



Avis de droit n° 2 demandé par la commission thématique 3: "Institutions: les 3 pouvoirs"

Laïcité et éligibilité

Introduction	1
1. Laïcité et éligibilité dans la Constitution fédérale	2
2. Laïcité et éligibilité dans la Constitution genevoise	2
2.1 En général	2
2.2. Cour des comptes	2
2.2.1 Garantie de l'Assemblée fédérale	3
2.2.2 Refus de garantie de l'Assemblée fédérale et article 143, alinéa 3, de la Constitution genevoise	3
3. Jurisprudence du Tribunal fédéral	4
Conclusion	5
Références bibliographiques	6

Introduction

Dans le cadre des conditions d'éligibilité et, dans le cas de figure qui nous occupe, de l'exigence de la laïcité, certaines notions doivent être précisées.

Tout d'abord, l'inéligibilité implique l'impossibilité même de se faire élire. L'éligibilité désigne donc l'aptitude à être valablement élu.¹ L'incompatibilité quant à elle désigne l'impossibilité, non pas de se faire élire, mais d'exercer conjointement deux fonctions. L'inéligibilité élimine alors d'entrée de jeu une catégorie de personnes et exclut leur candidature², alors que l'incompatibilité met, une fois l'élection réalisée, un groupe de personnes devant un choix de fonction. En définitive, l'inéligibilité est une cause d'invalidation, l'élection n'ayant pas d'effet, alors que l'incompatibilité n'empêche pas une élection valable.³

Nous verrons ici la question de l'éligibilité en lien avec la laïcité. Cette dernière comprend l'absence de lien avec le clergé.⁴ La condition du laïc s'oppose donc à celle de l'ecclésiastique.⁵

La Constitution genevoise actuellement en vigueur prévoit des cas d'éligibilité liés à la condition de la laïcité. Nous présenterons ici la question de la laïcité au regard de la Constitution fédérale

¹ AUBERT, ad art. 143, p. 1128.

² LÜTHI, ad art. 143, in Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, p. 2268.

³ AUBERT, ad art. 144, p. 1132.

⁴ Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2010.

⁵ S'il est vrai que l'objectif ici n'est pas de définir quelle personne doit être considérée comme étant un ecclésiastique, nous pouvons tout de même noter que dans le message concernant la garantie de la Constitution révisée du canton de Genève suite à la votation du 27 novembre 2005 (FF2006 8337), l'ecclésiastique a été défini comme "une personne qui appartient à une communauté religieuse durablement organisée et jouit au sein de celle-ci d'une position particulière; point n'est toutefois besoin qu'il justifie d'une formation spéciale et d'une certaine durée." A cela il a été précisé que "[l]a majorité de la doctrine ajoute à ces critères un élément fonctionnel, en ce sens que l'activité religieuse doit s'exercer à temps principal, c'est-à-dire au moins à mi-temps." (FF 2006 8341).

- (1) puis nous verrons quelles normes constitutionnelles genevoises contiennent cette exigence
 (2). Le cas genevois de la Cour des comptes sera alors vu sous l'angle de la garantie de l'Assemblée fédérale. Finalement, la jurisprudence du Tribunal fédéral sera mentionnée (3).

1. Laïcité et éligibilité dans la Constitution fédérale

La condition de la laïcité était présente dans la Constitution de 1874 mais n'a pas été reprise dans la Constitution de 1999. Ainsi, la Constitution fédérale de 1874 conditionnait, tout comme la Constitution de 1848⁶, l'éligibilité tant au Conseil national⁷ qu'au Conseil fédéral⁸ ainsi que la nomination au Tribunal fédéral⁹ à la laïcité. Ne pouvaient dès lors être nommés que les citoyens suisses laïques et ayant le droit de voter. Selon l'article 143 de la Constitution en vigueur: "[t]out citoyen ou citoyenne ayant le droit de vote est éligible au Conseil national, au Conseil fédéral et au Tribunal fédéral". L'exigence de la laïcité a donc disparu avec l'adoption du texte constitutionnel en vigueur. En conséquence, l'alinéa 3 de l'article 18 de la loi sur les droits politiques a été abrogé.¹⁰ Concernant les conditions d'éligibilité au Conseil des Etats, il convient de rappeler que celles-ci sont régies par le droit cantonal.¹¹

2. Laïcité et éligibilité dans la Constitution genevoise

2.1 En général

La Constitution genevoise fait état de l'exigence de la laïcité pour être éligible au sein des diverses autorités élues.

Tout d'abord, l'éligibilité au Grand Conseil est subordonnée à la laïcité des candidats.¹² Il en va de même pour le Conseil d'Etat.¹³ Lors de la création de la Cour des comptes, il avait également été prévu que seuls les laïcs seraient habilités à être élus.¹⁴ Comme nous le verrons ci-dessous, suite au refus de la garantie par l'Assemblée fédérale, cette exigence a été supprimée.

Finalement, l'article 51 de la Constitution genevoise soumet l'élection des députés genevois au Conseil des Etats au même mode que celui prévu pour le Conseil d'Etat.¹⁵

2.2. Cour des comptes

Comme cela a été mentionné, lors de la votation populaire du 27 novembre 2005, le corps électoral genevois a accepté la loi constitutionnelle instituant une Cour des comptes.¹⁶ Le nouvel article 143, dans son alinéa 3 était alors formulé de la façon suivante: "[s]ont éligibles à la Cour des comptes les électeurs laïques, jouissant de leurs droits civiques et âgés de 27 ans accomplis. Les autres conditions d'éligibilité sont fixées dans la loi". Cependant, suite au refus de la garantie par l'Assemblée fédérale, le mot "laïques" a été supprimé selon l'arrêté du 15 mars 2007.

⁶ AUBERT, ad art. 143, p. 1130.

⁷ Art. 75 Cst. de 1874.

⁸ Art. 96 al. 1 Cst. de 1874.

⁹ Art. 108 al. 1 Cst. de 1874.

¹⁰ FF 1999 7163.

¹¹ Art. 150 al. 3 Cst. de 1999.

¹² Art. 72 Cst./GE.

¹³ Art. 104 Cst./GE.

¹⁴ Voir art. 141 al. 3 Cst./GE tel qu'approuvé par le corps électoral le 27 novembre 2005.

¹⁵ Art. 51 al. 1 Cst./GE.

¹⁶ Loi constitutionnelle modifiant la constitution de la République et canton de Genève (instituant une Cour des comptes), du 10 juin 2005 (RS/GE A 2 00 - 8447).

2.2.1 Garantie de l'Assemblée fédérale

Selon l'article 51, alinéa 2, de la Constitution fédérale "[l]es constitutions cantonales doivent être garanties par la Confédération". L'autorité compétente est l'Assemblée fédérale.¹⁷ Le texte de la constitution cantonale adopté, ou la révision de celle-ci doivent être présentés à l'Assemblée fédérale afin que cette dernière puisse se prononcer.¹⁸ Toute modification, quantitativement importante ou non, comme toute abrogation doit passer par la procédure de garantie.¹⁹ La garantie est octroyée lorsque la constitution cantonale est conforme au droit fédéral²⁰, qui "comprend le droit international applicable en Suisse"²¹. Le texte constitutionnel cantonal est étudié par le Conseil fédéral "qui publie un message à l'intention de l'Assemblée".²²

La décision de l'Assemblée fédérale, qui prend la forme d'un arrêté fédéral simple non soumis au référendum, peut être soit positive soit négative. Dans la première hypothèse, cela signifie que la constitution cantonale bénéficie de la protection de la Confédération.²³ En revanche, une décision négative implique d'une part que cette garantie n'est pas accordée et que d'autre part les autorités cantonales doivent faire le nécessaire pour invalider la règle cantonale incriminée.²⁴

2.2.2 Refus de garantie de l'Assemblée fédérale et article 143, alinéa 3, de la Constitution genevoise

Suite à l'adoption, le 27 novembre 2005, par le corps électoral genevois de la modification constitutionnelle entraînant la création de la Cour des comptes, l'Assemblée fédérale a accordé la garantie à l'ensemble des modifications, à l'exclusion de la partie de l'article 141, alinéa 3, imposant la laïcité comme condition d'éligibilité.²⁵ Dans l'examen de la compatibilité de l'exigence de la laïcité avec le droit fédéral, il ressort que celle-ci est contraire à l'interdiction de la discrimination et porte atteinte à la liberté religieuse tout comme aux droits politiques.

Tout d'abord, s'agissant de l'interdiction de la discrimination²⁶, il faut relever que la Constitution fédérale interdit les discriminations qui se basent sur des critères tels que la race, le sexe, l'âge, la langue, la situation sociale, le mode de vie, les convictions religieuses, philosophiques ou politiques, la déficience corporelle, mentale ou psychique (art. 8 al. 2 Cst.). Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'exclure les ecclésiastiques ce qui consistait en une discrimination fondée sur les convictions religieuses. Dans la mesure où les convictions religieuses n'ont pas plus d'influence qu'une activité idéologique politique, par exemple, la distinction effectuée à l'alinéa 3 de l'article 141 de la Constitution genevoise constituait une discrimination au sens de l'article 8, alinéa 2, de la Constitution fédérale.²⁷

Au regard de la liberté religieuse, garantie par l'article 15 de la Constitution fédérale, et qui garantit, notamment, la liberté de conscience et de croyance, le choix d'adhérer à la religion de son choix ainsi que de pratiquer et exprimer ses convictions religieuses, il a été admis que conditionner l'accès à un organe élu à la laïcité portait atteinte à la liberté religieuse.²⁸

Quant aux droits politiques qui protègent le droit d'élire et d'être élu, ils "couvrent la liberté de tout ecclésiastique d'être élu à une fonction étatique, aussi bien que le droit de tout citoyen de voter en

¹⁷ Art. 172 al. 2 Cst. de 1999.

¹⁸ AUBERT, ad art. 51, p. 437.

¹⁹ MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, p. 451.

²⁰ Art. 51 al. 2 Cst. de 1999.

²¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, p. 582.

²² Art. 186 al. 2 et 4 Cst. de 1999. Voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, p. 583-584.

²³ Art. 52 al. 1 Cst. de 1999. Voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, p. 584 et MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, p. 460.

²⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, p. 585 et MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, p. 463.

²⁵ FF 2006 8337.

²⁶ Art. 8 al. 2 Cst. de 1999.

²⁷ FF 2006 8341, 8342.

²⁸ FF 2006 8342.

faveur d'un ecclésiastique".²⁹ S'il est vrai que ces droits ne sont pas absolus et qu'ils peuvent subir des restrictions, dans le message concernant la garantie de la Constitution révisée du canton de Genève, il est considéré qu'au 21^{ème} siècle, contrairement au 19^{ème} où la laïcité des institutions pouvait être admise, il n'est plus admissible de porter atteinte à liberté de vote et d'éligibilité dans la mesure où l'ordre et la paix publics ne le justifient plus. Dans ce même message il est par ailleurs rappelé que les mêmes considérations ont amené à supprimer, dans la nouvelle Constitution fédérale, la disposition qui interdisait aux ecclésiastiques de siéger au Conseil national.³⁰

En conclusion, la garantie de l'Assemblée fédérale n'a pas été accordée à la partie de l'alinéa 3 de l'article 141 portant sur la laïcité en raison de: son caractère discriminatoire, son atteinte à la liberté religieuse ainsi qu'au droit d'élire et d'être élu.

En conséquence du refus de la garantie par l'Assemblée fédérale, le mot "laïques" a été supprimé de l'alinéa 3 de l'article 141 de la constitution genevoise.³¹ Quant à la loi instituant une Cour des comptes³²(LICC) du 10 juin 2005 et entrée en vigueur le 26 janvier 2006, celle-ci contient également une mention du refus de la garantie par l'Assemblée fédérale.

3. Jurisprudence du Tribunal fédéral

Dans un arrêt rendu le 29 juin 1988³³, le Tribunal fédéral a considéré que l'incompatibilité entre la charge de conseiller municipal et l'état ecclésiastique contenue dans la loi tessinoise sur l'organisation communale n'était pas admissible.

Si dans le sujet qui nous occupe il est question de la laïcité dans le cadre de l'inéligibilité, le cas de figure de la loi tessinoise se réfère à des cas d'incompatibilité. Le Tribunal fédéral, différenciant l'incompatibilité de l'inéligibilité a toutefois souligné que, dans certains cas, la distinction entre incompatibilité et inéligibilité est moins évidente dans la mesure où le choix de fonction dont dispose l'élu reste purement théorique. Pour illustrer ce propos, le Tribunal fédéral mentionne le cas des prêtres catholiques.³⁴

Dans le cas d'espèce, seule la violation du principe d'égalité était invoquée. Le Tribunal fédéral a précisé que pour discriminer les ecclésiastiques dans l'exercice et la jouissance des droits politiques il fallait que des motifs d'intérêt public prépondérants l'imposent. Or, au vu des circonstances tessinoises, il ne pouvait pas être conclu à la présence de tels motifs, l'incompatibilité incriminée ne pouvant être justifiée que pour des raisons de maintien de la paix et de l'ordre public.³⁵

Notons encore que, dans le même arrêt, la législation genevoise est mentionnée. Cependant, le Tribunal fédéral n'est pas appelé à trancher si les dispositions semblables aux tessinoises sont "compte tenu des particularités de leur situation politique et des circonstances locales" contraires au principe d'égalité.³⁶ Aucune analyse des dispositions genevoises n'a alors été effectuée.

Enfin, le Tribunal fédéral exclut que l'existence de l'article 75 de la Constitution de 1874 alors en vigueur empêche de déclarer inconstitutionnelle la loi tessinoise. Selon le Tribunal fédéral, cet article constitutionnel repris de la Constitution de 1848 répondait aux luttes politico-religieuses de

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ Arrêté du 15.03.2007, voir modifications et commentaires apportés à la constitution genevoise, note aa ad. art. 141 al. 3.

³² RS/GE D 1 12.

³³ ATF 114 Ia 395=JT 1990 I 171.

³⁴ JT 1990 I 175.

³⁵ JT 1990 I 177, 178.

³⁶ JT 1990 I 178, 179.

l'époque et ne pouvait servir de référence dans le cadre des questions d'incompatibilité au niveau cantonal.

Conclusion

En conclusion, si l'on reprend dans l'ordre chronologique les différents éléments que nous avons passés en revue nous pouvons retenir que les Constitutions fédérales de 1848 et 1874 contenaient des normes imposant la laïcité comme condition d'éligibilité, mais que toutefois, même sous l'égide de ce droit fédéral, le Tribunal fédéral en 1988 a déclaré inconstitutionnelle une loi tessinoise instaurant l'incompatibilité pour les ecclésiastiques. Depuis lors, il faut relever que la Constitution de 1999 ne contient plus de norme conditionnant l'éligibilité à la laïcité. Enfin, fait encore plus récent et résolument genevois, la garantie de l'Assemblée fédérale n'a pas été octroyée à la partie de l'article 141, alinéa 3, de la Constitution genevoise imposant comme critère d'éligibilité à la Cour des comptes la laïcité.

Au vu de ce qui précède, et ce dans le cadre de la refonte de la constitution genevoise, il apparaît que si la condition de la laïcité était maintenue dans le nouveau texte constitutionnel, la garantie de la constitution serait probablement refusée aux parties d'articles concernées.

Références bibliographiques

AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2003.

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, L'Etat, Stämpfli, Berne, 2006.

EHRENZELLER Bernhard et al. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2008.

MARTENET Vincent, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Genève, Munich, 1999.