances, sauf mention spécifique indiquant une autre source, et relevés dans les procès-verbaux de séance.

l'article 13 quant à la position des communes à l'égard du projet de loi 9346. Le secrétaire général adjoint relève que « la revendication des communes est à présent satisfaite puisque ces dernières ont un droit de veto ».

M. Chobaz relève encore qu'« il est nécessaire d'envisager les carrés confessionnels au niveau de la région et non au niveau communal ».

A la question d'un commissaire (AdG), il précise que « des carrés confessionnels existent déjà de manière non officielle ». De plus, selon M. A. Rütsche, « de nombreuses personnes préfèrent se faire enterrer dans leur pays », une option qui semblerait retenue par nombre de musulmans.

b) Représentant la Ville de Genève, M. Manuel Tornare, conseiller administratif, relativise l'importance du problème posé par le projet de loi 9346. Il indique qu'en 2002, plus de 11 000 juifs et musulmans habitaient en ville. Il précise qu'en 1982, un carré confessionnel a été ouvert par M. Guy-Olivier Segond, dont on rappellera qu'il était alors magistrat représentant le parti radical au sein du Conseil administratif de la Ville ; ce carré est désormais plein. Concernant la durée des concessions, elle est de 33 ans, renouvelable deux fois, soit un total de 99 ans. A son avis, « la liberté confessionnelle est préférable à la laïcité vieille du XIX^e siècle ».

En substance, il lui paraît, comme à la présidente (Ve) que les carrés confessionnels sont mieux en mesure de permettre un contrôle des rites d'inhumation. Il ajoute que Berne, Neuchâtel, Bâle et Zurich ont octroyé des carrés confessionnels sans que cela ne crée de problèmes, et qu'il ne comprend pas pourquoi cela ne serait pas possible à Genève, cité internationale. Il souligne que les deux avis de droit mentionnés *supra* le confortent dans sa position. Il remarque *in fine* qu'il est pour le moins délicat de remettre en cause des pratiques d'inhumation vieilles de plusieurs milliers d'années.

A la mention par le magistrat municipal du cimetière des Rois, le rapporteur de majorité remarque que les tombes y bénéficient d'une concession non limitée dans le temps. En fait, un collaborateur de la Ville précise que la concession y est de 99 ans, renouvelable.

Répondant à un commissaire (PDC), M. Tornare conteste que les cimetières municipaux où existeraient des carrés confessionnels soient destinés à une suroccupation en raison de la longueur des concessions, car, parallèlement, les défunts catholiques, protestants ou sans religion sont de plus en plus nombreux à se faire incinérer, ce qui limite les besoins spatiaux.

Il précise pour un commissaire (Ve) que l'inhumation sans cercueil n'est pas acceptée.

Il ajoute encore que l'ambassadeur de Suisse auprès des organisations internationales à Genève lui a signalé que « les réticences de Genève en matière de carrés confessionnels n'étaient pas bonnes pour la Suisse ».

En résumé, l'ACG considère que le projet de loi 9346 représente une avancée sensible par rapport à un projet initial, dans la mesure où un droit de veto est conféré aux communes en cas de création d'un cimetière confessionnel. Pour sa part, la Ville exprime une préférence pour les carrés confessionnels.

3. Séance du 16 novembre 2004 incluant l'audition du président du DAEL

D'emblée, le président du DAEL, M. Laurent Moutinot, deux fois rapporteur de majorité des projets de loi ayant modifié la loi sur les cimetières lorsqu'il était député, précise être un défenseur de la laïcité. Il rappelle les demandes réitérées des communautés juive et musulmane en matière de cimetières confessionnels, la volonté de la Ville de leur donner satisfaction, les avis de droit de MM. Auer et Rouiller ainsi que la position juridique du canton, « difficilement tenable » car « une cour de justice pourrait le contraindre à prendre des dispositions ». Il précise que des juifs et musulmans particulièrement religieux ne sont pas enterrés en territoire suisse.

De son point de vue, la laïcité des cimetières municipaux doit être conservée, mais qu'« il est nécessaire de trouver des solutions satisfaisantes pour toutes les attentes spirituelles » ; la proposition du Conseil d'Etat en est un exemple. Il précise que les cimetières privés lui semblent préférables aux carrés confessionnels dans les cimetières municipaux, car ils permettent la conservation de la laïcité en évitant la rencontre de cortèges funèbres de rites différents. Il signale l'absence de requêtes en provenance d'autres confessions. Il souhaite que cette question ne se transforme pas en un objet de polémiques, ni en enjeu électoral.

A la demande du rapporteur de majorité, il précise que le manque de place a certes motivé le dépôt du projet de loi du Conseil d'Etat, mais que l'hypothèse d'un arrêt du Tribunal fédéral a joué un rôle décisif.

La présidente (Ve) considère que le projet de loi 9346 ne permet pas l'existence de carrés confessionnels dans les cimetières municipaux. Elle souhaite donc qu'il soit complété. Le président du DAEL rétorque que la gestion des carrés n'y est pas simple, un avis que ne partage pas le fonctionnaire de la Ville, souligne-t-elle.

Un commissaire (S) craint davantage les aspects communautaristes liés aux cimetières confessionnels qu'aux carrés. Il souhaite que le projet de loi 9346 soit précisé.

Le chef du DAEL indique avoir précisé à M. Tornare qu'« une partie de cimetière (municipal) pourrait être octroyée à une confession », qu'il n'est envisageable de n'avoir qu'un cimetière par religion demanderesse, et qu'il est possible de préciser le projet de loi 9346.

Préférant s'exprimer en termes de neutralité de l'Etat afin de garantir la tolérance confessionnelle – ce qui ne pose pas de problème sémantique au conseiller d'Etat –, un commissaire (AdG), relevant que les avis de droit signalent que la laïcité n'est pas précisément définie, demande que soit mieux cerné le concept de cimetière laïc dans l'esprit du Conseil d'Etat. Pour le conseiller d'Etat, il s'agit des cimetières municipaux, idéalement « un peu moins chrétiens qu'actuellement ». Le rapporteur de majorité complète cette approche en disant qu'un cimetière laïc est « un lieu où peuvent cohabiter les vivants de différentes religions », avec la précision que de tels lieux sont majoritairement chrétiens à Genève, ajoute le conseiller d'Etat.

Un commissaire (Ve) s'interroge sur la possibilité pour l'Etat d'imposer la non-pérennité des tombes dans des cimetières privés. Le conseiller d'Etat renvoie au délai maximal légal de 99 ans. Le même poursuit sur la possibilité d'un refus par une communauté d'inhumer dans son cimetière une personne de la même religion. Un risque exclu pour le conseiller d'Etat. Il est relevé que le projet de loi 9346 est laconique sur ce point. Un commissaire (AdG) ayant toutefois relevé au cours de l'audition que la communauté juive a déjà proposé un projet de règlement, on peut en déduire qu'il s'agit là de questions qui feront l'objet de précisions lors de la rédaction du règlement.

Un commissaire (PDC) relève que plusieurs rites cohabitent actuellement dans les cimetières municipaux, qu'il n'est pas nécessaire de prévoir des barrières physiques dans un cimetière municipal entre les carrés, pas même une haie de thuyas ; il se demande surtout quelle solution sera donnée à un habitant d'une petite commune souhaitant s'y faire enterrer selon le rite de sa religion. Pour le conseiller d'Etat, la famille de ce défunt aura le choix entre un traitement égalitaire dans le cimetière de cette commune et un enterrement selon les rites de sa religion dans le cimetière confessionnel du canton.

Au rapporteur de majorité qui interroge le conseiller d'Etat sur la pureté de la terre du cimetière confessionnel, le conseiller d'Etat répond que des solutions pratiques satisfaisant le plus grand nombre seront certainement trouvées.

En synthèse, la position du Conseil d'Etat, pragmatique, se veut au croisement des attentes spirituelles et des exigences juridiques, dans le respect de la laïcité qu'exprime la préférence initiale pour les cimetières privés.

4. Séance du 23 novembre 2004 incluant l'audition du délégué à l'intégration

Le délégué à l'intégration, M. Robert Cuénod, indique d'emblée que son bureau n'a jamais été consulté sur la question des cimetières confessionnels, ce que souligne un commissaire (R). Il se réfère ensuite à un document neuchâtelois expliquant la différence entre laïcité exclusive et laïcité de coopération ; cette dernière tolère le voile d'une étudiante mais impose la laïcité à l'enseignant, tout en tolérant toutes les confessions dans les espaces publics ; en revanche, la laïcité exclusive ne tolère pas le voile de l'étudiante. Genève a fait le choix d'une laïcité de coopération, le projet de loi 9346 se trouvant à mi-chemin, et Neuchâtel a adopté les carrés confessionnels dans les cimetières publics.

Il précise que 75% des musulmans vivant à Genève sont originaires de Turquie ou de l'ex-Yougoslavie, deux Etats laïcs. Les mouvements (musulmans) intégristes sont donc en minorité à Genève.

Il se prononce en faveur du projet de loi 9346 tout en faisant part de sa préférence pour les carrés confessionnels.

Un commissaire (R) se soucie de la possibilité pour un Emirat d'acquérir un terrain et d'y « bâtir un cimetière privé »⁵¹. Il se demande si pareille situation serait à comprendre sous l'angle de l'intégration ou de la coopération. Il interroge le délégué à l'intégration sur le fait de savoir si les cimetières comportant des carrés confessionnels ne sont pas préférables ; ce dernier lui répond manquer du recul nécessaire, n'étant en fonction que depuis une année environ, mais répète les préférer aux cimetières confessionnels. En tout état de cause, « la proposition du Conseil d'Etat ne nuit pas à l'intégration des étrangers ».

Au rapporteur de majorité qui avance d'abord qu'un cimetière sans distinction aucune témoignerait de la forme d'intégration la plus avancée, le délégué répond qu'il s'agirait alors d'assimilation. Il poursuit en disant que le second degré d'intégration est représenté par les carrés confessionnels et que le troisième serait les cimetières confessionnels, le quatrième et dernier degré étant l'inhumation dans le pays d'origine.

⁵¹ Il n'est pas clair si le commissaire ne songeait pas en fait à « bâtir un mausolée privé » (note du rédacteur).

Un commissaire (AdG) est d'avis que les carrés confessionnels rencontrent le moins d'opposition et voudrait savoir quelles objections peuvent leur être faites. M. R. Cuénod lui répond que les communes n'ont pas toutes accepté cette solution dans leurs cimetières. Il ajoute que le but de la loi sur l'intégration est de promouvoir la cohabitation la plus harmonieuse entre les différentes communautés.

Pour un commissaire (R), il est important d'éviter d'exacerber les sensibilités par des singularités, tels les cimetières confessionnels. Et de citer l'exemple des cimetières chrétiens de la colonisation destinés aux occidentaux. Il lui paraît « nécessaire d'éviter ce type de différenciation dans une société pacifiée ». Le délégué à l'intégration lui répond en demandant si les carrés lui semblent tolérables.

La présidente (Ve) rappelle que le projet de loi 9346 ne permet pas explicitement de carrés confessionnels et se demande s'il serait possible de créer des cimetières confessionnels au sein des cimetières municipaux, et dans quelle mesure cette solution serait assimilable à des carrés confessionnels. Cette solution serait envisageable pour le délégué, qui préfère toutefois à nouveau les carrés. Il ajoute que les cimetières confessionnels pourraient contribuer à stigmatiser les fidèles de la religion concernée.

Le président (Ve) indique qu'avec le projet de loi 9346 le cimetière juif de Carouge est appelé à disparaître, compte tenu de la suppression de l'article 1, alinéa 3. Il est rappelé que ce cimetière est privé, le seul de son espèce datant d'avant l'adoption de la loi actuelle.

Apportant des précisions sur le concept d'intégration, l'audition du délégué, favorable au projet de loi 9346, permet de saisir que, dans le cadre d'une laïcité de coopération, le projet de loi 9346 ne rend pas ladite intégration plus difficile.

5. Séance du 30 novembre 2004 incluant l'audition d'un historien

Présent en sa qualité d'historien ayant eu l'occasion de faire des recherches sur cette période de l'histoire de Genève, M. Bernard Lescaze explique que la laïcité a une origine récente. Ce terme ne figure pas dans l'édition du Littré de 1880. Le concept plus ancien auquel elle succède est la séparation de l'Eglise et de l'Etat. Sa mise en œuvre diffère entre pays ; à témoin, l'acceptation par la France des cimetières privés.

Une certaine égalité entre les religions n'est apparue à Genève qu'avec l'annexion à la France consécutive à la Révolution. L'Eglise catholique s'y est émancipée progressivement entre 1814 et 1842, sans obtenir pour autant

une reconnaissance d'égalité formelle dans la loi, notamment en matière d'assistance. Il a fallu attendre 1869, date à laquelle le premier projet de loi sur les cimetières a été proposé, avant d'être ajourné.

Par ailleurs, une première révolution, en 1841, devait donner leur autonomie, toute relative, aux communes. La seconde révolution, de 1846, vit James Fazy réticent face aux notions religieuses. Mais dès 1847 les partisans d'une séparation entre Eglise et Etat, dont Gustave Ador, se firent entendre.

Dans la seconde partie du XIX^e siècle, le Kulturkampf venu d'Allemagne se transforma en Suisse en combat contre l'obscurantisme des ultramontains, au point d'influencer l'Eglise catholique. Il eut pour effet la reconnaissance, dès 1873, de deux Eglises à Genève, l'Eglise protestante, et l'Eglise catholique nationale ; quant à l'Eglise catholique-romaine, elle ne fut pas reconnue officiellement et ses ministres ne reçurent aucune rémunération de l'Etat. Cette situation est l'un des ferments du débat en faveur de la séparation. Après deux votes négatifs en 1880, la séparation fut ainsi adoptée en 1907.

En ce qui concerne la loi sur les cimetières, un premier projet, dû à un député non réélu (!), remonte à 1868. Il précisait que l'inhumation était un acte civil placé sous la surveillance des communes et acceptait les cimetières privés, mais pas des rites permettant de distinguer les cultes ou les nationalités. Il faut voir son origine dans les pratiques d'inhumation de certaines petites communes rurales où les pasteurs enterraient les morts à leur guise... L'auteur du projet de loi souhaitait une égalité de traitement entre protestants, catholiques, musulmans et libres penseurs. Deux pétitions suivirent, l'une, d'Aire-la-Ville, commune catholique, en faveur des cimetières confessionnels, l'autre en faveur des cimetières municipaux en Ville. Une commission du Grand Conseil mit en exergue l'existence d'un cimetière mixte catholique-protestant à Carouge, séparés par une allée centrale, soit de véritables carrés confessionnels. Le projet de loi tomba dans l'oubli.

En 1876, un second projet mêlait la durée des concessions à la grandeur des cimetières, sans que leur gestion ne fût confiée à l'Etat, mais en les sécularisant par référence à la Constitution fédérale de 1874 qui les confiait à l'autorité civile. Les oppositions furent moins fortes, le Kulturkampf se faisant davantage sentir. Ce dernier projet devint la base de la loi actuelle, tout en reprenant un article datant du Consulat. Un amendement fut accepté par la suite pour augmenter la durée des concessions de 15 à 20 ans. A noter que « la loi de 1876 s'inscrivait dans une atmosphère de lutte confessionnelle tout en reprenant le PL de 1868 qui voulait limiter les abus commis dans les communes ».

L'ordre des inhumations était réglé à l'article 6, la seule séparation admise étant celle entre les tombes d'enfants et d'adultes, au nom de l'égalité devant la mort. Une exception était admise pour le cimetière juif de Carouge.

A la question du rapporteur de majorité, M. B. Lescaze indique que le cimetière juif de Carouge a été créé entre 1798 et 1815 car la loi française autorisait les cimetières privés. Auparavant, aucun juif n'était enterré à Genève puisqu'ils n'y avaient plus le droit d'établissement depuis la fin du XV^e siècle⁵².

M. B. Lescaze précise, à la demande d'un commissaire (S), que la France et Genève ont la même notion de la laïcité, mais que la France est plus agressive, plus anticléricale. Toutefois, la France subventionne des lycées confessionnels en même temps qu'elle est moins tolérante sur le port du voile. Quant à la laïcité genevoise, elle est plus favorable à l'intégration, plus en raison des mentalités que des lois.

A un autre commissaire (S), il répond que les concessions sont une prestation communale dont il est aujourd'hui admis que la durée ne peut dépasser 99 ans.

Le passé colonial de la France est invoqué par un député (PDC) dans sa relation avec la laïcité, donnant à cette dernière une actualité nouvelle en raison de la présence d'une forte communauté musulmane.

Le rapporteur de majorité se demande s'il ne serait pas judicieux de comparer la laïcité genevoise à la neuchâteloise. M. B. Lescaze acquiesce.

En synthèse, la laïcité peut tout aussi bien accepter (France) que refuser (Genève) l'existence de cimetières privés, en raison d'histoires différentes.

6. Séance du 7 décembre 2004 incluant les auditions des Eglises

a) catholiques-romaine et

b) protestante

a) Le projet de loi ne fait l'objet d'aucune objection de la part de l'Eglise catholique-romaine, selon M^{gr} Pierre Farine, évêque auxiliaire, qui le trouve « bien ficelé », tout en s'interrogeant sur le sens à donner à l'expression de « communautés religieuses » qui figure à l'article 13. Le secrétaire général adjoint du DAEL répond en disant que cette notion est sujette à interprétation, mais qu'il s'agit toutefois des grandes religions et non des

⁵² La première mention du cimetière de Carouge, alors ville du royaume de Sardaigne, remonte à 1780, 21 ans avant l'octroi de la première concession notariée. Cf. A. Auer, *op. cit.*, p. 184.

tendances pouvant exister en leur sein. Qu'en est-il alors des chrétiens orthodoxes ? demande l'évêque auxiliaire. Au Grand Conseil d'en décider, lui répond le représentant du DAEL.

Le secrétaire général de l'Eglise catholique-romaine de Genève, M. Pierre Regad, souhaite que la loi soit précisée pour éviter que des sectes ne sollicitent des cimetières.

Le rapporteur de majorité précise que le projet de loi 9346 est à lier à la situation des communautés musulmane et juive, tout en admettant que sa rédaction (ou le règlement) devra être plus précise. Concernant plus spécifiquement les chrétiens orthodoxes, pris en considération au XIX^e siècle, ils bénéficiaient d'une reconnaissance *de facto* au cimetière de Saint-Georges où existent aussi d'anciens carrés nationaux non formels.

Questionné sur ses préférences entre cimetières et carrés confessionnels, l'évêque auxiliaire répète être favorable à ce projet de loi ; il rend toutefois à nouveau les commissaires attentifs aux termes de communautés religieuses et demande quelle serait la réponse à une demande de cimetière confessionnel venant de l'Eglise catholique-romaine.

Pour M. Pierre Regad, le statu quo semble préférable, compte tenu de l'exacerbation des sensibilités liées aux pressions musulmanes.

Répondant à une question du rapporteur de majorité sur la situation du cimetière de Veyrier-Etrembières, M^{gr} Pierre Farine répond qu'« une personne habitant à un endroit a le droit d'y être enterrée », raison pour laquelle les carrés confessionnels sont une solution pertinente. Et d'ajouter que ce qui est envisageable et adopté par d'autres cantons doit aussi l'être à Genève en matière de relations entre Etat et Eglises.

Un commissaire (Ve) s'inquiétant de la coexistence de rites d'inhumation dans un même cimetière, le secrétaire général le tranquillise en lui donnant l'exemple du cimetière de Collex.

b) Pour M. Joël Stroudinsky, président de l'Eglise protestante de Genève, deux approches sont possibles : celle du législateur et celle qui prend en compte l'histoire. Or la gestion des cimetières est davantage liée à une tradition factuelle qu'à une approche mystique, le cimetière étant un lieu de mémoire. Il est frappé par la croissance du nombre d'incinérations, ce qui signifie que nombre de personnes ne se sentent plus concernées par la législation.

Certains ont une conception très restrictive de la législation, avec comme seule solution les cimetières confessionnels. L'Eglise protestante ne s'opposera pas à la création de cimetières musulman ou juif.

Aux questions du rapporteur de majorité sur la pureté du sol et la pérennité des tombes, ainsi que sur la préférence entre cimetières confessionnels et carrés confessionnels, M. J. Stroudinsky répond que l'extension de la durée de la concession à 99 ans représente un pas dans la bonne direction ; la pureté du sol renvoie à des préoccupations d'hygiène. De son point de vue, la demande de certaines religions peut trouver une réponse dans les carrés confessionnels. Toutefois, d'un point de vue pragmatique, « au vu de l'égalité totale souhaitée par l'Etat, seuls des cimetières privés sont envisageables ». Il ajoute que tant le catholicisme que le protestantisme ne rendent pas de culte aux lieux de sépulture mais à la mémoire des disparus.

En synthèse, l'Eglise catholique-romaine est favorable au projet de loi, Genève ne pouvant se singulariser, et l'Eglise protestante de Genève est favorable aux cimetières confessionnels⁵³.

7. Séance du 14 décembre 2004 incluant l'audition des Communautés israélite et israélite libérale

M. Jean-Marc Brunshwig, président de la Communauté israélite libérale, et M^{me} Sabine Simkhovitch-Dreyfus, présidente de la Communauté israélite de Genève, affirment d'emblée leur soutien au projet de loi 9346. Cette dernière en souligne l'importance fondamentale pour les juifs, sauf à devoir quitter Genève, ce qui viole l'égalité devant la mort et correspond juridiquement à une discrimination indirecte. Or, la liberté de culte protège aussi les rites juifs.

Lieux de mémoire, les cimetières sont aussi pour les juifs lieux de culte, les cérémonies funéraires se déroulant dans des oratoires adjacents. **C'est d'ailleurs au nom de la laïcité que les communautés israélites demandent un cimetière qui leur soit propre, afin d'améliorer leur intégration⁵⁴.**

Répondant à un commissaire (S) sur la position des communautés israélites concernant les carrés confessionnels, elle fait état de sa préférence pour les cimetières, car les carrés ne comportent pas d'oratoires, utilisés par exemple pour la toilette des morts, et sont donc moins pratiques. Elle ajoute qu'un cimetière peut être l'objet d'une concession renouvelable, comme à Fribourg ou dans le canton de Vaud, une solution parfois plus aisée qu'une propriété privée. Au surplus, les cimetières juifs se caractérisent par des

⁵³ Cf. projet de loi 9346, p. 9.

⁵⁴ Voir, pour plus de précisions sur la position de la Communauté israélite de Genève, l'annexe 5.

éléments d'orientation et de disposition des tombes, notamment pour les rabbins défunts.

Sur un plan très pratique, elle ajoute que le cimetière de Veyrier-Etrembières est presque plein, au point de faire, depuis 2000, l'objet d'enterrements sur plusieurs (deux) niveaux. Si un nouveau cimetière ou un agrandissement du cimetière existant est nécessaire, elle considère toutefois superflue la création de plusieurs carrés juifs communaux, en raison du faible nombre de défunts juifs.

A supposer que la solution d'un carré municipal soit adoptée, elle mentionne l'exigence de terre vierge de sépultures antérieures. Concernant les négociations avec la Ville, elle précise au même commissaire que l'examen d'une possibilité de carré a eu lieu au cimetière de Saint-Georges, en ajoutant qu'il convient, au sujet de la durée de la concession (99 ans au maximum), de distinguer l'approche religieuse, qui demande l'inviolabilité éternelle des corps, et l'approche législative. Le lieu proposé posait toutefois problème aux rabbins.

A un commissaire (L) qui s'enquiert de l'adaptabilité des rites d'inhumation, M. Jean-Marc Brunschwig répond en donnant l'exemple de l'interprétation faite au sujet de la durée de l'inhumation, mais n'entrevoit guère d'autres possibilités.

Au sujet du futur du cimetière de Veyrier-Etrembières, la présidente de la communauté israélite de Genève précise qu'il serait envisageable de l'agrandir, quelques parcelles voisines, situées sur territoire suisse, étant propriétés de la communauté israélite. Pour autant évidemment que la législation soit modifiée.

Elle ajoute qu'il est exclu que des parties de la communauté juive demandent à disposer de cimetières propres. Ce qui est confirmé tant par M. Daniel Fradkoff, secrétaire général de la communauté israélite de Genève, que par M^{me} Odar, de la communauté israélite libérale. Au demeurant, aucun canton autorisant les cimetières confessionnels n'a été placé devant une demande de ce type.

Un député (R) fait état de sa difficulté de comprendre en quoi un cimetière confessionnel améliorerait l'intégration des juifs, ainsi que de sa crainte de voir la communauté musulmane acquérir des terrains pour y bâtir des cimetières ostentatoires si la loi était changée. A la question de l'intégration, la présidente de la communauté israélite de Genève répond qu'un cimetière est un lieu d'intégration pour toute communauté. Pour preuve, la distance conservée avec leur pays d'accueil par les musulmans qui se font enterrer dans leur pays d'origine. Elle note encore que les cimetières

juifs, dont ceux de Genève, ne font preuve d'aucune ostentation. M. D. Fradkoff ajoute que la religion juive est reconnue à Genève – pour preuve, l'existence des synagogues – et ne comprend pas que des cimetières ne puissent exister. Il revient à la démocratie et à la laïcité de protéger les minorités. Quant à M^{me} Odar, elle note qu'une importante différence entre enterrements chrétiens (protestants) et juifs tient aux prières récitées lors des enterrements juifs.

Ce même député doute qu'il soit possible de trouver une terre vierge à Genève, compte tenu de l'ancienneté de son peuplement. Sur ce dernier point, M^{me} S. Simkhovitch-Dreyfus réplique que la demande de la communauté juive est simplement de ne pas devoir enterrer ses morts là où un cimetière a existé. Un problème mineur aux yeux de M. Manuel Tornare, précise M. J.-M. Brunshwig.

Un commissaire (Ve) relève que les carrés semblent une solution plus souple, et note qu'un enfant n'avait pu être enterré dans un cimetière juif, sa mère étant chrétienne. Il lui est répondu que la communauté israélite libérale reconnaît la judéité d'enfants issus de mariages mixtes et que la décision serait très probablement prise par son rabbin. Sur le premier point, la présidente de la communauté israélite préférerait que le choix soit possible entre cimetières et carrés confessionnels.

Un commissaire (S) regrette de voir qu'à Genève des communautés souhaitent être séparées dans la mort. M. D. Fradkoff lui répond que les juifs doivent avoir la possibilité de se déterminer entre un enterrement à Saint-Georges ou dans un cimetière propre.

En résumé, la position des communautés juives est, dans son soutien au projet de loi 9346, une préférence pour un cimetière confessionnel pouvant bénéficier d'une concession renouvelable trois fois et, en cas de choix de la solution des carrés, un seul carré pour les juifs genevois, au vu de leur faible nombre (40 enterrements par an).

8. Séance du 4 janvier 2005, incluant les auditions de

a) la Communauté musulmane et

b) la Fondation de l'entre-connaissance

a) M. Hafid Ouairi, porte-parole de la Fondation culturelle islamique, rappelle tout d'abord qu'un lieu d'inhumation pour les musulmans avait été demandé et accordé au cimetière du Petit-Saconnex en 1978, lors de l'inauguration de la mosquée de Genève. Or le carré musulman est, depuis 2000, occupé dans sa totalité, en raison d'inhumations au rythme d'une centaine par an, une quantité en augmentation. Il note aussi que la durée de la

concession (33 ans) ne pose pas de problème aux musulmans, dès lors que les corps sont totalement décomposés, étant admis que la vitesse de décomposition dépend de la qualité de la terre.

Prenant position sur le projet de loi 9346 à la demande du rapporteur de majorité, M. H. Ouardiri trouve les deux solutions proposées équivalentes. Il considère important que l'autorité publique puisse exercer un contrôle afin de garantir l'égalité de traitement. De son point de vue, la demande de la communauté musulmane de pouvoir bénéficier d'une inhumation conforme aux règles de l'islam n'exprime pas une revendication communautariste, une mosquée existant déjà, mais pas son pendant en terme de cimetière, une « salle d'attente » pour l'au-delà.

Le même commissaire désire obtenir des précisions sur la notion de communauté religieuse. M. H. Ouardiri lui répond être opposé au communautarisme et préférer la solution du carré en ce qu'elle donne une garantie de contrôle à l'Etat. Et d'ajouter, plus tard dans la discussion, ne pas comprendre pourquoi une mosquée ne pose pas problème, contrairement à un cimetière confessionnel.

Un autre commissaire (S) souhaite connaître les exigences musulmanes quant à la pureté du sol. Selon l'islam, toutes les terres sont spirituellement adéquates, seule la composition chimique du sol les distingue.

Une discussion suit sur le concept de cimetière, notamment pour les chrétiens en terre d'islam qui auraient toute latitude de se faire enterrer selon leurs rites, sauf dans la région de La Mecque. Et aussi sur la liberté pour les musulmans de se faire enterrer dans des cimetières publics en Occident ou à Genève, où ils reposent toutefois à l'ombre d'une croix, relève M. H. Ouardiri. Qui ajoute qu'il est préférable que les tombes soient orientées vers La Mecque et concentrées au même endroit, une solution tout à fait possible dans les cimetières municipaux, explique-t-il à un commissaire (R) qui considère que la communauté musulmane est moins exigeante que la communauté juive.

Sur les questions de la nécessité des cercueils et de la stigmatisation communautariste posées par un commissaire (PDC), il note que ceux-là ne sont pas exclus, mais qu'ils retardent la décomposition, et que celle-ci renvoie à la psychose ambiante.

Sur un plan pratique, il ajoute, à la question d'un commissaire (AdG), qu'il n'est pas nécessaire qu'une mosquée se trouve dans le cimetière, la distance à parcourir depuis la morgue de la mosquée étant réduite à Genève. Il est encore indiqué qu'il n'existe pas de cimetière confessionnel musulman en Suisse, mais seulement des carrés. M. Ouardiri n'a par ailleurs pas obtenu

de réponse à sa demande faite à la Ville de pratiquer des inhumations superposées.

b) Un commissaire (S) souhaite connaître la nature de la Fondation de l'entre-connaissance. Sa présidente, M^{me} Nemat Mardam-Bey, lui répond qu'elle a pour but de créer des liens entre la civilisation musulmane et le reste du monde.

En résumé, la communauté musulmane est favorable tant à la solution des carrés confessionnels qu'à celle des cimetières confessionnels, pour autant que les uns ou les autres soient sous le contrôle de l'Etat.

9. Séance du 11 janvier 2005, incluant les auditions de

a) l'Association suisse pour la laïcité et

b) l'Eglise catholique-chrétienne

a) Précisant que la laïcité ne signifie pas l'irréligiosité athée, mais permet d'être laïc et croyant en même temps, M. Yves Scheller, président de l'Association suisse pour la laïcité, explique combattre le cléricalisme pour défendre l'autonomie du droit et de la politique. A son avis, la revendication de cimetières confessionnels est typique d'une démarche communautariste, alors que « le droit à la différence ne justifie aucune différence de droit ». Les carrés confessionnels remettent en cause l'égalité devant la mort, un des progrès de la démocratie et le résultat d'un long combat en Suisse. Il craint à cet égard que toute concession ne débouche sur une vague de revendications venant de l'intérieur des communautés juives et musulmanes, de sectes diverses et variées, voire des catholiques et des protestants ! La création de carrés ne permettrait pas de garantir la paix civile, contrairement aux cimetières privés qui ont toutefois le désavantage d'occuper plus de place et de nécessiter l'accord des communes concernées, en plus que de créer un ghetto.

De son point de vue, la meilleure solution est offerte par la loi neuchâtoise qui enterre à la ligne dans des carrés, pour une longue durée, les personnes décédées, sans distinction confessionnelle.

Le rapporteur de majorité lui ayant demandé si la loi genevoise est compatible avec la Constitution et le droit fédéraux et s'il est opposé aux cimetières privés, M. Y. Scheller reconnaît que la situation actuelle n'est « pas satisfaisante et relativement hypocrite » et qu'un cimetière privé n'est pas « antilaïc », mais n'est pas sans danger communautariste. Et d'avancer que le TF a tranché sur les carrés confessionnels, un argument contesté par le

rapporteur de majorité qui objecte que l'arrêt auquel se réfère M. Y. Scheller ne portait pas condamnation générale des carrés confessionnels.

Répondant à un commissaire (AdG), il souligne que l'identité au sens communautariste « est une prison ». Se référant à Kant, il rappelle que si le droit prend naissance dans la morale religieuse, il ne devient droit qu'en s'en distanciant. De plus, le droit devant préserver la liberté de chacun, donner quelque chose à certains sans le donner à tous revient à créer des privilèges.

Un commissaire (Ve) considère que la pensée de l'audité est intolérante face aux pratiques religieuses lors d'un moment de deuil. Un commissaire (S) l'interroge sur sa conception des cimetières. M. Y. Scheller reconnaît que les cimetières privés sont un argument fort du communautarisme qui a cependant des réminiscences d'extrême droite.

b) Résumant la consultation de l'Eglise catholique-chrétienne genevoise, M. le curé Jean-Claude Mokry, qui n'est pas opposé au projet de loi 9346, fait état de ses réserves face à la remise en cause de la laïcité que pourraient représenter les cimetières privés, un aménagement de l'espace dans les cimetières publics lui paraissant plus judicieux. M^{me} Irène Savoz, secrétaire générale, signale que les communes seront réticentes à attribuer des terres à des cimetières privés et que son Eglise préfère la variante des carrés confessionnels. M. le curé J.-C. Mokry ajoute craindre une montée du communautarisme, surtout dans le premier cas. Sur quoi le rapporteur de majorité objecte l'existence des églises en tant que bâtiments ayant le statut de propriétés privées. M. le curé J.-C. Mokry conclut cette audition en soulignant l'importance de la liberté de culte.

En synthèse, l'Association suisse pour la laïcité s'oppose à toute déviation d'une laïcité stricte qui serait susceptible de favoriser des prisons communautaristes. Quant à l'Eglise catholique-chrétienne, elle préfère les carrés confessionnels, confirmant sa position exprimée dans le cadre de la procédure de consultation⁵⁵.

10. Séance du 25 janvier 2005 consacrée à une discussion générale

Un commissaire (S) souhaite que la notion de communauté religieuse soit précisée. Le nombre de cimetières par communautés mérite aussi d'être examiné, ainsi que la question du contrôle étatique. Un ajournement lui paraît nécessaire dans l'attente de propositions d'amendements du Conseil d'Etat.

⁵⁵ Cf. projet de loi 9346, p. 9.

Un deuxième commissaire (L) a évolué dans sa perception du problème, notamment en raison de la possibilité donnée aux communautés religieuses d'avoir des églises, mais pas de cimetières.

Un troisième commissaire (PDC) est convaincu, après les auditions, qu'un contrôle de l'Etat est nécessaire.

Un quatrième commissaire (R) rappelle le rôle joué par son parti dans la genèse de la loi actuelle qui l'amènera à rejeter l'entrée en matière.

Le président (PDC) relève que son parti est opposé aux cimetières privés. Toutefois, il lui semble que les carrés confessionnels représentent une option à étudier davantage.

Un cinquième commissaire (Ve) rejoint la position libérale. Son groupe est en faveur des cimetières privés à condition que leur gestion soit coordonnée par l'Etat. Comme plusieurs de ses préopinants, il considère qu'un renvoi au Conseil d'Etat pourrait apporter des éclaircissements. Il conviendra toutefois d'être particulièrement attentif à un enterrement de première classe du projet de loi !

Un sixième commissaire (S) indique que son groupe est divisé au sujet du projet de loi. L'option des carrés lui paraît préférable. En l'état, un renvoi s'impose.

Un septième commissaire (AdG) signale que la notion de groupe n'est pas claire au sein du sien... A titre personnel, elle évoque les principes retenus par le canton de Neuchâtel et la garantie par l'Etat laïc de la liberté religieuse par coopération plutôt que par exclusion. La solution des carrés lui paraît la meilleure. Elle se réfère encore aux droits de l'homme qui incluent la liberté de religion.

M. S. Gobbi, secrétaire général adjoint du DAEL, rappelle que le statu quo n'est pas tenable, la loi ne s'inscrivant pas dans le cadre de la Constitution fédérale. Il indique que le législateur neuchâtelois mentionne aussi les communautés religieuses.

Le rapporteur de majorité (L) indique être favorable aux deux solutions que sont les carrés et les cimetières confessionnels, quand bien même il a une préférence pour la solution des cimetières. Il insiste sur le respect dû aux croyances des morts.

Tant le premier commissaire (S) que le second (L) considèrent indispensable de modifier la loi actuelle pour des raisons juridiques, tout en apportant un certain nombre de précisions au projet de loi 9346.

Le troisième commissaire (PDC) souhaite que le rôle des communes soit aussi précisé, notamment parce qu'il lui semble peu imaginable d'avoir un

cimetière confessionnel par commune. Et de se demander si la loi actuelle, appliquée à la lettre, ne devrait pas déboucher sur la suppression de toute croix et autres symboles religieux des cimetières.

Le quatrième commissaire (R) se fait préciser les points anticonstitutionnels de la loi actuellement en vigueur par le représentant du DAEL et par le rapporteur de majorité qui, tous deux, mettent en exergue la teneur de la nouvelle constitution fédérale.

Le rapporteur de majorité (L) souligne que les positions des députés ne sont pas nécessairement motivées de manière partisane. La loi étant moins simple qu'il n'y semble en un premier temps, il lui paraît que la véritable question est de savoir si Genève est prête à autoriser des rites de sépulture spécifiques. Si tel est le cas, les cimetières confessionnels offrent de meilleures conditions d'exercice rituel. On peut toutefois craindre, comme le rappelle le président (PDC), une montée du communautarisme liée à la solution des cimetières privés.

Sans vote, la commission décide de renvoyer le projet de loi au Conseil d'Etat en le priant de préparer des amendements tenant compte de ses travaux.

11. Séance du 3 mai 2005 incluant l'audition

du Conseil d'Etat

M^{me} Martine Brunschwigg Graf, présidente du Conseil d'Etat, indique que le gouvernement souhaite trouver une solution qui fasse l'unanimité. Le projet de loi 9346 résulte d'un consensus au sein de l'exécutif. Au lieu de concessions hypocrites, elle préfère convaincre la commission de la justesse de l'option prise par le Conseil d'Etat qui ne saurait désormais en défendre d'autres.

Elle relève qu'à Fribourg il y a une contiguïté non problématique entre les cimetières catholique et juif.

A son avis, les carrés confessionnels représentent une solution hypocrite (ce qui est contesté par un commissaire (PDC) pour qui les carrés confessionnels des morts ressemblent aux immeubles des vivants) ; lorsqu'un carré est rempli, il est nécessaire d'en dessiner un autre qui n'est pas nécessairement contigu. Leur introduction dans les cimetières publics va de pair avec l'introduction de rites religieux dans les cimetières laïcs, ce qui ne lui semble pas idéal.

Selon elle, **la vraie laïcité consiste à ne pas nier le fait religieux. Elle ne peut imaginer qu'il soit possible de vivre à Genève, mais de ne pas pouvoir y être enterré selon les rites de sa religion.**

Il est enfin hors de question, de son point de vue, de construire plusieurs cimetières pour la même religion. Elle note que la religion juive permet l'inhumation verticale, en réponse à une question du président (PDC) qui souligne le manque de place du cimetière de Veyrier-Etrembières.

M. Laurent Moutinot, conseiller d'Etat, confirme le résultat consensuel représenté par le projet de loi 9346. Il rappelle que, d'une part, la laïcité des cimetières ne saurait être remise en cause, mais que, d'autre part, **le Tribunal fédéral ne pourrait accepter un refus genevois de créer des cimetières confessionnels** ; le canton court en effet le risque de se voir imposé par le TF une solution qui ne lui conviendra peut-être pas. Il souhaite donc la possibilité de la création de cimetières confessionnels juif et musulman, placés sous le contrôle des autorités, sur un terrain privé ou public. Ce qui autoriserait catholiques ou protestants à être mis au bénéfice de ces dispositions, souligne le président (PDC).

Sur un plan concret, le conseiller d'Etat note que la surface du cimetière de Saint-Georges permet d'y disposer des carrés juif et musulman, tout en veillant à ne pas le transformer en une salade de fruits communautariste, et que le cimetière de Veyrier-Etrembières pourrait être agrandi. **Il souligne l'analogie entre les cimetières confessionnels et publics et les bâtiments religieux et laïcs.**

Un commissaire (S) s'étonne de l'absence de propositions d'amendements de la part du Conseil d'Etat, ce qui risque de rendre aléatoire l'adoption de ce projet de loi. La présidente du Conseil d'Etat souhaite alors obtenir des informations sur les amendements souhaités et considère important que la commission se prononce sur les principes du projet de loi.

Un commissaire (AdG) souhaite davantage de précisions sur les concepts de laïcité et de neutralité de l'Etat. La présidente du Conseil d'Etat est d'accord de se prêter à l'exercice, mais souhaite en revenir au fond du problème posé par le projet de loi 9346, à savoir l'acceptation du principe des carrés et des cimetières confessionnels. De plus, le conseiller d'Etat note que l'exemple de véritable cimetière laïc est donné par le cimetière militaire où les tombes ne portent que les noms et les grades.

A un commissaire (Ve) qui se soucie de la définition des règles d'inhumation dans un cimetière privé, notamment pour les familles multiconfessionnelles, M^{me} M. Brunschwig Graf répond que le problème a trouvé sa solution, car ce projet de loi a bénéficié d'apports constructifs des communautés juive et musulmane.

Revenant à la charge, un commissaire (S) relève que ce projet de loi ne se réfère pas à des communautés spécifiques et que ce point devrait être clarifié.

Plusieurs commissaires, dont le président (PDC), estiment peu souhaitable que les débats se poursuivent en période électorale.

Pour sa part, la présidente du Conseil d'Etat aime à souligner l'unanimité du Conseil d'Etat sur ce projet de loi. Elle fait part de la disponibilité du Conseil d'Etat à proposer des amendements s'inscrivant dans le cadre du projet de loi 9346.

En résumé, la séance a eu pour fonction de sensibiliser le Conseil d'Etat à la nécessité de préparer des amendements afin de réunir une majorité de la commission en faveur du projet de loi 9346.

12. Séance du 10 janvier 2006, incluant l'audition

du Conseil d'Etat

M. Laurent Moutinot, conseiller d'Etat, rappelle les raisons d'être du projet de loi 9346, en partant de l'origine de la loi actuelle et arrivant à la nouvelle Constitution fédérale, en soulignant le risque d'une remise en cause de la première par le TF. Il indique que le présent projet de loi est issu de réflexions conjointes entre M^{me} M. Brunschwig Graf et lui-même.

Divers amendements sont proposés par le Conseil d'Etat⁵⁶, dont l'idée d'entrée séparée pour les cimetières publics incluant un carré confessionnel, afin d'offrir une intimité et non une ségrégation, et une définition des communautés religieuses. Il est important de relever que le Conseil d'Etat reste opposé aux seuls carrés confessionnels.

Le conseiller d'Etat ajoute qu'aucune privatisation des cimetières n'est envisagée et que le Grand Conseil serait appelé à se prononcer pour la création d'un cimetière confessionnel, dans la mesure où un déclassement de terrain devrait l'accompagner. Il souligne qu'il n'y a que deux communautés religieuses (juive et musulmane) à être concernées. La double autorisation cantonale et communale représente, en l'espèce, une garantie.

Le rapporteur de majorité suggère⁵⁷ de modifier la formulation de l'article 13 amendé et de mentionner les deux communautés concernées dans le règlement, une suggestion retenue par le conseiller d'Etat dès lors qu'une base légale existera.

Un commissaire (R) relève que la collectivité n'a pas à prendre à sa charge les frais d'aménagement spécifiques liés à la création de carrés confessionnels dans les cimetières publics.

⁵⁶ Voir l'annexe 6, Lettre du Conseil d'Etat du 22 novembre 2005 incluant des amendements aux articles 13, 14 et 15.

⁵⁷ Voir *infra*.

Un commissaire (PDC) est opposé à l'article 14 amendé, car favorable au principe du cimetière public. Il suggère un accord intercommunal afin d'assurer, le cas échéant, un lieu unique d'inhumation sur chaque rive, un point pour lequel il obtient une assurance de la part du conseiller d'Etat, en raison du caractère exigü du canton. Il relève encore la nécessité de garantir le libre accès aux cimetières, ce qui est assuré, selon le conseiller d'Etat, au vu de la nature juridique des zones de verdure.

Ce dernier souligne encore, en réponse à une intervention d'un commissaire (S), que le projet de loi ne permet de légitimer aucun droit subjectif à une demande de cimetière confessionnel, mais est à placer dans le cadre des droits fondamentaux.

Un commissaire (Ve) se déclare satisfait des amendements proposés, tout en préférant le carré confessionnel au quartier confessionnel.

13. Séance du 24 janvier 2006, incluant

a) une ultime discussion,

b) le vote d'entrée en matière et

c) la discussion article par article

a) Un premier commissaire (L), surtout préoccupé par la durée des concessions (3 fois 33 ans au maximum), est satisfait des amendements apportés par le Conseil d'Etat. La laïcité devrait permettre à chacun de vivre et mourir selon ses croyances. La marge de manœuvre des communes est préservée par le projet de loi 9346.

Un deuxième commissaire (PDC) annonce ne plus partager l'opinion de son groupe et considère que le projet de loi 9346 a évolué dans une bonne direction. Demeurant opposé au principe des cimetières confessionnels, il considère que les carrés confessionnels représentent le minimum acceptable d'un point de vue légal. Par ailleurs, mentionnant le déplacement du parking du cimetière de Veyrier-Etrembières en cas d'agrandissement du cimetière, il craint des problèmes d'aménagement du territoire en raison aussi de l'extension de la durée des concessions. Un argument contesté par un commissaire (UDC), qui souligne la multiplication des courts de tennis.

Un troisième commissaire (S) indique que son groupe est « favorable aux carrés plutôt qu'aux cimetières ». Il se prononce pour une citoyenneté de partage et non d'exclusion, ce qui est une raison d'opposition aux cimetières privés dont il craint les conditions d'ouverture (par exemple sous l'angle de l'habillement), voire la fermeture au public. Un aspect que le rapporteur de majorité estime pouvoir être réglé par voie réglementaire et qui fait dire à un commissaire (V) que l'entrée dans une église suppose aussi le respect de

codes vestimentaires. Il se soucie aussi du sort des familles mixtes qui ne devraient pas être séparées dans la mort. Il rappelle que le droit supérieur connaît des limites. Il se montre encore insatisfait de la définition donnée au concept de communauté religieuse.

Un quatrième commissaire (Ve) signale que son groupe est satisfait des amendements apportés par le Conseil d'Etat, quoiqu'il soit réticent à l'égard de la séparation physique prévue pour les quartiers confessionnels. En faveur des cimetières confessionnels, il ne craint pas la durée des concessions. Il attend de connaître la teneur du règlement. Il rappelle le contrôle exercé par le Conseil d'Etat et le Grand Conseil en cas de déclassement.

Un cinquième commissaire (UDC) se prononce en faveur des cimetières confessionnels. Compte tenu de la taille du cimetière de Veyrier-Etrembières, il est favorable à son agrandissement.

Un sixième commissaire (R) confirme que son groupe est opposé à toute entorse à une laïcité absolue. Il regrette la multiplication des écoles confessionnelles « qui sapent le rôle de l'école classique » publique, une multiplication contestée par le rapporteur de minorité qui cite plusieurs exemples de laïcisation récente d'écoles religieuses.

Un septième commissaire (MCG) précise que son groupe n'a pas traité de la question.

Le rapporteur de majorité relève que la législation projetée pourrait être adaptée à l'avenir en fonction des circonstances. Concrètement, il s'agirait d'agrandir le cimetière de Veyrier-Etrembières pour les juifs et de réserver un espace dans celui de Saint-Georges pour les musulmans. Il rappelle la dimension éthique de l'enjeu.

En résumé, les amendements du Conseil d'Etat satisfont les groupes. Ceux-ci sont toutefois partagés sur le fond ; une majorité semble se dégager en faveur des carrés confessionnels.

b) Le vote d'entrée en matière donne 13 voix en faveur du projet de loi 9346 (1 MCG, 2 UDC, 3 L, 2 PDC, 2 Ve, 3 S) et 2 voix contre (2 R).

c) Passant à l'examen article par article de l'article 1, il appert que :

- **L'article 1 ne suscite pas de commentaire** et est donc adopté à l'unanimité.
- Abordant l'**article 8**, M. L. Moutinot précise, à la demande d'un commissaire (PDC) qui note la fermeture du cimetière de Veyrier-Etrembières à certaines heures, que tous les citoyens

pourront entrer dans les cimetières confessionnels, en vertu de règlements communaux validés par le Conseil d'Etat⁵⁸.

Un premier **amendement** à l'alinéa 1 est proposé par un commissaire (L) « les règlements qui régissent les cimetières sont approuvés par le Conseil d'Etat », puis un second :

« chaque cimetière est régi par un règlement, lequel est approuvé par le Conseil d'Etat ».

Mis aux voix, **cet amendement à l'alinéa 1 est approuvé** par 13 voix (1 MCG, 2 UDC, 3 L, 2 PDC, 2 Ve, 3 S) et 2 abstentions (2 R).

L'alinéa 2 est approuvé sans discussion par 13 voix (1 MCG, 2 UDC, 3 L, 2 PDC, 2 Ve, 3 S) et 2 abstentions (2 R).

L'article 8 est approuvé dans son ensemble par 13 voix (1 MCG, 2 UDC, 3 L, 2 PDC, 2 Ve, 3 S) et 2 abstentions (2 R).

- **L'article 9 est approuvé sans discussion** dans son ensemble par 13 voix (1 MCG, 2 UDC, 3 L, 2 PDC, 2 Ve, 3 S) et 2 abstentions (2 R).
- Une discussion s'engage au sujet de **l'article 13** amendé.

Il porte d'abord pour **l'alinéa 1**, à la suggestion d'un commissaire (PDC), sur la nécessité pour les communes de s'organiser. M. L. Moutinot considère qu'il n'est pas utile de créer une péréquation des morts entre les cimetières.

Un commissaire (S), songeant notamment aux personnes sans appartenance religieuse qui souhaiteraient être regroupées, souhaite davantage de précisions sur les modalités de sépulture. M. L. Moutinot répond que la loi traite des communautés religieuses et non des individus désireux de créer un carré par convenance personnelle.

Un commissaire (L) relève que les carrés ont été ajoutés à la demande des communes.

Un commissaire (R) craint que cette loi ne crée une demande aujourd'hui inexistante. Il est soutenu par un commissaire (PDC) qui souhaite une garantie pour les citoyens d'être enterrés à proximité de leur domicile et évoque des problèmes de gestions des cimetières municipaux. Sur le premier point,

⁵⁸ Les heures d'ouverture des cimetières municipaux de la Ville sont aussi limitées (note du rédacteur).

M. L. Moutinot fait confiance aux magistrats communaux pour satisfaire leurs citoyens ; sur le second, il souligne que la question réelle concerne la répartition de 430 000 morts potentiels dans les cimetières.

Il confirme, à la demande d'un commissaire (L), que la loi permet la conservation des cimetières laïcs.

L'alinéa 1 amendé par le Conseil d'Etat est approuvé par 11 voix (1 MCG, 2 UDC, 3 L, 2 PDC, 2 Ve, 3 S) contre 1 (1 R) et 3 abstentions (2 PDC, 1 R).

Un commissaire propose de supprimer **l'alinéa 2**.

Pour sa part, le rapporteur de majorité préfère que soit prévue une délimitation visible mais non infranchissable entre les quartiers confessionnels.

Interrogé par un commissaire (L), le conseiller d'Etat explique que cette disposition a pour but de garantir l'intimité des cultes, tout en évitant d'ériger des murs de Berlin dans les cimetières.

Un commissaire (S) et le rapporteur de majorité se rejoignent sur l'absence de portes entre les différentes parties d'un cimetière municipal.

La suppression de l'alinéa 2 est refusée par 4 voix (3 S, 1 L) contre 8 (2 UDC, 2 L, 2 PDC, 2 Ve) et 3 abstentions (2 R, 1 MCG).

Le rapporteur de majorité propose de **sous-amender** l'alinéa 2 en en supprimant les termes :

« et comporter un accès séparé ».
--

Ce sous-amendement à l'alinéa 2 est approuvé par 14 voix (1 MCG, 2 UDC, 3 L, 2 PDC, 2 Ve, 3 S) et 1 abstention (1 R).

L'article 13 tel qu'amendé par le Conseil d'Etat et sous-amendé par la commission est approuvé par 1 voix (1 MCG, 2 UDC, 3 L, 2 Ve, 3 S) et 4 abstentions (2 PDC, 2 R).

14. Séance du 31 janvier 2006 incluant

a) la suite des votes article par article et

b) le vote final

a) La discussion s'engage pour l'article 14 amendé par le Conseil d'Etat.

- Un premier commissaire (PDC) rejette cet article car susceptible de susciter des tentations communautaristes.

Un deuxième commissaire (S) maintient son opposition aux cimetières privés et note que la notion de communauté religieuse reste floue.

Le rapporteur de majorité relève que le sens de l'amendement est précisément de limiter le communautarisme et le sectarisme. Il note aussi qu'un commissaire (R), particulièrement opposé aux carrés confessionnels, s'est dit plus ouvert pour les cimetières confessionnels.

Un troisième commissaire (UDC) reste favorable tant aux carrés qu'aux cimetières confessionnels.

Un quatrième commissaire (PDC) pense que la notion de cimetière privé s'oppose à la notion de laïcité.

Un cinquième commissaire (MCG) se prononce en faveur des carrés et des cimetières confessionnels.

Un sixième commissaire (V) en fait de même.

M. L. Moutinot déclare que si une communauté peut posséder un bâtiment religieux, rien ne s'oppose à ce qu'elle possède un cimetière. Au sujet du cimetière de Veyrier-Etrembières, il imagine que la commune pourrait être intéressée par une extension du cimetière afin de le transformer en cimetière municipal comportant un important carré confessionnel.

L'article 14 amendé par le Conseil d'Etat est adopté par 8 voix (1 MCG, 2 UDC, 3 L, 2 Ve) contre 6 (1 PDC, 2 R, 3 S).

- Le rapporteur de majorité rappelle que la commission, soucieuse d'éviter une prolifération de demandes farfelues, a prié le Conseil d'Etat de rédiger un amendement. Toutefois, **l'article 15** amendé introduit une confusion en ce qu'il ne se rapporte pas aux communautés catholique ou protestante. Il se réfère à cet

égard à un rapport⁵⁹ de la Commission fédérale contre le racisme (CFR) qui établit quatre critères définitoires dont le premier est la durabilité de la communauté⁶⁰. Il propose donc de retenir opérationnellement une durée de 30 ans, après avoir mentionné les trois autres critères, à savoir le respect de l'ordre légal, la représentativité et l'organisation démocratique dans le sous-amendement suivant : **« La présente loi s'applique aux communautés religieuses représentatives, respectueuses de l'Etat de droit, organisées démocratiquement, reconnues comme telles et établies dans le canton de Genève depuis au moins 30 ans, dès lors que l'exercice par ces communautés de la liberté religieuse en matière de sépulture et de rites funéraires exige des aménagements ou des cimetières particuliers »**.

Un commissaire (S) doute du caractère démocratique de l'Eglise catholique-romaine, quand bien même le rapporteur réplique qu'il songe plus au mode d'organisation de l'association catholique-romaine de Genève qu'aux modalités concernant l'adoption des dogmes. Et ce commissaire (S) d'ajouter que la norme en matière d'inhumation reste les rites chrétiens.

Un commissaire (PDC) s'oppose au sous-amendement car il fait référence aux cimetières privés.

A un commissaire qui s'interroge sur la solution retenue par d'autres cantons, le secrétaire général adjoint du DAEL et le conseiller d'Etat répondent que l'on ne trouve pas de définition de la notion de communauté religieuse ni dans les lois, ni dans les règlements. Ce dernier note que la formulation proposée par voie d'amendement par le Conseil d'Etat est souple et permet d'éviter les propositions de fanatiques. Sans être opposé au sous-amendement, il doute qu'un critère de 30 ans puisse offrir une garantie de respectabilité.

Le rapporteur de majorité précise que le critère de durée se retrouve dans la Constitution soleuroise et renvoie au document de la CFR⁶¹.

⁵⁹ Voir l'annexe 7 pour les pp. 11-29 tirées de : *Etat et religion en Suisse*, étude du Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population, sur mandat de la Commission fédérale contre le racisme (CFR), Berne, septembre 2003, 111 pp.

⁶⁰ Cf. l'annexe 7, p. 25.

⁶¹ Cf. l'annexe 7, pp. 23 et 24.

Un commissaire (S) remarque que toutes les définitions sont faillibles. Mieux vaut une liste exhaustive reflétant les travaux de commission.

Le rapporteur de majorité retire son amendement.

Le conseiller d'Etat **sous-amende** à son tour l'article 15 :

« Le Conseil d'Etat définit, par voie réglementaire, les communautés religieuses qui peuvent se prévaloir des articles 13 et 14 de la présente loi ».

L'article 15 amendé et ainsi sous-amendé par le Conseil d'Etat est adopté à l'unanimité de la commission (1 MCG, 2 UDC, 3 L, 2 PDC, 2 R, 2 Ve, 3 S).

- Un commissaire (S) propose d'amender **l'article 2** :

« Le Conseil d'Etat fixe l'entrée en vigueur de la présente loi ».

Mis aux voix, **l'article 2 ainsi amendé est adopté** à l'unanimité.

b) En troisième lecture,

- L'article 8 ne fait pas l'objet de remarque.
- L'article 9 ne fait pas l'objet de remarque.
- L'article 13 fait l'objet d'une proposition de **sous-amendement** pas le rapporteur de majorité qui propose :

« secteurs »

à la place de « quartiers ».

Cet amendement est accepté par 12 voix (1 MCG, 2 UDC, 3 L, 1 PDC, 2 Ve, 3 S) et 2 abstentions (2 R).

- Les autres articles ne font pas l'objet de demandes d'intervention.

- **Au vote final, le projet de loi 9346 est adopté par 9 voix (1 MCG, 2 UDC, 3 L, 2 Ve) contre 6 (1 PDC, 2 R, 3 S).**

Deux rapports de minorité (R et S) sont annoncés : un troisième est possible (PDC).

Au bénéfice de ces explications, compte tenu des implications éthiques de ce projet et considérant la nécessité d'adapter la législation genevoise aux exigences de la nouvelle Constitution fédérale comme à l'évolution multiculturelle et multiculturelle de notre canton, le rapporteur de majorité prie Mesdames et Messieurs les députés de se prononcer en faveur de ce projet de loi tel qu'il ressort des travaux de la commission.

Projet de loi (9346)

modifiant la loi sur les cimetières (K 1 65)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Art. 1 **Modifications**

La loi sur les cimetières, du 20 septembre 1876, est modifiée comme suit :

Chapitre I Dispositions générales (intitulé nouveau)

Les articles 2, 3, 3A, 3B, 3C, 5, 6 anciens, dont le texte est inchangé,
deviennent les articles 1, 2, 3, 4, 5, 6 et 7 nouveaux.

* * *

Art. 8 (nouvelle teneur)

¹ Chaque cimetière est régi par un règlement, lequel est approuvé par le
Conseil d'Etat.

² Toute modification des règlements de cimetières est soumise à
l'approbation du Conseil d'Etat.

Chapitre II Cimetières municipaux (intitulé nouveau)

Art. 9 (nouvelle teneur)

¹ Les cimetières municipaux sont des propriétés communales.

² Ils sont soumis à l'autorité, police et surveillance des administrations
municipales.

* * *

Les articles 4, 4A et 8 anciens, dont le texte reste inchangé, deviennent les
articles 10, 11 et 12 nouveaux.

* * *

Chapitre III Cimetières confessionnels (intitulé nouveau)

Art. 13 (nouveau)

¹ Avec l'autorisation du Conseil d'Etat, les communes peuvent constituer, dans l'enceinte des cimetières, des secteurs destinés à des communautés religieuses dont le rituel d'inhumation répond à d'autres modalités de sépulture que celles prescrites par la présente loi.

² Afin de garantir l'ordre public et la paix des morts, ces secteurs doivent être distincts.

Art. 14 (nouveau)

Avec l'accord préalable de la commune concernée, le Conseil d'Etat peut autoriser une communauté religieuse à disposer de son propre cimetière. Les dispositions du chapitre I de la présente loi sont applicables.

Art. 15 (nouveau)

Le Conseil d'Etat définit, par voie réglementaire, les communautés religieuses qui peuvent se prévaloir des articles 13 et 14 de la présente loi.

Art. 2 Entrée en vigueur

Le Conseil d'Etat fixe l'entrée en vigueur de la présente loi.

90120-10/ROU/gis

AVIS DE DROIT

donné par

Claude ROUILLER

**Professeur associé à la Faculté de droit de Neuchâtel
Ancien Président du Tribunal fédéral**

Janvier 2003

GRAND CONSEIL	
Expédié le: <i>9. M. 04</i>	Visa: <i>RP</i>
Président	<input checked="" type="checkbox"/> Députés (100)
Commissaires	<input checked="" type="checkbox"/> Bureau
Secrétariat	<input checked="" type="checkbox"/> Archives <input checked="" type="checkbox"/>
Commission: <i>Commission communales</i>	
Procès-verbaliste:	
Copie à:	
Divers: <i>remis en séance de Commission.</i>	

Table des matières

	P.
I. LE CADRE DE LA CONSULTATION	.6
1. Les questions posées	6
2. Les réserves d'usage	8
II. LES TEXTES PERTINENTS DE RANG CONSTITUTIONNEL ET LES RAPPORTS ENTRE EUX	8
1. Préambule	8
2. Les textes pertinents	9
A. La liberté de religion	9
a) Les textes	9
b) Les rapports entre ces textes	14
B. Le droit à la dignité humaine	19
C. Le droit à l'égalité	20
a) Le droit constitutionnel autonome	20
b) Le droit conventionnel	21
D. La protection des minorités	21
a) Le droit constitutionnel autonome	21
b) Le droit conventionnel	22
III. EXPOSE ANALYTIQUE DES RAPPORTS ENTRE LA LIBERTE DE RELIGION ET LE DROIT A UNE SEPULTURE DECENTE	24
1. Le concept « doctrinal » de la liberté de religion	24
A. La liberté de conviction	24
B. La liberté de professer sa religion	25
a) Remarque initiale sur cet aspect de la liberté de religion	25
b) Les titulaires de la garantie	26
c) Les obligations de l'Etat	27
2. Les développements jurisprudentiels	29
A. La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse	29
a) La définition séculaire de l'art. 53 al. 2 aCst.	29
b) Le traitement jurisprudentiel ultérieur des rapports entre d'une part les art. 49 et 50 aCst. et d'autre part l'art. 53 al. 2 aCst.	32
c) L'arrêt MEYERS contre Zurich du 7 mai 1999	35
B. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	38
3. Conclusion intermédiaire	42

IV. DISCUSSION	44
1. Réflexions sur l'existence ou non d'un principe général de la laïcité dans l'ordre constitutionnel suisse	44
2. Liberté de religion et rites funéraires	50
3. Les carrés « confessionnels »	53
4. Les carrés « confessionnels » sont-ils compatibles avec le droit exclusif de l'autorité civile de disposer des lieux de sépulture	54
5. L'autonomie communale et la surveillance cantonale	56
6. Les carrés « confessionnels », le droit à la dignité humaine et l'exercice non discriminatoire de la liberté de religion	60
V. <u>REPONSES AUX QUESTIONS POSEES</u>	68

O U V R A G E S C O N S U L T E S

Sami Awad **ALDEEB ABU-SAHLEH**, Cimetière musulman en Occident : normes juives, chrétiennes et musulmanes, Paris 2002

Andreas **AUER**/Giorgio **MALINVERNI**/Michel **HOTTELIER**, Droit constitutionnel suisse, volume II, Berne 2000, p. 205 ss

Patricia **BELHASSEN**, La crémation : le cadavre et la loi dans Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, Droit, économie, sciences sociales, 1997

M. **BORMMANS**, Convergences et divergences entre la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) et les récentes Déclarations des droits de l'homme dans l'Islam, dans Conscience et Liberté, 2^{ème} semestre 2000, n° 60, p. 25 ss

Urs Josef **CAVELTI**, Die Religionsfreiheit bei Sonderstatusverhältnissen, dans Religiöse Minderheiten und Recht, Freiburger Veröffentlichungen zum Religionsrecht, Fribourg 1998

François **CLERC**, Eglise et Etat en droit constitutionnel suisse, dans Conscience et Liberté, 1er semestre 1974, n° 7, pp. 5ss et pp. 24 ss

Raymond **GOY**, La garantie européenne de la liberté de religion : l'art. 9 de la Convention de Rome, RDP 1991, 5-60

M. **GRICHTING**, La Liberté religieuse en Suisse, dans Conscience et Liberté, 1^{er} semestre 2000, n° 59, p. 7 ss

Ulrich **HÄFELIN**, Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, art. 49 et 50, Bâle 1991

Felix **HAFNER**, Glaubens- und Gewissensfreiheit, dans Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2002, p. 707 ss, sp. pp. 709/710

Michel **HOTTELIER**, La réglementation du domaine public à Genève, dans SJ 2002, pp. 123 ss

Peter **KARLEN**, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zurich 1988

Robert **KEHL-ZELLER**, Die Rechte der Toten, 1991

Andreas **KLEY**, Liberté religieuse selon l'ancienne et la nouvelle Constitutions, 2001

Ulrich **LAMPERT**, Rechtsgutachten in Sachen des von der Gemeinde Olten geplanten Krematoriums auf Grund der Vereinbarung mit dem Feuerbestattungsverein; Die Rechtsstellung des Kirchhofeigentümers und das Verleihungsrecht von Vorzugsgräbern und Familiengräbern : Antwort auf das Rechtsgutachten des Hrn. Prof. Fleiner. <Rechtsgutachten zuhanden des Kirchenratspräsidenten in Malters>, 1909

Jean-François **MAYER**, La liberté religieuse en Suisse, dans Conscience et Liberté, 1998 N° 55, S. 21 f

Jörg-Paul **MULLER**, Grundrechte in der Schweiz, 3ème édition, pp. 80 à 101 Berne 1999

Niccolò **RASELLI**, Schickliche Beerdigung für "Andersgläubige", PJA 1996, 1103-1110

Peter **REMUND**, Die rechtliche Organisation des Bestattungswesens im Kanton Aargau, Zurich, 1948

Wilhelm **SPÖNDLIN**, Rechtsverhältnisse an Friedhöfen, unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechtes, Zürich 1910

Ueli **FRIEDERICH**, Kirchen und Glaubensgemeinschaften im pluralistischen Staat, Berne 1993

Christoph **WINZELER**, Fremde Religionen in der Schweiz, RDS 117/1998 I 260ss

Philipp **WYSS MARTIN**, Glaubens- und Religionsfreiheit zwischen Integration und Isolation, ZBl. 1994, 385-409.

I. LE CADRE DE LA CONSULTATION

1. Les questions posées

Le mandant nous pose les questions suivantes, qu'il a complétées par un commentaire :

Question 1

La laïcité du droit genevois, telle que traduite dans la législation cantonale sur les cimetières notamment aux art. 4 al. 3 et 5 et 8 al. 1 et 2 de la loi de 1876/1997 (K 1 65 et son règlement d'exécution K 1 65.01), s'oppose-t-elle au régime d'inhumation appelé « des carrés confessionnels » ?

Commentaire

Il est précisé que par « carré confessionnel » on entend le regroupement de concessions accordées individuellement, selon leur libre choix, à des personnes pratiquant la religion juive ou la religion musulmane.

La polémique actuelle est principalement alimentée par la référence aux articles 4 al. 3 et 8 al. 1 de la loi genevoise. On oublie le droit des individus d'acquérir des concessions librement choisies et le pouvoir des communes de réserver des emplacements pour les concessions exclusivement (art. 4 al. 5 et art. 8 al. 2 litt. a). De même, la notion de « carré confessionnel » est interprétée d'une manière qui ne correspond pas au projet de la Ville.

Actuellement, la Ville a pour principale préoccupation d'adopter un mode de faire qui utilise les ressources juridiques existantes. Il serait donc intéressant de déterminer la relation entre les deux modes d'inhumation (concession et inhumation à la ligne) et de voir comment la surveillance de l'autorité cantonale peut influencer la marge d'autonomie de la commune s'agissant des concessions.

En particulier, la phrase « Les emplacements doivent être attribués sans distinction d'origine ou de religion » (art. 4 al.3) mérite discussion quant à la notion d'« emplacement » et à l'instance chargée d'attribuer les emplacements : le législateur a-t-il voulu exclure le choix individuel de l'emplacement ou seulement empêcher qu'un emplacement soit attribué d'office à une personne ou un groupe ?

Question 2

Si la réponse à la question 1 devait être affirmative, cette législation serait-elle conforme aux règles de rang constitutionnel qui protègent en Suisse le libre exercice de la religion ou à d'autres règles de rang constitutionnel ?

Commentaire

Ce point doit permettre de saisir les diverses règles de rang supérieur au droit cantonal qui s'imposent à la gestion, l'administration et la surveillance des cimetières publics et d'explicitier la raison et l'ampleur de leur impact sur les pratiques cantonales et municipales.

Question 3

Ces règles de rang constitutionnel imposent-elles à la Ville de Genève des obligations, voire des prestations, en faveur des minorités confessionnelles juives ou musulmanes, dans le domaine de l'administration, de l'exploitation et de la gestion des lieux de sépulture ? Dans l'affirmative, quelles sont ces obligations, voire ces prestations ?

Commentaire

Quelles prestations minimales la Ville de Genève doit-elle offrir en se basant sur les obligations qui découlent du droit constitutionnel ? Quels arguments, habituellement utilisés pour légitimer une limitation des droits fondamentaux, seraient-ils pertinents ? Est-il possible qu'en dépit des exigences découlant du droit constitutionnel, le canton ou les communes puissent faire valoir des arguments tout à fait acceptables (?) pour ne pas répondre, du moins dans l'immédiat, à certaines exigences des minorités confessionnelles en cause (paix confessionnelle, exigüité du cimetière communal p.ex.) ?

Question 4

Le régime de surveillance institué par la législation cantonale sur les cimetières peut-il faire obstacle à ce que la Ville de Genève exécute les obligations décrites ci-dessus ? Dans l'affirmative, quelle est la solution ?

Commentaire

A Genève, il revient aux communes d'appliquer et de respecter la législation cantonale sur les cimetières tout en se soumettant à une surveillance quasiment constante exercée par l'autorité cantonale. Il est intéressant de désigner des

pistes qui permettront la cohabitation entre le respect des droits fondamentaux au plan communal et le pouvoir de surveillance de l'autorité publique sur les cimetières qui, à Genève, revient au canton comme résultante de l'article 53 al. 2 de l'ancienne Constitution fédérale. La réponse est importante pour appréhender l'autonomie dont la Ville de Genève jouit pour développer des initiatives relatives aux inhumations tout en restant fidèle à la législation cantonale, ce qui est pour elle un souci primordial.

2. Les réserves d'usage

L'expert soussigné se fonde exclusivement sur la documentation que le mandant a mise à sa disposition et sur les faits pertinents qui sont de notoriété publique à la date de la signature de la présente consultation.

Les solutions qu'il propose résultent de l'analyse du contenu des droits fondamentaux en jeu et de l'interprétation du droit cantonal pertinent selon les méthodes constitutionnelles admissibles. Il s'abstient de toute considération d'opportunité.

II. LES TEXTES PERTINENTS DE RANG CONSTITUTIONNEL ET LES RAPPORTS ENTRE EUX

1. Préambule

Une communauté religieuse organisée, ou les membres de cette communauté individuellement, ont-ils un droit public subjectif à l'adoption par une commune de mesures positives donnant à ces derniers la possibilité d'être ensevelis, sur son territoire, selon toutes les modalités rituelles que requiert la confession à laquelle ils adhèrent ? Tel est, en substance, le problème global que la présente consultation devrait aider à résoudre. La solution de ce problème dépend du contenu des droits fondamentaux que sont la liberté de religion, le droit à l'égalité dans la mesure où il proscriit toute discrimination fondée notamment

sur la religion, le droit à la dignité humaine et la protection des minorités religieuses.

Avant d'examiner le contenu de ces droits fondamentaux, il sied de présenter de manière substantielle, pour chacun d'eux, en premier lieu les textes qui les garantissent et en second lieu les rapports entre ces textes¹.

2. Les textes pertinents

A. **La liberté de religion²**

a) Les textes

aa) *Le droit constitutionnel genevois*

La Constitution genevoise du 24 mai 1847 (Cst. gen.) institue à ses art. 163 à 167 la séparation des Eglises et de l'Etat, tant pour l'enseignement religieux que pour l'organisation des Eglises, avec une solution particulière pour les édifices religieux (art. 166/167). Elle proclame simplement, à son art. 164, la liberté des cultes dans les termes suivants :

Article 164 Liberté des cultes

¹ *La liberté des cultes est garantie.*

² *L'Etat et les communes ne salarient ni ne subventionnent aucun culte.*

³ *Nul ne peut être tenu de contribuer par l'impôt aux dépenses d'un culte.*

¹ Cette méthode est inévitable car les droits fondamentaux sont coordonnés entre eux ; s'ils doivent être exercés dans le respect des prétentions qu'ils donnent aux uns ou aux autres, leur mise en œuvre n'est d'emblée jamais exclusive.

² Pour simplifier, nous parlerons toujours, dans le corps du présent avis de droit, de liberté de religion, et non pas tantôt de liberté religieuse, tantôt de liberté de conscience et de croyance, ou tantôt de liberté de pensée.

bb) *Le droit constitutionnel fédéral (ou le droit constitutionnel autonome)*

α La Constitution du 29 mai 1874 (aCst.)

La Constitution du 29 mai 1874 est demeurée en vigueur jusqu'au 31 décembre 1999. C'est donc sous son empire que le Tribunal fédéral a élaboré l'essentiel de sa jurisprudence qui définit le contenu actuel de la garantie constitutionnelle de la liberté de religion.

Les art. 49 et 50 aCst. proclamaient l'un la liberté de conscience et de croyance et l'autre la liberté de culte dans les termes suivants :

Article 49 (sans titre marginal)

¹*La liberté de conscience et de croyance est inviolable.*

²*Nul ne peut être contraint de faire partie d'une association religieuse, de suivre un enseignement religieux, d'accomplir un acte religieux, ni encourir des peines, de quelle que nature qu'elles soient, pour cause d'opinion religieuse.*

³*La personne qui exerce l'autorité paternelle ou tutélaire a le droit de disposer, conformément aux principes ci-dessus, de l'éducation religieuse des enfants jusqu'à l'âge de 16 ans révolus.*

⁴*L'exercice des droits civils ou politiques ne peut être restreint par des prescriptions ou des conditions de nature ecclésiastique ou religieuse, quelles qu'elles soient.*

⁵*Nul ne peut, pour cause d'opinion religieuse, s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique.*

⁶*Nul n'est tenu de payer des impôts dont le produit est spécialement affecté aux frais proprement dits du culte d'une communauté religieuse à laquelle il n'appartient pas. L'exécution ultérieure de ce principe reste réservée à la législation fédérale.*

Article 50 (id.)

¹*Le libre exercice des cultes est garanti dans les limites compatibles avec l'ordre public et les bonnes mœurs.*

²Les cantons et la Confédération peuvent prendre les mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public et de la paix entre les membres des diverses communautés religieuses, ainsi que contre les empiètements des autorités ecclésiastiques sur les droits des citoyens et de l'Etat.

³Les contestations de droit public ou de droit privé auxquelles donne lieu la création de communautés religieuses ou une scission de communautés religieuses existantes, peuvent être portées par voie de recours devant les autorités fédérales compétentes.

⁴Il ne peut être érigé d'évêchés sur le territoire suisse sans l'approbation de la Confédération.

Hormis ses « articles confessionnels » qu'il n'y a pas lieu de rappeler ici, la Constitution de 1874 énonçait en outre, à ses arts 27 al. 3 et 4, 54 al. 2 et 75, la neutralité de l'enseignement dans les écoles publiques, l'interdiction des empêchements confessionnels au mariage et la laïcité de la composition du Conseil national, du Conseil fédéral³ et du Tribunal fédéral⁴.

β La Constitution du 18 avril 1999 (Cst.)

La Constitution fédérale du avril 1999 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Elle garantit désormais la liberté de conscience et de croyance à son art. 15 dans les termes suivants :

Article 15 Liberté de conscience et de croyance

¹La liberté de conscience et de croyance est garantie

²Toute personne a le droit de choisir librement sa religion ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté.

³Toute personne a le droit d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir et de suivre un enseignement religieux.

⁴Nul ne peut être contraint d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir, d'accomplir un acte religieux ou de suivre un enseignement religieux.

³ Art. 75 en relation avec l'art. 96 al. 1.

⁴ Art. 75 en relation avec l'art. 108 al. 1.

La Constitution de 1999 ne reprend pas *en toutes lettres* les règles sur la neutralité de l'enseignement dans les écoles publiques et sur les interdictions des empêchements confessionnels au mariage. Elle a en outre supprimé purement et simplement la règle de la laïcité dans la composition des autorités supérieures de la Confédération, alors que le projet présenté à l'Assemblée fédérale en prévoyait encore le maintien⁵.

Pour le surplus, l'art. 72 Cst. traite des rapports entre l'Eglise et l'Etat dans les termes suivants :

Article 72 Eglise et Etat

¹*La réglementation des rapports entre l'Eglise et l'Etat est du ressort des cantons.*

²*Dans les limites de leurs compétences respectives, la Confédération et les cantons peuvent prendre des mesures propres à maintenir la paix entre les membres des diverses communautés religieuses.*

³*Il ne peut être érigé d'évêché sans l'approbation de la Confédération.*

L'art. 72 al. 3 a été abrogé en votation populaire du 10 juin 2001⁶.

cc) *Les traités multilatéraux (ou le droit conventionnel)*

α Remarque sur la Déclaration universelle des droits de l'homme

Le 10 décembre 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration universelle des droits de l'homme. Cette déclaration est notamment concrétisée par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (ci-après : **CEDH** ou la **Convention européenne**) et par le

⁵ A son art. 133 ; voir Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale (ci-après : le Message) dans FF 1997 I pp. 378/399 et 630.

⁶ Arrêté du Conseil fédéral du 22 août 2001 ; RO 2001 p. 2262.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (ci-après : **Pacte ONU II** ou le **Pacte des Nations Unies**).

L'art. 18 de la Déclaration de 1948 proclamé la liberté de religion dans les termes suivants :

Article 18 (sans titre marginal)

Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seul ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.

Ce sont les art. 9 de la Convention européenne et 18 du Pacte des Nations Unies qui concrétisent cette proclamation.

β La Convention européenne des droits de l'homme

La Convention européenne garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion à son art. 9 dans les termes suivants :

Article 9 Liberté de pensée, de conscience et de religion

¹Toute personne a le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

²La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

γ Le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques

Le Pacte des Nations Unies garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion à son art. 18 dans les termes suivants :

Article 18 (sans titre marginal).

¹*Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu' en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.*

²*Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.*

³*La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droit fondamentaux d'autrui.*

⁴*Les États parties au présent pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leur propre conviction.*

b) Les rapports entre ces textes

aa) *Droit constitutionnel cantonal et droit constitutionnel fédéral*

La Constitution genevoise est la plus ancienne des constitutions cantonales, à laquelle la garantie fédérale a été donnée avant même l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale de 1848. Elle a cependant fait l'objet d'une mise à jour générale le 7 décembre 1958⁷. Dans le domaine de la liberté de religion elle reflète, de manière forte, le contexte historique dans lequel elle a été adoptée ; au contraire de la Constitution fédérale et d'un grand nombre de constitutions cantonales, elle n'est par exemple précédée d'aucun préambule contenant une référence à la divinité.

⁷ A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1, p. 567 ch. 1618.

Le Tribunal fédéral a souligné cet aspect en termes vigoureux dans son arrêt *RIVARA* du 12 mars 1982, qui avait pour objet le refus d'autoriser une procession religieuse sur le domaine public⁸. Aussi, dans son arrêt *X.* du 12 novembre 1997, qui avait pour objet le port du voile islamique par une maîtresse de l'école primaire, s'est-il dispensé de toute allusion précise au droit constitutionnel cantonal⁹, au moment où il énumérait les droits constitutionnels que la recourante *eût pu* invoquer et comparait leur portée respective.

Pour les besoins de la présente consultation, il nous suffit de constater expressément que la Constitution genevoise n'offre pas, dans le domaine de la liberté de religion, des garanties supérieures à celles offertes par le droit constitutionnel fédéral. Le législateur genevois, intervenant dans le champ de la liberté de religion, doit donc respecter ni plus ni moins que les garanties offertes par le droit fédéral de rang constitutionnel, autonome ou non. On se bornera à signaler, déjà ici, que la laïcité - telle que les autorités genevoises pourraient la concevoir à la suite d'une interprétation historique ou téléologique particulière de la Constitution de 1847 - ne saurait apporter à la pratique de la religion des limitations plus graves que celles que permet le droit fédéral. Des dispositions constitutionnelles cantonales impliquant pareilles limitations seraient incompatibles avec le droit constitutionnel fédéral, ce que le Tribunal fédéral, saisi d'un recours de droit public, aurait la compétence de constater comme il l'a admis sous l'empire de l'art. 6 aCst.¹⁰

bb) *Ancienne et nouvelle constitutions fédérales*

La Constitution fédérale de 1874 a cessé d'être en vigueur le 1^{er} janvier 2000 et aucune des dispositions transitoires de la Constitution fédérale de 1999 ne se

⁸ ATF 108 Ia 41.

⁹ ATF 123 I 296, spécialement p. 300 consid. 2a dernière phrase et considérant 2d/aa.

¹⁰ ATF 116 Ia 359 (examen des dispositions cantonales appenzelloises sur l'égalité des droits politiques) : 121 I 138, spécialement p. 147 consid. 5c/aa *in fine*.

rapporte à la liberté de religion¹¹. La continuité entre l'ancien et le nouveau droit constitutionnel fédéral n'en est pas moins patente dans ce domaine sous la seule réserve de la laïcité de la composition des autorités fédérales supérieures. C'est ainsi que l'art. 15 Cst. reprend, certes avec une structure différente, toutes les garanties qu'offraient les art. 49 et 50 aCst. Le nouveau droit ne fait qu'accentuer davantage la garantie individuelle de la liberté de religion par rapport à la garantie de la paix religieuse dont le Conseil fédéral a dit, au moment de la révision, qu'elle ne lui paraissait plus menacée aujourd'hui comme par le passé¹². Cette considération paraîtrait relever d'un optimiste béat si on ne l'insérait pas dans le contexte historique restreint des relations entre les Eglises chrétiennes. Elle n'a du reste pas vraiment trouvé d'expression dans le texte constitutionnel ; l'art. 72 al. 2 Cst. rappelle au contraire le droit de la Confédération et des cantons, dans les limites de leurs compétences respectives, de prendre des mesures propres à maintenir la paix entre les membres des diverses communautés religieuses.

L'art. 15 Cst. n'est donc, en définitive, qu'une formulation nouvelle des art. 49 et 50 aCst., qui met simplement en évidence d'une part l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans le domaine de la liberté de religion et d'autre part les conséquences de l'entrée en vigueur pour la Suisse d'instruments du droit des gens qui garantissent des droits fondamentaux sous l'égide du Conseil de l'Europe ou de l'Assemblée générale des Nations Unies. La jurisprudence antérieure au 1^{er} janvier 2000 sert donc, par une sorte d'effet anticipé implicite, à définir le contenu essentiel de l'art. 15 Cst¹³.

¹¹ Cf. arrêté du 18 décembre 1998 relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale.

¹² Exposé des motifs *ad.* art. 12 p. 42 ; Message *ad.* art. 13 p. 157.

¹³ La neutralité de l'enseignement dans les écoles publiques codifiée dans l'ancienne constitution, résulte désormais implicitement des normes de la nouvelle constitution sur l'enseignement mises en relation avec l'art. 15 Cst. ; l'interdiction des empêchements confessionnels au mariage résulte désormais de l'art. 14 Cst. qui doit être interprété à la lumière de l'art. 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des dispositions de la Convention européenne et du Pacte des Nations Unies qui concrétisent cette proclamation.

cc) Droit constitutionnel autonome et droit conventionnel

Au moment de déposer ses instruments de ratification de la Convention européenne et du Pacte des Nations Unies, la Suisse n'a émis ni réserve ni déclaration interprétative concernant soit l'art. 9 CEDH soit l'art. 18 Pacte ONU II. Ces dispositions ont ainsi été incorporées immédiatement et intégralement dans notre ordre juridique au moment de leur entrée en vigueur. Elles ont le même rang normatif que l'art. 15 Cst.¹⁴

Les alinéas 2 à 4 de l'art. 15 Cst., qui précisent de manière spécifique le contenu de la liberté de religion proprement dite, offrent aux citoyens des garanties équivalentes à celles que leur offrent les art. 9 CEDH et 18 Pacte ONU II¹⁵. Le droit de « *professer individuellement ou en communauté sa religion* », d' « *adhérer et appartenir (ou ne pas adhérer et appartenir) à une communauté religieuse* » de même que le droit « *d'accomplir un acte religieux* » énoncés en toutes lettres à cet endroit de la Constitution fédérale, coïncident avec « *la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé* » notamment « *par le culte, l'accomplissement des rites et les pratiques* » énoncés en toutes lettres et dans des termes à peu près semblables aux alinéas 1^{er} *in fine* des art. 9 CEDH et 18 Pacte ONU II.

Il serait oiseux de disserter sur les raisons pour lesquelles le constituant de 1999 n'a pas repris mot à mot le texte de certaines garanties individuelles exprimées avec précision et clarté dans des instruments « éprouvés » du droit des gens incorporés antérieurement à notre droit interne ; c'eût été peut-être opportun pour celles de ces garanties dont l'application est particulièrement délicate et sensible, comme c'est le cas de la liberté de religion. Il suffit, pour les besoins de la présente consultation, de réaffirmer que le contenu de la liberté de religion

¹⁴ Voir entre autres pour l'application directe de ces textes. ATF 121 V 249 consid. 2/c.

¹⁵ ATF 123 I 296, 301 consid. 2b/aa; 125 I 300, 310 consid. 3c.

consacrée à l'art. 15 Cst. n'est qu'*explicité* par la garantie de la liberté de religion consacrée aux art. 9 CEDH et 18 Pacte ONU II.

La comparaison du texte des art. 9 CEDH et 18 Pacte ONU II montre que ces dispositions reconnaissent, implicitement pour la première et explicitement pour la seconde (à son alinéa 2), que la liberté de religion est inviolable dans son essence¹⁶. Cela concerne le droit d'avoir une croyance spirituelle ou non, et d'en changer ou de ne pas en changer, droit dont l'exercice se rapporte au *for intérieur* des titulaires. La question de savoir si la liberté de *pratiquer* sa religion - dont l'exercice se rapporte à la *manifestation extérieure* des convictions religieuses - est également *inviolable dans son essence*, nous paraît relever de la pure théorie juridique. Il est en tout cas inutile de s'y attarder dans le cadre de la présente consultation.

On s'en convaincra à la lumière de deux exemples. La pratique des rites initiatiques du baptême et de la circoncision est protégée peut-être parce qu'elle appartient au *noyau intangible* de la liberté de professer sa religion ; mais le droit de pratiquer ces rites est garanti avant tout parce qu'il ne se heurte en principe à aucun intérêt public prépondérant . Il n'en irait pas de même de la pratique de rites initiatiques qui comporteraient une mutilation des individus, réduisant - dans quelque mesure que ce soit - leurs propriétés vitales. La pratique des rites de transfert (ci-après : « **les rites funéraires ou les rites mortuaires** ¹⁷ » de l'ensevelissement et de l'incinération) des personnes

¹⁶ Selon les termes de l'art. 36 al. 4 Cst., qui sont plus appropriés que les termes « *noyau intangible* », germanisme qui se rencontre souvent dans la jurisprudence et dans la doctrine suisses de langue française.

¹⁷ L'avis de droit parlera indifféremment de *rites funéraires* ou *rites mortuaires* pour simplifier et non pas pour prendre en considération le sens que l'une ou l'autre des confessions monothéistes pourrait donner à ces notions. Dans ces deux notions nous englobons, sans les distinguer du point de vue du sacré ou de leur qualité sacramentelle, les cérémonies d'adieu et les services divins célébrés à l'intérieur d'un lieu de culte consacré, les prières ou tout autre rituel accompli sur les bords de la tombe avant l'inhumation, le mode d'inhumation proprement dit (creusage de la tombe, mise en terre et fermeture de la tombe), les cérémonies du souvenir pratiquées occasionnellement ou périodiquement dans un lieu de culte consacré ou sur la tombe, après un certain délai, lors de fêtes communautaires ou à d'autres moments, individuellement ou en commun, pour le salut de l'âme ou par simple respect pour un défunt ou pour l'ensemble des défunts réunis dans un lieu de sépulture.

adhérant à une confession monothéiste, est, elle aussi, protégée peut-être parce qu'elle appartient au *noyau intangible* de la liberté de religion ; mais le droit de pratiquer ces rites est garanti avant tout parce qu'il ne se heurte en principe à aucun intérêt public prépondérant. Cette protection ne serait pas accordée à un rite funéraire de nature à troubler l'ordre public selon les conceptions du pays de célébration, ce qui serait, en Suisse, bien entendu le cas notamment de cérémonies funèbres accompagnées d'actes sacrificiels, et aussi - sans nul doute - de cérémonies d'incinération en plein air sur le domaine public ou sur des terrains appartenant à une communauté religieuse ou à ses membres.

B. Le droit à la dignité humaine

Ce droit fondamental présente un intérêt en l'espèce parce qu'il inclut le droit à une sépulture décente.

Dans la Constitution fédérale de 1874, le droit à une sépulture décente résultait de l'art. 53 al. 2 deuxième phrase aCst. rédigé comme il suit :

[L'autorité civile] doit pourvoir à ce que toute personne décédée puisse être enterrée décentement.

Ce texte n'a pas été repris dans la Constitution fédérale de 1999, au motif que le droit à une sépulture décente résulte implicitement¹⁸ de son art. 7 dont la teneur est la suivante :

Article 7 Dignité humaine

La dignité humaine doit être respectée et protégée.

¹⁸ Le Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale s'exprime sans équivoque sur la garantie du droit à une sépulture décente par cette disposition (p. 143 *in fine*).

En tant qu'elle contient le droit à une sépulture décente, la dignité humaine concerne de toute évidence aussi le droit de *pratiquer* sa religion, c'est-à-dire, entre autres, le droit d'accomplir les rites funéraires prescrits par celle-ci¹⁹.

La dignité humaine est cependant une garantie toute générale, et de surcroît subsidiaire, par rapport à la garantie des autres droits fondamentaux dont elle constitue la plupart du temps le substrat élémentaire²⁰. Cette nature élémentaire justifie que la dignité humaine soit inscrite en tête du catalogue des droits fondamentaux de la nouvelle Constitution ; mais elle a pour conséquence ici que, si nous arrivons à la conclusion que l'art. 15 Cst. permet de résoudre les problèmes qui nous sont posés, l'analyse séparée de ces problèmes sous l'angle distinct de la dignité humaine s'avérera superflue.

C. Le droit à l'égalité

a) Le droit constitutionnel autonome

Du point de vue de la liberté de religion, le droit à l'égalité est une garantie relative qui prohibe notamment toute discrimination fondée sur l'appartenance religieuse. Résultant naguère implicitement de l'art. 4 aCst., cette prohibition est aujourd'hui inscrite à l'art. 8 al. 2 Cst. qui a la teneur suivante :

Article 8 Egalité

...

Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques, ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.

...

...

¹⁹ Voir à ce propos l'analyse de l'art. 7 Cst. faite par le Juge fédéral Niccolò RASELLI, sous le titre « *Schickliche Beerdigung für Andersgläubige* », dans AJP 1996, volume 9, pp. 1103 ss, spécialement p. 1105 ch. 2/a.

²⁰ On le voit très bien à la lecture de l'art. 3 CEDH qui interdit la torture.

b) Le droit conventionnel

Les art. 14 CEDH et 2 al. 1 Pacte ONU II concrétisent les art. 2 et 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dans la teneur suivante:

CEDH

Article 14 Interdiction de discrimination

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Pacte ONU II

Article. 2 al. 1 (sans titre marginal)

Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique, ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Ces diverses dispositions du droit constitutionnel autonome et du droit conventionnel ont le même contenu en tant qu'elles garantissent à toute personne le droit d'exercer ses droits fondamentaux de manière égale indépendamment de son appartenance religieuse, de son origine ou de son rang dans la société.

D. La protection des minorités

a) Le droit constitutionnel autonome

La constitution fédérale de 1999 ne garantit pas nommément la protection des minorités sous réserve de la reconnaissance des minorités linguistiques nationales, contenue à son art. 70. Mais on ne saurait déduire de cela une volonté quelconque de restreindre la protection des minorités. Déjà sous

l'empire de la Constitution de 1874, le Tribunal fédéral avait jugé que la protection des minorités de toute nature doit être assurée par l'Etat démocratique dans la mesure où cette protection est compatible avec l'intérêt public. Au demeurant, la règle fédéraliste²¹ de l'art. 72 al. 2 Cst., aux termes duquel « *la Confédération et les cantons peuvent prendre des mesures propres à maintenir la paix entre les membres des diverses communautés religieuses* », inclut naturellement la protection des minorités confessionnelles.

b) Le droit conventionnel

La protection des minorités est expressément codifiée à l'art. 27 Pacte ONU II aujourd'hui incorporé à notre droit interne comme norme de rang constitutionnel :

Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion ou d'employer leur propre langue.

Le Comité international des droits de l'homme, institué par les art. 28 ss du Pacte pour veiller au respect des obligations générales de celui-ci, semble interpréter cette disposition en ce sens que les Etats parties ont l'obligation de veiller à ce que les droits de minorités puissent être exercés de manière effective, ce qui peut impliquer l'adoption de mesures positives²².

La protection des minorités, consacrée à l'art. 27 Pacte ONU II, s'inscrit au demeurant dans le contexte de la liberté de religion garantie à l'art. 15 Cst.

²¹ Mentionnée en page 19 ci-dessus.

²² Voir W. KÄLIN/G. MALINVERNI/M. NOWAK, *Die Schweiz und die UNO Menschenrechtspakte* /La Suisse et les pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, 2^{ème} édition, Bâle et Frankfurt 1997, pp. 241/242 : voir aussi l'analyse de cette question par l'auteur du présent avis de droit, publiée dans *Revue de droit suisse* 1992, p. 107 ss, spécialement pp. 128 - 130.

Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu aux détenus professant des religions minoritaires, le droit de participer à un culte dans le pénitencier, à l'instar de ce qui est permis aux adhérents d'une communauté religieuse majoritaire ou reconnue²³. Appliquant l'art. 27 al. 3 aCst. qui garantissait la neutralité de l'enseignement dans les écoles publiques, il a de même souligné que les membres d'une confession minoritaire n'ont pas à subir, de ce chef, des limitations à leur liberté de conscience et de croyance, autres que celles qui sont imposées aux adhérents des Eglises majoritaires ou reconnues²⁴. Des considérations semblables ont enfin été émises, ou développées, dans des arrêts se rapportant à une dispense limitée de fréquenter l'école pour des motifs religieux²⁵ et à la dispense de pratiquer certains exercices de gymnastique pour les mêmes motifs²⁶.

Cette jurisprudence montre que la protection des minorités de l'art. 27 Pacte ONU II²⁷ n'offre pas aux particuliers, dans le domaine de la pratique de la religion - qui implique la liberté d'accomplir les rites sacramentels ou confessionnels - des garanties supérieures à celles dont on verra qu'elles peuvent être déduites de l'art. 15 Cst. en relation avec l'art. 8 al. 2 Cst. Cette considération nous dispense d'examiner séparément le problème qui nous est soumis sous l'angle distinct de l'art. 27 Pacte ONU II.

²³ ATF 113 Ia 304 déjà cité.

²⁴ ATF 116 I 252 déjà cité.

²⁵ ATF 117 Ia 311.

²⁶ ATF 119 Ia 78 déjà cité.

²⁷ Pour autant que cette protection implique la reconnaissance d'un droit fondamental protégé.

III. EXPOSE ANALYTIQUE DES RAPPORTS ENTRE LA LIBERTE DE RELIGION ET LE DROIT A UNE SEPULTURE DECENTE

1. Le concept « doctrinal » de la liberté de religion

La liberté de religion garantit le droit d'avoir une conviction religieuse (*liberté de conviction*). Elle garantit d'autre part aussi le droit d'exprimer et de manifester cette conviction par la parole et par l'acte (*liberté de professer sa religion*).

A. La liberté de conviction

Le droit de se forger une conviction *spirituelle*, de ne pas en avoir ou d'en changer est un attribut naturel de la personne humaine ; pour paraphraser une formule cartésienne cette liberté est la preuve intime de son existence. Il n'appartient donc pas à l'Etat, par ses fonctionnaires ou agents, de s'introduire dans ce domaine du for intérieur. La liberté de *conscience* et de *croissance*, garantie par les art. 15 Cst., 9 CEDH et 18 Pacte ONU II, dont les textes viennent d'être reproduits, protège contre une telle ingérence toutes les conceptions du monde que peut avoir l'individu, c'est-à-dire non seulement la représentation transcendante du sens de la vie humaine, mais aussi l'agnosticisme, voire les convictions apparentées à un rationalisme ou à un matérialisme absolu. De ce point de vue interne, la liberté de conscience et de croissance nous apparaît comme la forme la plus élevée de la liberté d'opinion consacrée désormais à l'art. 16 al. 1 Cst.²⁸ Elle est parfaitement *intangibile*, c'est-à-dire inviolable ou, pour être plus précis, immunisée contre toutes les formes d'agressions externes, si bénignes soient-elles, fomentées par la puissance publique ou par les particuliers. L'Etat démocratique doit certes concevoir, par exemple, l'éducation, l'instruction et la formation des enfants dans le sens des conceptions humanistes que la Déclaration universelle des

²⁸ On relèvera avec intérêt que, contrairement à celui de l'art. 15 Cst., le titre marginal de l'art. 9 CEDH énonce nommément « la liberté de religion », ce qui permet de dire que l'auteur historique de ce texte y a vu un aspect particulier de la liberté de conscience et de croissance.

droits de l'homme tend à voir traduites dans le droit positif des sociétés contemporaines²⁹. Mais il lui faut en cela respecter la liberté des parents, et le cas échéant des tuteurs légaux – liberté qui elle-même peut être restreinte ou entrer en conflit avec les droits fondamentaux d'autrui - de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants *conformément à leurs propres convictions*³⁰.

B. La liberté de professer sa religion

a) Remarque initiale sur cet aspect de la liberté de religion

Reconnaître à chacun le droit d'avoir ou de ne pas avoir une conviction religieuse n'aurait guère de sens si la personne humaine n'avait pas la liberté d'exprimer cette conviction par la parole et par l'acte. Ainsi perçue, la garantie constitutionnelle et conventionnelle de la liberté de religion protège des actes individuels et des actes communautaires. Les actes individuels protégés sont notamment la prière, le recueillement, la méditation, la profession de foi - orale, écrite ou gestuelle - qui est l'expression intellectuelle de sa conviction religieuse à l'adresse de tiers ou du public, la décision de fréquenter un enseignement religieux et celle d'adhérer à une communauté ou à une association religieuses. Les actes collectifs protégés sont notamment la participation au culte ou aux prières ou aux méditations en commun, la fréquentation d'organisations culturelles religieuses, celle de l'enseignement religieux groupé, la participation à des organes associatifs d'une communauté religieuse, ainsi que *la pratique en commun de tous les actes religieux admis ou obligatoires, et l'accomplissement en commun des rites sacrés*.

²⁹ On rappellera qu'à la date du 1^{er} février 1996, 135 Etats avaient, sauf erreur, ratifié les deux Pactes des Nations Unies qui, relatifs l'un aux droits économiques, sociaux et culturels et l'autre aux droits civils et politiques, tendent en définitive à façonner dans chaque Etat une organisation sociale conforme aux exigences de la « dignité inhérente à la personne humaine » pour reprendre les termes du préambule de chacun de ces traités multilatéraux.

³⁰ Art. 18 al. 4 Pacte ONU II.

Ce droit de manifester sa conviction religieuse est une forme élevée et complexe de la liberté d'expression consacrée désormais à l'art. 16 al. 2 Cst.³¹ Elle est aussi un engagement social qui, par sa nature, peut se heurter soit à l'intérêt public soit à la liberté d'autrui. Elle n'est donc pas intangible et peut être restreinte aux conditions énumérées à l'art. 36 Cst. ainsi qu'aux alinéas 2 de l'art. 9 CEDH et 3 de l'art. 18 Pacte ONU II. Les restrictions qui peuvent être apportées à cet exercice de la liberté de religion doivent être prévues par la loi et cela d'autant plus clairement que la restriction envisagée est grave ; elles devront se justifier par un intérêt public prépondérant (protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publics, ou de la morale), ou par la protection de la liberté ou d'un droit fondamental d'autrui. Ces restrictions ne sont en outre admissibles que si elles respectent le principe constitutionnel de la proportionnalité, c'est-à-dire si elles ne vont pas au-delà de ce qu'exige la protection du but d'intérêt public poursuivi ou la protection de la liberté et des droits fondamentaux d'autrui.

b) Les titulaires de la garantie

La liberté de professer sa religion est un droit fondamental de l'individu. Ces titulaires sont donc avant tout les personnes physiques, qu'elles adhèrent ou non à une confession quelconque. Mais ce sont aussi les personnes morales à but religieux qui peuvent s'en prévaloir contre des mesures étatiques susceptibles d'entraver indûment l'accomplissement de ce but. Ces personnes morales sont non seulement les Eglises reconnues, mais aussi toutes les communautés ou institutions religieuses quels que soient leur importance numérique, leur implantation géographique ou leur caractère historique.

³¹ Voir la note précédente relative au titre de l'art. 9 CEDH.

c) Les obligations de l'Etat

Le droit public subjectif que protège la garantie constitutionnelle et conventionnelle de la liberté de professer sa religion a pour corollaire une norme générale de comportement - au moins implicite - de la puissance publique et de ses agents.

Cette norme de comportement fait avant tout naître une obligation négative à la charge des pouvoirs publics : ceux-ci ne peuvent, sans une justification primordiale, entraver l'exercice ou la manifestation des convictions religieuses. Mais cette norme de comportement fait aussi naître à leur charge des obligations positives, certes plus limitées. Parmi ces obligations figurent celle d'intervenir, lorsque cela est nécessaire, pour protéger, par des mesures de police, l'exercice d'une activité religieuse admissible, par exemple lorsque cette activité est en butte à une opposition sectaire ou à des provocations³².

L'Etat peut aussi être tenu de mettre le domaine public à la disposition d'une institution religieuse pour une activité en rapport avec ses buts religieux et limiter en conséquence l'usage du domaine public par les autres administrés. Il peut aussi être tenu d'adopter des mesures spéciales pour assurer ou faciliter l'exercice de la liberté de professer sa religion, par des personnes qui se trouvent envers lui dans un rapport spécial de subordination limitant en principe l'exercice de leurs droits fondamentaux³³.

³² On relèvera au passage que le libre exercice de la liberté de professer sa religion impose aussi aux particuliers des obligations de comportement déterminées. L'effet horizontal (*Drittwirkung*) de la liberté de religion trouve par exemple son expression à l'art. 336 al. 1 *lit. b* CO, aux termes duquel l'exercice d'un droit fondamental par une partie au contrat de travail, qui n'entraîne pas une violation des obligations résultant du contrat de travail ou qui ne porte pas sur un point essentiel n'entraîne pas un préjudice grave au travail dans l'entreprise, ne saurait être un motif de congédier un travailleur. On rappellera aussi que l'art. 261 CP punit de l'emprisonnement ou l'amende non seulement celui qui offense ou bafoue la conviction d'autrui ou profane les objets de la vénération religieuse, mais aussi celui qui *méchamment* aura contrarié la pratique d'un acte culturel ou aura profané les lieux et les objets destinés à cette pratique. Quant à l'art. 261bis CP, il réprime, sous le titre de discrimination raciale, un certain nombre d'actes commis en public ou en privé, à l'encontre de personnes ou de groupes de personnes *en raison de leur appartenance religieuse*.

³³ Voir les arrêts ATF 113 Ia 304 ; 117 Ia 311 ; 119 Ia 78 ; 123 I 296, tous déjà cités.

Dans tous les cas, l'obligation fondamentale de l'Etat est celle d'observer une neutralité religieuse et confessionnelle. Ce devoir de neutralité, avec ces composantes négatives et positives, n'est cependant pas absolu. Le droit conventionnel n'a, par exemple, nullement restreint la liberté que le droit interne autonome laisse aux cantons lorsqu'ils réglementent les rapports entre l'Eglise et l'Etat dans le cadre de la compétence que leur reconnaît l'art. 72 al. 1 Cst. Ils peuvent choisir de séparer rigoureusement l'Eglise et l'Etat ou d'accorder à certaines communautés ou institutions religieuses un soutien étatique pour leur permettre d'exercer leurs activités culturelles ou éducatives, en privilégiant même les Eglises traditionnellement les mieux implantées dans le pays³⁴.

Cette réserve de solutions législatives favorables aux « Eglises de droit public » ou aux « Communautés religieuses reconnues de droit public » ou « reconnues comme institutions d'intérêt public »³⁵, ne diminue pas l'obligation qu'a l'Etat de traiter toutes les convictions religieuses sans discrimination contraire à l'art. 8 al. 2 Cst., et cela dans la personne des communautés religieuses ou dans celle de leurs membres. Ces derniers ne sauraient être favorisés ou désavantagés, à cause de leur appartenance confessionnelle, notamment dans l'exercice de leurs droits civils ou politiques et de leurs droits sociaux, économiques ou culturels. L'Etat viole son obligation de respecter sans discrimination l'exercice de la liberté de religion, s'il accorde des *prestations particulières* ou des *droits spéciaux* aux fidèles de certaines confessions pour les refuser, ou pour en refuser l'équivalence, aux fidèles d'autres confessions³⁶. Cette dernière observation est particulièrement importante en l'espèce où le projet de la Ville de Genève concerne, comme on le verra, l'aménagement de l'utilisation d'un bien qui certes est formellement la propriété privée de la Ville, mais qui, du fait

³⁴ Entre autres ATF 102 Ia 468 consid. 3d, 103 Ia 242 consid. 3b, 116 Ia 252 consid. 5d, 125 I 347 consid. 3a.

³⁵ Voir par exemple l'art. 171 de la nouvelle Constitution vaudoise du 17 mai 2002 qui entrera en vigueur le 14 avril 2003 (art. 175) et accorde cette qualité à la Communauté israéliite.

³⁶ Cf. ATF 113 Ia 304 consid. 3 c; 116 Ia 252 consid. 5e; 123 Ia 296 consid. 4b/bb; 125 I 347 consid. 3a *in fine*.

de son affectation, doit être traité selon nous de la même façon qu'un bien de son patrimoine administratif ou de son domaine public au sens large³⁷.

2. Les développements jurisprudentiels

A. **La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse**

a) La définition séculaire de l'art. 53 al. 2 aCst.

Juridiction constitutionnelle, le Tribunal fédéral a été saisi à plusieurs reprises de recours de droit public ayant pour objet le droit à une sépulture décente. Il n'est jamais entré en matière sur ces recours lorsqu'ils se fondaient isolément sur l'art. 53 al. 2 aCst.³⁸ La violation de cette disposition était en effet de la compétence du Conseil fédéral soit en vertu de la loi fédérale d'organisation judiciaire³⁹, soit en vertu de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative⁴⁰.

Le Tribunal fédéral rappelait simplement que, si le constituant historique de 1874 avait soumis le droit de disposer des lieux de sépulture aux autorités civiles, c'était pour mettre fin aux discriminations qu'entraînait auparavant la gestion de ces emplacements par les Eglises ; ces discriminations affectaient par exemple les personnes suicidées, voire les personnes divorcées, et – de manière

³⁷ Dans son arrêt GAILLOUD du 31 mai 1954 (mais sur ce point rien n'a substantiellement changé depuis), le Tribunal fédéral ne s'est à juste titre pas préoccupé du statut de propriété privée des cimetières de la Ville de Genève ; il a qualifié, avec raison, de *service public* l'administration par celle-ci de ses cimetières « destinés à procurer aux personnes décédées un lieu de sépulture décent, qui doit permettre en même temps aux parents de venir y cultiver la mémoire du défunt » (ATF 80 I 121, 125/126 consid. 2).

³⁸ Encore dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle ATF 87 I 219 et 119 Ia 178 consid. 1.

³⁹ Art. 125 al. 1 ch. 4 de ce texte dans sa teneur antérieure à 1969.

⁴⁰ Art. 73 ch. I *lit.* a ch. 4 PA. abrogé par le ch. 1/1 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les adaptations de lois de procédure à la nouvelle Constitution fédérale, RO 2000, p. 416.

plus générale – les personnes professant d'autres croyances ou convictions que celle véhiculée par l'Eglise qui assurait la gestion du cimetière⁴¹.

L'état de fait de ces arrêts anciens illustre la similitude des problèmes qui se posaient jadis aux autorités cantonales sous l'empire de l'art. 53 al. 2 aCst., et de ceux qui se posent en ce moment aux autorités genevoises sous l'angle des art. 7 et 15 Cst.⁴².

Le plus ancien de ces arrêts avait ainsi pour toile de fond la cession par l'administration d'une commune fribourgeoise à la corporation catholique romaine de cette commune, du cimetière privé situé près de l'église paroissiale, en conséquence de l'ouverture d'un nouveau cimetière public sur le territoire communal⁴³.

L'arrêt suivant est encore plus significatif puisqu'il traite du principe de l'ensevelissement sans considération de culte⁴⁴ dans une commune thurgovienne mixte où les communautés catholique et protestante jouissaient ensemble de l'église et du cimetière communaux. Chargée d'étudier la création d'un nouveau cimetière en dehors de la localité, la commission communale compétente, formée de représentants des deux confessions, avait décidé que les catholiques et les réformés disposeraient d'espaces d'ensevelissement distincts et séparés dans le nouveau cimetière, comme dans l'ancien, *notamment pour tenir compte des nécessités de la prière en commun de chacune des confessions*⁴⁵.

⁴¹ Cf. notamment ATF 27 I 331 consid. 2 *in fine*; N. RASELLI, *op. cit.*, p. 1104 ch. II.

⁴² Dans un rapport du 24 mai 1875, le Conseil fédéral constatait cependant déjà qu'aucun canton ne refusait plus une sépulture décente pour des motifs confessionnels ; sur la base de ce rapport, l'Assemblée fédérale a décidé qu'il n'y avait pas lieu « pour le moment » d'élaborer une loi sur les inhumations ; elle invitait simplement le Conseil fédéral à surveiller l'observation de l'art. 53 al. 2 aCst., ATF IV, 573 2^{ème} paragraphe.

⁴³ ATF IV 576, du 16 novembre 1878, Citoyens réformés de Ueberstorf contre canton de Fribourg.

⁴⁴ "*Beerdigung nach der Reihenfolge ohne Rücksicht auf die Konfession*".

⁴⁵ ATF XII 78 ss du 15 mars 1886, Commune ecclésiastique de Sulgen contre Thurgovie.

L'arrêt suivant ne revêt guère d'intérêt parce qu'il n'examine que la question de savoir si une contestation relative aux frais de construction et d'entretien du mur d'un nouveau cimetière est une contestation de droit public ou de droit privé⁴⁶.

L'arrêt *Waldesbühl* du 17 juillet 1901 est en revanche une belle illustration du lien entre le droit à une sépulture décente et la protection de la liberté de religion⁴⁷. Le curé d'une paroisse argovienne avait refusé d'administrer le sacrement de l'extrême-onction et de célébrer une messe d'enterrement; le défunt avait en effet été divorcé et avait refusé de répondre à certaines injonctions de cet ecclésiastique tendant à une remise en ordre de cette situation selon les canons de l'Eglise. Le curé avait cependant accepté d'aller, en habits civils, dire une prière sur la tombe au moment des funérailles, mais à la condition qu'il puisse expliquer publiquement pourquoi il ne lui était pas permis d'en faire davantage. Le Tribunal fédéral a notamment constaté que ce comportement ne pouvait pas être sanctionné sur la base de l'art. 53 al. 2 aCst., les destinataires de cette disposition n'étant pas les particuliers mais les cantons.

A la même époque, le Tribunal fédéral a constaté que le droit à une sépulture décente de l'art. 53 al. 2 aCst. ne pouvait fonder l'insaisissabilité d'un monument funéraire par les créanciers de la famille du défunt⁴⁸.

Dans un autre arrêt, il a précisé la raison d'être de l'art. 53 al. 2 aCst. pour souligner que le droit à une sépulture décente ne valait pas seulement pour l'inhumation d'un défunt, seul mode de sépulture pratiqué en Suisse au moment de l'adoption de cette disposition constitutionnelle, mais également pour son

⁴⁶ ATF XIX 650 du 20 septembre 1893, Commune ecclésiastique de Reiden contre Lucerne.

⁴⁷ ATF 27 I 331 ss du 17 juillet 1901.

⁴⁸ ATF 30 I 166 du 11 février 1904, Hermann contre St-Gall.

incinération. Il a donc rejeté un recours dirigé contre un décret cantonal autorisant ce mode de « sépulture »⁴⁹.

- b) Le traitement jurisprudentiel ultérieur des rapports entre d'une part les art. 49 et 50 aCst. et d'autre part l'art. 53 al. 2 aCst.

Après avoir témoigné dans ces anciens arrêts d'une réserve certaine à ce propos, le Tribunal fédéral a examiné, beaucoup plus tard, de manière approfondie, les droits individuels résultant d'une part de la liberté de religion et d'autre part du droit à une sépulture décente. Il l'a fait principalement dans deux arrêts rendus en 1971 et en 1975, dont il se justifie de résumer brièvement le contenu.

- aa) *L'arrêt Eglise néo-apostolique de Suisse contre Argovie du 2 juin 1971*⁵⁰

Le gouvernement d'Argovie avait rejeté une demande de l'Eglise néo-apostolique, fondée sur une requête du défunt membre de cette communauté religieuse, d'être enseveli selon le cérémonial prescrit par celle-ci. Constatant que le règlement étatique applicable commandait de fixer le mode d'ensevelissement en priorité selon les volontés du défunt mais qu'il n'existait pas de règle semblable pour fixer la forme des obsèques, il a écarté cette requête au motif que les proches du défunt s'y opposaient et que leur avis l'emportait *in casu* sur le choix du défunt.

Après être entré en matière sur le recours formé contre cette décision par la communauté religieuse à laquelle appartenait le défunt, le Tribunal fédéral a confirmé la constitutionnalité de cette solution sous l'angle de la liberté de religion ; il s'est déclaré incompétent pour connaître du grief de violation du droit à une sépulture décente.

⁴⁹ ATF 30 I 703 du 6 octobre 1904, Chappuis et Péquignot contre Berne.

⁵⁰ ATF 97 I 221.

Il a considéré que l'ensevelissement est un *acte culturel essentiel*. Pour les communautés religieuses et pour le croyant, il est important de savoir selon quel rite il se déroulera. Mais l'obligation constitutionnelle de l'Etat d'intervenir pour permettre l'accomplissement de ces rites est limitée. Il doit simplement veiller à ce que le défunt soit enterré décentement. Il n'a pas à s'assurer que les obsèques se déroulent selon le rite choisi par le défunt, lorsque les proches de ce dernier s'y opposent. La cérémonie funèbre est là pour permettre à ceux-ci de prendre congé du défunt ; parmi les personnes qui assistent aux obsèques, ce sont eux qui sont ordinairement les plus touchés dans leur sensibilité ; cela justifie que leur choix passe avant les exigences de la communauté religieuse à laquelle appartenait le défunt. Les obligations constitutionnelles de l'autorité ne lui commandent pas de régler par la contrainte le conflit entre les proches qui refusent d'ordonner des obsèques conformes à la volonté du défunt et l'Eglise de celui-ci qui tient à ce que cette volonté soit respectée. Le respect, en soi légitime, de la volonté du défunt peut en effet mettre en danger la paix religieuse que l'Etat doit sauvegarder. Il contraindrait les proches à prendre part à une cérémonie contraire à leur conviction religieuse, ce qui serait faire peu de cas des égards dus à leur chagrin. Ils pourraient être amenés à refuser de prendre part à l'ensevelissement, ce qui serait une conséquence assez absurde de l'obligation qui leur serait faite de respecter les volontés du disparu ; d'un autre côté, il est aussi concevable qu'une communauté religieuse refuse de coopérer à une cérémonie funèbre voulue de son vivant par le défunt puisqu'en pareil cas⁵¹ l'Etat ne peut contraindre un ecclésiastique à officier, tout au moins lorsque l'Eglise qu'il dessert n'est pas une corporation de droit public.

Cet arrêt est devenu, pour l'essentiel, grandement désuet vue la priorité accordée aujourd'hui aux vœux exprimés par le défunt⁵². Sa motivation témoigne de l'embarras dans lequel se trouve l'autorité lorsqu'il s'agit de

⁵¹ ATF 27 I 331 cité plus haut.

⁵² Cf. ATF 123 I 112.

prendre des mesures positives propres à favoriser l'exercice de la liberté d'accomplir des rites religieux⁵³.

bb) *L'arrêt commune de Hünenberg contre Zoug du 5 novembre 1975*⁵⁴

Le Conseil d'Etat du canton de Zoug avait refusé d'homologuer un règlement communal aux termes duquel seules les croix auraient été admises comme monuments funéraires. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours de la commune concernée parce que le règlement communal était contraire à la liberté de religion, et aussi parce qu'une mesure d'uniformisation du type de celle prévue dans le règlement était disproportionnée aux buts de police des cimetières que comporte la mise en œuvre de l'art. 53 al. 2 aCst.

Il a considéré que la croix n'est pas seulement une représentation des conceptions chrétiennes ou religieuses ; elle est aussi, par sa signification générale et primordiale, le symbole fondamental de la foi chrétienne. Utiliser la croix comme monument funéraire c'est exprimer cette composante liée à la mort du Christ. La liberté de religion est par conséquent violée si cette utilisation est imposée à tous sans égard pour les convictions personnelles de chacun. La liberté de religion est également violée lorsqu'un règlement prévoit l'utilisation de la croix comme monument funéraire ordinaire, sous la réserve de dérogations qui doivent être requises de l'autorité compétente. Il en va ainsi même lorsque la grande majorité de la population d'une commune appartient à une confession chrétienne. Dans une formulation quelque peu obscure, cet arrêt exprime l'idée que la croix ne peut être le signe « normal » de l'emplacement

⁵³ Il est piquant d'y lire : « *Entspricht die von den Angehörigen angeordnete Bestattungsfeier offensichtlich nicht dem erklärten Willen des Verstorbenen, so wäre es vielleicht angezeigt, dass die Behörde dies dem vor den Angehörigen mit der Durchführung der Abdankungsfeier beauftragten Geistlichen zur Kenntnis bringt* » (p. 233 en haut première phrase).

⁵⁴ ATF 101 Ia 392.

des tombes que lorsqu'elle a été choisie *librement* pour cela par la majorité de la population⁵⁵.

c) *L'arrêt Meyers contre Zurich du 7 mai 1999*⁵⁶

Cette affaire se rapportait à la demande d'une personne de confession musulmane domiciliée dans le canton de Zurich, d'être, le moment venu, ensevelie selon le rite islamique dans le cimetière public de sa commune zurichoise d'origine. Les autorités cantonales avaient rejeté cette demande dans toute la mesure où elle tendait d'une part à la création d'un compartiment séparé et fermé dans le cimetière public et d'autre part à l'octroi, dans ce compartiment, d'une concession perpétuelle répondant aux règles de l'islam sur l'intangibilité perpétuelle de la sépulture. Le Tribunal fédéral a jugé que cette solution n'était contraire ni au droit à une sépulture décente, ni à la liberté de religion.

Examinant tout d'abord l'affaire sous l'angle du droit à une sépulture décente, il s'en est tenu, contre une opinion doctrinale⁵⁷, à la conception que la dignité humaine n'exige pas des autorités qu'elles assurent aux membres des minorités religieuses une sépulture dans les cimetières publics qui satisfasse à toutes les prescriptions particulières de leur religion. Cette dispense d'une obligation positive de l'Etat vaut en particulier pour la durée de conservation des tombes ; la soumission au régime du « roulement » (*Gräberturnus*), depuis longtemps admis en Suisse par la généralité de la population, n'est ni indécent ni déshonorant. L'art. 53 al. 2 aCst. n'exclut d'ailleurs pas le droit d'aménager des cimetières privés réservés par exemple aux fidèles de certaines religions ; c'est

⁵⁵ On relèvera avec intérêt qu'une telle motivation se fût opposée à l'aménagement des grands cimetières militaires européens où la croix a été utilisée comme l'indication « subsidiaire » des tombes, à défaut de la présomption ou de la preuve que le défunt appartenait à une confession autre que l'une des confessions chrétiennes.

⁵⁶ ATF 125 I 300.

⁵⁷ N. RASELLI, *op. cit.*

là une solution qui permet de réaliser les préceptes de celles-ci, en particulier l'interdiction d'exhumer les ossements ou de les transférer dans une autre tombe⁵⁸.

Examinant ensuite l'affaire sous l'angle de la liberté de religion, la Cour a tout d'abord rappelé que l'exercice de cette liberté pouvait comporter la mise en oeuvre d'un droit public subjectif (conditionnel) à des prestations positives de l'Etat. Il peut en aller ainsi par exemple lorsqu'une protection policière est nécessaire pour l'exercice d'une activité religieuse admissible, ou lorsque cette activité religieuse requiert un usage accru du domaine public, ou même lorsqu'elle requiert des mesures de limitation de la liberté de circulation, ou encore lorsque des « rapports de sujétion spéciaux » comme ceux qui naissent de la détention ou de l'accomplissement des obligations scolaires, réservent une atténuation, en faveur de la liberté de religion, des restrictions qu'impliquent ces rapports. L'utilisation par les particuliers des installations du domaine public que sont les cimetières publics, peut certes prévoir des régimes spéciaux comme la prolongation de la durée réglementaire ordinaire de l'affectation individuelle d'une tombe par le jeu d'un contrat ou d'une concession ; mais cela doit se faire dans le respect du droit à l'égalité qui interdit toute discrimination pour l'un des motifs énoncés à l'art. 8 al. 2 Cst. Ces dérogations aux règles ordinaires sur la périodicité des sépultures ne sauraient aller jusqu'à l'octroi dans le cimetière public d'une autorisation ou d'une concession de maintenir certaines tombes pour une durée illimitée. Une dérogation d'une telle ampleur serait de nature à compromettre la réalisation des buts pour lesquels le domaine public est mis à la disposition de la généralité des administrés, puisqu'une part croissante de la surface du cimetière serait peu à peu soustraite à son affectation ordinaire. Ce problème ne serait nullement résolu par l'aménagement de « tombes éternelles »⁵⁹ conçues avec plusieurs couches superposées.

⁵⁸ Consid. 2a et b, ainsi que consid. 3 b, aa.

⁵⁹ ''ewiges Grabrecht'' I, p. 310 consid. 3b in fine.

Cette restriction de la liberté de pratiquer sa religion peut être imposée aux fidèles d'une minorité religieuse même en l'absence d'une base légale formelle claire (ce qui sous-entend, de manière discutable à notre avis du point de vue subjectif en tout cas, qu'elle ne serait pas d'une gravité particulière).

L'exigence, tirée de prescriptions religieuses, de l'affectation immuable d'une tombe pour une période illimitée, de même que l'exigence de clôturer par un mur une surface de terrain réservée à la sépulture des membres d'une communauté religieuse, ne pourraient être satisfaites que dans un cimetière privé.

Le Tribunal fédéral a laissé indécise la question de savoir si la liberté de religion donnait à une communauté religieuse le droit d'obtenir l'intervention ou le soutien de l'Etat en vue de réaliser un cimetière privé. Mais seuls des *motifs importants (triftige Gründe)* justifieraient l'opposition de l'Etat à une telle initiative. Le Tribunal fédéral s'est abstenu de dire ce que pourraient être ces motifs importants ou d'en donner des exemples.

L'arrêt contient l'affirmation que la garantie de droits particuliers ou de prestations spéciales dans les cimetières publics en faveur de confessions ou de religions déterminées se heurterait, comme tel, au droit à l'égalité⁶⁰. Cette affirmation peut paraître trop absolue. Mais il faut, pour la comprendre, la replacer dans le contexte précis d'une dérogation au système du « roulement » généralement appliqué à l'occupation des tombes. C'est sans doute pourquoi l'arrêt souligne, peu après, qu'en se référant à la latitude que l'art. 53 al. 2 aCst. laissait aux communautés religieuses minoritaires d'avoir des cimetières privés, *il n'entendait pas dire qu'il serait interdit à une commune de faire droit à des*

⁶⁰ P. 309 en haut deuxième phrase : « Die Gewährung von Sonderrechten oder Sonderleistungen in öffentlichen Friedhöfen zugunsten bestimmter Konfessionen oder Religionen widerspräche jedoch als solche gerade wiederum dem Gebot der Gleichbehandlung ».

*demandes, dans des cas particuliers, si elles peuvent ainsi exploiter leurs cimetières publics en respectant l'égalité de traitement entre les religions*⁶¹.

B. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Nous n'évoquerons ici que des arrêts rendus postérieurement au prononcé du Tribunal fédéral dans l'affaire *MEYERS* (7 mai 1999). Ces arrêts ne concernent pas directement la pratique des rites funéraires. Ils sont cependant importants pour la solution de l'espèce parce qu'ils mettent des bornes précises aux restrictions que l'Etat peut apporter à la liberté de professer sa religion en tant qu'elle comporte le droit de pratiquer et d'accomplir les rites, et aussi parce que l'un d'entre eux analyse le contenu de cette liberté en parallèle avec le contenu de l'interdiction de discrimination consacrée à l'art. 14 CEDH.

- a) Ce parallèle a été fait dans un arrêt rendu le 6 avril 2000 dans l'affaire grecque *IAKOVOS*. La question discutée était l'exclusion d'une personne de la profession d'expert-comptable au motif que cette personne avait été condamnée pour avoir refusé de porter l'uniforme à cause de ses convictions de témoin de Jéhovah. Cet arrêt rappelle que la jouissance sans discrimination des droits et libertés reconnus par la Convention est transgressée lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes.

Ce n'est là rien d'autre que le concept relatif de l'égalité de traitement au sens de l'art. 8 Cst. et, particulièrement, de l'alinéa 2 de cette disposition du droit interne autonome qui interdit toute discrimination.

⁶¹ P. 310. deuxième phrase : « *Damit ist nicht gesagt, dass es einer Gemeinde verwehrt wäre, in öffentlichen Friedhöfen solchen Anliegen in Einzelfällen freiwillig zu entsprechen, soweit das Gebot der Gleichbehandlung der Religionen dafür Raum lässt, was hier keiner weiteren Abklärung bedarf* ».

Il souligne que, s'il est légitime d'exclure des délinquants de l'accès à des professions qui impliquent une confiance absolue, une condamnation pour un refus de servir motivé par des prescriptions religieuses ou des convictions philosophiques, ne dénote ni malhonnêteté ni turpitude morale propres à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer ces professions. Cette assimilation d'un comportement fondé sur des convictions en soi légitimes, à des comportements criminels prohibant de façon admissible l'accès à certaines professions, constitue une discrimination dans la jouissance de la liberté de religion.

- b) Dans un arrêt rendu le 14 décembre 1999 dans une autre affaire grecque⁶², la Cour avait jugé que la condamnation d'une personne accusée par les autorités étatiques d'avoir usurpé les fonctions de chef religieux d'une communauté musulmane locale était une ingérence dans la liberté de manifester sa religion. En réalité, les actes reprochés à cette personne étaient la diffusion de messages relatifs à des fêtes religieuses, la tenue d'une allocution dans une assemblée et le port des vêtements caractéristiques des chefs religieux. Cette condamnation a été considérée comme incompatible avec le pluralisme religieux qui est un aspect de ce qu'offre aux citoyens une société démocratique. L'intérêt légitime au maintien de la paix communautaire ou confessionnelle ne justifie pas que l'Etat prenne des mesures positives ou négatives pour empêcher la division d'une communauté religieuse entre diverses tendances. Le rôle de l'Etat se borne à veiller à ce que les différents groupes religieux se tolèrent les uns les autres. Il en eût été peut-être autrement si le gouvernement grec avait pu se prévaloir de troubles intracommunautaires résultant de la co-existence de deux chefs religieux, ou d'un risque objectif, consécutif à cette division, de tensions entre les musulmans et les chrétiens.

⁶² ACEDH Serif Ibrahim, publié dans Pcour EDH, 1999 IX 91.

- c) L'arrêt du Tribunal fédéral *X* déjà évoqué⁶³, a fait l'objet d'une requête auprès de la Cour européenne, que celle-ci a déclaré irrecevable par une décision du 15 février 2001⁶⁴. A l'instar de ce qu'avait fait le Tribunal fédéral, la Cour a pesé les intérêts en présence, c'est-à-dire d'une part le droit d'un enseignant de manifester son appartenance religieuse et d'autre part la protection de l'élève et le maintien de la paix religieuse. Elle a estimé la restriction en cause proportionnée à ces buts d'intérêt public.
- d) On se bornera à signaler en passant un arrêt du 26 octobre 2000⁶⁵ parce que cet arrêt ne définit, pour l'essentiel, que la portée du principe de la légalité des restrictions à la liberté de religion. Cet arrêt se rapportait à l'intervention du gouvernement de la Bulgarie dans l'organisation de la communauté musulmane nationale après la transition démocratique de ce pays. Les mesures critiquées reposaient sur une base légale insuffisante pour mettre hors jeu les dirigeants de cette communauté à cause de leur compromission avec l'ancien régime politique.
- e) L'arrêt *CHA'ARE SHALOM ve TSEDEK* du 27 mai 2000⁶⁶ a plus de signification en l'espèce puisqu'il se rapporte à la pratique des rites religieux. La mesure critiquée sous l'angle de la liberté de manifester sa religion était le rejet par les autorités françaises d'une demande d'agrément pour pratiquer l'abattage rituel d'animaux. La Cour a jugé que ce refus ne constituait pas une ingérence inadmissible dans le droit fondamental invoqué, parce que l'interdiction de pratiquer l'abattage rituel ne conduisait pas à l'impossibilité pour les croyants de manger de la viande conforme aux prescriptions de leur religion. Il leur était en effet possible de s'approvisionner à l'étranger auprès de boucheries opérant sous le contrôle d'une association religieuse.

⁶³ ATF 123 I 296.

⁶⁴ reproduite dans JAAC 2001, pp. 1410 ss.

⁶⁵ Fikri Sali Hassan contre Bulgarie, reproduit dans RUDH 2000, p. 257 ss.

⁶⁶ Reproduit dans RUDH 2000, p. 247 ss.

Ont été décisifs dans cette affaire la faible portée de la différence de traitement faite à la communauté requérante, le but légitime de la restriction qui lui était imposée et le rapport raisonnable entre ce but et les moyens employés. Si différence de traitement il y avait, cette différence se justifiait dès lors qu'on se trouvait en présence d'une justification objective et raisonnable.

On mentionnera utilement ici une remarque par laquelle la Cour a tenu à souligner la marge d'appréciation dont l'Etat doit disposer « pour ce qui est de l'établissement des rapports délicats entre l'Etat et les religions »⁶⁷. C'est à ce propos qu'une partie de la Cour s'est exprimée dans une opinion dissidente⁶⁸. Cet avis minoritaire part de l'idée qu'on peut accepter l'exigence d'une marge d'appréciation en la matière. Mais il se réfère à un arrêt antérieur, cité au reste dans l'arrêt de la Cour, en vertu duquel, pour déterminer l'ampleur de cette marge, il faut tenir compte de l'enjeu, à savoir de la nécessité de maintenir un véritable pluralisme religieux, inhérent à la notion de société démocratique⁶⁹.

Cette décision est une illustration intéressante de la relativité de la protection étatique des droits fondamentaux dès lors qu'une mesure ne met pas en cause le noyau intangible de ces libertés. Les titulaires de celles-ci doivent accepter des restrictions, qui peuvent leur paraître importantes, lorsque ces restrictions sont imposées par la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants. C'est dans cette perspective que se place la formule utilisée par le Tribunal fédéral dans son arrêt *MEYERS* lorsque, traitant du droit à une tombe de durée illimitée dans les cimetières publics, il met en parallèle la liberté de religion et l'interdiction de discrimination pour des motifs religieux⁷⁰.

⁶⁷ Ch. 84 *in fine*.

⁶⁸ L'arrêt a été rendu à la majorité de 12 voix contre 5 sur le point de la non-violation de l'art. 9 CEDH.

⁶⁹ Il s'agit de l'arrêt *Manoussakis* du 26 septembre 1996.

⁷⁰ ATF 125 I 300, consid. 3 b/bb 310 première phrase.

3. Conclusion intermédiaire

En confiant à l'autorité civile l'aménagement et l'administration des lieux de sépulture, le constituant historique n'a pas accompli une démarche antireligieuse. Son propos était d'éliminer les discriminations dont les défunts ou leurs proches pouvaient être l'objet à cause de leur appartenance religieuse ou d'un comportement répréhensible par la religion majoritaire. En reconnaissant à chaque personne le droit d'être enterrée décentement, il révélait que l'égalité de traitement étend ses effets après la mort de l'individu dont la dépouille mortelle doit être inhumée, voire incinérée, avec le respect auquel le défunt avait droit de son vivant du seul fait de sa qualité d'être humain. L'Etat accomplit son obligation de garantir à chacun le droit à une sépulture digne et décente lorsque sa gestion des cimetières publics interdit de refuser aux défunts ce que l'usage dominant – c'est-à-dire les mœurs et l'usage local – prescrit pour honorer les morts.

L'arrêt *MEYERS* résumé plus haut, donne des exemples, tirés de la doctrine, d'une violation de ce droit ; ce sont le retard injustifié dans l'organisation des obsèques, le refus de sonner le glas ou l'attribution discriminatoire de l'emplacement d'une tombe. Cette conception peut légitimement paraître quelque peu étriquée. S'il est vrai que la décence n'implique pas nécessairement le droit à une cérémonie religieuse lors des obsèques, on peut se demander si la dignité humaine au sens de l'art. 7 de la nouvelle Constitution entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 ne commande pas de donner aux défunts et à leurs proches, la possibilité de recevoir dans les cimetières publics une sépulture conforme aux prescriptions minimales de la confession à laquelle ils appartiennent.

Est-il admissible, du point de vue de la dignité humaine, que les mœurs et les usages locaux aient pour conséquence l'ensevelissement d'une personne décédée dans notre pays, selon des modalités qui pourraient être manifestement

choquantes au regard de ses traditions séculaires ou des habitudes ancestrales, religieuses ou non, qui sont celles de la communauté à laquelle elle appartient ? La question est d'autant plus légitime que les normes du droit positif qui concrétisent le respect du défunt et l'intangibilité de son corps ont leur fondement dans les conceptions éthiques ou religieuses relatives à la signification de la mort⁷¹. La réponse devrait être positive lorsque ces traditions ou habitudes peuvent être respectées sans toucher sérieusement à l'ordre public entendu selon les conceptions généralement admises dans le pays d'accueil. Il serait en tout cas un peu facile de refuser une prétention à l'ensevelissement selon un usage différent des nôtres au seul motif qu'il n'y aurait rien en soi de déshonorant (« *nichts Entehrendes an sich* ») d'être enseveli conformément aux règles générales (« *Grundordnung* ») appliquées dans tous les cimetières publics de Suisse⁷². Cette considération n'a du reste été faite dans l'arrêt MEYERS que pour motiver le refus d'une prétention inconciliable avec des intérêts publics prépondérants : celle de se voir reconnaître le droit à l'attribution de l'emplacement d'une tombe pour une durée illimitée.

L'exposé analytique du concept de la liberté de religion que nous avons présenté sur la base de la jurisprudence et de la doctrine, ne suffit pas à résoudre les problèmes auxquels la Ville de Genève est confrontée. L'arrêt MEYERS n'apporte en particulier qu'un commencement de réponse⁷³. Pourrait-il en être autrement dès lors que le Tribunal fédéral, saisi d'un recours de droit public, n'avait pas à répondre à d'autres questions que celles qui lui étaient posées ? Il a certes écarté toute prétention à l'ensevelissement dans une tombe immuable à perpétuité ; mais il a pour le surplus confirmé sa définition de la liberté de religion en tant que droit fondamental qui garantit la liberté de manifester sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par les

⁷¹ ATF 123 I 112, spécialement 119 consid. 4 c première phrase.

⁷² P. 306 avant-dernière phrase du consid. 2 b de l'arrêt MEYERS.

⁷³ Voir l'analyse quelque peu optimiste de cet arrêt faite par Niklaus HERZOG, *Muslimische Grabfelder auf öffentlichen Friedhöfen* dans Festschrift Louis CARLEN, Fribourg 1999, pp. 259 ss, spécialement pp. 113 ss.

pratiques et l'accomplissement des rites. Le résultat de cet arrêt est celui d'une pesée d'intérêts contradictoires révélés par une exigence très ponctuelle. Il n'interdit pas à la collectivité publique de rechercher avec des communautés religieuses minoritaires - en ménageant le droit à l'égalité - des accommodements qui tiennent compte dans toute la mesure du *possible* d'une part des aspects de la vie sociale qui composent l'intérêt public et d'autre part de besoins légitimes des communautés religieuses minoritaires et de leurs membres⁷⁴.

IV. DISCUSSION

1. Réflexions sur l'existence ou non d'un principe général de la laïcité dans l'ordre constitutionnel suisse

Les minorités religieuses organisées en communautés et leurs adhérents ont-ils un intérêt juridiquement protégé à ce que l'Etat crée des conditions leur permettant d'accomplir leurs rites d'inhumation, dans leur singularité, à l'intérieur de l'espace public qu'est le cimetière, pour autant que cet accomplissement ne se heurte pas à un intérêt public prépondérant? Une réponse affirmative à cette question aurait naturellement pour corollaire l'obligation de l'Etat de tolérer ces pratiques dans cet espace, d'y favoriser leur réalisation, voire de créer des conditions minimales nécessaires à leur accomplissement, le tout naturellement dans le respect du droit à l'égalité qui prohibe toute discrimination religieuse.

Les documents qui nous ont été présentés pour les besoins de la présente consultation et la teneur de débats tenus récemment à ce propos au Grand Conseil genevois, laissent transparaître une conception laïque de l'Etat qui

⁷⁴ On se réfère ici une fois de plus à l'avant-dernière phrase du consid. 3 b, p. 310 de l'arrêt.

s'opposerait d'emblée à ce que les autorités de celui-ci entrent en matière sur une telle prétention de ces minorités religieuses. L'ordre juridique cantonal serait ainsi fondé sur un principe *général* de laïcité dont personne n'a jamais défini le contenu. Il convient de déterminer d'emblée si cette conception et cette conséquence pratique, que nous avons cru déceler, sont compatibles avec l'ordre constitutionnel suisse.

La structure de notre Etat fédératif veut que, dans sa globalité, l'ordre juridique genevois repose sur les mêmes principes essentiels que l'ordre juridique fédéral. Or, l'Etat fédératif suisse n'est pas un Etat laïque dont la Constitution ferait abstraction du phénomène religieux⁷⁵. Il a toujours garanti non seulement la liberté de conscience et de croyance mais aussi la liberté de culte, c'est-à-dire non seulement la liberté d'avoir ou de ne pas avoir une conviction religieuse mais aussi la liberté de professer sa religion dans les limites de l'ordre public. Il a toujours favorisé concrètement l'exercice de ces droits fondamentaux par tous leurs titulaires, en admettant implicitement dès le début l'idée que la religion est un phénomène inhérent au développement de toute civilisation, et, depuis longtemps, l'idée que la diversité formelle des religions est vraisemblablement un enrichissement de la civilisation humaniste en tant que cette diversité présuppose un sens élevé de la convivialité intercommunautaire, de la tolérance réciproque des croyants et de l'acceptation mutuelle des différences de convictions.

Les mesures de contrainte adoptées par le constituant historique de 1874, telles la neutralité de l'enseignement public obligatoire, la laïcité des autorités supérieures de l'Etat fédéral et la laïcité des cimetières, n'avaient pas d'autre but que de favoriser la paix confessionnelle, en d'autres termes l'exercice paisible de la liberté de religion. Le choix laissé aux cantons de reconnaître des Eglises nationales ou des communautés religieuses d'intérêt public, ou au

⁷⁵ Cf. Jean-François AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, II p. 716 N° 2025 ss : « la révision de 1874 n'a pas fait de la Suisse un Etat véritablement laïque ».

contraire de séparer radicalement l'Eglise et l'Etat, poursuit le même objectif. Quelle que puisse être la teneur des Constitutions de la Confédération et des cantons, ni l'une ni les autres ne sont donc des Etats laïques à proprement parler, mais des Etats relativement *neutres* du point de vue confessionnel.

La neutralité confessionnelle a été instituée et maintenue pour mettre un terme au primat du religieux sur la société civile et pour en empêcher le retour. Il n'y a rien d'autre à déduire de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, condamnant du point de vue de la liberté des cultes le refus de mettre le domaine public à la disposition d'une communauté religieuse pour l'organisation d'une procession, a simplement insisté sur le but de notre Etat dans ce domaine qui est l'avènement d'un régime de tolérance à l'égard de toutes les conceptions de la destinée finale de l'être humain, qui sont *a priori* dignes de protection. Dans la mesure où elle voudrait dire que l'Etat doit ignorer purement et simplement le phénomène religieux, la laïcité est en conclusion moins une notion anachronique ou vieillotte qu'une notion parfaitement étrangère aux conceptions sur la base desquelles a été édiflée la Confédération suisse.

L'observateur des évolutions de la jurisprudence constitutionnelle a pu certes s'étonner de lire, dans l'arrêt *MEYERS* résumé et analysé plus haut, la mention textuelle de « *principes de laïcité* ». En réalité, cette mention n'apparaît qu'au travers d'une traduction officieuse de l'arrêt⁷⁶ ; elle ne figure pas au même endroit de sa version originale allemande, où l'on trouve les mots « *Laisierungsvorschrift* »⁷⁷, formule employée pour qualifier le transfert de la police des cimetières des Eglises à l'Etat. Or, on vient de voir que cette mesure et celles du même type adoptées par le constituant historique, ne sont nullement un indice de la laïcité de notre société démocratique, mais qu'elles ont pour finalité de garantir l'exercice paisible de la liberté de religion. La laïcité des cimetières n'a jamais interdit aux chrétiens de manifester fortement leurs

⁷⁶ Journal des Tribunaux 2001, p. 306, 15 lignes avant la fin.

⁷⁷ ATF 125 I 305, 18 lignes avant la fin (prescription de laïcisation).

convictions religieuses par l'installation d'une croix sur la tombe de leurs défunts, par l'inscription de versets bibliques ou de paroles évangéliques sur les pierres tombales, voire par l'apposition d'une croix ou d'un crucifix sur le portail d'entrée du cimetière, ou encore par l'élévation d'une croix ou d'un crucifix monumentaux, de bois, de pierre ou de métal, à l'intérieur du cimetière pour les besoins des prières en commun et comme signes du rôle de la religion dans la société. Ces manifestations de volonté, individuelles ou collectives, n'ont jamais suscité l'opposition des pouvoirs publics. L'arrêt que nous appellerons « *des croix de Hünenberg* »⁷⁸ résumé plus haut se situe dans un tout autre contexte.

C'est aussi à tort, et peut-être pour les mêmes raisons⁷⁹ qu'on a cru déduire de l'arrêt dit des « *crucifix de Cadro* » l'expression d'un principe général de laïcité dont la concrétisation exigerait de l'Etat qu'il adopte une indifférence totale en matière de religion. Cet arrêt ne se prononce que sous l'angle, restreint et ponctuel, de la neutralité de l'enseignement public obligatoire institué à l'art. 27 al. 3 aCst.⁸⁰

La motivation de cet arrêt prend acte, pour le surplus, de la reconnaissance par le constituant du phénomène religieux, et de l'admission possible par les cantons d'une préférence pour la religion chrétienne, vue comme une composante majeure de notre civilisation humaniste. Le Tribunal fédéral parle en effet de l'attachement légitime des autorités publiques à la tradition et aux fondements chrétiens de la civilisation et de la culture occidentales, dans lequel il voit l'expression compréhensible d'une certaine sensibilité de l'Etat au phénomène religieux⁸¹. Il se borne à souligner que cette sensibilité n'autorise pas l'Etat, en sa

⁷⁸ ATF 101 Ia 392.

⁷⁹ L'arrêt est rédigé en langue italienne.

⁸⁰ L'auteur de la présente consultation prend la liberté de rappeler qu'il était le rapporteur dans cette affaire jugée, dans le sens de sa proposition, à la majorité et au cours d'une délibération publique.

⁸¹ P. 262 consid. 7b deuxième paragraphe, première et deuxième phrases.

qualité de garant de la *neutralité confessionnelle* de l'école, à se prévaloir de la faculté de manifester, *en toutes circonstances dans le cadre de l'enseignement*, son attachement à une religion déterminée⁸².

Sur la question précise des crucifix à l'école, l'arrêt contient un *obiter dictum* plutôt significatif :

Il giudizio sarebbe forse stato diverso ove si fosse trattato di statuire sulla presenza del crocifisso nei locali scolastici adibiti ab uso comune, come ad esempio l'atrio, i corridoi, il refettorio o, evidentemente, dove esistono, il locale destinato al culto o l'aula nella quale viene impartito l'insegnamento facoltativo della religione »⁸³.

Ainsi, même dans le domaine délicat de l'enseignement public obligatoire, la neutralité confessionnelle à laquelle l'Etat est tenu n'est pas absolue ; rien ne lui interdit de marquer, dans des limites acceptables du point de vue de l'art. 8 al. 2 Cst., et dans l'intérêt de l'ordre public, sa préférence pour les confessions traditionnellement majoritaires dans le pays.

De manière plus générale, il résulte de tout ce qui précède que l'Etat a pour tâche de veiller à ce que la liberté de professer sa religion, c'est-à-dire la liberté de manifester extérieurement son appartenance religieuse, puisse être exercée sans discrimination conformément au droit à l'égalité consacré, *dans sa relativité*, à l'art. 8 Cst.

Confronté à l'arrivée parfois massive de personnes véhiculant des traditions sociales et religieuses qui diffèrent de celles de la majorité de la population autochtone, l'Etat a le devoir de faire preuve d'ouverture dans l'accueil de ces traditions et de témoigner de tolérance à leur égard. C'est la condition pour parvenir non pas à une assimilation, mais à une intégration dans notre société démocratique des personnes et des groupes qui sont porteurs de ces traditions, sans que cette intégration débouche sur une déstabilisation collective. Cet

⁸² Même endroit, troisième phrase.

⁸³ ATF 116 Ia 263 consid. 7c dernier paragraphe.

accueil a pour contrepartie l'obligation de ces personnes et de ces groupes de ne pas entraver l'accomplissement des devoirs que la liberté de religion impose à l'Etat, en émettant des prétentions excessives dont l'acceptation heurterait les sentiments de la majorité de la population du pays qui les reçoit. Ces personnes et ces groupes ne sauraient perdre de vue que, dans un Etat démocratique, la loi civile, conforme aux droits fondamentaux et adoptée avec le consentement exprès ou tacite du peuple, l'emporte nécessairement sur les exigences que ces personnes et groupes pourraient faire valoir pour respecter les prescriptions que leur impose leur appartenance religieuse. Il en va de la liberté de religion comme de tous les autres droits fondamentaux : son exercice est la pratique constante du compromis entre l'ordre et la liberté.

Il n'y a pas de discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. lorsque la pratique d'une religion déterminée est restreinte pour des motifs objectifs importants même si cela a pour conséquence que des personnes, attachées au respect des règles que leur impose leur appartenance confessionnelle, se sentent touchées de manière plus directe et plus forte par cette restriction que les fidèles d'autres religions⁸⁴. C'est la conséquence de la relativité du concept de la neutralité confessionnelle. Pour le surplus, l'Etat doit s'assurer que les restrictions qu'il apporte aux manifestations religieuses extérieures constituent des mesures, nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, de même qu'à la protection des droits fondamentaux et des libertés d'autrui⁸⁵.

Hormis le cas où l'exercice des droits fondamentaux relève de l'essence inviolable de ces droits, cet exercice est ainsi toujours le fruit d'un compromis entre les besoins de l'individu et ceux de la société où il vit. C'est ce qu'exprime la règle de base de l'art. 35 Cst. qui place la réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique et qui impose à la

⁸⁴ ATF 125 I 300 consid. 3b/bb, 310 première phrase.

⁸⁵ Art. 9 al. 2 CEDH et 18 al. 3 Pacte ONU II.

collectivité de veiller à ce que ces droits, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux.

Le vocable « *laïcité* » n'est donc en définitive pas le mieux approprié pour qualifier la structure du droit constitutionnel fédéral. Il n'est utilisable que s'il recouvre une obligation de comportement de l'Etat qui doit se donner les moyens de garantir l'exercice paisible et non discriminatoire de la liberté de religion. Il serait pour le moins paradoxal qu'une conception différente de la *laïcité*, vocable retenu à un moment déterminé de l'histoire par les tenants d'une tolérance illimitée, alors controversée, en matière de religion, devienne à notre époque d'ouverture la source d'un repli sur soi.

Il n'y a d'ailleurs pas d'autre conclusion à tirer de la teneur des art. 163 à 167 Cst.gen. au motif qu'ils ne définissent pas le contenu de la liberté des cultes dont ils parlent. Ils consacrent simplement la séparation de l'Eglise et de l'Etat, perçue comme un instrument de la paix confessionnelle. Ils ne sont pas un obstacle à la mise en œuvre de la liberté de religion, ce qui serait le cas s'ils commandaient à l'Etat d'être parfaitement indifférent en matière de religion, voire de se comporter comme si le phénomène religieux n'existait pas, ou comme si ce phénomène ne concernait pas tous les citoyens quelle que soit leur origine.

2. Liberté de religion et rites funéraires

Parmi les rites communautaires dont le droit constitutionnel et le droit conventionnel protègent l'accomplissement en public, les rites funéraires ou mortuaires sont vraisemblablement des plus éminents. Loin de nous le projet d'ouvrir une discussion périlleuse sur le rang que la théologie des différentes religions monothéistes leur assigne dans la hiérarchie des rites sacrés. Mais le sens commun et les reflets de l'histoire permettent de dire que, en tout cas dans l'inconscient collectif, ces rites se placent au sommet de cette hiérarchie. Le

Tribunal fédéral a lui-même cru utile de le constater⁸⁶. Cette position supérieure joue un rôle décisif dans la pesée des intérêts en présence, qui doit être faite en l'espèce pour évaluer quelles sont les restrictions possibles à la liberté de manifester extérieurement sa religion en tant qu'elle comporte la liberté d'accomplir les rites, et particulièrement les rites funéraires.

La position éminente de ceux-ci, en tout cas dans le sentiment populaire, vient de toute évidence - de ce que la mortalité de l'être humain et l'incertitude poignante qu'elle génère quant à la finalité ultime de l'individu, sont la raison d'être des religions. La mort est le seul événement certain et inéluctable ; il est aussi le plus mystérieux de tous et les opinions que l'on peut avoir sur sa nature sont toutes également dignes de respect, qu'elles reviennent à la considérer comme une entrée dans le néant ou comme un passage. Nul n'est donc en droit, quelle que soit l'étrangeté des rites funéraires, de les ranger dans le casier de la superstition ou dans celui de la fantaisie⁸⁷. Cela nous conduit à la conclusion de base que la liberté de religion protège de façon primordiale les rites funéraires et les modes de sépulture dans toute leur diversité.

Dans l'Etat démocratique édifié sur la base d'une neutralité confessionnelle relative, la loi civile a cependant la préséance sur la loi religieuse. L'Etat a l'obligation de faire preuve d'ouverture à l'égard de convictions, de traditions et d'usages qui diffèrent de ceux de la majorité de la population autochtone. Mais il n'a pas l'obligation de fermer les yeux sur des pratiques qui choqueraient, à tort ou à raison, les sensibilités de celle-ci. Il n'a pas davantage à favoriser l'exercice de pratiques religieuses tout à fait respectables, lorsqu'il n'en a pas les moyens ou lorsque l'exercice de ces pratiques compromettrait l'intérêt public qu'il doit sauvegarder.

⁸⁶ ATF 97 I 221 consid. 4d.; 123 I 112 consid. 4 b à c.

⁸⁷ Ricanant à propos de toutes les sortes de pratiques religieuses, Voltaire ne s'est par exemple à notre connaissance jamais aventuré à diriger ses sarcasmes contre les rites mortuaires (Zadig, 8^{ème} chapitre ou les lettres d'Amabed troisième lettre du journal).

L'évolution rapide des relations internationales et les conséquences qu'elles ont sur les rapports démographiques à l'intérieur des pays industrialisés, posent à l'Etat moderne des problèmes tout à fait nouveaux du point de vue de la liberté de religion. Il ne peut écarter d'un revers de main les demandes que des communautés religieuses lui adressent au sujet des possibilités qui leur sont offertes de pratiquer publiquement et d'accomplir les rites. Peu importe, pour s'en tenir à l'espèce, que de telles demandes émanent de la communauté israélite, intégrée comme telle depuis longtemps à la vie locale, ou des communautés musulmanes dont on peut présumer que la plupart des membres sont désireux de s'intégrer rapidement à leur tour à la vie locale. Appelé à apprécier des demandes de ces deux communautés, l'Etat ne saurait perdre de vue que la foi véhiculée par chacune d'elles s'inscrit dans la même mouvance plurimillénaire que la foi chrétienne et que l'histoire de ces trois confessions monothéistes est étroitement liée. Il subsistera entre elles, pour longtemps encore, des clivages dans la manière de concevoir la vie en société ; il n'en demeure pas moins que l'intégration des membres de ces communautés, entendue comme la possibilité pour eux de participer pleinement à la vie nationale dans le respect de nos lois, relève à coup sûr d'un intérêt public hautement digne de protection. Pour les mêmes raisons que, dans le passé, l'Etat a dû faire ce qu'il fallait pour assurer la paix entre les grandes confessions chrétiennes, il doit aujourd'hui faire ce qu'il faut pour assurer la convivialité intercommunautaire entre les divers groupes qui composent désormais sa population.

L'expérience faite depuis 1979 par la Ville de Genève dans le cimetière public du Petit-Saconnex l'a conduite à voir dans le régime dit des « *carrés confessionnels* » un moyen d'aller dans cette direction.

3. Les carrés « confessionnels »

Il sied d'examiner en premier lieu, pour éviter tout malentendu, ce que sont les carrés « confessionnels » que la Ville de Genève envisage d'aménager dans ses cimetières publics. Il faudra ensuite examiner la compatibilité de ces aménagements avec la *laïcité* des cimetières publics, dans le sens que nous avons donné à cette notion, en d'autres termes examiner la compatibilité de ces aménagements avec le droit à l'égalité et avec la liberté de religion. Il s'agira ensuite d'analyser si la Ville de Genève a la compétence d'effectuer ces aménagements ou si, au contraire, la législation cantonale sur les cimetières ne lui donne pas une autonomie suffisante pour cela. Il se justifiera enfin, quelle que soit la solution retenue du point de vue de l'autonomie communale et du pouvoir de surveillance de l'Etat, de dire si le refus éventuel du projet de la Ville se heurterait aux exigences de la liberté de pratiquer sa religion.

La Ville de Genève prévoit d'instituer, dans l'enceinte de ses cimetières publics, des espaces affectés exclusivement à l'ensevelissement de personnes appartenant toutes à la même communauté religieuse minoritaire. Ces espaces feraient partie intégrante du cimetière public ; ils seraient administrés exclusivement par la collectivité publique et soumis intégralement aux règles du droit administratif régissant l'utilisation de l'ensemble du cimetière. Leur localisation dans l'enceinte du cimetière public resterait dans la compétence de la Ville.

Chacune des tombes établies à l'intérieur de cet espace devrait l'être sur la base d'une concession individuelle octroyée, conformément au droit cantonal et communal en vigueur, pour une période initiale de 33 ans, renouvelable deux fois. A défaut de cette concession, les défunts membres de la communauté concernée ou adhérent à la foi que celle-ci véhicule, seraient ensevelis dans le reste du cimetière où est pratiqué le régime dit des « tombes à la ligne ». Rien

n'exclurait naturellement que cette personne obtienne une concession en dehors du carré « confessionnel » dans la partie commune du cimetière.

Les organes de la communauté concernée n'auraient par conséquent aucun droit d'administration et de gestion. Il ne leur serait en particulier pas possible de contraindre un membre de la communauté, ou une personne qui adhère à la foi que cette communauté véhicule, à être ensevelis dans cet espace réservé. Ces organes n'auraient pas davantage les moyens d'interdire à ces personnes d'y être ensevelies si elles le désirent. Seul le libre choix du défunt, ou à son défaut celui de ses proches, serait à cet égard déterminant. La déclaration du défunt ou de ses proches serait une présomption d'appartenance ; c'est aux organes de la communauté qu'il appartiendrait de démontrer que, faute de tout rattachement personnel ou traditionnel à la communauté, le choix du défunt ou de ses proches était manifestement abusif.

Cette solution permettrait de respecter certains préceptes du judaïsme ou de l'islam ordonnant notamment que les dépouilles des défunts soient orientées respectivement en direction de Jérusalem ou de La Mecque et que leurs sépultures soient regroupées, principalement sans doute pour les besoins de la prière ou du recueillement communautaires.

4. Les carrés « confessionnels » sont-ils compatibles avec le droit exclusif de l'autorité civile de disposer des lieux de sépulture ?

L'art. 53 al. 2 première phrase aCst. prescrivait que le droit de disposer des lieux de sépulture appartient à l'autorité civile. Cette disposition n'est plus en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000, et vu sa nature, elle n'est évidemment pas incluse comme telle dans l'art. 7 Cst. qui consacre le droit à la dignité humaine ! Cela est toutefois sans importance. Le droit de l'autorité civile de disposer des lieux de sépulture est en effet consacré aujourd'hui dans le droit cantonal adopté en application de cette ancienne disposition constitutionnelle.

Ces normes sont aujourd'hui bien établies et il en va ainsi de la législation genevoise sur les cimetières.

La mise en œuvre de la solution préconisée par la Ville de Genève n'aurait pas pour conséquence de réduire les responsabilités de celle-ci en tant qu'elle continuerait à assumer intégralement - sous la surveillance légale de l'Etat - l'aménagement, la direction et la gestion des emplacements qu'elle entend ainsi réserver à l'usage des membres de certaines communautés religieuses. Il n'y aurait, sur le plan administratif, aucune différence entre ces secteurs et les autres secteurs du cimetière.

Cette solution n'est par ailleurs, en elle-même, pas susceptible d'engendrer des discriminations inadmissibles au regard de l'art. 8 al. 2 Cst. Elle ne s'écarte pas de la finalité du « monopole » public institué, à partir de l'art. 53 al. 2 aCst., pour éliminer toute discrimination des défunts ou de leurs proches qui serait fondée notamment sur leur appartenance religieuse. Il n'a jamais été contesté que l'octroi de concessions dans les cimetières gérés par les communes ne portait aucune atteinte à l'égalité de traitement applicable à l'utilisation des biens du domaine public⁸⁸. Le régime des concessions regroupées, préconisé par la Ville de Genève, n'institue en premier lieu pas de discrimination des membres des communautés concernées auxquels il demeure loisible d'être ensevelis, s'ils le souhaitent, dans le reste du cimetière au milieu des autres défunts. Il ne confère pas non plus aux membres de ces communautés minoritaires un privilège au détriment des usagers du reste du cimetière public. Les concessions accordées à l'intérieur des emplacements réservés le seraient en effet aux mêmes conditions que celles auxquelles est assujéti l'octroi de concessions dans l'ensemble du cimetière.

On ne voit pas, de surcroît, en quoi l'art. 8 Cst. qui consacre le droit à l'égalité, et le principe qui veut que les autorités civiles disposent seules des cimetières

⁸⁸ En dernier lieu ATF 125 I 300 consid. 3b/bb premier paragraphe.

publics, s'opposeraient à ce que les fidèles d'une religion puissent pratiquer dans le cimetière public les rites que celle-ci prescrit, lorsque l'accomplissement de ces rites ne se heurte pas à un intérêt public prépondérant. La laïcité des cimetières publics, au sens relatif de ce concept, n'a jamais fait obstacle à la pratique de la religion dans ces enceintes où les croyants ont toujours pu manifester leurs convictions par le recueillement et la prière individuels, les cérémonies collectives, commémoratives ou non, et l'apposition de symboles religieux sur les tombes. L'Etat – auquel il n'est pas interdit de manifester une certaine préférence pour les religions chrétiennes qui sont traditionnellement celles de la majorité de la population suisse – n'est d'ailleurs avec raison jamais intervenu pour faire enlever les symboles de ces religions, parfois monumentaux, que l'on trouve apposés sur des équipements collectifs (par exemple sur les portails) ou dans les espaces communs d'un très grand nombre de cimetières de tous les cantons.

En définitive, l'aménagement de carrés « confessionnels » en faveur des croyants israélites et musulmans n'est en soi contraire ni à l'égalité de traitement, toute relative en ce domaine, ni aux principes naguère exprimés à l'art. 53 al. 2 aCst.

5. L'autonomie communale et la surveillance cantonale

L'aménagement de carrés « confessionnels » entre-t-il dans la compétence de la Ville de Genève, eu égard au pouvoir de surveillance étendu, conféré à l'Etat par la législation sur les cimetières ?⁸⁹ La réponse à cette question résultera de l'interprétation constitutionnelle de ces textes⁹⁰.

⁸⁹ Loi du 20 septembre 1876 sur les cimetières modifiée notamment le 19 juin 1997, RSGen K 1 65 ; règlement d'exécution de cette loi, du 16 juin 1956 modifiée en dernier lieu le 22 décembre 1997, RSGen K 1 65.01.

⁹⁰ On rappellera qu'un texte légal s'interprète en premier lieu selon sa lettre (méthode littérale ou grammaticale). Il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair que si des raisons objectives laissent à penser que ce texte ne traduit pas le sens véritable de la disposition en cause. Ces raisons peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition étudiée, voire de sa place dans la loi. La véritable portée d'un texte légal qui souffre plusieurs interprétations, et son esprit, doivent donc

- A. La législation genevoise sur les cimetières énonce une *règle générale* selon laquelle les inhumations se font à la ligne, les emplacements étant attribués sans distinction d'origine et de religion (art. 4 al. 3 et 8 al.1 de la loi ; ci-après : *les tombes à la ligne*). Mais elle énonce à l'art. 4 al. 5 une *exception* à cette règle en faveur des concessions que les communes peuvent accorder à l'intérieur du cimetière public.

La portée de cette dérogation résulte sans équivoque de l'art. 8 al. 2 *lit. a in fine*. Il y est dit sans ambiguïté que les dispositions adoptées pour respecter les concessions accordées par les communes ne sont pas comprises dans la règle en vertu de laquelle les inhumations se font à la ligne, notamment sans aucune distinction de culte. Or aucune disposition de la loi ne s'oppose à ce que les concessions - octroyées en vertu de cette dérogation - soient réunies dans des secteurs déterminés du cimetière. L'interprétation - selon les méthodes constitutionnelles littérale et systématique - de l'art. 8 al. 1 de la loi qui concrétise son art. 4 al. 3, et de l'art. 8 al. 2 de la loi qui concrétise son art. 4 al. 5, oblige à dire qu'elle n'exclut nullement la réunion des corps des défunts d'une même confession au moyen de concessions regroupées dans des secteurs déterminés du cimetière et cela pour répondre aux besoins sociaux ou spirituels

être recherchés sur la base notamment des travaux préparatoires qui ont conduit à son adoption (méthode historique), du but que la norme poursuit et des valeurs sur lesquelles elle repose (méthode téléologique) ou encore sur la base de ses relations avec d'autres dispositions légales (méthode systématique). Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la méthode historique d'interprétation n'est pas fondamentale et les travaux préparatoires ne lient pas l'autorité amenée à déterminer le sens d'une règle de droit. Il n'y a lieu d'en tenir compte que si les conceptions discutées au cours des débats qui ont précédé l'adoption de la loi ont trouvé leur expression dans le texte de celle-ci. L'importance analytique des travaux préparatoires est de toute façon inversement proportionnelle à l'éloignement dans le temps. Enfin, il faut souligner que toutes ces méthodes d'interprétation sont coordonnées entre elles et non subordonnées les unes aux autres. (ATF 109 Ia 303 ; 119 Ia 248 consid. 7 a ; 119 II 186 consid. 4 b/bb, 355 consid. 5 ; 119 V 126 consid. 4 et arrêts cités ; 121 V 60/61 consid. 3b ; 122 III 310 consid. 2 b ; 123 III 92 consid. 3 c et arrêts cités).

Le sens du texte étant ainsi déterminé par l'application concurrente de ces méthodes constitutionnelles, le résultat des méthodes téléologique et systématique peut conduire à la conclusion que, dans le cas concret, le texte doit être interprété restrictivement ou au contraire extensivement, ou aussi à ce que sa subsomption se fasse *a pari*, c'est-à-dire par analogie, *a contrario*, ou *a fortiori (a majore ad minus)*.

particuliers de leurs proches, de leurs familiers ou de l'ensemble de la communauté à laquelle ils appartiennent.

- B. La Constitution du canton de Genève ne consacre pas en toutes lettres le droit des communes du canton à l'autonomie. Elle ne le fait ni pour la généralité des communes (art. 144 à 153), ni pour la Ville de Genève dont elle traite séparément de l'organisation (art. 154 à 156). Mais il n'en résulte pas que les communes genevoises n'aient pas, dans certains domaines, une autonomie constitutionnellement protégée.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, inaugurée il y a plus de trente ans, une commune est autonome dans toute la mesure où le droit cantonal lui laisse, dans un domaine déterminé, une liberté de décision appréciable. L'existence d'une autonomie protégée de la Ville de Genève a été reconnue par exemple, sur cette base, dans le domaine du logement et de la protection des locataires⁹¹ ou dans le domaine de l'aménagement du territoire lorsque les communes appliquent l'art. 15 de la loi cantonale sur l'extension⁹².

La Ville de Genève, dont les cimetières publics sont semble-t-il la propriété privée, exerce son autorité de police et de surveillance sous la surveillance du canton qui l'exerce lui-même, selon les termes de la loi, par le truchement du Département de justice (art. 1 al. 1 et 2, et art. 2 de la loi)⁹³. Mais cette surveillance ne saurait vider de sa substance l'autonomie que la loi laisse aux communes dans ce domaine. Cette autonomie est en effet un moyen nécessaire d'assurer le mieux possible la sauvegarde de l'intérêt général dans la gestion du

⁹¹ ATF 108 Ia 188 ss consid. 3. Voir au sujet de l'autonomie des communes genevoises, l'étude du juge fédéral Dominique FAVRE. La commune genevoise, commune française, dans *Revue administrative*, Paris 1985, pp. 291-297.

⁹² Arrêt non publié du 1^{er} mars 1993.

⁹³ Le système du droit genevois diffère peu de celui des autres cantons ; voir notamment art. 25 ss de la loi neuchâteloise du 10 juillet 1894 ; § 4 ss de la loi de Bâle-Ville du 9 juillet 1931 ; § 3 et 9 du règlement argovien du 9 décembre 1946 ; art. 19 ss et 32 ss de l'ordonnance zurichoise du 7 mars 1963 ; art. 54 et 55 du règlement vaudois du 5 décembre 1986 ; art. 5 de l'ordonnance valaisanne du 17 mars 1999 ; art. 6 ss de l'arrêté fribourgeois du 5 décembre 2000.

service public de proximité que sont les cimetières⁹⁴. L'autorité de surveillance ne saurait donc entraver, sans motifs pertinents, l'application fidèle de la loi par l'administration locale, sans violer l'autonomie de celle-ci.

- C. L'octroi de concessions dans les cimetières publics, pour une durée maximum de 99 ans alors que les tombes à la ligne ne durent que 20 ans, est prévu à l'art. 7 du règlement adopté en exécution de l'art 4 al. 5 de la loi. Cet octroi est le fruit d'une « autorisation des conseils municipaux » (art. 7 al. 1 du règlement). Les conditions énumérées dans cette disposition réglementaire sont les seules limites *légal*es apportées à l'autonomie de la Ville sur ce point. Celle-ci agit donc dans le cadre de son autonomie – *désormais protégée expressément par l'art. 50 al. 1 de la Constitution fédérale de 1999 dans les limites fixées par le droit cantonal* – lorsqu'elle décide d'autoriser le regroupement de certaines concessions en des endroits déterminés de ses cimetières publics. Elle n'outrepasse pas davantage la marge d'appréciation que lui laisse la loi lorsqu'elle opère de tels regroupements en tenant compte des affinités que les défunts pouvaient avoir entre eux de leur vivant. On a vu qu'aucune disposition de la loi n'exclut que ces affinités soient celles de l'appartenance religieuse, puisque la règle générale de l'interdiction des distinctions d'origine et de religion (applicable au régime ordinaire des tombes à la ligne) n'est pas applicable au régime dérogatoire des tombes concessionnées.

L'autorité cantonale compétente ne pourrait donc intervenir dans le champ de l'autonomie de la Ville de Genève en vertu de son pouvoir de surveillance, que si cette mesure était de nature à compromettre la bonne administration du cimetière ou si elle aboutissait à une violation des droits fondamentaux des usagers de ces aménagements publics.

- D. Dans la lettre que le Conseil d'Etat a écrite au Conseil administratif le 11 septembre 2002 à propos de l'objet de la présente consultation, il n'a nullement

⁹⁴ ATF 80 I 121, *GAILLOUD contre Ville de Genève*.

été question de motifs de police des cimetières, qui s'opposeraient à l'aménagement de carrés « confessionnels ». Le fait que la disposition de ces espaces particuliers puisse compliquer quelque peu l'accomplissement par la Ville de ses tâches d'entretien n'est pas l'un de ces motifs vu l'intérêt public qui préside à cet aménagement. Dans ce domaine précis, la surveillance cantonale telle qu'elle est prévue dans le droit cantonal genevois doit évidemment laisser aux communes une liberté d'appréciation comparable à celle que les pouvoirs de surveillance cantonaux laissent aux communes dans les autres cantons. Il y va du bon fonctionnement de l'installation ou de l'établissement public, dont on a déjà dit que la gestion est une tâche de proximité des pouvoirs locaux⁹⁵.

Force est donc de conclure que le seul *motif pertinent* à la disposition de l'autorité cantonale pour intervenir *in casu* dans le champ de l'autonomie communale, serait la virtualité ou l'actualité d'une violation des droits fondamentaux par le projet de la Ville de Genève. Il y a lieu d'examiner si un tel motif est réalisé.

6. Les carrés « confessionnels », le droit à la dignité humaine et l'exercice non discriminatoire de la liberté de religion

- A. Les cimetières publics sont des installations de droit public qui doivent être aménagées dans le respect des droits fondamentaux⁹⁶. Même s'ils peuvent être formellement la propriété privée d'une commune, ils relèvent de son patrimoine administratif, c'est-à-dire du domaine public au sens large que la collectivité

⁹⁵ Au sujet des tâches de police pour l'accomplissement desquelles une autonomie est en principe reconnue aux communes, voir les situations traitées dans les arrêts suivants du Tribunal fédéral : *GAILLOUD contre Vaud* du 20 novembre 1956 (82 I 217) ; *N. contre Bâle-Ville* du 18 mars 1970 (96 I 104) ; *HÜNENBERG* cité plus haut. Tous traitent de l'esthétique des cimetières et des monuments en niant par exemple l'existence d'un droit à une liberté créatrice des usagers (« *freie Grabmalgestaltung* ») ; il y est aussi question de la dignité qui doit résulter d'une présentation harmonieuse des tombes, la formule étant manifestement destinée à éviter dans toute la mesure du possible une discrimination apparente entre les défunts selon le rang que chacun avait de son vivant dans la société (« *ein würdiges und harmonisches Aussehen* »).

⁹⁶ ATF 125 I 307 b/aa première phrase.

met à la disposition des administrés avec l'intervention de ses agents⁹⁷ ; gérant ainsi un service public⁹⁸, la commune doit veiller notamment à ce que l'exercice de la liberté de religion puisse se faire sans discrimination à l'intérieur de l'enceinte des cimetières qu'elle administre.

La liberté de religion se rapporte non seulement au for intérieur de la personne humaine mais aussi à la manifestation extérieure de ses convictions religieuses. La liberté de manifester extérieurement sa religion protège notamment le droit d'accomplir les rites prescrits par la confession à laquelle on appartient. Parmi ces rites, les rites funéraires sont primordiaux car, accomplis devant le plus sacré des mystères, ils tendent à rassurer et à consoler les proches et les familiers du défunt en proie à la douleur de la séparation, parfois au doute et à l'incompréhension, ou encore à une révolte devant l'inconcevable. Les rites funéraires englobent non seulement la conduite des obsèques jusqu'à la mise en terre ou à l'incinération de la dépouille, mais aussi le culte du lieu de sépulture et, en particulier, les prières individuelles ou communautaires et les actes de souvenir que la piété commande selon les diverses convictions. L'Etat démocratique accorde une protection forte à ces valeurs, en punissant par exemple plutôt sévèrement l'infraction d'atteinte à la paix des morts⁹⁹.

Les titulaires du droit d'accomplir les rites funéraires sont bien entendu les familiers et les proches du défunt ; c'est aussi la communauté religieuse à laquelle celui-ci appartenait au moment de son décès. Mais le défunt lui-même est aujourd'hui considéré comme le premier titulaire du droit de déterminer le sort de sa dépouille après sa mort, ce qui comporte une liberté de choix, dans le cadre tracé par la loi, l'ordre public et les bonnes mœurs, quant à la forme des funérailles et au mode d'inhumation ; l'exercice de ce droit doit être

⁹⁷ André GRJSEL, Traité de droit administratif, vol. II, pp. 525-526.

⁹⁸ ATF 80 I 125 consid. 2.

⁹⁹ Art. 262 CP.

parfaitement indépendant du rang que le défunt a occupé dans la société¹⁰⁰. Le droit à la dignité humaine, garanti désormais expressément par l'art. 7 Cst., entre généralement en concours, dans ce domaine, avec la liberté de religion.

- B. A l'instar de la liberté générale de manifester extérieurement sa religion, les pratiques rituelles prescrites pour l'ensevelissement d'une personne et pour son culte posthume sur le lieu de sa sépulture ne relèvent pas de l'essence inviolable de la liberté de religion. Le droit d'accomplir les rites funéraires n'est donc pas un droit absolu et peut, partant, être restreint par la loi dont le texte doit être d'autant plus clair que la restriction est grave. Ces restrictions doivent en outre être justifiées par la sauvegarde d'un intérêt public ou d'un droit fondamental d'autrui. Elles ne doivent pas aller au-delà de ce qu'exige cette sauvegarde.

La liberté de religion, de même que le droit à la dignité humaine, ne s'opposent pas à ce que l'Etat réglemente de manière uniforme les modes d'inhumation dans les cimetières publics comme le législateur genevois l'a fait en adoptant la loi du 20 septembre 1876 concrétisée par le règlement d'exécution du 16 juin 1956, et en modifiant ces textes à plusieurs reprises. En elle-même, la règle générale de ces textes, selon laquelle les emplacements de sépulture sont attribués sans distinction d'origine ou de religion (les inhumations devant avoir lieu dans des fosses établies à la suite les unes des autres, dans un ordre régulier et déterminé d'avance, sans aucune distinction de culte ou autres) n'est pas de nature à violer le droit à la dignité humaine ou à entraver l'exercice non discriminatoire de la liberté de religion. Il en irait peut-être autrement s'il n'était pas possible d'y déroger pour satisfaire les besoins légitimes des membres de communautés religieuses minoritaires. Or, une telle dérogation est possible sur la base d'une concession.

¹⁰⁰ ATF 123 I 112 consid. 4 b.

- C. Les tombes à la ligne et les tombes concessionnées sont toutes soumises au système du « tour régulier des inhumations »¹⁰¹ selon les termes de l'art. 7 al. 1 *lit. c in fine* du règlement. La différence réside en ceci que les tombes à la ligne doivent être remises à la disposition de la collectivité après un délai de 20 ans (qui devrait être porté prochainement à 33 ans dans la commune de Genève), alors que l'emplacement des tombes concessionnées peut être maintenu inchangé pour une durée maximum de 99 ans.

L'art. 7 al. 1 du règlement ne dit pas si l'appartenance religieuse peut être un motif d'« interrompre l'ordre des sépultures ». Mais cela va de soi vu le texte clair de l'art. 8 de la loi que cette disposition réglementaire est censée concrétiser. On soulignera une nouvelle fois qu'en vertu de cette disposition légale, les dispositions adoptées pour respecter les concessions ne sont pas comprises dans la règle générale applicable aux tombes à la ligne, qui n'autorise aucune distinction de culte. La législation genevoise sur les cimetières ne s'oppose donc pas à ce qu'une concession soit accordée, moyennant redevance, pour l'ensevelissement d'une personne qui se prévaut pour cette démarche de son appartenance confessionnelle et de pratiques que cette appartenance commande. De surcroît - on l'a aussi démontré - aucune norme de cette législation ne s'oppose à ce que de telles concessions, qui ne diffèrent fondamentalement en rien des autres concessions, soient réunies en un espace déterminé du cimetière public non séparé architecturalement de celui-ci. Les carrés « confessionnels », tels que nous les avons décrits pour dissiper tout malentendu à leur propos, sont l'un des moyens de satisfaire les besoins spirituels légitimes des membres de communautés confessionnelles minoritaires qui se sont adressées pour cela à la Ville de Genève. Ils tendent à la réalisation de cet objectif sans prestations particulières excessives. Ils permettent l'accomplissement de rites funéraires de ces communautés, sous la réserve de ceux de ces rites dont l'accomplissement n'est pas compatible avec l'intérêt public ou avec le respect des droits des autres administrés.

¹⁰¹ Le « Graberturnus » de la terminologie de l'arrêt MEYERS.

Ce moyen peut être mis en œuvre par la Ville de Genève agissant dans le cadre de l'autonomie que lui reconnaît la législation cantonale sur les cimetières. Interprétée comme il se doit, selon les méthodes concurrentes littérale et systématique constitutionnellement admises, la législation cantonale permet la mise en œuvre de ce moyen. Elle n'a donc pas à être modifiée pour être conforme aux exigences des droits fondamentaux, cela bien sûr pour autant que ces exigences soient satisfaites par le projet de la Ville de Genève. On va voir que c'est le cas parce que les droits fondamentaux ne commandent pas de réaliser à l'intérieur des cimetières publics toutes les prescriptions rituelles des religions, mais seulement celles qui sont compatibles avec l'intérêt public et les droits d'autrui.

D.

- a) Le modèle des carrés « confessionnels » présente l'avantage pour les communautés minoritaires qui pourraient en bénéficier, de différer l'échéance périodique de la disposition des tombes à l'instar de ce que permet toute concession, d'orienter les corps conformément aux préceptes religieux et de réunir les défunts d'une même confession dans un secteur déterminé du cimetière public si eux-mêmes ou leurs proches en ont manifesté le vœu.

L'obligation pour les proches du défunt de payer une redevance pour l'obtention d'une concession à l'intérieur de ce carré « confessionnel » est parfaitement admissible dès lors que cette redevance est la même que celle requise pour toute concession.

- b) Une concession de 99 ans ne satisfait sans doute pas aux prescriptions sur l'immutabilité de la tombe et à celles sur le choix d'un lieu d'inhumation vierge de toute inhumation antérieure. Mais, l'administration des cimetières publics n'a pas à satisfaire de telles prétentions (*ewiges Grabrecht*). Il n'y a pas lieu de revenir sur cette conclusion dont nous avons exposé la justification sous l'angle

des droits fondamentaux en analysant l'arrêt MEYERS rendu par le Tribunal fédéral le 7 mai 1999.

Il n'est pas non plus douteux que la collectivité n'a pas à fournir à une minorité religieuse, dans l'enceinte du cimetière public, des prestations particulières comme celles relatives au creusage des tombes, qui compromettraient le fonctionnement normal du service.

La liberté de circulation des visiteurs pendant les heures d'ouverture, interdit que les cimetières publics soient compartimentés en secteurs inaccessibles pour la généralité des administrés. C'est pourquoi les carrés « confessionnels » ne sauraient être clôturés ni par des murs ni par des haies. Ce sont d'ailleurs là des signes séparateurs propres à entraver la réalisation des droits fondamentaux, ou des barrières qui ne devraient plus exister¹⁰² dans une société pluraliste, société que les personnes qui viennent s'installer en Suisse doivent contribuer à édifier. L'aménagement de carrés « confessionnels », ne met pas en cause l'unité et l'indivisibilité des ensembles collectifs que sont les cimetières publics ; il permet simplement une affectation particulière de certains espaces à l'intérieur d'un même enclos pour répondre à des besoins légitimes.

Des motifs identiques d'intérêt public ne permettent pas d'exiger de la collectivité qu'elle établisse des accès particuliers pour les carrés « confessionnels » ; ce genre de mesures est en effet une entrave à la promotion d'une convivialité intercommunautaire entre les survivants.

- c) On peut en revanche s'interroger sur la question de savoir s'il ne peut pas être exigé de la collectivité qu'elle admette dans les carrés « confessionnels » des

¹⁰² Il est souhaitable que l'on n'ait plus à vivre en Suisse la situation qui a conduit le législateur bernois à adopter l'art. 4 de son décret du 25 novembre 1876 concernant les inhumations dans la teneur suivante : « La police locale pourvoira au maintien de la tranquillité et de l'ordre à l'occasion des cérémonies funèbres, et elle veillera à ce que des inhumations de personnes appartenant à des confessions et à des communautés religieuses différentes n'aient pas lieu simultanément, lorsque des désordres seraient à prévoir ».

modes de mises en terre conformes à des traditions différentes des nôtres, tel l'ensevelissement dans un linceul. Ce mode d'inhumation n'entraîne pas de prestations particulières de la collectivité. Il est d'usage dans des cimetières privés confessionnels sans que cela n'ait jamais choqué personne, et c'est aussi un usage monastique ancestral qui se perpétue dans de nombreuses communautés religieuses disposant d'un cimetière privé¹⁰³. Seul le principe de précaution justifierait l'exigence de la mise en terre dans un cercueil, s'il y avait un doute, si infime soit-il, d'une mise en danger de l'environnement ou de l'hygiène publics par l'ensevelissement dans un linceul.

- E. Le projet de la Ville de Genève apparaît en définitive comme une solution de compromis entre l'ordre et la liberté, dans la ligne de la pratique constante des droits fondamentaux dans les sociétés démocratiques. L'Etat cantonal ne saurait donc s'y opposer sans entrer en conflit avec les impératifs du droit à la dignité humaine et de l'exercice non discriminatoire de la liberté de religion.
- F. Les prétentions de communautés religieuses minoritaires qui iraient au-delà de celles que l'aménagement des carrés « confessionnels » peuvent satisfaire, ne pourraient l'être dans l'enceinte du cimetière public. Comme le Tribunal fédéral l'a souligné, ces communautés n'auraient alors vraisemblablement pas d'autre solution satisfaisante pour elles que d'aménager elles-mêmes des cimetières privés.

Les autorités du canton de Genève doivent-elles favoriser la création de cimetières privés pour l'ensevelissement des fidèles juifs ou musulmans qui ne voudraient pas s'accommoder du projet de la Ville ? La réponse pourrait bien être négative. Nous nous devons de l'esquisser pour permettre une appréciation objective, et aussi complète que possible, des résultats auxquels nous sommes parvenus.

¹⁰³ Par exemple, selon nos renseignements, à La Valsainte (Fribourg), chez les Sœurs de Saint-Maurice à La Pelouse sur Bex (Vaud), et jusqu'à une époque récente, à l'Abbaye de Saint-Maurice (Valais).

- a) La création d'un cimetière privé est incontestablement, elle aussi, une prestation particulière de la collectivité publique, en tant que, par la nature des choses, elle implique l'adoption d'une mesure d'aménagement du territoire, ainsi que de diverses mesures de police, soit pour la surveillance de ces lieux, soit pour leur protection contre les agressions sectaires ou intolérantes qu'ils peuvent susciter. Sur le premier point, il n'est pas douteux que l'exiguïté du territoire du canton et de la Ville de Genève et la densité de leur population commandent d'être prudent lorsqu'il s'agit de créer des zones aussi spécifiques.
- b) L'égalité devant la loi s'opposerait à ce qu'une communauté religieuse minoritaire soit autorisée à créer son cimetière privé au motif que l'accomplissement de ses rites funéraires ne pourrait se faire dans l'enceinte du cimetière public, et qu'une autre communauté ayant avancé le même motif se voie refuser cette autorisation pour la raison qu'elle serait actuellement trop nombreuse ou que son développement démographique prévisible serait plus grand¹⁰⁴.
- c) Dans une société pluraliste où la tolérance des administrations et des administrés doit être la règle, la création de cimetières confessionnels privés peut être ressentie par la majorité de la population comme un indice de cloisonnement - volontaire ou non - de groupes de population. Il s'agit donc comme dans des cas que nous avons évoqués plus haut, d'une mesure peu propice à l'avènement d'une société d'acceptation mutuelle dont toute discrimination serait bannie, conformément à ce qu'exige le droit constitutionnel suisse autonome et le droit de rang constitutionnel - universel et européen - incorporé à notre ordre juridique.

Il n'est du reste pas certain que les ressortissants suisses professant les religions juive ou musulmane n'aient pas eux-mêmes des raisons de se sentir victimes

¹⁰⁴ Cf. ATF 116 Ia 316, où le Tribunal fédéral n'a pas eu à statuer, pour des raisons purement formelles, sur des griefs dirigés contre des avantages "confessionnels" discriminatoires.

d'une réduction de leur qualité de citoyens par l'obligation qui leur serait faite - s'ils entendent respecter les rites funéraires de leur religion - d'être ensevelis dans un enclos situé en dehors du cimetière public, enclos, où ne sont ensevelis que des croyants membres de leur communauté ou adhérents à la foi que celle-ci véhicule.

- d) Le projet de la Ville de Genève - fruit d'une transaction raisonnable et admissible dans la pratique des droits fondamentaux - apparaît en définitive comme mieux approprié à satisfaire les exigences de la liberté de religion en tant qu'elle comporte le droit d'accomplir les rites sans discrimination.

V. REPONSES AUX QUESTIONS POSEES

Les réponses qui vont suivre ne peuvent être lues qu'en relation étroite avec l'exposé des motifs.

Question 1

La laïcité du droit genevois, telle que traduite dans la législation cantonale sur les cimetières notamment aux art. 4 al. 3 et 5 et 8 al. 1 et 2 de la loi de 1876/1997 (K 1 65 et son règlement d'exécution K 1 65.01), s'oppose-t-elle au régime d'inhumation appelé « des carrés confessionnels » ?

Non.

La législation genevoise sur les cimetières, interprétée conformément à la Constitution fédérale, ne commande pas que toute manifestation extérieure de l'appartenance religieuse soit bannie de l'enceinte des cimetières publics.

Les emplacements appelés « carrés confessionnels » sont simplement la réunion dans un secteur du cimetière public des tombes « concessionnées » de défunts membres d'une même communauté religieuse minoritaire, notamment pour

permettre à leurs familiers, à leurs proches et aux autres membres de la communauté, d'accomplir les rites funéraires conformément (autant que possible) aux prescriptions qu'ils doivent respecter. Ces secteurs ne seraient pas séparés de l'ensemble du cimetière public ; ils seraient inclus dans le même régime d'administration et de surveillance, les fidèles des confessions concernées étant libres d'y être enterrés ou de l'être dans le reste du cimetière selon le régime des tombes à la ligne ou au bénéfice d'une concession particulière. L'octroi des concessions dans ces emplacements se ferait individuellement et aux mêmes conditions que dans les autres secteurs du cimetière public. L'accès de tous les visiteurs à ces emplacements serait libre pendant les heures d'ouverture du cimetière public.

Les emplacements appelés « carrés confessionnels » tendent ainsi à favoriser la convivialité intercommunautaire entre les survivants. Il s'agit donc d'une mesure qui s'inscrit parfaitement dans le contexte des principes qui ont conduit le constituant historique à décréter, à l'art. 53 al. 2 aCst., que le droit de disposer des lieux de sépulture appartient à l'autorité civile et que chacun a le droit d'être enseveli de manière décente. Or, la teneur de la législation genevoise sur les cimetières montre qu'elle a pour mission essentielle de concrétiser ces principes.

Question 2

Si la réponse à la question 1 devait être affirmative, cette législation serait-elle conforme aux règles de rang constitutionnel qui protègent en Suisse le libre exercice de la religion ou à d'autres règles de rang constitutionnel ?

La réponse à la question 1 étant négative, il n'y a pas lieu de répondre à la question 2.

Question 3

Ces règles de rang constitutionnel imposent-elles à la Ville de Genève des obligations, voire des prestations, en faveur des minorités confessionnelles

juives ou musulmanes, dans le domaine de l'administration, de l'exploitation et de la gestion des lieux de sépulture ? Dans l'affirmative, quelles sont ces obligations, voire ces prestations ?

Ces règles de rang constitutionnel sont contenues non seulement dans la Constitution fédérale, mais aussi notamment dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques qui, tous deux, concrétisent la Déclaration universelle des droits de l'homme. Ce sont essentiellement le droit à la dignité humaine, l'exercice non discriminatoire de la liberté de religion qui comporte le droit d'accomplir les rites, et la protection des minorités.

La Ville de Genève ne peut, sans violer ces garanties constitutionnelles, écarter d'un revers de main les prétentions de communautés religieuses minoritaires tendant à pouvoir accomplir, individuellement ou en commun, leurs rites funéraires dans l'enceinte de ses cimetières publics. Elle doit entrer en matière sur leurs demandes dans toute la mesure où cela n'exige pas d'elle la mise en œuvre de moyens excessifs, où ces prétentions minoritaires ne se heurtent pas à un intérêt public prépondérant, et où leur réalisation ne compromet pas l'exercice des droits fondamentaux d'autrui.

L'aménagement de carrés « confessionnels », préconisé par la Ville de Genève, est l'un des moyens de répondre à ces demandes qui doivent être accueillies en tant qu'elles visent le regroupement des défunts dans un même secteur du cimetière public et l'orientation des corps dans une certaine direction. Le régime des concessions permet de réaliser ces objectifs sans qu'il faille modifier pour cela la législation cantonale sur les cimetières.

Ces demandes ne pourraient en revanche être accueillies si elles tendaient notamment à subordonner à une autorité religieuse le droit d'être enterré dans ces espaces particuliers, ou à l'obligation pour les membres des communautés minoritaires concernées d'y être ensevelis quelle que soit leur volonté ou celle

de leurs proches. Elles ne pourraient pas non plus être accueillies si elles tendaient à l'octroi de concessions perpétuelles, à l'ensevelissement dans une terre vierge de toute inhumation antérieure, à la clôture de ces emplacements, à la création d'un accès distinct de l'accès général au cimetière, à l'interdiction du libre accès de tous les visiteurs à ces espaces concessionnés pendant les heures d'ouverture du cimetière, au creusage des fosses selon des méthodes particulières, et, en principe, à l'enterrement de plusieurs personnes dans la même tombe.

La réponse à de telles exigences qui ne s'imposent pas à la collectivité publique sous l'angle des droits fondamentaux, ne peut être donnée dans l'enceinte du cimetière public. Mais cela ne signifie pas que le canton de Genève doive favoriser, d'une manière quelconque, la création de cimetières privés, cela compte tenu des objections légitimes que cette création pourrait susciter comme nous l'avons exposé.

Nous n'avons pas à nous prononcer exhaustivement sur une adéquation meilleure ou moins bonne de la création de cimetières privés, à la satisfaction des droits fondamentaux. Cela dit, le projet de la Ville de Genève nous apparaît comme particulièrement bien approprié à la concrétisation de ces derniers.

Question 4

Le régime de surveillance institué par la législation cantonale sur les cimetières peut-il faire obstacle à ce que la Ville de Genève exécute les obligations décrites ci-dessus ? Dans l'affirmative, quelle est la solution ?

Non.

La nouvelle Constitution fédérale, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, reconnaît expressément l'autonomie des communes du pays dans les limites du droit cantonal. Cette autonomie est « fonction » de la liberté d'appréciation que

le droit cantonal leur laisse dans un domaine déterminé. La législation genevoise sur les cimetières laisse aux communes une liberté d'appréciation suffisante pour qu'on doive leur reconnaître une autonomie constitutionnellement protégée dans ce domaine. Cette autonomie existe généralement dans tous les cantons parce que la gestion des cimetières est une tâche de proximité. Lorsque l'Etat cantonal exerce son pouvoir légal de surveillance, il ne peut intervenir dans le champ de cette autonomie que s'il a des *motifs pertinents* de le faire. Il n'existe pas de tels motifs en l'espèce : l'aménagement des carrés « confessionnels » ne compromet pas la bonne organisation des cimetières publics de la Ville, ne porte pas atteinte aux droits des autres usagers du cimetière (défunts, proches et familiers des défunts, membres de leur communauté religieuse), et - loin de mettre en péril les droits fondamentaux - ne tend qu'à mieux les concrétiser dans un domaine particulier.

Claude ROUILLER

Lutry et Genève, en janvier 2003

 <p>Ville de Genève</p>	<p>VILLE DE GENEVE DEPARTEMENT DES AFFAIRES SOCIALES, DES ECOLES ET DE L'ENVIRONNEMENT</p>
--	--

Les regroupements confessionnels dans les cimetières de la Ville de Genève

Résumé de l'Avis de droit rendu par le professeur
Claude ROUILLER
à la demande du Département municipal des
affaires sociales, des écoles et de
l'environnement

Mars 2003

GRAND CONSEIL	
Expédié le: 9-11-03	Visa: RP
Président	<input checked="" type="checkbox"/> Députés (100)
Commissaires	<input checked="" type="checkbox"/> Bureau
Secrétariat	<input checked="" type="checkbox"/> Archives
Commission: Aff Comm	
Procès-verbalisé:	
Copie à:	
Divers: remis en regard de Commission	

AVIS DE DROIT RELATIF A L'OFFRE DE REGROUPEMENTS CONFESIONNELS DANS LES CIMETIERES DE LA VILLE DE GENEVE

**Avis donné par Claude ROUILLER, professeur associé à la Faculté de droit de
 Neuchâtel et ancien Président du Tribunal fédéral**

RESUME DES PRINCIPAUX ARGUMENTS (établi par l'administration)

PLAN

- A. Questions posées au professeur C. Rouiller
- B. Liberté de religion: contenu et étendue des obligations
- C. Liberté de religion et droit à une sépulture décente
- D. Etendue et limites du choix en matière de droit de l'inhumation
- E. Notions de laïcité et de neutralité religieuse
- F. Réponses et conclusions de l'Avis de droit

A. Questions posées au professeur C. ROUILLER

Les questions suivantes ont été posées au professeur Claude ROUILLER:

1. La laïcité, dont on dit qu'elle sous-tend la législation genevoise des cimetières, s'oppose-t-elle à la création de "carrés confessionnels" ?
2. Si oui, l'exigence cantonale de laïcité est-elle conforme aux règles de rang supérieur, à savoir au droit constitutionnel helvétique et aux conventions internationales ratifiées par la Suisse ?
3. Ces règles imposent-elle à la Ville de Genève de tenir compte des demandes des communautés confessionnelles juive et musulmane en matière de sépulture ?
4. La surveillance que le canton exerce, de par la loi, sur la politique des cimetières dans les communes, peut-elle conduire à Ville à renoncer à réserver des carrés d'inhumation à certaines communautés ?

Le présent résumé reflète les principales considérations émises par le professeur C. ROUILLER, mais il n'engage que l'administration. Seul l'Avis de droit fait foi.

B. Liberté de religion: contenu et étendue des obligations

Il était possible d'examiner les questions posées à partir de divers points de vue. La mort étant une affaire strictement personnelle et les rites qui l'entourent intéressant directement le défunt et son entourage, il apparaît naturel d'approcher les questions posées principalement sous l'angle de la liberté de religion. Celle-ci est garantie par l'article 15 de

¹ Très précisément, dans le cadre de cet Avis de droit et à la demande de la Ville de Genève, les "carrés confessionnels" ont été décrits de la manière suivante: "regroupements de concessions accordées individuellement, selon le libre choix, à des personnes pratiquant la religion juive ou la religion musulmane" (Avis de droit, p. 9). Désormais l'administration entend privilégier le vocable "regroupements confessionnels dans les cimetières de la Ville".

la Constitution fédérale, l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le degré de protection offert par ces trois normes est identique (Avis de droit, p. 20). Relevons que des considérations relatives au droit à la dignité humaine dans le cadre des rites d'inhumation, ou à la protection des minorités en relation avec les demandes de groupes religieux minoritaires, eussent été possibles. Toutefois, à l'examen, la protection de la liberté de religion englobe ici les prestations qui découlent des autres garanties constitutionnelles (Avis de droit, pp. 23 et 26).

La liberté de religion garantit d'une part le droit de toute personne d'avoir une conviction religieuse dans son for intérieur (liberté de conviction), et d'autre part le droit de manifester extérieurement cette conviction l'exercice de ses convictions (liberté de professer sa religion) dans sa vie personnelle et par le biais de rites collectifs. En tant qu'elle se confond sur ce point-là avec le droit à la dignité humaine, elle recouvre aussi "le droit d'accomplir les rites funéraires prescrits par [sa religion]" (Avis de droit, p. 23). Les titulaires de cette liberté sont les individus et les personnes morales à but religieux telles que les communautés organisées à cet effet.

Le respect par l'Etat de la liberté de religion lui interdit d'intervenir dans l'exercice de cette liberté et l'oblige à offrir certaines conditions propices à son exercice (mise à disposition temporaire du domaine public, offre de congés spéciaux aux employés, de repas adaptés aux prisonniers, etc.). Les autorités doivent de surcroît observer une neutralité religieuse et confessionnelle en traitant toutes les convictions religieuses sans discrimination (respect du droit à l'égalité).

Toutefois, la liberté de religion n'est pas illimitée. S'il est impossible de s'immiscer dans les convictions intimes de l'individu, il est en revanche possible de poser des limites aux manifestations extérieures de la liberté de religion. En application de l'article 36 de la Constitution fédérale, l'exercice d'un droit fondamental peut en effet être limité à certaines conditions qui sont: la défense de l'intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui, l'existence d'une base légale et le respect du principe de proportionnalité (voir aussi l'art. 9.2 de la Convention européenne des droits de l'homme).

Le fait que la Constitution genevoise ne contienne pas de norme expressément consacrée à la liberté de religion n'est pas relevant. Car l'article 35 de la Constitution fédérale oblige toutes les autorités publiques à contribuer au respect et à la réalisation des droits fondamentaux, chacune à leur niveau de compétence. "Le législateur genevois, intervenant dans le champ de la liberté de religion, doit donc respecter ni plus ni moins que les garanties offertes par le droit fédéral de rang constitutionnel, autonome ou non" (Avis de droit, p. 18).

C. Liberté de religion et droit à une sépulture décente

Le droit à une sépulture décente était consacré à l'article 53 al. 2 de la Constitution fédérale de 1874, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1999. Il ne figure pas dans la nouvelle Constitution du 18 avril 1999; il constitue désormais une composante incontestée du droit à la dignité humaine, dont certains effets s'étendent bien après le décès de la personne. Le droit à une sépulture décente a fait l'objet de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral, dont le plus récent est aussi le plus intéressant. A la demande d'un citoyen suisse converti à l'islam, les juges fédéraux ont dû se prononcer en 1999 sur l'existence d'un éventuel droit à une sépulture perpétuelle. Leur réponse a été négative. Les administrés ont droit à des prestations positives de l'Etat en relation avec le respect de leur droit à la liberté de religion; celles-ci peuvent aller par exemple jusqu'à l'occupation momentanée du domaine public pour l'exercice d'une activité religieuse. Il est aussi admis depuis

longtemps que les personnes qui le désirent puissent obtenir un régime spécial dans le cimetière municipal sous la forme d'une concession payante qui permet le choix de l'emplacement et une durée d'inhumation prolongée. En revanche, l'exigence d'une concession perpétuelle n'est pas compatible avec les obligations incombant à l'Etat en matière de gestion de l'espace consacré aux cimetières.

Le Tribunal fédéral n'a pas exclu qu'une commune réponde aux demandes particulières d'une communauté en matière d'inhumation. Mais il a conclu que, si des régimes spéciaux étaient offerts dans les cimetières publics, ils devaient l'être sur la base du droit à l'égalité entre les individus et les diverses communautés religieuses (Avis de droit, pp. 38-41).

Toute la question est dès lors de savoir comment articuler le droit à une sépulture décente, la liberté de religion et le droit à l'égalité entre personnes de religions différentes, et quelles sont les obligations qui résultent de cette conjonction de garanties.

Les rites funéraires sont intimement liés à la religion, quelles que soient les convictions individuelles; sur ce point, le professeur ROUILLER conclut que "la liberté de religion protège de manière primordiale les rites funéraires et les modes de sépulture dans toute leur diversité" (Avis de droit, p. 54). Le droit à la dignité humaine, comprenant le droit à une sépulture décente, rejoint ici l'exercice de la liberté de religion. Sont principalement concernés: la cérémonie funéraire, la mise en terre ou l'incinération de la dépouille, le culte du lieu de sépulture et du souvenir, en particulier sous forme de prières individuelles et communautaires (Avis de droit, p. 64). Toutefois, comme cela a été exposé plus haut, la garantie de ces droits n'est pas illimitée et le pouvoir d'intervention de l'Etat dans le domaine des inhumations a justement pour effet d'y apporter des restrictions qui doivent apparaître justifiées et proportionnées (Avis de droit, pp. 54, 65).

D. Etendue et limites du choix en matière de droit de l'inhumation

Jusqu'à ce jour, le droit à une sépulture décente a trouvé sa principale expression dans la forme de l'inhumation "à la ligne", à savoir "dans des fosses établies à la suite les unes des autres, dans un ordre régulier et déterminé d'avance" pour reprendre les termes de la loi genevoise sur les cimetières de 1876 (art. 8 al. 1). Cette pratique oblige l'autorité à garantir à tous ses administrés une place d'inhumation gratuite dans les cimetières municipaux, ceci sans choix de l'emplacement et au moins pour la durée du délai légal d'inhumation.

Pour assurer la meilleure gestion possible de ces espaces publics autant que pour assurer une sépulture décente à tous, l'Etat cantonal est légitimé à légiférer sur les cimetières municipaux. "En elle-même, la règle générale de ces textes, selon laquelle les emplacements de sépulture sont attribués dans distinction d'origine ou de religion [...] n'est pas de nature à violer le droit à la dignité humaine ou à entraver l'exercice non discriminatoire de la liberté de religion. Il en irait peut-être autrement s'il n'était pas possible d'y déroger pour satisfaire les besoins légitimes des membres de communautés religieuses minoritaires" (Avis de droit, p. 65).

En d'autres termes, il est permis de limiter la liberté des administrés et de leurs familles qui souhaiteraient des prestations plus proches de leurs choix ou convictions; mais des exceptions doivent être permises. La législation genevoise prévoit justement un régime spécial, celui des concessions payantes qui autorise le choix de l'emplacement et l'option

d'une durée supérieure au délai d'inhumation légal ou réglementaire². C'est là qu'il faut inscrire la demande de certaines communautés religieuses visant à ce qu'une autre prestation leur soit offerte, à savoir le regroupement des tombes sur une base d'appartenance confessionnelle, excluant dès lors la présence de tombes appartenant à des adeptes d'autres religions.

Selon l'Avis de droit, "Les carrés «confessionnels» [...] sont l'un des moyens de satisfaire les besoins spirituels légitimes des membres des communautés confessionnelles minoritaires qui se sont adressées pour cela à la Ville de Genève. Ils tendent à la réalisation de cet objectif sans prestations particulières excessives. Ils permettent l'accomplissement de rites funéraires de ces communautés, sous la réserve de ceux des rites dont l'accomplissement n'est pas compatible avec l'intérêt public ou avec le respect des droits des autres administrés" (Avis de droit, p. 66).

L'Avis de droit cite les demandes qui peuvent être admissibles dans le cadre de l'instauration de "carrés confessionnels": le regroupement sur une base confessionnelle (à l'instar du regroupement sur une base familiale), une durée d'inhumation pouvant aller jusqu'à 99 ans et une orientation des tombes dans la direction souhaitée. Ne peuvent en revanche être acceptées les demandes de prestations particulières "qui compromettraient le fonctionnement normal du service" (tel un mode de creusage des tombes différent) ou la mise en place de signes distinctifs (clôture par des haies ou entrée séparée et réservée); dans ce dernier cas, atteinte serait portée à la promotion de la "convivialité intercommunautaire entre les survivants" (Avis de droit, p. 68). En revanche, l'exigence d'une redevance en échange de la concession est justifiée "dès lors que cette redevance est la même que celle requise pour toute concession" (Avis de droit, p. 67).

Le dernier point examiné dans ce contexte est celui de la création de cimetières privés comme moyen de permettre l'ensevelissement conforme à tous les rites d'une religion donnée³. Une telle prestation particulière ne serait admissible qu'à la condition de respecter l'égalité devant la loi et d'offrir une possibilité identique aux diverses communautés religieuses qui le demanderaient. La principale objection pourrait fort bien être d'ordre politique, outre les problèmes d'aménagement du territoire dans un canton aussi exigu que Genève. "Dans une société pluraliste où la tolérance des administrations et des administrés doit être la règle, la création de cimetières confessionnels privés peut être ressentie par la majorité de la population comme un indice du cloisonnement – volontaire ou non – de groupes de population. Il s'agit donc [...] d'une mesure peu propice à l'avènement d'une société d'acceptation mutuelle dont toute discrimination serait bannie". Si les administrés de religion juive ou musulmane devaient demander à être inhumés dans un cimetière privé afin de réaliser la partie essentielle des préceptes de leur religion, ils pourraient vivre cette contrainte comme une "réduction de leur qualité de citoyens par l'obligation qui leur serait faite [...] d'être ensevelis dans un enclos situé en dehors du cimetière public" (Avis de droit, pp. 70-71).

E. Notions de laïcité et de neutralité religieuse

La possibilité du regroupement des tombes sur une base confessionnelle étant reconnue comme un moyen de satisfaire les exigences posées par le respect de la liberté de religion, il est encore nécessaire d'examiner si la notion de "laïcité", dont l'apparition est

² Au plan cantonal, le délai légal d'inhumation est de 20 ans; en Ville de Genève, le délai d'inhumation est maintenant de 33 ans pour les tombes à la ligne comme pour les concessions (dans ce cas-là, la durée peut être prolongée deux fois jusqu'à 99 ans, qui est la durée maximale).

³ A Genève, "les cimetières sont des propriétés communales" (art. 1 al. 1 de la Loi sur les cimetières).

récurrente dans les débats genevois, est de nature à entraver les démarches de la Ville de Genève.

Le professeur ROUILLER relève que le principe de "laïcité" n'a pas reçu de définition; il remarque également que ni l'Etat fédéral ni les Etats cantonaux ne sont laïques. Au contraire, l'exercice des droits inhérents à la liberté de religion a toujours été favorisé et la religion y est reconnue comme un "phénomène inhérent au développement de toute civilisation". Si des mesures de contrainte ont été adoptées à certains moments de l'histoire religieuse (mouvementée) de la Suisse, elles "n'avaient pas d'autre but que de favoriser la paix confessionnelle" (Avis de droit, p. 48). Il est donc beaucoup plus juste de parler d'une neutralité de l'Etat du point de vue confessionnel, dont le but a été de mettre un terme au primat du religieux sur la société civile et de favoriser "l'avènement d'un régime de tolérance à l'égard de toutes les conceptions de la destinée finale de l'être humain, qui sont *a priori*, dignes de protection. Dans la mesure où elle voudrait dire que l'Etat doit ignorer purement et simplement le phénomène religieux, la laïcité est en conclusion moins une notion anachronique ou vieillotte qu'une notion parfaitement étrangère aux conceptions sur la base desquelles a été édiflée la Confédération suisse" (p. 49). D'ailleurs, l'alléguée laïcité des cimetières n'a jamais empêché les chrétiens d'y apposer leurs signes religieux, même au-dessus des portails d'entrée ou au fond de l'allée principale de leurs cimetières (Avis de droit, pp. 50 et 59).

Les conclusions suivantes peuvent être tirées de cette constatation:

- la neutralité confessionnelle à laquelle l'Etat est tenu n'a pas à être absolue; dans la mesure où le droit à l'égalité est respecté, rien n'interdit que l'Etat marque "sa préférence pour les confessions traditionnellement majoritaires dans le pays";
- l'Etat doit surtout veiller à ce que chacun puisse professer sa religion librement et sans discrimination;
- des motifs objectifs importants autorisent des restrictions aux manifestations religieuses extérieures (Avis de droit, pp. 51-52);
- mais à elle seule "la laïcité [...] ne saurait apporter à la pratique de la religion des limitations plus graves que celles que permet le droit fédéral" (Avis de droit, p. 18).

Ainsi, face aux demandes des communautés juive et musulmane relatives à l'inhumation selon certains préceptes, l'Etat a le devoir d'y répondre dans le cadre du respect de la liberté de religion tout en imposant des règles "nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, de même qu'à la protection des droits fondamentaux et des libertés d'autrui" (art. 9.2 Convention européenne des droits de l'homme; Avis de droit, p. 52).

F. Réponses et conclusions de l'Avis de droit

L'Avis de droit apporte les réponses suivantes à la question de la mise en place de carrés d'inhumation réservés aux membres d'une communauté religieuse déterminée:

➤ **"La législation genevoise sur les cimetières, interprétée conformément à la Constitution fédérale, ne commande pas que toute manifestation extérieure de l'appartenance religieuse soit bannie de l'enceinte des cimetières publics".** Dans la mesure où le regroupement des tombes fondé sur l'appartenance religieuse a lieu sur la base de demandes individuelles, aux mêmes conditions que pour toute autre concession, dès lors que toute personne conserve la possibilité d'être inhumée "à la ligne" si elle le souhaite et que l'accès des visiteurs à ces emplacements reste libre, le regroupement confessionnel "s'inscrit parfaitement dans le contexte des principes qui ont conduit le constituant historique à décréter [...] que le droit de disposer des lieux de sépulture

appartient à l'autorité civile et que chacun a le droit d'être enseveli de manière décente" (Avis de droit, pp. 71-72 – c'est nous qui soulignons).

➤ Les règles de rang constitutionnel, notamment celles qui garantissent le droit à la dignité humaine, la liberté de religion et le droit à l'égalité, s'imposent bien entendu à la Ville de Genève. Celle-ci **"ne peut, sans violer ces garanties constitutionnelles, écarter d'un revers de main les prétentions de communautés religieuses minoritaires** tendant à pouvoir accomplir, individuellement ou en commun, leurs rites funéraires dans l'enceinte de ses cimetières publics. Elle doit entrer en matière sur leurs demandes dans toute la mesure où cela n'exige pas d'elle la mise en œuvre de moyens excessifs, où ces prétentions minoritaires ne se heurtent pas à un intérêt public prépondérant, et où leur réalisation ne compromet pas l'exercice des droits fondamentaux d'autrui" (Avis de droit, p. 73 – c'est nous qui soulignons). Il importe dès lors de considérer les diverses demandes faites et d'apporter à chacune d'elles une réponse adaptée. Parmi les demandes inacceptables figurent à titre d'exemple: la délégation de la gestion d'un carré confessionnel à une autorité religieuse, l'obligation faite à quiconque d'être enterré dans un tel carré, l'octroi de concessions perpétuelles, l'exigence d'une terre vierge de toute inhumation antérieure, la création d'un accès distinct, l'interdiction d'accès à certains visiteurs, le creusement des fosses selon des méthodes particulières.

➤ La Constitution fédérale du 18 avril 1999 reconnaît expressément l'autonomie communale. "La législation genevoise sur les cimetières laisse aux communes une liberté d'appréciation suffisante pour qu'on doive leur reconnaître une autonomie constitutionnellement protégée dans ce domaine. [...] Lorsque l'Etat cantonal exerce son pouvoir légal de surveillance, il ne peut intervenir dans le champ de cette autonomie que s'il a des *motifs pertinents* de le faire. Il n'existe pas de tels motifs en l'espèce: l'aménagement des carrés confessionnels ne compromet pas la bonne organisation des cimetières publics de la Ville, ne porte pas atteinte aux droits des autres usagers du cimetière (défunts, proches et familiers des défunts, membres de leur communauté religieuse), et – loin de mettre en péril les droits fondamentaux – ne tend qu'à mieux les concrétiser dans un domaine particulier" (Avis de droit, p. 75).

En conclusion, "Le projet de la Ville de Genève apparaît en définitive comme une solution de compromis entre l'ordre et la liberté, dans la ligne de la pratique constante des droits fondamentaux dans les sociétés démocratiques. L'Etat cantonal ne saurait donc s'y opposer sans entrer en conflit avec les impératifs du droit à la dignité humaine et de l'exercice non-discriminatoire de la liberté de religion" (Avis de droit, p. 69).

Résumé établi par Marie-Françoise LÜCKER-BABEL

Juriste au Département municipal des affaires sociales, des écoles et de l'environnement
Genève, le 10 mars 2003.

L'avis de droit du professeur Claude ROUILLER peut être téléchargé dans son intégralité sur Internet à l'adresse :

<http://www.ville-ge.ch/geneve/dpt5/actu/indexpresse.htm>

REVUE DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE DROIT FISCAL

REVUE GENEVOISE DE DROIT PUBLIC

59^e année N° 2 2003

L'interdiction cantonale des cimetières particuliers et des carrés confessionnels à la lumière de la Constitution fédérale¹

Andreas AUER

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

TABLE DES MATIERES

I. Historique	162
A. La loi genevoise sur les cimetières	164
B. La constitution religieuse de 1874	169
a) Le droit à une sépulture décente	169
b) La liberté de conscience et de croyance	173
c) Appréciation	173
II. Une loi qui reste, et un contexte constitutionnel qui change	174
A. Les modifications ultérieures de la loi de 1876	174
B. Une liberté de religion sérieusement renforcée	176

¹ Rédigée en novembre 2002 sur la base d'un avis de droit rendu à la demande de la Communauté Israélite de Genève, la présente contribution a été «consacrée» par le comité de rédaction de la *Semaine judiciaire*, en raison essentiellement de son contenu. Je remercie les éditeurs de la RDAF d'avoir fait preuve de plus d'ouverture d'esprit et de permettre aux lecteurs de prendre connaissance de cette étude, qui n'a d'autre préférence que de contribuer au débat public relatif à la question des cimetières dans le canton de Genève.

COLLABORATEURS

Dominique FAVRE	Juge au Tribunal fédéral
Pascal MAHON	Professeur à l'Université de Neuchâtel
Pierre MOOR	Professeur à l'Université de Lausanne
Thierry TANQUEREL	Professeur à l'Université de Genève
Jean-Claude LUGON	Juge au Tribunal administratif du canton du Valais
François PAYCHERE	Juge au Tribunal administratif du canton de Genève
Jean-François GRÜNER	Juge au Tribunal administratif du canton de Neuchâtel
Christian PFAMMATTER	Juge au Tribunal administratif du canton de Fribourg
Etienne POLTIER	Juge au Tribunal administratif du canton de Vaud
Benoît BOVAY	Avocat, privat-docent, Lausanne
Anne-Christine FAVRE	Avocate, Vevey
Valérie MONTANI	Greffière-juriste au Tribunal administratif du canton de Genève
Jean-Claude MORISOD	Avocat, Fribourg
Minh Son NGUYEN	Avocat, chargé de cours, Vevey
Martin SCHWARTZ	Docteur en droit, avocat, Genève
Denis SULLIGER	Docteur en droit, avocat, Vevey
Lionel ZEITER	Assistant à l'Université de Lausanne
Robert ZIMMERMANN	Docteur en droit, collaborateur scientifique au Tribunal fédéral

La reproduction des articles n'est admise qu'avec l'assentiment de la rédaction avec indication exacte de la source

Prix de l'abonnement annuel, 2003 (6 numéros): Suisse Fr. 170.-
Prix d'un numéro: Fr. 33.-

RÉDACTION: Minh Son Nguyen, avocat, rue du Simplon 13, 1800 Vevey

ÉDITEUR: Association Henri Zwillen pour le développement du droit administratif et du droit fiscal

COMPTE DE CHÈQUES POSTAUX: N° 10-9630-1 Lausanne

ADMINISTRATION, PUBLICITÉ ET IMPRESSION: Presses Centrales Lausanne SA

Rue de Genève 7, case postale 3513, 1002 Lausanne, tél. 021 317 51 51, fax 021 320 59 50

C. La Constitution fédérale du 18 avril 1999.....	178
a) Une liberté de religion mieux définie.....	178
b) Un droit à une sépulture décente un peu oublié.....	178
c) L'interdiction des discriminations fondées sur la religion.....	179
D. Appréciation.....	180
III. Aperçu de la situation dans les autres cantons.....	181
IV. Examen de la constitutionnalité de la loi de 1876.....	182
A. La liberté de religion.....	182
a) Une atteinte.....	182
b) Une atteinte grave.....	185
c) Une atteinte injustifiée.....	186
d) Une atteinte disproportionnée.....	189
B. Le droit à une sépulture décente.....	192
C. L'interdiction des discriminations.....	194
V. Conséquences.....	196
Conclusion.....	198

Introduction

1. Le canton de Genève a un régime de cimetières particulier. La loi du 27 septembre 1876 (RS/GE K 1 65) interdit en effet les lieux de sépulture autres que publics, de même que la division de ceux-ci par confessions ou religions. Cette réglementation stricte, souvent justifiée et défendue par le recours aux principes de la laïcité de l'Etat et de l'égalité dans la mort, implique des règles d'inhumation uniformes pour tout un chacun, quelle que soit sa religion ou confession: enterrement à la file et durée limitée des sépultures. Pas étonnant qu'elle soit prise depuis longtemps dans le collimateur des communautés juive et musulmane, dont les convictions religieuses et les règles culturelles exigent notamment la permanence et l'inviolabilité des tombes. Elle soulève ainsi la passion des uns et la répulsion des autres et ajoute une pièce supplémentaire, particulièrement délicate, au tableau complexe des rapports entre les traditions autochtones en la matière, fondées sur le christianisme, et les cultures dites étrangères, qui ont d'autres références. Dans un contexte international marqué, sinon bouleversé par des affrontements entre les mondes chrétiens, musulmans et juifs, ce problème d'origine locale prend des proportions idéologiques et politiques incommensurables et largement incontrôlables.

2. Face au poids des arguments historiques, culturels, politiques et idéologiques qui sont avancés dans ce débat, le droit est souvent confiné dans un rôle mineur. Pour relative qu'elle soit, sa contribution paraît pourtant utile, car, quelle que soit la solution envisagée, celle-ci devra se matérialiser et se justifier par référence au droit en vigueur. L'objectif de cette contribution est ainsi à la fois modeste et ambitieux. Modeste, car il s'agit d'examiner les problèmes d'ordre constitutionnel que soulève la réglementation genevoise des cimetières. Ambitieux, car la solution que devront définir les autorités politiques sera mesurée et jugée à l'aune des réponses constitutionnelles trouvées.

3. En cette matière, l'histoire revêt une importance particulière, dans la mesure où la législation genevoise en question date d'une époque où l'Etat avait à faire face à des tensions fortes entre les confessions, dans la mesure aussi où la constitution religieuse de la Suisse, à savoir l'ensemble des dispositions constitutionnelles relatives aux communautés et aux convictions religieuses, a subi une évolution importante dont il convient de tenir compte. A côté de l'histoire, la perspective comparative est essentielle: la solution genevoise de la question des cimetières particuliers et des carrés confessionnels mérite d'être confrontée aux solutions existant dans d'autres cantons. Enfin, les problèmes d'actualité imprègnent, qu'on le veuille ou non, le traitement de la question posée: un contexte sociétal, urbain du moins, évoluant vers un multiculturalisme religieux non exempt de certaines tensions et un Etat qui cherche sa voie et sa responsabilité particulières dans ce nouveau contexte.

4. La partie historique de cette étude comporte deux volets, à savoir les péripéties de l'adoption de la loi genevoise sur les cimetières, du 27 septembre 1876, et le contexte constitutionnel fédéral dans lequel de cette législation s'inscrivait. Sur cette base, il sera possible de porter un premier jugement sur la constitutionnalité historique des dispositions qui font l'objet du présent avis (I). La deuxième partie retracé les modifications successives qui ont été apportées à la loi sur les cimetières jusqu'à nos jours et le sens qu'il faut en déduire, pour confronter ce dernier à l'importante évolution jurisprudentielle que la liberté de religion a subie depuis sa consécration formelle, et particulièrement depuis l'adoption, en 1999, de la nouvelle Constitution fédérale (II). Après un bref aperçu de la situation dans les autres cantons (III), j'examinerai en détail la conformité de la loi genevoise à la liberté de religion, au droit à une sépulture décente et à l'interdiction des discriminations fondées sur la religion. La conclusion sera sans surprises: la loi genevoise sur

les cimetières viole à plusieurs égards la Constitution fédérale (IV). Je terminerai par une énumération sommaire des conséquences de cette conclusion (V).

I. Historique

A. La loi genevoise sur les cimetières

5. Au cours des années soixante et septante du XIX^e siècle, les cimetières sur territoire genevois étaient soumis à des statuts différents et des administrations fort variées. Parmi la bonne cinquantaine de cimetières existants, seule une dizaine avaient un caractère civil prononcé, en ce sens que des personnes appartenant à des confessions différentes pouvaient y être inhumées à la suite les unes des autres. Cinq ou six cimetières étaient mixtes, les catholiques et les protestants pouvant y être enterrés dans le même enclos, mais à des places distinctes. Les autres cimetières étaient confessionnels, donc ouverts seulement aux personnes d'une même confession².

6. C'est dans ce contexte — sur fond de l'affaire du cardinal MERMILLOD et des autres épisodes helvétiques du *Kulturkampf*, encore frais dans tous les esprits, et d'une nouvelle Constitution fédérale franchement anticlérical³ — que le député PELLETIER annonça en mai 1876 le dépôt d'un projet de loi sur les cimetières⁴ et le présenta au Grand Conseil le 10 juin 1876. Il s'agissait pour l'auteur de « combler une lacune dans la législation genevoise », d'édicter « des règles uniformes pour tout le canton » et, surtout, de consacrer « la sécularisation des cimetières »⁵. Lors du premier débat, qui eut lieu le 9 septembre, le député PELLETIER résuma l'objectif principal comme il suit: « envisageant l'inhumation comme un acte purement civil, nous éprouvons le besoin de consacrer légalement le droit des communes à la possession et à l'administration complète de leurs cimetières, et de soumettre ceux-ci à un régime uniforme pour tout le canton »⁶.

² Mémorial du Grand Conseil 1875/1876 III 640-641.

³ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, vol I Neuchâtel 1967 n° 106, 113.

⁴ Mémorial (note 1) 81.

⁵ Ibid. 201-212.

⁶ Ibid. 639.

7. Il est important de noter que, dans ses deux premières moutures⁷, la loi visait essentiellement à consacrer le droit des communes d'exercer une surveillance sur les lieux de sépulture: c'est « le principe fondamental de la loi » expliqua le rapporteur⁸. Aussi, l'article premier tel que proposé par la commission n'interdisait-il pas les cimetières particuliers, au contraire:

« Les lieux de sépulture, soit qu'ils appartiennent aux communes, soit qu'ils appartiennent aux particuliers, sont soumis à l'autorité, police et surveillance des administrations municipales ».

8. L'autre principe fondamental du projet de loi était l'abolition de toute distinction fondée sur le culte lors des inhumations. C'est pour faire tomber des « préjugés d'un autre âge » et pour amener « le règne de la vraie tolérance et de la paix dans notre pays »⁹ que l'art. 6 du projet stipula:

« Les inhumations doivent avoir lieu dans des fosses établies à la suite les unes des autres, dans un ordre régulier et déterminé d'avance, sans distinction de culte ni autre quelconque ».

9. Lors du premier débat parlementaire, ni la surveillance communale sur les lieux de sépulture, ni la suppression des distinctions confessionnelles lors d'inhumations ne soulevèrent d'objection de principe. C'est plutôt de leur conjonction que naquit la dispute, qui allait vite prendre une tournure particulière: « Comment nous allons faire pour les Israélites et leur cimetière particulier? » se demanda le député BONNETON, commentant l'art. 6 du projet et proposant qu'une exception soit admise dans la loi¹⁰. « Pas question », lui répondit le rapporteur PELLETIER, « ils seront enterrés à la suite comme tout le monde. Il est vrai qu'ils ont un cimetière, ils auront à se mettre en règle, à se munir d'une autorisation »¹¹.

10. Même les membres du gouvernement étaient en désaccord sur cette question. Le Conseiller d'Etat CAMBESSEDES, après avoir suggéré que la question des Israélites soit plutôt résolue à l'art. 1^{er} qu'à l'art. 6, finit par en proposer une formulation qui supprimait purement et

⁷ Comp. le premier projet rédigé par le député PELLETIER, Mémorial 1875/1876 III 208-210, et le projet élaboré par la commission parlementaire, Mémorial 1875/1876 III 648-649.

⁸ Mémorial 642.

⁹ Ibid. 647.

¹⁰ Ibid. 651.

¹¹ Ibid. 652.

pourra déroger au principe¹⁷. Acceptée par la commission¹⁸, l'amendement Gosse finit par être adopté par le plénum¹⁹. Ainsi modifié, l'article premier disait donc ceci :

« Les lieux de sépulture sont soumis à l'autorité police et surveillance des administrations communales ».

13. Le dernier mot n'était cependant pas dit encore. Lors de la discussion de l'art. 2 du projet, le député CHALUMEAU regretta soudainement que l'on ait pas voté l'amendement Cambassédès proposant que tous les cimetières appartiennent aux communes²⁰. La proposition fut reprise lors de la séance du 13 septembre, appuyée par la commission, qui suggéra toutefois de la consacrer à l'article premier²¹, combattue par le député ADOR, qui voulait que l'exception en faveur des Israélites fût consacrée à l'art. 4²², soutenue par le Conseiller d'Etat HÉRDIER, qui admit cependant que le cimetière des Israélites pourrait continuer à servir jusqu'au moment où il sera rempli, et finalement adoptée par le plénum²³.

14. Mais le député GOSSE revint aussitôt à la charge pour proposer une nouvelle disposition qui admettrait une exception, malgré le principe voté de la propriété communale des cimetières, en ce sens que « les cimetières actuellement existants et qui n'appartiennent pas aux communes, après autorisation du Conseil d'Etat, pourront continuer à être utilisés ». L'idée poursuivie par l'auteur de cette proposition était « de faire une exception pour le fait existant; mais cela n'engage pas l'avenir. D'ailleurs, dans tous les pays, les Israélites ont leurs cimetières particuliers »²⁴. La proposition fut acceptée²⁵.

15. Lors du troisième débat, du 20 septembre 1876, le rapporteur présenta enfin une nouvelle formulation, qui plaça l'amendement Chalumeau en tête, l'amendement Gosse à la suite, et qui finit par être

¹⁷ Ibid. 657.
¹⁸ Ibid. 659.
¹⁹ Ibid. 661.
²⁰ Ibid. 674.
²¹ Ibid. 674.
²² Ibid. 732.
²³ Ibid. 740.
²⁴ Ibid. 741.
²⁵ Ibid. 743.

simplement les cimetières particuliers et posait le principe que les lieux de sépulture devaient appartenir aux seules communes. Son collègue HÉRDIER ne voulait pas non plus admettre une d'exception pour les Israélites mais « établir une complète égalité au moins devant la mort ». Le Conseiller d'Etat CHALUMEAU en revanche n'admit pas que l'on puisse « forcer tout le monde à se faire entermer dans les cimetières communs » et voulut maintenir la possibilité des cimetières particuliers².

11. La discussion s'anima. Les uns, rapportant les craintes exprimées par un rabbin, rappelaient que l'art. 4 du projet avait précisément pour but de permettre aux Israélites morts à l'étranger d'être inhumés dans leur cimetière à Carouge. « Pourquoi ne pas leur accorder un terrain qu'ils paient de leurs deniers et très cher; ils ont l'égalité devant la mort comme nous »³. D'autres évoquèrent le spectre d'une « liberté des cimetières », qui permettrait également aux « catholiques, qui ont la même répugnance que les Israélites, d'établir leurs petits cimetières »⁴. D'autres en revanche relevèrent que « ce serait une véritable réhabilitation pour la population juive que d'être admise dans nos cimetières dont elle a été séparée pour les mêmes raisons qui excluaient les Juifs de la vie sociale »⁵. C'est donc pour calmer les esprits que le Président du Conseil d'Etat CARTERET proposa qu'une enquête soit faite « pour savoir si, chez nos Confédérés, les Israélites sont enterrés dans le cimetière commun; si cela existe, nous ferions bien de le faire. Mais si cela ne se fait pas, nous ne devons pas forcer la population juive, qui est composée d'hommes dont chacun aime le commerce et qui pratiquent honnêtement et tranquillement leur culte ». Mais l'idée de l'enquête, impliquant un renvoi en commission, ne trouva finalement pas de majorité⁶.

12. La solution vint — du moins dans un premier temps — du député GOSSE, qui proposa de simplement biffer à l'article premier toute référence aux cimetières communaux et aux cimetières particuliers, pour ne retenir que l'essentiel, à savoir que tous les cimetières soient soumis à la surveillance des communes. Le reste, à savoir la question des cimetières particuliers et celle des exceptions éventuelles pour la communauté juive, « viendra après dans la loi », à l'art. 4 par exemple où l'on

¹² Ibid. 653-655.
¹³ Ibid. 654 M. DUBOIS.
¹⁴ Ibid. 655 M. BONSTON.
¹⁵ Ibid. 659 M. CROSSLAIN.
¹⁶ Ibid. 661.

acceptée²⁶. Et c'est ainsi que l'art. 1^{er} de la loi du 27²⁷ septembre 1876 prit la teneur qui est restée la sienne jusqu'à ce jour²⁸.

¹ Les cimetières sont propriétés communales.

² Ils sont soumis à l'autorité, police et surveillance des administrations municipales.

³ Les cimetières actuellement existants qui n'appartiennent pas aux communes ne peuvent continuer à être utilisés qu'avec l'autorisation du Conseil d'Etat.

16. Lors de la discussion de l'art. 4 du projet, qui visait originellement l'inhumation dans un cimetière autre que celui de la commune ou le décès à eu lieu et ceci à titre d'exception faite en faveur des Israélites (supra n° 12), l'attention des députés se porta soudainement sur le cas des «étrangers qui doivent être transportés chez eux et déposés dans une église jusqu'au moment du départ», et non sur «les cas qui peuvent se présenter pour des gens du pays»²⁹. Il fut adopté pratiquement sans discussion³⁰. Au troisième débat, cette disposition fut votée comme le nouvel art. 6 de la loi³¹, dont la teneur est la suivante:

«Lorsque l'inhumation se fera dans un cimetière autre que celui de la commune où le décès a eu lieu, le corps ne pourra être transporté qu'avec l'autorisation du Département de Justice et Police».

17. Enfin, lors du 2^e débat sur l'art. 6 du projet, qui consacra la règle de l'inhumation «dans des fosses à la suite les unes des autres, sans distinction de culte ni autre quelconque», le député MALET proposa de supprimer les mots «de culte ni autre quelconque»³², pour éviter que «les Israélites ne (soient) plus admis dans nos cimetières»³³. La commission s'y opposant, la proposition fut rejetée sans discussion lors du 2^e³⁴ et une nouvelle fois lors du 3^e débat³⁵. Ainsi l'art. 8 de la loi reçut la teneur que voici³⁶:

²⁶ Ibid. 782, 791.

²⁷ Comme la loi a été votée en troisième débat et adoptée le 20 septembre, la date figurant au RSG semble erronée; voir Mémoires 1876/1877 791, 1595.

²⁸ Recueil des lois LXII (1876) 636.

²⁹ Mémoires 759, Monsieur Cussinier.

³⁰ Ibid. 760.

³¹ Ibid. 788.

³² Ibid. 763.

³³ Ibid. 767.

³⁴ Ibid. 768.

³⁵ Ibid. 791.

³⁶ Recueil des lois LXII (1876) 639.

«Les inhumations doivent avoir lieu dans des fosses établies à la suite les unes des autres, dans un ordre régulier et déterminé d'avance, sans distinction de culte ou autre quelconque.

Ne sont pas compris dans cette règle:

1) les dispositions adoptées pour séparer les adultes des enfants et respecter les concessions accordées par l'autorité municipale;

2) les systèmes modernes de sépulture, tels que nécropole, etc., qui peuvent être autorisés par le Conseil d'Etat».

18. En résumé, les travaux d'adoption de la loi de 1876 révèlent donc ce qui suit:

— Le but initial de la loi ne fut pas d'interdire les cimetières particuliers. Au contraire, l'auteur de la loi voulut dans un premier temps conserver cette possibilité;

— L'interdiction des cimetières particuliers fut cependant introduite au cours des débats et ancrée formellement à l'art. 1 al. 1 de la loi; La seule exception à cette interdiction était le cimetière israélite de Carouge, seul visé par la disposition figurant à l'art. 1 al. 3 de la loi.

— L'interdiction des carrés confessionnels dans les cimetières publics n'a guère fait l'objet de discussions; elle est cependant implicitement consacrée à l'art. 8 de la loi.

— Les exceptions à la règle de l'inhumation à la file, énumérées limitativement à l'art. 8 al. 2 de la loi, ne visaient point les carrés confessionnels.

B. La constitution religieuse de 1874

19. Adoptée peu de temps après l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst.), la loi genevoise sur les cimetières doit être examinée, dans un premier temps, quant à sa conformité aux règles consacrées et à l'ambiance créée par celle-ci. Deux dispositions méritent d'être analysées de près, à savoir l'art. 53 al. 3 garantissant le droit à une sépulture décente et les art. 49 et 50 consacrant la liberté de conscience et de croyance, respectivement la liberté des cultes.

a) Le droit à une sépulture décente

20. L'art. 53 al. 2 aCst. prévoit que «le droit de disposer des lieux de sépulture appartient à l'autorité civile. Elle doit pourvoir à ce que toute personne décédée puisse être enterrée décentement».

21. Proposée par la commission du Conseil national³⁷, cette disposition comporte deux règles, qui se complètent. La première est organisationnelle et confère aux autorités civiles, par opposition aux autorités et responsables ecclésiastiques, le droit exclusif de «disposer», c'est-à-dire de surveiller et de maintenir l'ordre public, des lieux de sépulture. A ce titre, elle traduit la préoccupation du constituant de séculariser, de laisser les cimetières³⁸. La seconde consacre le droit fondamental de toute personne d'être enterrée décentement. Selon la jurisprudence, ce droit, de nature sociale, produit ses effets au-delà de la mort et repose sur l'idée que même la dépouille humaine mérite respect et dignité³⁹.

22. Le 24 décembre 1874, l'Assemblée fédérale a voté un arrêté invitant le Conseil fédéral à attirer l'attention des gouvernements cantonaux sur l'application de l'art. 53 al. 2 aCst. et à leur demander un rapport sur les mesures qu'ils ont prises pour que les morts soient inhumés d'une manière décente⁴⁰.

23. La réponse du gouvernement genevois est instructive. Elle se réfère en effet à l'art. 372 du règlement général de police, «qui met les lieux de sépulture sous l'administration de l'autorité municipale, et à l'art. 373 de ce même règlement, qui habilite le Conseil d'Etat à empêcher toute inhumation ne présentant pas tous les caractères de convenance désirables⁴¹. On sait que la première disposition allait être reprise par l'art. 1^{er} al. 2 et la seconde par l'art. 3 de la loi sur les cimetières de 1876. On peut en déduire deux conclusions alternatives. Ou bien la réponse du gouvernement de 1875 dit vrai, et alors l'objectif de laïcisation des cimetières proclamé par les auteurs de la loi de 1876 (supra n° 6) portait à faux. Ou bien la réponse et ne traduit pas la situation effective des cimetières genevois de l'époque (supra n° 5) et doit dès lors être considérée comme étant, au mieux, de circonstance et, au pire, superficielle. Quoi qu'il en soit, le gouvernement genevois s'avéra convaincu que les règlements en vigueur dans les communes du canton ne renfermaient rien de contraire à l'art. 53 aCst et demanda le Conseil fédéral de s'abstenir de prendre des mesures y relatives.

³⁷ J. J. Brunner/J. Moser, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechts, vol. I Schaffhouse 1877, 365.

³⁸ Demay-Décar, Art. 53, in: Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle/Berne/Zürich, 1987, n° 1, 4, 7/8 (1989).

³⁹ ATF 125 I 300, 305 Abd.-Allah Lucien Meyers; 97 I 221, 229 Neupostolische Kirche der Schweiz.

⁴⁰ Cité dans FF 1875 III 263.

⁴¹ FF 1875 III 281.

24. Dans son rapport du 24 mai 1875, établi en exécution d'un arrêté fédéral du 24 décembre 1874, le Conseil fédéral procéda à ce qui constitue sans doute une première interprétation de l'art. 53 al. 2 aCst⁴² et qui mérita, à ce titre, d'être citée in extenso. Elle précise en effet, et relative considérablement, l'objectif de «laïcisation totale»⁴³ que la doctrine contemporaine prête volontiers à cette disposition.

«Le droit de disposer des lieux de sépulture appartient à l'autorité civile. Elle doit pourvoir à ce que toute personne décédée dans la commune ou tout cadavre qui y aura été trouvé puisse être enterrée décentement; en d'autres termes, le soin et la surveillance de la sépulture doivent être exclusivement du ressort des communes politiques. Le clergé ne doit pas avoir d'opinion à émettre sur la question de savoir qui doit trouver sa place de repos dans le cimetière. L'enterrement avec les usages religieux doit être considéré comme un accessoire dont n'ont pas à s'occuper les autorités civiles; c'est aux parents du défunt que le soin d'y pourvoir doit être laissé.

D'un autre côté, les autorités de l'Etat n'ont pas non plus à s'occuper de ce que le clergé refuse son assistance, parce qu'elles ne demandent qu'une inhumation civile décente et non pas une inhumation religieuse. Les autorités civiles ne peuvent pas non plus régler à leur gré la sépulture, mais chaque personne doit être entermée décentement, ce qui veut dire que toutes les personnes mortes dans une commune doivent dans la règle être enterrées à la file et que ni l'Etat (sic), ni la confession, ni la nature de la mort ou d'autres circonstances ne permettent des exceptions. Il ne doit rien y avoir non plus de vexant dans le moment et dans le mode d'inhumation; ce serait contraire au sens et à l'esprit de la Constitution fédérale si, par exemple, des suicides étaient enterrés à une heure tout-à-fait extraordinaire, comme dans la nuit, ou bien si dans une commune confessionnellement unitaire les ressortissants d'une autre confession, quoique ensevelis dans le cimetière, l'étaient dans une place séparée ou les cadavres d'autres personnes décédées ne sont pas enterrés.

Par contre, nous ne trouvons pas qu'il puisse être défendu de par la Confédération que quelques corporations religieuses, comme par

⁴² Contrairement à ce qu'affirme SAM A. ALZANI Aho-Suutari, Cimetière musulman en occident: normes juives, chrétiennes et musulmanes, Paris 2002 71, il ne s'agit pas cependant d'une interprétation authentique: le Conseil fédéral n'est pas l'auteur de la disposition.

⁴³ Ducas (note 37) n° 6.

exemple les juifs, dans des endroits où ils sont représentés en grand nombre, construisent des cimetières particuliers, ou que, dans une commune mixte n'ayant qu'un seul cimetière, l'usage en ait lieu de telle manière qu'une moitié du cimetière soit utilisée par l'une des confessions et l'autre moitié par l'autre. De tels rapports existent encore dans beaucoup d'endroits, et cela ordinairement d'un commun accord. Si les Cantons veulent défendre entièrement de pareilles distinctions, cela est bon et bien, mais il n'est pas nécessaire d'intervenir de par la Confédération. Une pareille intervention de la part de la Confédération, froisserait en beaucoup d'endroits les idées du peuple, quand même elles n'auraient rien à objecter contre la chose elle-même, comme une mesure allant trop loin»⁴⁴.

25. Dans un arrêté fédéral concernant les inhumations⁴⁵, du 16 juin 1875, l'Assemblée fédérale décida qu'il n'y avait pas lieu, pour le moment, d'élaborer une loi fédérale en la matière et qu'il appartenait au Conseil fédéral de surveiller l'observation de l'art. 53 al. 2 aCst⁴⁶.

26. L'idée d'une loi fédérale en matière de sépulture resurgit cependant cinq ans plus tard, alimentée par des cas d'intolérance qui s'étaient apparemment produits dans quelques cantons, notamment par le refus de sépulture pour des décédés d'autres croyances. Après avoir procédé à une nouvelle enquête⁴⁶, le département elabora un projet de loi, qui aurait conféré aux seules communes politiqués l'organisation et la surveillance de la sépulture, posé la règle de l'enterrement à la file dans les cimetières publics et limité à dix ans le maintien des cimetières confessionnels existants⁴⁷. Le Conseil fédéral décida toutefois que ce projet n'était *«pas opportun pour le moment»*⁴⁸ et il n'en fut plus question jusqu'à aujourd'hui⁴⁹.

27. Le droit à une sépulture décente a fait l'objet d'une jurisprudence riche et volumineuse du Conseil fédéral, qu'il n'est ni possible

ni souhaitable de reprendre ici dans tous les détails⁵⁰. Dans le cadre de cet aperçu historique, il doit suffire de rappeler les deux principes essentiels qui se dégagent de cette jurisprudence, qui n'ont sauf erreur jamais été trahis. En premier lieu, ni le Conseil fédéral ni la doctrine de l'époque n'ont déduit de l'art. 53 al. 2 aCst. une interdiction absolue des cimetières privés, respectivement une obligation, pour les communes, d'enterrer toutes les personnes décédées sur leur territoire dans un seul et même lieu de sépulture⁵¹. En second lieu, la jurisprudence et les auteurs ont toujours maintenu que le droit de disposer des lieux de sépulture, y compris privés, appartenait en dernière instance à l'autorité civile⁵².

b) La liberté de conscience et de croyance

28. L'art. 49 aCst. garantissant la liberté de conscience et de croyance est, comme l'art. 53 al. 2 aCst., un produit-type de la révision totale de la constitution fédérale de 1874. Mais il ne faut pas oublier le sens principal qui se dégage de cette garantie: pendant de longues décennies, la garantie formelle de la liberté religieuse a tempéré à grande peine le caractère fortement anticlérical de la Constitution. Plutôt que de protéger les croyants, elle visait principalement à affaiblir la confession catholique⁵³. Pas étonnant que, lors des débats qui ont conduit à l'adoption de la loi genevoise sur les cimetières, les art. 49 et 50 aCst. ont été, pour ainsi dire, superbement ignorés.

c) Appréciation

29. Le droit genevois consacre ainsi, depuis 1876, une interdiction absolue d'établir des cimetières particuliers sur le territoire cantonal, sous la seule réserve du cimetière israélite de Carouge⁵⁴, ainsi qu'une interdiction absolue de créer des carrés confessionnels⁵⁵.

30. Or, il est important de noter qu'au moment de leur adoption et pendant de longues décennies encore, ces deux interdictions n'étaient certes pas imposées par la Constitution fédérale, mais elles n'y étaient pas non plus contraires. Dans son rapport du 24 mai 1875, le Conseil

⁴⁴ FF 1875 III 282/283.
⁴⁵ FF 1875 III 541.
⁴⁶ FF 1880 II 117.

⁴⁷ Le texte du projet est cité en allemand avec une traduction française in Aau-Sauzau (note 41) 76/77.
⁴⁸ Rapport de gestion 1880, FF 1881 II 539, 541/42.
⁴⁹ Voir cependant la proposition, faite en 2002 par un auteur engagé, d'adopter une telle loi fédérale, Aau-Sauzau (note 41) 77.

⁵⁰ Voir notamment WALTER BURCKARD, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3e éd., Berne 1931 489 ss; PETER FLUBERG/ZACCARIA GIACOMINI, *Schweizerisches Bundesverfassungsrecht*, Zurich 1949/1965 348-351; AUB-SABLIER (note 41) 72-76;
⁵¹ BB 1911 II 173, 1912.1515.
⁵² FF 1899 I 419.
⁵³ Auser (note 2) vol II n° 2013.
⁵⁴ Art. 1 al. 1 et 3 de la loi sur les cimetières du 27 septembre 1976 (RS/GGE K 1.65).
⁵⁵ *Ibid.* art. 8.

l'al. 1^{er} reçu donc la teneur suivante, toujours en vigueur: «*les systèmes de sépulture, tels que caveaux, monuments ou tombeaux qui peuvent être autorisés par le Conseil d'Etat*».

34. C'est probablement lors de cette révision «formelle» de l'art. 8 que la teneur de son alinéa 1^{er} fut modifiée par la suppression du mot «*quelconque*»⁵⁸. Je n'ai en effet trouvé aucune trace officielle de cette modification, qui ne change cependant pas le sens de cette disposition.

35. Plus important pour notre propos fut la révision de l'art. 4 de la loi de 1876, qui fut votée en juin 1997. Pour la première fois, la discussion porta ouvertement sur le principe de la laïcité des cimetières. Entendue en janvier 1997 par la Commission des affaires communales et régionales, l'association des communes genevoises exprima son attachement au maintien du principe de la laïcité, et fit observer que «*l'admission de cimetières confessionnels, s'agissant en particulier des religions juive et musulmane, pose des problèmes insurmontables de durée des concessions*»⁵⁹. La commission, unanime, partagea cette vision: la laïcité de l'Etat serait le corollaire de la liberté de croyance et de conscience; l'existence de cimetières confessionnels aurait certes l'avantage de respecter plus qu'aujourd'hui les convictions religieuses des défunts et de leurs proches, mais elle ferait courir à la paix civile et religieuse des risques majeurs: il s'agirait de fixer une limite à la liberté religieuse; l'exigence d'éternité et d'inviolabilité des tombes, chère aux religions juive et musulmane, serait incompatible avec les principes démocratiques, etc.⁶⁰. Pour toutes ces raisons, l'art. 4 fut complété par un nouvel alinéa 3, stipulant que «*les emplacements sont attribués sans distinction d'origine ou de religion*».

36. Même si cette adjonction n'ajoute rien, en droit, à la règle stipulée dès 1876 à l'art. 8 al. 1 de la loi, il faut noter que le législateur de 1997 a clairement donné la préférence à l'ordre public sur des considérations relatives à la liberté religieuse, qui apparaissent pour la première fois, mais en filigrane seulement, dans le rapport. Quant à la réaffirmation du principe de la laïcité des cimetières, elle prend son importance parce qu'elle oppose, pour la première fois, ce principe aux revendications émanant de la commu-

⁵⁸ Comp. Recueil des lois LXII (1876) 839 et RS/OE K 1 65.

⁵⁹ Mémoires 1997 495/525.

⁶⁰ Ibid. 495/525.

fédéral avait bien précisé que l'art. 53 al. 2 aCst. n'interdisait ni les cimetières particuliers, ni les carrés confessionnels, mais que les cantons conservaient la possibilité de les interdire: «*si les Cantons veulent défendre entièrement de pareilles distinctions, cela est bon et bien*» (supra n° 24). La doctrine ne trouvait rien à y redire. Ainsi, pour BURCKHARDT, «*il n'est pas non plus inadmissible de permettre à une communauté religieuse d'inhumer ses adeptes dans un cimetière particulier, pour autant que les autres habitants de la commune ne soient pas en minorité (...). Aux mêmes conditions, le partage d'un cimetière public selon les confessions est admissible; si l'une d'elles est en minorité, ce partage ne peut pas lui être imposé*»³⁶.

31. En résumé, telle qu'elle était interprétée et commentée pendant à peu près un siècle, la Constitution fédérale de 1874 laissait une marge d'appréciation relativement large aux autorités cantonales, respectivement communales, pour consacrer, tolérer ou interdire des cimetières particuliers ainsi que des sections confessionnelles dans les cimetières publics. En adoptant la loi sur les cimetières, qui opte pour une interdiction totale, le législateur genevois de 1876 n'a donc point dépassé les limites de cette marge, si tant est qu'il en fut.

II. Une loi qui reste, et un contexte constitutionnel qui change

32. L'une des clefs qui permet de comprendre la particularité de la question posée réside probablement dans la curieuse dichotomie entre une loi qui reste campée sur les positions juridiques et idéologiques initiales de ses auteurs, alors que le contexte constitutionnel qui l'entoure subit au cours du temps des modifications substantielles, de forme aussi bien que de fond.

A. Les modifications ultérieures de la loi de 1876

33. Lors de la révision formelle de la Constitution genevoise et de la création du RSG en 1958, l'art. 8 al. 2 let. b de la loi fut reformulé «*afin de rendre l'intention réelle du législateur qui s'était mépris sur le sens du mot «nécropole»*»⁵⁷. L'exception à la règle stipulée par

³⁶ «*es ist auch nicht unzulässig, einer Religionsgemeinschaft zu gestatten, ihre Angehörigen in einem besonderen Friedhof zu beerdigen, sofern die anderen Gemeindeglieder nicht in der Minderheit sind (...)*» «*Unter den gleichen Voraussetzungen ist die Teilung des öffentlichen Friedhofes nach Konfessionen zulässig; ist eine derselben in erheblicher Minderheit, so darf ihr diese Teilung nicht aufgedrungen werden*», BURCKHARDT (note 49) 506.

⁵⁷ Mémoires 1958 2319.

voir y apporter doivent être examinés au regard des conditions classiques de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité⁶⁶.

40. Cela signifie notamment que, depuis cette date⁶⁷, l'obligation d'accomplir les devoirs civiques ne l'emporte plus en toute hypothèse sur l'exercice de la liberté religieuse: le refus catégorique, même imposé par la loi, de toute dispense scolaire fondée sur un motif religieux ne respecte pas le principe de la proportionnalité et apparaît ainsi comme contraire à la Constitution fédérale⁶⁸.

41. Cela signifie encore que la pertinence des motifs d'intérêt public qui ont justifié, au moment de l'adoption d'une norme, une interdiction d'une pratique religieuse déterminée doit être examinée de façon attentive au regard des circonstances qui prévalent au moment de leur application à un cas concret. Ainsi, dans un arrêt Rivara du 12 mars 1982, qui concernait précisément le canton de Genève, le Tribunal fédéral a jugé que la loi genevoise du 28 août 1875 sur le culte extérieur, interdisant formellement toute célébration de culte, procession ou cérémonie religieuse quelconque sur la voie publique, pouvait trouver, «en cette période de luttes violentes sur le plan religieux et confessionnel, (...) sa justification dans la volonté du législateur genevois d'éviter des provocations et de maintenir autant que possible l'ordre public». Cependant, vu que «l'apaisement des esprits et des consciences» qui était intervenu depuis cette période, il n'était plus possible de justifier, en 1981, le refus d'une autorisation de procéder à une procession sur la voie publique à l'occasion du dimanche des Rameaux par la seule référence à cette loi, sans violer la Constitution fédérale⁶⁹.

42. En troisième lieu, la jurisprudence et la doctrine ont admis que le respect de la liberté religieuse ainsi renforcée n'imposait pas seulement à l'Etat un devoir d'abstention, mais pouvait lui imposer, dans certaines circonstances, un véritable devoir de contribuer positivement à sa réalisation. Ainsi, l'autorité peut être contrainte à assurer une protection de police au libre exercice de la liberté religieuse lorsque cet exercice est gravement menacé par des tiers⁷⁰. Ou encore, elle

⁶⁶ ATF 114 Ia 229 MR.

⁶⁷ Dans un arrêt de 1940, le Tribunal fédéral avait encore soutenu l'opinion contraire. ATF 66 I 157 Clémenson.

⁶⁸ ATF 119 Ia 178 A; ZBl. 1992 281; ATF 117 Ia 311 E, 114 Ia 129 MR.

⁶⁹ ATF 108 Ia 41, 45/46 Rivara.

⁷⁰ ATF 97 I 221, 230.

nauté musulmane, qui s'ajoutent désormais à celles, bien plus anciennes⁶¹, de la communauté juive. Resté à savoir comment cette persévérance se concilie avec les exigences nouvelles qui ont été déduites par la jurisprudence de la Constitution fédérale.

B. Une liberté de religion sérieusement renforcée

37. Ce n'est qu'un siècle environ après sa consécration formelle, sous l'effet principalement de l'art. 9 CEDH et de la jurisprudence s'y rattachant, que la garantie constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance a fait l'objet d'une réinterprétation, qui a eu pour but et pour effet d'en renforcer la portée et de rétrécir d'autant les limites que l'Etat est en droit de lui opposer.

38. En premier lieu, alors que la définition constitutionnelle des rapports entre l'Etat et la religion reste marquée par une certaine préférence accordée au christianisme⁶², la liberté religieuse a été interprétée comme protégeant toutes les convictions et toutes les conceptions spirituelles relatives aux rapports entre l'être humain et la divinité⁶³. Cette conception ouverte de la notion de religion a notamment pour effet que toutes les communautés religieuses peuvent se prévaloir de la protection de l'art. 49 aCS⁶⁴. Il en va ainsi notamment des religions juive et musulmane.

39. En second lieu, la jurisprudence a considérablement élargi la portée de l'aspect positif de la liberté religieuse. Cet aspect confère à toute personne bénéficiant de la liberté religieuse la liberté intérieure de croire, de ne pas croire et de modifier en tout temps ses convictions religieuses, ainsi que la liberté d'exprimer, de pratiquer et de communiquer ses conceptions religieuses ou sa vision du monde⁶⁵. Depuis 1988, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet que les rapports entre l'exercice de cette liberté positive et les restrictions que l'Etat doit pou-

⁶¹ C'est ainsi que le rabbin consulté par le député Dorot lors des travaux conduisant à l'adoption de la loi de 1876 fit valoir: «Nous respectons tellement nos morts que nous n'oserions jamais les tondre, et nous vous demandons de nous donner une garantie». Memorial 1875/1876 III 654.

⁶² *Christliche Weltanschauung*, Fremde Religionen in der Schweiz, unter Gesichtspunkten der Religionsfreiheit und des Religionsverfassungsrechts, RDS 1998 I 237, 240.

⁶³ ATF 123 I 296, 301 X; 119 Ia 178, 184 A; *Philothea BOLLINGER*, La liberté religieuse, FIS n° 53 2002 5-7.

⁶⁴ *Abstr/Ma, Unwesen/Hortmann*, Droit constitutionnel suisse, vol. II. Les droits fondamentaux, Berne 2000 n° 434.

⁶⁵ ATF 123 I 296, 300 X; 119 Ia 178, 184 A.

peut être contrainte d'organiser la tenue d'un culte minoritaire dans un pénitencier⁷¹, de délivrer à cette fin une autorisation d'usage accru du domaine public⁷², d'accorder une dispense de l'enseignement obligatoire⁷³ ou même d'interdire une manifestation sur une place fréquentée par de nombreux pèlerins⁷⁴, etc.⁷⁵

C. La Constitution fédérale du 18 avril 1999

a) Une liberté de religion mieux définie

43. La Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.) consacre la liberté de conscience et de croyance à son art. 15 al. 1. L'alinéa 2 de cette disposition définit cette liberté par le droit de «*toute personne (...)* de choisir librement sa religion ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté». Par ailleurs, l'art. 72 al. 2 Cst. habilite la Confédération et les cantons, «*dans les limites de leurs compétences respectives*», à «*prendre des mesures propres à maintenir la paix entre les membres des diverses communautés religieuses*».

44. La nouvelle Constitution n'a pas repris la règle de l'art. 75 aCst. prévoyant la non-éligibilité des ecclésiastiques au Conseil national dont le Tribunal fédéral avait jugé qu'elle était discriminatoire⁷⁶. Enfin, la suppression, lors du scrutin fédéral du 10 juin 2001, de l'article sur les évêchés⁷⁷ a fait disparaître de la Constitution fédérale le dernier vestige du *Kulturkampf*⁷⁸.

b) Un droit à une sépulture décente un peu oublié

45. S'agissant des deux règles de l'art. 53. al. 2 aCst., (supra n° 21), il est important de noter que la Constitution fédérale du 18 avril 1999 n'a repris formellement ni l'une ni l'autre. Le message du Conseil fédéral se limite à relever, en à peine deux lignes, que le droit à une sépulture décente est désormais compris dans la protection de la dignité

humaine (art. 7 Cst.) et qu'il «*n'est dès lors pas nécessaire de reprendre ce droit*»⁷⁹. Le Tribunal fédéral, tout en rappelant que ce droit avait une portée propre par rapport à la liberté de conscience, de croyance et de culte, s'est contenté⁸⁰, comme d'ailleurs la doctrine⁸¹, de prendre note de cette garantie implicite dans le cadre de l'art. 7 Cst.

46. Or, il y a lieu de rappeler que la première phrase de l'art. 53 al. 2 aCst., attribuant aux autorités civiles seules le droit de disposer des lieux de sépulture, n'a pas pu être reprise par le principe de la dignité humaine, qui n'englobe que le droit à une sépulture décente proprement dit. Force est donc de constater que la nouvelle Constitution contient une lacune à ce propos. Une lacune qui ne peut être comblée qu'en se référant à la lettre de la disposition apparemment oubliée et au sens que la pratique constante lui a conféré, à savoir que l'administration des lieux de sépulture ne peut être confiée aux autorités ecclésiastiques, quels que soient les rapports de propriété sur ces lieux de sépulture.

c) L'interdiction des discriminations fondées sur la religion

47. La nouvelle Constitution fédérale renforce le principe général d'égalité (art. 8 al. 1) et l'interdiction de l'arbitraire (art. 9) par une interdiction spécifique des discriminations qui sont fondées, notamment, sur «*les convictions religieuses*» (art. 8 al. 2). Selon la doctrine, cette nouvelle disposition complète la garantie de la liberté de conscience et de croyance en ce qu'elle vise à protéger spécifiquement les minorités religieuses, qui font trop souvent encore l'objet de mesures de persécution et d'exclusion⁸². Le Tribunal fédéral n'a sauf erreur pas encore eu l'occasion de préciser le sens concret de cette interdiction des discriminations fondées sur la religion.

48. La notion de discrimination peut être définie par une inégalité de traitement qualifiée. Elle implique nécessairement un jugement négatif de valeur, qui attribue à la victime de l'acte discrimi-

⁷⁹ FF 1997 I 143.

⁸⁰ ATF 125 I 300, 305 Méyér.

⁸¹ AUBO/MALINVERO/HORRELER (note 63) n° 465 ;

⁸² AUBO/MALINVERO/HORRELER (note 63) n° 1054 ; JOG PAV. MÜLLER, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen BV, in: ULRICH ZWISCHER (éd.), Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für die Praxis und die Wissenschaft, Berne 2000 103, 123/24 ; WAJERS KALIN/MALINVERO, Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft, in: WAJERS KALIN (éd.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, Bielefeld 2000 67, 77.

⁷¹ ATF 113 Ia 304 Nehal/ Ahmed Syed.

⁷² ATF 108 Ia 41 Rivara.

⁷³ ATF 119 Ia 178 A.

⁷⁴ ATF 124 I 267-270 Verein gegen Tierfabriken.

⁷⁵ Voir généralement BILLORETTI (note 62) 10 ; PRINZ KALIN, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zürich 1988 173 ss.

⁷⁶ ATF 114 Ia 395 FX.

⁷⁷ FF 2001 4458.

⁷⁸ Les dispositions constitutionnelles relatives aux Jésuites et aux convents avaient été supprimées le 20 mai 1973, voir FF 1973 I 1605.

minatoire un statut inférieur à celui dont jouissent les autres personnes⁸³. Lorsqu'une différence de traitement non justifiée par les faits a réglementer ou par les circonstances touche une personne ou un groupe dans sa qualité même de personne (« *in seiner Wertschätzung als Person* »⁸⁴), respectivement de groupe, elle est discriminatoire. Pour le Tribunal fédéral, « *il y a discrimination lorsqu'une personne est traitée de façon intégrale en raison de son appartenance à un groupe déterminé, dans l'histoire et dans la réalité sociale présente, a fait l'objet de mesures d'exclusion ou a été traité comme étant inférieur* »⁸⁵.

49. La Constitution fédérale n'interdit pas seulement les discriminations directes, qui prennent ouvertement en considération le critère de la religion pour en déduire un traitement distinct et préjudiciable, non justifié par les circonstances, mais aussi les discriminations indirectes. Celles-ci se caractérisent par le fait que la réglementation ou la décision est formellement neutre, mais que, dans son application concrète, elle a pour effet de défavoriser et de discriminer les membres d'une communauté religieuse déterminée⁸⁶. Pour le Tribunal fédéral, il y a discrimination indirecte lorsqu'une réglementation, qui ne comporte pas d'inconvénient manifeste pour un groupe protégé spécifiquement contre la discrimination, entraîne dans ses effets pratiques un désavantage particulièrement lourd pour des membres de ce groupe, sans que cela soit justifié par les faits⁸⁷.

D. Appréciation

50. Dans l'ensemble, force est de constater que le contexte constitutionnel définissant la portée de la liberté religieuse et, par ricochet, le contenu des obligations négatives et positives qui en résultent pour l'Etat, a considérablement évolué depuis les années 80 du siècle dernier et que cette évolution va indubitablement dans le sens d'un renforcement de la liberté et, par conséquent, d'une restriction de la marge de manœuvre que la Constitution de 1874 avait, à l'époque, réservée aux

⁸³ ANDREAS AUBER, La prohibition de la discrimination des requérants d'asile et des réfugiés, in: WALTER KALIN (éd.), *Droit des réfugiés*, Fribourg 1991, 269.

⁸⁴ ATF 106 Ib 182, 188.

⁸⁵ ATF 126 II 377, 392 F.A. (traduction AA); voir le commentaire de WALTER KALIN in RSJB 2002 624-226.

⁸⁶ Müller (note 81) 124 ss.

⁸⁷ ATF 126 II 377, 393/994 F. A.; voir déjà ATF 124 II 409, 425/26 Allmenc.

autorités cantonales respectivement communales. Cette conclusion est partagée par la doctrine unanime⁸⁸.

51. Il s'ensuit que la constitutionnalité de la loi genevoise de 1876 doit être appréciée aujourd'hui à la lumière de ces nouvelles exigences, ce que ni la jurisprudence du Tribunal fédéral ni la doctrine n'ont à ce jour eu l'occasion de faire.

III. Aperçu de la situation dans les autres cantons

52. Le canton de Genève n'est pas le seul canton dont la législation en vigueur contient une interdiction absolue des cimetières particuliers et des carrés confessionnels.

53. La loi neuchâteloise sur les sépultures, du 10 juillet 1894, dispose, elle aussi, que les cimetières sont des propriétés publiques dont l'administration et la police appartiennent exclusivement aux communes (art. 1^{er}). Comme la loi genevoise, elle n'admet une exception à cette règle que pour un seul cimetière qui existait au moment de son adoption, à savoir le cimetière juif de La Chaux-de-Fonds (art. 46).

54. Il convient probablement de ranger le canton de Bâle-Campagne dans la même catégorie. Aux termes de l'art. 2 de la loi du 19 octobre 1931, les communes sont en effet obligées d'avoir un cimetière et, selon son art. 3, les cimetières existants ne peuvent être utilisés que pour autant et aussi longtemps que les conditions sanitaires sont respectées. Le silence de la loi relatif aux cimetières particuliers semble donc bien être un silence qualifié.

55. Dans tous les autres cantons, des cimetières particuliers peuvent être établis par des communautés religieuses, moyennant autorisation de l'instance compétente et surveillance de l'autorité civile. Parfois, cette possibilité est expressément prévue par la loi, parfois elle est implicite. Si les cantons de Zurich⁸⁹, Bâle-Ville⁹⁰, Fribourg⁹¹, Saint-

⁸⁸ WENZEL (note 61) 245; KAUFMANN (note 74) 188-192 et les nombreuses références citées.
⁸⁹ Art. 22 de l'ordonnance sur les inhumations du 7 mars 1963; pas d'inhumations à l'extérieur des cimetières communaux; les cimetières privés existants peuvent continuer à être utilisés; le département peut autoriser les communautés religieuses à établir des cimetières privés.

⁹⁰ Aux termes de l'art. 6 de la Bestattungsgesetz du 9 juillet 1931, le Conseil d'Etat peut autoriser l'établissement de cimetières privés par des communautés religieuses.

⁹¹ Art. 5 al. 3 de l'arrêté du 5 décembre 2000 sur les sépultures; l'inhumation peut avoir lieu dans un cimetière privé avec l'autorisation de l'autorité compétente.

Gall⁹² et Soleure⁹³, par exemple, sont à ranger dans la première catégorie, ceux de Lucerne⁹⁴, Argovie⁹⁵ et Vaud⁹⁶, appartenant à la seconde, tandis qu'aux Grisons⁹⁷ et en Thurgovie⁹⁸, la compétence en la matière est déléguée aux communes.

IV. Examen de la constitutionnalité de la loi de 1876

A. La liberté de religion

a). Une atteinte

56. La première question à examiner est celle de savoir si l'interdiction des cimetières particuliers telle que stipulée par la loi genevoise de 1876 porte atteinte à la liberté religieuse des personnes de religion juive ou musulmane. La réponse ne fait pas de doute.

57. Il est admis en effet tant par la doctrine religieuse⁹⁹ que par les auteurs en droit¹⁰⁰, et reconnu par la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁰¹, que, selon les règles culturelles propres à la religion juive, le corps des défunts doit être inhumé dans son intégralité et pour toujours, selon une orientation bien définie et à une distance déterminée des autres sépultures. Il en résulte en particulier une interdiction absolue de déterrer les morts. Des règles semblables doivent être observées par les personnes de religion musulmane.

58. Il est admis aussi, et reconnu par les auteurs¹⁰² et la jurisprudence¹⁰³, que les sépultures disponibles dans les cimetières publics ne sont que pour une durée déterminée. Dans le canton de Genève, la loi du 27 septembre 1876 se réfère à une durée de vingt ans (art. 4 al. 3 à propos des frais de creusage), alors que le règlement d'exécution de la loi sur les cimetières, du 16 juin 1956¹⁰⁴, répète que «*le tour régulier des inhumations*» est de vingt ans (art. 7 al. 1 let. c) et précise qu'il «*peut être accordé de concession au-delà de 99 ans*» (art. 7 al. 2). Le Tribunal fédéral a même estimé que l'octroi d'une autorisation pour une sépulture permanente irait à l'encontre du principe même des cimetières publics, dont l'utilisation est régie par un tour régulier¹⁰⁵.

59. Il s'ensuit que si les personnes de religion juive ou musulmane – établies, domiciliées ou décédées dans le canton de Genève – étaient contraintes de se faire inhumer dans les cimetières publics du canton, elles subiraient une atteinte directe dans leur liberté religieuse telle que garantie par l'art. 15 de la Constitution fédérale, respectivement l'art. 9 CEDH. C'est bien d'ailleurs dans ce sens et dans ce but que le législateur genevois de 1997 a voulu confirmer la laïcité des cimetières, à savoir comme une limite à la liberté de conscience et de croyance (supra n° 35/36).

60. On peut se demander cependant si l'existence de cimetières particuliers, réservés aux juifs, a pour effet d'atténuer la rigueur de l'interdiction légale d'établir des cimetières particuliers, en ce sens que cette interdiction ne constituerait pas une atteinte à la liberté religieuse des personnes concernées, parce qu'elles auraient la possibilité de se faire inhumer conformément à leurs convictions religieuses. Tel est sans doute le cas dans les cantons qui autorisent, moyennant certaines conditions, l'établissement de cimetières particuliers (supra n° 55). A Genève en revanche, les exceptions à l'interdiction des cimetières particuliers qui sont prévues par la loi ou admises par la pratique ne sont pas de nature à faire disparaître l'atteinte à la liberté religieuse qui résulte de cette interdiction.

61. En effet, la réserve explicite qui figure à l'art. 1 al. 3 de la loi de 1876 ne vise que le cimetière juif de Carouge (supra n° 9). La première

⁹² Aux termes de l'art. 1^{er} de la loi sur les cimetières et les inhumations, du 28 décembre 1964, les cimetières particuliers sont soumis à la surveillance de l'autorité.

⁹³ L'art. 11 de la Verordnung über das Bestattungswesen, du 15 juin 1969, admet l'existence de cimetières non publics.

⁹⁴ L'art. 9 al. 1 de la Verordnung über das Bestattungswesen du 1^{er} octobre 1965 permet au département de faire une exception à la règle selon laquelle le corps ne peut être inhumé que dans des cimetières publics; l'alinéa 2 admet implicitement l'existence de cimetières qui ne sont pas propriété de la commune.

⁹⁵ Selon l'ordonnance du 22 janvier 1990, les cimetières doivent être autorisés par le département, ce qui semble impliquer que ce dernier puisse en autoriser qui ne soient pas propriété des communes.

⁹⁶ L'art. 40 du règlement du 5 décembre 1986 prévoit que l'inhumation en dehors du cimetière communal peut avoir lieu avec l'autorisation du département compétent.

⁹⁷ Art. 12 de la loi sur la santé de 1984.

⁹⁸ Art. 3 de la loi sur la santé du 5 juin 1985.

⁹⁹ RAV Dr. IBAK DAVAN, Notes concernant l'avis de droit sur les cimetières israéliens, du 21 octobre 2007.

¹⁰⁰ WALTER KÄLIN, Grundrechte im Kulturkonflikt, Zurich 2000 126; NICOLO RUZZI, Schickliche Beerdigung für „Aussiedler“, PJA 1996 1103; AUSD/ROCAUSANO/TORREANI (note 63) n° 465; SAVI-SAVINI (note 41) 112 ss; FÜRZ WYZAN, Die staatsrechtliche Stellung der israelischen Religionsgemeinschaften in der Schweiz, Zurich 1929 122.

¹⁰¹ ATF 125 I 300, 307 Abt.-Allah Lucien Meyers.

¹⁰² Pour beaucoup RUSZLI (note 99) 1103.

¹⁰³ ATF 125 I 300, 308 Abt.-Allah Lucien Meyers.

¹⁰⁴ RS/CE K 1 65 01.

¹⁰⁵ ATF 125 I 300, 308 Abt.-Allah Lucien Meyers.

b) Une atteinte grave

64. La deuxième question qui se pose est celle de la gravité de l'atteinte. La réponse ne fait pas de doute non plus. La jurisprudence et la doctrine distinguent en effet les atteintes légères aux libertés des atteintes graves à celles-ci. La distinction se traduit, d'une part, sur le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral, qui, s'agissant de l'existence de la base légale, est limité à l'arbitraire dans le premier, et libre dans le second cas¹⁰. Elle prend son importance, d'autre part et surtout, dans l'appréciation du respect de la proportionnalité (infra n° 77, 89)¹¹.

65. En matière de liberté religieuse, la distinction entre les atteintes graves et les atteintes légères est particulièrement délicate¹². Le Tribunal fédéral a rappelé à ce sujet que la gravité de l'atteinte doit être objective, quelle que soit la façon dont cette atteinte est ressentie par la personne concernée, mais que cette approche objective est d'autant plus malaisée que la règle de comportement dicte par une conviction religieuse s'écarter des habitudes dominantes dans le pays¹³. Il a ainsi jugé que le versement d'une contribution financière à une association qui fournit des informations sur certaines sectes constitue une atteinte légère¹⁴, mais que le rejet même partiel d'une demande de dispense scolaire ayant empêché la participation à une fête religieuse cause une atteinte grave à la liberté de religion¹⁵.

66. En l'espèce, il ne paraît pas possible de considérer l'interdiction, devenue absolue, de l'établissement de cimetières particuliers dans le canton de Genève comme une atteinte légère à la liberté religieuse. Elle vise en effet une partie certes minoritaire, mais importante de la population genevoise, et elle la vise de façon absolue, en ce sens qu'elle ne lui permet pas d'obtenir, sur le territoire du canton, une inhumation conforme à ses convictions religieuses. On est donc bien en présence d'une atteinte grave à la liberté de religion.

67. Ajoutons que la même conclusion doit être tirée pour ce qui est de la deuxième interdiction absolue que comporte la loi genevoise de 1876, à savoir l'interdiction de toute distinction religieuse dans les

mention de ce cimetière remonte à 1780 et l'octroi d'une concession notariée pour une première parcelle à 1801¹⁰⁶, c'est-à-dire bien avant l'adoption de la loi en question. Aujourd'hui classé patrimoine historique, ce cimetière est trop exigu pour pouvoir satisfaire la demande de la communauté juive de Genève. Les quelques places libres sont réservées à des personnes dont les proches y reposent¹⁰⁷. Il faut rappeler aussi que les auteurs de la loi de 1876 n'ont admis cette exception que pour des motifs de non-rétroactivité et qu'ils l'ont comprise comme étant limitée dans le temps, c'est-à-dire jusqu'au moment où le cimetière serait rempli¹⁰⁸. Cette condition étant pleinement réalisée, l'interdiction stipulée dans la loi a acquis le caractère absolu qui a été voulu par ses auteurs.

62. C'est précisément pour cette raison que le Cimetière israélite de Veyrier n'a pu être établi, en 1920, que moyennant une réglementation pour le moins particulière, qui prévoit que toutes les tombes sont situées sur le territoire français et que seuls le parking, l'oratoire et l'entrée se trouvent sur territoire genevois. Cette réglementation consécutive en elle-même une preuve irréfutable de l'existence d'une atteinte à la liberté religieuse. Ce n'est en effet que grâce à la bienveillance des autorités françaises concernées que la communauté israélite de Genève a été en mesure de pourvoir à une inhumation de ses membres qui soit conforme à leurs convictions religieuses. Il y a, dans le principe même de cette réglementation particulière, une ombre d'hypocrisie qui confirme l'atteinte à la liberté religieuse qui lui a donné naissance. Par ailleurs, avec le temps, le Cimetière israélite de Veyrier est en train, lui aussi, d'atteindre un point de saturation qui empêche objectivement l'inhumation de tous les fidèles. Selon les informations fournies par la Communauté israélite de Genève, celle-ci a été contrainte de commenter récemment à entrer les morts sur deux niveaux afin de prolonger quelque peu le laps de temps pendant lequel ce cimetière pourra encore accueillir des morts¹⁰⁹.

63. Dans ces circonstances, il apparaît que la réglementation genevoise des cimetières, dont l'interdiction des cimetières particuliers constitue le pilier, porte bel et bien atteinte, en droit et en fait, à la liberté religieuse des personnes de religion juive.

¹⁰ Auser/Maurmann/Horrmann (note 63) n° 183 ss.

¹¹ Ibid. n° 233 ss.

¹² Bellasios (note 62) 11.

¹³ ATF 119 Ia 178, 187/88 A.; Auser/Maurmann/Horrmann (note 63) n° 476.

¹⁴ ATF 118 Ia 46, 62; Verein Scientology Kirche Zürich.

¹⁵ ATF 114 Ia 129, 135 M.R.

¹⁰⁶ LAINAZZI LERNAGGIO, Le cimetière juif de Carouge, non date, 5.

¹⁰⁷ Lettre de la Présidente de la Communauté israélite de Genève à l'auteur, du 22 octobre 2002.

¹⁰⁸ Mémorial 1875/1876 736 (M. HARMAN).

¹⁰⁹ Lettre (note 106) 2.

ment¹¹⁸. Le Tribunal fédéral a dû rappeler en 1982 aux autorités genevoises, dans l'affaire des processions religieuses¹¹⁹, le sens et les conséquences de cette incontournable relativité temporelle de l'intérêt public. Le cas d'espèce présente des données fort semblables.

71. A première vue, il est vrai que l'interdiction des cimetières particuliers et des carrés confessionnels paraît pouvoir se justifier par le maintien de la paix religieuse, qui constitue à n'en pas douter un motif d'ordre public légitime, en même temps qu'une source d'obligations spécifiques incombant aux autorités. Les travaux préparatoires regorgent d'affirmations et de citations qui se réfèrent aux tensions qui existaient à l'époque entre les confessions catholiques et protestantes et qui voyaient dans la laïcité des cimetières le seul moyen d'empêcher ces tensions d'éclater (supra n° 8 et 35). Mais cela n'est pas déterminant. Seule doit être prise en considération la situation objective prévalant à l'époque actuelle.

72. Or, à ce sujet, il paraît difficile de soutenir qu'aujourd'hui encore, l'établissement de cimetières particuliers ou la création de carrés confessionnels dans les cimetières publics puisse troubler à tel point la paix religieuse que le maintien de l'interdiction se justifie et s'impose. Sans doute l'art. 72 al. 2 Cst. habilite-t-il la Confédération et les cantons, dans les limites de leurs compétences respectives, à prendre les mesures nécessaires à maintenir la paix entre les membres des communautés religieuses. Mais doctrine et jurisprudence sont unanimes à considérer que seul un risque concret de perturbation de l'ordre public et de trouble de la paix religieuse, un risque qui soit de nature à provoquer des tensions graves, peut justifier une mesure d'interdiction¹²⁰. S'il est vrai qu'un « certain degré de tolérance réciproque à l'égard des manifestations de culte extérieures est attendu de toutes les communautés religieuses et de leurs adhérents »¹²¹, la même exigence doit valoir *a fortiori* pour l'Etat, qui ne peut pas se contenter d'interdire de façon absolue, et pour toujours, de telles manifestations pour le seul motif qu'elles risquent encore, peut-être un jour, de troubler la paix religieuse. Seul un intérêt public actuel et concret peut justifier une atteinte aux libertés.

¹¹⁸ Ibid. n° 206.

¹¹⁹ ATF 108 Ia 41 Rivara.

¹²⁰ BELLANGER (note 62) 10; ATF 108 Ia 41, 44 Rivara; 49 I 128, 154-156 Vogel.

¹²¹ BELLANGER (note 62) 10.

cimetières publics, qui proscriit ce qu'il est convenu d'appeler les carrés confessionnels. On peut penser que l'inhumation dans un tel carré permet au moins de respecter les exigences des religions juive et musulmane relatives à l'orientation des tombes et à la distance qui doit séparer celle-ci (supra 57). Pour les fidèles qui tiennent à une observation stricte de ces exigences, l'interdiction des carrés confessionnels constitue sans doute une atteinte grave à leur liberté. Mais il faut ajouter que si les exigences de la permanence et de l'inviolabilité des sépultures sont interprétées strictement par les personnes respectivement par les communautés religieuses concernées, ce qui paraît bien être le cas pour la communauté israéliite, la solution des carrés confessionnels ne fait pas disparaître l'atteinte constatée à la liberté religieuse. Quoi qu'il en soit, le fait que cette solution soit interdite par la loi genevoise, sans qu'aucune exception ne soit prévue et admise par celle-ci¹¹⁶, renforce la conclusion de l'existence d'une atteinte grave à la liberté de religion.

c) Une atteinte injustifiée

68. Les atteintes aux libertés ne sont conformes à la Constitution que pour autant qu'elles reposent sur une base légale, soient justifiées par un intérêt public et conformes aux exigences du principe de la proportionnalité (art. 36 Cst.)¹¹⁷.

69. La condition de la base légale est manifestement remplie, dans la mesure où les interdictions litigieuses découlent impérativement de la lettre et correspondent manifestement au sens clair de la loi genevoise sur les cimetières du 27 septembre 1876. Il n'en va pas de même, cependant, des deux autres conditions.

70. Pour juger si les restrictions en cause sont justifiées par un intérêt public, il convient d'interpréter cette notion, qui a trait à la légitimité de l'acte étatique restrictif de libertés, au regard des circonstances qui prévalent aujourd'hui. L'intérêt public étant un concept essentiellement politique, difficilement définissable en termes abstraits, il faut reconnaître qu'il varie nécessairement dans le temps, en ce sens que ce qui a pu justifier hier encore une restriction aux libertés ne constitue peut-être plus un motif légitime aujourd'hui, et inverse-

¹¹⁶ La création, en 1979, d'un cimetière musulman dans le cimetière public du Petit-Saconnex doit certes être considérée comme contraire à la loi, voir AUBI-MALJUNIANI (note 41) 80 ss. Mais nous verrons que cette violation de la loi se justifie, voir ci-dessous, par le respect de la liberté de religion garantie par la Constitution fédérale (infra n° 68-92).

¹¹⁷ AUBI-MALJUNIANI/HORTHAUS (note 63) n° 160 ss.

absolu aux communautés religieuses qui observent d'autres règles, il s'identifie d'une certaine manière à une religion déterminée et trahit le devoir de neutralité que la Constitution lui impose¹²⁶. C'est bien ainsi d'ailleurs que les communautés religieuses juive et musulmane doivent probablement le ressentir.

75. De telle sorte que l'intérêt public au maintien de la paix religieuse peut être interprété aujourd'hui, dans le canton de Genève, comme obligeant l'Etat, dans la réglementation des cimetières, à tempérer l'exigence de laïcité, à prendre en considération les convictions des communautés religieuses ayant une certaine importance au sein de la population et donc à revoir le régime d'interdiction adopté il y a plus de 125 ans.

76. Quoi qu'il en soit, il appert que les autorités genevoises ne peuvent plus se prévaloir du seul principe de la laïcité des cimetières, ni du seul intérêt public au maintien de la paix religieuse, pour continuer à appliquer une loi qui était peut-être justifiée hier, mais qui, aujourd'hui, est dépassée et risque même de produire, voire de provoquer les effets néfastes qu'elle était naguère censée éviter.

d) Une atteinte disproportionnée

77. Dans ces conditions, il n'est pas indispensable d'examiner si l'atteinte à la liberté de religion que comporte l'interdiction des cimetières particuliers et des carrés confessionnels respecte les trois conditions découlant du principe de la proportionnalité, à savoir la règle de l'aptitude, celle la nécessité et celle de la proportionnalité au sens strict¹²⁷. Une mesure qui n'est plus justifiée par un motif d'ordre ou d'intérêt public est inconstitutionnelle, sans qu'il ait lieu d'examiner en détail si une autre mesure serait plus adaptée¹²⁸.

78. Il n'en reste pas moins que, sous l'angle surtout de règle de la proportionnalité au sens restreint, la réglementation genevoise ne satisfait pas aux exigences de la Constitution fédérale. Selon la doctrine et la jurisprudence, lorsque la restriction à une liberté réside directement dans une loi, le principe de la proportionnalité veut que la loi elle-même prévienne un certain nombre de dérogations et/ou d'exceptions à la res-

¹²⁶ *AUER/MALINVERNO/HORTLEBER* (note 63) n° 451 ss.
¹²⁷ *Ibid.* n° 217ss.
¹²⁸ ATF 108 Ia 41, 47 Rvava.

73. Le principe de la laïcité de l'Etat en général, et des cimetières en particulier, ne constitue pas en soi un tel intérêt public. On a vu qu'il en était très peu question lors des débats parlementaires genevois en 1876 (supra n° 8), alors même que l'art. 53 al. 2 aCst. pouvait être interprété, à l'époque, comme exigeant la laïcisation complète des cimetières¹²². En revanche, il en était beaucoup question lors de la révision de la loi votée en 1997 (supra n° 35/36). C'est dire que, dans son acception de limite absolue à la liberté de religion, le principe de la laïcité des cimetières est relativement récent. Dans l'histoire genevoise, on peut même dire qu'il n'a pas tant servi à rétablir la paix entre les catholiques et les protestants dans la seconde moitié du XIX^e siècle qu'à opposer, au tournant du XX^e et du XXI^e siècle, une fin de non-recevoir à certaines aspirations et revendications culturelles des nouvelles minorités religieuses. Est-ce vraiment un hasard qu'il n'a été invoqué ouvertement au parlement genevois qu'en 1997 et, plus encore, en 2002, c'est-à-dire au moment où de telles revendications ont été avancées? Quoi qu'il en soit, la laïcité n'est pas un but en soi. Elle ne constitue pas un intérêt public absolu, qui pourrait prétendre l'emporter sur toute autre finalité, et en particulier sur le respect de la liberté de religion. Conçue de façon absolue, la laïcité des cimetières doit donc être considérée comme contraire à l'aspect positif de la liberté de religion¹²³.

74. On peut même se demander si l'invoication abstraite d'une laïcité de l'Etat, conçue comme un dogme absolu et considérée comme le seul et unique moyen pour préserver la paix religieuse¹²⁴, n'est pas susceptible de créer elle-même des tensions sérieuses au sein d'une société civile qui, qu'elle le veuille ou non, se caractérise par un pluralisme non seulement confessionnel mais religieux. Car la laïcité telle qu'elle s'exprime dans la réglementation genevoise des cimetières n'est nullement neutre du point de vue religieux, tant il est vrai que les règles relatives à l'inhumation à la file et à la durée limitée des concessions correspondent pratiquement aux seules convictions religieuses chrétiennes. Les convictions qui sont dominantes chez nous ne peuvent d'ailleurs guère exprimer autre chose que les conceptions chrétiennes traditionnelles¹²⁵. Si donc l'Etat les fait siennes, et en impose le respect

¹²² *Dica* (note 37) n° 6.
¹²³ *Kasari* (note 74) 397; *Winzler* (note 61) 260; *Raselli* (note 99) 1107.
¹²⁴ Pour un exemple presque caricatural de cette approche absolutiste, voir *Anu-Saulean* (note 41) *postum*, y compris d'ailleurs la préface de *Micnea-Rossari*: «La laïcité sans aucun doute est une des valeurs qui doivent être maintenues et donc défendues avec détermination» (p. 12).
¹²⁵ «In den höchsten Anschauungen drücken sich die überkommenen christlichen Vorstellungen aus», *Marcus Schwaner*, *Die Kerkenghulte der Grundrechte*, Berne 2001, 28.

souplesse que la Constitution fédérale exige du législateur, particulièrement lorsqu'il intervient dans le domaine des libertés.

81. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral, malgré les apparences, va d'ailleurs dans le même sens. Dans l'arrêt Meyers, du 7 mai 1999, le Tribunal fédéral a cru bon de poser une limite aux obligations positives que la liberté de religion peut imposer à l'Etat (supra n° 42). Il a en effet jugé que ni le droit à une sépulture décente, ni la liberté de religion ne confèrent à une personne de religion musulmane un droit subjectif d'obtenir dans un cimetière public une sépulture pour une durée indéterminée qui soit conforme aux règles de sa religion¹³⁵. Mais il faut relever que l'existence d'un tel droit subjectif n'a été niée par les juges de Mon-Repos que parce que, pour eux, la possibilité d'établir des cimetières particuliers n'était pas exclue par la Constitution fédérale et que, dans le cas d'espèce, la communauté religieuse musulmane ne s'était pas efforcée d'obtenir une autorisation y relative¹³⁶. En d'autres termes, si cette affaire avait été jugée à Genève, dont la législation exclut toute possibilité d'établir des cimetières particuliers, le Tribunal fédéral aurait dû logiquement conclure à une violation de la liberté religieuse. Si le refus d'un carré confessionnel n'est conforme à la liberté de religion que parce que les personnes et les communautés religieuses intéressées ont la possibilité de demander à établir un cimetière particulier, l'impossibilité d'un tel établissement consacre même une double violation de cette liberté.

82. Quant à la doctrine, elle envisage généralement la question des cimetières particuliers et des carrés confessionnels et commente l'arrêt Meyers non pas tant sous l'angle de la liberté de religion, mais du droit à une sépulture décente¹³⁷ et de l'interdiction des discriminations¹³⁸. L'opinion de NICCOLÒ RASELLI mérite cependant d'être citée. Pour cet auteur en effet, « la liberté de religion et la liberté de cultes commandent que des cimetières particuliers soient autorisés; un refus de l'autorisation violerait ces libertés si l'enterrement dans un cimetière public est incompatible avec certaines conceptions religieuses et prescriptions culturelles, comme cela est le cas pour les juifs, mais aussi pour les musulmans »¹³⁹. Je partage entièrement cette conclusion.

¹³⁵ ATF 125 I 300 Abd-Allah Lucien Meyers.

¹³⁶ Ibid. 307, 309.

¹³⁷ RASELLI (note 99) passim; Wozniak (note 61) 260.

¹³⁸ Kuhn (note 99) 129/130.

¹³⁹ RASELLI (note 99) 1109 (traduction AA).

triction en cause, de façon à permettre à l'autorité de prendre en considération les circonstances concrètes. Une obligation générale, prévue par la loi, de limiter une liberté en toute circonstance ne résiste que rarement au grief de la violation de la proportionnalité. Trop rigoureuse, elle empêche l'autorité chargée de l'appliquer de procéder, dans chaque cas, à une pesée des intérêts privés et publics opposés¹²⁹. La jurisprudence fournit maint exemple de lois absolues qui ont été sanctionnées par le juge constitutionnel, précisément parce qu'elles se voulaient absolues¹³⁰.

79. Il en est ainsi dans le cas d'espèce. La loi de 1876 n'admet plus aucune exception à l'interdiction des cimetières particuliers et des carrés confessionnels. C'est tellement vrai qu'elle a dû être contournée en 1920, lors de l'établissement du Cimetière israélite de Veyrier (supra n° 62), et même violée en 1979, lors de la création d'un carré musulman au Petit-Saconnex (supra n° 67). Aux dires de personnes généralement bien averties, elle subit d'ailleurs tous les jours des coups de canifs plus ou moins significatifs: une distinction religieuse admise par-ici, une orientation spéciale tolérée par-là, le tout dépendant d'avantage des moyens disponibles que des considérations proprement religieuses¹³¹.

80. La rigueur ainsi observée à la surface, mais souvent trahie en dessous, est d'autant plus critiquable que la composition religieuse et confessionnelle de la population suisse en général¹³², et genevoise en particulier¹³³, ainsi que les rapports entre les religions et les confessions, ont radicalement changé depuis 1876¹³⁴. Rien à faire: même si elles le voulaient, les autorités genevoises doivent fermer les yeux devant ces changements dont les administrés sont en revanche bien conscients. En tentant de leur imposer une (fausse) cécité religieuse, la loi de 1876, dans sa fibre rigueur, est devenue un exemple-type d'une norme démesurée, disproportionnée et donc contraire à ce minimum de

¹²⁹ Auer/Mueller/Horowitz (note 63) n° 226.

¹³⁰ ATF 113 Ib 126 Giovanna Arzengol; 325 Dame T.; ZBl. 1993 425.

¹³¹ Voir notamment l'intervention du député SAOÛD KANMAN à la séance du Grand Conseil du

28 novembre 2002.

¹³² Voir notamment le communiqué de presse de l'Office fédéral de la statistique du 14

août 1997: <http://www.statistik.admin.ch/news/archiv/97/fp97063.htm>.

¹³³ http://www.geneve.ch/statistique/publications/tele/ats_2002_05.html.

¹³⁴ Rien qu'entre 1990 et 2000, les modifications sont substantielles: déclin relatif de la part de catholiques-romains (44%) et des protestants (37%) qui ensemble forment cependant une solide majorité (81%), accroissement du nombre de personnes se déclarant sans religion (12%), forte progression des musulmans (310'000 personnes ou 4,5%; http://www.statistik.admin.ch/stat_chp0ec00/vz/fdsap0ec/chapitre1.pdf).

B. Le droit à une sépulture décente

83. Même s'il n'a pas formellement été repris par la Constitution fédérale de 1999 (supra n° 45/46), le droit à une sépulture décente conserve une portée propre à côté de la liberté de religion. Il s'agit au demeurant d'une garantie de l'Etat de droit et non d'une liberté¹⁴⁰. C'est bien l'autorité civile, qui a le droit de disposer des lieux de sépulture, qui doit pourvoir à ce que toute personne décédée puisse être enterrée décentement (art. 53 al. 2 aCst.). Quant au principe de la dignité humaine, qui n'est ni une liberté ni une garantie de l'Etat de droit, mais un principe directeur de l'ensemble de l'activité étatique¹⁴¹, il est trop ouvert, trop indéterminé aussi, pour pouvoir servir de base à une activité déterminée de l'Etat, positive ou négative, en matière de cimetières¹⁴².

84. Dans l'arrêt Meyers, le Tribunal fédéral a refusé de déduire de l'art. 53 al. 2 aCst., alors même que ce dernier était déjà condamné en droit¹⁴³, une obligation positive, pour l'Etat, d'autoriser une sépulture permanente dans un cimetière public pour une personne de nationalité suisse, mais de religion musulmane. La motivation de ce refus se réfère explicitement aux «conceptions de chez nous» (*hiesige Anschauungen*): la durée limitée des sépultures et l'ouverture de celles-ci n'imposeraient au recourant rien de «deshonorant» qui soit, selon ces conceptions, incompatible avec l'exigence de décence et de dignité humaine¹⁴⁴. Or, la référence à ces valeurs et conceptions autochtones, pour définir le contenu du droit à une sépulture décente, n'est admissible que pour autant, comme l'a déjà remarqué BURCHARDT il y a 70 ans, «qu'il existe dans ce sens dans toute la Suisse des mœurs à peu près identiques». Ce n'est qu'à cette condition qu'il est concevable de parler de violation du droit à une sépulture décente «lorsque l'on refuse aux morts ce que les habitudes dominantes exigent pour l'honneur des morts»¹⁴⁵. Transposée dans la société actuelle caractérisée par une tendance vers un pluralisme culturel et religieux, pareille motivation n'est plus soutenable. Lorsque des minorités culturelles et religieuses relat-

vement importantes chrétiennes et défendentes d'autres conceptions de décence et de dignité humaine, divergentes de celles «de chez nous», l'interprétation du droit constitutionnel à une sépulture décente se doit de tenir compte de ces conceptions divergentes¹⁴⁶.

85. Il faut bien reconnaître que, dans ces conditions et pour autant que le droit à une sépulture décente puisse encore revêtir un sens spécifique aujourd'hui, ce que personne n'ose contester, ce droit ne peut guère que servir à inciter, sinon à obliger l'autorité à fournir, dans un cas particulier, une prestation positive. Lorsque, comme c'est le plus souvent le cas, l'autorité agit à la fois comme propriétaire et comme administratrice des cimetières, c'est bien elle qui doit adopter une réglementation et prendre des décisions qui garantissent à chacun un enterrement décent. Les règles imposant l'enterrement à la file poursuivent précisément ce but. Et lorsque, comme c'est accessoirement le cas, l'autorité exerce son nécessaire pouvoir de surveillance sur les cimetières particuliers, elle doit veiller, au besoin par des actions positives, à ce que la communauté religieuse propriétaire ne refuse à quiconque un enterrement décent et non-discriminatoire. L'opinion de RASELLI, qui déduit de l'art. 53 al. 2 aCst. l'obligation, pour les autorités, de veiller à ce que les adeptes d'une religion minoritaire, qui ne dispose pas de cimetières particuliers, puissent obtenir dans les cimetières publics un enterrement qui soit conforme à leurs convictions religieuses¹⁴⁷, doit donc être préférée à celle, trop restrictive, du Tribunal fédéral.

86. Il s'ensuit que la réglementation genevoise en matière de cimetières, en plus de violer la liberté de religion des communautés religieuses minoritaires relativement bien représentées au sein de la population (supra n° 68-82), doit être considérée comme contraire au droit à une sépulture décente garantie par la Constitution fédérale à travers la garantie de la dignité humaine¹⁴⁸. En d'autres termes, le droit à une sépulture décente ne plus aujourd'hui être interprété unilatéralement dans un sens laïc, mais en relation avec la liberté religieuse, de façon à permettre à des adeptes de religions minoritaires relativement bien représentées dans la population d'être enterrés selon leur propre culte¹⁴⁹.

¹⁴⁰ SCURER (note 124) 28 note 150.

¹⁴¹ RASELLI (note 99) 1108.

¹⁴² Dans le même sens RASELLI (note 99) 1108; SCHERR (note 124) 28; contra ANU-SAVAKIHI (note 41) 269.

¹⁴³ WENZELER (note 61) 260.

¹⁴⁴ Sur cette distinction, ANU/MANOVSKI/HERRMANN (note 63) n° 3-10, 457.

¹⁴⁵ Ibid. n° 269; PULARE MATHSONSKI, *Menachenswürde als materielle Grundnorm des Rechtsstaates?* in: THÜRER/ABER/NEÜLLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001 § 14 p 233-246.

¹⁴⁶ KULIN (note 99) 129.

¹⁴⁷ L'arrêt a en effet été rendu le 7 mai 1999, soit quinze jours après l'adoption par le peuple et les cantons, de la nouvelle Constitution fédérale.

¹⁴⁸ ATF 125 I 300; 306 Anb. (I) III Lucien Meyers.

¹⁴⁹ BIRCHMANN (note 49) 492 (restitution AA).

90. Dans ces conditions, la discrimination indirecte que constitue l'interdiction des cimetières particuliers et des carrés confessionnels, consacrée par la législation genevoise, n'étant pas justifiée par des motifs qualifiés, doit être considérée comme contraire à l'art. 8 al. 2 Cst. La jurisprudence du Tribunal fédéral ne dit rien d'autre: le refus de mettre à disposition des musulmans une sépulture de durée illimitée dans un cimetière public n'a été jugé conforme à l'interdiction des discriminations fondées sur la religion que parce que, dans le cas d'espèce, la possibilité d'établir un cimetière particulier subsistait¹⁵⁵. En l'absence de cette possibilité, une telle réglementation est donc discriminatoire.

91. Le discours politique et certains auteurs utilisent parfois le principe constitutionnel de l'interdiction des discriminations dans un autre sens. La revendication de cimetières particuliers, respectivement de carrés confessionnels traduirait le refus des communautés religieuses juive et musulmane d'enterrer leurs fidèles dans des cimetières laïcs, à côté des «mécérants» et d'autres infidèles. En dernière analyse, cette revendication exprimerait le refus de s'adapter aux mœurs et habitudes de notre pays, qui leur offre l'hospitalité. Selon cette singulière vision des choses, c'est ce refus qui serait discriminatoire, voire raciste, et mériterait donc d'être combattu par le plus strict respect de la laïcité des cimetières¹⁵⁶.

92. Politiquement, de tels arguments sont sans doute payants. En droit cependant, ils ne valent rien. L'interdiction constitutionnelle des discriminations ne déploie ses effets que dans les rapports verticaux entre les autorités et les particuliers: c'est l'Etat qui doit s'abstenir d'agir de façon discriminatoire envers les particuliers¹⁵⁷. Quant à ceux-ci, ils ne sont point liés par le principe d'égalité¹⁵⁸, ni par l'interdiction des discriminations. Au contraire, il leur est loisible d'agir et de se comporter selon le «libre arbitre de l'autonomie privée»¹⁵⁹, c'est à dire sans se soucier du principe d'égalité ou d'autres droits fondamentaux. Cette conclusion s'impose d'autant plus dans le cas d'espèce que le refus des rites d'inhumation qui sont majoritaires dans notre pays est

¹⁵⁵ ATF 125 I 300, 310 Abd-Allah Lucien Meyers.

¹⁵⁶ Abu-Sa'ud (note 41) 92.

¹⁵⁷ Minkler (note 81) 129; Averb/Maljanovic/Hortlebe (note 63) 112.

¹⁵⁸ Sous la seule réserve du droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale consacré par l'art. 8 al. 3, dernière phrase, Cst., qui exerce un effet horizontal direct, Averb/Maljanovic/Hortlebe (note 63) n° 125, 1078 ss.

¹⁵⁹ «Privatautonomie Willkür», voir ATF 127 I 84, 90 F.

C. L'interdiction des discriminations

87. Selon les partisans de la laïcité des cimetières, les règles imposant un enterrement en ligne et une ouverture des tombes à l'expiration d'un certain délai placent tout le monde sur un pied d'égalité et rétablissent cette «égalité dans la mort» qui seule serait en mesure de garantir la paix religieuse¹⁵⁰. Le Tribunal fédéral a jugé dans le même sens en admettant que l'octroi de droits spécifiques dans les cimetières publics à des confessions et religions particulières contredirait le principe d'égalité de traitement¹⁵¹.

88. Or, sous l'angle de l'interdiction des discriminations fondées sur l'appartenance religieuse (art. 8 al. 2 Cst., supra n° 47), ces règles posent un sérieux problème. Il est vrai qu'elles sont formulées de façon neutre, sans référence directe à aucune religion ou confession particulière. Mais, dans leur application concrète, elles ont pour effet de défavoriser et de stigmatiser exclusivement des hommes et des femmes appartenant à des minorités religieuses. On est donc en présence d'un exemple-type d'une discrimination indirecte (supra n° 49). Selon la doctrine et la jurisprudence, de telles discriminations ne sont conformes à la Constitution que si elles peuvent se justifier par des circonstances objectives spécifiques: il faut même, dit le Tribunal fédéral dans un arrêt récent, une «justification qualifiée»¹⁵².

89. A elle seule, l'exigence de laïcité ne constitue pas une telle justification (supra n° 73). Les problèmes pratiques de nature organisationnelle que peut causer l'établissement de cimetières particuliers ou la création de carrés confessionnels dans les cimetières publics ne peuvent servir de justification qualifiée, pas plus d'ailleurs que la susceptibilité ou la résistance de la population locale¹⁵³. En d'autres termes, l'importance cumulée du droit de disposer de son propre corps qui se déduit de la liberté personnelle¹⁵⁴, de la protection des rites d'enterrement garantie par la liberté de religion (supra n° 74) et du droit à une sépulture décente interprété à la lumière aussi des conceptions chères aux minorités religieuses (supra n° 85/86) pèse plus lourd que les éventuels problèmes et complications d'ordre pratique mentionnés.

¹⁵⁰ Pour beaucoup Abu-Sa'ud (note 41) 84 ss.

¹⁵¹ ATF 125 I 300, 309 Abd-Allah Lucien Meyers.

¹⁵² ATF 126 II 377, 393 F.A.; Kaas (note 99) 129; (note 84) 625.

¹⁵³ Dans le même sens Kaas (note 99) 129.

¹⁵⁴ ATF 111 Ia 231, 233 Rolf Himmelberger.

d'abord, me semble-t-il, au Conseil d'Etat, chargé du pouvoir exécutif et de l'administration générale du canton (art. 101 Cst/GE) et autorisé « à présenter des projets de lois et des amendements et de faire toutes propositions (art. 90 Cst/GE). La motion adoptée en date du 28 novembre 2002 par le Grand Conseil, qui invite le Conseil d'Etat « à poursuivre le dialogue engagé avec tous les acteurs concernés afin d'étudier la possibilité de modifier la loi sur les cimetières en préservant les convictions des différentes communautés et dans le respect de la laïcité »¹⁶² représente un premier pas dans cette direction.

97. En attendant cette révision, qui s'impose de par la Constitution fédérale, les autorités cantonales ne peuvent se réfugier dans une attitude legaliste de stricte application de la loi de 1876. Elle doit, au contraire, refuser d'appliquer la loi en question. Cette obligation découle également de l'art. 49 Cst. Se fondant sur le principe de la force dérogatoire du droit fédéral, la doctrine et la jurisprudence admettent en effet que les autorités cantonales doivent contrôler à titre préjudiciel la conformité du droit cantonal à la Constitution fédérale. Il en découle en principe l'interdiction d'appliquer, dans un cas d'espèce, les normes reconnues contraires à la Constitution¹⁶³. Le principe de la primauté du droit fédéral « fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui étudient les prescriptions du droit fédéral »¹⁶⁴. L'obligation de contrôle et l'interdiction d'appliquer incombent non seulement aux tribunaux, mais à toutes les autorités chargées de l'application de la norme inconstitutionnelle, et notamment au gouvernement cantonal. Le Tribunal fédéral a rappelé cette obligation au Conseil d'Etat genevois dans l'arrêt Rivara (supra n° 41)¹⁶⁵. Si donc le Conseil d'Etat devait persister à appliquer la loi de 1876, sans procéder à l'examen des circonstances concrètes, il s'exposerait au même reproche et provoquerait la même sanction qu'il y a vingt ans, à savoir l'annulation de sa décision. En revanche, le contrôle préjudiciel n'est pas obligatoire pour les autorités administratives subalternes, puisque leurs décisions sont susceptibles de recours devant le juge, qui lui est tenu de procéder au contrôle préjudiciel¹⁶⁶.

¹⁶² Tribune de Genève du 29 novembre 2002 p. 21.
¹⁶³ ATF 117 I 262, 265/66 Y., 112 la 311, 313 X.; Aubry/Mauvieux/Hortmann (note 63) vol. I n° 2109 ss.
¹⁶⁴ ATF 119 la 348, 354 Chambre genevoise immobilière.
¹⁶⁵ ATF 108 la 41, 46 Rivara.
¹⁶⁶ Aubry/Mauvieux/Hortmann (note 63) vol. I n° 2112

imposé par les prescriptions et les convictions religieuses des communautés minoritaires juive et musulmane.

93. Quant à l'argument tenant d'imposer le respect de la laïcité des cimetières par la nécessité de l'intégration des « étrangers », le Tribunal fédéral l'a superbement mis hors jeu dans un passage lumineux de l'arrêt A. de 1993: « les ressortissants d'autres pays et les adeptes d'autres cultures, qui séjournent en Suisse, doivent certes se soumettre à l'ordre juridique d'ici, comme c'est le cas des Suisses. Il n'existe cependant aucune obligation juridique qui les obligerait, en plus, d'adapter leurs habitudes et leurs façons de vivre. Le principe d'intégration ne comporte pas de norme juridique qui leur imposerait des restrictions disproportionnées à leurs convictions religieuses ou philosophiques »¹⁶⁰. On ne saurait mieux dire.

V. Conséquences

94. Il convient enfin de définir brièvement les conséquences juridiques qui résultent, pour les autorités cantonales, de cette constatation d'inconstitutionnalité de la loi genevoise sur les cimetières.

95. Selon la doctrine et la jurisprudence contemporaines, lorsqu'une règle cantonale déjà en vigueur s'avère contraire à la Constitution ou au droit fédéral, ou encore au droit international, il appartient en premier lieu à l'auteur de la règle de la modifier de façon qu'elle s'y conforme. Ainsi le veulent les principes de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.) et du droit international (art. 5 al. 4 Cst.). S'il découle de ces principes constitutionnels que les autorités cantonales n'ont pas le droit d'édicter des règles qui sont contraires au droit supérieur¹⁶¹, il doit en résulter aussi l'obligation, lorsque la règle inconstitutionnelle est encore en vigueur, de modifier celle-ci afin de la mettre en harmonie avec la Constitution.

96. En l'espèce, il appartient par conséquent en premier lieu au législateur genevois de réviser la loi sur les cimetières en vue d'en éliminer au minimum les dispositions qui violent la Constitution fédérale. L'initiative de cette révision incombe à toute autorité qui dispose de ce droit selon la Constitution et la législation genevoises, mais

¹⁶⁰ ATF 119 la 178, 196 A. (traduction AA).
¹⁶¹ Aubry/Mauvieux/Hortmann (note 63) vol. II, Etat, n° 1045.

98. Cela signifie concrètement que le Conseil d'Etat et ses départements, de même que les conseils administratifs des communes, ne peuvent pas d'emblée refuser d'entrer en matière sur une demande d'établissement d'un cimetière particulier ou de création d'un carré confessionnel qui leur serait adressée par une communauté religieuse. Si la Constitution fédérale ne les oblige pas directement à donner une suite favorable à une telle demande, elle leur impose au minimum d'observer une attitude constructive de soutien, au besoin en créant une zone d'affectation permettant l'aménagement d'un cimetière particulier. Cela résulte de « l'obligation d'assistance à la réalisation » (*Pflicht zur Verwirklichungshilfe*) impliquée dans la garantie de la liberté de religion (supra n° 42) et reconnue tant par la jurisprudence¹⁶⁷ que par la doctrine¹⁶⁸. Le fait que les travaux législatifs en vue de modifier la loi 1876 aient été entre-temps envisagés, et peut-être même engagés, ne permet pas non plus aux autorités de suspendre *sine die* le traitement de requêtes particulières. Car il ne faut pas oublier que, pendant des décennies, la rigueur absolue que l'interprétation dominante confèrerait à cette loi a découragé tout dépôt de requête allant dans ce sens. Et il convient de rappeler que la marge du législateur de 2003 sera nettement plus restreinte que celle dont jouissait le législateur de 1876 (supra n° 50). S'agissant de l'établissement de cimetières particuliers, il ne pourra plus s'y opposer sur le principe. Il ne pourra pas non plus faire disparaître le droit de l'autorité civile de disposer en dernière instance de ces cimetières, car ce droit découle lui aussi directement de la Constitution fédérale (supra n° 46). Dès lors que la législation future devra, d'une façon ou d'une autre, chercher un équilibre entre la procédure d'autorisation de cimetières particuliers et les modalités de la surveillance étatique sur ceux-ci, rien n'empêche l'autorité compétente de donner d'ores et déjà une suite favorable à une requête allant dans ce sens.

Conclusion

99. L'interdiction des cimetières particuliers et des carrés confessionnels, telle que stipulée en de termes absolus par la loi genevoise sur les cimetières de 1876, était conforme aux exigences découlant à l'époque de la Constitution fédérale de 1874. Aujourd'hui en revanche, elle est manifestement contraire à la liberté de religion, au droit à une sépulture

ture décente et à l'interdiction des discriminations fondées sur les convictions religieuses. Ces libertés et ces droits confèrent aux personnes de religion juive et musulmane un droit à obtenir de l'Etat des conditions d'inhumation qui soient conformes à leurs cultes et convictions.

100. Contraire à la Constitution fédérale, la loi sur les cimetières de 1876 doit impérativement être révisée par son auteur. En attendant, elle ne peut plus être appliquée par les autorités qui en ont la charge. Ces autorités ne pourront pas refuser d'entrer en matière sur une demande d'établissement d'un cimetière particulier, mais devront prendre des mesures positives pour pouvoir, le cas échéant, y donner une suite favorable.

¹⁶⁷ ATF 125 I 3000, 398 Abd-Allah Lucien Meyers.
¹⁶⁸ BULLAESSA (note 62), KALIN (note 99) 129; MARNI: PAULUS WISS, Vom Umgang mit dem Transzendenzten, Rechts 1998 173, 178.

Secrétariat du Grand Conseil**M 1468**

Proposition présentée par les députés:

M^{me} et MM. Pierre Kunz, Gabriel Barrillier, Marie-Françoise de Tassigny, John Dupraz, Pierre Froidevaux, Bernard Lescaze, Jean-Marc Odier, Louis Serex, Hugues Hiltbold et Jacques Jeannerat

Date de dépôt: 29 août 2002

Messagerie

Motion**concernant la loi sur les cimetières du 20 septembre 1876**

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève considérant:

- les principes laïques qui fondent notre Etat démocratique, en particulier depuis 1907, année de la séparation de l'Eglise et de l'Etat ;
- que le Conseil d'Etat est l'autorité de surveillance des communes et par conséquent responsable de l'application rigoureuse de la loi par les autorités de ces dernières ;
- la loi sur les cimetières du 20 septembre 1876, plus particulièrement l'article 4, alinéa 3, précisant que « les emplacements sont attribués sans distinction d'origine ou de religion » et l'article 8, alinéa 1, stipulant que « les inhumations doivent avoir lieu dans des fosses établies à la suite les unes des autres, dans un ordre régulier et déterminé d'avance, sans aucune distinction de culte ou autre » ;
- la récente décision des autorités de la Ville de Genève d'accorder aux adeptes des religions juive et musulmane des emplacements d'inhumation réservés et groupés ;

- que cette décision est contraire à la lettre et à l'esprit de la loi susmentionnée,

invite le Conseil d'Etat

à engager un dialogue avec tous les milieux intéressés afin d'examiner une possibilité de modification de la loi sur les cimetières préservant la conviction des différentes communautés dans le respect de la laïcité.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames et
Messieurs les députés,

La loi sur les cimetières, qui confie l'organisation et la gestion de ceux-ci aux communes, est parfaitement claire : elle interdit l'attribution d'emplacements d'inhumation groupés en fonction de l'origine, de la religion des personnes décédées ou de tout autre critère.

Le législateur a voulu ainsi, en premier lieu, assurer en matière de sépultures, l'égalité de traitement à tous les habitants du canton.

Il a par ailleurs, en s'exprimant dans ces termes, tenu à marquer sa volonté d'autoriser, certes, les familles des défunts à ensevelir ces derniers selon les rites de leur religion – pour autant, bien sûr, que ces rites restent conformes aux exigences légales en matière de salubrité et d'hygiène – mais simultanément à assurer leur dernier repos conformément aux principes de la laïcité et de l'égalité des âmes. Il entendait donc que les fosses soient creusées à la suite les unes des autres, dans un ordre fixé en quelque sorte par le destin.

Il a également, dans sa grande sagesse, voulu prévenir dans un texte de loi les troubles sociaux que ne manquent pas de générer, si la société ne s'en prémunit pas, les haines qui hantent l'esprit de certains individus malfaisants. Nous voulons parler, bien sûr, en particulier de l'antisémitisme et de l'anti-islamisme. A l'évidence la formation de « carrés » ou de « quartiers » identifiés par la religion de ceux qui y reposent risque de favoriser l'expression violente de ces sentiments de haine, comme on l'a vu dans des pays voisins.

Il a enfin fixé le principe, s'agissant des terrains destinés aux cimetières, que l'Etat et les communes ne sauraient renoncer à tout jamais à leur ré-affectation à d'autres fins.

La décision de la Ville de Genève constitue donc une provocation pour une large couche des habitants de ce canton attachés à la laïcité et une violation grossière de la loi sur les cimetières. De surcroît elle met réellement en péril la paix religieuse et sociale, ne serait-ce que parce qu'elle ouvre la voie à la multiplication des revendications de même nature.

Voilà pourquoi, Mesdames et Messieurs les députés, nous vous demandons d'approuver sans réserve et en urgence cette proposition de motion. Merci d'avance de votre soutien.

RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL



CHANCELLERIE D'ÉTAT

CHARGÉE

DE COMMUNICATION

EN BREF – EN BREF – EN BREF – EN BREF – EN BREF

Laïcité et pluralisme confessionnel: quelles sépultures pour les défunts musulmans?

La chancellerie d'Etat communique :

Introduire une possibilité au choix des communes – et avec l'accord de l'Etat – de créer dans les cimetières publics neuchâtelois des quartiers pour des inhumations de longue durée, tout en poursuivant la logique actuelle de gestion des cimetières en zones ou quartiers dévolus à des types spécifiques de sépulture, telle est la proposition principale du rapport établi par la Communauté de travail pour l'intégration des étrangers (CTIE), en réponse à la demande de la population musulmane qui souhaite pouvoir procéder à des enterrements répondant à ses exigences religieuses. Il s'agit d'une réponse appropriée et nuancée aux nouveaux enjeux posés par l'enterrement des défunts.

Les propositions de la CTIE ont été soumises au Conseil d'Etat et seront tout prochainement transmises aux 62 communes neuchâteloises. Le Conseil d'Etat prendra ensuite position et décidera de la présentation ou non d'un rapport au Grand Conseil en vue de modifier la loi cantonale sur les sépultures.

Forte accentuation du pluralisme religieux et confessionnel

Datant de 1894, la réglementation neuchâteloise sur les sépultures ne tient pas compte du paysage pluriconfessionnel contemporain, qui s'est fortement accentué ces dernières années, non seulement dans notre canton, mais également en Suisse et en Europe. Ainsi, la population musulmane, avec quelque 5000 personnes (contre 70 en 1960), constitue aujourd'hui le principal groupe religieux minoritaire dans le canton de Neuchâtel.

Si la communauté israélite de La Chaux-de-Fonds dispose d'un cimetière particulier aux Eplatures – une exception puisqu'il a été construit avant l'introduction de la loi de 1894, ce n'est pas le cas pour les Musulmans. Le rite islamique veut que les défunts musulmans soient enterrés orientés en direction de la Mecque, qu'ils puissent bénéficier d'un repos éternel et que la mise en terre ait lieu le plus rapidement possible. Autant d'exigences religieuses en opposition partielle avec la loi cantonale, qui prévoit un enterrement à la ligne – dans un souci d'égalité de traitement entre les morts –, un système de rotation des tombes, soit une réouverture des fosses après trente ans afin de créer de nouvelles sépultures, ainsi qu'un délai d'attente entre 48 et 72 heures avant l'inhumation.

2.

Un aménagement laïque

Les cimetières neuchâtelais sont des collectivités publiques et dès lors soumis à la règle de séparation des pouvoirs entre l'Eglise et l'Etat, ainsi qu'au principe général de laïcité.

La proposition de la CTIE est d'introduire une possibilité au choix des communes et avec l'accord du Conseil d'Etat de créer dans les cimetières publics des quartiers pour des inhumations répondant à d'autres modalités de sépultures que celles en vigueur actuellement. L'idée centrale: aménager un quartier pour des inhumations de longue durée – deux ou trois générations – tout en respectant les principes de rotation des tombes et d'enterrement à la ligne. Il s'agit donc de mettre en place une solution laïque et non pas de créer un cimetière musulman régi par des règles islamiques.

Les demandes actuelles de non-Musulmans et de certains Chrétiens seraient ainsi satisfaites.

Un compromis acceptable

La formule présentée par la CTIE est un compromis acceptable de part et d'autre. Elle permettrait en outre de répondre ultérieurement à d'autres types de demande, de manière cohérente et équitable.

A relever que la révision de la loi sur les sépultures proposée vise simplement à donner la compétence au Conseil d'Etat et aux Conseils communaux de mettre en œuvre une solution dans les cimetières publics. Les communes demeureraient donc parfaitement libres d'aménager de tels espaces ou non.

Solutions trouvées dans d'autres cantons

D'autres cantons suisses se sont dotés d'instruments permettant la constitution de secteurs dans les cimetières publics réservés aux défunts musulmans, à l'instar de Genève, en 1978 déjà, Bâle-Ville en 1999, Bâle-Ville en 2000, et Zurich en 2001. Plusieurs projets sont actuellement à l'étude dans d'autres cantons et villes de Suisse.

Neuchâtel, le 7 février 2003

INHUMATION DE LONGUE DUREE

03.013



**Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil
à l'appui
d'un projet de loi portant modification de la loi
sur les sépultures (inhumation de longue durée)**

(Du 28 avril 2003)

*L'esprit républicain conduit
à la tolérance de la différence,
mais le civisme républicain exige
la recherche de la ressemblance.*

Monsieur le président, Mesdames et Messieurs,

RESUME

La loi sur les sépultures, qui date de la fin du XIX^e siècle, exclut la possibilité d'une inhumation de longue durée. Afin de tenir compte des vœux de la population musulmane résidante sur le territoire neuchâtelois et d'autres personnes intéressées, nous vous soumettons le présent rapport visant à donner la compétence au Conseil d'Etat d'autoriser la constitution, dans l'enceinte des cimetières, de quartiers destinés à des inhumations de longue durée et d'assouplir le délai dans lequel les inhumations doivent avoir lieu.

I. INTRODUCTION

Le pluralisme religieux et confessionnel s'est fortement accentué ces dernières années dans le canton de Neuchâtel, comme ailleurs en Suisse et en Europe. En plus des religions chrétiennes, largement majoritaires, et juive, implantée de longue date, de nouvelles religions sont apparues dans le canton. Les principales sont l'Islam, le Bouddhisme et l'Hindouisme. Il convient de mentionner également l'augmentation du nombre de Chrétiens-Orthodoxes. Entre 1960 et 1990, la présence de populations musulmanes dans le canton de Neuchâtel s'est fortement développée, passant de quelque 70 personnes à plus de 1700. Selon le recensement fédéral de la population, le nombre de Musulmans en 2000 s'élevait à 5056 personnes, dont près de 1000 Suisses et Suissesses. Ces personnes sont principalement domiciliées dans les agglomérations urbaines (ville de Neuchâtel: 1723, ville de la Chaux-de-Fonds: 1369). La population musulmane constitue ainsi le principal groupe religieux minoritaire.

Les associations religieuses musulmanes de notre canton ont fait la demande de pouvoir procéder à des enterrements répondant à leurs traditions et exigences culturelles. Cette demande a été examinée par la Communauté de travail pour l'intégration des étrangers (ci-après: CTIE) qui a négocié une solution avec les milieux intéressés et formulé des propositions dans un excellent document qui a été transmis au Conseil d'Etat en 2002 et qui figure en annexe du présent rapport.

Après avoir pris connaissance des résultats des négociations menées par la CTIE et des solutions intéressantes et nuancées proposées, le Conseil d'Etat a ouvert un débat public au sujet de la laïcité et a recueilli l'avis des communes, des Eglises reconnues et de la Communauté israéliite. Sur la base de la nouvelle Constitution neuchâteloise, qui stipule à son article premier que "Le

canton de Neuchâtel est une république démocratique, laïque, sociale et garante des droits fondamentaux", la question était en effet de savoir comment respecter pleinement le principe fondamental de laïcité en répondant aux demandes relevant de l'application du droit à la liberté religieuse.

Après avoir analysé les propositions de la CTIE et les considérations de la population, des communes et d'autres milieux intéressés, le Conseil d'Etat a décidé de présenter le présent rapport au Grand Conseil en vue de modifier la loi sur les sépultures de 1894.

II. SITUATION ACTUELLE

1. La loi sur les sépultures de 1894

La législation neuchâteloise sur les sépultures date de 1894. Elle stipule que les cimetières sont propriété des collectivités publiques. A ce titre, ils sont soumis à la règle de séparation des pouvoirs entre l'Eglise et l'Etat, ainsi qu'au principe général de laïcité. L'un des buts principaux de la loi de 1894 était d'assurer un droit à une sépulture décente, indépendamment des convictions religieuses des défunts. Mais l'absence de critères religieux dans les règles de gestion des cimetières ne vise pas à interdire des modes de sépulture qui expriment des signes visibles d'appartenances confessionnelles. La présence de croix, de crucifix, de citations religieuses sur des pierres tombales ou encore l'existence de chapelles ou de lieux de prière, autant de références à la chrétienté, trouvent leur place dans les cimetières publics neuchâtelois. Depuis 1872, la communauté israélite de La Chaux-de-Fonds dispose d'un cimetière particulier aux Epiatures – une exception puisqu'il a été construit avant l'introduction de la loi de 1894. Les Musulmans du canton ne peuvent pas quant à eux enterrer leurs défunts selon le rite islamique, la loi cantonale étant en partielle contradiction avec celui-ci. Si la loi sur les sépultures de 1894 a su répondre aux modifications de notre société au fil des ans, moyennant quelques ajustements, aujourd'hui, une adaptation est nécessaire afin de prendre convenablement en compte la situation contemporaine, qui n'était pas prévisible il y a plus de 100 ans.

2. Laïcité de l'Etat et cimetières publics

La notion de laïcité de l'Etat désigne un système d'organisation politique qui établit une séparation entre Etat et Eglise dans l'exercice du pouvoir politique et administratif. Dans un système laïc, l'Etat s'interdit d'agir dans l'Eglise et interdit à l'Eglise d'agir dans l'Etat.

L'Etat laïc se doit d'observer une ligne de conduite neutre à l'égard des religions. Cette neutralité permet justement d'assurer équitablement l'exercice de la liberté religieuse. Celle-ci comprend notamment les libertés de croire ou de ne pas croire, d'adhérer au culte de son choix et d'en changer, d'avoir des activités missionnaires ou de propager ses convictions.

La neutralité de l'Etat envers les religions implique que celui-ci ne s'identifie pas à une religion spécifique et ne s'ingère pas dans les affaires internes des Eglises et des communautés religieuses. Si l'Etat voue une attention particulière à certaines institutions religieuses pour des raisons historiques et sociales, il ne doit cependant pas discriminer les autres. Tels sont les principes de la laïcité. Son application se réfère, elle, à deux conceptions divergentes:

- a) la neutralité laïque par coopération ou positive;
- b) la neutralité laïque par exclusion ou négative.

Dans le modèle de neutralité positive, l'Etat est laïc non pas parce qu'il interdit dans l'espace public les expressions de la liberté religieuse, mais parce qu'il les tolère et les circonscrit, dans des limites fixées, en veillant à l'ordre public, à la paix confessionnelle et au respect de la pluralité religieuse. Par contre, les personnes qui vivent sur le territoire de l'Etat laïc ne sont pas soumises, dans leurs relations aux pouvoirs publics, aux règles de la laïcité. Le principe de base est la liberté d'expression religieuse. L'exception, c'est l'interdiction de l'expression religieuse qui peut se manifester en cas de contrainte, de prosélytisme, de perturbation de l'ordre public ou de motifs de décence, entre autres. Un exemple d'application pratique: la liberté des élèves, sous certaines conditions, de porter des signes distinctifs religieux à l'école (croix, foulard islamique, etc.) et, a contrario, l'exigence de laïcité pour les enseignants (interdiction du foulard islamique par exemple).

Dans le modèle de neutralité négative, la laïcité proscriit toute expression ou référence religieuse, majoritaires ou minoritaires, dans les principaux domaines publics étatisés. La règle de base est l'interdiction de l'expression religieuse dans l'espace public. L'exception, c'est la liberté.

Il est clair que le modèle de référence appliqué par le canton de Neuchâtel est celui de la neutralité laïque positive. En effet, si la Constitution neuchâteloise fait référence à la laïcité à son article premier, elle mentionne également nommément à l'article 98 les Églises reconnues d'intérêt public représentant les traditions chrétiennes du pays et les avantages financiers qui leur sont concédés. Une ouverture en vue de la reconnaissance possible d'autres communautés religieuses y figure également à l'article 99. Dans le même ordre d'idée, il convient de rappeler que le Grand Conseil a décidé en automne 2002 de laïciser l'assermentement des députés tout en maintenant, à une large majorité, la cérémonie du service divin à la Collégiale de Neuchâtel.

Dans le cas des cimetières publics neuchâtelois, on ne peut que constater qu'ils sont laïcs précisément parce qu'ils tolèrent diverses expressions religieuses et non pas parce qu'ils les excluent. En effet, comme le relève avec pertinence la CTIE, il n'y a pas de lieux publics laïcs où la liberté religieuse s'exprime avec autant de visibilité que dans les cimetières!

III. RÉSULTATS DE LA NEGOCIATION CONCERNANT LA SEPULTURE DES DEFUNTS MUSULMANS

La demande initiale formulée par les associations religieuses musulmanes du canton de Neuchâtel afin d'obtenir une sépulture conforme à leur religion contenait les points suivants:

- orientation des tombes en direction de la Mecque;
- inhumation pour l'éternité et non exhumation;
- inhumation immédiatement après le décès;
- regroupement des tombes musulmanes dans un cimetière privé;
- linceul pour les dépouilles plutôt qu'un cercueil.

Après une analyse fine de la situation et des solutions possibles, exposées en détail dans le rapport annexé, la CTIE est parvenue à un accord avec les représentants des organisations religieuses musulmanes du canton compatible avec les traditions neuchâteloises et le principe de laïcité de l'Etat.

L'accord prévoit de poursuivre la logique actuelle de gestion des cimetières en zones ou quartiers dévolus à des types spécifiques de sépultures. Il s'agit d'introduire une possibilité, au libre choix des communes et avec l'accord du Conseil d'Etat, de créer des quartiers pour des inhumations répondant à d'autres modalités de sépultures que celles en vigueur actuellement. L'idée centrale est de pouvoir aménager un quartier pour des inhumations de longue durée – deux ou trois générations – tout en y respectant les principes de rotation des tombes et d'enterrement à la ligne. Ce quartier serait destiné en priorité à des communautés religieuses. Les tombes des défunts musulmans y seraient regroupées à la ligne, orientées en direction de la Mecque, dans un espace pré-réservé délimité, comparable d'une certaine façon aux concessions de famille, à proximité des défunts d'autres confessions ou sans religion. Les demandes actuelles des Musulmans et de certains Chrétiens seraient ainsi satisfaites.

Le délai minimal d'inhumation après le décès devrait être raccourci de deux fois 24 heures à une fois 24 heures. Enfin, une formule adéquate est également proposée pour régler les modalités financières lorsque l'inhumation interviendrait dans le cimetière d'une autre commune que celle du domicile du décédé.

La révision de la loi sur les sépultures proposée par la CTIE vise, pour l'essentiel, à donner la compétence au Conseil d'Etat et aux Conseils communaux, de mettre en œuvre une solution sous la forme d'un quartier ad hoc dans les cimetières publics. Les communes demeureraient parfaitement libres d'aménager de tels espaces ou non. Après avoir approfondi l'alternative d'un cimetière séparé privé, la CTIE a rejeté cette solution qui présente l'inconvénient majeur d'une mise à l'écart des défunts musulmans des cimetières publics laïcs, au détriment de l'adaptation mutuelle nécessaire pour parvenir à une intégration bien comprise des populations musulmanes dans le canton de Neuchâtel.

Le Conseil d'Etat prend acte avec satisfaction des résultats de la négociation et constate que les discussions et la disponibilité au compromis des deux parties ont permis d'aboutir à un accord global équilibré. Du côté des organisations religieuses musulmanes, des concessions importantes ont été faites: renonciation à un cimetière privé séparé au profit d'une intégration dans un quartier

spécifique d'un cimetière public, acceptation du principe de renouvellement des tombes, acceptation du délai minimal d'inhumation après le décès plus long que celui souhaité et renonciation du linceul pour les défunts au profit du cercueil. Du côté des pouvoirs publics, il s'agit d'aménager partiellement les règles d'inhumation pour que les défunts des communautés religieuses musulmanes qui le souhaitent puissent être intégrés dans les cimetières publics laïcs, plutôt qu'exclus en raison de règles devenues aujourd'hui quelque peu discriminatoires parce que conçues pour s'harmoniser avec les exigences de la religion majoritaire.

IV. SOLUTIONS APPLIQUEES AILLEURS EN SUISSE OU EN EUROPE ET RECIPROCITE AVEC LES PAYS MUSULMANS

L'étude menée par la CTIE démontre que les solutions trouvées ailleurs en Suisse pour l'inhumation des défunts musulmans sont la constitution de quartiers confessionnels spécifiques dans l'enceinte des cimetières publics existants. On en trouve ainsi à Genève, à Berne, à Bâle et la possibilité existe maintenant dans le canton de Zürich depuis que le Conseil d'Etat a modifié la réglementation cantonale dans ce sens, après plusieurs échecs dans la tentative de créer un cimetière privé. Il est intéressant de noter que la création de cimetières séparés privés n'apparaît guère comme la voie suivie en Suisse. A Genève, canton laïc comme Neuchâtel, où la question de la création d'un nouveau quartier se pose, un avis de droit récent du professeur Claude Rouiller a confirmé la parfaite compatibilité de la création de quartiers spécifiques dans les cimetières pour des défunts musulmans ou juifs avec les règles de la laïcité et de l'égalité de traitement.

En Europe occidentale, les solutions trouvées sont, selon le type de rapport prévalant entre Etat et Communautés religieuses, des cimetières confessionnels publics ou privés ou des quartiers spécifiques dans les cimetières publics. En France par exemple, la législation n'autorise pas la création de cimetières confessionnels publics ou privés. Des circulaires ministérielles incitent cependant les maires à réserver des "carrés confessionnels", soit des espaces où sont regroupés les tombes de personnes de même confession. Dès lors que ces espaces ne sont pas clos, il n'y a pas atteinte au principe de neutralité des cimetières. Plusieurs cimetières en France disposent de tels espaces et cela constitue là-aussi la réponse des pouvoirs publics à ce type de demandes.

Si l'on s'intéresse à la question de la réciprocité, envisagée sous l'angle d'une contrepartie équivalente dans les pays musulmans, on constate que la règle quasi générale est l'existence de cimetières pour les Chrétiens ou pour les non-Musulmans. A la notable exception de l'Arabie Saoudite, la réciprocité existe donc et l'on peut mentionner en particulier plusieurs pays de provenance des populations musulmanes en Suisse: la Turquie, le Maroc, la Tunisie, le Sénégal et l'Égypte. Dans ce dernier pays, il existe même, au Caire, un cimetière suisse particulier!

V. RESULTATS DES DISCUSSIONS PUBLIQUES, DE LA CONSULTATION DES COMMUNES ET DES EGLISES

Les modifications législatives préconisées par la CTIE, après négociation, sont dans leurs principes simples, nuancées, cohérentes et parfaitement conformes aux principes constitutionnels neuchâtelois. Consulté à ce sujet, le professeur Jean-François Aubert a amplement confirmé ce point de vue. Il s'agit d'une solution de compromis équilibré et non-contraindante pour les pouvoirs publics. Les portées politique et symbolique de ces propositions sont cependant importantes. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat a souhaité non seulement consulter les communes, mais aussi conduire une présentation et des débats publics sur ce sujet pour informer, écouter et recueillir les avis exprimés avant de prendre politiquement position. C'est au cours des mois de février et mars 2003 que ce dossier a été communiqué publiquement sous la forme d'une conférence de presse, d'une présentation aux communes suivie d'une consultation officielle, de deux soirées de débats à Neuchâtel et à la Chaux-de-Fonds, d'une rencontre avec les Eglises reconnues d'utilité publique et les communautés islamiques et juive du canton et de diverses présentations publiques en réponse à des invitations.

La réception du dossier et les propositions formulées par la CTIE ont rencontré un accueil général favorable dans les mass media. Le sujet a suscité un intérêt bien marqué dans la presse régionale qui a soigné l'intérêt des solutions envisagées. Les débats publics, annoncés dans les deux quotidiens du canton et à la radio régionale, ont réuni à chaque fois une centaine de personnes. L'accueil des propositions a été bon et des explications claires ont été fournies aux questions

posées par le public. Hormis de rares écarts de langage, les discussions se sont ainsi déroulées dans un climat de sérénité assez remarquable pour un sujet aussi sensible.

La présentation aux communes s'est déroulée dans un même climat de sérénité et la procédure de consultation a donné les résultats suivants concernant les propositions de la CTIE:

- 38 communes n'ont pas eu de commentaires à formuler;
- 9 communes ont exprimé leur opposition aux propositions;
- 15 communes n'ont pas exprimé d'opposition et parmi elles 11 se sont déclarées ouvertes ou pleinement en accord avec les propositions formulées par la CTIE.

Dans le détail, on observe que les villes, préalablement directement consultées par la CTIE, ont confirmé leur position: accord pour le Locle et la Chaux-de-Fonds, opposition pour Neuchâtel. À l'exception de celui de Neuchâtel, on trouve dans les cinq autres districts au moins une commune favorable. Parmi les communes opposées, plusieurs invoquent simplement l'absence de surfaces disponibles sur leur territoire. Plusieurs communes ouvertes aux propositions de la CTIE suggèrent des formules régionales pour l'ouverture d'un quartier destinée aux inhumations de longues durées. La Chaux-de-Fonds propose une modification mineure du texte de loi et de ne pas seulement réduire de 24 heures l'intervalle de temps pour le délai d'inhumation, mais aussi de l'augmenter de 24 heures par gain de souplesse pour toutes les parties concernées (soit un délai d'inhumation de une à quatre fois 24 heures, au lieu du délai actuellement en vigueur de deux à trois fois 24 heures). La ville de Neuchâtel oppose au quartier de longue durée la proposition d'un cimetière privé, formule qui ne convient cependant pas aux villes du Locle et de la Chaux-de-Fonds.

Les représentants des Églises reconnues d'intérêt public et les représentants des communautés islamiques et juive ont confirmé leur plein soutien aux propositions de la CTIE. Du côté des Églises, la solution d'un cimetière privé est fortement rejetée considérant qu'il convient de réunir les religions dans l'espace d'un cimetière public laïc, dans le respect des diverses traditions, plutôt que d'en exclure les plus importantes par des règles trop inadaptées.

Globalement et de façon synthétique, trois types de positions sont en présence. Une position de statu quo, une position qui préconise la création d'un cimetière privé et une position qui préconise l'aménagement d'un quartier ad hoc dans les cimetières publics. Cette dernière position recueille nettement la préférence des avis exprimés dans la perspective d'une solution autre que le statu quo actuel.

VI. APPRECIATION DU CONSEIL D'ETAT

La manière de traiter les défunts et d'organiser leur sépulture représente une préoccupation majeure des communautés humaines et une responsabilité importante des pouvoirs publics. Les principes et règles applicables doivent assurer à chacun une sépulture digne et intégrer le mieux possible la diversité des conceptions philosophiques et religieuses de la condition humaine au sein d'une population. En Suisse et dans le canton de Neuchâtel, l'Etat a le monopole des cimetières, donc une grande responsabilité et le devoir d'être particulièrement attentif aux aspirations religieuses de l'ensemble de la population.

Pour le Conseil d'Etat, la laïcité des institutions publiques neuchâtelaises constitue le cadre adéquat pour assurer la liberté religieuse de ses ressortissantes et ressortissants et l'égalité de traitement qui incombe à l'Etat. Ce principe de laïcité est d'autant plus important à faire valoir aujourd'hui que la diversité religieuse augmente dans la population, non seulement du fait de la population étrangère, mais aussi de celui de l'ouverture d'autochtones à d'autres religions que la religion chrétienne. La neutralité laïque positive de l'Etat permet d'assurer convenablement l'exercice de la liberté religieuse des individus et d'assurer une régulation équilibrée de la place du religieux dans notre société en vue de garantir la paix confessionnelle.

C'est donc précisément parce qu'il entend demeurer ferme et cohérent avec le principe de laïcité que le Conseil d'Etat partage l'analyse et les réflexions formulées sur ce sujet, avec un grand sens du discernement, par la CTIE. Il est convaincu que la modification de la loi cantonale sur les sépultures proposée par la CTIE pour donner simplement la faculté au Conseil d'Etat et aux Conseils communaux de prévoir des quartiers, dans les cimetières existants, destinés à des inhumations répondant à d'autres modalités de sépulture que celles en vigueur actuellement, notamment pour des communautés religieuses, est la réponse politique la plus appropriée. En effet, aucune obligation de créer ces quartiers ne pourra être imposée aux communes. Le Conseil

d'Etat souhaite cependant qu'au moins deux de ces quartiers puissent être constitués assez rapidement, dans des régions différentes du canton, afin d'offrir une solution acceptable pour la sépulture des défunts musulmans ou d'autres personnes qui souhaiteraient une inhumation de longue durée.

Le Conseil d'Etat est conforté dans son appréciation par les résultats des débats publics et de la consultation des communes ainsi que des principaux milieux religieux. Le fait que la proposition avancée par la CTIE constitue un compromis équilibré, issu d'une négociation relativement complexe, est un élément fondamental auquel le Conseil d'Etat accorde beaucoup d'importance. En effet, la validation politique de cette approche donne l'occasion d'indiquer que la recherche de compromis constitue la voie à privilégier pour assurer une cohabitation harmonieuse au sein d'une société caractérisée par une forte diversité religieuse et culturelle.

VII.COMMENTAIRES RELATIFS AUX ARTICLES MODIFIÉS

Article 11, alinéa 3

Toutes les communes du canton ne disposeront vraisemblablement pas dans leurs cimetières d'un quartier destiné à des inhumations répondant à d'autres modalités de sépulture. Il est donc nécessaire de se pencher sur la situation des Musulmans ou des personnes souhaitant une sépulture de longue durée, domiciliés dans une commune dont le cimetière ne dispose pas d'un tel quartier. Faut-il conférer un droit à une inhumation dans un tel quartier à toute personne intéressée? Peut-on obliger les communes disposant de quartiers d'accueillir ces personnes domiciliées dans d'autres communes du canton? Faut-il se limiter à partir du principe que les communes disposant de quartiers feront preuve de bonne volonté et qu'il n'y a pas besoin de légiférer à ce sujet?

Le projet prévoit que les communes disposant de tels quartiers pourvoient, dans la mesure où la surface des quartiers le permet, à l'inhumation des personnes domiciliées dans une autre commune du canton qui souhaitent être inhumées dans un tel quartier. Il n'y a pas lieu d'inclure les personnes qui seraient domiciliées hors du canton, compte tenu des problèmes de gestion qui pourraient alors survenir et parce qu'une telle ouverture n'inciterait guère les autres cantons à se pencher sur la problématique étant donné qu'ils pourraient bénéficier de la solution neuchâteloise.

Compte tenu de fait qu'il est difficile de prévoir de quelle surface chaque commune pourrait avoir besoin et que les communes n'ont pas toujours assez de surface à disposition, le projet donne au Conseil d'Etat la compétence d'édicter des dispositions visant à assurer une utilisation équilibrée des quartiers situés dans les divers cimetières concernés.

Article 11, alinéa 4

Le problème du financement de l'inhumation doit également être réglé. En effet, conformément aux articles 11 et 12 de la loi sur les sépultures, l'inhumation est gratuite dans la commune de domicile. On doit par conséquent se poser la question de la prise en charge des frais d'inhumation d'une personne domiciliée dans une commune dont le cimetière ne comporte pas de quartier pour des inhumations de longue durée.

Plusieurs possibilités sont envisageables, allant du financement intégral par les proches au financement intégral par les communes de domicile. La solution la plus facilement acceptable tant par les principaux intéressés que par les communes est la suivante: les frais d'inhumations sont facturés aux communes de domicile des défunts qui doivent prendre à leur charge l'équivalent de la finance d'inhumation fixée conformément à l'arrêté concernant l'application du dernier alinéa de l'article 11 de la loi sur les sépultures, du 12 avril 1995; cette finance d'inhumation est fixée par la commune et elle est de 300 francs à 1500 francs. Les communes de domicile peuvent réclamer un éventuel solde à qui de droit, soit en général aux proches des défunts.

Article 19

La modification de l'article 19, alinéa 1, de la loi a pour but de réduire le délai minimal et d'allonger le délai maximal d'attente entre le décès et l'inhumation.

La réduction du délai permet aux personnes musulmanes d'enterrer les défunts plus rapidement que cela n'est le cas actuellement. Il n'est pas possible, pour des raisons sanitaires et organisationnelles, de permettre un enterrement moins de vingt-quatre heures après le décès comme le souhaitent les Musulmans.

Compte tenu du raccourcissement de ce délai, la possibilité offerte au médecin ayant constaté le décès et à l'autorité communale par les alinéas 2 et 3 d'écourter le délai prévu à l'alinéa premier n'a plus de raison d'être. Ces deux alinéas doivent ainsi être adaptés.

Il a paru opportun au Conseil d'Etat de profiter de ce rapport pour prolonger le délai maximal de vingt-quatre heures. Le délai actuel de trois fois vingt-quatre heures confronte en effet régulièrement des familles de défunts à des difficultés d'organisation, notamment lorsque des proches domiciliés à l'étranger souhaitent être présents. Des dérogations sont de ce fait fréquemment accordées. Pour simplifier la procédure, il est proposé de porter ce délai à quatre fois vingt-quatre heures.

Pour des raisons organisationnelles, la possibilité de prolonger le délai doit également permettre d'éviter les inhumations durant les week-ends; l'alinéa 2 est adapté dans ce sens.

Article 25a

L'introduction de l'article 25a permet d'autoriser des communes qui le souhaiteraient de créer de nouveaux quartiers pour répondre à d'autres modalités de sépultures que celles déjà existantes. Les communes conservent le choix d'accepter ou non ces nouveaux quartiers. L'approbation d'un Conseil d'Etat vise à assurer une cohérence cantonale dans les motivations d'aménager des quartiers d'un nouveau type.

VIII. CONCLUSIONS

A l'heure où le pluralisme religieux de la société s'accroît, le Conseil d'Etat est convaincu que la laïcité de la République neuchâteloise doit être clairement affirmée pour garantir le droit à la liberté religieuse et assurer la paix confessionnelle. Dans cette optique, les propositions formulées par la CTIE et les modifications de la loi cantonale sur les sépultures que le Conseil d'Etat souhaite introduire apportent une réponse appropriée et nuancée aux nouveaux enjeux posés par l'enterrement des défunts. L'Etat et les communes disposeront ainsi d'instruments adéquats supplémentaires pour la gestion des cimetières à long terme.

Pour l'ensemble de ces motifs, nous vous prions de bien vouloir prendre en considération le présent rapport et d'adopter le projet de loi ci-après.

Veuillez agréer, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

Neuchâtel, le 28 avril 2003

Au nom du Conseil d'Etat:

Le président,
P. HIRSCHY

Le chancelier,
J.-M. REBER

**Loi
portant modification de la loi sur les sépultures
(inhumation de longue durée)**

Le Grand Conseil de la République et Canton de Neuchâtel,

sur la proposition du Conseil d'Etat, du 28 avril 2003,

décède:

Article premier La loi sur les sépultures, du 10 juillet 1894, est modifiée comme suit:

Art. 11, al. 3 et 4 (nouveau)

³Les communes dans les cimetières desquelles existent des quartiers au sens de l'article 25a pourvoient, dans la mesure où la surface des quartiers le permet, à l'inhumation des personnes domiciliées dans une autre commune du canton qui souhaitent être inhumées dans un tel quartier. Le Conseil d'Etat peut édicter des dispositions visant à assurer une utilisation équilibrée des quartiers situés dans les divers cimetières concernés.

⁴Les finances d'inhumation liées aux inhumations au sens de l'alinéa précédent sont facturées aux communes de domicile des défunts, qui doivent prendre à leur charge l'équivalent de la finance d'inhumation fixée conformément à l'arrêté concernant l'application du dernier alinéa de l'article 11 de la loi sur les sépultures, du 12 avril 1995, et peuvent réclamer le solde à qui de droit.

Art. 19

¹Toute inhumation doit avoir lieu entre une et quatre fois vingt-quatre heures après le décès.

²Ce délai peut être prolongé afin de ne pas inhumer les samedis, les dimanches et les jours fériés, à condition toutefois que le médecin qui a vérifié le décès établisse qu'il n'en résultera aucun préjudice pour la santé publique.

³L'autorité communale peut autoriser l'inhumation après l'expiration du délai dans d'autres cas exceptionnels et à la demande écrite et motivée du médecin.

Art. 25a (nouveau)

¹Le Conseil d'Etat peut autoriser la constitution, dans l'enceinte des cimetières, de quartiers destinés à des inhumations répondant à d'autres modalités de sépulture que celles prescrites par la présente loi, notamment pour des communautés religieuses, chrétiennes ou non. L'accord des communes concernées est réservé.

²L'ordre public et la paix des morts ne doivent pas être perturbés par des coutumes ou des usages particuliers.

Art. 2 ¹La présente loi est soumise au référendum facultatif.

²Le Conseil d'Etat fixe la date de son entrée en vigueur.

³Il pourvoit, s'il y a lieu, à sa promulgation et à son exécution.

Neuchâtel, le

Au nom du Grand Conseil:

Le président.

Les secrétaires.

Synthèse de la position des communautés juives de Genève

Pourquoi soutenir la création de cimetières confessionnels à Genève ?

Les communautés juives de Genève soutiennent le projet de modification de la Loi sur les cimetières du Conseil d'Etat ou toute autre modification de la loi cantonale permettant aux minorités religieuses importantes d'être enterrées selon les règles qui leur sont propres. Les arguments développés ci-après, qui répondent aux questions, préoccupations et objections émises dans le cadre de ce débat, peuvent être résumés comme suit :

- Genève est le seul canton suisse qui interdise encore aux communautés juive et musulmane d'enterrer leurs morts selon leurs rites.
- La législation actuelle de notre canton viole la liberté de croyance et de culte consacrée par la Constitution fédérale. Deux récents avis de droit des Professeurs Claude Rouiller et Andreas Auer, constitutionnalistes reconnus, le confirment sans la moindre équivoque.
- C'est notamment au moment de la mort que les traditions et rites des diverses religions prennent toute leur importance, y compris pour les personnes peu pratiquantes de leur vivant.
- L'aspiration à une sépulture conforme à ses convictions religieuses n'est donc pas l'expression d'une nouvelle forme d'extrémisme, ni une nouvelle revendication.
- Le principe de la laïcité, que nous soutenons, ne s'oppose pas à la création de cimetières confessionnels.
- Les cimetières confessionnels s'inséreront dans un strict cadre législatif et réglementaire.
- De multiples exemples, suisses et étrangers, démontrent que les cimetières peuvent être aménagés de façon à limiter de façon significative la surface nécessaire et à les implanter à des endroits qui ne se prêtent pas à d'autres usages.

La situation actuelle à Genève

Depuis 1876, la Loi genevoise sur les cimetières (LC) :

- interdit les cimetières privés (art. 1),
- exige que les inhumations aient lieu dans un ordre régulier, sans distinction de culte (art 8)
- prévoit le principe que chaque commune dispose de son propre cimetière pour ses ressortissants, les personnes nées, décédées, domiciliées ou propriétaires sur son territoire.

L'art. 1 al 3 de cette loi autorise l'inhumation, avec l'autorisation du Conseil d'Etat, dans les cimetières privés existants. Le seul cimetière concerné par cette disposition est le cimetière israélite de Carouge, créé en 1801, qui est resté, jusqu'en 1920, le seul cimetière pouvant accueillir les Juifs de Genève selon leur rite et qui fait aujourd'hui partie du patrimoine historique et du circuit touristique de Carouge.

En 1920, la Communauté Israélite de Genève a acquis un terrain se situant à cheval sur la commune de Veyrier et la région française limitrophe. Il s'agit, à notre connaissance, du seul cimetière bi-national de ce type : pour respecter la législation genevoise, seul le bâtiment funéraire, l'entrée et le parking sont situés sur territoire suisse, alors que les tombes se situent dans la France laïque. Selon l'accord conclu avec les deux pays concernés, un permis d'inhumation est délivré conformément à l'art. 12 du Règlement cantonal sur les cimetières et permet le transport du corps sans autre formalités depuis l'oratoire suisse jusqu'à la sépulture en France.

Il faut relever que ce cimetière a fonctionné sans le moindre problème pendant la quasi totalité de la Deuxième Guerre Mondiale. Par ailleurs, malgré le fait que tous les mouvements à l'extérieur du cimetière se déroulent sur territoire suisse, aucune atteinte extérieure à la laïcité ou à l'ordre public n'a été signalée depuis sa création.

En raison de la présence croissante de Musulmans dans le Canton, la Commune de Genève a autorisé, en 1979, la création d'un carré confessionnel dans le cimetière du Petit Saconnex. Dans ce cimetière également, les inhumations n'ont jamais posé le moindre problème ou trouble.

Actuellement, les deux cimetières dont la création a été rendue possible grâce à la coopération des autorités françaises, pour l'un, et de la Commune de Genève, pour l'autre, sont presque pleins¹ et de nouvelles solutions doivent être trouvées, afin de permettre, aussi à l'avenir, l'enterrement des Juifs et des Musulmans selon les règles de leur religion.

La situation dans les autres cantons suisses

Neuchâtel qui était encore récemment le dernier canton, en dehors de Genève, à interdire aussi bien les cimetières particuliers que les carrés confessionnels, a changé sa législation en juin 2003 pour autoriser les carrés confessionnels. Ce canton a aussi un cimetière privé juif à La Chaux-de-Fonds, qui a été créé avant l'entrée en vigueur de cette interdiction et qui pourra accueillir encore longtemps les Juifs du canton.

Tous les autres cantons suisses² permettent la création soit de cimetières confessionnels particuliers, soit de carrés confessionnels. Plusieurs cantons prévoient les deux possibilités, par exemple le canton de Zurich, qui ne compte pas moins de sept cimetières privés. Dans la plupart des cas, il s'agit de cimetières confessionnels séparés érigés sur terrain privé ou public, en vertu d'un droit de propriété, de superficie ou de concession.

¹ Le Cimetière israélite de Veyrier peut accueillir les morts encore une bonne quinzaine d'années ; celui du Petit Saconnex sera plein déjà auparavant

² A l'exception, peut-être, de Bâle Campagne où la question n'est cependant pas d'actualité

Jusqu'à récemment, la question des cimetières confessionnels s'est posée seulement pour les Juifs. C'est ainsi que des cimetières confessionnels ont pu être établis dans tous les cantons où la présence juive le justifiait. Dans la grande majorité des cantons, ces cimetières sont la propriété privée des communautés concernées, qui en ont acquis le terrain et qui les financent entièrement³. Dans certains cantons, les communautés juives concernées ont acquis un droit de superficie ou une concession⁴, voire se sont fait octroyer des parties séparées du cimetière communal⁵. Tous ces cimetières sont administrés librement par les communautés juives concernées, en conformité avec la législation applicable.

Une annexe à ce document donne davantage de détails sur ces divers cimetières et leur histoire. Il est cependant intéressant de noter que, depuis la fin du 19^e siècle, l'établissement en Suisse de nouveaux cimetières juifs a toujours été possible, y compris pendant la montée du nazisme, quand ceux de Davos dans les Grisons (en 1931) et de Kreuzlingen au bord du Lac de Constance (en 1937 !) ont été créés.

Récemment, plusieurs cantons ont modifié ou sont en train de modifier leur législation, afin de créer, en plus des cimetières privés, des carrés confessionnels. Suite à ces modifications de loi, des carrés musulmans ont été établis à partir de l'an 2000 dans plusieurs cantons, notamment dans les villes de Berne (Cimetière de Bremgarten), Bâle (Friedhof am Hörnli) et Zurich (Cimetière de Witikon).

Les rites juifs concernant l'enterrement des défunts

De tout temps et dans toutes les religions, les étapes importantes de la vie, tout particulièrement la mort, ont été des moments où les fidèles ont cherché refuge dans leur foi. Ceci est vrai aussi bien pour ceux qui ont pratiqué toute leur vie que pour une grande partie de ceux qui semblaient peu attachés à leur religion. Ceci n'est pas différent à l'époque actuelle, où la peur et des doutes existentiels devant la mort sont ressentis avec acuité. De leur vivant, les Juifs qui reposent à Veyrier ont été parfaitement intégrés dans la vie de leur pays et leur désir profond de se faire enterrer selon les rites de leur religion ne relève pas d'une volonté de ségrégation, mais d'un ultime signe d'attachement à leurs convictions religieuses.

Parmi les principales règles de la loi juive, il y a celle qui consacre l'inviolabilité du cadavre et son repos éternel. C'est ainsi que le corps doit être inhumé (la crémation est interdite) dans son intégralité et ne doit plus être déplacé par la suite. Il est donc interdit d'enlever les ossements après quelques temps et de les enterrer ensemble comme cela se fait ailleurs.

³ Ainsi pour l'Argovie à Endingen-Lengnau (1750 et 1963) et Baden ; à Bâle (1903) ; pour les Grisons à Davos (1931) ; à St. Gall (1869 et 1914) ; pour le Canton de Turgovie à Kreuzlingen (1937). Six cimetières privés ont été établis entre 1866 et 1982 en Ville de Zurich et un autre a été inauguré en 1998 à Winterthur, également dans le Canton de Zurich ; par ailleurs, il y a aussi des cimetières juifs à Lucerne et à Lugano.

⁴ C'est le cas dans le Canton de Vaud qui compte trois cimetières juifs, dont deux à Lausanne/Prilly (l'ancien cimetière est adjacent au cimetière communal et date de 1904 ; le nouveau cimetière a été inauguré en 2002, également à Prilly) et un autre qui dépend de la Communauté de Vevey et qui se trouve à La Tour-de-Peilz.

⁵ A Fribourg

Le principe de la perpétuité est respecté lorsque les cimetières sont la propriété privée des communautés concernées, lorsqu'elles disposent d'un droit de superficie ou qu'il s'agit de concessions renouvelables. Il s'accorde donc avec une grande diversité de législations nationales et cantonales.

Les tombes sont orientées vers Jérusalem ou vers la sortie du cimetière. Par ailleurs, il y a des règles précises de distance entre les corps qui doivent être respectées.

De façon générale, le Judaïsme consacre le principe de l'égalité dans la mort puisque, après la toilette rituelle, toutes les dépouilles sont habillées de façon identique, que les cercueils sont en bois sobre et que, tout en subissant l'influence du style de leur époque, les pierres tombales se ressemblent.

Comment se présente un cimetière juif ?

Ce qui distingue les cimetières juifs des cimetières chrétiens est essentiellement la forme et l'aspect des pierres tombales, ainsi que les inscriptions qui y figurent. C'est ainsi que les pierres tombales sont généralement rectangulaires, parfois un peu arrondies et très sobres. Dans des cimetières anciens, on voit que, dans leur aspect extérieur, elles ont subi l'influence de leur époque. Même sobriété pour les inscriptions qui contiennent essentiellement le nom et les dates de naissance et de décès et qui sont accompagnés de quelques caractères hébraïques. L'apparence extérieure d'un cimetière juif est de ce fait souvent plus « laïque » que celle des cimetières publics genevois qui sont marqués par les nombreuses croix qui constituent ou qui sont apposées sur les pierres tombales.

La simplicité se retrouve aussi en ce qui concerne la décoration florale, peu présente sur les tombes. Il n'y a pas de couronnes, même lors des funérailles.

En résumé, tant le cimetière que la procédure funéraire s'insèrent discrètement dans le monde environnant et ne sont ni source de nuisance, ni n'attirent une attention particulière. Ceci caractérise aussi les cimetières musulmans, dont il ne nous appartient cependant pas de décrire ici les rites et spécificités.

1. l'espace limité sur territoire genevois

Parmi les préoccupations des opposants aux cimetières confessionnels, il y a notamment l'exiguïté du territoire du canton.

Actuellement, les différentes communautés juives de Genève procèdent à quelque 40 enterrements par an. Dans le cimetière de Veyrier, où les enterrements se font actuellement sur deux niveaux, ceci correspond à un besoin en surface de 50 m² par an⁶, surfaces piétonnes non comprises.

La rareté de l'espace est un problème que l'on retrouve aussi dans d'autres villes, parfois de façon encore plus importante. Il faut cependant savoir qu'un cimetière peut être érigé dans une zone où d'autres affectations ne sont pas possibles. Avec la coopération du DAEL et des communes, de tels emplacements pourront être identifiés de façon à s'insérer dans un plan

⁶ Pour 40 places classiques en pleine terre, la surface nécessaire est 2,5 fois plus grande, soit 125m².

d'aménagement à long terme du canton. Par ailleurs, la législation sur la protection du patrimoine historique, l'expropriation, respectivement le non renouvellement d'un droit de superficie ou de concessions, s'applique aussi aux cimetières.

Par ailleurs, les règles qui prévalent dans le Judaïsme permettent tout à fait la recherche de solutions particulières dans les cas où la place est limitée. Ce problème ne se présente pas qu'à Genève, mais également par exemple à New York ou en Israël, où la population juive est bien plus importante et l'espace souvent encore plus limité. Il est ainsi permis d'enterrer les morts sur plusieurs niveaux (le nombre possible de niveaux dépend de la situation géologique du terrain), à condition de respecter certaines règles, notamment quant à la distance entre les cercueils, dans la pente d'un terrain (ce qui permet de multiplier les niveaux).

C'est ainsi que la Communauté Israélite de Genève a commencé, il y a quelques années, à enterrer ses morts sur deux niveaux dans le Cimetière de Veyrier. Cela a permis de réduire sensiblement le besoin en surface et d'augmenter le temps pendant lequel celui-ci peut encore accueillir des morts. Pour donner un ordre de grandeur, l'enterrement en caveaux sur deux niveaux permet l'ensevelissement de 2,5 fois plus de personnes sur un terrain identique, puisqu'au gain de place résultant directement du 2^e niveau s'ajoute le fait que les structures rigides nécessaires à la création de ces caveaux permet aussi un rapprochement horizontal des tombes par rapport à la méthode « classique ».

Le même mode d'enterrement a été choisi par la Communauté Israélite de Zurich (ICZ) dans son nouveau cimetière du Oberen Friesenberg. Un autre mode d'enterrement original et respectueux de l'environnement et de la place disponible est celui choisi par la Communauté Israélite Libérale de Zurich qui a établi en 1982 son cimetière « am Schützenrain » en bordure d'une forêt.

Le fameux cimetière de Prague a accueilli les Juifs pendant de nombreux siècles grâce aux couches successives de tombes qui y ont été installées. Aujourd'hui, on y trouve jusqu'à 7 niveaux de tombes. Un autre exemple est celui du cimetière du Mont Sinai en Californie ou du cimetière Yarkon, à Tel Aviv, dont l'aménagement respectueux de l'espace est décrit sur plusieurs sites Internet⁷.

Des solutions respectueuses de la place disponible peuvent également être trouvées dans la religion musulmane. Selon M. Hafid Ouardiri, porte-parole de la Fondation culturelle islamique de Genève « *Dans la tradition musulmane le renouvellement des concessions n'existe pas et il n'y a pas de tombe perpétuelle. Après un certain temps (selon le règlement en vigueur), la tombe peut être réoccupée par une autre sépulture. Il suffit d'enterrer plus profondément dans la même tombe les ossements précédents. De cette façon, le cimetière ou le carré peut satisfaire le plus longtemps possible aux besoins funèbres des générations à venir.* »

Cette solution a été choisie notamment dans le cimetière musulman de Ferney Voltaire où l'on compte actuellement jusqu'à trois niveaux de sépultures.

Toute crainte de voir les cimetières confessionnels occuper, à long terme, une part disproportionnée du territoire cantonal est donc infondée. Comme les exemples ci-dessus le démontrent, l'établissement de cimetières confessionnels à Genève pourra se faire de façon à

⁷ www.mt-sinai.com/property_types.html; www.gcocities.com/CapitolHill/Congress/7900/home.html; www.jcwisjfsf.com/content/2-0-/module/displaystory

sauvegarder au maximum l'espace restreint qui y est disponible. A moyen terme, l'enterrement sur plusieurs niveaux permettrait même de gagner une place considérable par rapport à l'ensevelissement tel qu'il se pratique actuellement dans les cimetières publics genevois.

L'interdiction genevoise des cimetières confessionnels viole la Constitution fédérale

La Constitution fédérale de 1999 (CF) consacre la liberté de conscience et de croyance à son article 15 al. 1. Cette liberté est définie à l'al. 2 par le droit de toute personne « *de choisir librement sa religion ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté* ».

Par ailleurs, l'article 8 al. 1 de la nouvelle Constitution fédérale interdit spécifiquement les discriminations qui sont fondées notamment sur les convictions religieuses. Il convient de préciser que ceci n'englobe pas seulement les discriminations directes mais, selon la jurisprudence du TF⁸, aussi les discriminations indirectes. Cela inclut notamment toute réglementation qui, sans comporter un inconvénient manifeste pour un groupe spécifique, entraîne sur le plan pratique un désavantage particulièrement lourd pour les membres de ce groupe, sans que ceci ne soit justifié par les faits.

Devant cette situation, la Communauté Israélite de Genève a demandé au Prof. Andreas Auer d'examiner la question de la compatibilité de la Loi genevoise sur les cimetières avec la Constitution fédérale. L'avis de droit que le Professeur Auer a rendu par la suite a été publié entre-temps dans la Revue de droit administratif et fiscal⁹.

Sans entrer dans le détail de cet avis de droit, il convient de relever que la réglementation genevoise actuelle

- constitue une atteinte grave, injustifiée et disproportionnée à la liberté de religion,
- est « *contraire au droit à une sépulture décente garantie par la Constitution fédérale à travers la garantie de la dignité humaine* »¹⁰ et
- constitue une discrimination indirecte des religions minoritaires concernées.

Le Professeur Auer conclut :

« 99. L'interdiction des cimetières particuliers et des carrés confessionnels, telle que stipulée en de termes absolus par la loi genevoise sur les cimetières de 1876, était conforme aux exigences découlant à l'époque de la Constitution fédérale de 1876. Aujourd'hui, en revanche, elle est manifestement contraire à la liberté de religion, au droit à une sépulture décente et à l'interdiction des discriminations fondées sur les convictions religieuses. Ces libertés et ces droits confèrent aux personnes de religion juive et musulmane un droit à obtenir de l'Etat des conditions d'inhumation qui soient conformes à leurs cultes et convictions. »

⁸ ATF 126 II 377

⁹ RDAF 2003, p. 161 – 199.

¹⁰ Ibid p. 193

100. Contraire à la Constitution fédérale, la loi sur les cimetières de 1876 doit impérativement être révisée par son auteur. En attendant, elle ne peut plus être appliquée par les autorités qui en ont la charge. Ces autorités ne pourront pas refuser d'entrer en matière sur une demande d'établissement d'un cimetière particulier, mais devront prendre des mesures positives pour pouvoir, le cas échéant, y donner une suite favorable.»¹¹

Sur l'essentiel, sa conclusion est partagée par le Professeur Claude Rouiller, ancien Président du Tribunal fédéral, mandaté par M. Manuel Tornare, Conseiller administratif de la Ville de Genève, qui a conclu que la liberté de religion doit protéger **de façon primordiale** les rites funéraires et les modes de sépulture dans toute leur diversité.

Le principe genevois de la laïcité

La notion de la laïcité de l'Etat désigne généralement une organisation qui consacre la séparation entre l'église et l'Etat. Par voie de conséquence, l'Etat observe une neutralité à l'égard des religions.

Il faut se rappeler qu'à l'origine, le principe de la laïcité de l'Etat a été voulu afin de mettre un terme à la mainmise de la religion dominante sur la façon dont diverses tâches publiques étaient accomplies. La laïcité a ainsi permis de protéger les religions minoritaires (à l'époque, à Genève, surtout le catholicisme) contre une ingérence par la religion d'Etat.

Les communautés juives de Genève adhèrent totalement à ce principe.

Le principe de la laïcité n'est cependant pas absolu. Il ne vise et n'interdit notamment pas l'exercice des diverses religions par les particuliers et au sein d'institutions privées, notamment dans des lieux de prière. Il ne viendrait d'ailleurs à l'idée de personne d'interdire les mosquées et les synagogues et d'obliger toute la population à prier, à des moments différents, à l'église ou dans un lieu de réunion « laïc ».

En 1847, le Conseiller d'Etat James Fazy, pourtant grand avocat de la laïcité, a lui-même accordé les concessions permettant la construction de l'Eglise anglaise, de la Synagogue, de l'Eglise russe et du temple franc-maçon (devenu le Sacré-Cœur)¹².

Par ailleurs, plusieurs entorses sont faites, à Genève comme ailleurs, au principe de la laïcité dans le cadre même de l'accomplissement de tâches publiques et ceci sans le moindre problème. C'est ainsi que nos magistrats prêtent serment à la cathédrale et que les fêtes laïques de l'Escalade et de la Restauration sont célébrées officiellement au sein même de la cathédrale et par des ecclésiastiques. De même, les jours fériés officiels et les vacances scolaires sont toujours largement dominés par le calendrier religieux.

¹¹ Ibid. p. 198/9

¹² Séance du Conseil Municipal du 12 octobre 1999, mémorial p. 1452/3

Quant aux cimetières publics genevois, force est de constater la présence nombreuse de croix, crucifix et de références religieuses sur les pierres tombales, ainsi que la présence à proximité de chapelles et de lieux de prières. Ceci se comprend, puisque les Chrétiens aussi ont recours, au moment de leur mort, aux rites et aux sépultures de leur religion et que l'aménagement des cimetières est largement inspiré par les convictions dominantes¹³.

C'est aussi la conclusion du rapport neuchâtelois qui s'est penché sur la question¹⁴ et qui constate : « *En définitive, il n'y a pas de lieux publics laïcs où la liberté religieuse s'exprime avec autant de visibilité que dans les cimetières !* »

La laïcité doit s'entendre comme conciliant la liberté individuelle d'expression d'une conviction et le nécessaire respect par tous des libertés fondamentales et des personnes, principes qui doivent s'appliquer à tous et partout. C'est pourquoi nous soutenons le projet du Conseil d'Etat visant à la création de cimetières privés confessionnels, dans le respect de la Loi et de la volonté des défunts.

Cimetières confessionnels privés ou carrés confessionnels ?

A Genève, outre des divergences sur le principe même des espaces d'ensevelissement confessionnels, s'opposent aussi les adeptes des cimetières privés et ceux des carrés confessionnels.

Le Conseil d'Etat a choisi d'inclure dans son projet la possibilité d'établir des cimetières confessionnels aussi bien sur terrain privé que sur terrain public (point 6 de l'exposé des motifs de janvier 2004). Les cimetières confessionnels seraient ainsi basés soit sur un titre de propriété, un droit de superficie ou encore sur une concession. Toutes ces solutions sont compatibles avec les exigences de la religion juive, si la concession est renouvelable, et répondent également aux besoins de la religion musulmane, tels qu'ils ont été spécifiés par M. Ouardiri.

Dans les deux cas, les cimetières confessionnels seraient gérés par les communautés respectives, sur la base d'un règlement approuvé préalablement par le conseil d'Etat. Cette exigence ne pose aucun problème.

Pour les communautés juives, à notre connaissance, l'ensemble des cimetières confessionnels en Suisse a été établi selon ces principes, avec certaines nuances quant à la construction juridique.

La possibilité d'ériger des cimetières confessionnels sur terrain public se rapproche de la solution des carrés confessionnels préconisée par la Ville de Genève, basée sur un système de concessions.

¹³ Auer, *ibid* p. 188/9

¹⁴ Rapport de la Communauté de travail pour l'intégration des étrangers, février 2002, p. 18

Les raisons qui poussent les communautés juives à soutenir la proposition du Conseil d'Etat ne sont dès lors pas liées à l'emplacement privé ou public des futures cimetières confessionnels, mais aux éléments suivants qui nous semblent essentiels :

- la création d'une base légale claire, qui fixe durablement le cadre des cimetières confessionnels de notre canton,
- la recherche d'une solution cantonale, puisque seuls les ressortissants ou résidents de la ville de Genève et de Lancy peuvent être enterrés au cimetière St. Georges,
- éviter un éparpillement sur toutes les communes de cimetières ou de carrés confessionnels, ce qui non seulement occuperait plus de place, mais poserait des problèmes pratiques, tant aux administrations des cimetières concernés qu'aux communautés religieuses
- permettre l'établissement et l'administration des cimetières confessionnels par ou avec le concours des communautés religieuses, de façon à assurer le respect des règles religieuses dans un cadre législatif et réglementaire donné.

Les communautés juives se rallient par avance à toute solution qui permettra d'atteindre ces buts, ce qui est notamment le cas du projet du Conseil d'Etat.

SSD/07.09.04

ANNEXE 5 bis

Histoire et statut des cimetières juifs en Suisse

Des cimetières juifs existent actuellement dans près de la moitié des cantons suisses. Dans les autres cantons, le besoin d'un cimetière juif ne s'est jamais posé. L'aperçu suivant mentionne aussi quatre des cimetières musulmans existant en Suisse.

Argovie Créé en 1750, le Cimetière d'Endingen-Lengnau est le plus ancien cimetière juif de notre pays. Il est la propriété privée des communautés juives d'Endingen et de Lengnau.

En 1963, une nouvelle parcelle de 48.64 ares a été acquise par l'association, qui œuvre pour la conservation des synagogues et des cimetières d'Endingen et de Lengnau. Ceci a permis la réalisation d'une extension de l'ancien cimetière.

Dans le canton d'Argovie, un autre cimetière juif existe dans la ville de Baden.

Berne Des cimetières juifs privés existent dans les villes de Berne et de Bienne et appartiennent aux communautés juives respectives, qui les gèrent de façon autonome.

A noter qu'à Berne, les communautés juives bénéficient depuis peu d'une reconnaissance publique, qui n'a pas affecté la question des cimetières. Par ailleurs, un carré confessionnel musulman existe dans le cimetière de Bremgarten qui se trouve en Ville de Berne¹.

Bâle-Ville Cimetière privé établi en 1903 à Bâle (Hegenheimerstrasse). Il est la propriété de la Communauté juive de Bâle, qui continue à y enterrer ses morts.

A noter qu'à Bâle, les communautés juives bénéficient depuis peu d'une reconnaissance de droit public, qui n'a pas affecté la question des cimetières. Par ailleurs, un carré confessionnel musulman a été créé dans le cimetière cantonal « am Hörnli »².

Fribourg Le cimetière juif de Fribourg est contigu au cimetière communal. La commune, propriétaire du terrain, a accordé à la Communauté Israélite de Fribourg le droit de le gérer dans sa totalité et de façon tout à fait indépendante.

Genève Création, dès 1800, d'un cimetière juif de Carouge, aujourd'hui le seul cimetière privé de Genève. Après l'adoption en 1874 de la Loi actuelle sur les cimetières, l'établissement de nouveaux cimetières privés et/ou confessionnels est devenu impossible. Des enterrements au Cimetière de Carouge ont pu se poursuivre sous le régime d'exception de l'art 1 al. 3 de la Loi.

En 1929, création d'un cimetière israélite à cheval sur les communes suisses de Veyrier (où se situe l'entrée et l'oratoire) et la commune française

¹ muslimsonline.com/~bern/islamischer_friedhof.html

² translate.google.com/translate?hl=fr&sl=de&u=http://www.rci-news.ch/21_Islam/21e26.html&prev=/search%3Fq%3D%252B%2522Friedhof%2Bam%2BH%25C3%25B6mli%2522%2B%252BMuslim%26hl%3Dfr%26lr%3Dlang_de%26cr%3DcountryCH%26ic%3DUTF-8

d'Etrembière (où se situent toutes les tombes). Ce cimetière, qui a pu être étendu par la suite, arrive bientôt à saturation. Depuis 4 ans environ, les enterrements s'y font sur deux niveaux.

Un carré confessionnel musulman a été créé en 1979, puis étendu, dans le Cimetière du Petit Saconnex appartenant à la Ville de Genève. Ceci a été possible, malgré la loi cantonale, grâce à la tolérance des autorités concernées.

Grisons Le cimetière Israélite de Davos a été créé en 1931, après acquisition par la Fédération Suisse des Communautés Israélites d'un terrain jouxtant le cimetière communal. Il s'agit d'un cimetière privé qui est toujours la propriété de la FSCI et qui jouit même d'une garantie de la commune contre une éventuelle expropriation. Essentiellement des Juifs morts à Davos de maladies pulmonaires, puis, pendant la 2^e Guerre Mondiale, des réfugiés y ont été enterrés. Des ensevelissements continuent à se pratiquer dans ce cimetière.

Neuchâtel Le seul cimetière confessionnel juif du canton a été inauguré en 1872 à la Chaux-de-Fonds et appartient à la Communauté israélite de cette ville. Il est assez grand pour accueillir encore longtemps les morts juifs de tout le canton.

Entre-temps, une loi a été adoptée qui interdit l'établissement de cimetières privés. Les cimetières préexistants peuvent par contre continuer à être utilisés. En juin 2003, cette loi a été modifiée à nouveau de façon à permettre la création de carrés confessionnels. La création de carrés musulmans à La Chaux-de-Fonds et à Neuchâtel est actuellement à l'étude.

St. Gall Les deux cimetières juifs sont des cimetières privés, qui appartiennent à la Communauté juive de St. Gall. Le premier d'entre eux a été créé en 1869 et le deuxième en 1914. Celui-ci dispose de suffisamment de place, pour longtemps.

A Saint Gall aussi, la communauté juive bénéficie d'une reconnaissance publique. Avant comme après cette reconnaissance, les cimetières privés de la communauté ont été gérés par elle de façon tout à fait autonome.

Thurgovie Le seul cimetière juif du canton a été inauguré en 1937 (!) à Kreuzlingen, près de la frontière allemande, essentiellement pour permettre aux Juifs de la région qui, jusqu'alors trouvaient leur dernier repos à Constance, d'y être enterrés. Il a été érigé à l'époque de la montée du nazisme sur un terrain privé acquis, en Suisse, par l'association pour l'établissement d'un cimetière juif. La Communauté juive de Kreuzlingen n'a, quant à elle, été fondée qu'en 1939. Ce cimetière continue à bénéficier d'un statut privé.

La question d'autres cimetières confessionnels (juifs ou musulmans) ne se pose actuellement pas en Thurgovie.

Vaud Trois cimetières juifs se trouvent sur le territoire du canton, dont un cimetière privé rattaché à la Communauté juive de Vevey (à la Tour-de-Peilz). Les deux autres cimetières sont gérés par la Communauté israélite de Lausanne et se trouvent dans la Commune de Prilly. L'ancien date de 1908, le nouveau a été inauguré en 2002 à Prilly (Cimetière du Bois de Céry).

Sur le plan juridique, ce dernier appartient à la Commune de Prilly, mais la Communauté israélite de Lausanne bénéficie d'un droit de superficie illimité et d'une concession globale qui lui permet de gérer ce cimetière de façon tout à fait autonome. Il a une superficie de 20'000 m² dont 13'000 m² ont été utilisés dans la première étape.

Zurich Plusieurs cimetières juifs se trouvent sur le territoire du canton de Zurich. Il s'agit de cimetières privés qui appartiennent tous aux Communautés dont ils relèvent.

Deux cimetières situés dans la Ville de Zurich appartiennent à la ICZ, la plus grande communauté juive du canton. celui de l'Unterer Friesenberg, dont le terrain a été acquis en 1866, et son extension de l'Obererer Friesenberg, inauguré en 1952. Une extension fut ajoutée à ce cimetière en 1988. Les ensevelissements s'y font maintenant sur deux niveaux.

Le premier cimetière de la communauté orthodoxe IRG a été créé en 1899, à Zürich Oerlikon ; le deuxième, qui est encore utilisé aujourd'hui, a été créé autour de 1936 à Zurich Binz-Witikon. Les deux sont des cimetières privés.

Un autre cimetière juif a été créé en 1913 par la Communauté « Agudas Achim » à Albisrieden. Quant à la communauté juive libérale de Zurich, elle a inauguré son cimetière forestier en 1982.

La Communauté Israélite de Winterthur a quant à elle inauguré en 1998 le Cimetière Israélite Rosenberg, dont elle est le propriétaire.

Zurich a créé récemment sur le cimetière public de Witikon³ un secteur dans lequel les différentes communautés religieuses peuvent disposer d'un carré qu'ils peuvent aménager et gérer selon leurs propres besoins.

Des cimetières confessionnels juifs existent aussi dans les cantons de Lucerne (Ville de Lucerne) et du Tessin (Lugano).

06/04/SSD

³ www.stadt-zuerich.ch/bfa/friedhoehe/witikon.html



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

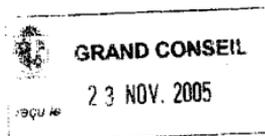
Département de l'aménagement,
de l'équipement et du logement

Le Conseiller d'Etat

DAEL - Présidence
Rue David-Dufour 5
Case postale 22
1211 Genève 8

N°réf : P/s

GRAND CONSEIL	
Expedié le	23.11.05 Vis RP
Président	X
Commissaire	X
Secrétaire	X
Commissaire	X des Affaires Comm.
Procès-verbaux	
Copie à	
Divers	env. par courriel



SERVICE DU GRAND CONSEIL
Commission des affaires communales,
régionales et internationales
Monsieur Alain ETIENNE
Président
Rue de l'Hôtel-de-Ville 2
Case postale 3970
1211 Genève 3

Genève, le 22 novembre 2005

Concerne : Cimetières confessionnels - PL 9346

Monsieur le Président,

Le Conseil d'Etat, ayant pris connaissance des remarques formulées par la commission, a reformulé le chapitre 3 de la loi afin d'autoriser des cimetières confessionnels dans notre canton.

Allant dans le sens des vœux de la commission, le projet de loi prévoit que les communes peuvent, dans l'enceinte des cimetières municipaux, prévoir des quartiers destinés à des communautés religieuses spécifiques, à condition que lesdits quartiers soient clairement distincts et comportent un accès séparé.

Le projet prévoit également la possibilité, avec l'accord préalable de la commune concernée, que soit créé un cimetière confessionnel totalement distinct.

Enfin, l'article 15 de la loi précise ce qu'il faut entendre par l'expression "communautés religieuses".

Pour le cas où vous souhaiteriez entendre le Conseil d'Etat, je vous informe qu'il m'a délégué à ces fins, et que je suis par conséquent à votre entière disposition.

Veuillez croire, Monsieur le Président, à l'expression de ma considération distinguée.

Laurent MOUTINOT

Chapitre 3 : Cimetières confessionnels

Art. 13. Avec l'autorisation du Conseil d'Etat, les communes peuvent constituer, dans l'enceinte des cimetières, des quartiers destinés à des communautés religieuses dont le rituel d'inhumation répond à d'autres modalités de sépulture que celles prescrites par la présente loi.

Afin de garantir l'ordre public et la paix des morts, ces quartiers doivent être distincts et comporter un accès séparé.

Art. 14. Avec l'accord préalable de la commune concernée, le Conseil d'Etat peut autoriser une communauté religieuse à disposer de son propre cimetière. Les dispositions du Chapitre 1 de la présente loi sont applicables.

Art. 15. Au sens de la présente loi, constitue une communauté religieuse l'ensemble des personnes qui partagent la même religion dont les règles impliquent un traitement de l'inhumation particulier.

La reconnaissance de communautés religieuses

La philosophie se démène depuis l'époque de Hegel avec la question de la reconnaissance de la différence. Pour Georg F. Hegel, la reconnaissance mutuelle était une force qui mène à l'imposition d'institutions démocratiques et qui permet la liberté dans la différence. Si, malgré des différences irréductibles, les êtres humains se respectent dans une société, ils doivent pour résoudre des problèmes communs entrer dans des procédures à caractère séculaire (Rawls 1993). Ce sont là typiquement des procédures démocratiques de recherche de consensus et de décision. Par là, l'analyse des processus de reconnaissance de la différence devient la clé de la compréhension de la dynamique de modernisation de la société qui élargit les libertés démocratiques et jauge ainsi les sociétés sur la paix, ou selon Honneth (Honneth 1994: 11f):

„Hegel vertritt in jener Zeit die Überzeugung, dass sich aus einem Kampf der Subjekte um die wechselseitige Anerkennung ihrer Identität ein innergesellschaftlicher Zwang zur praktisch-politischen Durchsetzung von freiheitsverbürgenden Institutionen ergibt; es ist der Anspruch der Individuen auf die intersubjektive Anerkennung ihrer Identität, über dem gesellschaftlichen Leben von Anfang an als eine moralische Spannung innewohnt, über das jeweils institutionalisierte Mass an sozialem Fortschritt wieder hinaustreibt und so auf dem negativen Weg eines sich stufenweise wiederholenden Konfliktes allmählich zu einem Zustand kommunikativ gelebter Freiheit führt“.

La pertinence théorique de cette compréhension hégélienne a été avant tout systématisée par Axel Honneth (Honneth 1994) et Charles Taylor (Taylor 1992) de différentes manières. Alors que le premier aurait souhaité transformer les luttes pour la reconnaissance en droits individuels positifs, Taylor – en tant que communautarien – se propose plutôt la perspective de droits collectifs. Honneth souligne à cet égard que les valeurs sont attribuées à des individus, même si ce sont des valeurs transmises de façon collective. Pour Honneth, qui s'appuie sur Hegel, la reconnaissance implique l'inclination émotionnelle, la considération cognitive et l'estime sociale.

En d'autres mots, pour Honneth (comme pour Habermas, dont Honneth est le disciple), les droits doivent être établis à l'échelon individuel pour pouvoir profiter aussi à la collectivité. Si par exemple le droit à la liberté confessionnelle est arrêté en tant que droit individuel, cela peut mener à la solidification d'une communauté religieuse qui s'appuie sur des individus qui réclament ce droit (Habermas 1993). Ainsi, on s'assure aussi de ce que ne se perpétuent des valeurs dépassées, que plus aucun individu ne reprend à son compte.

Taylor mise quant à lui sur la reconnaissance au travers des droits collectifs et voudrait ainsi arriver à l'extension démocratique des droits à des groupes. Comment justifie-t-il ce

niveau de la reconnaissance? Son argument majeur réside dans la critique des droits individuels. Si les droits sont formulés en tant que droits individuels, alors cela mène à l'homogénéisation des sociétés et aux cultures des majorités. C'est pourquoi, à côté de tels droits fondamentaux, il faut aussi adjoindre certains droits collectifs qui permettent de développer une politique de la reconnaissance de la différence. Ce n'est qu'avec des droits collectifs que par exemple des minorités peuvent, elles aussi, trouver une protection à plus long terme. Par exemple une langue comme le réto-romanche serait vouée à la disparition, si l'on n'avait développé une politique de la langue, encourageant et favorisant de façon globale une communauté linguistique et non pas des individus.

Taylor motive la nécessité de droits collectifs par l'exemple canadien (la relation entre le Québec et le reste du pays). Il souligne que l'indépendance du Québec a en effet toujours été revendiquée, mais n'a pourtant jamais été réalisée. Bien plus que de la distance sous forme d'indépendance, sa population voudrait que le „rest of Canada“ reconnaisse le Québec en tant que réalité culturelle. Selon les arguments de Taylor, la lutte pour la reconnaissance tarit aussitôt que la majorité accorde à la minorité l'égalité de droits, reconnaît son identité culturelle et son poids politique.

On peut aussi voir, derrière cette analyse des processus de reconnaissance, la base théorique de l'appréhension de la dynamique de reconnaissance de religions différentes au sein d'un même Etat. Car il faut bien partir du principe que la reconnaissance des identités religieuses ne doit pas engendrer des cloisons, mais le projet ambitieux et commun d'une société (confessionnellement) pluralisée.

En d'autres termes, la reconnaissance en droit (la juridification) de la différence confessionnelle est une réponse aux luttes pour la reconnaissance des sociétés modernes et, avec Hegel et Honneth, un signe pour une dynamique de démocratisation – une indication pour Taylor que les sociétés modernes se sont pluralisées et qu'elles sont à la recherche de formes dignes de vie commune dans la différence.

***Modus vivendi* et Eglise d'Etat: différences analytiques**

Diverses variantes existent quant à la manière d'attribuer de tels droits collectifs dans le contexte de la reconnaissance des religions. Analytiquement parlant, on peut partir d'une situation minimale de *modus vivendi*, dans laquelle l'organisation de la différence est autorisée. Cette situation se fonde sur la liberté d'organisation (création d'association) et ne nécessite aucune reconnaissance formelle d'une religion, mais simplement la possibilité de s'associer autour d'idéologies, d'intérêts et de confessions. Cette liberté associative existe en Suisse et n'est soumise qu'à quelques règles formelles. A cet égard, il est particulièrement intéressant de noter qu'il n'existe en Suisse aucun contrôle étatique direct sur cette vie associative, mais que certaines formes démocratiques sont prescrites par le code civil fédéral et que toute association – y compris donc par toute communauté religieuse constituée en association – se doit de respecter.

La reconnaissance de communautés religieuses sous forme d'organisations statutaires (organisations qui ont des statuts d'association), dans leur particularité de communauté

confessionnelle, va encore plus loin. Cette reconnaissance n'implique pas de privilèges particuliers, mais revêt toutefois une signification symbolique importante. Une communauté de droit devrait en effet distinguer une religion en tant que telle des autres associations, comme celles constituées sur une base idéologique (tels que les partis) par exemple, et reconnaître du même coup une particularité religieuse comme pertinente pour la société. De telles formes de reconnaissance existent dans certains cantons suisses, comme Fribourg où, à côté de la reconnaissance en droit public, la reconnaissance en droit privé est explicitement prévue par la constitution. Les religions qui sont reconnues ainsi reçoivent donc une confirmation formelle de leur existence, mais, d'un point de vue juridique, restent cependant des associations.

Plus significative encore est la reconnaissance en droit public qui accorde un statut particulier aux groupes religieux et les transforme en organismes de droit public (comparables aux Universités). Certains droits peuvent aussi y être associés (p.ex. un soutien fiscal ou le droit aux lieux de culte). Cette reconnaissance en droit public est la règle dans beaucoup de cantons en Suisse. Ainsi, cela procure aux communautés religieuses reconnues des possibilités extraordinaires d'apporter leur contribution à la formation de valeurs dans la société. En effet, l'Etat confessionnellement neutre ne peut se trouver systématiquement ses propres valeurs fondamentales, du moins pas en tant qu'institution dépendant des valeurs de ses citoyens. Il est ici tributaire des contributions d'autres institutions de la société.

Enfin, une religion peut faire l'objet d'une reconnaissance toute particulière, sous forme d'„Eglise d'Etat“, possibilité n'excluant pas même que différentes religions puissent être reconnues comme „Eglises“ d'Etat. Ce qui a pour effet d'ancrer constitutionnellement le rôle prédominant d'une communauté religieuse. L'Etat prend dès lors en charge le domaine externe de la communauté confessionnelle et la représente vis-à-vis du monde extérieur par ses propres instances.

Il faut encore mentionner ici que, outre ces formes de reconnaissance des religions, des persécutions ou des formes explicites de non-reconnaissance sont aussi possibles. Cela peut par exemple se produire par l'interdiction pure et simple d'un groupe religieux s'il devait être répertorié en tant que secte nuisible ou tomber sous le coup d'une réglementation spéciale concernant les sectes (interdiction globale de sectes).

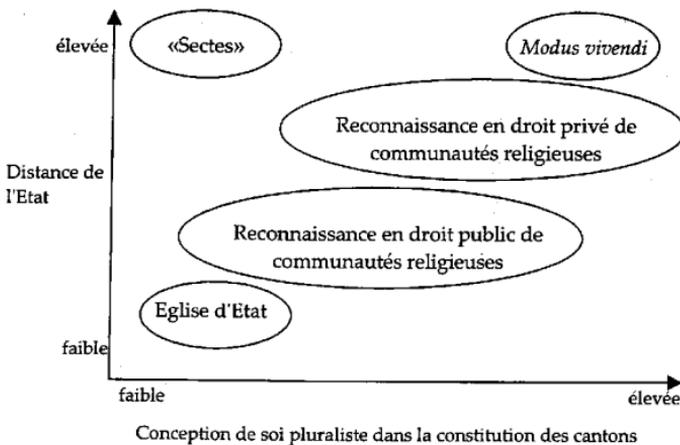
Ces diverses différences analytiques des formes de reconnaissance permettent d'introduire une double perspective, distinguant la proximité de l'Etat par les niveaux de la reconnaissance (de la liberté d'association jusqu'à l'Eglise d'Etat) de la conception d'elle-même de la société, exprimée par les constitutions respectives des cantons (par exemple la distinction entre Eglises nationales et d'autres communautés religieuses). Sur le plan analytique, le *modus vivendi* peut faire office de forme de coopération reproduisant le mieux possible la société pluralisée et sécularisée. Ceci ne signifie pas, comme nous l'avons déjà indiqué, qu'une société pluraliste ne pourrait pas aussi se construire à partir de ses communautés religieuses. Comme les Etats-Unis le démontrent, il est, bien au contraire, possible dans une telle société de développer des politiques communautaires, misant également sur la différence religieuse (voir Figure 1). L'Etat confessionnellement neutre s'interdit à vrai dire une identification avec une religion. C'est pourquoi les véritables Eglises d'Etat sont tombées en désuétude dans notre vision contemporaine. Dans la définition des relations que l'Etat entretient avec les communautés religieuses, on entrevoit cependant une certaine marge de manœuvre. Un trai-

tement inégalitaire qui en résulte doit toutefois toujours pouvoir s'appuyer sur des critères objectifs.

Les diverses formes possibles de reconnaissance ne s'excluent pas les unes les autres. Mais on peut partir du principe que, si des formes différentes de reconnaissance coexistent, cela puisse être perçu comme discriminatoire, notamment par des groupes religieux souhaitant une forme plus marquée de reconnaissance. Ainsi, dans le canton d'Argovie par exemple, il existe une distinction établie dans la constitution entre les Eglises nationales et les autres communautés confessionnelles qui induit une sorte de nivellement de la reconnaissance et qui, pour les religions qui n'ont pas obtenu le statut d'Eglise nationale (et dès lors non plus certains droits dans ce cas de figure), peut avoir des effets discriminatoires.

Cela devient particulièrement évident lorsqu'un problème similaire subit un traitement différent, comme par exemple celui des cimetières (voir à cet égard l'Annexe I).

Figure 1: Formes de reconnaissance de communautés religieuses – un schéma analytique



L'arrangement juridique de la reconnaissance en Suisse³

L'analyse de la relation entre Etat et religion en Suisse montre que des formes différentes de reconnaissance peuvent exister simultanément. Traditionnellement, la position des communautés religieuses reconnues en droit public s'explique de par un mouvement visant à se

³ Pour ce chapitre, voir avant tout Famos 1999; Fuchs 1985; Grotefeld 2000.

distancier de l'Etat. Jusqu'au XIXe siècle prédominait en Suisse le système de l'Eglise d'Etat qui, dans les cantons protestants avant tout, se caractérisait par une intégration organisationnelle des Eglises dans l'appareil d'Etat. L'Eglise y était pour ainsi dire une administration d'Etat. Finalement, on a aspiré à se distancier des Eglises – ce qui fut politiquement accompli dans tous les cantons au cours de la deuxième moitié du XIXe siècle, mais dans des proportions inégales – afin de leur accorder plus d'autonomie et de liberté, mais aussi pour tenir compte du pluralisme religieux du pays. Le compromis entre proximité étatique (et autonomie de l'Eglise d'Etat à marge de manœuvre limitée) et éloignement étatique (et des pertes de privilèges) nécessitait une construction juridique qui garantisse la position privilégiée dans la société. Le chemin pour y accéder passait, dans la plupart des cantons, par la reconnaissance en droit public. Dès lors, les communautés confessionnelles n'étaient plus liées directement à l'Etat, mais devenaient des personnes morales indépendantes, relevant du droit public. Il faut donc considérer la reconnaissance en droit public comme un juste milieu entre l'Eglise d'Etat et la séparation complète entre l'Etat et les communautés religieuses.

Cette prise de distance entre Etat et Eglise, achevée au XIXe siècle, s'est pour cette raison retrouvée sous une lumière nouvelle lorsque, ces dernières années, le débat autour de la reconnaissance de communautés religieuses apparut, essentiellement lié aux revendications de communautés musulmanes. S'il s'agissait d'abord de trouver une distance entre Etat et religion, on se trouve aujourd'hui confronté à la question de l'égalité de droits des différentes communautés religieuses et par là, à la question de la reconnaissance. Il faut donc plutôt considérer le débat actuel comme un effort en vue d'harmoniser les différences de conditions entre les différentes communautés religieuses, reconnues ou non. Ici, un mouvement vers l'Etat a lieu où les communautés souhaitent la reconnaissance et demandent la sortie du droit privé pour être dotées d'une personnalité juridique de droit public.

Que cette discussion autour de la reconnaissance ait encore actuellement lieu de manière peu différenciée s'explique par le fait qu'il n'existe toujours pas en Suisse de concept consensuel de la reconnaissance en droit public de communautés religieuses. La Constitution fédérale délègue entièrement aux cantons le règlement de la relation entre l'Etat et les institutions religieuses. Ainsi, pour une seule et même question, on se retrouve, en abordant ce thème de la reconnaissance en droit public, face à la multitude fédérale sous forme de 26 réponses différentes (voir Annexe II). Malgré toutes les différences, un noyau commun se laisse dégager et qui semble être à la base de la conception de ce qu'est la reconnaissance en droit public de tous les cantons (Famos 1999: 9).

Ce noyau commun présente deux facettes: il inclut d'un côté – comme le terme le laisse entendre – la reconnaissance au sens d'une estimation que l'Etat apporte à la communauté religieuse. De l'autre côté, la notion de „droit public“ implique en règle générale que cet aspect de la reconnaissance est suivi d'un acte constitutif, à savoir la constitution de la communauté en tant que personne juridique du droit public (Kraus 1993: 430), où la forme de corporation, c'est-à-dire l'association de personnes, est mise en avant.

Ces deux facettes ne sont toutefois pas nécessairement liées l'une à l'autre. En Suisse, les cantons de Genève et de Neuchâtel sont habituellement considérés comme des cantons de séparation, car ils n'accordent pas de personnalité juridique publique à leurs communautés

religieuses. Toutefois, tous les deux reconnaissent explicitement certaines communautés religieuses, dans le sens d'accorder une estime, et leur octroient ainsi des avantages matériels.

La concession d'une personnalité juridique publique ne dit par conséquent encore rien en soi sur les compétences et les devoirs de la personne morale. C'est certainement l'autorité souveraine sur les adhérents qui leur incombe (Häfelin und Müller 1998: 1023); à quoi cette autorité peut servir ou ce qu'elle est habilitée à faire d'autre peut varier d'un canton à l'autre et peut aussi faire l'objet de négociations entre l'Etat la communauté religieuse.

Les compétences (ce que la personne morale est autorisée à faire) ou les privilèges (ce qui lui est accordée) – mais aussi les devoirs (ce qu'elle est tenue de faire) – ne doivent en d'autres mots pas nécessairement suivre la reconnaissance en droit public: ils sont de „nature accidentelle“ (Cavelti 1954: 28). Il peut ici s'agir de droits fiscaux (le droit de prélever un impôt à ses adhérents), mais aussi de l'intégration de l'enseignement religieux à l'école ou de certaines prérogatives quant à l'accès aux personnes emprisonnées (assistance spirituelle pénitentiaire) ou hospitalisées (assistance spirituelle hospitalière) – voir Tableau 1.

Un but de la reconnaissance est en effet d'améliorer le statut des communautés religieuses par l'octroi de prérogatives, quand bien même seule une partie des privilèges possibles leur est accordée. Ainsi, la plupart des communautés religieuses reconnues se voit autorisée à prélever un impôt auprès de leurs fidèles. L'exemple de la paroisse israélite dans le canton de Berne démontre toutefois que cela n'est pas coercitif. Dans ce cas, la reconnaissance en droit public ne lui accorde pas le droit de prélever un impôt à ses membres.⁴

La description de la relation, et ses conséquences sous forme de devoirs et de privilèges, peut avoir lieu dans l'acte fondateur du canton même (dans la constitution) ou à un autre endroit approprié de l'ordre juridique. Si, par exemple, la communauté religieuse concernée doit avoir le droit de prélever un impôt, cela doit impérativement être établi par une loi, selon la doctrine des droits fondamentaux, sans quoi la légitimation démocratique nécessaire ne saurait être atteinte. Que cela se passe au niveau d'une loi spéciale ou dans la loi fiscale n'a aucune importance quant au contenu.

A cet égard, il nous semble également important de relever que toutes les compétences, tous les privilèges (autorisations d'agir), ne demandent pas une reconnaissance en tant que personnalité juridique reconnue en droit public (cf. Karlen 1996: 43). Certains droits, comme par exemple celui d'exercer l'assistance spirituelle, peuvent sans autre être accordé à des associations de droit privé. Généralement, ce droit-là est toutefois reconnu en premier lieu aux communautés religieuses reconnues en droit public.

⁴ La loi sur les communautés juives représente un degré intermédiaire intéressant entre la reconnaissance, telle qu'elle accordée aux Eglises chrétiennes de Berne, et la séparation totale. Les communautés juives sont reconnues au niveau constitutionnel déjà, mais tous les privilèges des Eglises chrétiennes ne leur sont toutefois pas dévolues (p.ex. celui de pouvoir prélever un impôt). Cette loi pourrait d'ailleurs servir de bon prototype pour la reconnaissance d'autres communautés non-chrétiennes. Les points centraux, représentant à notre connaissance les questions les plus brûlantes pour les représentants de l'islam en Suisse, y sont réglés: cimetière propre, enseignement religieux, assistance spirituelle pénitentiaire.

Du côté des obligations, c'est avant tout la nécessité d'avoir une organisation démocratique qui va de pair avec la reconnaissance. La communauté religieuse est tenue d'entretenir une relation de partenariat avec l'Etat. Cela signifie la reconnaissance de l'ordre légal, des autres religions et une participation à la résolution de problèmes. Par là, elle perd en autonomie organisationnelle et se meut dans la direction d'une instance étatique. Ainsi, l'instrument de la reconnaissance en droit public dévoile aussi ses conséquences en termes d'implication des communautés religieuses dans l'Etat de droit démocratique et organisé de façon fédérale. Autrement dit : la reconnaissance implique le renforcement de la communauté entre divers groupes et une résolution commune des problèmes dans le respect d'autrui au sein d'une société pluraliste.

Tableau 1: Reconnaissance de communautés religieuses – droits et obligations.

Obligations possibles	Droits possibles
<ul style="list-style-type: none"> • Constitution démocratique • Organisation en paroisses • Respect de la liberté de croyance des autres • Respect de l'ordre légal • Subordination des dispositions fiscales internes à l'Exécutif ou au parlement du canton • Subordination des règles de l'organisation à l'Exécutif ou au parlement du canton • Représentation de la religion vis-à-vis de l'Etat (canton) 	<ul style="list-style-type: none"> • Formation d'une faculté théologique • Assistance spirituelle pénitentiaire • Enseignement de la religion et usage de locaux scolaires pour l'enseignement religieux • Protection par l'Etat (canton) • Assistance spirituelle hospitalière • Exonération de l'impôt (p.ex. pour les impôts sur les mutations, le droit de gage immobilier, les successions ou la taxe de donation) • Souveraineté fiscale (prélèvements fiscaux auprès des membres)

Les conditions de la reconnaissance

L'extension de la reconnaissance en droit public aux communautés religieuses qui n'ont pris de l'importance que récemment en Suisse, telles que les communautés hindouiste, musulmane et bouddhiste, pourrait remettre en question la préférence unilatérale des Eglises nationales. Mais cette préférence pour les Eglises nationales, privilège résultant d'une dynamique historique, pourrait aussi être relativisée par une séparation complète entre les communautés religieuses et l'Etat qui mettrait une distance identique entre l'Etat et toutes les communautés religieuses. L'Etat pourrait alors négocier d'éventuels privilèges et obligations avec chacune de ces communautés, selon les prestations de service fournies par celles-ci.

Deux initiatives⁵ dans ce sens, l'une au niveau fédéral, l'autre au niveau du canton de Zurich, ont toutefois déjà échoué. Le consensus des électeurs semble donc aller dans le sens du maintien de la position privilégiée accordée aux communautés religieuses reconnues. L'échec de ces initiatives a aussi donné un essor sensible à d'autres efforts de reconnaissance. Ainsi, la plupart des règlements rendant possible la reconnaissance d'autres communautés religieuses ont vu le jour après ces initiatives. La reconnaissance et la séparation représentent donc les deux directions différentes que pourrait prendre le développement à venir.

Nous allons maintenant nous pencher en détail sur les conditions légales de la reconnaissance, comme elles sont traitées dans la pratique cantonale.

Fondement de la reconnaissance en droit public: éléments juridiques

La reconnaissance en droit public se base toujours sur le principe d'*adhésion volontaire*. Aucune communauté religieuse ne peut être contrainte à la reconnaissance. Par conséquent, la première condition est qu'une communauté religieuse donnée sollicite la reconnaissance. En outre, personne ne conteste que seules des communautés *respectant les lois* peuvent être reconnues. On ne peut attendre de l'Etat qu'il attribue des droits à une association qui elle-même méprise l'ordre légal. Cette condition, malgré son évidence, est encore et toujours explicitement soulignée. Une peur diffuse semble ici prédominer et qui se laisse deviner dans des déclarations comme celle-ci par exemple:

[Dass] „Bemühungen, israelitische Gemeinden [im Kanton Zürich] öffentlich-rechtlich zu anerkennen, sehr zu unterstützen“ seien, dass aber die Anerkennung „weiterer Religionsgemeinschaften“ nur dann angezeigt sei, „wenn sie mit dem ‚ordre public‘ des Kantons und der Eidgenossenschaft übereinstimmen [...]“ (Trauffer 2000: 125).

Ces angoisses se trouvent en contradiction avec le fait que, depuis des années et dans toute la Suisse, d'innombrables collectivités religieuses de droit privé, comme par exemple des associations autour de mosquées ou de temples, existent de façon tout à fait pacifique et n'ont donné lieu, à notre connaissance, à la moindre plainte à cause d'une infraction à la loi. Par ailleurs, l'art. 52 al. 3 du code civil interdit déjà la formation d'associations à buts contraires à la loi ou aux bonnes mœurs.

L'attribution à certaines communautés religieuses de la personnalité juridique publique, et par là même souvent de privilèges et de compétences, est sans aucun doute une mesure qui demande un fondement particulier à deux titres:

- La question se pose, d'un côté, de savoir pourquoi l'Etat ne laisse pas les communautés religieuses se constituer en droit privé, au lieu de les placer bien plus dans une relation particulière à son égard. Cette question relève de la discussion sur la séparation et ne sera par conséquent pas traitée ici.

⁵ L'initiative populaire fédérale pour une séparation complète entre Eglise et Etat a été rejetée en 1980 par tous les cantons, avec une majorité de 78,9% de non. Une initiative similaire dans le canton de Zurich a été refusée en 1995 par une majorité de deux tiers.

- Il faut d'autre part établir pourquoi l'Etat ne reconnaît que *certaines* et non pas toutes les communautés religieuses en droit public et pourquoi il les pourvoit de privilèges et de compétences garantis par l'Etat. Cette question nous mène à la problématique des égalités des droits.

Le fait que toutes les communautés religieuses ne soient pas traitées à égalité dans les cantons, mène à une relation de tension directe entre le droit fédéral et le droit cantonal. Le commandement de l'égalité en droit est ancré dans la Constitution fédérale, alors que les reconnaissances sont énoncées dans les constitutions cantonales en règle générale. S'il devait s'avérer que la pratique de la reconnaissance dans les cantons était contraire au principe de l'égalité en droit, alors les constitutions cantonales enfreindraient la Constitution fédérale.

La question du traitement égal en droit est discutée sous les mots clés de l'égalité de traitement générale. La Constitution fédérale garantit, avec art. 8 al. 1, selon l'opinion généralement admise, l'égalité de traitement dite relative⁶, ce qui signifie que deux cas ne sont à traiter de façon égale que dans la mesure où ils sont effectivement sur pied d'égalité dans les faits centraux essentiels (principe d'égalité). Sinon, ils doivent être traités différemment (principe de différence, cf. Müller 1999: 397). Un traitement inégal en droit doit donc pouvoir être justifié raisonnablement sur la base de différences dans les faits essentiels. Des difficultés qui soulèvent la question de savoir quels faits, d'un point de vue juridique, sont „essentiels“, car des différences, d'une nature ou d'une autre, existeront naturellement toujours. Mais, elles ne sauraient de loin pas être toutes considérées comme prépondérantes. Cette question est, selon la formule du Tribunal fédéral, à considérer sous l'angle des interprétations en vigueur et de l'air du temps, si bien que, en toute logique, la question peut avoir des réponses différentes selon le moment où elle est posée⁷.

C'est ici que le point faible du principe général de l'égalité de traitement devient évident: il ne représente en soi qu'une formule, puisqu'il ne contient ni un étalon mesure pour la détermination de l'égalité ou de l'inégalité, ni ne décrit comment traiter différemment des cas inégaux afin d'arriver à un résultat juste et équitable (Tobler 1999: 101). La problématique de l'égalité de traitement devient notoire, si l'on garde à l'esprit qu'il a en Suisse pu servir pendant des décennies à justifier une position défavorisée de la femme et les différences de traitement qui soi-disant en découlaient (Tobler 1999: 99ss.).

La question se pose, quant au problème soulevé ici, quels sont les critères qui puissent justifier que seule une minorité donnée de communautés religieuses dans les cantons soit reconnue en droit public, tandis que la grande majorité des groupements est renvoyée au droit privé. Le fait que la communauté musulmane, et beaucoup d'autres communautés religieuses, n'est reconnue nulle part, nécessite une justification selon le principe d'égalité qui puisse expliquer en quoi ces communautés se distinguent tant dans les faits des communautés reconnues que leur non-reconnaissance puisse être justifiée d'un point de vue juridique.

⁶ Art. 8 al. 1 CF dit: „Tous les hommes sont égaux devant la loi“; mais ce ne sont pas seulement les êtres humains qui sont visés, mais aussi toutes les personnes juridiques.

⁷ Par exemple ATF 125 I 173, 178.

Il faut partir du principe que le *contenu de la confession* d'une communauté religieuse ne saurait jouer un rôle, en vertu de l'obligation étatique de neutralité. C'est aussi la raison pour laquelle la disposition correspondante dans la loi ecclésiastique de Bâle-Campagne, limitant la reconnaissance d'autres communautés religieuses aux seules confessions chrétiennes et juives⁸, enfreint le principe de l'égalité en droit (Famos 1999: 158; Fischli-Giesser 1995: 165; Karlen 1996: 45). Le traitement de l'égalité et de l'inégalité doit avoir des raisons „profanes“ susceptibles aussi d'être vérifiées objectivement (Famos 1999: 118f).

Dans la littérature différents critères sont discutés à cet égard et qui se focalisent pratiquement tous sur la question de l'importance d'une communauté spécifique pour la société entière. Sous cet angle, les critères suivantes sont notamment indiqués: l'importance (quantitative) d'une communauté religieuse, la durée de son activité en Suisse (Famos 1999: 125f.), son engagement social, son action intégratrice, les valeurs qu'elle véhicule et sa signification culturelle. Outre cela, c'est avant tout encore au sujet des exigences sur la structure organisationnelle, à l'égard notamment de la communauté musulmane, qui sont discutées comme conditions (voir par exemple Rutz 2000: 67ss.; Famos 1999: 143ss). Un autre critère, qui n'est pas explicitement considéré comme un critère déterminant en règle générale, mais plutôt utilisé comme un argument secondaire, c'est l'arrière-plan historique de la communauté.

Ces critères doivent maintenant être présentés de plus près et brièvement évalués.

„L'arrière-plan historique“ comme critère

L'histoire, et son poids énorme, est précisément omniprésente dans le droit religieux étatique. Celui-ci, dans sa version d'aujourd'hui, est le fruit de plus d'un siècle d'élaboration et possède en conséquence des traits complexes. En même temps, dans la plupart des cantons, il reflète bien sûr les relations entre majorités et minorités, comme elles ont été prédominantes pendant des siècles et continuent, du moins partiellement, à prévaloir. Cela veut dire que, traditionnellement, les communautés religieuses sont reconnues dans la mesure où ses membres constituent depuis toujours la majorité de la population.

Ceci nous mène à la question de savoir si la reconnaissance d'une autre communauté religieuse peut être refusée parce qu'elle ne présente pas en Suisse un enracinement historique comparable à celui des Eglises nationales (Famos 1999: 123). L'opinion prévaut, à juste titre, que le poids de l'histoire ne doit pas être surestimé⁹. L'histoire en tant que telle ne livre pas d'arguments juridiques qui pourraient justifier la situation d'aujourd'hui, sauf pour quelques exceptions spéciales. Dans tous les cas, il s'agit là, si jamais, d'un critère politique.

On peut bien dire que la population, dans son hétérogénéité religieuse, s'est adaptée plus rapidement que l'ordre légal en ce qui concerne les „nouvelles“ communautés religieuses. Il est vraisemblable que ces deux vitesses soient à l'avenir de plus en plus portées devant la justice. Au sein de la population, de nouvelles traditions s'établissent et auxquelles la

⁸ § 1a al. 1 de la loi ecclésiastique du canton de Bâle-Campagne du 3 avril 1950.

⁹ Des arguments historiques ne sauraient s'imposer que si la „mesure liée à ceux-ci peut à son tour être justifiée dans une perspective contemporaine sur l'histoire [traduction]“ (Famos 1999: 124).

Constitution fédérale pourrait accorder des droits que les constitutions cantonales leur refusent.

Le critère de la dimension

La dimension d'une communauté a une relation directe à son poids dans la société, car plus elle a d'adhérents, plus elle a de signification. Même si la signification sociale d'une communauté religieuse n'est que difficilement quantifiable (Famos 1999: 128), on part dans la littérature du principe que les grandes Eglises suisses disposent de cet attribut (Famos 1999: 130)¹⁰.

Le critère de la dimension est aussi allégué avec la crainte que l'Etat serait chargé de frais disproportionnés s'il devait offrir à toutes les communautés religieuses les prestations de service liées à la reconnaissance (Famos 1999: 131). Le critère de la dimension semble ainsi servir d'instrument pour pouvoir distinguer les quelques grandes communautés religieuses des nombreuses petites, séparation ressentie comme nécessaire pour des raisons administratives.

La pratique révèle toutefois quelques incohérences. Les Eglises évangélique réformée et catholique-romaine représentent de loin les communautés les plus importantes en ce qui concerne le nombre d'adhérents. Viennent ensuite l'Eglise catholique chrétienne et les communautés israélites qui, dans certains cantons, sont reconnues et qui, selon les cantons, sont plus ou moins au coude à coude quant à leurs nombres. Par exemple, dans le canton de St-Gall, ces communautés comptaient en 1990 319 (chrétiens catholiques), respectivement 210 (israélites) membres. Les deux y sont aujourd'hui reconnues en droit public. Du point de vue du nombre d'adhérents, la communauté musulmane – non reconnue – était alors déjà largement supérieure avec 13'218 personnes (cf. Famos 1999: 132).

Le fait que l'Etat limite la reconnaissance aux communautés religieuses les plus grandes est aussi contraire à la tradition helvétique d'impliquer dans la mesure du possible les minorités dans la concertation étatique. Si le critère de la dimension ne sert plus qu'à bétonner le *statu quo*, l'idée de justice, qui est le fondement premier de l'égalité de traitement, est transformée en son contraire. Le critère de la dimension devrait par conséquent être maîtrisé de façon plus conséquente. Pour une application sûre et fiable de la loi, et si le critère de la grandeur quantitative doit vraiment avoir une importance, il conviendrait de déterminer celle-ci dans une ordonnance.

¹⁰ Le concept de la signification sociale nous apparaît toutefois ambivalent. Si l'on part du principe qu'une communauté religieuse d'abord „signifie quelque chose“ pour ses propres membres, il va de soi que seules les communautés significatives par leurs nombres peuvent être socialement significatives, tout simplement parce qu'elles représentent un potentiel social précisément de par cette importance quantitative.

La durée de l'activité comme critère

La permanence de la communauté religieuse est évaluée sur la base de la durée de son activité. Bien que le critère de la durée de l'activité pour l'obtention de la reconnaissance n'ait à notre avis aucune signification en soi¹¹, il peut cependant tout à fait jouer un rôle en tant qu'élément dans le catalogue de critères. Cela n'aurait par exemple pas beaucoup de sens de reconnaître en droit public une communauté religieuse qui manifestement se trouverait devant une dissolution imminente sous prétexte qu'elle aurait été active en Suisse depuis longtemps. Pourtant, nous pensons que la durée d'activité peut servir d'indice, mais non pas en tant que critère déterminant, pour la continuité future de la communauté et son rôle dans le canton et en Suisse.

L'utilité publique comme critère

L'utilité publique n'est pas seulement une condition pour l'exemption d'impôt des associations et autres organisations de droit privé, mais sert aussi souvent de critère pour une reconnaissance en droit public de communautés religieuses (Famos 1999: 133ss). Une communauté religieuse devrait donc s'adapter à cette fonction d'utilité publique.

La signification culturelle comme critère

La signification culturelle d'une religion est sans aucun doute difficile à établir et elle n'est pas quantifiable (Famos 1999: 128s). Dans une discussion, on ne peut donc guère s'en servir comme critère de reconnaissance. Ce ne serait d'ailleurs pas raisonnable d'opposer les religions les unes aux autres dans leur signification culturelle.

La transmission de valeurs comme critère

L'auto-organisation de la société se caractérise aussi par le fait qu'elle rassemble des intérêts et des valeurs. Chez les organisations orientées vers la rationalité en finalité comme les organisations patronales, les valeurs se forment indirectement au travers de l'action commune, alors que les organisations orientées vers les valeurs elles-mêmes, comme les communautés religieuses, la production de valeurs est présente par définition. On peut sans doute discuter de la pertinence de ces valeurs, mais cela ne peut être jugé par des instances extrarégionales. Bien sûr, des valeurs fondamentales, telles que celles établies par les conventions internationales, constituent une orientation minimale des communautés religieuses. Comme nous l'avons dit plus haut, une orientation vers des valeurs démocratiques doit aussi être un prérequis pour des raisons liées à l'Etat de droit. En revanche, un débat théologique sur l'organisation intérieure des valeurs d'une religion ne saurait être mené par des instances étatiques. Ainsi, on peut remplir de manière minimale ce qui pourrait être le critère de la transmission de valeurs – les droits de l'homme, respect des différences, résolution non-violente des conflits. Une extension à d'autres valeurs ne peut en revanche guère avoir lieu de façon crédible à partir de l'Etat à la recherche des critères de la reconnaissance, comme par exemple le débat sur le rôle de la femme dans le catholicisme ou dans l'islam le démontre.

¹¹ Il en va de même pour l'âge d'une communauté religieuse: voir Famos (1999: 125).

Le degré d'organisation comme critère

Le degré d'organisation est pertinent en tant que fondement de la reconnaissance, car celle-ci produit une relation entre des acteurs collectifs qui doit se baser sur des structures organisationnelles afin de pouvoir garantir des règles et prendre des décisions contraignantes. En particulier si des transferts de savoir et de ressources vont de pair avec la reconnaissance, une structuration de la communauté religieuse est une condition préalable qui doit pouvoir garantir une transmission d'information systématique et un usage efficace et transparent des ressources.

La forme de l'organisation (qui doit décider, qui a voix au chapitre etc.), si elle veut servir de raison à la reconnaissance, doit être donnée comme modèle par les instances compétentes. Cette condition a entre autres aussi mené à ce que l'Eglise catholique en Suisse fût contrainte de se doter de structures propres aux cantons et d'adapter ainsi sa logique organisationnelle interne (Famos 1999: 142ss). Ce point est par exemple tout à fait pertinent en rapport à l'islam. Celui-ci est en Suisse fortement différenciée, aussi bien au niveau interne que dans sa répartition territoriale, de sorte qu'une organisation, cantonale ou nationale, ne puisse guère pour l'instant mener à une structuration stable, nécessaire à sa reconnaissance (Mahnig 2000). La Suisse, dans ce contexte, peut pourtant mettre en avant l'opportunité de la réglementation cantonale qui pourrait contribuer à démanteler la complexité interne de l'islam, qui se reflète aussi sur le plan territorial. La reconnaissance sur le plan cantonal pourrait en effet alors déclencher une dynamique de l'organisation démocratique par des règles claires, par laquelle des cantons avec une forte présence musulmane – comme Bâle-Ville p.ex. – pourraient servir de cantons précurseurs. Au travers des expériences cantonales, pourrait alors avoir lieu une sorte de „suissification“ organisationnelle, un peu comme Tariq Ramadan se l'imagine à l'échelle européenne (Ramadan 1999; Pahud de Mortanges et Tanner 2002, 31ss).

Appréciation générale des critères

Il ne convient pas de reprendre, du moins pas dans une orientation systématique, les critères, utilisés et discutés, qui en Suisse ont abouti à diverses variantes cantonales. Il n'y a que l'orientation vers l'Etat de droit démocratique suisse et vers les principes constitutionnels des cantons concernés que, fondamentalement, l'organisation se doit de respecter.

Un autre élément, qui occupe une position centrale dans le droit religieux allemand en particulier, nous semble aussi devoir s'imposer dans le contexte suisse: la garantie de la durée¹². Une reconnaissance serait ainsi accordée par l'argument de la durabilité de la communauté (voir p.ex. Pagels 1996, mais aussi la constitution cantonale soleuroise).

¹² Art. 140 de la Loi fondamentale, combiné à l'art. 137 al. 5; 2 de la Constitution de Weimar dit: „Anderen Religionsgesellschaften sind auf ihren Antrag gleiche Rechte zu gewähren, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten.“ NdT: Ce qui pourrait se traduire par « des droits identiques peuvent être donnés à d'autres sociétés religieuses

Le critère de la durabilité se base premièrement sur la constitution, si bien qu'ici aussi bien l'acte fondateur que „l'état de santé“ organisationnel de la communauté (les statuts p.ex.) peuvent servir d'orientation. Deuxièmement, on peut mesurer la durabilité en fonction du nombre de pratiquants. Ici, il faudrait fixer des frontières raisonnables. L'élément de la durée de leur activité jusqu'ici (depuis quand?) peut également contribuer à l'appréciation de la durabilité (l'organisation va-t-elle perdurer?), mais ne devrait en revanche, à notre avis, pas être étendu à une période supérieure à quelques décennies.

D'autres conditions peuvent aussi être mentionnées, mais celles-ci pourraient aussi se réaliser après la reconnaissance, comme par exemple l'organisation selon le droit cantonal ou la constitution en tant qu'organisation sans but lucratif. Par contre, on ne peut pas se baser sur des critères comme „la transmission de valeurs“, „l'importance historique“ ou encore l'importance culturelle comme conditions préalables à la reconnaissance, car définir les critères pour l'établissement du poids de ces dimensions n'est pas possible sans un jugement arbitraire. Ces aspects peuvent tout à fait jouer un rôle dans l'appréciation sociétale d'une communauté religieuse donnée, mais ils ne donnent pas prise à une appréciation objective en tant que critères pour une reconnaissance.

La question reste ouverte de savoir dans quelle mesure la grandeur (nombre d'adhérents) devrait être utilisée en tant que critère. Cette dimension pourrait bien servir d'élément filtrant, bien que les reconnaissances soient aussi à juger de par leur portée symbolique. Ainsi, il a été argumenté lors du renouvellement de la constitution vaudoise, que la reconnaissance de la (petite) communauté israélite serait important du point de vue symbolique, ou, comme l'exprime Pierre Farron, membre de la Constituante vaudoise, dans un interview:

„D'une part, on accorde ainsi une reconnaissance officielle à cette communauté qui fait partie de l'histoire et de la culture de ce pays. D'autre part, et c'est très fort du point de vue symbolique, [...] je considère qu'on lui offre ainsi une sécurité. On ne pourrait plus jamais leur dire qu'ils n'ont rien à faire dans ce canton“ (24heures, le 8 juin 2001).

Il faut encore attirer l'attention sur le fait que ce n'est pas seulement le nombre absolu de membres qui devrait jouer un rôle dans l'appréciation, mais aussi la constance de ces effectifs.

Une liste de critères pourrait ainsi comporter les éléments suivants:

- Garantie de la durée sur la base du nombre de membres, constitution organisationnelle et une présence permanente dans le canton concerné depuis au moins quelques décennies;
- Compatibilité avec les fondements des démocraties libérales;
- En outre, il faudrait bien exiger, comme condition de la reconnaissance, l'orientation vers l'utilité publique et une constitution interne démocratique.

sur demande, si, sur la base de leurs constitutions et le nombre de leurs membres, elles offrent la garantie d'une durabilité dans le temps ».

Le Tableau 2 regroupe ces critères et joint à titre d'exemples les règlements cantonaux de Soleure, Bâle-Campagne et Zurich qui comportent des critères concrets et applicables. D'autres cantons restent à cet égard très vagues. S'ils évoquent le poids d'une communauté religieuse et la durabilité, ils laissent toutefois à l'Exécutif (Bâle-Ville p.ex.) ou au parlement (Fribourg, Jura et Soleure) de concrétiser ces critères.

Tableau 2: Critères de la reconnaissance d'une communauté religieuse

Critère	Exemple
Durabilité	Garantie de la durée (SO); activité de 20 ans (BL); activité de 30 ans (ZH)
Etat de droit	Respect de l'ordre légal (BL, ZH)
Nombre de membres	Plus de 3000 membres dans le canton de Zurich
Organisation démocratique	Constitution démocratique (BL, ZH)

Quelle forme de la reconnaissance?

Selon les bases légales dont nous disposons aujourd'hui, rien ne saurait imposer une reconnaissance en droit public (Famos 1999: 161f), pas plus qu'il n'existe un droit à telle ou telle forme ou formulation spécifique de ladite reconnaissance (incluant p.ex. le droit de prélever des impôts; cf. Kraus 1993: 11).

Comme nous l'avons montré, la reconnaissance en droit public consiste dans la formation d'une collectivité relevant du droit public qui peut aussi conduire à divers privilèges et compétences. Ces privilèges supplémentaires ne doivent ici en aucun cas être inscrites dans la constitution, mais se retrouvent en général répartis sur les autres échelons des dispositions juridiques cantonales.

Aussi bien la Confédération que les cantons ont la compétence de créer des personnes morales en droit public. Le droit des personnes fédéral (art. 59 al. 1 CC) réserve explicitement le droit public de ces deux collectivités (Confédération et canton)¹³. Mais cela ne signifie pas pour autant que n'importe quelle autorité cantonale pourrait à discrétion fonder des collectivités en droit public. Dans ces conditions, le Tribunal fédéral exige que celles-ci soient constituées „auf einer dem Wesen des demokratischen Staates entsprechende Weise gebildet werden.“¹⁴ Il découle de cette exigence que la fondation d'une personne juridique en droit public

¹³ Elles doivent naturellement tenir compte du partage des compétences, prévu constitutionnellement, entre canton et Confédération au moment de définir le champ d'action de la corporation. La compétence législative concernant la relation entre Etat et religion revient aux cantons, comme nous l'avons mentionné. La Confédération n'est donc pas habilitée à fonder des paroisses, alors que les cantons en revanche le peuvent.

¹⁴ ATF 104 Ia 440, 445.

doit être entreprise au niveau législatif et entérinée sous forme de loi¹⁵. Il faut donc une loi et non pas nécessairement une disposition constitutionnelle.

L'attribution de la compétence juridique en droit public peut en conséquence se faire simplement au niveau de la loi. Seulement, dans la plupart des cantons, la reconnaissance des Eglises nationales traditionnelles est pourtant accordée au niveau constitutionnel. En effet, la question de la relation entre les communautés religieuses et l'Etat est une question fondamentale qui mérite vraiment d'être réglée au niveau constitutionnel et ce n'est donc que justice qu'elle le soit. Mais la question se pose de savoir si la reconnaissance au niveau constitutionnel des Eglises nationales traditionnelles ne permet pas la reconnaissance d'autres communautés religieuses au niveau législatif lorsque la constitution ne règle pas cette question. Pour des raisons d'équité, il faut bien partir du principe que, faute de mécanismes de reconnaissance d'une autre nature, les autres communautés religieuses devraient être reconnues sur le même plan que les communautés traditionnelles.

Pour éviter les malentendus, il faut en outre souligner que ce sont les communautés religieuses et non pas les religions en tant que telles qui sont reconnues. Et que par exemple le christianisme ne constitue pas davantage que l'islam une communauté religieuse. Il n'y a que les associations de personnes qui souscrivent ensemble à une profession de foi donnée qui constituent des communautés religieuses dans ce sens.

Il est dès lors clair qu'il peut y avoir plusieurs communautés religieuses qui – chacune à sa manière – se consacrent à la même confession. Il devient également clair que l'Etat ne peut prononcer une reconnaissance dans le vide si, par exemple, il se décide à reconnaître „l'islam“ en droit public. Il ne peut reconnaître qu'une majorité de personnes physiques qui se distinguent d'autres cercles de personnes et qui doit par conséquent s'organiser d'une manière ou d'une autre.

Pour ce faire, il existe deux différentes façons de procéder: soit l'Etat ne remonte qu'à des personnes qui se sont déjà elles-mêmes constituées en droit privé (p.ex. comme association), soit il englobe de surcroît la totalité des croyants dans une collectivité de droit public (en partant p.ex. du principe que tous les citoyens algériens se déclarent de l'islam) par le biais de la „présomption d'appartenance“.

La première option est en règle générale celle qui prévaut. La seconde option est aussi connue dans la mesure où elle s'applique aux paroisses qui ne représentent rien d'autre qu'une collectivité de droit public comprenant l'ensemble des membres d'une confession sur un territoire donné. Par ce que nous savons du développement contemporain des communautés religieuses, il faut toutefois exclure cette deuxième approche, car elle serait contraire à la disposition fondamentale sur la liberté religieuse individuelle. On peut cependant s'imaginer qu'après la reconnaissance d'une association religieuse donnée, une généralisation sur la base de la présomption d'appartenance puisse entrer en ligne de compte. Cela signifie que toutes les personnes qui se déclarent de la religion concernée y seraient incluses.

¹⁵ ATF 104 Ia 440, 445.

La multitude des instruments de réglementation

Face à la multitude des formes possibles de reconnaissance, se trouve une autre multitude de différents instruments de réglementation (constitution ou loi) qui à chaque fois représentent les fondements juridiques nécessaires. En outre, les dispositions relatives à la reconnaissance se trouvent dans la constitution cantonale, même si des instruments de réglementation se retrouvent également sur le plan de la loi et des ordonnances. Un survol du pluralisme cantonal montre à cet égard que, quand il y a une procédure prévue, différentes possibilités existent pour trouver une sorte de reconnaissance (Tableau 3).

Tableau 3: Reconnaissances et possibilités de reconnaissance

	Cantons*
D'autres reconnaissances en droit public possibles par la loi	AG (c, k, r); AR (k, r); AI (k, r); BL (c, k, r), BE (c, i, k, r), FR (k, r, i), GL (k, r), JU (k, r), LU (c, k, r), NW (k, r), OW (k, r), SH (c, k, r), SO (c, k, r), SG (c, i, k, r), TI (k, r), VS (k, r)
Possibilité de reconnaissance d'une communauté religieuse en droit privé	FR (k, r, i), GE (c, k, r); NE (c, k, r), JU (k, r), OW (k, r), VD (k, r, i)
D'autres reconnaissances en droit public possibles seulement par une modification constitutionnelle	BS (c, i, k, r), GR (k, r), SZ (k, r), TG (k, r), UR (k, r), VD (k, r, i), ZG (k, r), ZH (c, k, r)

* Entre parenthèses: religions reconnues – k = catholique-romaine, r = évangélique réformée, c = catholique-chrétienne, i = israélite

Ainsi, la reconnaissance en droit public est prévue dans seize cantons, alors que six cantons prévoient une reconnaissance d'autres communautés religieuses en droit privé ou le permettent à côté de la reconnaissance en droit public (ce qui explique l'énumération multiple du Tableau 3). Enfin, huit cantons n'ont pas formulé de dispositions susceptibles de tracer la voie à la reconnaissance. Dans ces derniers, il faut une modification constitutionnelle pour permettre une reconnaissance.

Il reste que les parcours mêmes sont difficilement comparables les uns aux autres. Si l'on considère par exemple que la reconnaissance dans le canton de Vaud implique une forte responsabilisation de la communauté religieuse, tandis que le canton de Neuchâtel pourrait entériner une telle reconnaissance, même sans effets particuliers sur la communauté religieuse, on voit la multitude de cas de figure existant en Suisse, comme nous l'avons déjà présentée dans la Figure 1. On peut cependant partir de trois variantes, si l'on veut tenter résumer les parcours vers la reconnaissance.

- *La voie qui passe par une modification constitutionnelle.* Certains cantons exigent une modification constitutionnelle pour pouvoir reconnaître une communauté religieuse. Les communautés reconnues sont énumérées dans la constitution et il n'existe au-

cune autre procédure en dehors de la modification constitutionnelle. Si une communauté religieuse recherche une reconnaissance juridique dans ces cantons, elle peut choisir, dans une stratégie à moyen terme, de passer par une reconnaissance partielle par diverses solutions, notamment contractuelles (cantons: BS, GR, SZ, TG, UR, VD, ZG, ZH). D'expérience, on sait que la voie qui passe par une modification constitutionnelle exige une longue phase préparatoire.

- *La voie qui demande de remplir des critères.* Quelques cantons énoncent des critères, plus ou moins vagues, quant aux conditions à remplir pour pouvoir atteindre une reconnaissance. Dans ces cantons, il semble qu'une stratégie soit prévue, mais la vue d'ensemble, que nous avons résumée dans l'annexe II, donne l'impression que les obstacles sont relativement élevés. Dans ces cantons aussi, on peut partir du principe qu'une reconnaissance en droit public (qui en règle générale se passe au parlement) n'est guère accessible par une voie directe. Ici encore, en passant par un travail de sensibilisation politique, il semble bien plus recommandé d'obtenir d'abord une reconnaissance partielle, concernant certaines questions (cimetière, école etc.). Le canton de Berne représente une exception intéressante, prévoyant également une reconnaissance en droit public, mais susceptible d'être échelonnée. Il est ainsi possible d'accéder de façon modulée à la reconnaissance, avec différents droits et devoirs selon la communauté religieuse (cantons: AR, AG, AI, BL, BE, GL, FR, JU, LU, NW, OW, SH, SO, SG, TI, VS).
- *La voie passant par une reconnaissance en droit privé.* Dans certains cantons, il existe la possibilité d'obtenir la reconnaissance en droit privé par l'Exécutif ou par le parlement. Ainsi, une voie moins compliquée, et a priori moins politisée, est ouverte. Cette voie rend aussi possible l'obtention de droits partiels qui, au moyen de contrats, peuvent être associés à certaines obligations. Ici, une stratégie pourrait être mise en place qui impliquerait une intégration continue (cantons: GE, FR, JU, NE, OW, VD).

Etant donné ces différences dans les possibilités de reconnaissance, l'observation du principe de subsidiarité est recommandée pour procéder de façon pragmatique: on ne doit pas tenter de disputer à l'échelon supérieur, ce que l'on peut atteindre sur un plan inférieur.

Plus l'instrument de régulation est placé haut dans la hiérarchie des normes juridiques, plus il est évidemment difficile d'obtenir une ordonnance ou une modification. Les lois et les modifications constitutionnelles sont votées par le parlement, suivies d'un référendum, facultatif dans le premier cas habituellement et obligatoire dans le second. Les ordonnances d'exécution sont émises par l'Exécutif et c'est encore lui qui est habilité à conclure les traités. Même dans les cantons sans procédure de reconnaissance, des voies sont ouvertes pour obtenir une reconnaissance partielle en passant par des traités. Fondamentalement, on peut dire que la procédure au parlement est suivie d'une meilleure légitimation démocratique et d'un contenu symbolique plus important du „produit final“, mais qu'elle entraîne une démarche de longue haleine comparée au traitement d'un dossier par l'Exécutif.

Les communautés religieuses non reconnues ne pourraient pas aspirer à une amélioration de leur situation économique par exemple par une modification constitutionnelle, si elle

peut aussi être amenée par le biais d'un traité. Il n'existe toutefois pas en Suisse de tradition marquée pour les règlements contractuels entre l'Etat et une communauté religieuse.

Date de dépôt : 7 juin 2006

Messagerie

RAPPORT DE LA PREMIÈRE MINORITÉ

Rapport de M. Michel Ducret

Mesdames et
Messieurs les députés,

En préambule, l'auteur du présent rapport tient à préciser qu'il s'exprime au nom des deux commissaires radicaux, mais également au nom de l'ensemble des député-e-s du parti radical genevois et de ses élu-e-s à tous les niveaux. Vous le savez, nous nous opposerons à toute entorse au principe de la laïcité – et donc à toutes les propositions émises par la commission. Ce qui ne signifie pas, et vous aurez le loisir de vous en convaincre à la lecture du présent rapport^{62[1]}, que nous nous opposons au droit des individus d'être inhumés selon le rite que leurs convictions leur dictent.

Nous nous risquerons également à parler au nom des illustres fondateurs du parti radical qui, il y a 160 ans cette année, ont arraché les libertés individuelles, les principes républicains de liberté, d'égalité et de justice sociale qui font la valeur de notre Etat. Nous nous risquerons à parler au nom des 17 radicaux morts sur les barricades de Saint-Gervais, le 7 octobre 1846, pour mettre à bas le gouvernement conservateur et réaliser dans les faits les droits conquis cinq ans plus tôt par la loi. Parmi ces droits, la liberté de conscience et de religion.

Surtout, nous nous risquerons à parler au nom des esprits éclairés qui, trente ans plus tard, le 20 septembre 1876, ont trouvé le moyen d'établir à Genève une paix confessionnelle pérenne si précieuse aujourd'hui. Au nom d'Antoine Carteret qui, la même année, transforme la vieille Académie de Théodore de Bèze en Université. Antoine Carteret qui, en 1872, fait établir le principe de l'école publique, gratuite, laïque et obligatoire. Antoine Carteret a permis, voici 130 ans, à la Rome protestante d'opérer sa mue et de s'ériger en Rome laïque. Un combat couronné en 1907 par la loi constitutionnelle supprimant le budget des cultes, dernier avatar d'un Etat qui privilégiait une

⁶² En particulier en son chapitre 4.

confession sur l'autre. Genève sait ce qu'elle doit à la Réforme, mais elle sait aussi ce qu'elle doit à ses citoyens issus d'autres communautés. Le principe républicain, que nous sommes aujourd'hui les derniers à défendre, choisit de considérer les individus qui constituent la cité comme des citoyens, et non comme des membres de communautés juxtaposées. La loi sur les cimetières a ce courage d'explicitier que la République se veut le centre de l'union, l'espace qui unit par-delà les différences.

La loi que certain-e-s d'entre vous veulent vider de sa substance aujourd'hui, nous lui devons 130 ans de paix confessionnelle. A l'heure précise où le monde s'apprête à se déchirer pour quelques caricatures, à l'heure précise où une barbarie exploite tous les prétextes pour bondir sur l'autre, il nous paraît essentiel de défendre des principes, quand d'autres proposent des accommodements. Notre parti a connu ses heures d'ombres et ses éclats de lumière. Mais jamais il ne s'est écarté ni ne s'écartera des principes qui font sa raison d'être : la liberté humaine, la justice sociale et la laïcité. Il ne s'en est pas écarté durant les mois les plus sombres du XXe siècle, lorsque l'antisémitisme séduisait jusqu'aux esprits les plus fins. Il ne s'en écartera pas demain. Et à toutes celles et ceux qui prennent prétexte du modèle imaginé par le Conseil administratif de la Ville de Genève, voici quelques décennies, au Petit-Saconnex, nous répondrons aujourd'hui avec la plus définitive exactitude.

Mais venons-en au fait. La loi que nous propose le Conseil d'Etat relève au mieux de confusions conceptuelles, au pire d'une légèreté coupable. Comment peut-on en effet déceimment prétendre que la création de cimetières confessionnels « au niveau des principes, permet de réaffirmer la laïcité^{63[2]} » ? Comment le Conseil d'Etat peut-il prétendre cela, si ce n'est au mépris des mots, et derrière ces mots, au mépris des principes mêmes qu'il est censé défendre ?

Le présent rapport de minorité se propose de revenir d'abord sur l'origine du débat qui nous occupe aujourd'hui, en particulier la motion 1468. Puis, nous aborderons successivement les principes garantis par la loi du 20 septembre 1876, à savoir celui de la gratuité des cimetières, celui de leur gestion par les pouvoirs publics et celui de la non-discrimination. Puis, nous évoquerons la souplesse de cette loi dans les faits, et conclurons sur des réflexions plus larges sur la suite que nous donnerons à un éventuel vote du PL 9346 par le Grand Conseil genevois.

⁶³ Exposé des motifs du PL 9346.

1. Origine de la motion 1468

Ce fait a été précisé à différentes reprises, le PL 9346 prétend « répondre à la motion 1468 ». Toutefois, cette motion a été considérablement amendée par le Grand Conseil. Et nous assistons aujourd'hui au contraire de ce que demandaient les auteurs de la motion. C'est le résultat du processus démocratique, et nous nous en accommodons bien volontiers. Mais il nous paraît ici essentiel de rappeler la lettre autant que l'esprit du projet de motion 1468 déposé par le groupe radical.

Ce projet de motion est intervenu après que le Conseil administratif de la Ville de Genève, en particulier le conseiller administratif Manuel Tornare, a annoncé qu'il allait instaurer au cimetière de Saint-Georges le principe des carrés confessionnels. Les auteurs de la motion ont tenu à inviter le Conseil d'Etat à rappeler à la Ville de Genève le droit supérieur, en l'occurrence la loi sur les cimetières, et à le faire respecter.

La décision du Conseil administratif avait provoqué de fortes réactions dans la population, dont témoignent aisément les courriers de lecteurs parus dans la presse locale les jours et les semaines suivant cette annonce. Des réactions de nature parfois à inquiéter celles et ceux qui, comme les auteurs de la motion, sont attaché-e-s à la paix confessionnelle et au respect mutuel dans notre République.

Outre les dérapages verbaux de plusieurs Genevois-es, la décision du Conseil administratif a également provoqué une grande confusion. Le Conseil administratif a d'ailleurs lui-même écrit^{64[3]}, quelques jours après avoir expliqué le contraire à la presse, qu'il ne s'agirait pas de carrés et qu'il respecterait la loi.

Le Grand Conseil s'est ensuite saisi de ce débat et a considérablement amendé la motion. Ainsi, la motion qui demandait de faire respecter la loi a fini par demander de la faire abroger, ou tout du moins de la modifier au point de la dénaturer.

Au cours des débats au Grand Conseil sur cette motion, nous n'avons pas échappé déjà à de regrettables dérapages. Ainsi, un député socialiste a-t-il déclaré, faisant allusion à la pratique en cours au cimetière du Petit-Saconnex : « Nous savons que le groupe radical fait du révisionnisme en permanence, puisque tout ce qui a pu être fait par Guy-Olivier Segond n'a forcément plus le droit d'exister... C'est Guy-Olivier Segond qui a ouvert

⁶⁴ Note à l'attention des députés au Grand Conseil du 12 novembre 2002, par le conseiller administratif Manuel Tornare

cette pratique, poursuivie par Michel Rossetti, et aujourd'hui c'est le groupe radical qui fait la leçon à la Ville de Genève ! »

L'accusation de révisionnisme, surtout dans ce contexte, eût justifié que le député concerné présentât ses excuses, non seulement aux député-e-s radicaux, mais aussi et surtout à celles et ceux qui sont plus généralement victimes de révisionnisme. Cette accusation a en tout cas choqué considérablement les membres d'un parti qui, tout au long de son histoire, a fait la preuve de son absolue rigueur sur la question.

Au cours de ces débats, les différents groupes représentés au Grand Conseil ont pu exprimer leur point de vue. Nous y reviendrons plus loin, et nous nous permettrons d'en citer quelques extraits. En revanche, dans le cadre de la consultation menée par le Conseil d'Etat, tous les milieux n'ont pas été consultés avec le même sérieux. Ainsi le compte-rendu de la procédure de consultation, dans les annexes au PL 9346, ne mentionne-t-il pas même l'Association suisse pour la laïcité.

2. Principe de la gratuité des cimetières et de leur gestion par les pouvoirs publics

Le principe de la gratuité des cimetières publics est pour nous absolument intangible et nous ne nous y étendrons pas, étant donné que ce point sera déjà traité en abondance dans un autre rapport de minorité. Ce principe est toutefois le corollaire d'un autre, plus important encore, plus essentiel pour une République soucieuse de préserver les droits des minorités confessionnelles, celui de la gestion des cimetières par les pouvoirs publics.

Les radicaux s'opposeront donc aux cimetières privés, gérés par les communautés elles-mêmes, en raison du principe même de l'égalité des droits. Confier à une communauté la gestion d'un cimetière confessionnel, c'est en effet lui accorder un pouvoir considérable et inadmissible sur les personnes qui se reconnaissent de la même confession. Que l'on ne s'y méprenne pas : chacun sait à Genève que les communautés religieuses, qu'elles soient israélite, protestante, catholique, musulmane ou autre, ne sont pas aussi homogènes qu'on le voudrait. A tel point que pour chacune d'entre elles, nous pourrions utiliser le pluriel plutôt que le singulier. Il y a en effet à Genève des communautés israélites, protestantes, catholiques, musulmanes ou autre. A laquelle, parmi les communautés d'une religion ou d'une confession, l'Etat ou les communes devraient-ils choisir de confier la gestion des cimetières ? A laquelle l'Etat ou les communes confieront-ils le pouvoir d'accepter ou de refuser un fidèle, et selon quels principes ?

Dans d'autres cantons, la gestion des cimetières est privée et confessionnelle. Certes. Dans d'autres cantons, les cimetières sont payants. Certes.

Mais ces cantons ne sont pas Genève. Ils n'ont de Genève ni la diversité sociale, ni l'hétérogénéité culturelle et confessionnelle qui fait précisément notre richesse. Il y a cinq continents, et il y a Genève, déclarait Talleyrand. Ce n'est donc pas parce que d'autres font fausse route que nous devons les suivre.

Dans d'autres cantons, la gestion des cimetières est privée et confessionnelle. Certes. Dans d'autres cantons, ces cimetières privés et confessionnels fonctionnent à satisfaction de tous, dit-on. Non. Nous connaissons des cas dans lesquels une paroisse catholique, pour accepter l'inhumation d'un défunt musulman, a négocié chèrement avec la famille du défunt le « privilège » de reposer en paix.

3. Principe de la non-discrimination dans les cimetières

La loi actuelle, en son article 4, 3^{ème} alinéa, stipule que « les emplacements sont attribués sans distinction d'origine ou de religion. » Dans sa belle sobriété, cet alinéa revendique la neutralité confessionnelle des pouvoirs publics dans la gestion des cimetières. Les radicaux tiennent à la simplicité de cette règle d'égalité et d'indistinction, qui postule que l'individu est citoyen d'une République avant d'être membre d'une communauté.

Le système républicain reconnaît et affirme le principe constitutionnel de la liberté de religion et de culte. Toutefois, il est indispensable et légitime d'y placer des limites. Pour nous, admettre la séparation, la discrimination que constituent les carrés est au-delà de cette limite. Nous pourrions évoquer la problématique que poserait le cas d'une famille multiconfessionnelle. On le sait, le canon de chacune des religions du Livre exclut à l'origine le mariage mixte. Toutefois, la pratique a évolué, et a poussé également la doctrine à s'assouplir. Il n'est pas rare aujourd'hui, en particulier à Genève, qu'une femme musulmane, qui revendique sincèrement sa foi musulmane, épouse un chrétien tout aussi sincère dans sa propre foi. Il en va de même pour des couples d'autres religions. Au jour du décès, quel carré ce couple devra-t-il choisir pour son inhumation ? L'épouse chrétienne d'un défunt israélite pourra-t-elle reposer à son côté ? L'époux musulman d'une défunte catholique devra-t-il choisir entre son épouse et sa communauté ? D'une manière plus générale, le citoyen devra-t-il choisir entre la République et sa communauté ?

Sur ce point de la non-discrimination, rappelons ici la déclaration, devant le Grand Conseil un 28 novembre 2002, du député démocrate-chrétien Patrick Schmied, que nous citons avec reconnaissance et respect :

Pour nous démocrates-chrétiens le désir d'être enterrés selon les rites de sa religion est un désir légitime. Tous les efforts doivent donc être entrepris, dans la mesure du possible, pour satisfaire ce désir. Cette position n'est pas nouvelle: c'est la position qu'a eue notre groupe lors du débat au Conseil municipal en 1999.

Ce qui pose problème ici, c'est la notion d'espace exclusif, de carré - Dieu seul sait pourquoi - réservé à une communauté. C'est cela qui n'est pas acceptable ! Et ce n'est pas parce qu'on l'a fait il y a quelque temps, en catimini pour faire plaisir à un roi, que l'on doit maintenant généraliser ce que nous considérerons être une faute.

Ce qui est scandaleux dans cette démarche, c'est qu'on a essayé - les choses ont l'air de se calmer - de profiter du fait que pratiquement tout le monde est d'accord que le désir d'être enseveli selon les rites de sa religion est légitime et doit être satisfait dans la mesure du possible pour introduire en douce une véritable ségrégation dans les cimetières publics... C'est cela qui n'est pas acceptable pour nous !

Dans la Genève ouverte, terre de paix et d'accueil universel, respectueuse des religions et des cultures, cette Genève dont nous sommes fiers à juste titre, il est tout simplement impensable, Mesdames et Messieurs, que des citoyens refusent d'être enterrés à côté d'autres citoyens, sous prétexte qu'ils n'ont pas la même religion !

L'auteur du présent rapport de minorité ne peut que se rallier à ces vues éclairées, à l'exception d'un point de détail sur lequel nous nous proposons de revenir au chapitre 4.

4. Souplesse de la loi actuelle

« Et ce n'est pas parce qu'on l'a fait il y a quelque temps, en catimini pour faire plaisir à un roi, que l'on doit maintenant généraliser ce que nous considérerons être une faute. » Le député Patrick Schmied, ainsi que le député Sami Kanaan lorsqu'il reprochait avec une coupable légèreté aux radicaux de pratiquer le « révisionnisme », faisait allusion à la pratique attribuée à Guy-Olivier Segond, alors conseiller administratif en Ville de Genève, au cimetière du Petit-Saconnex.

Puisque ce point donne prétexte, aujourd'hui encore, à malentendu, voire à insulte, nous estimons indispensable de rappeler un certain nombre de

réalités. Rien n'est plus fréquent en effet que la fâcheuse tendance à se référer au passé en le trahissant. Rien n'est plus dangereux non plus, c'est pourquoi nous allons ici rectifier les choses. Nous aborderons ensuite la question des avis de droit auxquels le Conseil d'Etat, respectivement le Conseil administratif de la Ville de Genève, se réfèrent volontiers.

Tout d'abord, la pratique que l'on attribue à Guy-Olivier Segond relève en réalité d'une décision de l'ensemble du Conseil administratif de l'époque. Il est certes exact que certaines personnalités politiques, par leur rayonnement intellectuel, ont le privilège de rester plus longtemps que d'autres dans la mémoire collective. Il n'en reste pas moins que Guy-Olivier Segond n'a pas cherché, contrairement au conseiller administratif actuellement en charge du dossier en Ville de Genève, à prendre une décision solitaire. Les choix opérés au cimetière du Petit-Saconnex l'ont été non pas au niveau d'un chef de département, mais au niveau du collège exécutif. C'était toutefois, nous le concédons volontiers, une époque aujourd'hui révolue où la notion de « collège » avait encore un sens au plan municipal.

Par ailleurs, le député Patrick Schmied avait évoqué, avec une élégante ellipse, un roi auquel il s'était agi de faire plaisir. Oui, il y avait bien un roi dans cette histoire. Un monarque d'un Etat musulman, qui s'interrogeait sur l'opportunité de certains investissements en Suisse. Et qui craignait de ne pas pouvoir y être enseveli conformément à ses convictions s'il venait à mourir sur le territoire de notre République. L'administration de ce monarque a communiqué ces inquiétudes au Conseil fédéral avec une insistance certaine. Une insistance qui risquait de coûter à la Suisse plusieurs centaines de millions de francs, puisque cet Etat envisageait de renoncer à un certain nombre de relations d'affaires avec notre pays.

Le ministre suisse des affaires étrangères de l'époque, avec une insistance d'autant plus empressée qu'elle était motivée par des préoccupations plus pécuniaires que liées au principe de liberté religieuse, a donc prié le collège exécutif de la Ville de Genève de trouver une solution.

Mais il y avait aussi et surtout des demandes légitimes de Genevoises et de Genevois de confession musulmane, auxquelles le Conseil administratif souhaitait répondre.

Sa réponse, contrairement à ce que l'on a tendance à affirmer, n'était ni hypocrite, ni contraire à la loi sur les cimetières de 1876. Le règlement municipale prévoyant que les fosses doivent être alignées de manière perpendiculaires aux allées piétonnières du cimetière, l'on a simplement observé qu'il suffisait qu'une allée s'orientât du midi vers le nord, pour que sa perpendiculaire indiquât, avec une redoutable précision, la direction de la

Mecque. Constatant que des surfaces importantes des cimetières se transformaient progressivement en pelouses à la suite de la désaffectation des anciennes tombes et du développement de l'incinération, le Conseil administratif a décidé de faire redessiner les allées du cimetière du Petit-Saconnex, proche de la Mosquée, dans ce sens. C'est pourquoi aujourd'hui de nombreux musulmans et de nombreuses musulmanes choisissent d'y être inhumé-e-s. Mais aucune disposition ne prévoit d'exclusivité confessionnelle pour cet espace.

La loi en vigueur autorise donc parfaitement que les communes tiennent compte, pour les inhumations, des impératifs culturels en matière d'orientation des fosses. C'est d'ailleurs ce que rappelle également la note à l'attention des député-e-s au Grand Conseil, rédigée le 12 novembre 2002 par le conseiller administratif Manuel Tornare, que nous citons avec la déférence qui sied :

*La Ville de Genève est partie du principe que le régime des concessions permet depuis toujours des **regroupements familiaux**, à la demande des défunts ou de leurs familles (art. 4 al. 5 et 8 al. 2 de la loi). Ce système cohabite, depuis 1876, avec l'enterrement « à la ligne » dans des fosses établies à la suite les unes des autres (...). (...) **L'orientation des tombes vers La Mecque ou Jérusalem est naturellement garantie par la configuration du cimetière de Saint-Georges.***

La loi interdit en revanche que l'on détermine des espaces exclusivement réservés à une confession. A notre sens, la loi est donc suffisamment souple pour celles et ceux qui souhaitent une certaine orientation de la sépulture, ainsi que pour celles et ceux qui revendiquent le droit à l'exercice de pratiques culturelles lors de l'inhumation. En revanche, elle est effectivement intraitable à l'égard de celles et de ceux qui souhaitent être inhumés à l'écart, à l'exclusion des autres communautés.

Nous ne voyons pas qu'il puisse y avoir de vision plus tolérante et intégratrice, ni plus moderne.

5. Référendum

Pour toutes les raisons invoquées plus haut, mais aussi parce qu'il nous paraît essentiel, en ces temps troublés, que Genève réaffirme son caractère laïque, nous vous invitons à rejeter le PL 9346.

Le parti radical genevois a déjà eu l'occasion de préciser qu'il soutiendrait un référendum si le principe de la laïcité des cimetières devait être écorné par le Grand Conseil. Certes, le parti radical ne le ferait pas de gaieté de cœur. Il est parfaitement conscient du fait qu'un débat public sur ce

thème, en particulier dans le contexte d'affrontement de civilisations que connaît le monde, présente un certain nombre de risques. Certains mouvements, qu'ils soient confessionnels ou politiques, n'hésiteront pas à faire appel aux plus vils instincts pour se faire entendre.

Au niveau fédéral, les débats autour de l'abattage rituel ont conduit et conduiront encore, hélas, à de tels prurits d'intolérance. Immanquablement, l'initiative populaire sur la protection des animaux y aurait contribué, si les initiant-e-s n'avaient eu la sagesse de la retirer en décembre dernier.

Nous vous appelons à faire preuve de la même sagesse. Personne au sein de ce Grand Conseil ne peut décemment imaginer qu'une telle loi puisse être votée sans que la société civile revendique le droit de dire son avis. Si donc la loi de 1876 devait être modifiée, référendum il y aura. Les radicaux n'en seront pas les auteurs, mais ils y apporteront leur concours – non pas portés par le désir, mais par le devoir.

6. Avis de droit

Les différents avis de droits sur la question peuvent prêter à des interprétations tout aussi diverses. Nous ne nous étendrons pas ici sur ce fait, avéré, selon lequel l'avis de droit sert plus souvent à donner raison à son mandataire qu'à dire le droit.

Il nous importe toutefois de relever que l'avis de droit du Dr Claude Rouiller affirme bel et bien que la législation genevoise en matière de cimetières est conforme au droit supérieur. Il va même jusqu'à préciser que de regroupement confessionnels ne sont pas exclus par la loi, pour autant qu'ils relèvent de demandes individuelles et non de demandes communautaires, et qu'ils restent ouverts aux visiteurs d'autres confessions.

L'avis de droit du Dr Claude Rouiller s'est donné pour mandat de définir si, oui ou non, la pratique des carrés confessionnels était de nature à assurer la liberté religieuse garantie par la Constitution fédérale. L'ensemble de cet avis s'articule autour du champs de tension entre la liberté religieuse et les obligations dites négatives de l'Etat, qui peut entraver cette liberté s'il s'agit de préserver des intérêts dignes de protection constitutionnelle. L'entrave à la liberté religieuse n'est permise que lorsqu'un intérêt public supérieur le commande (protection de la morale, de l'ordre, de la sécurité et de la santé publics). Dans ce champs de tension, le principe de proportionnalité occupe une place centrale, mais « en dépit des apparences, les mesures de contrainte prises par le constituant historique du XIX^e siècle, telles la neutralité de l'enseignement public obligatoire, la laïcité es autorités supérieures de l'Etat fédéral, l'abolition des juridictions ecclésiastiques et la laïcité des cimetières

n'ont fait qu'illustrer ce principe. Nécessaires à la préservation de la paix confessionnelle, ces mesures avaient pour finalité essentielle de garantir l'exercice paisible de la liberté de religion ». Il ajoute que, « dans un pays démocratiques, la loi civile – conforme aux droits fondamentaux et adoptée par le peuple souverain ou ses représentants – l'emporte sur les préceptes religieux et que l'Etat peut restreindre la liberté de religion si cela est nécessaire à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics ».

Voyons donc quelles entraves la loi de 1876 pose à la liberté religieuse et si elles sont encore admissibles ou justifiées.

Les principes culturels auxquels sont attachées les communautés israélites et musulmanes sont les suivants :

- a. l'orientation de la fosse
- b. l'ensevelissement dans un linceul pour les musulmans
- c. la pérennité du sépulcre
- d. l'ensevelissement dans une terre présumée vierge de toute inhumation antérieure
- e. le regroupement confessionnel exclusif.

Nous allons donc aborder chacun de ces points afin de considérer s'il y a lieu de modifier la loi existante d'une part, et d'autre part si le projet de loi du Conseil d'Etat ou sa version adaptée par la majorité de la commission est susceptible d'y répondre à satisfaction.

a. Orientation de la fosse et inhumation dans un linceul

Pour le premier de ces principes, à savoir l'orientation de la fosse, nous avons démontré plus haut que la loi genevoise l'autorisait dans le cadre du régime des concessions. Le deuxième, qui ne concerne que les personnes de confession musulmane, est lui aussi parfaitement admissible, selon le D^f Rouiller, tant qu'aucun impératif de santé publique – par exemple en cas d'épidémie – ne s'y oppose. Rien dans la loi de 1876 ne l'interdit.

Il en découle que, dans un cimetière public, l'entrave à ces deux principes n'existe pas.

b. pérennité du sépulcre et terre vierge de toute inhumation antérieure

La pérennité du sépulcre est pour sa part, dans tous les modèles proposés à l'exception des cimetières privés, clairement exclue. Le D^f Rouiller reconnaît que « sans doute une concession de 99 ans dans un cimetière public ne satisfait-elle pas entièrement aux prescriptions sur l'immutabilité de la

tombe et ne garantit-elle pas l'inhumation dans un lieu vierge de toute inhumation antérieure. Mais c'est un compromis raisonnable, car l'administration des cimetières publics n'a pas l'obligation de se conformer à ce genre de prescriptions si elle n'en a pas les moyens. »

Il en découle que, dans un cimetière public, l'entrave à ces deux principes est admissible et justifiée.

c. Le regroupement confessionnel exclusif

Concernant la création de cimetières privés, le Dr Rouiller affirme qu'il s'agit là d'une « mesure peu propice à l'avènement d'une société d'acceptation mutuelle dont toute discrimination serait bannie comme l'exigent le droit constitutionnel et le droit conventionnel. Elle peut en tout cas être ressentie aujourd'hui par la majorité, à tort ou à raison, comme un indice du cloisonnement volontaire de groupes de population. »

Ce point de vue défendu par le Dr Rouiller au sujet des cimetières privés vaut à notre sens aussi pour les carrés confessionnels. Pour nous, les carrés conduisent à confiner les communautés, à les séparer au lieu de les réunir.

Refuser le regroupement confessionnel exclusif, tout en admettant le régime des concessions individuelles ou familiales, est-ce une entrave admissible à la liberté religieuse? Nous répondons par l'affirmative. Aujourd'hui plus que jamais, alors que dans le monde les communautés religieuses dialoguent plus par anathèmes et par fatwas que dans le véritable souci de l'entre-connaissance ; alors que en France même, que les partisans des cimetières privés confessionnels citent souvent en exemple, des pans entiers de la société se réclament aujourd'hui d'une communauté religieuse à l'exclusion des autres et bien avant l'identité républicaine.

Dans ce contexte d'affrontement des civilisations et des religions, il nous apparaît que plus que jamais, la loi de 1876 est de nature à maintenir la paix confessionnelle, seule garante de la liberté religieuse.

Conclusions

En résumé, la loi actuelle n'interdit que deux choses que demandent une partie des communautés : la séparation des défunts selon leur religion et la pérennité des sépulcres. Les autres exigences culturelles sont compatibles avec la loi, moyennant une application intelligente et souple.

En cas d'adoption, le PL 9346 n'autoriserait pas, non plus, la pérennité des sépulcres. En revanche, il entérinerait le principe de séparation, de

discrimination. Et entraînerait un risque de repli communautaire que nous n'avons pas le droit de courir à Genève.

Le Parti radical genevois tient au maintien de la laïcité absolue de l'Etat, non pas tant en tant que dogme, mais bien comme un élément essentiel de notre démocratie qu'il a patiemment édifiée dans un pays composé de populations très diverses et dont la cohésion reste délicate car basée non pas sur la certitude de l'appartenance à une communauté de culture ou de religion, mais bien sur ses propres valeurs citoyennes.

L'école publique, laïque, gratuite et obligatoire, introduite à Genève dès le milieu du XIX^e siècle comme une condition essentielle de la démocratie, est le creuset qui a permis à des générations de genevois de se côtoyer quelques soient leurs origines et leurs confessions. Dans cette école, nous étions tous d'abord des élèves, et à côté, nous appartenions à l'une ou l'autre communauté ; mais pour ce qui concerne nos relations avec l'Autorité publique, il n'y avait aucune différence : nous comparions ce que nous apprenions en dehors des heures de classe lors des leçons d'éducation religieuse, mon voisin m'instruisant aux rudiments de l'hébreu, ce qui ne l'empêchait pas de venir en classe le samedi comme tout le monde. Ce principe, qui suppose certes quelques concessions, permet à chaque élève de notre école d'être un genevois d'abord, quand bien même il ne dispose pas d'un passeport helvétique !

C'est à travers cette approche qui a permis à chacun de trouver sa place à Genève tout en étant respecté dans son identité que notre cité a pu se positionner peu à peu comme un centre de rencontres mondial, lui apportant en récompense la SDN, puis l'ONU, ainsi que tous les organismes internationaux qui contribuent à son renom.

Aujourd'hui, alors que les origines de la population genevoise sont de plus en plus diversifiées, faut-il revenir en arrière, renoncer à nos principes au risque de laisser notre collectivité se diviser en sous-ensembles qui se côtoient sans se connaître ? Notre réponse est très clairement NON, car la méconnaissance de l'autre est la première source de peur, donc de conflits latents, de racismes divers et de fracture sociale, voire d'éclatement d'une société si les rapports d'équilibres sont rompus ou même trop rapidement modifiés.

Quand à prétendre que de prôner le communautarisme contribue à la paix sociale, le triste exemple du seul Liban, autrefois « la Suisse de l'Orient », devrait servir de leçons aux helvètes pour démontrer que ce n'est pas le cas.

La question reste donc de savoir ce qui doit prévaloir dans notre société : est-on d'abord citoyen helvétique ou membre d'une collectivité qui peut s'y

épanouir ? A l'évidence, la réponse est clairement la première, car sans cela, la Suisse n'existerait simplement pas ! Nous sommes suisses avant d'être catholiques ou protestants, par exemple, et ceci a un « prix » que chacun accepte de mettre pour que cette collectivité fonctionne correctement et également à l'égard de chacun de ses membres. Le fait d'étendre cette attitude à d'autres communautés n'est pas nouveau dans ce pays, et doit se poursuivre comme jusque-là.

Prétendre que les cimetières confessionnels ne concernent qu'une minorité, et qu'une bonne part des gens qui appartiennent à l'une ou à l'autre continuera à se faire ensevelir dans les cimetières ordinaires relève de l'illusion, sinon du pur mensonge. En effet, si aujourd'hui, la plupart n'ont pas d'autre choix pour se faire enterrer près de leur domicile, la possibilité créera l'obligation morale. Si on décidait qu'il y avait des cimetières catholiques et protestants, il est plus que probable que chacun se fera enterrer dans le cimetière de sa propre confession, même si cette dernière ne prévoit pas de rite particulier ou de règle à ce propos. Et ceci n'est pas une invention : il y a une cinquantaine d'années, certains villages d'un canton catholique au bout du Léman refusaient encore la sépulture aux protestants !

Ce projet de loi ouvre la boîte de Pandore, les discussions en commission l'ont déjà démontré : qui donc sera reconnu pour pouvoir revendiquer un carré confessionnel ou le droit de réaliser un cimetière privé en tant qu'« une communauté religieuse reconnue » ? A ne pas trouver de réponse satisfaisante, la commission s'est finalement débarrassé de la patate chaude en la plaçant dans les mains du Conseil d'Etat, chargé de régler ! Laissons donc les églises, les communautés religieuses, s'occuper des âmes ; les corps par contre sont l'affaire de l'ensemble de la collectivité, donc de l'Etat, et chaque habitant doit rester, de ce point de vue, identique à l'autre.

En outre, les représentants des communes craignent les conséquences sur la gestion des cimetières publics, les pressions qui pourraient en découler, les difficultés de trouver des solutions à la création de carrés confessionnels par défaut d'espace disponible.

Finalement, après les écoles et les cimetières confessionnels, faudra-t-il encore que le week-end soit avancé de deux jours pour les musulmans et au samedi pour les israélites ? Après la semaine des quatre jeudis, on aura celle des trois dimanches !

Ce n'est tout simplement pas soutenable.

Le communautarisme tue la citoyenneté en prenant peu à peu le pas sur celle-ci, parce qu'il est plus simple à appréhender et donc de s'y identifier, et il compromet l'égalité citoyenne, l'égalité des chances.

Accepter ce projet de loi, ce serait saper les bases de la société genevoise, la fragiliser alors qu'elle doit au contraire se renforcer pour relever les défis sociaux et économiques de notre époque. Notre ambition est là, et celle-ci offre une place à chacun, sans différence selon son origine, sa race ou sa religion.

Voulons-nous enterrer aujourd'hui 130 ans de paix confessionnelle ?
Pensons-nous vraiment contribuer à unir les vivants en séparant les morts ?

Le monde attend de Genève un autre message que celui-là.

Date de dépôt : 27 février 2006

Messagerie

RAPPORT DE LA DEUXIÈME MINORITÉ

Rapport de M. Christian Brunier

Mesdames et
Messieurs les députés,

*« La certitude de n'être pas seul
console même dans un cimetière. »*

Jules Renard

Remarque préliminaire : j'espère que le monde politique genevois mettra autant d'énergie pour défendre les vivants, qu'il en met pour réfléchir aux conditions d'hébergement des morts !

En août 2004, le Conseil d'Etat genevois a déposé un projet de loi afin d'autoriser la construction de cimetières confessionnels privés. Chaque communauté religieuse pourrait ainsi bénéficier d'un espace privé pour aménager son cimetière. Le gouvernement genevois faisait le choix du communautarisme.

Assez rapidement, la Commission des affaires communales, régionales et internationales étudiant ce projet de loi a renvoyé sa copie au gouvernement, plusieurs aspects ne tenant pas la route juridiquement et le contenu n'arrivant pas à rassembler une majorité. Quelques mois plus tard, le Conseil d'Etat a revu sa copie et a amené plusieurs amendements.

Notre première critique a porté sur la définition juridique de la communauté religieuse. Rien ne précisait clairement ce que signifiait « communauté religieuse ». Ce manque de précision ouvrait la porte aux dérives sectaires, la notion de communauté religieuse n'étant pas définie juridiquement. Nous avons donc proposé que la liste des religions « reconnues » par le gouvernement soit stipulée exhaustivement dans le règlement d'application.

Au cloisonnement des religions, nous préférons l'égalité devant la mort, tout en préservant les croyances et certains rites mortuaires liés à celles-ci. Nous voulons un espace commun contenant, pour celles et ceux qui le souhaitent, des carrés confessionnels.

Pour nous, les cimetières doivent être des espaces publics ouverts à toutes et tous, athé-e-s ou croyant-e-s provenant de n'importe quelle religion. Leur gestion doit être assumée bien naturellement par les collectivités publiques, et non pas par telle ou telle communauté religieuse. Le cimetière est une infrastructure publique de base.

La laïcité, terreau de notre démocratie et de nos libertés, est à la fois une éthique et un ensemble de règles juridiques relatives au fonctionnement de l'Etat et des services publics. La gestion des cimetières doit se conformer à ces règles, dans le respect des différences. Le statut laïc d'un Etat ou d'une institution suppose son indépendance à l'égard des influences des hiérarchies religieuses. Dans ce contexte, déléguer la gestion d'un cimetière à une organisation religieuse nous semble contraire aux valeurs laïques de notre petite République.

La pratique genevoise en matière de gestion des cimetières heurte divers textes constitutionnels et différents courants de pensée, celle-ci pouvant s'avérer trop restrictive. Dans ce contexte de mise en conformité des pratiques avec la législation, nous voulons des cimetières publics comprenant des carrés confessionnels, sans barrière, avec une entrée unique. Cette précision est utile puisque le gouvernement genevois a imaginé, durant les travaux de commission, créer des quartiers confessionnels séparés par des murs ou des haies et ayant des entrées séparées. Là encore, nous nous opposons à cette « ghettorisation » de la mort.

Depuis quelques années, les tensions entre les religions se développent. Regrouper les morts par religion dans des lieux privés et séparés ne peut qu'exacerber ce phénomène inacceptable. Nous vivons toutes et tous dans la même collectivité. Il n'y a aucune raison de séparer les morts de cette même collectivité dans des espaces privés.

Vivre dans la même collectivité oblige à fixer quelques règles, bien évidemment dans le respect des libertés. A force d'accepter que les malades soient de plus en plus soignés dans des établissements en fonction de leur niveau social, que les personnes soient « parquées » dans des quartiers classifiés selon leurs niveaux de standing, ou que des élèves de l'école publique puissent échapper à des travaux à cause de leur appartenance religieuse ou sectaire, les fondements de l'Etat partent en lambeaux.

L'Etat doit assurer à toutes les habitantes et tous les habitants du canton une dernière demeure commune, sans distinction de classe sociale, de race, de sexe et de religion. Cette laïcité a permis de préserver la paix confessionnelle à Genève, malgré la multitude de religions présentes sur notre territoire.

La *Tribune de Genève*, le 6 février 2006, sous la plume de Marc Bretton, donnait la parole au professeur Claude Rouiller, ancien président du Tribunal fédéral et bon connaisseur de ce dossier. Celui-ci précisait que la « laïcité genevoise » ne s'oppose pas à la création de carrés confessionnels dans les cimetières publics. En effet, « ces secteurs ne sont pas séparés de l'ensemble du cimetière public ». « Ils seraient inclus dans le même régime d'administration et de surveillance, les fidèles des confessions concernées étant libres d'y être enterrés ou de l'être dans le reste du cimetière. » En revanche, la création de cimetières privés semble soulever davantage de problèmes. En substance, si Genève accepte le principe des carrés confessionnels, le canton n'a pas « à favoriser d'une manière quelconque la création de cimetières privés. »

En conclusion, nous nous opposons à la création de ces cimetières confessionnels, espaces privés cloisonnés par religion, et amenderons ce projet de loi pour que les cimetières publics puissent accueillir des carrés confessionnels. Cela permettra de trouver l'équilibre entre l'unité de la collectivité, la laïcité et la liberté de pensée religieuse ou non.

Date de dépôt : 6 juin 2006

Messagerie

RAPPORT DE LA TROISIÈME MINORITÉ

Rapport de M^{me} Anne-Marie von Arx-Vernon

Mesdames et
Messieurs les députés,

Tout le monde est d'accord de dire qu'il faut permettre à chacun d'être enterré « dans le respect des règles de sa foi ».

Le projet de loi 9346 ne propose pas qu'une simple modification d'ordre pratique, il doit être considéré à l'échelle du symbolique et de l'histoire !

Pour le Parti démocrate chrétien, qui s'est toujours engagé pour le respect des convictions religieuses de chacun, il ouvre la porte aux dérives extrémistes et aux communautarismes.

Vu le caractère multiculturel de Genève et le dans respect de la laïcité, tous prétextes au communautarisme doivent être combattus afin de conserver la neutralité confessionnelle et éviter toutes tensions entre les communautés.

Au même titre que des citoyens de toutes confessions vivent en harmonie au sein des immeubles du canton de Genève, la même mixité confessionnelle doit être garantie dans la mort devant laquelle nous sommes tous égaux.

La dernière demeure qu'est le cimetière se doit d'en être l'ultime preuve !

Pour le Parti démocrate chrétien, grand est le risque de dérives extrémistes à l'heure où des communautés cherchent à recruter des adeptes en manque de repères simplistes. Grand est le risque de revendications de sectes qui, au nom d'une prétendue légitimité, utiliserait l'ouverture proposée par cette loi pour implicitement se faire reconnaître...

C'est pourquoi, le Parti démocrate chrétien, à l'unanimité, refusera, avec la plus grande détermination, l'idée des cimetières privés.

Quant aux carrés confessionnels, le sujet est tellement délicat qu'il met en jeu des sensibilités personnelles ne permettant pas, au sein du Parti démocrate chrétien, de dégager une unanimité, tant pour le rejet que pour l'adoption.

S'ils procèdent d'une pratique courante, les carrés confessionnels ne peuvent être éventuellement admissibles que sans enclos fermés au sein du cimetière. Au nom de l'autonomie communale, chère au Parti démocrate chrétien, les mairies sont les mieux placées pour respecter les désirs des familles en ce qui concerne les rites funéraires, pour autant que ceux-ci soient compatibles avec les lois en vigueur dans le canton.

En conclusion, cette loi 9346 est totalement insatisfaisante, et le Parti démocrate chrétien vous invite, Mesdames et Messieurs les député-e-s à la refuser.