

LA LONGUE MARCHÉ VERS L'ÉGALITÉ: PERSPECTIVES DE DROIT CONSTITUTIONNEL

Discours prononcé à l'occasion du vernissage « 150 ans d'égalité des droits. Juifs de
Suisse »

Genève, le 5 octobre 2016

Prof. Maya Hertig Randall

I. Introduction

« Un Juif n'a-t-il pas des yeux ?

Un Juif n'a-t-il pas des mains, des organes, des dimensions, des sens, de l'affection,
de la passion ;

Nourri avec la même nourriture, blessé par les mêmes armes, exposé aux mêmes
maladies, soigné de la même façon, dans la chaleur et le froid du même hiver et du
même été que les Chrétiens ?

Si vous nous piquez, ne saignons-nous pas ?

Si vous nous chatouillez, ne rions-nous pas ?

Si vous nous empoisonnez, ne mourons-nous pas ?

Et si vous nous bafouez, ne nous vengerons-nous pas ?

Si nous sommes semblables à vous en tout le reste, nous vous ressemblerons aussi
en cela. »

Les célèbres paroles que je viens de vous lire sont celles de Shylock, protagoniste
dans la pièce « Le marchand de Venise » de William Shakespeare, écrite au 16^{ème}
siècle. Elles ont eu de la peine à convaincre.

II. La Constitution de 1848

En Suisse, deux siècles plus tard, la vision d'une humanité et d'une citoyenneté inclusive, ouverte sans égard à la conviction religieuse, ne s'était pas imposée.

La Constitution fédérale de 1848 contenait plusieurs dispositions reléguant les citoyens juifs à des citoyens de seconde zone.

Tout d'abord, la liberté d'établissement – le droit de s'établir librement dans toute la Confédération – n'était reconnue qu'aux chrétiens¹. Cette restriction était très incisive : les 4000 juifs que comptait la Suisse à l'époque avaient le droit de s'établir durablement dans deux communes, les communes argoviennes d'Endingen et de Lengnau. La Constitution fédérale permettait donc aux cantons de s'opposer à la présence des juifs sur leur territoire.

Pourtant, lors des négociations constitutionnelles², les cantons romands (Vaud, Neuchâtel et Genève) avaient été favorables à la liberté d'établissement des non-chrétiens. Il en allait de même du canton d'Argovie, mais pour des raisons pas tout à fait désintéressées : le canton d'Argovie voyait dans la liberté d'établissement un moyen pour favoriser le départ de sa communauté juive vers d'autres cantons.

Anticipant un mouvement migratoire provenant du canton d'Argovie, le canton de Zurich était opposé à la liberté d'établissement des juifs. Il en allait de même des cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne, qui craignaient une immigration massive des juifs alsaciens.

Décrivant le climat politique de l'époque, le représentant du canton d'Argovie a relevé que la tendance dans certains endroits n'était pas à l'émancipation des juifs mais à leur expulsion³.

1 Art. 41 de la Constitution de 1848. Une version électronique de la Constitution de 1848 est disponible sur <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Constitution1848.pdf> (dernière consultation le 6 octobre 2016).

2 Pour les positions des divers cantons pendant les négociations constitutionnelles, voir William Rappard, *La Constitution fédérale de la Suisse*, Boudry : Les éditions de la Baconnière (1948), p. 175 f. ; Christian Bolliger, *Niederlassungs-, Glaubens- und Kulturfreiheit der Juden : die eidgenössischen Volksabstimmungen von 1866*, in : Adrian Vatter (éd.), *Vom Schächt- zum Minarettverbot. Religiöse Minderheiten in der direkten Demokratie*, Zurich : Verlag Neue Zürcher Zeitung (2011), p. 48 ss, p. 50.

3 Voir William Rappard, *La Constitution fédérale de la Suisse*, Boudry : Les éditions de la Baconnière (1948), p. 178.

En plus de l'article constitutionnel sur la liberté d'établissement, deux autres dispositions de la Constitution de 1848 étaient dirigées contre la communauté juive. Il s'agit de la liberté de culte et de l'égalité des droits entre confédérés, garantis uniquement aux chrétiens⁴.

L'égalité des droits entre confédérés était le complément nécessaire de la liberté d'établissement : pour rendre la liberté d'établissement effective, il fallait s'assurer que tous les ressortissants suisses qui s'établissaient dans un autre canton soient traités sur un pied d'égalité avec les citoyens dudit canton.

Dans les termes des pères fondateurs de la Constitution de 1848 :

« Si l'on veut que la Suisse soit une nation, la Confédération une famille de frères, il faut admettre l'égalité des droits des confédérés. Maintenir les inégalités choquantes qui existent aujourd'hui dans quelques cantons, ce serait aller contre le but qu'on se propose. »⁵

Les juifs, visiblement, ne faisaient pas partie de cette famille de frères. L'enjeu, à nouveau, était de taille. La Constitution fédérale permettait aux cantons de maintenir des dispositions discriminatoires dans leur législation : les juifs étaient souvent exclus des droits civiques, ou faisaient face à des interdictions d'exercer certaines professions ou d'acquérir des biens immobiliers.

Après l'adoption de la Constitution fédérale de 1848, la « question juive », comme on l'appelait, devient une question politique majeure qui divise le pays.

III. Le retard de la Suisse

Les dirigeants politiques libéraux-radicaux sont conscients que la Suisse est à la traîne et de plus en plus isolée dans sa manière de traiter les juifs. En 1864, le président de la Confédération, le libéral-radical Jakob Dubs, décrit la situation comme suit:

« Si nous regardons le monde autour de nous, nous constatons avec honte que nous sommes seuls en ce qui concerne la question juive, ou

4 Voir art. 44 et 48 de la Constitution de 1848.

5 Voir William Rappard, *La Constitution fédérale de la Suisse*, Boudry : Les éditions de la Baconnière (1948), p. 172.

que nous sommes en compagnie qui est presque encore pire qu’être seul. »⁶

Comment expliquer le retard de la Suisse comparé aux pays voisins et aux autres grandes puissances?

Laissez-moi proposer deux pistes – ce sont des pistes uniquement - qui ne prétendent pas fournir une analyse exhaustive.

Une première piste tient au contexte constitutionnel, historique et politique, marqué par le processus d’édification d’une nouvelle nation : la Constitution de 1848 était un acte fondateur d’un nouvel Etat, et d’une nouvelle identité nationale. Dans les paroles du constitutionnaliste William Rappard, « proclamer l’égalité de devoirs et de droits de tous les suisses, c’est (...) affirmer l’unité de la nation helvétique. »⁷

L’intégration des ressortissants des différents cantons au sein d’un nouvel Etat, et la création d’une identité multiple – loyauté non seulement envers le canton mais aussi envers la Suisse – était un défi majeur.

Accorder la liberté d’établissement aux ressortissants des autres cantons n’allait pas de soi : la Constitution soumettait la liberté d’établissement à toute une série de cautions et de conditions, comme l’exigence de présenter un certificat de bonnes mœurs et d’avoir des ressources suffisantes.

La Constitution prévoyait aussi la possibilité de renvoyer les ressortissants d’autres cantons s’ils ne remplissaient plus ces conditions ou en cas de condamnation pénale.

En d’autres termes, les Suisses vivant dans un autre canton que leur canton d’origine étaient perçus comme des étrangers et traités comme les ressortissants étrangers aujourd’hui.

Dans ce contexte, les ressortissants d’autres cantons de confession juive étaient vus comme des personnes « doublement étrangères » et devenaient la cible de tendances d’exclusion qui vont souvent de pair avec la construction d’une nation : en

6 Traduction libre par l’auteure. La citation originale a la teneur suivante : « Und wenn wir da nun einen Ausblick thun auf die Welt, so finden wir mit Beschämung, dass wir in dieser Judenfrage allein stehen oder in einer Gesellschaft, die fast noch schlimmer ist als das Alleinsein. » (NZZ du 30 septembre 1864, p. 19).

7 William Rappard, *La Constitution fédérale de la Suisse*, Boudry : Les éditions de la Baconnière (1948), p. 173.

mettant les juifs en marge d'une communauté nationale encore fragile, la jeune Suisse construit sa propre identité en partie par le rejet de l'autre.

Dans son message publié en 1865 à l'attention de l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral évoque une deuxième piste pour expliquer le retard de la Suisse en ce qui concerne l'égalité des citoyens juifs :

« Pour s'expliquer comment, dans le pays le plus libre de l'Europe, dans la Suisse aux mœurs douces, aux sentiments bienveillants, une pareille anomalie au point de vue de l'humanité a pu subsister jusqu'à aujourd'hui, il ne faut pas perdre de vue que la Suisse n'est pas un pays régi par la volonté d'un seul ou d'un parlement éclairé, mais un pays où (...) une erreur ne peut pas être redressée du haut en bas en affrontant l'opinion populaire, mais seulement en procédant avec le peuple et par le peuple (...) »⁸.

Dans ce passage, le Conseil fédéral évoque une institution centrale de l'ordre constitutionnel suisse : la démocratie directe. Les dirigeants libéraux-radicaux étaient conscients que toute révision de la Constitution fédérale devait être approuvée par le peuple et les cantons.

Comme l'affirment des études en sciences politiques, l'exigence du référendum agit comme un frein. La peur d'être désavoué en votation populaire est d'autant plus grande que le vote porte sur des membres d'une minorité religieuse considérés comme des « outsiders ».

IV. L'influence de l'extérieur

Pour dépasser cette peur, et l'opposition de la population, l'influence extérieure et les intérêts économiques de la Suisse ont joué un rôle important, voire déterminant.⁹

En effet, plusieurs Etats tels que la France, les Etats-Unis, les Pays-Bas et la Perse ne toléraient plus la discrimination de leurs ressortissants juifs sur le sol suisse.

En 1851, suite à l'adoption d'une législation antisémite dans le canton de Bâle-Campagne, Napoléon III de France demande pour la première fois explicitement la révision de la Constitution fédérale « au nom des principes de droit universellement

⁸ FF 1865 III, p. 42.

⁹ Voir Stéphanie Leu, *L'émancipation des Juifs de Suisse de 1866 ou l'histoire de la construction du national par l'international*, Revue Suisse d'Histoire 64 (2014), pp. 267-384.

adoptés » et l'abolition de la législation bâloise, décrite comme une « législation intolérable qui blesse les principes de civilisation libérale, dont la France s'honore d'être le soutien. »¹⁰

Les revendications françaises se heurtent cependant au fédéralisme, à savoir à l'autonomie des cantons en la matière. Le Conseil fédéral se retrouve, selon l'Ambassadeur de France de l'époque, dans une situation embarrassante, et « obligé de défendre malgré lui les cantons »¹¹.

Après un long différend diplomatique peu fructueux, et suite à une forte mobilisation des juifs français dénonçant à l'Empereur les injustices subies en Suisse, la France change de stratégie : elle lie le dossier des juifs français à des questions d'ordre économique.

La liberté d'établissement et l'égalité en droit des juifs deviennent une condition *sine qua non* pour la conclusion de deux traités, un traité commercial promouvant le libre échange fortement souhaité par les milieux industriels, et un traité sur la liberté d'établissement.

Ces deux traités sont indissociables. Comme aujourd'hui les traités bilatéraux conclus entre la Suisse et l'Union européenne, ils forment un paquet fondé sur le principe cardinal de la non-discrimination : l'interdiction des discriminations est érigée en une condition essentielle pour pouvoir accéder au marché de l'autre partie au traité.

En vertu des deux traités conclus avec la France, la liberté d'établissement doit être concédée à tous les citoyens français, indépendamment de leur confession.

La conclusion des deux traités avec la France a conduit à la difficulté de la discrimination à rebours, à savoir la discrimination des nationaux par rapport aux ressortissants de pays tiers : les juifs français se voient mieux traités que les juifs suisses, une situation difficilement soutenable.

A cette difficulté est venue s'ajouter une autre : certains cantons voient d'un mauvais œil que la Confédération leur impose l'émancipation des juifs via la conclusion d'un

10 Cité selon Stéphanie Leu, *L'émancipation des Juifs de Suisse de 1866 ou l'histoire de la construction du national par l'international*, Revue Suisse d'Histoire 64 (2014), p. 267 ss, p. 375.

11 *Idem*.

traité international¹². Le canton de Bâle-Campagne refuse de délivrer des permis d'établissement aux ressortissants juifs¹³.

Suite à l'intervention de l'Ambassade de France, les autorités bâloises prennent position et expliquent que les traités de commerce et d'établissement contreviennent à la Constitution fédérale et à la Constitution bâloise, lesquelles limitent la liberté d'établissement aux citoyens chrétiens. Aussi longtemps que les deux constitutions ne seraient pas révisées, il n'y avait, selon les autorités bâloises, pas lieu d'accorder la liberté d'établissement aux juifs français.

Cet incident a conduit à un bras de fer entre les autorités bâloises et le Conseil fédéral, lequel insistait que les traités conclus avec la France reçoivent une exécution stricte et loyale dans toute la Suisse.

Ce différend touche à des questions centrales de droit constitutionnel suisse au cœur de l'actualité: le rapport entre fédéralisme et droit international, et surtout le rapport entre la Constitution fédérale et le droit international.

Le conflit entre la Constitution fédérale et le droit international a été finalement résolu par une révision de la Constitution fédérale. C'est ainsi que la liberté d'établissement et l'égalité des droits des Suisses de toute confession a été inscrite dans la Constitution fédérale en 1866.

V. Intégration par le droit

L'influence de l'extérieur et les intérêts économiques n'ont pas été les seuls moteurs de la révision constitutionnelle de 1866. Des dirigeants politiques prônant l'ouverture vers la communauté juive ont aussi joué un rôle.

Dans son rapport du 30 septembre 1865 sur la révision de la Constitution fédérale, la Commission du Conseil des Etats souligne que l'émancipation des juifs est avantageuse pour tout le pays :

« (...) l'expérience d'autres pays a fait voir, qu'une complète émancipation des juifs a pour effet de leur faire adopter les mœurs, les

12 Voir Alfred Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848*, traduit par Béatrice et Jean-François Aubert, Berne : Stämpfli (2013), p. 474 ss.

13 Voir Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale touchant le refus par le Gouvernement de Bâle-Campagne du droit d'établissement aux Israélites français du 28 octobre 1865, FF 1865 III, p. 805 ss.

habitudes et professions de leurs concitoyens chrétiens, et que si l'on donne à cette race si bien douée la possibilité de se mouvoir librement, il n'en peut résulter que les meilleurs effets pour le pays lui-même. »¹⁴

Nous retrouvons dans cette citation l'idée que le vivre ensemble, l'intégration d'une minorité religieuse est un processus bilatéral. Il suppose l'ouverture non seulement de la minorité mais aussi celle de la majorité.

On y trouve aussi l'idée de l'intégration par le droit : l'égalité en droit et la non-discrimination favorisent l'intégration. Cette vision tranche avec une autre, malheureusement dans l'air du temps: une vision qui érige l'intégration, voire l'assimilation, en une condition de la jouissance et de l'exercice égaux des droits et répond à la différence par l'exclusion.

VI. Résultat de la votation

Malgré tous les arguments en faveur d'une révision de la Constitution fédérale, l'issue du scrutin du 14 janvier 1866 a été relativement serrée : l'extension de la liberté d'établissement et de l'égalité de droits aux membres de la communauté juive a été acceptée avec une majorité populaire de 53%, et par 12.5 contre 10.5 cantons¹⁵.

Les résultats dans les cantons ont par ailleurs reproduit le clivage dominant dans le jeune Etat fédéral, opposant le camp libéral-radical au camp conservateur. Comme dans les votations contemporaines, les cantons les plus opposés à l'ouverture étaient ceux où la population concernée était largement absente. Ainsi, dans les cantons de la Suisse centrale, où vivait un seul juif¹⁶, le refus a été massif.

14 FF 1865 III, p. 645.

15 Pour les résultats de la votation, voir Christian Bolliger, Niederlassungs-, Glaubens- und Kulturfreiheit der Juden : die eidgenössischen Volksabstimmungen von 1866, in : Adrian Vatter (éd.), *Vom Schächt- zum Minarettverbot. Religiöse Minderheiten in der direkten Demokratie*, Zurich : Verlag Neue Zürcher Zeitung (2011), p. 48 ss, pp. 52 et 55 ; William Rappard, *La Constitution fédérale de la Suisse*, Boudry : Les éditions de la Baconnière (1948), p. 277.

16 Simon Hehli, *150 Jahre Gleichberechtigung der Schweizer Juden. Der lange Weg aus dem Ghetto*, NZZ, 16 janvier 2016, disponible sur <http://www.nzz.ch/schweiz/aktuelle-themen/der-lange-weg-aus-dem-ghetto-ld.4242> (dernière consultation le 6 octobre 2016).

VII. Une étape d'un processus

La votation du 14 janvier 1866 n'a cependant été qu'une victoire partielle. En effet, elle n'a permis de supprimer que deux des trois discriminations à l'égard des citoyens juifs: la liberté d'établissement et l'égalité des droits ont passé la rampe, mais l'extension de la liberté de culte aux non-chrétiens a été rejetée aux urnes.

Ce pas n'a été franchi qu'en 1874, lors de la première révision totale de la Constitution fédérale. Pour cette raison, l'année 1866 ne marque qu'une étape du processus d'émancipation, un processus qui n'est par ailleurs pas linéaire. Souvenons-nous que la première initiative populaire adoptée par le constituant helvétique en 1893 a porté sur l'interdiction de l'abattage rituel¹⁷, ce qui nous ramène à nouveau au risque inhérent à la démocratie directe : publiée dans un ouvrage portant le titre éloquent « de l'interdiction de l'abattage rituel à l'interdiction des minarets »¹⁸, une étude couvrant toutes les votations populaires au niveau fédéral et cantonal entre 1960 et 2007 conclut que la démocratie directe a un effet discriminatoire sur les minorités religieuses. Cette tendance est encore plus marquée pour les étrangers¹⁹. D'où la nécessité d'encadrer la démocratie directe par les droits de l'Homme ; d'où aussi la nécessité d'un contrôle externe, comme celui de la Cour européenne des droits de l'homme, pour éviter que les minorités soient victimes d'une tyrannie de la majorité.

Réviser la Constitution ne suffit pas pour changer les mentalités. L'égalité des juifs suisses est restée débattue bien après 1866. Dans les années 30, plusieurs articles de presse remettent en cause l'égalité des droits obtenue par les Israélites, la dénonçant comme une erreur politique et affirmant que, dans les circonstances

17 Sur cette votation, voir Christian Bolliger, Die eidgenössische Volksabstimmung über das Schächtverbot von 1893, in : Adrian Vatter (éd.), *Vom Schächt- zum Minarettverbot. Religiöse Minderheiten in der direkten Demokratie*, Zurich : Verlag Neue Zürcher Zeitung (2011), p. 70 ss.

18 Adrian Vatter (éd.), *Vom Schächt- zum Minarettverbot. Religiöse Minderheiten in der direkten Demokratie*, Zurich : Verlag Neue Zürcher Zeitung (2011).

19 Voir Adrian Vatter, Deniz Danaci, Mehrheitsdemokratisches Schwert oder Schutzschild für Minoritäten ? Minderheitsrelevante Volksentscheide in der Schweiz, in : Adrian Vatter (éd.), *Vom Schächt- zum Minarettverbot. Religiöse Minderheiten in der direkten Demokratie*, Zurich : Verlag Neue Zürcher Zeitung (2011), p. 215 ss, p. 236; voir aussi Adrian Vatter, Synthese : religiöse Minderheiten im direktdemokratischen System der Schweiz, in : Adrian Vatter (éd.), *Vom Schächt- zum Minarettverbot. Religiöse Minderheiten in der direkten Demokratie*, Zurich : Verlag Neue Zürcher Zeitung (2011), p. 264 ss, p. 282.

actuelles, il serait désirable de limiter les droits reconnus à cette partie de la population.

Dans son arrêt *Gross* du 20 juin 1936²⁰, le Tribunal fédéral rappelle que si le débat politique est permis, la ligne rouge est franchie lorsqu'on

« abandonne le terrain de la critique objective et tend à provoquer le mépris et la haine du public pour les Israélites, impute à toute leur race les fautes de certains individus ou les désigne par des appellations injurieuses, qui n'ont plus rien de commun avec les procédés du journalisme sérieux. »²¹

L'arrêt *Gross* nous rappelle que la tolérance, la non-discrimination et le respect de l'autre ne sont jamais acquis. On n'est jamais à l'abri de mouvements de régression.

Qui plus est, les tendances d'exclusion et de marginalisation changent de cible, en construisant et en visant une nouvelle figure d'altérité. En d'autres termes, ce qui change à travers le temps, et selon le contexte politique et social, est l'identité de l'autre, de ceux mis en marge d'une communauté nationale.

VIII. Propos finaux

Une célébration comme celle d'aujourd'hui est une occasion de prendre du recul, et de s'interroger, qui sont « les autres » de notre époque ? Ces autres, sur lesquels nous portons souvent des regards réducteurs, que nous enfermons dans une seule identité, religieuse, ethnique ou nationale.

La Fédération suisse des communautés israélites nous montre à travers cette magnifique exposition la richesse et la diversité des citoyens juifs, qui ne sont justement pas juifs OU suisses, mais juifs ET suisses.

Juifs et suisses, d'origine suisse ou étrangère, différents notamment par leur genre, leurs convictions politiques, et leurs professions : ils et elles sont, acteur, designer, joueur de cor des Alpes, ancienne juge au Tribunal fédéral, voire ancienne conseillère fédérale ou doctorante auprès de notre Faculté.

Cette exposition nous invite à reconnaître les identités multiples comme faisant partie de l'ADN suisse. En effet, la Suisse n'a jamais été un Etat-nation classique, uni par

²⁰ ATF 45 I 218.

²¹ ATF 45 I 218, 223.

une langue ou une culture commune. Dès sa création, elle a été une nation composite, une nation fondée sur la volonté de vivre ensemble (*Willensnation*). Dans cette optique, la Constitution est un instrument fondamental d'intégration des citoyens. Il est de notre devoir d'assurer qu'elle ne devienne pas un instrument d'exclusion, au nom d'une vision absolutiste de la souveraineté populaire.

Je vous remercie de votre attention.