

## Les articles confessionnels de la constitution fédérale

par Jean-François Aubert

Jean-François Aubert, 1931, Professeur à l'Université de Neuchâtel, Faculté de Droit. Gymnase et Université de Neuchâtel, lic. 1952, dr 1955. Etudes ultérieures à Tübingue, Paris et Ann Arbor (Michigan). Auteur de nombreux articles de revue dans les domaines du droit international privé et du droit constitutionnel.

### I. Aperçu bibliographique

1. Les art. 51 & 52 sont, aujourd'hui, parmi les mieux connus de toute notre Constitution. Et ce ne sont pas seulement les juristes qui semblent y prendre de l'intérêt. Depuis la deuxième guerre mondiale, de nombreux ouvrages les ont rendus accessibles à un large public.

2. D'abord, les circonstances historiques dans lesquelles furent adoptées l'interdiction des Jésuites, en 1848, et celle des nouveaux ordres et couvents, en 1874, ont été relatées assez souvent pour que plus personne n'ignore les fameux « engrenages » qui ont précédé les deux révisions : Echec des Articles de Baden, fermeture des couvents d'Argovie, rappel des Jésuites à Lucerne, expédition de corps-francs, Sonderbund, avant 1848 ; Syllabus, Premier Concile du Vatican et Kulturkampf, avant 1874. On verra, du côté catholique, le monumental ouvrage de M. F. Strobel, *Die Jesuiten und die Schweiz im XIX. Jahrhundert*, Olten, 1954 (450 pages de commentaires, 600 pages de documents, sur les années 1840—1848) ; et, du côté protestant, les monographies de M. P. Vogelsanger, *Die Hintergründe...*, dans la revue *Reformatio*, 1956, p. 452—440, 474—484, et de M. K. Guggisberg, *Der Jesuitenartikel*, Zurich, 1956 (104 p.).

3. Ensuite, la manière dont les deux textes constitutionnels ont été appliqués depuis lors, et les raisons qu'il y aurait de les maintenir ou de les reviser, ont fait l'objet de plusieurs expositions. Du côté catholique, on lira O. Bauhofer, *Das eidgenössische Jesuiten- und Klosterverbot*, Zurich, 1953 (70 p.) ; une pochette de six cahiers éditée par le Schweizerischer Katholischer Volksverein, *Die konfessionellen Ausnahmeartikel der Bundesverfassung*, Lucerne, 1954 ; une brochure du Schweizerische Konservative Volkspartei, *Unsere Aktion gegen die Ausnahmeartikel der Bundesverfassung*, Berne, 1955 (48 p.) ; et J. Meier / H. Vermeille, *Les articles d'exception de la Constitution fédérale*, Fribourg, 1958 (82 p.). Du côté protestant, on consultera une livraison spéciale de *Reformatio*, 1955, p. 65—139, et E. Staehelin, *La question des Jésuites*, Lausanne, 1956 (52 p.).

4. Les juristes ont aussi donné leur avis. Voir notamment W. Kägi, *Die Bundesverfassung, der Rechtsstaat und der Jesuitenartikel*, *Reformatio* (précité), p. 68—81 ; H. Doswald, *Die Jesuitengesetzgebung der schweizerischen Bundesverfassung*, thèse, Zurich, 1956 (67 p.) ; R. Gmür, *Die konfessionellen Bestimmungen der schweizerischen Bundesverfassung*, *Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht*, 1958, p. 14—36 ; et l'article de notre collègue D. Schmidler, dans le numéro 9 (1966) de *Civitas*.

5. Les mêmes questions ont, à plusieurs reprises, défrayé la chronique parlementaire. On se souvient d'une interpellation de M. Schmid, développée le 30 mars 1949, et discutée le 8 juin suivant, qui fournit l'occasion à M. de Steiger d'expliquer la pratique des autorités fédérales

(Bulletin sténographique, Conseil national, 1949, p. 475—484, 537—547); et d'un débat moins serein qui eut lieu, quatre ans plus tard, devant le Parlement zurichois (Procès-verbal, 14 et 21 septembre 1953, p. 1808—1953).

Il ne s'agissait alors que d'interprétation. Une motion de M. von Moos, tendant à la *revision* des deux articles, et transformée en postulat, rencontra l'agrément du Conseil des Etats le 23 juin 1955 (Bulletin, 1955, p. 93—107). Le 28 septembre 1964, le thème de la revision était étendu à l'art. 50 IV (sur les évêchés), par une motion de M. Ackermann, également transformée en postulat (Bulletin, Conseil national, 1964, p. 492—497).

Enfin, l'incompatibilité des art. 51 & 52 C. féd. avec la Convention européenne des Droits de l'Homme fut soulignée dans une interpellation de M. Lusser, et dans la réponse que lui donna M. Wahlen, le 14 décembre 1965 (Bulletin, Conseil des Etats, 1965, p. 174—177).

6. Pour fonder sur une base solide un éventuel projet de revision, le Département fédéral de justice et police a demandé au Professeur W. Kägi d'établir un rapport complet sur les articles confessionnels. Nous croyons savoir que ce rapport est en voie d'achèvement. Ses conclusions ont déjà été déposées. Elles ne sont toutefois pas encore parvenues à la connaissance du public.

## II. Brève exposition des articles confessionnels

1. Le régime des articles confessionnels peut se résumer de la façon suivante :

Le droit fédéral entend, par « ordres », les sociétés catholiques à but religieux dont les membres font voeu de vivre selon certaines règles. Il s'agit donc des ordres et des congrégations du droit canon.

Pour atteindre leur but, les membres de ces sociétés vivent, soit en établissements communautaires, soit individuellement.

Les établissements communautaires sont des « couvents », lorsqu'on y vit à l'écart du monde.

2. L'art. 52 précède, logiquement, l'art. 51. S'il le suit, dans le texte, c'est sans doute parce qu'il lui est historiquement postérieur.

Il fait une discrimination parmi les sociétés religieuses, au détriment des *ordres*, et il distingue selon qu'un ordre avait, ou n'avait pas, d'établissement communautaire en Suisse lors de l'entrée en vigueur de la Constitution de 1874.

a) Si l'ordre n'en avait pas, il n'en peut pas avoir non plus à l'avenir, mais ses membres peuvent déployer une activité individuelle.

b) S'il en avait, l'art. 52 sous-distingue selon que c'était, ou non, un établissement *conventuel*.

— Si ce n'en était point, l'ordre n'en peut pas avoir à l'avenir, mais ses membres peuvent créer des établissements communautaires non conventuels (écoles, hôpitaux...), ou développer une activité individuelle.

— Si c'était un établissement conventuel, l'ordre peut le conserver, le déplacer, l'agrandir, mais il n'en peut pas créer d'autres (alors qu'il peut fort bien, comme dans l'hypothèse précédente, créer des établissements non conventuels).

3. L'art. 51 fait une discrimination parmi les ordres, au détriment de celui des *Jésuites*, et des sociétés affiliées. Il s'agit donc d'une discrimination dans la discrimination.

a) Pour l'ordre des *Jésuites* lui-même, comme il n'avait plus d'établissement communautaire en Suisse lors de l'entrée en vigueur de la Constitution de 1874, il n'en peut évidemment pas avoir non plus à l'avenir, ainsi qu'il résulte déjà de l'art. 52 ; mais encore ses membres ne peuvent pas déployer n'importe quelle activité individuelle ; celle « dans l'église et dans l'école » leur est interdite ; voilà ce que l'art. 51 ajoute à l'art. 52.

b) Pour les sociétés affiliées qui auraient eu, en 1874, un établissement communautaire en Suisse, elles ne pourraient pas le conserver, même s'il n'était pas conventuel ; par là aussi, l'art. 51 diffère de l'art. 52.

4. Les art. 51 & 52 paraissent déroger :

— d'abord à l'art. 4 C. féd., qui garantit l'égalité devant la loi, en ce qu'ils font des *discriminations* ;

— ensuite, aux art. 49 & 50 C. féd., qui garantissent la liberté de croyance et de culte, en ce que ces discriminations se font au détriment de certaines sociétés *religieuses*.

5. Les art. 51 & 52 ne dérogent en tout cas pas à l'art. 45 C. féd., qui garantit la liberté d'établissement, parce que les religieux de nationalité suisse, à quelque ordre qu'ils appartiennent, peuvent librement circuler en Suisse. On ne confondra pas l'« établissement », au sens de l'art. 45, qui est une résidence individuelle ou familiale, avec l'établissement communautaire des sociétés religieuses.

Quant au rapport des art. 51 & 52 avec l'art. 56 C. féd., qui garantit la liberté d'association, il nous semble qu'il n'y a pas lieu de l'examiner, parce que la liberté d'association, *religieuse* découle des art. 49 & 50, qui sont à l'art. 56 ce que des règles spéciales sont à une règle générale. Nous ne considérerons pas davantage le lien entre les articles confessionnels et la liberté d'enseignement, parce que cette liberté n'est garantie que par les Constitutions cantonales, auxquelles les normes fédérales ne sont pas soumises.

### *III. Les articles confessionnels, l'égalité et la liberté religieuse*

1. D'un point de vue formel, la dérogation aux art. 4, 49 & 50 C. féd. n'est évidemment pas inconstitutionnelle, car les art. 51 & 52 ont été adoptés selon la procédure de la législation constitutionnelle. Il n'y a pas de hiérarchie formelle à l'intérieur de la Constitution fédérale. Tous les articles y ont la même force juridique. Les art. 51 & 52 valent donc autant que les art. 4, 49 & 50. Ils ne pourraient être abrogés que

dans les formes de la législation constitutionnelle, indiquées au chapitre III de la Constitution.

2. D'un point de vue matériel, en revanche, on peut se demander si les art. 51 & 52 C. féd. sont bien conformes au système des art. 4, 49 & 50. Pour répondre à cette question, on supposera que les art. 51 & 52 aient été pris dans les formes de la législation ordinaire. Soit une loi fédérale, ayant le même contenu que les articles confessionnels. Serait-elle compatible avec la Constitution ?

3. a) Compatibilité avec l'art. 4 C. féd. Une loi ordinaire peut déroger à l'art. 4, ou, plus exactement, prescrire des différences de traitement conformes au principe d'égalité quand les sujets de la discrimination sont eux-mêmes dans des situations différentes.

La question est donc : Les ordres sont-ils assez différents des autres sociétés religieuses pour être traités différemment ? Menacent-ils l'ordre public (social ou étatique) davantage que les autres sociétés religieuses, et tellement plus, qu'ils doivent être traités plus rigoureusement ? On aura la même question pour l'ordre des Jésuites comparé aux autres ordres, et pour les couvents comparés aux autres établissements communautaires.

4. b) Compatibilité avec les art. 49 & 50 C. féd. Une loi ordinaire peut déroger aux art. 49 & 50, ou, plus exactement, limiter certaines manières d'exercer la liberté de croyance et la liberté des cultes, quand ces manières troublent l'ordre public et la paix confessionnelle, à la condition que de telles limitation, soient dirigées contre les véritables auteurs de trouble, et qu'elles soient proportionnées au but qu'elles visent.

Les questions sont donc : Les ordres, et singulièrement celui des Jésuites, et les couvents, sont-ils des formes de sociétés et d'établissements propres à troubler l'ordre public et la paix confessionnelle ? Si tel est le cas, ce trouble vient-il vraiment des ordres et des couvents, ou n'est-il pas plutôt le fait de leurs adversaires ? Et s'il vient bien des ordres et des couvents, ne peut-il pas être combattu par une mesure moins dure qu'une interdiction générale, telle qu'une intervention de l'Etat dans les cas les plus graves de conspiration, d'agitation ou de provocation ?

5. Voilà les questions qu'il faudrait d'abord résoudre pour dire si une loi ordinaire qui aurait le contenu des art. 51 & 52 C. féd. serait compatible avec la Constitution ; en d'autres termes, si les art. 51 & 52 sont conformes au système des art. 4, 49 & 50. Il est clair que la réponse, pour être parfaitement fondée, supposerait, chez celui qui la donne, des connaissances de théologie, d'histoire et de sociologie que le soussigné n'a pas. C'est pourquoi il se contentera, pour conclure, d'opposer aux articles confessionnels quelques réflexions qu'il empruntera davantage au sens commun qu'à la science, et qui lui paraissent militer en faveur de leur *abrogation*.

#### *IV. Réflexion sur la compatibilité des articles confessionnels avec l'égalité et la liberté religieuse*

1. On reproche aux ordres en général, et aux Jésuites en particulier, de combattre le protestantisme. Mais ils ont bien raison, et c'est leur droit le plus strict, tant qu'il s'agit d'une lutte spirituelle. S'ils estiment être dans la vérité, ils ont même le devoir de tenir pour fausses les opinions contraires aux leurs, et d'en dénoncer l'erreur. De leur côté, il est évident que les protestants ont le même droit et le même devoir.

Nous ne voyons pas pourquoi la société serait troublée par l'affrontement d'idées opposées. Tout ce que nous demandons, c'est la tolérance civile, qui consiste à ne pas détériorer le statut social de ceux qui pensent autrement. La tolérance dogmatique, elle, n'est qu'une des nombreuses faces de l'indifférence ou de la lâcheté.

2. On reproche aux Jésuites d'être hostiles à l'Etat. Mais il est normal que l'Eglise, par égard à sa fin dernière, se réclame d'un ordre supérieur à celui de l'Etat. L'Etat passe, l'Eglise demeure. Naturellement, cela est vrai de la plupart des Eglises, et de la protestante autant que de la catholique. Il ne s'ensuit pas que l'Eglise doive s'opposer à l'Etat toutes les fois qu'elle a, sur des questions temporelles, une opinion autre que celle de l'Etat. Au contraire, il lui a été enseigné de rendre à l'Etat ce qui était à l'Etat. Ce précepte chrétien est probablement aussi celui des Jésuites.

Qu'arrive-t-il lorsque l'Eglise tient pour spirituelle une question que l'Etat traite comme temporelle ? En général, un partage est possible, par l'établissement d'institutions parallèles, ainsi qu'il se fait pour le mariage ou pour l'enseignement. Et si les prétentions s'excluent véritablement ? Les chrétiens ont appris que, dans les cas les plus graves, il leur fallait obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes. Mais on conviendra que ce droit de résistance échappe au jugement des juristes.

3. On reproche aux ordres de limiter la capacité de leurs membres, par les vœux qu'ils leur imposent. Mais cette limitation n'atteint pas la capacité civile, telle que l'Etat la réglemente. Pour l'Etat, le moine peut toujours s'enrichir et le prêtre se marier. S'ils s'engagent à ne le point faire, c'est devant Dieu, non devant les tribunaux ; et il n'y a pas lieu de craindre que de tels vœux, en se propageant, restreignent l'empire des lois civiles : ceux qui sont capables de les tenir sont peu nombreux.

4. On reproche aux couvents d'être des foyers de conspiration, et de nourrir de ténébreux desseins, sans que personne n'ait jamais dit exactement en quoi consistaient ces desseins et cette conspiration. Ce qui est constant, c'est l'inquiétude et l'animosité que le peuple a toujours ressenties devant les sociétés fermées, qu'il connaît confusément, et dont il croit devoir attendre toute espèce de maux. C'est le même sentiment qui explique, pour une part, l'antisémitisme, la persécution des francs-maçons et celle, peut-être, des communistes.

5. Puisque nous y sommes, les communistes suggèrent irrésistiblement une comparaison que ne manquent pas de faire tous ceux qui traitent des articles confessionnels. Malgré la méfiance dont il est entouré, le parti communiste est libre, et c'est fort bien ainsi. Il est libre, mais l'ordre des Jésuites ne l'est pas. Or peut-on sérieusement soutenir que l'ordre des Jésuites soit plus dangereux pour l'Etat ? Et n'est-ce qu'à lui qu'on a pu faire le grief d'être attaché à une domination étrangère ?

6. Il y a une seconde comparaison qu'on ajoute souvent à la précédente, et qui n'a pas moins de force. Les couvents sont interdits, quand les lieux de plaisir vont se multipliant. Or peut-on sérieusement soutenir que les couvents nuisent davantage à la société ? Sans doute faut-il reconnaître que les lieux de plaisir ne nuisent qu'aux individus qui les fréquentent ; tandis que les couvents lancent, en quelque sorte, un défi au monde moderne, et même aux activités qui paraissent les plus honorables. Toutefois, comme nous l'observions plus haut, le risque de « contagion » est ici, pour ceux qui la craignent, infiniment moindre.

---

*Aus der Erklärung des zweiten Vatikanischen Konzils über die Religionsfreiheit:*

*Das Gemeinwohl der Gesellschaft, das in der Gesamtheit jener Bedingungen des sozialen Lebens besteht, aufgrund deren die Menschen ihre eigene Vervollkommnung in grösserer Fülle und Freiheit erlangen können, besteht besonders in der Wahrung der Rechte und Pflichten der menschlichen Person. Somit obliegt die Sorge für das Recht auf die Religionsfreiheit sowohl den Bürgern wie auch den sozialen Gruppen und den Staatsgewalten, der Kirche und den anderen religiösen Gemeinschaften in der Weise, die einem jeden von ihnen eigentümlich ist, je nach der Pflicht, die sie dem Gemeinwohl gegenüber haben.*

*Der Schutz und die Förderung der unverletzlichen Menschenrechte gehört wesentlich zu den Pflichten einer jeden bürgerlichen Gewalt. Die Staatsgewalt muss also durch gerechte Gesetze und durch andere geeignete Mittel den Schutz der religiösen Freiheit aller Bürger wirksam und tatkräftig übernehmen und für die Förderung des religiösen Lebens günstige Bedingungen schaffen, damit die Bürger auch wirklich in der Lage sind, ihre religiösen Rechte auszuüben und die religiösen Pflichten zu erfüllen, und damit der Gesellschaft selber die Werte der Gerechtigkeit und des Friedens zugute kommen, die aus der Treue der Menschen gegenüber Gott und seinem heiligen Willen hervorgehen.*

*Wenn in Anbetracht besonderer Umstände in einem Volk einer einzigen religiösen Gemeinschaft in der Rechtsordnung des Staates eine spezielle bürgerliche Anerkennung gezollt wird, so ist es notwendig, dass zugleich das Recht auf Freiheit in religiösen Dingen für alle Bürger und religiösen Gemeinschaften anerkannt und gewahrt wird.*

*Endlich muss die Staatsgewalt dafür sorgen, dass die Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz, die als solche zum Gemeinwohl der Gesellschaft gehört, niemals entweder offen oder auf verborgene Weise um der Religion willen verletzt wird, und dass unter ihnen keinerlei Diskriminierung geschieht.*