

AVIS DE DROIT
CONCERNANT LA SECURITE DES
COMMUNAUTES JUIVES

par

Me Bernard ZIEGLER

Avocat

Ancien Président du Conseil d'Etat

Sur mandat de la

COMMUNAUTE ISRAELITE DE GENEVE

et de la

COMMUNAUTE ISRAELITE LIBERALE DE GENEVE

12 février 2018

RESUME

La menace résultant du terrorisme djihadiste reste élevée en Suisse, selon le Service de renseignement de la Confédération. Elle concerne l'ensemble de la population, et singulièrement les ambassades des pays intervenant militairement sur le théâtre d'opérations du Moyen-Orient, ainsi que la population suisse de confession juive et les intérêts juifs et israéliens en Suisse.

Si l'on ne saurait déduire des droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Constitution fédérale, par la Constitution genevoise et par le droit conventionnel, un droit subjectif à la sécurité, qu'une personne pourrait invoquer contre l'Etat devant les tribunaux, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent en revanche que ces mêmes droits fondamentaux ont également une fonction positive. Il résulte ainsi de la liberté religieuse, du droit à la vie et de la liberté personnelle une obligation de protection de l'Etat lorsque la jouissance ou l'exercice de ces droits fondamentaux est menacée de façon imminente et concrète par des tiers. Ce devoir de protection n'est cependant pas absolu : il trouve sa limite dans les ressources policières dont peut disposer l'Etat et que l'on peut raisonnablement attendre de lui qu'il engage pour assurer cette protection.

Le problème en Suisse, c'est que ces ressources policières ne sont pas suffisantes en cas d'événements majeurs. Selon la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, telle qu'elle résulte de la Constitution, ce sont les cantons qui sont principalement compétents en matière de sécurité et d'ordre public. Mais la Confédération assume également un certain nombre de compétences, explicites ou implicites, en matière de sécurité intérieure, notamment en matière de renseignement et de lutte contre le terrorisme, alors même qu'elle n'a jamais réussi à se doter d'une police fédérale de sécurité. En cas d'événements majeurs, telles que les attaques djihadistes qu'ont subies Paris et Bruxelles, les effectifs policiers cantonaux ne suffiraient pas à assurer la protection durable de nombreuses personnes et d'objectifs menacés, soit par exemple des lieux de culte, des gares ou des aéroports. Seul l'engagement subsidiaire de l'armée permettrait dans une telle hypothèse d'assurer 24 heures sur 24 la garde de tels objectifs, comme l'ont fait la France et la Belgique après les attentats de Paris et de Bruxelles.

Une délégation de tâches de sécurité par l'Etat à des entreprises de sécurité privées n'est en effet envisageable que de manière extrêmement restrictive et limitée dans le temps selon le droit concordataire et le droit genevois : les agents de sécurité privés ne peuvent assumer ni tâches de police préventive sur le domaine public – les contrôles d'identité et les fouilles de personnes leur sont interdits – ni garde armée devant des objectifs, tels que des lieux de culte – ils ont l'interdiction de porter une arme de manière visible sur le domaine public.

Le recours à des entreprises de sécurité privées n'est donc envisageable que sur mandat des Communautés elles-mêmes, pour la protection de leurs lieux de culte et de leurs locaux. Lorsque ces lieux sont accessibles au public, les agents de sécurité privés ne bénéficient cependant que des droits de légitime défense, de l'état de nécessité et du droit d'arrestation appartenant à tout citoyen en cas de flagrant délit. Dans les lieux publics ou semi-publics, les interventions policières préventives, telles que les contrôles d'identité et les fouilles de personnes, restent le monopole de la Police cantonale.

Comme dans les autres cantons suisses, une aide financière aux Communautés juives pour les frais de sécurité qu'elles exposent en vue de la protection de leurs membres et de leurs installations nécessiterait une base légale expresse, mentionnant au moins les conditions de son octroi, soit notamment son but, sa nature, sa durée et son montant. Actuellement, une telle base légale n'existe pas. Le Conseil d'Etat peut cependant déroger à ce strict principe de légalité, lorsqu'il accorde des aides financières uniques, égales ou inférieures à 200'000 F, ou annuelles de même montant, dont la durée d'octroi ne dépasse pas 4 ans.

De lege ferenda, il conviendrait peut-être de saisir l'opportunité de l'examen prochain par le Grand Conseil du projet de loi du Conseil d'Etat sur la laïcité, pour proposer la création d'une telle base légale, en élargissant à la protection de l'exercice de la liberté de conscience et de croyance, les possibilités de soutien prévues par le projet, d'actions favorisant le dialogue interreligieux et la paix religieuse.

Table des matières

RESUME.....	2
I. MISSION	6
II. METHODOLOGIE	7
III. CONTEXTE	8
A. Menaces contre la communauté juive	8
B. Appréciation de la situation par les autorités	9
a) Rapports du Service de renseignement de la Confédération.....	10
b) Le rapport du Service de lutte contre le racisme.....	10
c) Démarches parlementaires au niveau fédéral.....	12
d) Le Réseau national de sécurité	15
e) La subvention bâloise.....	15
C. Nouveau projet de loi fédérale sur le terrorisme.....	17
IV. DEVOIR DE PROTECTION DE L'ETAT SELON LE DROIT CONSTITUTIONNEL ET CONVENTIONNEL	18
A. Liberté religieuse.....	20
B. Principe de laïcité.....	23
a) Eléments introductifs	23
b) La Constitution genevoise de 2012	23
C. Protection des minorités.....	27
D. Droit à la vie.....	29
E. Liberté personnelle.....	33
a) Droit fédéral.....	33
b) Droit genevois	34
c) La jurisprudence relative à la centrale nucléaire de Mühleberg	38
F. Droit à la protection des communautés juives	40
V. SECURITE ET ORDRE PUBLIC	41
A. Monopole de l'usage de la force	41
B. Compétences fédérales.....	43
a) Eléments introductifs	43
b) L'art. 57 Cst.	44
i) <i>Interprétation littérale.....</i>	44
ii) <i>Interprétation historique</i>	45
iii) <i>Interprétation systématique.....</i>	49
iv) <i>Interprétation téléologique</i>	50
v) <i>Synthèse.....</i>	50
c) La loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure et la loi sur l'Etat hôte	51

d)	La loi fédérale sur l'usage de la contrainte	53
e)	L'échec de la création d'une police fédérale de sécurité.....	54
f)	L'engagement subsidiaire de l'armée.....	56
g)	La coopération transfrontalière en matière policière.....	59
C.	Compétences cantonales	61
a)	En général	61
b)	A Genève	61
i)	Règles constitutionnelles.....	61
ii)	Loi sur la police	61
iii)	Loi sur les agents de la police municipale.....	64
iv)	Vidéosurveillance.....	64
v)	Mise en œuvre sur le plan budgétaire.....	64
VI.	LEGITIME DEFENSE ET ACTION POSSESSOIRE.....	65
A.	Généralités	65
B.	Code pénal.....	66
a)	Introduction	66
b)	La légitime défense	67
c)	L'état de nécessité.....	68
C.	« Chacun devient sergent »	69
a)	L'arrestation provisoire par des particuliers.....	69
b)	Le droit du domicile (« <i>Hausrecht</i> »)	71
D.	Vidéosurveillance.....	74
a)	Droit fédéral.....	75
b)	Droit cantonal genevois.....	77
c)	Synthèse.....	78
E.	Action possessoire.....	80
VII.	DELEGATION DE TACHES DE SECURITE A DES TIERS.....	81
A.	Concordat sur les entreprises de sécurité	81
B.	Délégation des tâches de sécurité selon le droit genevois	82
VIII.	COUVERTURE DES COUTS ET SUBVENTIONNEMENT	84
A.	En général	84
B.	Art. 3 Cst-GE et projet de loi sur la laïcité.....	86
C.	Soutien financier aux communautés juives.....	89
IX.	DE LEGE FERENDA.....	90
X.	REPONSES AUX QUESTIONS POSEES	93

I. MISSION

Par courrier du 29 novembre 2017, reçu le 7 décembre 2017, la Communauté Israélite de Genève et la Communauté Israélite Libérale de Genève ont mandaté le soussigné en vue de la rédaction d'un avis de droit relatif au droit des Communautés juives à la protection :

« En guise de préambule, nous attirons votre attention sur le fait qu'en date du 1^{er} février 2017, le Conseil fédéral a rappelé qu'il accordait la plus haute importance à la protection de la population contre les attaques terroristes, extrémistes et autres actes de violence.

Le Conseil fédéral a rappelé qu'il avait conscience du fait que quelques Communautés et minorités religieuses sont particulièrement menacées par les mouvements fanatiques.

Le Conseil fédéral de poursuivre « Cela vaut notamment pour les communautés juives et leurs infrastructures, au regard du terrorisme islamiste. Les autorités compétentes doivent tenir compte de ces menaces particulières »¹.

En date du 16 juin 2017, le Conseil fédéral a proposé une série de modifications législatives pour renforcer la lutte contre le terrorisme².

Fort de ce qui précède, nous vous demandons de bien vouloir répondre aux questions suivantes :

- *Dans quelle mesure les communautés juives à Genève peuvent-elles faire valoir un droit à la protection ?*
- *Quelles sont les bases légales cantonales et, le cas échéant, quelles modifications sont nécessaires pour renforcer ce droit ? Ces questions portent sur le droit des interventions policières, des installations de protection (sur le domaine public et la propriété privée) à une participation financière au dispositif des Communautés.*
- *Quelle est la portée de l'obligation constitutionnelle de l'Etat à garantir la sécurité de sa population ?*
- *Y-a-t-il d'autres obligations légales ou internationales dans ce domaine ?*
- *Dans quelle mesure les Communautés juives peuvent-elles s'en prévaloir ?*
- *Quels droits appartenant à toute la population peuvent être invoqués par les représentants de la population juive ?*
- *Quelle marge de manœuvre/appréciation le droit cantonal comporte-t-il à cet égard ?*

¹ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20163945>

² <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2017/2017-06-22.html>

- *Quelles sont les compétences étatiques en ce qui concerne la protection des Communautés juives ?*
- *Dans le domaine de la sécurité, quelles sont les tâches que l'Etat peut déléguer à des privés ?*
- *Quelles sont les conditions et les limites que les Autorités cantonales doivent observer à cet égard ?*
- *Dans quelle mesure une telle délégation entraîne l'obligation de l'Etat de couvrir les coûts y relatifs ?*
- *Dans quelle mesure, les Communautés juives peuvent-elles prétendre à un soutien financier de l'Etat pour les mesures de sécurité prises par elles ?*

Je joins également à la présente, pour votre complète information, les avis de droit que la FSCI a fait établir sur le plan fédéral, ainsi que les avis pour les cantons de Zurich, de Bâle et de Berne ».

Ces quatre avis de droit ont pour auteur l'ancien Conseiller d'Etat zurichois Markus NOTTER en ce qui concerne les devoirs de protection incombant à la Confédération et au canton de Zürich (deux avis)³, le Professeur Markus MÜLLER et Mme Jasmin GROSSENBACHER⁴ pour le canton de Berne, ainsi que le Professeur Felix HAFNER, le Professeur Andreas STÖCKLI et M. Reto Patrick MÜLLER⁵ pour le canton de Bâle-Ville.

II. METHODOLOGIE

Les quatre avis de droit précités éclairant déjà une partie des questions posées dans la mission confiée au soussigné, il y sera régulièrement fait référence dans le présent avis de droit, par souci d'éviter les redondances avec l'analyse déjà effectuée par leurs auteurs, dont les conclusions concernant plus particulièrement les droits fondamentaux tels qu'ils

³ Markus NOTTER, *Schutzanspruch der jüdischen Gemeinschaften, Gutachten zuhanden des Schweizerischen Israelitischen Gemeindebundes*, 30. November 2016; Markus NOTTER, *Schutzanspruch der jüdischen Gemeinschaften, 2. Teil – Situation im Kanton Zürich, Gutachten zuhanden des Schweizerischen Israelitischen Gemeindebundes*, 5. Februar 2017.

⁴ Markus MÜLLER / Jasmin GROSSENBACHER, *Staatliche Schutzpflichten gegenüber jüdischen Gemeinden im Kanton Bern, Gutachten zuhanden der jüdischen Gemeinden Bern und Biel (JGB)*, 12. Juni 2017.

⁵ Felix HAFNER / Andreas STÖCKLI / Reto Patrick MÜLLER, *Rechtsgutachten betreffend Schutzanspruch der jüdischen Religionsgemeinschaften – Situation im Kanton Basel-Stadt*, 21. August 2017.

sont définis par le droit constitutionnel fédéral et par le droit conventionnel valent évidemment aussi pour le canton de Genève.

Le présent avis approfondira dès lors plus particulièrement les spécificités du droit genevois, qui se distingue de celui de tous les autres cantons suisses par son jacobinisme et par un principe de laïcité consacré par la Constitution cantonale⁶, mais également certaines questions relatives notamment aux compétences fédérales, qui n'ont pas ou que peu été traitées par les auteurs des quatre avis précités.

Les terrifiants attentats perpétrés par des djihadistes à Paris et à Bruxelles, lesquels ont succédé aux assassinats ciblés de membres des communautés juives, ont incité le soussigné à s'interroger sur la préparation de notre pays à répondre au défi sécuritaire de tels évènements. Il a notamment mis à profit à cette fin sa propre expérience dans le pilotage de la sécurité de grandes conférences internationales.

Me David Hofmann, Dr en droit et avocat, a collaboré à la rédaction du présent avis de droit. Qu'il soit ici remercié.

III. CONTEXTE

A. MENACES CONTRE LA COMMUNAUTÉ JUIVE

Fréquemment persécutée dans l'histoire, la minorité juive en Europe, encore marquée par l'effroyable souvenir de l'Holocauste, a été à nouveau dans un passé récent la cible d'attentats terroristes perpétrés par des extrémistes islamistes. On songe ici notamment à l'attaque contre « *Charlie Hebdo* », et contre « *l'Hyper-Cacher* » à Paris, à l'attentat contre le musée juif de Bruxelles ou encore aux assassinats ciblés de membres de la Communauté juive perpétrés en France également, devant des écoles ou dans la rue. La Suisse n'a pas échappé à des manifestations d'antisémitisme, aux conséquences heureusement moins lourdes. Aux attaques ciblées contre la minorité juive, contre les militaires et contre les policiers, ont succédé les tueries aveugles perpétrées par des

⁶ Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (A 2 00 ; Cst-GE).

groupes djihadistes armés contre le Bataclan et le Stade de France à Paris ou encore contre l'aéroport et le métro de Bruxelles, et dans un passé encore plus récent, par des « *loups solitaires* » fonçant dans la foule au volant de camions ou d'autres véhicules à Nice, à Berlin, à Londres ou à Barcelone. Il n'est plus possible aujourd'hui d'organiser une manifestation populaire, même en Suisse, sans déployer d'importants effectifs policiers et sans installer des mesures de protection passives, telles que des plots de béton, contre la menace d'attentats, visant à tuer aveuglément tous ceux qui ont le malheur d'être là au mauvais moment.

Actuellement, la menace terroriste reste élevée dans notre pays, selon le Service de renseignement de la Confédération, qui est le service chargé d'apprécier la situation sécuritaire tant pour la Confédération que pour les cantons. Elle émane principalement du terrorisme djihadiste. Elle est alimentée dans toute l'Europe par la crainte du retour de Syrie et d'Irak des mercenaires de « *l'Etat islamique* ». Rien que pour la Suisse, leur nombre est estimé à près de cent. La menace terroriste concerne de manière diffuse l'ensemble de la population, et plus particulièrement selon le Service de renseignement, les ambassades des Etats engagés militairement contre l'EI, « *de même que les citoyens suisses de confession juive et les intérêts juifs et israéliens en Suisse* »⁷.

B. APPRÉCIATION DE LA SITUATION PAR LES AUTORITÉS

Les menaces contre la communauté juive en Suisse ont fait l'objet de diverses analyses par des services de la Confédération, compétents en matière de renseignement (*infra a*) ou de racisme (*infra b*). Elles ont également été thématiques lors de discussions politiques devant l'Assemblée fédérale (*infra c*) ou le Réseau national de sécurité (*infra d*). Les autorités cantonales bâloises ont aussi traité de la question de manière approfondie, en proposant une solution nouvelle (*infra e*).

⁷ Rapport 2016 du Service de renseignement de la Confédération, p. 45.

a) Rapports du Service de renseignement de la Confédération

Dans son rapport de situation 2017⁸, le Service de renseignement de la Confédération (SRC) a traité de la question de l'extrémisme religieux. Selon son résumé, « *la menace terroriste en Suisse reste élevée. Elle émane principalement du terrorisme djihadiste. Des individus isolés ou de petits groupes, inspirés par des organisations terroristes étrangères, qui commettent en Suisse des attentats ou préparent à partir de notre pays de tels actes à l'étranger, constituent dans ce contexte la menace la plus probable. Dans les régions du monde où cette menace est encore plus importante, des citoyens suisses peuvent devenir les victimes occasionnelles d'attentats terroristes* »⁹.

Dans son rapport de situation 2016, le SRC a retenu notamment ce qui suit s'agissant de la menace accrue résultant du terrorisme djihadiste : « *[...] font aussi partie des intérêts suisses ceux de tiers dans notre pays, par exemple les ambassades des Etats engagés militairement dans la coalition contre l'« Etat islamique ». Ces intérêts peuvent en partie être plus fortement menacés, de même que les citoyens suisses de confession juive et les intérêts juifs et israéliens en Suisse.* »¹⁰

b) Le rapport du Service de lutte contre le racisme

Le 10 octobre 2017, le Service de lutte contre le racisme (SLR) du Département fédéral de l'intérieur (DFI) a rendu public un rapport sur les mesures prises par la Confédération pour lutter contre l'antisémitisme en Suisse¹¹.

Dans le chapitre relatif à la sécurité, il est indiqué qu'à la suite des attaques terroristes qu'ont connues plusieurs pays européens, la menace s'est accrue également pour la

⁸ <https://www.vbs.admin.ch/fr/themes/recherche-reseignements/extremisme-violent.detail.document.html/vbs-internet/fr/documents/servicederenseignement/rapportsdesituation/NDB-Lagebericht-2017-f.pdf.html>

⁹ Rapport 2017 p. 35.

¹⁰ Rapport 2016, p. 45.

¹¹

https://www.edi.admin.ch/dam/edi/fr/dokumente/FRB/Neue%20Website%20FRB/Monitoring%20und%20Berichterstattung/Thematische%20Berichte/Bericht%20Massnahmen%20gegen%20Antisemitismus.pdf.download.pdf/Bericht%20Massnahmen%20gegen%20Antisemitismus_2017_f.pdf

Suisse, notamment pour les ressortissants de confession juive ainsi que les intérêts juifs et israéliens en Suisse¹².

Selon ce rapport, « *du droit constitutionnel à la protection de la liberté personnelle découle l'obligation pour l'État de prendre les mesures législatives et autres qui s'imposent pour empêcher les actes menaçant la vie ou la sécurité des personnes, écarter les dangers, réprimer les agressions et faire intervenir la police lorsque des tiers menacent l'intégrité physique, la vie ou les biens de certaines personnes ou institutions. Si des indices laissent penser que la communauté juive, des personnes juives ou des institutions juives pourraient être la cible d'attaques violentes, l'État, c'est-à-dire la Confédération et les cantons, a une obligation de protection et doit garantir la sécurité des personnes, même au prix de ressources humaines et financières élevées* »¹³.

Il est rappelé que le maintien de la sécurité et de l'ordre publics relève en principe de la responsabilité des cantons. En matière de sécurité intérieure, la Confédération possède peu de compétences propres¹⁴. Cela étant, « *la protection des institutions juives est [...] une tâche d'envergure nationale. La Confédération soutient, dans le cadre de ses compétences, les cantons dans la réalisation de leur mandat constitutionnel de protection de la sécurité et de l'ordre public* »¹⁵.

Le chapitre relatif au financement mentionne ce qui suit :

« Les mesures de protection de la communauté juive et de ses infrastructures requièrent de mettre à disposition des ressources humaines et financières suffisantes. Pour déterminer quel niveau de l'État doit apporter son aide dans ce domaine et assumer le financement de ces mesures, il faut se fonder sur la répartition des compétences définie par la Constitution dans le domaine de la sécurité intérieure. La Confédération et les cantons sont chargés du maintien de la sécurité intérieure (art. 57, al. 1, Cst.). Tandis que les cantons sont responsables en premier lieu d'assurer la sécurité publique sur place (tâches policières), la Confédération prend des mesures préventives pour lutter contre le terrorisme et l'extrémisme violent (art. 2, al. 1, LMSI). Elle doit aussi assurer ses devoirs de protection en vertu du droit international public. Dans le domaine de la sécurité intérieure, la Confédération possède en outre des compétences de coordination (art. 57, al. 2, Cst.). Tant qu'il s'agit de mesures relevant – au moins partiellement – de ses attributions constitutionnelles, la

¹² Rapport p. 12, §7.

¹³ Rapport p. 12.

¹⁴ Rapport p. 13.

¹⁵ Rapport p. 14.

Confédération peut aussi participer à leur financement, à condition que sa compétence ne présente pas uniquement une importance marginale dans ce domaine. Les mesures concernées doivent par ailleurs impérativement revêtir une dimension nationale.

Renforcer la coordination en vue de protéger des minorités particulièrement menacées correspond au mandat constitutionnel de protection de la population dévolu à la Confédération et aux cantons. [...] »¹⁶.

c) Démarches parlementaires au niveau fédéral

Le 3 mars 2010, le conseiller national Peter MALAMA a déposé un postulat « *Sécurité intérieure. Clarification des compétences* »¹⁷. Le 28 avril 2010, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat. Le 2 mars 2012, le Conseil fédéral a déposé un rapport de 138 pages¹⁸ consacré à la clarification des compétences en matière de sécurité intérieure.

Le 3 mars 2015, la conseillère nationale Yvonne FERI a déposé une question « *Sécurité des institutions juives* »¹⁹. Le 9 mars 2015, la conseillère fédérale Simonetta SOMMARUGA y a répondu oralement²⁰. Elle a expliqué que la sécurité publique était en premier lieu une tâche des cantons. Les communautés religieuses doivent supporter elles-mêmes les coûts de sécurité de leurs biens.

Le 3 juin 2015, la conseillère nationale Yvonne FERI a déposé une interpellation « *Institutions juives. Protection, coordination et finances* »²¹. Le Conseil fédéral y a répondu le 2 septembre 2015, de sorte qu'elle a été considérée comme liquidée le 25 septembre 2015²².

« [...] 4. L'Etat est tenu de protéger ses habitants contre les menaces immédiates et concrètes émanant de tiers. Garantir la sécurité des institutions et des personnes juives incombe en premier lieu aux cantons (cf. réponse à la question 1). La Confédération attend de ces derniers qu'ils s'entraident dans le cadre de la convention sur les engagements de police intercantonaux si certains d'entre eux, dans des

¹⁶ Rapport p. 15-16.

¹⁷ Postulat 10.3045 « *Sécurité intérieure. Clarification des compétences* ».

¹⁸ FF 2012 p. 4161-4298.

¹⁹ Question 15.5038 « *Sécurité des institutions juives* ».

²⁰ BOCN 2015 p. 159.

²¹ Interpellation 15.3515 « *Institutions juives. Protection, coordination et finances* ».

²² BOCN 2015 p. 1882.

situations particulières, ne devaient pas disposer des ressources suffisantes pour accomplir cette tâche.

Afin de pouvoir exécuter les prestations de sécurité qu'on attend d'elle, la Confédération est tributaire du fait que les cantons décèlent à temps les menaces et les évolutions survenant sur leur territoire et communiquent d'eux-mêmes aux autorités fédérales compétentes leurs informations et leurs éventuels besoins en informations, par exemple concernant des auteurs potentiels, des réseaux transfrontaliers ou des modes opératoires menaçant la sécurité. La Confédération peut alors mettre à disposition les informations en sa possession ou se procurer des informations supplémentaires via les canaux internationaux de renseignement ou de police criminelle ».

Le 13 septembre 2016, le conseiller aux Etats Daniel JOSITSCH a déposé un postulat « *Protection des minorités contre les attaques terroristes* »²³. Le 16 novembre 2016, le Conseil fédéral a transmis son avis, de sorte que le postulat a été rejeté par le Conseil des Etats le 14 décembre 2016²⁴. Le Conseil fédéral a notamment expliqué ce qui suit :

« [...] La Confédération et les cantons, dans les limites de leurs compétences respectives définies dans la Constitution, pourvoient à la sécurité de la population. Conformément au droit constitutionnel en vigueur, la sauvegarde de l'ordre et de la sécurité publics incombe aux cantons. Les obligations de protection de la Confédération découlant du droit de la police de sécurité et du droit international public sont limitées à la protection des magistrats, des parlementaires, des employés de la Confédération, des bâtiments fédéraux et des personnes et des infrastructures jouissant d'une protection en vertu du droit international public. La répartition des tâches entre la Confédération et les cantons prévue dans la Constitution ne prévoit pour l'heure pas d'obligation spécifique selon laquelle la Confédération serait tenue de protéger les institutions des communautés juives et d'autres minorités. Toute intervention de la Confédération dans ce domaine implique une modification de la Constitution.

La sécurité des personnes et institutions juives en Suisse ne peut que résulter de la collaboration entre les autorités de tous les niveaux étatiques et les organisations juives. Dans le cadre de ses compétences, qui lui sont attribuées en vertu de la Constitution, la Confédération soutient les cantons dans leur mandat constitutionnel de garantir la sécurité et l'ordre publics [...] ».

Le 5 décembre 2016, le conseiller aux Etats Daniel JOSITSCH a déposé une motion « *Protéger les communautés religieuses contre le terrorisme et la violence extrémiste* »²⁵. Le Conseil fédéral a émis son avis le 1^{er} février 2017 et a proposé d'accepter la motion. Elle a été adoptée le 9 mars 2017 par le Conseil des Etats²⁶ ; le Conseil national doit se

²³ Postulat 16.3650 « *Protection des minorités contre les attaques terroristes* ».

²⁴ BOCE 2016 p. 1210-1213.

²⁵ Motion 16.3945 « *Protéger les communautés religieuses contre le terrorisme et la violence extrémiste* ».

²⁶ BOCE 2017 p. 171-173.

prononcer. Selon la proposition de motion, « *Le Conseil fédéral, en collaboration avec les cantons, est chargé de montrer quelles mesures complémentaires pourraient être prises pour assurer la sécurité des communautés religieuses particulièrement menacées par le potentiel de violence terroriste et extrémiste, et quelles seraient, le cas échéant, les bases légales nécessaires à l'exécution de ces mesures* ».

Le 15 décembre 2016, la conseillère nationale Yvonne FERI a déposé une motion « *Violences terroristes et extrémistes. Assurer la sécurité des minorités* »²⁷. Le Conseil fédéral a émis son avis le 1^{er} février 2017 et a proposé d'accepter la motion. Le Conseil national l'a abordée sans discussion le 17 mars 2017²⁸, puis en a discuté le 1^{er} juin 2017²⁹ ; la motion a été retirée le 1^{er} juin 2017³⁰. Selon la proposition de motion, « *le Conseil fédéral est chargé de présenter, conjointement avec les cantons, non seulement les mesures plus poussées que l'on peut prendre pour assurer la sécurité des minorités (notamment des communautés religieuses) qui sont particulièrement menacées par les violences terroristes et extrémistes, mais aussi les bases légales qu'il faudrait créer au besoin pour mettre en œuvre ces mesures* ».

Le 15 décembre 2016, le conseiller national Guillaume BARAZZONE a déposé un postulat « *Protection contre l'extrémisme violent. Exemple des institutions juives menacées* »³¹. Le 1^{er} février 2017, le Conseil fédéral a répondu ; il considère que les questions posées ont été traitées dans son rapport du 2 mars 2012 concernant le postulat MALAMA. Dans sa réponse, le Conseil fédéral écrit que « *l'auteur du postulat demande enfin, en référence à une phrase équivoque du rapport du service de lutte contre le racisme du 1^{er} novembre 2016, si le Conseil fédéral est vraiment d'avis que les groupes menacés doivent assumer eux-mêmes les coûts pour assurer leur sécurité. Ni les auteurs du rapport ni le Conseil fédéral ne sont de cet avis* ». Le postulat n'a pas encore été traité en plénum.

²⁷ Motion 16.4062 « *Violences terroristes et extrémistes. Assurer la sécurité des minorités* ».

²⁸ BOCN 2017 p. 542.

²⁹ BOCN 2017 p. 855-857.

³⁰ BOCN 2017 p. 857.

³¹ Postulat 16.4081 « *Protection contre l'extrémisme violent. Exemple des institutions juives menacées* ».

d) Le Réseau national de sécurité

Le 10 avril 2017, le délégué du Réseau national de sécurité a été chargé de concevoir, en collaboration avec la Confédération et les cantons, un projet de protection des minorités particulièrement menacées. En effet, au vu de la menace terroriste actuelle, la communauté juive en particulier est exposée à un danger accru. Dans un premier temps, les communautés juive et musulmane seront associées à l'élaboration d'un projet de mesures de la Confédération et des cantons³².

L'achèvement de cette analyse a été annoncé pour fin 2017. A ce jour, rien n'a cependant encore été rendu public.

e) La subvention bâloise

Le 12 janvier 2017, la députée au Grand Conseil de Bâle-Ville Patricia VON FALKENSTEIN a déposé un postulat relatif à la discussion budgétaire anticipée³³. Elle demandait la mise au budget de CHF 800'000.- en lien avec les coûts de la sécurité pour les institutions et les membres de la Communauté juive de la commune de Bâle³⁴. Se fondant sur le constat de la nécessité d'augmenter la sécurité des personnes et institutions juives, elle considérait que la sécurité devait être garantie par l'Etat, de sorte que ce dernier devait prendre en charge les frais de la Communauté israélite. Ce postulat a été traité par le Grand Conseil le 15 février 2017³⁵ et renvoyé au Conseil d'Etat par 79 oui, 10 non et 6 abstentions³⁶.

Lors des débats, le monopole de la force publique incombant à l'Etat a été rappelé ; les coûts de la sécurité également. L'égalité de traitement a également été mentionnée, de même que la difficulté de prendre en charge des frais privé de sécurité (qui pourraient concerner d'autres groupes menacés), alors que l'Etat a le monopole de la force publique.

³² <https://www.svs.admin.ch/content/svs-internet/fr/home.detail.nsb.html/66330.html>

³³ Objet 17.5013 et document 17.5013.01 (postulat).

³⁴ Document 17.5013.01.

³⁵ PV du Grand Conseil de Bâle-Ville, séance du 15 février 2017, p. 62-65 (consultable sur http://www.grosserrat.bs.ch/media/files/ratsprotokolle/vollprotokoll_2017-02-08.pdf)

³⁶ PV du Grand Conseil de Bâle-Ville, séance du 15 février 2017, p. 65 ; décision 17/07/29.4G.

La liberté religieuse et l'importance de pouvoir vivre en sécurité pour les concitoyens juifs ont été rappelées. Le renvoi du postulat avait également pour but de faire examiner les bases légales par le Conseil d'Etat et les modalités de la collaboration avec la Confédération³⁷.

Dans un courrier du 30 août 2017, faisant suite à sa séance du 29 août 2017³⁸, le Conseil d'Etat a proposé de ne pas donner suite au postulat. Il a néanmoins pris position de manière détaillée. Il a rappelé qu'au cours des années passées des installations juives ont fait l'objet à l'étranger à plusieurs reprises d'attaques terroristes. Un concept global de protection de la sécurité des minorités était en préparation par le Réseau national de sécurité/*Sicherheitsverbund Schweiz*. La garantie de la sécurité publique et de l'ordre public était en premier lieu une tâche des cantons. Le Conseil d'Etat a rappelé son appréciation de la situation actuelle et les mesures de coordination prises récemment. Il reconnaissait la problématique de la sécurité ; une participation étatique créerait un précédent pour d'autres communautés, religieuses ou non qui nécessitent une protection supérieure à la moyenne ou font valoir des coûts élevés de sécurité. La mise à disposition de membres de la police cantonale à la place d'agents privés de sécurité représenterait un changement de paradigme. Le Conseil d'Etat préférerait ne pas mettre en œuvre le postulat budgétaire. La police cantonale avait cependant procédé à un audit approfondi de sécurité en collaboration avec les organisations concernées et émis des recommandations. Sur la base de cette analyse, le Conseil d'Etat proposera dans les prochains mois au Grand Conseil une proposition de crédit (« *Ausgabenbericht* »). Il était prévu de solliciter un montant correspondant à 75% des coûts d'investissement, jusqu'à un maximum de CHF 500'000.-

La presse a retenu que le Conseil d'Etat du canton de Bâle avait décidé en automne 2017 de prendre en charge jusqu'à 75%, mais au maximum CHF 500'000.-, des investissements de sécurité prévus par la Communauté israélite de Bâle. Il s'était cependant opposé à

³⁷ PV du Grand Conseil de Bâle-Ville, séance du 15 février 2017, p. 62-65.

³⁸ Document 17.5013.02, faisant partie du rapport 17.0088.01.

prendre en charge les coûts de sécurité privée qui dépassaient la sûreté et la protection spécifique lors de dangers concrets³⁹.

Lors de la séance du Grand Conseil du 13 décembre 2017, le postulat a été traité par le Grand Conseil⁴⁰. Il a été rejeté par 31 oui, 51 non et 13 abstentions. La procédure est donc close. A ce jour, le procès-verbal complet avec les interventions n'est pas encore disponible.

C. NOUVEAU PROJET DE LOI FÉDÉRALE SUR LE TERRORISME

Le 8 décembre 2017, le Conseil fédéral a mis en consultation jusqu'au 28 mars 2018 un avant-projet de loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme⁴¹. Cet avant-projet vise à modifier onze lois fédérales, en particulier la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sécurité intérieure⁴². Il s'agit de renforcer les instruments de police préventifs existants et prévus en dehors de la procédure pénale, soit avant l'ouverture d'une procédure ou après l'exécution des peines.

Concrètement, il s'agit par exemple des mesures suivantes : obligation de se présenter auprès d'un service, interdiction de contact avec une personne ou un groupe, interdiction géographique, interdiction de quitter le territoire, assignation à une propriété.

³⁹ NZZ online du 13 octobre 2017, à 13h39. Voir aussi Tages-Anzeiger du 16 octobre 2017.

⁴⁰ PV décisionnel du Grand Conseil de Bâle-Ville, séance du 13 décembre 2017, p. 11-12 ; décision 17/50/45.5G.

⁴¹ <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/pendent.html#DFJP> (consulté le 3 janvier 2018).

⁴² Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sécurité intérieure, du 21 mars 1997 (LMSI ; 120).

IV. DEVOIR DE PROTECTION DE L'ETAT SELON LE DROIT CONSTITUTIONNEL ET CONVENTIONNEL

Les droits fondamentaux furent conçus en premier lieu comme des droits **défensifs** vis-à-vis d'une intervention de l'Etat (« *Abwehrrechte* »)⁴³. Leur conception a cependant évolué au fil du temps.

Nous observons tout d'abord **différentes générations de droits fondamentaux** : la première génération comprend les libertés classiques, dont le droit à la vie, le droit au respect de l'intégrité corporelle, la liberté de mouvement, la liberté religieuse, la liberté d'expression, etc. La deuxième génération comprend les droits économiques et sociaux ; la troisième génération comprend les droits collectifs ou de solidarité⁴⁴.

Parallèlement, le *rapport entre les droits fondamentaux et l'Etat* a lui aussi évolué. Initialement, les droits fondamentaux visaient un **devoir d'abstention de l'Etat**⁴⁵. Au fil du temps, ils ont connu une évolution incluant une fonction « **positive/prestations** » (*positiv-leistende Funktion*)⁴⁶. Selon AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, « *une autre question est celle de savoir si le particulier peut se prévaloir d'une liberté pour exiger que l'Etat lui fournisse une prestation. La réponse ne peut être que nuancée selon la liberté invoquée, selon le genre de prestation exigée, selon l'autorité administrative qui devrait la fournir, et selon les circonstances du cas d'espèce. La jurisprudence, riche en la matière, exclut toute généralisation. Le Tribunal fédéral se plaît à répéter que les libertés n'ont qu'une portée négative et n'obligent pas l'Etat à fournir une prestation positive* »⁴⁷. Ils précisent cependant que « *l'exercice pacifique des libertés fait indéniablement partie*

⁴³ Avis de droit MÜLLER / GROSSENBACHER (2017), p. 7 et les références citées. Sur l'histoire des droits fondamentaux, voir aussi Andreas AUER, *Staatsrecht der Schweizerischen Kantone*, Berne 2016, p. 566, §1404-1406 ; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, volume II : Les droits fondamentaux*, 3^{ème} éd., Berne 2013, p. 29-30, §66-67, p. 55-64, §116-136, p. 73, §161 ; Regina KIENER / Walter KÄLIN, *Grundrechte*, 2^{ème} éd., Berne 2013, p. 34, §4.II.1.

⁴⁴ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (2013), vol. II, p. 29, §66.

⁴⁵ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (2013), vol. II, p. 73, §161.

⁴⁶ Avis de droit MÜLLER / GROSSENBACHER (2017), p. 7 et les références citées ; KIENER / KÄLIN (2013), p. 34-41, §4.II.

⁴⁷ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (2013), p. 75, §165 et les nombreux arrêts cités.

de l'ordre public que l'Etat se doit d'assurer et de garantir, y compris avec des moyens positifs et même, s'il le faut, avec l'aide de la police »⁴⁸.

Autre évolution enfin, celle du rapport entre les droits fondamentaux et les privés : le principe initial était que les droits fondamentaux devaient protéger les particuliers contre les ingérences étatiques (pas d'effet horizontal direct). Comme les atteintes aux droits fondamentaux peuvent aussi provenir de privés, l'art. 35, al. 1 Cst. prévoit désormais que « *les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique* ». Selon l'art. 35, al. 3 Cst., « *les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux* ». La problématique de l'**effet horizontal** est de savoir si les libertés limitent le comportement des particuliers⁴⁹. L'évolution de l'effet horizontal des libertés n'est pas encore achevée.

Les droits fondamentaux garantis par les cantons n'ont une portée propre et indépendante que si leur protection dépasse la garantie constitutionnelle fédérale ou s'ils concernent un droit qui n'est pas garanti par la Constitution fédérale⁵⁰.

Dans son avis de droit, NOTTER déduit un droit à la protection des art. 2⁵¹ et 35⁵² Cst. Selon AUBERT, l'art. 2 Cst. donne des tâches aux autorités ; il est impératif et se distingue ainsi du préambule⁵³ ; ces tâches sont formulées en termes généraux et vagues. Elles sont d'ailleurs souvent en conflit les unes avec les autres⁵⁴. L'art. 2 Cst. n'est pas justiciable, mais peut servir à l'interprétation des dispositions constitutionnelles et des

⁴⁸ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (2013), vol. II, p. 76, §167.

⁴⁹ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (2013), vol. II, p. 58-64, §124-136 ; Ulrich HÄFELIN / Walter HALLER / Helen KELLER / Daniela THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9^{ème} éd., Zurich 2016, p. 79-83, §272-288.

⁵⁰ AUER (2016), p. 578, §1445 et les références citées.

⁵¹ Art. 2 al. 1 Cst. « *La Confédération suisse protège la liberté et les droits du peuple et elle assure l'indépendance et la sécurité du pays* »

⁵² Avis de droit NOTTER (partie 1), pages 4 / 5.

⁵³ Jean-François AUBERT, *Art. 2*, in : Jean-François Aubert / Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, p. 24, §9 ad art. 2 Cst. ; Eva Maria BELSER, *Art. 2*, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (éd.), *Bundesverfassung (Basler Kommentar)*, Bâle 2015, p. 54, §7 ad art. 2 Cst.

⁵⁴ AUBERT (Petit commentaire 2003), p. 24, §9 ad art. 2 Cst.

lois⁵⁵ ; on ne peut pas en déduire un droit individuel⁵⁶. Nous pensons plutôt qu'une fonction positive se déduit des droits fondamentaux entrant en ligne de compte en l'occurrence, soit de la liberté religieuse, du droit à la vie et de la liberté personnelle.

A toutes fins utiles, on rappellera que les libertés – c'est-à-dire la liberté personnelle, la liberté religieuse, la garantie de la sphère privée et du domicile – peuvent être restreintes aux conditions de l'art. 36 Cst. Il faut une base légale (art. 36, al. 1 Cst.), un intérêt public prépondérant ou un droit fondamental d'autrui (art. 36, al. 2 Cst.) et enfin le respect de la proportionnalité (art. 36, al. 3 Cst.). Selon la jurisprudence, le principe de la proportionnalité exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts⁵⁷).

A. LIBERTÉ RELIGIEUSE

La liberté religieuse est garantie tant par l'art. 15 Cst., que par l'art. 9 CEDH⁵⁸ et par l'art. 18 Pacte ONU II⁵⁹. La portée de ces dispositions est similaire selon le Tribunal fédéral⁶⁰, y compris pour le droit cantonal⁶¹. En droit genevois, la liberté de conscience et

⁵⁵ AUBERT (Petit commentaire 2003), p. 24, §11 ad art. 2 Cst ; Bernhard EHRENZELLER, *Art. 2*, in: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^{ème} éd., Zurich 2014, p. 77, §11 ad art. 2 Cst.

⁵⁶ BELSER (Basler Kommentar 2015), p. 54, §7 ad art. 2 Cst.

⁵⁷ ATF 143 I 403, 412 consid. 5.6.3 et les références citées.

⁵⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (CEDH : 0.101).

⁵⁹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, conclu à New York le 16 décembre 1966 et entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (Pacte ONU II, 0.103.2).

⁶⁰ Parmi beaucoup : ATF 142 I 195, 207 consid. 5.1 ; ATF 142 I 49, 53 consid. 3.4 ; ATF 139 I 280, 281 consid. 4.1.

⁶¹ ATF 142 I 49, 53 consid. 3.4 ; ATF 139 I 280, 281 consid. 4.1 ; ATF 138 I 55, 56 consid. 2.1.

de croyance est consacrée par l'art. 25 Cst-GE ; cette disposition n'a cependant pas de portée plus étendue que celle consacrée par le droit fédéral⁶².

Selon une définition classique⁶³ :

« La liberté de conscience et de croyance protège le citoyen de toute ingérence de l'Etat qui serait de nature à gêner ses convictions religieuses [réf.]. Elle confère au citoyen le droit d'exiger que l'Etat n'intervienne pas de façon injustifiée en édictant des règles limitant l'expression et la pratique de ses convictions religieuses [réf.]. Cette liberté comporte la liberté intérieure de croire, de ne pas croire et de modifier en tout temps sa religion et ses convictions philosophiques ; elle comprend également la liberté d'exprimer, de pratiquer et de communiquer ses convictions religieuses ou sa vision du monde, dans certaines limites, ou de ne pas les partager (liberté extérieure). Cela englobe le droit pour le citoyen de se comporter conformément aux enseignements de sa foi et d'agir selon ses croyances intérieures - y compris celle de ne pas suivre de préceptes quelconques. Elle protège toutes les religions, quel que soit le nombre de leurs fidèles en Suisse [réf.].

La liberté religieuse est également garantie par l'art. 9 par. 1 CEDH, selon lequel 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 individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. La portée de cette disposition est ici pratiquement identique à celle de l'art. 15 Cst ».

La liberté religieuse comporte ainsi un double aspect : son aspect positif confère à son titulaire le droit de faire usage de sa liberté. Son aspect négatif lie son destinataire, qui ne peut forcer personne à en faire un usage déterminé⁶⁴.

Selon AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, l'aspect positif de la liberté de religion peut impliquer, pour l'Etat, l'obligation de prendre des mesures positives pour garantir que les adeptes d'une religion déterminée puissent effectivement exercer et manifester cette conviction, sans en être empêchés par d'autres. Dans cette perspective, la liberté religieuse implique donc des prestations positives de la part de l'Etat, qui peut intervenir dans les relations entre les particuliers⁶⁵.

Dans un arrêt de 1999 concernant le durée de la sépulture et notamment sa conformité aux règles de l'islam, le Tribunal fédéral a rappelé que la liberté religieuse avait

⁶² Michel HOTTELIER / Thierry TANQUEREL, *La Constitution genevoise du 14 octobre 2012*, SJ 2014 II p. 341-385, en particulier p. 358-364 *a contrario*.

⁶³ ATF 142 I 195, 206-207 consid. 5.1.

⁶⁴ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (2013), p. 225, §473.

⁶⁵ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (2013), p. 233, §487.

principalement une fonction négative, visant à protéger contre les interventions étatiques. Selon lui, un droit conditionnel à des prestations étatiques ne peut exister que **lorsque l'exercice de la liberté religieuse nécessite une protection policière** (« *Ein (bedingter) Anspruch auf staatliche Leistungen kann etwa bestehen, soweit eine zulässige Religionsausübung polizeilichen Schutz erfordert* ») ou que l'exercice d'un acte culturel est lié avec un usage accru du domaine public⁶⁶. Cet arrêt se réfère à une décision de 1971, où le Tribunal fédéral avait expliqué que l'Etat devait intervenir en cas de perturbation d'une activité religieuse⁶⁷.

Certains auteurs de doctrine mentionnent les prestations positives de l'Etat en matière de liberté religieuse : l'exercice de la liberté religieuse dans les établissements pénitentiaires ou les écoles, l'usage accru du domaine public ou la protection policière pour une activité religieuse (procession ou autre événement religieux)⁶⁸.

Dans leur avis de droit, MÜLLER / GROSSENBACHER expliquent que la menace élevée actuelle pourrait limiter certains membres de la communauté juive dans leur exercice de la foi et ainsi porter atteinte à la liberté religieuse. Dans un cas extrême, cela pourrait inclure la renonciation d'aller à la synagogue ou dans d'autres lieux de rencontre (cimetières, manifestations culturelles, etc...). Le canton serait alors obligé de prendre des mesures pour que les membres de la communauté juive puissent exercer leur religion⁶⁹.

Dans leur avis de droit, HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER expliquent aussi qu'en rapport avec l'exercice de la liberté religieuse, des devoirs étatiques peuvent subsister s'agissant de la protection d'événements de minorités religieuses⁷⁰. Ils en concluent cependant qu'on ne saurait en déduire une obligation étatique de prendre des mesures préventives spéciales⁷¹.

⁶⁶ ATF 125 I 300, 306 consid. 3a.

⁶⁷ ATF 97 I 221, 230 consid. 4d.

⁶⁸ René PAHUD DE MORTANGES (Basler Kommentar 2015), p. 344, §69 ad art. 15 Cst. Voir aussi Jörg Paul MÜLLER / Markus SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz – im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^{ème} éd., Berne 2008, p. 279 et les très nombreuses références citées.

⁶⁹ Avis de droit MÜLLER / GROSSENBACHER (2017), p. 11.

⁷⁰ Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 11, §1.3.1 et les références citées.

⁷¹ Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 11-12, §1.3.1.

B. PRINCIPE DE LAÏCITÉ

a) **Éléments introductifs**

La Constitution fédérale ne confère pas de compétence à la Confédération en matière de relations entre l'Eglise et l'Etat. Conformément aux art. 3 et 42 Cst., ce sont donc les cantons qui sont compétents en la matière⁷². L'art. 72, al. 1 Cst. prévoyant que « *la réglementation des rapports entre l'Eglise et l'Etat est du ressort des cantons* » n'était donc pas nécessaire du point de vue de la répartition des tâches. Il a cependant un but politique⁷³.

De manière déclarative⁷⁴, l'art. 72, al. 2 Cst. expose que « *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* ».

Au cours du XIX^e et du XX^e siècle, la reconnaissance des religions chrétiennes comme corporations de droit public avec personnalité juridique s'est ainsi imposée dans tous les cantons suisses, sauf à Neuchâtel et à Genève, où l'Eglise et l'Etat sont en principe séparés⁷⁵. A Genève⁷⁶, les Eglises doivent ainsi s'organiser selon le droit privé⁷⁷.

b) **La Constitution genevoise de 2012**

L'art. 3 Cst-GE est consacré à la laïcité. Il prévoit que l'Etat est laïque et observe une neutralité religieuse (al. 1). Il ne salarie, ni ne subventionne aucune activité cultuelle (al. 2). Les autorités entretiennent des relations avec les communautés religieuses (al. 3).

⁷² CAVELTI / KLEY (St. Galler Kommentar 2014), p. 1471, §3 ad art. 72 Cst.

⁷³ AUER (2016), p. 543, §1348.

⁷⁴ WINZELER (Basler Kommentar 2015), p. 1241, §54 ad art. 72 Cst.

⁷⁵ AUER (2016), p. 545, §1354 et les références citées ; WINZELER (Basler Kommentar 2015), p. 1236, §22 ad art. 72 Cst.

⁷⁶ Pour un historique de la laïcité genevoise, voir Tristan ZIMMERMANN, *La laïcité et la République et canton de Genève*, SJ 2011 II p. 29-78, en particulier p. 60-64.

⁷⁷ CAVELTI / KLEY (St. Galler Kommentar 2014), p. 1473, §11 ad art. 72 Cst.

Comme l'a dit un Constituant lors du débat, « *la laïcité est une notion qui réunit un large consensus. Cependant, elle a des définitions variables selon les courants de pensée. [...] »*⁷⁸.

Dans son rapport sectoriel 103, la Commission 1 « Dispositions générales et droits fondamentaux » a expliqué ce qui suit en lien avec la laïcité :

« La laïcité, en fixant la séparation entre communautés religieuses et l'Etat, permet de maintenir la paix confessionnelle dans le respect des croyances et des non-croyances personnelles ou communautaires. A ce titre elle permet de contribuer à la solidarité et à la coexistence pacifique entre habitants de notre République. [...] »

103.11.a L'Etat, les communes et les institutions publiques. Ils observent une neutralité religieuse] [...]

Cette disposition est nouvelle. Elle traduit le caractère laïque de l'Etat communément admis et en conséquence la séparation entre communautés religieuses et Etat déjà en vigueur à Genève depuis la loi de 1907 sur la suppression du budget des cultes.

*Par ailleurs, la neutralité de l'Etat en matière religieuse interdit que des privilèges soient accordés à une religion plutôt qu'à une autre⁷⁹. Ceci implique également que les lieux officiels ne peuvent arborer des symboles strictement religieux, ni les fonctionnaires (en premier lieu les enseignants) des signes religieux ostentatoires [...] »*⁸⁰.

La commission a rejeté par 9 non, 4 oui et 1 abstention une proposition prévoyant que « *la séparation entre l'Etat et les communautés religieuses est garantie* »⁸¹.

La commission a ensuite débattu des relations entre l'Etat et les communautés religieuses. Il en résulte ce qui suit :

« Le principe de laïcité étant ancré dans la Constitution, il convient de préciser ce que cela implique au niveau des activités de l'Etat. Les Eglises et les communautés religieuses, organisées en associations ou fondations de droit privé à but idéal, doivent bien entendu pouvoir bénéficier du même traitement que ces dernières, par exemple en terme de reconnaissance et de consultation sur les sujets qui peuvent les concerner. Cependant, pour tenir compte de l'héritage historique, politique et

⁷⁸ BOAC p. 1291 (20 mai 2010) – M. Boris CALAME.

⁷⁹ Mise en évidence dans le texte d'origine.

⁸⁰ Assemblée constituante, Commission 1 « Disposition générales et droits fondamentaux », Rapport sectoriel 103 – Laïcité et relations avec les communautés religieuses, rapport de M. Maurice GARDIOL, 16 avril 2010, p. 6.

⁸¹ Assemblée constituante, Commission 1 « Disposition générales et droits fondamentaux », Rapport sectoriel 103 – Laïcité et relations avec les communautés religieuses, rapport de M. Maurice GARDIOL, 16 avril 2010, p. 6.

spirituel de Genève, il nous paraît nécessaire d'indiquer un certain nombre d'éléments les concernant plus particulièrement. [...]

103.31.a *L'Etat et les communes ne salarient ni ne subventionnent aucun culte. [...]*

Reprise de Cst./GE 164, al. 2. L'Etat laïque, comme c'est déjà le cas depuis l'adoption de la loi de 1907 sur la suppression du budget des cultes qui a permis de mettre fin aux conflits confessionnels de la fin du 19^e siècle, ne peut participer au financement des activités culturelles des Eglises et communautés religieuses.

*Le terme « culte » désigne les pratiques réglées par une religion pour rendre hommage à une divinité : culte catholique, protestant, musulman, etc. Il n'a pas ici l'acception restreinte du service religieux d'une confession ou d'une religion particulière [...]*⁸².

La commission a également adopté par 7 oui, 5 non et 2 abstentions la thèse 103.32.b « *Les Autorités entretiennent des relations avec les communautés religieuses* » ; le rapport explicatif mentionne ce qui suit :

« Terminologie : la notion de « communautés religieuses », plus large que celle d'« Eglises », inclut les communautés non chrétiennes. [...]

Cet énoncé renonce à définir des critères en vue d'une reconnaissance particulière des communautés religieuses par les autorités comme le proposait la sous-commission dans une autre variante. Les communautés religieuses continuent donc à s'organiser sous les formes prévues par le droit privé. Elles doivent cependant répondre aux règles appliquées aux associations et fondations qui bénéficient de l'exonération de l'impôt en application de la loi fiscale cantonale. [...].

*Vu les relations traditionnelles et la convergence d'intérêts sur certains thèmes, il est souhaitable que les autorités rencontrent régulièrement les communautés religieuses (ou plutôt leurs représentants). Ainsi, l'Etat doit pouvoir continuer d'agir en concertation avec des communautés religieuses, particulièrement pour ce qui concerne les aumôneries dans les établissements publics ou semi-publics. [...]*⁸³.

Lors de la « lecture 0 » devant l'Assemblée constituante siégeant en plénière le 20 mai 2010, il y a eu une longue discussion sur la thématique 103 « *Laïcité et relations avec les communautés religieuses* »⁸⁴. Les discussions ont notamment porté sur la portée à donner au mot « laïque » et à la manière d'essayer de le définir, explicitement ou implicitement. La thèse 103.11.a « *L'Etat, les communes et les institutions publiques sont laïques. Ils*

⁸² Assemblée constituante, Commission 1 « Disposition générales et droits fondamentaux », Rapport sectoriel 103 – Laïcité et relations avec les communautés religieuses, rapport de M. Maurice GARDIOL, 16 avril 2010, p. 9.

⁸³ Assemblée constituante, Commission 1 « Disposition générales et droits fondamentaux », Rapport sectoriel 103 – Laïcité et relations avec les communautés religieuses, rapport de M. Maurice GARDIOL, 16 avril 2010, p. 11.

⁸⁴ BOAC p. 1288-1325 (20 mai 2010).

observent une neutralité religieuse » a été adoptée par 67 oui, 2 non et 4 abstentions, après que trois amendements ont été refusés⁸⁵ ; la thèse 103.31.a « *L'Etat et les communes ne salarient ni ne subventionnent aucun culte* » a été adoptée par 69 oui, 2 non et 4 abstentions⁸⁶ ; enfin, la thèse 103.31.c « *Les Autorités entretiennent des relations avec les communautés religieuses* » a été adoptée par 33 oui, 29 non et 13 abstentions⁸⁷.

En premier débat⁸⁸, il y a eu deux amendements de forme, visant d'une part à remplacer « *culte* » par « *activité cultuelle* » à l'art. 3, al. 2 P-Cst-GE et, d'autre part, à déplacer l'alinéa « *nul ne peut être tenu de contribuer aux dépenses d'un culte* » à l'art. 25 P-Cst-GE consacré à la liberté de conscience et de croyance. Les deux amendements ont été acceptés sans opposition⁸⁹. L'exposé introductif du rapporteur indique simplement que le principe de base de la laïcité et de la neutralité religieuse a été maintenu⁹⁰.

En deuxième débat⁹¹, il y a eu une brève discussion visant à remplacer « *communautés* » par « *organisations religieuses* » à l'art. 3, al. 3 P-Cst-GE ; cet amendement a été rejeté par 47 non, 12 oui et 13 abstentions ; il n'y a pas eu d'interventions sur les autres alinéas. L'art. 3 P-Cst-GE a ensuite été adopté dans son ensemble par 67 oui, 0 non et 5 abstentions⁹².

Comme il n'y a pas eu de divergence entre le 1^{er} et le 2^{ème} débat, ni de nouvelle proposition, il n'y a pas eu de discussion en 3^{ème} débat⁹³.

Il résulte des travaux préparatoires qui précèdent que, si la discussion initiale a été longue, un consensus clair et rapide a été dégagé sur le texte actuel de l'art. 3 Cst-GE, adopté à de très larges majorités (laïcité, neutralité, absence de subventionnement). Seul l'art. 3, al. 3 Cst-GE en matière de relation avec les communautés religieuses a été adopté – en premier

⁸⁵ BOAC p. 1300 (20 mai 2010).

⁸⁶ BOAC p. 1316 (20 mai 2010).

⁸⁷ BOAC p. 1317 (20 mai 2010).

⁸⁸ BOAC p. 7313-7315 (6 septembre 2011).

⁸⁹ 59 oui, 0 non et 3 abstentions pour le premier amendement ; 62 oui, 0 non et 1 abstention pour le déplacement de l'alinéa : BOAC p. 7314 (6 septembre 2011).

⁹⁰ BOAC p. 7313 (6 septembre 2011).

⁹¹ BOAC p. 10615-10616 (19 janvier 2012).

⁹² BOAC p. 10616 (19 janvier 2012).

⁹³ BOAC p. 12771 (16 avril 2012).

débat – à une courte majorité. Le nouveau texte insiste sur la séparation de l’Eglise et de l’Etat⁹⁴ et sur l’égalité entre les différentes communautés religieuses.

C. PROTECTION DES MINORITÉS

La Convention-cadre pour la protection des minorités nationales⁹⁵ est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1999⁹⁶. Selon le Message du Conseil fédéral du 19 novembre 1997⁹⁷, elle visait à éviter ou à apaiser les tensions – internes ou interétatiques – qu’est susceptible de créer l’absence de protection des minorités, en particulier en Europe centrale et orientale ; elle s’inscrivait ainsi dans une finalité politique de promotion de la paix et de la stabilité démocratique en Europe⁹⁸.

La Suisse a notamment fait la déclaration suivante :

« La Suisse déclare que constituent en Suisse des minorités nationales au sens de la présente Convention-cadre les groupes de personnes qui sont numériquement inférieurs au restant de la population du pays ou d’un canton, sont de nationalité suisse, entretiennent des liens anciens, solides et durables avec la Suisse et sont animés de la volonté de préserver ensemble ce qui fait leur identité commune, notamment leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue ».

La Convention vise à ce que les Parties assurent à toute personne appartenant à une minorité nationale le respect des droits à la liberté de réunion, d’association, d’expression et de religion (art. 7).

L’art. 6 de la Convention a la teneur suivante :

« 1 Les Parties veilleront à promouvoir l’esprit de tolérance et le dialogue interculturel, ainsi qu’à prendre des mesures efficaces pour favoriser le respect et la compréhension mutuels et la coopération entre toutes les personnes vivant sur leur territoire, quelle que soit leur identité ethnique, culturelle, linguistique ou religieuse, notamment dans les domaines de l’éducation, de la culture et des médias.

⁹⁴ Voir aussi BOAC p. 1289 (20 mai 2010).

⁹⁵ Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, conclue à Strasbourg le 1^{er} février 1995 et entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1999 (0.441.1).

⁹⁶ Sur cette convention, voir Avis de droit NOTTER (partie 1), p. 8-9.

⁹⁷ FF 1998 I p. 1033-1071.

⁹⁸ FF 1998 I p. 1034.

2 Les Parties s'engagent à prendre toutes mesures appropriées pour protéger les personnes qui pourraient être victimes de menaces ou d'actes de discrimination, d'hostilité ou de violence en raison de leur identité ethnique, culturelle, linguistique ou religieuse ».

Selon MÜLLER / GROSSENBACHER, cette disposition impose à la Suisse de prendre des mesures appropriées pour la protection des minorités. Ils en concluent une obligation pour l'Etat de faire en sorte que la communauté juive puisse exercer sa foi sans perturbation, par exemple par des tiers⁹⁹. L'Etat doit assurer la sécurité effective des personnes à proximité des lieux juifs (synagogues, cimetières, écoles)¹⁰⁰.

Selon NOTTER, cette disposition déploierait non seulement un effet vertical, mais aussi horizontal¹⁰¹. Elle imposerait à la Confédération et aux cantons de prendre des mesures de protection appropriées et efficaces¹⁰².

A la lecture du texte conventionnel, il s'agit cependant – selon nous – plutôt d'une norme non directement exécutable, qui doit être concrétisée par du droit national (fédéral ou cantonal)¹⁰³. Le Tribunal fédéral a ainsi expressément retenu que la « *Convention ne contient pas de disposition directement applicable, mais impose aux Etats membres l'adoption de mesures, notamment législatives, visant à protéger l'existence des minorités nationales* »¹⁰⁴.

En février 2017, le Conseil fédéral a rédigé le 4^{ème} Rapport sur la mise en œuvre de la Convention¹⁰⁵. En lien avec l'art. 6, un chapitre est consacré à la protection des personnes et des institutions juives contre les actes d'hostilité¹⁰⁶. Sous l'angle de la sécurité, il écrit ce qui suit : « *101. Toutefois, pour des raisons de moyens, les cantons ne peuvent garantir une protection permanente des institutions juives par la police, comme c'est le cas en France par exemple, et ce en dépit de la menace croissante qui pèse sur ces institutions.*

⁹⁹ Avis de droit MÜLLER / GROSSENBACHER (2017), p. 12.

¹⁰⁰ Avis de droit MÜLLER / GROSSENBACHER (2017), p. 13.

¹⁰¹ Avis de droit NOTTER (partie 1), p. 8.

¹⁰² Avis de droit NOTTER (partie 1), p. 12.

¹⁰³ Voir aussi Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 12, §1.3.2 et note 37.

¹⁰⁴ ATF 138 I 205, 212 consid. 5.2 et les références citées.

¹⁰⁵ https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/aktuell/news/4e-rapport-minorites-Suisse-15022017_FR.pdf

¹⁰⁶ Quatrième rapport du Gouvernement suisse sur la mise en œuvre de la Convention-cadre, p. 51-55, §96-107.

Comme déjà mentionné plus haut, les coûts sont à la charge des communautés juives de Suisse et des associations faïtières juives ».

L'art. 27 Pacte ONU II garantit également la protection des minorités (religieuses) :

« Art. 27

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 ».

Selon HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER, cette disposition est directement applicable et implique des obligations de protection à charge de l'Etat¹⁰⁷. Selon le Tribunal fédéral cependant, « l'art. 27 Pacte ONU II ne consacre **aucun droit collectif**¹⁰⁸ pour les minorités – ethniques, religieuses ou linguistiques – en tant que groupes, mais **uniquement un droit individuel**¹⁰⁹ – directement invocable devant les tribunaux suisses –, appartenant aux membres de ces groupes, de voir leurs caractéristiques minoritaires respectées et promues »¹¹⁰.

En matière de mode de vie tzigane, le Tribunal fédéral a retenu que l'art. 27 Pacte ONU II n'offrait pas de protection plus étendue de la vie privée et familiale que celle résultant de l'art. 8 CEDH¹¹¹. Il est donc probable que le Tribunal fédéral retienne, cas échéant, que l'art. 27 Pacte ONU II n'offre pas de protection plus large que celle résultant des art. 15 Cst. et 9 CEDH en matière de liberté religieuse.

D. DROIT À LA VIE

Selon l'art. 10, al. 1, 1^{ère} phrase Cst., tout être humain a droit à la vie. Cette disposition garantit une protection complète de la vie humaine (« *umfassender Schutz menschlichen Lebens* »)¹¹². Selon le Tribunal fédéral, il s'agit d'une part d'un droit de défense vis-à-vis

¹⁰⁷ Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 13, §1.3.2.

¹⁰⁸ Mise en évidence par le soussigné.

¹⁰⁹ Mise en évidence par le soussigné.

¹¹⁰ ATF 138 I 205, 211 consid. 5.1 et les références citées.

¹¹¹ ATF 138 I 205, 211 consid. 5.1 ; ATF 129 II 321, 329 consid. 3.4.

¹¹² ATF 135 I 113, 117 consid. 2.1.

de l'Etat. D'autre part, l'Etat est obligé de concrétiser les droits fondamentaux dans tout l'ordre juridique (art. 35 Cst.) et ainsi de protéger la vie des citoyens aussi contre les attaques de personnes privées. L'Etat n'est certes pas en mesure d'empêcher complètement des actes de violence entre personnes privées ; le législateur dispose d'ailleurs d'une grande marge de manœuvre sur la manière dont il veut protéger ses citoyens. Il doit cependant garantir juridiquement que les atteintes au droit à la vie fassent l'objet de sanctions pénales et d'une poursuite pénale effective¹¹³.

Au niveau international, le droit à la vie est également concrétisé par l'art. 2 §1 CEDH.

Dans un arrêt du 24 octobre 2002, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a expliqué ce qui suit :

« 67. La Cour rappelle avant tout que l'article 2 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe (arrêt McCann et autres du 22 septembre 1995, série A no 324, p. 45, § 147).

La première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (arrêt Osman c. Royaume-Uni du 28 octobre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII, p. 3159, § 115 ; voir aussi Tanribilir c. Turquie, no 21422/93, § 70, 16 novembre 2000, et l'arrêt L.C.B. c. Royaume-Uni du 9 juin 1998, Recueil 1998-III, p. 1403, § 36).

L'obligation de l'Etat va au-delà du devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations. Aussi, dans certaines circonstances bien définies, l'article 2 peut mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui.

68. Cela ne signifie toutefois pas que l'on puisse déduire de cette disposition une obligation positive d'empêcher toute violence potentielle (voir notamment Tanribilir c. Turquie, précité, § 71, et requête n° 16734/90, décision de la Commission du 2 septembre 1991, D.R. 72, pp. 236, 239). Il faut en effet interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, en tenant compte des difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, et aussi de l'imprévisibilité du comportement humain et des choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources (arrêt Osman précité, § 116).

¹¹³ ATF 135 I 113, 117 consid. 2.1. Voir aussi, de manière moins complète : ATF 136 I 87, 96 consid. 4.2.

Dès lors, toute menace alléguée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. La Cour a affirmé qu'il y a une obligation positive lorsqu'il est établi que les autorités connaissent ou auraient dû connaître l'existence d'une menace réelle et immédiate pour la vie d'un ou de plusieurs individus et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque (arrêt *Osman* précité, § 116 ; *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, no 46477/99, § 55, CEDH 2002-III ; *Bromiley c. Royaume-Uni (déc.)*, no 33747/96, 23 novembre 1999, non publiée) »¹¹⁴.

En 2011, la Cour a rappelé sa jurisprudence :

« 244. Selon la jurisprudence de la Cour, dans certaines circonstances bien définies, l'article 2 peut mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui (*Mastromatteo c. Italie [GC]*, no 37703/97, § 67 in fine, CEDH 2002-VIII, *Branko Tomašić et autres c. Croatie*, no 46598/06, § 50, 15 janvier 2009, et *Opuz c. Turquie*, no 33401/02, § 128, 9 juin 2009).

245. Il n'en résulte pas, toutefois, que l'on puisse déduire de cette disposition une obligation positive d'empêcher toute violence potentielle. Il faut en effet interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, eu égard aux difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines et à l'imprévisibilité du comportement humain, ainsi qu'aux choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources (*Osman*, précité, § 116, et *Maiorano et autres c. Italie*, no 28634/06, § 105, 15 décembre 2009).

246. Dès lors, toute menace alléguée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. La Cour a affirmé qu'il y a une obligation positive à cet effet lorsqu'il est établi que les autorités connaissent ou auraient dû connaître l'existence d'une menace réelle et immédiate pour la vie d'un ou de plusieurs individus et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque (*Bromiley c. Royaume-Uni (déc.)*, no 33747/96, 23 novembre 1999, *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, no 46477/99, § 55, CEDH 2002-III, et *Branko Tomašić*, précité, §§ 50-51).

247. A cet égard, il convient de rappeler que dans l'arrêt *Mastromatteo* (précité, § 69), la Cour a opéré une distinction entre les affaires qui portent sur l'exigence d'une protection rapprochée d'un ou de plusieurs individus identifiables à l'avance comme cibles potentielles d'une action meurtrière (*Osman*, précité, et *Paul et Audrey Edwards*, précité ; voir aussi les arrêts postérieurs à l'arrêt *Mastromatteo* : *Branko Tomašić et Opuz*, précités), et celles où est en cause l'obligation d'assurer une protection générale de la société (*Maiorano et autres*, précité, § 107).

248. Par ailleurs, pour que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée au regard de la Convention, il doit être établi que le décès a résulté du manquement des autorités nationales à faire tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont

¹¹⁴ ACEDH *Mastromatteo c/ Italie [GC]* du 24 octobre 2002, requête no 37703/07, §67-68.

elles avaient ou auraient dû avoir connaissance (Osman, précité, § 116, Mastromatteo, précité, § 74, et Maiorano et autres, précité, § 109) »¹¹⁵.

Selon le Tribunal fédéral, les droits fondamentaux fondent un devoir étatique de protection contre les dangers émanant de tiers¹¹⁶. Cette obligation de protection ne peut cependant pas garantir une protection absolue contre chaque atteinte ou risque¹¹⁷.

Selon AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, le droit à la vie ne comprend pas seulement l'interdiction pour l'Etat, de priver une personne de sa vie. Il comporte également une obligation positive, exigeant de l'Etat qu'il prenne les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction¹¹⁸.

Dans leur avis de droit, MÜLLER / GROSSENBACHER expliquent que la situation de danger de la communauté juive oblige l'Etat, c'est-à-dire le canton et les communes, à prendre des mesures pour assurer la protection de la vie et de l'intégrité corporelles des personnes de confession juive¹¹⁹.

Selon HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER, les obligations de protection se matérialisent toujours dans une situation particulière. L'Etat doit agir de manière « appropriée » (« *angemessen* ») pour empêcher une mise en danger ou la minimiser. L'Etat doit aussi prendre des mesures préventives¹²⁰. La jurisprudence n'impose cependant pas de prendre toutes les mesures imaginables ou des mesures disproportionnées¹²¹.

¹¹⁵ ACEDH Giuliani et Gaggio c/ Italie [GC] du 24 mars 2011, requête no 23458/02, §244-248.

¹¹⁶ ATF 140 II 315, 330 consid. 4.8 ; ATF 126 II 300, 314 consid. 5a.

¹¹⁷ ATF 140 II 315, 330 consid. 4.8 ; ATF 139 II 185, 209 consid. 11.3 ; ATF 126 II 300, 315 consid. 5b.

¹¹⁸ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (2013), vol. II, p. 129-130, §284.

¹¹⁹ Avis de droit MÜLLER / GROSSENBACHER (2017), p. 10.

¹²⁰ Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 15, §1.3.3.

¹²¹ Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 17, §1.4.

E. LIBERTÉ PERSONNELLE

a) **Droit fédéral**

Selon l'art. 10, al. 2 Cst., tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement¹²². La liberté personnelle est présentée comme suit par le Tribunal fédéral :

« 5.2 Droit constitutionnel codifié aux art. 10 al. 2 et 7 Cst., la liberté personnelle ne tend pas seulement à assurer le droit d'aller et venir, voire à protéger l'intégrité corporelle et psychique, mais elle garantit, de manière générale, toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine et que devrait posséder tout être humain, afin que la dignité humaine ne soit pas atteinte par le biais de mesures étatiques (ATF 130 I 369 consid. 2 p. 373 ; ATF 124 I 170 consid. 2a p. 171/172 et les arrêts cités). Elle se conçoit comme une garantie générale et subsidiaire à laquelle le citoyen peut se référer pour la protection de sa personnalité ou de sa dignité, en l'absence d'un droit fondamental plus spécifique (ATF 123 I 112 consid. 4 p. 118).

Selon la définition jurisprudentielle, la liberté personnelle, alors droit constitutionnel non écrit, protégeait le citoyen de manière très large dans sa liberté de décision quant à son mode de vie, spécialement sa liberté d'organiser ses loisirs, de nouer des relations avec d'autres personnes et de se procurer des informations sur ce qui se passe autour de lui et loin de lui (ATF 97 I 839 consid. 3 p. 842). La jurisprudence a ensuite précisé que la liberté personnelle ne garantit pas une liberté générale de choix et d'action (ATF 101 Ia 306 consid. 7 p. 345 ; ATF 132 I 49 consid. 5.2 p. 56 ; ATF 124 I 85 consid. 2a p. 86/87) et ne saurait s'analyser comme une protection contre n'importe quel type d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique (ATF 127 I 6 consid. 5a p. 11 et les arrêts cités).

5.2.1 En dehors des cas relatifs aux privations de liberté et aux autres restrictions à la liberté de mouvement (cf. par exemple ATF 130 I 369), la jurisprudence a consacré, au titre de la liberté personnelle, le droit au libre choix du médecin en cas d'interruption de grossesse (ATF 101 Ia 575), le droit à certaines formes de procréation assistée (ATF 119 Ia 460), le droit de connaître son ascendance (ATF 128 I 63), le droit aux relations personnelles (ATF 118 Ia 473 consid. 6c p. 483), le droit de déterminer le sort de son corps après son décès (ATF 123 I 112). La jurisprudence a récemment considéré que le fait de pouvoir habituellement se regrouper et consommer de l'alcool était couvert par la liberté personnelle, quand bien même la liberté de mouvement n'était pas en soi touchée (ATF 132 I 49 consid. 5.2 p. 56). La jurisprudence traite également des cas spécifiques de la fumée dans les établissements de détention (ATF 118 Ia 64 consid. 3i p. 81), sans que l'on puisse toutefois en déduire un droit plus général.

¹²² ATF 130 I 65, 67 consid. 3.1.

Le Tribunal fédéral a en revanche nié que les prérogatives suivantes constituent une manifestation élémentaire de la personnalité humaine: le droit de jouer avec des appareils automatiques (ATF 101 Ia 336 ; cf. toutefois l'arrêt 1P.780/2006 du 22 janvier 2007, concernant l'utilisation d'une console de jeux en détention), le droit pour un détenu de choisir son médecin (ATF 102 Ia 302), le droit de détenir des animaux (laissée indéçise in ATF 132 I 7 consid. 3.2 p. 9-10 ; arrêt 5C.198/2000 du 18 janvier 2001, publié in RDAT 2001 II n° 73 p. 289 ; arrêt P.23/1977 du 5 octobre 1977, publié in ZBl 79/1978 p. 34, consid. 4), et le droit de naviguer sur un plan d'eau déterminé (ATF 108 Ia 59). Le Tribunal fédéral a aussi considéré que le droit au travail et à la formation ne se déduisait pas de la liberté personnelle (ATF 100 Ia 189), et que la clause du besoin, qui pouvait empêcher des médecins d'exercer leur profession de manière indépendante, ne portait pas non plus atteinte à cette liberté (ATF 130 I 26 consid. 9 p. 62). Récemment, le Tribunal fédéral a considéré que l'on pouvait difficilement voir dans la consommation de drogues - notamment de cannabis - une condition élémentaire d'épanouissement de la personnalité (arrêt 6P.25/2006 du 27 avril 2006, publié in EuGRZ 2006 p. 682) »¹²³.

La garantie de l'intégrité physique protège l'individu contre toute atteinte injustifiée portée au corps humain, qu'elle soit intentionnelle ou non, grave ou légère, et quels qu'en soient les motifs¹²⁴. La doctrine énumère une longue casuistique à ce sujet¹²⁵. La notion de protection de l'intégrité physique est très vaste : il s'agit vraiment de toutes les atteintes au corps humain¹²⁶ ; c'est une protection globale (« *umfassend* »)¹²⁷.

b) Droit genevois

En droit genevois, c'est l'art. 20 Cst-GE qui garantit la liberté personnelle. Elle est définie comme suit :

« Art. 20 Liberté personnelle

Toute personne a droit à la liberté personnelle, à la sécurité¹²⁸ ainsi qu'à la liberté de mouvement ».

Dans leur article relatif à la nouvelle Constitution genevoise¹²⁹, HOTTELIER et TANQUEREL consacrent un chapitre aux droits fondamentaux¹³⁰. Ils ne commentent

¹²³ ATF 133 I 110, 119-120 consid. 5.2 et 5.2.1 et les nombreuses références citées.

¹²⁴ MAHON (Petit commentaire 2003), p. 108, §15 ad art. 10 Cst.

¹²⁵ AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (2013), vol. II, p. 149-150, §327 et les références citées ; MAHON (Petit commentaire 2003), p. 108, §15 ad art. 10 Cst.

¹²⁶ Voir aussi SCHWEIZER (St. Galler Kommentar 2014), p. 294, §23 ad art. 10 Cst.

¹²⁷ KIENER / KÄLIN (2013), p. 149, §12.4.a.

¹²⁸ Mise en évidence par le soussigné.

cependant pas chaque disposition article par article. En lien avec le contenu du catalogue des droits fondamentaux, ils mentionnent également les « innovations », qu'ils classent en trois catégories¹³¹ : des garanties figurant dans la Constitution fédérale ou dans une norme internationale, dont le droit genevois assure une plus grande protection ; des droits fondamentaux qui n'existent ni en droit fédéral, ni en droit international ; le cadre institutionnel dans lequel les droits fondamentaux doivent s'exercer. L'art. 20 Cst-GE n'est pas mentionné dans cette présentation¹³².

Ils expliquent également que d'autres droits individuels peuvent se trouver dans d'autres chapitres de la Constitution, comme par exemple la séparation des pouvoirs (art. 2, al. 2 Cst-GE) ou l'autonomie communale (art. 132, al. 2 Cst-GE)¹³³.

Les travaux de l'Assemblée constituante ne sont pas très utiles pour comprendre la formulation de cette disposition. Si la numérotation de l'article a beaucoup varié¹³⁴, tel n'est pas le cas de son contenu.

A l'occasion d'une première discussion, la Commission 1 « *Dispositions générales et droits fondamentaux* » a traité des « *droits à la liberté personnelle* » et d'autres droits fondamentaux envisageables (droit et devoir de respect, droit à l'intégrité physique et psychique, droit à la protection de la sphère privée, droit à l'inviolabilité du domicile, droit au respect de la correspondance, liberté de mouvement, liberté du choix du mode de transport, droit au secours / assistance aux personnes en danger, droit à la résistance)¹³⁵. Le droit à la sécurité n'a pas été directement abordé¹³⁶.

¹²⁹ Michel HOTTELIER / Thierry TANQUEREL, *La Constitution genevoise du 14 octobre 2012*, SJ 2014 II p. 341-385.

¹³⁰ HOTTELIER / TANQUEREL (2014), p. 358-364.

¹³¹ HOTTELIER / TANQUEREL (2014), p. 361-363.

¹³² HOTTELIER / TANQUEREL (2014), p. 361-363 *a contrario*.

¹³³ HOTTELIER / TANQUEREL (2014), p. 363-364.

¹³⁴ Art. 18 en première lecture, art. 21 en deuxième lecture, art. 21 en troisième lecture, art. 20 dans la version finale.

¹³⁵ Procès-verbal de la Commission 1 de l'Assemblée constituante, séance no 18 du 14 octobre 2009, p.7-10.

¹³⁶ Procès-verbal de la Commission 1 de l'Assemblée constituante, séance no 18 du 14 octobre 2009, p. 7-10 *a contrario*.

En annexe à l'ordre du jour de la séance de commission du 18 février 2010, un document « *thèses/articles en matière de droits fondamentaux* »¹³⁷ a été distribué¹³⁸. En lien, avec la liberté personnelle, il contient (sans explication) la proposition suivante : « *Toute personne a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique, à la sécurité, ainsi qu'à la liberté de mouvement. (cf CH 10 II, ChQ 1)* »¹³⁹.

Le 2 mars 2010, la Commission a ultérieurement adopté la thèse 102.51b, laquelle fait référence à la sécurité :

« Thèse 102.51b Liberté personnelle et droit à l'intégrité

Toute personne a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique, à la sécurité ainsi qu'à la liberté de mouvement »¹⁴⁰.

Dans son rapport sectoriel 102, la Commission 1 « Dispositions générales et droits fondamentaux » a expliqué ce qui suit en lien avec le droit à la sécurité :

« 102.51.b Cette proposition reprend quasiment l'art. 10 al. 2 de la Constitution fédérale [réf.]. Par consensus, la commission a estimé opportun de garantir en outre explicitement le droit à la sécurité¹⁴¹, cette dernière constituant un service public et une tâche essentielle de l'Etat. Cet ajout s'inspire en outre de la Charte québécoise (ChQ 1 [réf]). Il a enfin été relevé que le droit à la sécurité est une condition de la liberté et comporte également une dimension horizontale, soit qu'elle s'applique également aux rapports entre particuliers »¹⁴².

La commission a rejeté par 7 non, 5 oui et 1 abstention une proposition prévoyant que « *toute personne en danger a le droit à l'assistance et au secours* »¹⁴³.

Dans ses travaux, la commission a eu un bref débat au sujet de l'ajout du mot « *sécurité* » : si un constituant a exprimé un doute sur le contenu normatif de cet aspect,

¹³⁷ Préparé par deux constituants MM. Michel HOTTELIER et Cyril MIZRAHI.

¹³⁸ <https://www.ge.ch/constituante/doc/d59/f049457.PDF> (consulté le 21 janvier 2018).

¹³⁹ <https://www.ge.ch/constituante/doc/d59/f049457.PDF> page 3 (consulté le 21 janvier 2018).

¹⁴⁰ Assemblée constituante, Commission 1 « Disposition générales et droits fondamentaux », Rapport général 100 – Dispositions générales et droits fondamentaux, rapport de M. Maurice GARDIOL, 30 avril 2010, p. 12.

¹⁴¹ Mise en évidence dans le texte d'origine.

¹⁴² Assemblée constituante, Commission 1 « Disposition générales et droits fondamentaux », Rapport sectoriel 102 – Droits fondamentaux, rapport de M. Cyril MIZRAHI, 30 avril 2010, p. 20-21.

¹⁴³ Assemblée constituante, Commission 1 « Disposition générales et droits fondamentaux », Rapport sectoriel 102 – Droits fondamentaux, rapport de M. Cyril MIZRAHI, 30 avril 2010, p. 19 ; Procès-verbal de la Commission 1 de l'Assemblée constituante, séance no 35 du 2 mars 2010, p. 10.

un autre a expliqué qu'« on a droit à la sécurité. Il n'est pas normal de se faire attaquer dans la rue, que ce soit par un gendarme ou un particulier » ; un autre a expliqué que la sécurité constituait l'une des tâches de base de l'Etat ; enfin, un autre a dit que la sécurité était l'une des conditions de la liberté¹⁴⁴.

Lors de la « lecture 0 » devant l'Assemblée constituante siégeant en plénière le 25 mai 2010, la thèse 102.51b a été adoptée par 69 oui, 0 non et 0 abstention. Elle prévoyait, avec le titre « *Liberté personnelle et droit à l'intégrité* » que « *Toute personne a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique, à la sécurité, ainsi qu'à la liberté de mouvement* »¹⁴⁵.

La Commission 1 a ensuite procédé à un transfert entre la disposition consacrée au droit à la vie et celle consacrée à la liberté personnelle. Elle a proposé de renommer l'article 18 « *liberté personnelle* » et de le formuler comme suit : « *toute personne a droit à la liberté personnelle, à la sécurité ainsi qu'à la liberté de mouvement* »¹⁴⁶.

En premier débat¹⁴⁷, il y a eu deux amendements de forme, visant à la coordination avec l'article relatif au droit à la vie et à l'intégrité. Ces deux amendements ont été acceptés par 66 oui, 0 non et 0 abstention, respectivement 67 oui, 0 non et 0 abstention¹⁴⁸. Il n'y a pas eu d'explication sur la mention de la « sécurité ».

En deuxième débat, il n'y a pas eu de demande de parole. Le texte de l'art. 21 a été adopté sans opposition¹⁴⁹.

Comme il n'y a pas eu de divergence entre le 1^{er} et le 2^{ème} débat, ni de nouvelle proposition, il n'y a pas eu de discussion en 3^{ème} débat¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Procès-verbal de la Commission 1 de l'Assemblée constituante, séance no 35 du 2 mars 2010, p. 9.

¹⁴⁵ BOAC p. 1747 (25 mai 2010).

¹⁴⁶ Assemblée constituante, Commission 1 « Disposition générales et droits fondamentaux », Rapport et annexe de la commission 1 en vue de la première lecture de l'avant-projet de constitution, rapport de M. Guy ZWAHLEN, juillet 2011, p. 32.

¹⁴⁷ BOAC p. 7379-7380 (6 septembre 2011).

¹⁴⁸ BOAC p. 7379 (6 septembre 2011).

¹⁴⁹ BOAC p. 10658 (19 janvier 2012).

¹⁵⁰ BOAC p. 12789 (16 avril 2012).

L'interprétation historique de la norme conduit donc à constater que le droit à la sécurité de l'art. 20 Cst-GE est conçu comme une tâche de l'Etat, et non pas comme un droit subjectif à l'assistance et au secours de toute personne en danger. En d'autres termes, ce droit à la sécurité ne va pas au-delà du devoir de protection de l'Etat reconnu par la CEDH et par le Tribunal fédéral en cas de menace imminente et concrète contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté personnelle, étant rappelé que l'obligation de l'Etat est elle-même limitée par les ressources dont il dispose pour pallier à cette menace et que l'on peut raisonnablement attendre qu'il mette à disposition pour la prévenir. Cette interprétation est confortée par l'avis des deux principaux rédacteurs de la nouvelle Constitution genevoise, qui ne listent pas l'art. 20 parmi les garanties dont le droit genevois assurerait une plus grande protection que le droit fédéral ou le droit conventionnel¹⁵¹.

c) La jurisprudence relative à la centrale nucléaire de Mühleberg

Dans un arrêt du 11 avril 2014 relatif à la centrale nucléaire de Mühleberg¹⁵², le Tribunal fédéral a examiné la portée protectrice des droits fondamentaux.

Le 18 mars 2011, l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN) a ordonné, par voie de décision, que toutes les centrales nucléaires suisses procèdent à une analyse de sécurité relative aux tremblements de terre et aux inondations. Les Forces motrices bernoises ont déposé leur rapport le 30 juin 2011 et l'IFSN a pris position à ce sujet le 31 août 2011.

Deux citoyens ont ensuite eu des échanges avec l'IFSN au sujet des exigences de sécurité des centrales nucléaires et de sa prise de position du 31 août 2011. Ils ont exigé que l'IFSN rende une décision à ce sujet, ce qui a été refusé. Le Tribunal administratif fédéral (TAF) a admis le recours des citoyens et ordonné à l'IFSN de rendre une telle décision¹⁵³ ; le Tribunal fédéral a confirmé cet arrêt du TAF¹⁵⁴.

¹⁵¹ HOTTELIER / TANQUEREL (2014), p. 361-363.

¹⁵² ATF 140 II 315.

¹⁵³ Arrêt TAF A-5762/2012 du 7 février 2013.

¹⁵⁴ ATF 140 II 315.

Selon l'art. 25a, al. 1 PA¹⁵⁵, « toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations : a) s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque ; b) élimine les conséquences d'actes illicites ; c) constate l'illicéité de tels actes ». Cette disposition relative au droit à une décision pose l'exigence d'un intérêt digne de protection.

Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que la loi sur l'énergie nucléaire « vise en particulier à protéger l'homme et l'environnement des dangers qui y sont liés » (art. 1, 2^{ème} phrase LENU¹⁵⁶)¹⁵⁷. Quiconque habite dans un lieu qui serait particulièrement touché en cas d'incident nucléaire dispose d'un intérêt digne de protection à ce que des mesures de protection appropriées et adéquates (« angemessene und geeignete Schutzmassnahmen ») soient prises pour tenir compte du type et de l'ampleur du danger¹⁵⁸.

Le Tribunal fédéral relève ensuite que des considérations liées aux droits fondamentaux, particulièrement le droit à la vie et la liberté personnelle conduisent au même résultat. En effet, en particulier lors de technologies modernes avec un important potentiel de danger, le besoin de mesures préventives de protection de la part de l'Etat augmente¹⁵⁹. Les droits fondamentaux fondent aussi une obligation étatique de protection vis-à-vis de dangers émanant de tiers¹⁶⁰. Cette obligation de protection ne peut cependant pas, tout comme le droit de l'environnement ou le droit de la technique, garantir une protection absolue contre toutes les atteintes et tous les risques¹⁶¹. Il découle du contenu objectif des droits fondamentaux une mission de l'Etat de procéder à une prévision des risques pouvant mettre en danger ces droits fondamentaux (« Damit folgt aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte ein Auftrag des Staates zu einer auf Grundrechtsgefährdungen bezogenen Riskikovorsorge »). Il appartient en premier lieu à la législation de tracer la limite entre un danger inadmissible et un risque résiduel admissible. La législation sur

¹⁵⁵ Loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (PA ; 172.021).

¹⁵⁶ Loi (fédérale) sur l'énergie nucléaire, du 21 mars 2003 (LEnu ; 732.1).

¹⁵⁷ ATF 140 II 315, 327 consid. 4.6.

¹⁵⁸ ATF 140 II 315, 328 consid. 4.6.

¹⁵⁹ ATF 140 II 315, 329 consid. 4.8.

¹⁶⁰ ATF 140 II 315, 330 consid. 4.8.

¹⁶¹ ATF 140 II 315, 330 consid. 4.8.

l'énergie nucléaire représente ainsi la concrétisation législative en cette matière de la protection des droits fondamentaux¹⁶². L'art. 25a PA participe ainsi à une protection effective et dynamique des droits fondamentaux¹⁶³.

Selon le Tribunal fédéral, la Cour européenne des droits de l'homme oblige les Etats, en lien avec des activités dangereuses, à se préoccuper suffisamment tôt du respect des garanties conventionnelles et à ne pas agir seulement lors d'une atteinte accomplie et potentiellement irréversible à la santé¹⁶⁴. Bien au contraire, les risques liés à l'utilisation même pacifique de l'énergie nucléaire sont tels, selon le Tribunal fédéral, qu'ils imposent au législateur un devoir de protection concrétisé par une loi même en l'absence de menace imminente pour la vie ou l'intégrité corporelle des voisins de la centrale.

Le Tribunal fédéral en a conclu que les habitants de la zone 1 voisine d'une centrale nucléaire sont autorisés à demander une décision relative aux actes matériels de surveillance de l'IFSN¹⁶⁵.

F. DROIT À LA PROTECTION DES COMMUNAUTÉS JUIVES

MÜLLER / GROSSENBACHER sont d'avis que là où l'Etat ne peut pas assumer (complètement) son devoir de protection et où les personnes menacées doivent agir elles-mêmes, l'Etat est tenu d'au moins prendre en charge les coûts y relatifs¹⁶⁶. Ils expliquent cependant que le droit bernois communal et cantonal ne prévoit pas de base légale y relative¹⁶⁷. Nous verrons au chapitre VIII ce qu'il en est en droit genevois.

Il résulte des bases constitutionnelles qui précèdent et de leur interprétation par les tribunaux, que les droits fondamentaux, qu'ils soient consacrés par le droit international, le droit fédéral ou le droit cantonal, impliquent non seulement un devoir d'abstention de

¹⁶² ATF 140 II 315, 330 consid. 4.8.

¹⁶³ ATF 140 II 315, 331 consid. 4.8.

¹⁶⁴ ATF 140 II 315, 331 consid. 4.9.

¹⁶⁵ ATF 140 II 315, 332 consid. 5.1.

¹⁶⁶ Avis de droit MÜLLER / GROSSENBACHER (2017), p. 19.

¹⁶⁷ Avis de droit MÜLLER / GROSSENBACHER (2017), p. 20.

l'Etat, mais aussi, dans certaines circonstances, une obligation d'intervention de l'Etat pour empêcher une atteinte par des tiers.

La jurisprudence et la doctrine indiquent que cette obligation d'intervention est notamment concrétisée par la législation (voir l'exemple de la jurisprudence Mühleberg, où le Tribunal fédéral se raccroche à la loi fédérale sur l'énergie nucléaire), qui délimiterait les mesures à prendre et le risque acceptable.

S'agissant plus particulièrement de la protection des Communautés juives contre la menace d'attentats terroristes, on retiendra qu'il n'existe pas de droit subjectif à la sécurité qui pourrait être invoquée par un particulier contre l'Etat devant les tribunaux. En revanche, la liberté religieuse, le droit à la vie et la liberté personnelle ont une fonction positive, découlant de l'art. 35 Cst, qui oblige l'Etat, en cas de menace imminente et concrète par un tiers contre la jouissance et l'exercice de ces droits fondamentaux, à assurer la protection des personnes menacées, dans la mesure toutefois où cette protection peut raisonnablement être attendue de lui et ne l'oblige pas à engager des moyens disproportionnés¹⁶⁸.

V. SECURITE ET ORDRE PUBLIC

A. MONOPOLE DE L'USAGE DE LA FORCE

Il existe un **monopole étatique** pour l'usage de la force¹⁶⁹. Il n'est pas explicitement consacré par la Constitution fédérale, mais résulte de l'existence même de l'Etat fédéral suisse et des cantons¹⁷⁰; dans le canton de Genève, il est expressément consacré par la

¹⁶⁸ L'exigence de l'imminence de la menace n'est atténuée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt MÜHLEBERG qu'en ce qui concerne l'obligation de protection incombant au législateur dans la compétence qui est la sienne d'édicter des lois.

¹⁶⁹ Pour une définition, voir Markus H. F. MOHLER, *Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz*, Bâle 2012, p. 415-420, §1282-1303. Voir aussi FF 2006 p. 631-692, en particulier p. 638 (Rapport du Conseil fédéral sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées, du 2 décembre 2005).

¹⁷⁰ SCHWEIZER / MOHLER (St. Galler Kommentar 2014), p. 1191, §17 ad Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung et SCHWEIZER (St. Galler Kommentar 2014) p. 83, §5 ad art. 3 Cst. Voir aussi FF 2012 p. 4241.

Constitution genevoise qui prévoit que le canton détient le monopole de la force publique (art. 184, al. 1 Cst-GE).

Il appartient à la **police de veiller à la sécurité des lieux qui sont ouverts au public**¹⁷¹. Les compétences des agents privés de sécurité mandatés par les responsables de stade sont ainsi fortement limitées par le monopole étatique de l'usage de la force¹⁷² ; en outre, les services privés de sécurité sont aussi tenus de respecter les droits fondamentaux (art. 35, al. 2 Cst.¹⁷³)¹⁷⁴.

Même s'il n'y a pas de définitions claires et incontestées, la jurisprudence et la doctrine distinguent les lieux publics, les lieux semi-publics (espaces privés, mais accessibles au public dans le cadre de leur affectation¹⁷⁵) et les lieux privés. Les stades et les moyens de transports font partie des lieux semi-publics¹⁷⁶. Le Conseil fédéral cite aussi comme espaces semi-publics les restaurants, les foires, les cinémas, les discothèques, les magasins, les centres d'achats, les moyens de transports exploités par des privés¹⁷⁷.

Dans son long arrêt du 7 janvier 2014¹⁷⁸ relatif à la modification du Concordat instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives¹⁷⁹, le Tribunal fédéral a expliqué que, dans certaines limites, les organisateurs privés sont responsables pour un déroulement correct (« *ordnungsgemäss* ») de leurs événements¹⁸⁰. Dans un lieu semi-public, les mesures nécessaires pour la garantie de la sécurité ne se fondent en principe ni sur la légitime défense, ni sur l'état de nécessité, ni sur le « *droit du domicile* », mais sur le consentement du participant. Ce consentement se **fonde lui-même sur le contrat**

¹⁷¹ ATF 143 I 147, 156 consid. 5.3.3 ; ATF 140 I 2, 29, consid. 10.2.1.

¹⁷² ATF 140 I 2, 30 consid. 10.2.2. Voir aussi Niklaus OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 3^{ème} éd., Berne 2012, p. 32, §85-86.

¹⁷³ Art. 35, al. 2 Cst. : « *Quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation* ».

¹⁷⁴ ATF 140 I 2, 30 consid. 10.2.2.

¹⁷⁵ FF 2006 p. 656.

¹⁷⁶ ATF 140 I 2, 29 consid. 10.2.1. Voir aussi FF 2006 p. 655-657.

¹⁷⁷ FF 2006 p. 656.

¹⁷⁸ ATF 140 I 2.

¹⁷⁹ Concordat instituant des mesures contre la violence lors des manifestations sportives, du 15 novembre 2008 (CMVMS ; F 3 18).

¹⁸⁰ ATF 140 I 2, 30 consid. 10.2.1.

conclu avec l'organisateur ou le transporteur ; il ne peut cependant pas inclure une renonciation aux droits fondamentaux¹⁸¹.

Sauf erreur, ni le Conseil fédéral, ni le Tribunal fédéral, ni la doctrine n'expliquent ce qui se passe pour les lieux semi-publics où il est possible d'entrer sans contrat (par exemple : grands magasins) : en effet, le client du magasin envisage probablement de conclure un contrat en achetant un produit, mais à son entrée dans le magasin, il n'a encore rien acheté. Il est donc difficile de construire sur un contrat le consentement à se laisser fouiller, surveiller par vidéo, passer un portique de sécurité ; une option de raisonnement consisterait à dire qu'en souhaitant entrer dans un lieu privé (auquel peut se rattacher un lieu semi-public tel qu'un grand magasin), on accepte de se soumettre aux mesures de sécurité préconisées par le propriétaire privé des lieux. Le raisonnement par la négative permettrait d'arriver au même résultat : en effet, un tiers ne dispose pas d'un droit à entrer dans un lieu de culte, un grand magasin, un stade, etc.

B. COMPÉTENCES FÉDÉRALES

a) **Eléments introductifs**

La répartition des compétences résulte – sous réserve des compétences implicites¹⁸², qui jouent d'ailleurs un certain rôle en matière de sécurité intérieure¹⁸³, – de la Constitution fédérale. Il résulte de la combinaison des art. 3 Cst. (« *Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération* ») et 42, al. 1 Cst. (« *La Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution* ») que la Confédération n'est compétente que dans les cas où la Constitution fédérale lui attribue une compétence ; dans les autres cas, ce sont les cantons qui sont compétents.

¹⁸¹ ATF 140 I 2, 30 consid. 10.2.2.

¹⁸² Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse – volume I: L'Etat*, 3^{ème} éd., Berne 2013, p. 351, §1039 ; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR (2016), p. 329, §1067 ; AUBERT (Petit commentaire 2003), p. 386, §5 ad art. 42 Cst.

¹⁸³ Voir aussi FF 2006 p. 654.

Selon l'art. 54, al. 1 Cst. « *les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération* ».

NOTTER considère que la répartition des compétences en matière de sécurité intérieure entre la Confédération et les cantons n'est pas claire, et qu'elle est sujette à interprétation¹⁸⁴. Cette opinion doit être nuancée, compte tenu des développements qui suivent.

b) L'art. 57 Cst.

Trouvant place au début de la section consacrée à la sécurité, à la défense nationale et à la protection civile, l'art. 57 Cst. a la teneur suivante :

« Art. 57 Sécurité

1 La Confédération et les cantons pourvoient à la sécurité du pays et à la protection de la population dans les limites de leurs compétences respectives.

2 Ils coordonnent leurs efforts en matière de sécurité intérieure ».

i) Interprétation littérale

Tout en rappelant que tant la Confédération que les cantons « *pourvoient à la sécurité du pays et à la protection de la population* », l'art. 57 Cst ne répartit pas lui-même les compétences entre les deux niveaux, puisqu'il précise « *dans les limites de leurs compétences respectives* ». Il démontre en revanche le rôle central (« *Querschnittfunktion* ») des mesures de politique de sécurité¹⁸⁵. Dans un arrêt concernant le domaine militaire, le Tribunal fédéral a cité l'art. 57 Cst. et a expliqué que « *la portée concrète de ces règles de compétence doit être appréciée en tenant compte des règles constitutionnelles générales relatives à la collaboration entre la Confédération et les cantons. Cette collaboration est fondée sur l'entraide, le respect et l'assistance (cf. art. 44 al. 1 et 2 [Cst])* »¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Avis de droit NOTTER (partie 1), p. 12.

¹⁸⁵ SCHWEIZER / MOHLER (St. Galler Kommentar 2014), p. 1215, §3 ad art. 57 Cst.

¹⁸⁶ ATF 125 I 227, 237 consid. 6b.

L'art. 57, al. 2 Cst. prévoit une coordination des efforts de la Confédération et des cantons dans le domaine de la « *sécurité intérieure* », sans la définir d'ailleurs.

L'art. 57 Cst. fait référence à trois notions distinctes, soit la « *sécurité du pays* », la « *protection de la population* » et la « *sécurité intérieure* ». La sécurité du pays est plus particulièrement la mission de l'armée, à laquelle sont consacrés les art. 58, 59 et 60 Cst. La protection de la population incombe à la protection civile, à laquelle est consacré l'art. 61 Cst. On ne trouve pas en revanche le pendant de ces dispositions en matière de sécurité intérieure, du moins dans ce chapitre consacré à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.

La doctrine qualifie cette lacune de très grave (« *gravierend* »), au regard de l'importance croissante des tâches de sécurité attribuées à la Confédération, que ce soit en matière de renseignement, de police judiciaire ou de coordination nationale ou internationale¹⁸⁷.

Toujours selon la doctrine, la notion de « *sécurité intérieure* » se confond en Suisse avec les notions de « *maintien de la sécurité et de l'ordre public* » et de « *protection de l'ordre constitutionnel* »¹⁸⁸.

La notion de « *sécurité intérieure* » se retrouve dans les compétences attribuées par l'art. 173 Cst. à l'Assemblée fédérale et par l'art. 185 Cst. au Conseil fédéral, tous deux chargés de prendre « *des mesures pour préserver la sécurité intérieure* ».

ii) *Interprétation historique*

Selon la doctrine, l'art. 57 Cst. n'a pas de véritable pendant dans l'ancienne Constitution fédérale de 1874¹⁸⁹. La table de concordance entre l'ancienne (1874)¹⁹⁰ et la nouvelle

¹⁸⁷ Rainer J. SCHWEIZER, *Art. 57*, in: Bernhard EHRENZELLER / Benjamin SCHINDLER / Rainer J. SCHWEIZER / Klaus A. VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 2^{ème} éd., Zurich 2008, p. 1063, §9 ad art. 57 Cst.

¹⁸⁸ SCHWEIZER (St. Galler Kommentar 2008), p. 1060, §5 ad art. 57 Cst.

¹⁸⁹ Olivier DIGGELMANN / Tilmann ALTWICKER, *Art. 57*, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (éd.), *Bundesverfassung (Basler Kommentar)*, Bâle 2015, p. 1055, §2 ad art. 57 Cst. ; SCHWEIZER / MOHLER (St. Galler Kommentar 2014), p. 1214, §1 ad art. 57 Cst.

constitution (1999) établie par l'Office fédéral de la justice¹⁹¹ renvoie néanmoins aux art. 85 ch. 7 aCst¹⁹² et 102 ch. 10 aCst.¹⁹³

L'article consacré à la sécurité n'existait pas dans l'avant-projet de constitution soumis à la consultation en 1995 par le Conseil fédéral (AP Cst.).

Il a été introduit en 1996 dans le projet soumis par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale (art. 53 P-Cst.)¹⁹⁴. L'art. 57 Cst. correspond mot pour mot à l'art. 53 P-Cst féd.¹⁹⁵.

Il n'y a donc pas eu de modification entre le projet de constitution fédérale proposé par le Conseil fédéral et le texte actuellement en vigueur.

Dans son message du 20 novembre 1996, le Conseil fédéral a expliqué ce qui suit¹⁹⁶ :

« L'article 53 met à jour les compétences de l'Assemblée fédérale (art. 85, ch. 7, 2e partie de la phrase, Cst.) et du Conseil fédéral (art. 102, ch. 10, Cst.) en matière de sécurité intérieure de la Confédération et de maintien de la tranquillité et de l'ordre [réf.].

Il est évident que la Confédération, dans son propre intérêt, doit veiller au maintien de l'ordre public; c'est également à elle qu'il incombe de protéger l'ordre constitutionnel dans les cantons, en intervenant directement s'il devait être menacé (art. 43, 1er et 2e al., projet 96). Pour des raisons de transparence, il est indispensable de fixer la compétence de la Confédération en matière de sécurité intérieure ; cette compétence lui est reconnue par la jurisprudence [réf.] et a été préconisée lors de la procédure de consultation [réf.]. A cela s'ajoute qu'il est toujours plus difficile de distinguer entre sécurité intérieure et sécurité extérieure (crime organisé, etc.), ce qui ne fait que renforcer la tendance à envisager des mesures collectives en vue du maintien de l'ordre public [réf.].

¹⁹⁰ Pour un bref historique, voir DIGGELMANN / ALTWICKER (Basler Kommentar 2015), p. 1055-1056, §3-5 ad art. 57 Cst.

¹⁹¹ Disponible sur <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-tab2-f.pdf> (consulté le 17 janvier 2018).

¹⁹² Art. 85 aCst : « Les affaires de la compétence des deux conseils sont notamment les suivantes : [...] 7. La garantie des constitutions et du territoire des cantons ; l'intervention par suite de cette garantie ; les mesures pour la sûreté intérieure de la Suisse, pour le maintien de la tranquillité et de l'ordre ; l'amnistie et le droit de grâce ; [...] ».

¹⁹³ Art. 102 aCst : « Les attributions et les obligations du Conseil fédéral, dans les limites de la présente constitution, sont notamment les suivantes : [...] 10. Il veille à la sûreté intérieure de la Confédération, au maintien de la tranquillité et de l'ordre ».

¹⁹⁴ FF 1997 I p. 1.

¹⁹⁵ FF 1997 I p. 608.

¹⁹⁶ FF 1997 I p. 239.

Le 1^{er} alinéa repose sur le principe de la responsabilité primaire des cantons pour la sécurité intérieure sur leur territoire (souveraineté en matière de police) et fait de la sécurité du pays et de la protection de la population une tâche commune de la Confédération et des cantons, qu'ils remplissent dans le cadre de leurs compétences respectives. La formulation choisie exprime bien que les mesures de politique de sécurité relèvent à la fois de la Confédération et des cantons. En limitant ces compétences à leur forme constitutionnelle existante, on empêche toute extension des compétences de la Confédération qui viendraient empiéter sur celles des cantons. Le 2^e alinéa attribue à la Confédération et aux cantons la tâche de coordonner les mesures prises ; au niveau de la Confédération, cette obligation est assumée par le Conseil fédéral ».

Au Conseil des Etats, il y a eu une seule intervention, très brève concernant l'art. 53 P-Cst. (devenu art. 57 Cst.). Le Conseiller aux Etats Pierre AEBY a expliqué que cet article devait être considéré comme un article introductif à la section « *Sécurité* ». La sécurité était de la double compétence et de la double responsabilité de la Confédération et des cantons ; chacun devait respecter la sphère d'activité de l'autre, et mandat leur est donné de coordonner leurs efforts en matière de sécurité intérieure¹⁹⁷. L'article a été adopté sans aucun autre commentaire ; il n'y a pas eu de vote.

Au Conseil national, les articles consacrés à la sécurité ont été discutés en bloc (art. 53-57 P-Cst., devenus art. 57 à 61 Cst.)¹⁹⁸. Il y a eu huit interventions (cinq prises de position, deux rapporteurs et le Conseiller fédéral Arnold KOLLER), avant un vote sur l'art. 53, al. 1 P-Cst (devenu art. 57, al. 1 Cst.) : la proposition du Conseil fédéral a été adoptée par 75 contre 43 ; l'art. 53, al. 2 P-Cst (devenu art. 57, al. 2 Cst.) a été adopté sans vote¹⁹⁹.

Le Conseiller national Andreas GROSS a proposé – sans succès – un amendement visant à modifier l'ordre des mots à l'art. 53 P-Cst.²⁰⁰ et à ainsi prévoir que la Confédération et les cantons pourvoient à la « *sécurité de la population et à l'intégrité du pays dans les limites de leurs compétences respectives* »²⁰¹, la version allemande utilisant le terme de

¹⁹⁷ BOCE 1998 (tiré à part Réforme de la Constitution fédérale) p. 70 [séance du 21 janvier 1998].

¹⁹⁸ BOCN 1998 (tiré à part Réforme de la Constitution fédérale) p. 275-278 [séance du 28 avril 1998].

¹⁹⁹ BOCN 1998 (tiré à part Réforme de la Constitution fédérale) p. 278 [séance du 28 avril 1998].

²⁰⁰ BOCN 1998 (tiré à part Réforme de la Constitution fédérale) p. 275 et p. 276 *in fine* [séance du 28 avril 1998].

²⁰¹ Texte de l'amendement disponible sous : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-vekomm-f.pdf> (p. 29) (consulté le 18 janvier 2018).

« *Unversehrtheit* »²⁰² s'agissant de l'intégrité du pays. Il n'a cependant pas remis en question le rôle de la Confédération et des cantons, ni n'a critiqué la répartition des compétences. Les Conseillers nationaux Edi ENGELBERGER²⁰³ et Joseph DEISS²⁰⁴ se sont opposés à cette proposition de minorité et ont été suivi par la majorité du Conseil national.

Les autres interventions concernaient le rôle de l'armée dans le maintien de l'ordre²⁰⁵, la conservation de l'arme personnelle par les militaires à la fin de leur service²⁰⁶ ou l'intensité de l'investissement personnel requis par les différentes formes de service (militaire, protection civile, remplacement)²⁰⁷.

En clôture du débat, le Conseiller fédéral Arnold KOLLER a rappelé que la Constitution de 1874 ne contenait pas d'article consacré à la sécurité. Il a considéré que l'article 53 P-Cst. (devenu l'art. 57 P-Cst.) n'était pas une nouveauté juridique. Il a confirmé que la sécurité intérieure restait de la compétence primaire des cantons, qui disposaient de la souveraineté policière (« *Polizeihoheit* »). La Confédération disposait dans le domaine de la sécurité intérieure de certaines compétences fragmentaires, par exemple en matière de protection des ambassades. Alors que l'armée et la protection civile disposaient de leur propre article, **il en manquait un consacré à la sécurité intérieure**²⁰⁸. Il a aussi expliqué que la proposition d'amendement GROSS utilisait un terme « *Unversehrtheit* » qui n'était pas usuel²⁰⁹.

²⁰² <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-vekomm-d.pdf> (consulté le 18 janvier 2018).

²⁰³ BOCN 1998 (tiré à part Réforme de la Constitution fédérale) p. 275 [séance du 28 avril 1998].

²⁰⁴ BOCN 1998 (tiré à part Réforme de la Constitution fédérale) p. 277 [séance du 28 avril 1998].

²⁰⁵ Conseillère nationale Liliane MAURIER PASQUIER : BOCN 1998 (tiré à part Réforme de la Constitution fédérale) p. 276 [séance du 28 avril 1998].

²⁰⁶ Conseiller national Ulrich SCHLÜER : BOCN 1998 (tiré à part Réforme de la Constitution fédérale) p. 276 [séance du 28 avril 1998].

²⁰⁷ Conseiller national Remo GYSIN : BOCN 1998 (tiré à part Réforme de la Constitution fédérale) p. 276 [séance du 28 avril 1998].

²⁰⁸ BOCN 1998 (tiré à part Réforme de la Constitution fédérale) p. 277 [séance du 28 avril 1998]. C'est nous qui soulignons. Cf., dans le même sens, la critique de la doctrine.

²⁰⁹ BOCN 1998 (tiré à part Réforme de la Constitution fédérale) p. 278 [séance du 28 avril 1998].

Comme déjà mentionné, la proposition de la majorité de la commission – qui recommandait de suivre, sans modification, le projet du Conseil fédéral – a été suivie par le Conseil national²¹⁰.

Les débats parlementaires n'ont donc pas porté sur une nouvelle répartition des compétences entre Confédération et cantons. Les travaux préparatoires confirment la compétence primaire des cantons en matière de sécurité intérieure et les compétences partielles de la Confédération dans ce domaine. Le nouvel article 57 Cst. ne remplace pas une disposition antérieure, mais ne consacre pas non plus une nouveauté matérielle.

iii) *Interprétation systématique*

Sur un plan systématique, l'art. 57 Cst. se trouve dans le chapitre 2 « *Compétences* » du Titre 3 « *Confédération, cantons et communes* » de la Constitution. C'est le chapitre le plus long de la Constitution qui répartit les compétences entre la Confédération et les cantons. En effet, en application des art. 3 et 42 Cst., la Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution.

Comme le système de répartition des compétences prévu par la Constitution fédérale prévoit que la Confédération n'exerce que les compétences qui lui sont attribuées et que les autres compétences restent de la compétence des cantons, une disposition constitutionnelle est nécessaire pour l'exercice d'une compétence par la Confédération.

De ce point de vue, l'art. 57, al. 1 Cst. ne transfère aucune compétence cantonale à la Confédération²¹¹. Il se borne à rappeler que chacun agit « *dans les limites de [ses] compétences respectives* ». Or, la Confédération ne peut agir qu'en vertu d'une compétence qui lui est attribuée, explicitement ou implicitement. Les compétences de la Confédération en matière de sécurité doivent donc résulter d'autres dispositions constitutionnelles ou alors – ce qui est très rare – d'une attribution implicite. L'art. 57, al. 2 Cst. attribue cependant à la Confédération une compétence en matière de « *sécurité*

²¹⁰ BOCN 1998 (tiré à part Réforme de la Constitution fédérale) p. 278 [séance du 28 avril 1998].

²¹¹ Voir aussi SCHWEIZER / MOHLER (St. Galler Kommentar 2014), p. 1215, §3 ad art. 57 Cst.

intérieure », à coordonner avec les cantons²¹² ; l'art. 52, al. 2 Cst. prévoit que la Confédération protège l'ordre constitutionnel des cantons.

iv) *Interprétation téléologique*

L'art. 57 Cst. est le premier de la section consacrée à la sécurité. On peut donc le considérer comme une sorte d'article introductif rappelant des principes généraux et incontestés.

Certains auteurs considèrent que l'art. 57 Cst. a un but plus large que les seuls aspects « policiers » de la sécurité et de l'ordre public. Il inclurait la garantie de paix et d'existence de la communauté étatique suisse (« *Friedens- und Existenzgarantie der schweizerischen staatlichen Gemeinschaft* »)²¹³.

v) *Synthèse*

Malgré l'absence déjà soulignée par le Conseiller fédéral KOLLER lors de l'adoption de la nouvelle Constitution par l'Assemblée fédérale, d'un article précisant les compétences de la Confédération en matière de sécurité intérieure, force nous est de constater que l'art. 57, al. 2 Cst. a été considéré par ladite Assemblée comme une base constitutionnelle suffisante pour édicter la LMSI et pour compléter celle-ci en 2006 de mesures contre la violence lors de manifestations sportives. Le Conseil fédéral considère d'ailleurs lui-même, contre l'avis de la doctrine, que l'art. 57, al. 2 Cst. ne se borne pas à imposer un devoir de coordination, mais qu'il attribue une compétence en matière de sécurité intérieure à la Confédération, quoique de manière limitée²¹⁴.

A cette compétence découlant de l'art. 57, al. 2 Cst., s'ajoutent les compétences explicites attribuées globalement à la Confédération en certaines matières, telles que le droit pénal, et les compétences implicites dévolues par la Constitution à la Confédération pour qu'elle

²¹² *Contra* : SCHWEIZER / MOHLER (St. Galler Kommentar 2014), p. 1215, §5 ad art. 57 Cst.

²¹³ SCHWEIZER / MOHLER (St. Galler Kommentar 2014), p. 1217, §8 ad art. 57 Cst. et les références citées.

²¹⁴ Rapport du Conseil fédéral suite au postulat MALAMA, FF 2012 p. 4188, §2.2.3.2.

puisse accomplir les tâches qui lui sont explicitement dévolues par la Constitution²¹⁵. Ainsi, ces compétences implicites ont permis à la Confédération d'instituer une police des transports et d'étendre à des tâches de police de sécurité les compétences du corps des garde-frontières²¹⁶.

C'est sur les compétences explicites attribuées à la Confédération en matière de droit pénal qu'est fondée l'institution du Ministère public de la Confédération, de l'Office fédéral de la police, de la Police judiciaire fédérale et du Service fédéral de sécurité. On ne voit pas pourquoi ces mêmes bases constitutionnelles explicites et implicites ne permettraient pas à la Confédération, compétente partiellement, notamment en matière de lutte contre la criminalité organisée et contre le terrorisme²¹⁷, d'instituer une Police fédérale de sécurité en uniforme. Compte tenu des obstacles politiques éventuels à la faisabilité d'un tel projet, on pourrait le cas échéant songer à une extension en dehors de la zone frontalière des compétences de police de sécurité confiée au corps des garde-frontières, sur le modèle de ce qui a été fait en RFA²¹⁸.

c) La loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure et la loi sur l'Etat hôte

L'Assemblée fédérale a adopté le 21 mars 1997 la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure. Elle vise à assurer le respect des fondements démocratiques et constitutionnels de la Suisse ainsi qu'à protéger les libertés de sa population (art. 1 LMSI).

L'office fédéral de la police (fedpol ; art. 6, al. 1 LMSI) « assure, en collaboration avec les autorités cantonales, la protection des autorités et des bâtiments de la Confédération, ainsi que celle des personnes et des bâtiments dont la Confédération doit garantir la

²¹⁵ Rapport du Conseil fédéral suite au postulat MALAMA, FF 2012, p. 4188/4189, §2.2.3.4.

²¹⁶ Art. 96 LD.

²¹⁷ Art. 23 et 24 CPP.

²¹⁸ En ce sens, Markus H. F. MOHLER / Patrick GÄTTELIN / Reto MÜLLER *Unsicherheit über Sicherheit*, AJP / PJA 2007, p. 815-830, en particulier p. 830.

sécurité en vertu du droit international public » (art. 22, al. 1 LMSI ; voir aussi art. 9, al. 1, lettre d OrgDFJP²¹⁹).

Selon l'art. 24 LMSI, « *les cantons prennent sur leur territoire, après concertation avec fedpol, les mesures nécessaires à l'exécution des obligations de protection qui incombent à la Suisse en vertu du droit international public; au besoin, ils collaborent avec les services de sécurité des organisations internationales ou des missions diplomatiques établies sur leur territoire ou avec les autorités de police étrangères compétentes pour les questions de la sécurité dans les régions frontalières* ». Si la Confédération est responsable du respect des obligations de droit international public, ce sont concrètement les cantons qui les mettent en œuvre²²⁰.

La Confédération peut « *charger les autorités de police compétentes de mettre en place des mesures de sécurité complémentaires aux mesures prises en exécution des obligations de protection qui incombent à la Suisse en vertu du droit international public, telles qu'elles sont prévues par la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure* » (art. 20, lettre f LEH²²¹). « *La Confédération peut accorder une indemnité équitable aux cantons pour les tâches qu'ils accomplissent en exécution de l'art. 20, let. f, et qui ne relèvent pas de leurs compétences découlant de la Constitution* » (art. 21 LEH). « *Les modalités d'octroi de l'indemnité équitable versée aux cantons pour les tâches qu'ils accomplissent en exécution de l'art. 20, let. f, LEH font l'objet d'un arrangement à conclure avec chaque canton concerné. Le DFAE est compétent pour conclure ces arrangements. Il réserve, le cas échéant, l'octroi des crédits y relatifs par les Chambres fédérales* » (art. 28, al. 2 OLEH²²²).

²¹⁹ Ordonnance (fédérale) sur l'organisation du Département fédéral de justice et police, du 17 novembre 1999 (OrgDFJP ; 172.213.1).

²²⁰ DIGGELMANN / ALTWICKER (Basler Kommentar 2015), p. 1065, §38 ad art. 57 Cst.

²²¹ Loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (Loi sur l'Etat hôte), du 22 juin 2007 (LEH ; 192.12).

²²² Ordonnance (fédérale) relative à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (Ordonnance sur l'Etat hôte), du 7 décembre 2007 (OLEH ; 192.121).

L'indemnisation forfaitaire versée par la Confédération au canton de Genève sur la base de la LMSI s'élève à 6,3 millions de francs par an dès 2014²²³. Cela fait partie des contributions financières de la Confédération pour renforcer le rôle de la Suisse comme Etat hôte²²⁴.

d) La loi fédérale sur l'usage de la contrainte

Le 20 mars 2008, l'Assemblée fédérale a adopté la loi sur l'usage de la contrainte²²⁵. Cette loi, qui se fonde notamment sur l'art. 57, al. 2 Cst., « règle les principes applicables à l'usage de la contrainte et des mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération » (art. 1 LUSC).

Si elle s'applique principalement à toute autorité fédérale amenée à faire usage de la contrainte ou de mesures policières dans le cadre de l'exécution de ses tâches (art. 2, al. 1, lettre a LUSC), et aux autorités cantonales dans certaines circonstances (art. 2, al. 1, lettres b, c et d LUSC), la loi s'applique aussi « aux particuliers qui exécutent des tâches pour le compte de ces autorités ». Elle ne s'applique pas aux actes accomplis en cas de légitime défense ou d'état de nécessité (art. 4 LUSC).

Dès lors que ce sont les lois spéciales qui désignent les autorités habilitées à faire usage de la contrainte et des mesures policières (art. 7 LUSC), la LUSC n'est pas pertinente pour déterminer a) qui peut agir b) dans quel lieu.

²²³ FF 2014 p. 9044.

²²⁴ Message (du Conseil fédéral) concernant les mesures à mettre en œuvre pour renforcer le rôle de la Suisse comme Etat hôte, du 19 novembre 2014 : FF 2014 p. 9029-9080 (objet 14.085).

²²⁵ Loi (fédérale) sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (Loi sur l'usage de la contrainte), du 20 mars 2008 (LUSC ; 364).

e) L'échec de la création d'une police fédérale de sécurité

Au cours des années 1970, plusieurs tentatives de création d'une police fédérale de sécurité, au moins avec certaines compétences en matière de protection des ambassades ou des conférences internationales, ont échoué²²⁶.

Le Concordat intercantonal visant à renforcer les mesures policières de sécurité, du 28 mars 1968²²⁷ dans lequel les cantons convenaient de la création d'une « *Police mobile intercantonale* »²²⁸, mais qui ne remettait pas en cause la souveraineté policière cantonale²²⁹, n'a pas eu de succès. Le 6 décembre 1970, le canton de Genève refusa d'adhérer au Concordat, de sorte que, en janvier 1971, les chefs des départements cantonaux de justice et police décidèrent de ne pas poursuivre l'examen du projet²³⁰.

Le 3 décembre 1978, la loi fédérale sur l'accomplissement des tâches de la Confédération en matière de police de sécurité, du 9 mars 1978²³¹, a été **rejetée** par 56.0% de non²³². Cette loi prévoyait que « *les cantons mettent à la disposition de la Confédération les forces de police qui lui sont nécessaires pour accomplir ses tâches en matière de police de sécurité, notamment en rapport avec la lutte contre le terrorisme* » (art. 1). Les tâches de la Confédération en matière de police de sécurité auraient notamment consisté à protéger

²²⁶ Pour un historique de l'évolution de la sécurité intérieure, voir Markus SCHEFER / Reto MÜLLER, *Schutz der inneren Sicherheit – historische Entwicklung und aktuelle Fragestellungen*, Sicherheit & Recht / Sécurité & droit 2010, p. 57-71. Voir aussi Reto Patrick MÜLLER, *Immere Sicherheit Schweiz – Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848*, Egg bei Einsiedeln 2009.

²²⁷ FF 1968 II p. 831-832.

²²⁸ Voir le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'aide à la police mobile intercantonale, du 27 novembre 1968 = FF 1968 II p. 809-832. Il s'agissait – pour le texte voir FF 1968 II p. 827-830 – de créer un « corps de police commun, en vue de renforcer les mesures policières de sécurité » (art. 1, al. 1), pouvant être engagé pour « protéger les représentations diplomatiques et consulaires, les organisations et conférences internationales en Suisse », « maintenir la tranquillité et l'ordre » et « lors de catastrophes » (art. 1, al. 2). Ce corps aurait été composé de contingents de fonctionnaires des corps de police des cantons concordataires et des villes participant à l'exécution du concordat (art. 3, al. 1).

²²⁹ ATF 96 I 210, 215 consid. 4. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a traité des règles constitutionnelles cantonales thurgoviennes en lien avec l'adhésion du canton de Thurgovie au concordat intercantonal visant à renforcer les mesures policières de sécurité et prévoyant la création d'une police mobile intercantonale.

²³⁰ Pour l'historique, voir FF 1977 II p. 1246.

²³¹ FF 1978 I p. 640-642. Voir aussi le Message du Conseil fédéral du 20 juin 1977 = FF 1977 II p. 1241-1264.

²³² <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/19781203/det291.html>

les missions diplomatiques et les postes consulaires, les organisations et les conférences internationales en Suisse, les chefs d'Etats et de gouvernement étrangers en séjour en Suisse, les autorités de la Confédération, les bâtiments et les installations importantes de la Confédération, à prévenir et à combattre les attentats dirigés contre l'aviation civile et à garantir l'ordre public conformément à l'art. 16 aCst., c'est-à-dire en cas de troubles (art. 2).

Le 27 novembre 2009, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation pour un avant-projet de loi fédérale sur les tâches de police de la Confédération²³³. Il s'agissait de regrouper dans une seule et même loi des normes policières figurant dans différents actes. Cet avant-projet comportait plus d'une centaine d'articles. Son art. 1, al. 1 AP-LPol prévoyait que la loi définissait les tâches de police de la Confédération et fixait les moyens nécessaires à leur exécution. Il était prévu que l'Office fédéral de la police (fedpol) assumait les tâches définies dans la loi, dans la mesure où elles n'étaient pas attribuées à un autre organe. L'avant-projet mentionnait des tâches de police de sécurité (art. 2, lettre a et art. 4 à 7 AP-LPol), des tâches de police judiciaire (art. 2, lettre b et art. 8 à 22 AP-LPol) et des tâches de police administrative (art. 2, lettre c et art. 23 à 32 AP-LPol). Il était prévu que Fedpol assure, en collaboration avec les autorités cantonales, la protection des autorités et des bâtiments de la Confédération, des personnes et des bâtiments dont la Confédération doit garantir la sécurité en vertu du droit international public et des bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités (art. 4, al. 1 AP-LPol).

Le 26 juin 2013, le Conseil fédéral a suspendu les travaux d'élaboration d'un projet de loi fédérale sur les tâches de police de la Confédération (P-LPol)²³⁴. En effet, le Conseil fédéral avait ouvert, de novembre 2009 à mars 2010, une procédure de consultation relative à un avant-projet de loi. La majorité des cantons avait salué cette idée, mais la plupart des partis politiques l'ont accueillie avec scepticisme, voire s'y sont opposés. Les organisations nationales œuvrant dans le domaine des droits fondamentaux et de la

²³³ Pour le communiqué de presse du Conseil fédéral, voir : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-30385.html> (consulté le 19 janvier 2018).

²³⁴ Pour le communiqué de presse du Conseil fédéral, voir : <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2013/2013-06-261.html> (consulté le 18 janvier 2018).

protection des données ont rejeté la référence à une compétence générale de la Confédération s'agissant du maintien de la sécurité intérieure²³⁵.

f) L'engagement subsidiaire de l'armée

L'échec pendant les années 1970 de la PMI, puis de la PFS, ont conduit le Conseil fédéral à opérer un virage à 180°, et à confier à nouveau à l'armée des missions en matière de sécurité intérieure, pour pallier à l'insuffisance des effectifs policiers des cantons²³⁶.

C'est ainsi que l'armée a d'abord été mise à contribution en soutien aux autorités cantonales pour assurer la sécurité des aéroports contre la menace d'attentats terroristes, puis lors de grandes rencontres internationales telles que le sommet REAGAN / GORBATCHEV à Genève en 1985 ou lors du transfert de l'Assemblée générale de l'ONU à Genève en 1988. L'armée apporte chaque année son soutien au gouvernement du canton des Grisons pendant le WEF de Davos²³⁷. Elle a même été engagée pendant de longues périodes pour monter la garde devant des missions diplomatiques ou des organisations internationales, à Genève et à Berne.

L'art. 58 Cst. prévoit notamment que l'armée « *apporte son soutien aux autorités civiles lorsqu'elles doivent faire face à une grave menace pesant sur la sécurité intérieure ou à d'autres situations d'exception. La loi peut prévoir d'autres tâches* ».

Les bases légales de l'appui que peut apporter l'armée aux autorités civiles ont été précisées en ces termes par l'art. 1 al. 2 LAAM²³⁸ :

« 2 Lorsque les moyens des autorités civiles en Suisse ne suffisent plus, elle [l'armée] leur apporte son appui aux fins suivantes :

²³⁵ <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2013/2013-06-261.html> (consulté le 18 janvier 2018).

²³⁶ SCHEFER / MÜLLER (2010), p. 66, §7.

²³⁷ Voir par exemple l'Arrêté fédéral sur l'engagement de l'armée en service d'appui au profit du canton des Grisons dans le cadre des mesures de sécurité lors des rencontres annuelles du Forum économique mondial 2016 à 2018 de Davos et sur d'autres mesures de sécurité, du 22 septembre 2015 (FF 2015 p. 6801).

²³⁸ Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (Loi sur l'armée), du 3 février 1995 (LAAM ; 510.10).

- a) faire face à une **menace grave**²³⁹ pesant sur la sécurité intérieure ;
- b) faire face à des catastrophes et à **d'autres situations extraordinaires**²⁴⁰ ;
- c) assurer la protection de personnes ou la protection de biens particulièrement dignes de protection, en particulier les infrastructures indispensables au fonctionnement de la société, de l'économie ou de l'Etat (infrastructures critiques) ;
- d) accomplir des tâches relevant du Réseau national de sécurité ou des services coordonnés ;
- e) faire face à des **situations de surcharge extrême**²⁴¹ ou accomplir des tâches que les autorités civiles ne peuvent accomplir faute de moyens ou de personnel appropriés ;
- f) accomplir d'autre tâches d'importance nationale ou internationale ».

L'art. 67 al. 1 LAAM précise dans les termes suivants le « *Service d'appui en faveur des autorités civiles* » :

- a) faire face à des **situations extraordinaires**²⁴² dans lesquelles la sécurité intérieure n'est pas gravement menacée et ne nécessite pas un recours au service d'ordre ;
- b) assurer la protection de personnes et la protection de biens particulièrement dignes de protection, en particulier les infrastructures critiques ;
- c) accomplir des tâches relevant du Réseau national de sécurité ou des services coordonnés ;
- d) faire face à des catastrophes, **de surcharge extrême**²⁴³ ou accomplir des tâches que les autorités civiles ne peuvent accomplir seules faute de moyens ou de personnel appropriés ;
- e) accomplir d'autres tâches d'importance nationale ou internationale ».

Il convient dès lors de faire une claire distinction entre « *service d'appui* » et « *service d'ordre* », ce dernier étant un « *service actif* » au sens de l'art. 65 LAAM, en vue duquel la troupe est assermentée comme pour le service visant à assurer la défense du pays et de sa population en temps de guerre.

Le « *service d'ordre* » est régi par l'art. 83 LAAM :

²³⁹ Mis en évidence par le soussigné.
²⁴⁰ Mis en évidence par le soussigné.
²⁴¹ Mis en évidence par le soussigné.
²⁴² Mis en évidence par le soussigné.
²⁴³ Mis en évidence par le soussigné.

« Art. 83 Service d'ordre

1 *Des troupes peuvent être engagées pour le service d'ordre lorsque les moyens des autorités civiles ne suffisent plus pour faire face à des menaces graves contre la sécurité intérieure.*

2 *Le service d'ordre est ordonné par l'Assemblée fédérale ou, en cas d'urgence, par le Conseil fédéral, conformément à l'art. 77 al. 3.²⁴⁴*

3 *L'autorité civile définit la mission de l'engagement en accord avec le DDPS ou avec le commandant en chef de l'armée. [...] ».*

L'appui accordé par l'armée aux organes civils de police, que l'on désigne désormais sous le terme générique « *d'engagement subsidiaire de sûreté de l'armée* », peut donc selon la loi revêtir deux formes, celle d'un « *service d'appui* » ou celle d'un « *service d'ordre* »²⁴⁵. Dans la pratique, notre armée de milice n'est cependant pas entraînée au maintien de l'ordre, seules les polices cantonales le sont, et parmi celles-ci, seules les polices de Zurich, de Berne, de Genève, et dans une moindre mesure de Vaud et de Bâle-Ville disposent véritablement de détachements spécialisés dans le maintien de l'ordre. Un engagement de l'armée pour le maintien de l'ordre public ne peut dès lors guère être envisagé.

Dans la problématique qui nous occupe, de protection des Communautés juives contre la menace terroriste, seul l'engagement subsidiaire de l'armée en service d'appui pourrait dès lors entrer en ligne de compte, si cette menace venait à s'aggraver à un point tel que le Conseil d'Etat doive envisager une protection permanente par des plantons armés des lieux de culte et des locaux communautaires, comme cela a été fait en France après les attentats ayant visé spécifiquement la Communauté juive de ce pays. Les ressources policières du canton de Genève ne permettraient pas en effet dans une telle situation de mettre sur pied une garde permanente de plusieurs lieux de culte simultanément pendant une période prolongée, et nous verrons au Chapitre VII qu'une délégation à des entreprises de sécurité de missions de garde armée sur le domaine public n'est pas possible. Il n'est cependant pas acquis que le Conseil fédéral accorderait cet appui dans une telle hypothèse, compte tenu des expériences négatives faites en France, où les

²⁴⁴ Il s'agit désormais de l'art. 185, al. 3 de la Constitution fédérale de 1999.

²⁴⁵ Art. 2 de l'Ordonnance concernant l'instruction de la troupe en cas d'engagements de police, du 14 avril 1999 (512.26).

militaires chargés d'une telle mission sont à leur tour devenus la cible d'attentats terroristes.

g) La coopération transfrontalière en matière policière

La criminalité faisant fi des frontières, la Confédération suisse a conclu tant avec la République fédérale d'Allemagne²⁴⁶ qu'avec la République française²⁴⁷ des accords sur la coopération transfrontalière en matière policière, judiciaire et douanière. Ces accords ont plus particulièrement pour objectif de développer la coopération policière et douanière dans les zones frontalières, par la définition de nouvelles modalités de coopération, par l'installation de centres communs de coopération et au moyen d'une coopération directe entre services correspondants. En plus des demandes d'assistance directe entre services de police, dans des domaines tels que l'identification de personnes, de détenteurs de véhicules ou de titulaires de lignes téléphoniques, la traçabilité d'armes ou la mise en sûreté d'indices ou de preuves, ces accords fixent les modalités de l'observation transfrontalière et de la poursuite transfrontalière, même sans autorisation préalable de l'autre Etat en cas d'urgence pour des faits relevant d'une catégorie d'infractions particulièrement graves. Le centre commun compétent ou l'autre Etat doit cependant être informé dès le franchissement de la frontière par les agents poursuivants.

En cas d'évènements de grande envergure (tels que manifestations de masse), de catastrophes ou d'accidents graves, ces accords prévoient même une assistance mutuelle entre les deux Etats concernés, non seulement par une information réciproque de tels évènements et par la coordination des mesures prises par chaque Etat sur son territoire, mais par la fourniture d'une aide, sous forme d'unités spécialisées, d'unités de maintien de l'ordre, de spécialistes et de conseillers, à l'Etat sur le territoire duquel se produit

²⁴⁶ Accord entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et judiciaire, conclu le 27 avril 1999 et entré en vigueur le 1^{er} mars 2002 (RS 0.360.136.1).

²⁴⁷ Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière, conclu le 9 octobre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2009 (RS 0.360.349.1).

l'évènement ou la situation, si cet Etat en fait la demande et dans la mesure des moyens que l'autre Etat peut mettre à sa disposition²⁴⁸.

C'est en se fondant sur l'Accord de coopération policière transfrontalière germano-suisse, entré en vigueur le 1^{er} mars 2002, que le Conseil d'Etat genevois, par l'intermédiaire du Conseil fédéral, avait sollicité le renfort de détachements de policiers allemands des Länder et du « *Bundesgrenzschutz* » spécialisés dans le maintien de l'ordre, lors du G8 d'Evian en 2003. A cette date, l'accord franco-suisse, qui prévoit désormais les mêmes possibilités d'assistance, n'avait pas encore été conclu²⁴⁹.

Ainsi, paradoxalement, la Confédération, qui ne dispose pas d'une police fédérale de sécurité susceptible d'agir en renfort des forces de police cantonales lors d'évènements majeurs, peut solliciter l'assistance de renforts policiers des pays voisins pour fournir de l'aide aux cantons lors de tels évènements !

Dans un canton frontalier comme Genève, l'assistance policière prévue par l'Accord avec la France peut évidemment jouer un rôle important dans la prévention et la répression d'attentats terroristes. En revanche, on ne voit pas que le canton puisse solliciter le renfort de policiers français en cas d'aggravation durable de la menace contre les Communautés juives ou contre la population genevoise en général, pour pallier au manque d'effectifs de la Police cantonale, sauf peut-être dans une situation de chaos consécutive à la commission d'attaques terroristes de grande envergure, comme en ont connu Paris et Bruxelles dans un passé récent. Il est toutefois plus que probable que dans un tel cas, l'Etat requis d'octroyer son assistance n'aurait pas de disponibilités policières, s'estimant lui aussi visé par la menace de répliques d'attentats.

²⁴⁸ Art. 24 de l'Accord germano-suisse et Art. 16 de l'Accord franco-suisse.

²⁴⁹ Il a été conclu le 9 octobre 2007 puis est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2009.

C. COMPÉTENCES CANTONALES

a) **En général**

Les cantons ont conservé l'essentiel de leurs compétences en matière de sécurité et d'ordre public.

Les compétences cantonales se concrétisent par les corps de policiers cantonaux et communaux, qui exercent dans les divers domaines de la sécurité au sens strict, de la circulation routière, de la lutte contre la criminalité, la police du commerce, etc.²⁵⁰.

b) **A Genève**

i) Règles constitutionnelles

A Genève, l'Etat assure la sécurité et l'ordre public (art. 183 Cst-GE). Le canton détient le monopole de la force publique (art. 184, al. 1 Cst-GE). Le Conseil d'Etat est responsable de la sécurité et de l'ordre public. Il ne peut employer à cet effet que des corps organisés par la loi (art. 112, al. 1 Cst-GE).

ii) Loi sur la police

La Police cantonale est organisée par la Loi sur la police (LPol²⁵¹), dont l'art 1^{er} a la teneur suivante :

« Art. 1 Missions

1 La Police cantonale de la République et canton de Genève (ci-après : la police) est au service de la population, dont elle reflète la diversité. Sa devise est : protéger et servir.

2 En tout temps, le personnel de la police donne l'exemple de l'honneur, de l'impartialité, de la dignité et du respect des personnes et des biens. Il manifeste

²⁵⁰ SCHWEIZER / MOHLER (St. Galler Kommentar 2014), p. 1218, §15 ad art. 57 Cst.

²⁵¹ Loi sur la police, du 9 septembre 2014 (LPol ; F 1 05).

envers ses interlocuteurs le respect et l'écoute qu'il est également en droit d'attendre de leur part.

3 Sauf dispositions légales contraires, la police est chargée des missions suivantes :

a) assurer l'ordre, la sécurité et la tranquillité publiques ;

b) prévenir la commission d'infractions et veiller au respect des lois, en particulier selon les priorités émises conjointement par le Conseil d'Etat et le Ministère public ;

c) exercer la police judiciaire ;

d) exécuter les décisions des autorités judiciaires et administratives ;

e) coordonner les préparatifs et la conduite opérationnelle en cas de situation exceptionnelle en vue de protéger la population, les infrastructures et les conditions d'existence ;

f) exercer les actes de police administrative qui ne sont pas dévolus à d'autres autorités ».

La police genevoise agit sur l'ensemble du territoire cantonal (art. 16, al. 1 LPol).

Le département de la sécurité et de l'économie veille au développement de collaborations avec le réseau national de sécurité et les forces de police d'autres pays, de la Confédération ou d'autres cantons, notamment dans les domaines du maintien de l'ordre, des interventions, de la police judiciaire, de l'analyse criminelle et de la formation (art. 17 LPol).

La police exerce ses tâches dans le respect des droits fondamentaux et des principes de légalité, de proportionnalité et d'intérêt public (art. 45, al. 1 LPol). En cas de troubles ou pour écarter des dangers menaçant directement la sécurité et l'ordre publics, elle prend les mesures d'urgence indispensables (art. 45, al. 2 LPol). La police prend, même sans base légale particulière, les mesures d'urgence indispensables pour rétablir l'ordre en cas de troubles graves ou pour écarter des dangers sérieux, directs ou imminents menaçant la sécurité et l'ordre publics (clause générale de police, art. 10 ROPol²⁵²).

Pour remplir ses missions, et notamment pour prévenir la commission d'infractions, la police est habilitée à procéder à des contrôles d'identité, à soumettre des personnes à des mesures d'identification (photographie et prise d'empreintes), à procéder à la fouille de personnes et de choses mobilières. La police peut procéder à la rétention dans ses locaux pour une brève durée des personnes causant du scandale sur la voie publique, prononcer

²⁵² Règlement (genevois) sur l'organisation de la police (ROPol ; F 1 05.01).

une mesure d'éloignement des personnes troublant l'ordre ou la sécurité publics, des mendiants et des dealers. La police est également compétente pour ordonner des mesures de contrainte, celles-ci sont toutefois régies par le droit fédéral (art. 198, al. 2 CPP ; art. 26, al. 1 LaCP²⁵³).

La police est armée pour son service. L'usage de l'arme n'est cependant autorisé qu'en tant qu' « *ultime moyen de permettre à la police de s'acquitter de sa mission* », et doit être « *proportionné aux circonstances* » (art. 55 LPol).

Afin de détecter la préparation de crimes ou de délits ou d'en empêcher la commission, la police est autorisée à procéder à l'observation préventive, en recourant le cas échéant à des enregistrements audio ou vidéo, à des recherches préventives secrètes et à des enquêtes sous couverture, cette dernière mesure devant toutefois être ordonnée par le Ministère public (art. 286 et suivants CPP), avant d'être soumise au Tribunal des mesures de contrainte (art. 289 CPP).

En vue de protéger la population, les infrastructures et les bases d'existence, le Conseil d'Etat a édicté un règlement sur l'organisation de l'intervention dans des situations exceptionnelles (dispositif ORCA-GE)²⁵⁴. Le dispositif ORCA est mis sur pied par le Conseil d'Etat, le cas échéant sur proposition du chef de l'état-major cantonal de conduite (art. 43, al. 2 RORCA-GE), « *lorsque la nature ou l'intensité d'un événement en cours ou à venir excède la capacité d'intervention propre de l'une ou de plusieurs organisations de la protection de la population (...)* » (art. 40 RORCA-GE). La modulation du dispositif dépend de l'intensité de l'évènement. C'est l'autorité politique qui est compétente le cas échéant s'il s'agit de solliciter le renfort de détachements de police d'autres cantons ou l'engagement subsidiaire de l'armée²⁵⁵.

²⁵³ Loi (genevoise) d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale, du 27 août 2009 (LaCP ; E 4 10).

²⁵⁴ Règlement (genevois) sur l'organisation en cas de catastrophe et de situation exceptionnelle, du 6 décembre 2017 (RORCA-GE ; G 3 03.04).

²⁵⁵ Cf. art. 30 RORCA-GE mentionnant l'armée comme partenaire.

iii) *Loi sur les agents de la police municipale*

En application de l'art. 184, al. 2 Cst-GE, selon lequel la loi règle la délégation de pouvoirs de police limités au personnel qualifié des communes, la LAPM²⁵⁶ prévoit que « *les agents de la police municipale sont chargés en priorité de la sécurité de proximité, soit de la prévention des incivilités et de la délinquance par une présence régulière et visible sur le terrain de jour comme de nuit, notamment aux abords des écoles, des établissements et bâtiments publics, des commerces, dans les parcs publics et lors de manifestations ou d'évènements organisés sur le territoire communal* » (art. 5, al. 1 LAPM). Les agents de la police municipale ne sont pas armés (art. 2 al. 2 LAPM). Dans la limite des compétences prévues par la loi, ils peuvent exercer des tâches de police judiciaire (art. 10A LAPM, art. 10A LaCP, art. 15 CPP²⁵⁷).

iv) *Vidéosurveillance*

Les règles relatives à la vidéosurveillance seront traitées ci-dessous au chapitre VI.

v) *Mise en œuvre sur le plan budgétaire*

Dans le canton de Genève, le budget de fonctionnement est établi par politiques publiques et par programmes (art. 28, al. 3 LGAF²⁵⁸). Actuellement, l'Etat de Genève dispose de 17 politiques publiques et de 59 programmes²⁵⁹ (voir art. 12 RPFGB et annexe RPFGB) : la « *sécurité publique* » correspond au programme H02.

Dans le budget 2018, le programme est décrit comme suit : « *ce programme vise à assurer la sécurité des habitants du canton, fondement de toute vie sociale et garantie en démocratie de l'exercice des droits et des libertés. Il inclut tous les « usagers » du territoire cantonal, notamment les travailleurs et les visiteurs. Ce programme repose sur*

²⁵⁶ Loi sur les agents de la police municipale, les contrôleurs municipaux du stationnement et les gardes auxiliaires des communes, du 20 février 2009 (LAPM ; F 1 07).

²⁵⁷ Code de procédure pénale suisse (Code de procédure pénale), du 5 octobre 2007 (CPP ; 312.0).

²⁵⁸ Loi (genevoise) sur la gestion administrative et financière de l'Etat, du 4 octobre 2013 (LGAF ; D 1 05).

²⁵⁹ <http://ge.ch/finances/budget-0> (consulté le 8 février 2018).

les attributions confiées à la police par la loi sur la police. [...] Une composante importante de ce programme consiste aussi à garantir la sécurité du milieu international et à agir dans le domaine de protection de l'Etat. [...] Ce programme est mis en œuvre par le corps de police »²⁶⁰.

Dans le même cadre, le Conseil d'Etat relève notamment que par rapport à 2011, l'effectif global de la police a progressé de 15% à fin 2017, celui des policiers de 6% (1440 ETP) et celui des assistants de sécurité publique (ASP), en particulier les ASP3 et 4 au profit de la police internationale, de 173% (150 ETP)²⁶¹.

Il explique également que la police genevoise poursuit son plan de relève de l'armée dans le cadre de l'accord AMBA CENTRO (dispositif de protection de la Genève internationale) avec l'engagement et la formation d'assistants de sécurité publique²⁶². L'augmentation des charges de personnel en 2018 comprend notamment 24 ETP pour la surveillance des ambassades en remplacement de l'armée et des privés (financée à 90% par la Confédération) et 12.5 ETP pour la Genève internationale (financée intégralement par la Confédération)²⁶³.

VI. LEGITIME DEFENSE ET ACTION POSSESSOIRE

A. GÉNÉRALITÉS

Selon la Constitution fédérale, la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération (art. 122, al. 1 Cst.).

La législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève aussi de la compétence de la Confédération (art. 123, al. 1 Cst.).

²⁶⁰ Budget 2018 de la République et canton de Genève, Tome 1, p. 204.

²⁶¹ Budget 2018 de la République et canton de Genève, Tome 1, p. 205.

²⁶² Budget 2018 de la République et canton de Genève, Tome 1, p. 206.

²⁶³ Budget 2018 de la République et canton de Genève, Tome 1, p. 206.

Il en résulte que dans les domaines visés dans le présent chapitre – droit pénal, procédure pénale et droit civil – les compétences sont exclusivement fédérales. La Confédération a obtenu une compétence et l’a épuisée en légiférant : il n’y a donc plus de place pour du droit cantonal. La seule exception concerne, de manière partielle, les installations de vidéo-surveillance.

Dans les lieux publics, les personnes privées ne peuvent exercer que les droits résultant de la légitime défense, de l’état de nécessité et de l’arrestation par des particuliers²⁶⁴. Dans les lieux semi-publics (notamment dans les transports), les droits précités existent aussi ; en outre, le contrat (de transport) ou l’autorisation d’accès (par exemple : billet pour un concert, un match, etc.) donnent des droits supplémentaires (limités) aux personnes privées chargées de la sécurité²⁶⁵.

B. CODE PÉNAL

a) **Introduction**

Les art. 14 à 18 du Code pénal²⁶⁶ règlent la question des actes licites et de la culpabilité. Il s’agit de faits justificatifs légaux. En effet, tout acte n’est (notamment) punissable que s’il est illicite (« *rechtswidrig* »)²⁶⁷.

L’art. 14 CP se rapporte aux actes licites, l’art. 15 CP se rapporte à la légitime défense et l’art. 16 CP à la défense excusable ; l’art. 17 CP vise l’état de nécessité licite et l’art. 18 CP l’état de nécessité excusable.

Selon l’art. 14 CP, « *quiconque agit comme la loi l’ordonne ou l’autorise se comporte de manière licite, même si l’acte est punissable en vertu [du Code pénal] ou d’une autre loi* ». Ainsi, par exemple, des violations de règles de la circulation routière commises par des policiers sont, conformément à l’art. 14 CP et éventuellement à des règles de droit

²⁶⁴ MOHLER (2012), p. 442, §1361.

²⁶⁵ MOHLER (2012), p. 443-443, §1362-1367.

²⁶⁶ Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (CP ; 311.0).

²⁶⁷ Martin KILLIAS / André KUHN / Nathalie DONGOIS, *Précis de droit pénal général*, 4^{ème} éd., Berne 2016, p. 107, §702.

cantonal, licites et partant non punissables dans la mesure où elles ont été commises dans le cadre de l'exercice de tâches de police ainsi que dans le respect du principe de proportionnalité²⁶⁸.

b) La légitime défense

Dans la présente analyse²⁶⁹, la **légitime défense** a une plus grande importance. Selon l'art. 15 CP, « *quiconque, de manière contraire au droit, est attaqué ou menacé d'une attaque imminente a le droit de repousser l'attaque par des moyens proportionnés aux circonstances ; le même droit appartient aux tiers* ». La légitime défense part du principe que celui qui est attaqué de manière contraire au droit peut se défendre sans être trop limité dans le choix des moyens²⁷⁰. En effet, la protection ne peut jamais être assurée de manière absolue par l'Etat, ce qui justifie, de manière exceptionnelle, l'octroi à chaque personne du droit de se défendre contre des tiers²⁷¹.

La légitime défense doit apparaître comme proportionnée selon l'ensemble des circonstances : il faut tenir compte de la gravité de l'atteinte, des biens menacés par l'atteinte et la légitime défense, du type de moyen de défense et de son utilisation effective²⁷².

En cas de légitime défense, l'auteur agit pour préserver un bien juridique quelconque d'un danger imminent et impossible à détourner autrement²⁷³. Le bien à protéger doit être un bien juridique individuel et non pas l'intérêt public²⁷⁴. La proportionnalité de la riposte doit être appréciée non seulement en fonction des biens juridiques en cause, mais aussi

²⁶⁸ ATF 141 IV 417, 423 consid. 3.2.

²⁶⁹ Voir aussi Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 34-36, §3.2.2.

²⁷⁰ Kurt SEELMANN, *Art. 15*, in : Marcel Alexander Niggli / Hans Wiprächtiger (éd.), *Strafrecht I – Art. 1-110 StGB / Jugendstrafrecht (Basler Kommentar)*, 3^{ème} éd., Bâle 2013, p. 339, §1 ad art. 15 CP.

²⁷¹ José HURTADO POZO, *Droit pénal – Partie générale*, Zurich 2008, p. 232, §698.

²⁷² ATF 136 IV 49, 41 consid. 3.2.

²⁷³ KILLIAS / KUHN / DONGOIS (2016), p. 113, §709.

²⁷⁴ KILLIAS / KUHN / DONGOIS (2016), p. 113, §709 ; SEELMANN (Basler Kommentar StGB I 2016), p. 340, §5 ad art. 15 CP. Plus nuancé : HURTADO POZO (2008), p. 236-237, §710-714.

compte tenu de l'intensité de l'attaque²⁷⁵. Il convient d'utiliser le moyen le plus doux parmi les moyens qui mettent fin avec sécurité à l'attaque²⁷⁶.

La légitime défense est « *proportionnée* »²⁷⁷ si l'attaque ne peut pas être détournée avec des moyens moins dangereux, l'auteur a potentiellement été averti et le défenseur a pris les précautions nécessaires pour limiter les dégâts avant d'utiliser les outils dangereux²⁷⁸.

Selon la jurisprudence, il faut faire preuve d'une retenue particulière lors de l'utilisation pour la légitime défense d'instruments dangereux (couteaux, armes à feu), car leur engagement implique toujours des blessures graves, voire mortelles²⁷⁹.

Si l'auteur, en repoussant une attaque, a excédé les limites de la légitime défense, le juge atténue la peine (art. 16, al. 1 CP). Si cet excès provient d'un état excusable d'excitation ou de saisissement causé par l'attaque, l'auteur n'agit pas de manière coupable (art. 16, al. 2 CP).

c) L'état de nécessité

De manière théorique, l'état de nécessité intervient à chaque fois qu'un bien juridique est placé dans une situation de danger pouvant être écartée uniquement par la lésion d'un bien juridique appartenant à autrui. L'exemple classique de la doctrine est le suivant : c'est le cas de celui qui, pour éviter de périr (atteinte à la vie) dans un incendie, détruit la porte de l'immeuble voisin (atteinte au patrimoine)²⁸⁰.

La définition légale est la suivante : « *quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui*

²⁷⁵ KILLIAS / KUHN / DONGOIS (2016), p. 115, §712.

²⁷⁶ ATF 136 IV 49, 52-54 consid. 4.2 ; SEELMANN (Basler Kommentar StGB I 2016), p. 342, §12 ad art. 15 CP.

²⁷⁷ La notion de « moyens proportionnés aux circonstances » figure dans le texte français du Code pénal ; en allemand, le législateur a utilisé « *in einer der Umständen angemessenen Weise* » et, en italien, « *in modo adeguato alle circostanze* ».

²⁷⁸ ATF 136 IV 49, 52 consid. 3.3 (traduction libre).

²⁷⁹ ATF 136 IV 49, 52 consid. 3.3.

²⁸⁰ HURTADO POZO (2016), p. 244, §737. Voir aussi Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 36-37, §3.2.3.

appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants » (art. 17 CP).

L'état de nécessité implique ainsi une pesée des intérêts entre les différents biens²⁸¹. Le bien sacrifié doit être moins précieux que celui qui est préservé et ce sacrifice doit être incontournable²⁸². L'existence d'un danger doit s'examiner *ex ante*²⁸³.

Certains considèrent que la légitime défense, qui a été présentée ci-dessus, était un cas particulier de l'état de nécessité²⁸⁴. Parmi les distinctions entre la légitime défense et l'état de nécessité, la première présuppose une attaque de la part d'une personne humaine²⁸⁵. Par ailleurs, en cas d'état de nécessité, le bien endommagé est celui d'un tiers²⁸⁶.

Si l'auteur commet un acte punissable pour se préserver ou préserver autrui d'un danger imminent et impossible à détourner autrement menaçant la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine ou d'autres biens essentiels, il s'agit d'un **état de nécessité excusable**. Le juge atténue la peine si le sacrifice du bien menacé pouvait être raisonnablement exigé (art. 18, al. 1 CP). L'auteur n'agit pas de manière coupable si le sacrifice du bien menacé ne pouvait être raisonnablement exigé de lui (art. 18, al. 2 CP).

C. « CHACUN DEVIENT SERGENT »

a) **L'arrestation provisoire par des particuliers**

L'art. 218 CPP prévoit, à titre exceptionnel, l'arrestation par des particuliers. Il a pour but d'éviter qu'une personne suspectée d'avoir commis une infraction ne puisse s'échapper lorsque la police n'est pas présente sur les lieux ou qu'elle n'est pas en mesure

²⁸¹ SEELMANN (Basler Kommentar StGB I 2016), p. 347, §1 ad art. 17 CP et p. 348, §9 ad art. 17 CP.

²⁸² KILLIAS / KUHN / DONGOIS (2016), p. 114, §711.

²⁸³ SEELMANN (Basler Kommentar StGB I 2016), p. 347, §1 ad art. 17 CP.

²⁸⁴ HURTADO POZO (2016), p. 246, §741.

²⁸⁵ KILLIAS / KUHN / DONGOIS (2016), p. 115, §712 ; SEELMANN (Basler Kommentar 2013), p. 340, §4 ad art. 15 CP ; HURTADO POZO (2008), p. 232, §699.

²⁸⁶ HURTADO POZO (2016), p. 246, §741.

d'intervenir immédiatement²⁸⁷. L'art. 218 CPP concrétise ainsi un acte licite au sens de l'art. 14 CP²⁸⁸ et permet d'éviter une infraction telle que l'usurpation de fonction (art. 287 CP) ou la séquestration (art. 183, ch. 1 CP)²⁸⁹.

Lorsque l'aide de la police ne peut être obtenue à temps, un particulier a le droit **d'arrêter provisoirement une personne** dans les cas suivants : a) il a surpris cette personne en flagrant délit de **crime ou de délit** ou l'a interceptée immédiatement après un tel acte ; b) la population a été appelée à prêter son concours à la recherche de cette personne (art. 218, al. 1 CPP).

Cette disposition consacre le droit subsidiaire des particuliers par rapport à l'intervention de la police²⁹⁰. Les « *particuliers* » au sens de l'art. 218 CPP comprennent toute personne qui ne fait pas partie de la police : cela comprend donc toute personne privée, y compris les agents de sécurité privés²⁹¹ (qu'ils soient rémunérés ou « volontaires »). Ainsi, le personnel d'entreprises privées de surveillance peut « *tout au plus prévenir, dénoncer, voire intercepter l'auteur d'un crime ou d'un délit* »²⁹². Qu'ils soient mandatés par l'Etat (même avec un contrat de droit public) ou par des privés, les agents de sécurité privés ne disposent donc pas de droits supplémentaires à ceux conférés par l'art. 218 CPP à tout un chacun²⁹³.

²⁸⁷ Alexis SCHMOCKER, *Art. 218*, in : André Kuhn / Yvan Jeanneret (éd.), *Code de procédure pénale (Commentaire romand)*, Bâle 2011, p. 1009, §5 ad art. 218 CPP.

²⁸⁸ Gianfranco ALBERTINI / Thomas ARMBRUSTER, *Art. 218*, in : Marcel Alexander Niggli / Marianne Heer / Hans Wiprächtiger (éd.), *Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 196-457 StPO – Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-54 JStPO (Basler Kommentar)*, 2^{ème} éd., Bâle 2014, p. 1615, §1 ad art. 218 CPP ; Ulrich WEDER, *Art. 218*, in: Andreas Donatsch / Thomas Hansjakob / Viktor Lieber (éd.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2^{ème} éd., Zurich 2014, p. 1234, §2 ad art. 218 CPP.

²⁸⁹ WEDER (Zürcher Kommentar StPO 2014), p. 1234, §2 ad art. 218 CPP.

²⁹⁰ Laurent MOREILLON / Aude PAREIN-REYMOND, *CPP – Code de procédure pénale – Petit commentaire*, 2^{ème} éd., Bâle 2016, p. 697, §1 ad art. CPP.

²⁹¹ MOREILLON / PAREIN-REYMOND (Petit commentaire CPP 2016), p. 697, §4 ad art. 218 CPP ; WEDER (Zürcher Kommentar StPO 2014), p. 1235, §3a ad art. 218 CPP ; ALBERTINI / ARMBRUSTER (Basler Kommentar StPO II 2014), p. 1616, §3 ad art. 218 CPP ; SCHMOCKER (Commentaire romand CPP 2011), p. 1009, §6 ad art. 218 CPP.

²⁹² MOREILLON / PAREIN-REYMOND (Petit Commentaire CPP 2016), p. 698, §6 ad art. 218 CPP.

²⁹³ ALBERTINI / ARMBRUSTER (Basler Kommentar StPO II 2014), p. 1616, §3 ad art. 218 CPP et les nombreuses références citées. Voir aussi : WEDER (Zürcher Kommentar StPO 2014), p. 1235, §3a ad art. 218 CPP ; OBERHOLZER (2012), p. 32, §85-86.

Lors de son intervention, le particulier doit respecter le principe de la proportionnalité²⁹⁴ ; on le déduit notamment du renvoi, par l'art. 218, al. 2 CPP, à l'art. 200 CPP qui prévoit que la force ne peut être utilisée qu'en dernier recours pour exécuter les mesures de contrainte, l'intervention devant être conforme au principe de la proportionnalité.

Le recours à la force admissible en application des principes de proportionnalité et de subsidiarité s'analyse en tenant compte de l'ensemble des circonstances et des relations personnelles de la personne arrêtée, de sa résistance à l'arrestation et de la gravité de l'infraction concernée²⁹⁵.

Le droit d'intervention des particuliers ne s'applique pas aux contraventions, c'est-à-dire par exemple aux infractions patrimoniales de faible valeur (art. 172ter, al. 1 CP)²⁹⁶.

Après l'interpellation, la personne arrêtée doit être remise à la police dès que possible ; le citoyen n'est pas autorisé à procéder à des actes d'enquête ou à des interrogatoires²⁹⁷.

b) Le droit du domicile (« Hausrecht »)

La doctrine alémanique utilise la terminologie de « *Hausrecht* » (littéralement, droit du domicile) pour définir un cumul de dispositions légales qui permettent à une personne privée de prévoir des contrôles d'accès, de surveiller un bien, voire de disposer de la force en certaines circonstances²⁹⁸.

Le droit du domicile résulte des art. 13 Cst., 28 CC et 186 CP²⁹⁹. L'art. 13, al. 1 Cst. prévoit la protection de la vie privée, de la vie familiale, du domicile, de la correspondance et des relations établies par la poste et les télécommunications. L'art. 28

²⁹⁴ MOREILLON / PAREIN-REYMOND (Petit Commentaire CPP 2016), p. 698, §8 ad art. 218 CPP. ; WEDER (Zürcher Kommentar StPO 2014), p. 1236, §14 ad art. 218 CPP ; ALBERTINI / ARMBRUSTER (Basler Kommentar StPO II 2014), p. 1616, §4 ad art. 218 CPP.

²⁹⁵ WEDER (Zürcher Kommentar StPO 2014), p. 1237, §15 ad art. 218 CPP.

²⁹⁶ Niklaus SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar*, 2^{ème} éd., Zurich 2013, p. 390, §2 ad art. 218 CPP ; ALBERTINI / ARMBRUSTER (Basler Kommentar StPO II 2014), p. 1615, §2 ad art. 218 CPP.

²⁹⁷ SCHMOCKER (Commentaire romand 2011), p. 1011, §14 ad art. 219 CPP.

²⁹⁸ Voir notamment Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 39, §3.4.2.

²⁹⁹ ALBERTINI / ARMBRUSTER (Basler Kommentar StPO II 2014), p. 1616, Note de bas de page 9 ad art. 218 CPP.

CC protège la personnalité. L'art. 186 CP érige la violation de domicile en infraction pénale.

En 2005, dans son rapport sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées³⁰⁰, le Conseil fédéral lui-même expliquait que :

« Il incombe finalement à l'Etat d'imposer l'ordre public et la sécurité en raison de son monopole de la puissance publique, même dans les espaces purement privés, si l'on fait abstraction des droits de défense privés étroitement limités, tels que la légitime défense, l'état de nécessité et l'assistance à un tiers [...]. Toujours est-il que l'ordre constitutionnel autorise en l'occurrence une gestion privée limitée de la sécurité, qui se fonde sur le principe de la responsabilité propre, reconnu par la Constitution aux titres de la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.) et de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.). Au-delà des droits de défense privés, c'est avant tout le droit du domicile, étayé par le droit au respect du domicile fixé à l'art. 13, al. 1 Cst. et garanti par toutes les constitutions cantonales, qui détermine l'étendue des activités de sécurité privées autorisées »³⁰¹.

Dans les travaux préparatoires relatif à un concordat (pas en vigueur³⁰²) sur les prestations de sécurité effectuées par des personnes privées, la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) a expliqué que :

« Une personne qui détient le pouvoir de disposition sur une maison ou un local, peut, dans le cadre de l'exercice de son droit de domicile, également recourir à la force, mais dans certaines limites uniquement. Le droit de domicile, qui est régi par l'art. 13, al. 1, Cst., l'art. 28 CC, l'art. 186 CP et par des dispositions cantonales, permet à son titulaire de décider qui peut accéder à certains locaux. Ce dernier peut édicter un règlement intérieur et prendre des mesures d'interdiction d'accès ou d'expulsion en cas de violation dudit règlement. Si le visiteur ne respecte pas ces mesures, il peut être mis de force à la porte en toute légalité »³⁰³.

La CCDJP considère ensuite que le droit des particuliers de recourir à la force peut être étendu de deux manières : d'une part, par un accord tacite ou exprès, notamment lors de l'achat d'un billet pour une manifestation sportive ou musicale ; d'autre part, quand « des

³⁰⁰ FF 2006 p. 631-692.

³⁰¹ FF 2006 p. 655-656, §4.2.2.

³⁰² Voir communiqué de presse de la CCDJP du 22 décembre 2016 « *Le concordat sur les prestations de sécurité effectuées par des personnes privées n'entrera pas en vigueur le 1^{er} janvier 2017 comme prévu* », disponible sur https://www.kkjpd.ch/files/Dokumente/Themen/KUePS/1482391864-161222_Medienmitteilung_KUePS_f.pdf (consulté le 7 février 2018)

³⁰³ CCDJP, Commentaire du concordat du 12 novembre 2010 sur les prestations de sécurité effectuées par des personnes privées, ad art. 10, p. 7, 2^{ème} paragraphe, disponible sur https://www.kkjpd.ch/files/Dokumente/Themen/KUePS/1412145863-101112_Erlaeuterungen_Konkordat_Sicherheitsdienstleistungen_f.pdf (consulté le 7 février 2018).

particuliers peuvent – dans le respect du monopole de la puissance publique – obtenir des autorisations spéciales de recourir à la force dans le cadre d’une délégation de pouvoir par l’Etat »³⁰⁴. La CCDJP donne ensuite comme exemple l’art. 67, al. 3 OSR³⁰⁵, qui vise la situation où un patrouilleur scolaire ou un service de circulation privé règle la circulation.

Cette possibilité (réglementaire) de l’extension du recours à la force présentée par la CCDJP nous semble très problématique. Tout d’abord, une norme secondaire – telle une ordonnance – ne saurait permettre (art. 36, al. 1 Cst. *a contrario*) de porter une atteinte grave à des droits fondamentaux, tels que la liberté de mouvement, composante de la liberté personnelle (art. 10, al. 2 Cst.). Ensuite, régler la circulation, distribuer des amendes de stationnement ou immobiliser des véhicules en stationnement gênant³⁰⁶ sont des mesures bien moins incisives que le recours à la force contre un individu, son arrestation provisoire, voire l’usage d’une arme à feu ou d’un couteau pour maîtriser un individu dangereux.

Selon nous, le seul concept de « *Hausrecht* » ne suffit pas à élargir les droits accordés aux personnes privées et morales par les dispositions légales déjà présentées. Il convient au contraire d’interpréter chaque disposition pour elle-même : l’art. 13, al. 1 Cst. consacre certes la protection constitutionnelle du domicile. Comme déjà dit, les droits fondamentaux sont en premier lieu dirigés contre l’Etat. L’effet horizontal direct (art. 35, al. 3 Cst.) des droits fondamentaux est limité. Si l’art. 13, al. 1 Cst. permet de renforcer et de confirmer l’importance des règles de droit privé et de droit pénal en matière de domicile, il nous paraît excessif d’en tirer – sur la seule base constitutionnelle – des droits supplémentaires. L’art. 28 CC (protection de la personnalité) et ses déclinaisons procédurales – action (préventive) en interdiction, action en cessation et action en constatation (art. 28a, al. 1 CC) – consacrent assurément des droits importants en pratique, qui peuvent aussi être invoqués pour protéger un domicile ou un lieu dont on est propriétaire : celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe. Face aux menaces graves, sa mise en

³⁰⁴ Ibidem, 5^{ème} paragraphe.

³⁰⁵ Ordonnance (fédérale) sur la signalisation routière, du 5 septembre 1979 (OSR ; 741.21).

³⁰⁶ Autre exemple cité par la CCDJP, mais sans aucune base normative.

œuvre sera cependant trop lente. L'art. 28 CC doit au contraire plutôt être pris en considération pour justifier – par le motif de l'intérêt prépondérant privé ou public (al. 2) – des mesures (de sécurité) qui pourraient, en théorie et dans l'abstrait, porter atteinte à la personnalité de tiers. Autrement dit, l'art. 28 CC ne permet pas de fonder directement une mesure de protection, mais indirectement de la rendre admissible, en empêchant une personne potentiellement visée par celle-ci (par exemple : personne fouillée ou filmée) de s'en prévaloir avec succès. S'agissant enfin de l'art. 186 CP, qui réprime pénalement la violation de domicile, cet article en lui-même ne confère pas non plus un droit spécifique à la personne victime d'une atteinte à son domicile : en revanche, ce sont les articles déjà analysés sur la légitime défense (art. 15 CP) ou l'arrestation provisoire (art. 218 CPP), ainsi que l'action possessoire (art. 926 CC), qui donnent des droits aux personnes concernées en cas d'infraction à leur bien protégé par l'art. 186 CP.

D'ailleurs, comme le reconnaissent le Conseil fédéral et HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER, même dans des locaux privés, la mise en œuvre de la sécurité publique revient à l'Etat et à la police³⁰⁷. Même le rapport du Conseil fédéral cité ci-dessus³⁰⁸ n'est pas très explicite sur ce que recouvre concrètement le « *Hausrecht* » et ce qu'il permet en plus des autres dispositions légales.

D. VIDÉOSURVEILLANCE

Le droit de la protection des données est composé de normes internationales³⁰⁹, fédérales et cantonales. De manière simplifiée, les normes de la Confédération concernent les autorités fédérales et les personnes privées ; les normes cantonales concernent les autorités cantonales (et communales).

Même si les principes fondamentaux sont identiques, la délimitation précise des règles de droit fédéral (LPD³¹⁰ – pour les privés et les entités fédérales) et de droit cantonal

³⁰⁷ FF 2006 p. 655 ; Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 41, §3.4.4.

³⁰⁸ FF 2006 p. 656.

³⁰⁹ Voir notamment la Convention (108) pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, conclue à Strasbourg le 28 janvier 1981 et entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1998 (0.235.1).

³¹⁰ Loi fédérale sur la protection des données, du 19 juin 1992 (LPD ; 235.1).

(LIPAD³¹¹ – pour les collectivités publiques cantonales et communales) peut être compliquée lorsque les caméras d'entités privées visent un but de sécurité publique et filment aussi du domaine public³¹².

a) Droit fédéral

La loi fédérale sur la protection des données, qui concrétise notamment les art. 10 al. 2 et 13 Cst.³¹³, régit le traitement de données concernant des personnes physiques et morales effectué par des personnes **privées** (art. 2, al. 1, lettre a LPD) et par des organes fédéraux (art. 2, al. 2, lettre b LPD). Le 15 septembre 2017, le Conseil fédéral a présenté son message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales³¹⁴.

L'enregistrement par vidéosurveillance³¹⁵ constitue un « *traitement* » (art. 3, lettre e LPD) de « *données personnelles* » (art. 3, lettre a LPD)³¹⁶; la doctrine distingue l'enregistrement (toujours soumis à la LPD) et le simple visionnement à distance, sans enregistrement³¹⁷. Pour certains auteurs, le simple visionnement à distance

³¹¹ Loi (genevoise) sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001 (LIPAD ; A 2 08).

³¹² Voir par exemple les recommandations (avec des exceptions) du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence : <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/technologien/videoueberwachung/videosurveillance-de-lespace-public-effectuee-par-des-particulie.html> (consulté le 26 janvier 2018).

³¹³ Bruno BAERISWYL, *Vorbemerkungen zu Art. 1-3*, in: Bruno Baeriswyl / Kurt Pärli (éd.), *Datenschutzgesetz (DSG), Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992*, Berne 2016, p. 6, §1 ad Vorbemerkungen zu Art. 1-3.

³¹⁴ Objet 17.059 ; FF 2017 p. 6565-6802 (message) et p. 6803-6884 (projet de loi).

³¹⁵ Le 28 septembre 2007, le Conseil fédéral a approuvé le rapport de septembre 2007 du département fédéral de justice et police intitulé « Vidéosurveillance exercée en vue d'assurer la sécurité dans les gares, les aéroports et les autres espaces publics ». Ce document – qui date désormais – présentait la situation et les bases légales de 2007 pour différents lieux qualifiés de publics. Il est disponible sur https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/aktuell/news/2007/2007-09-28/070926_bericht_videoueberwachungpublf.pdf (consulté le 8 février 2018).

³¹⁶ Urs MAURER-LAMBROU / Andrea STEINER, *Art. 4 LPD*, in: Urs Maurer-Lambrou / Gabor P. Blechta (éd.), *Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz (Basler Kommentar)*, 3^{ème} éd., Bâle 2014, p. 139, §37 ad art. 4 LPA ; Eva Maria BELSER / Astrid EPINEY / Bernhard WALDMANN, *Datenschutzrecht – Grundlagen und öffentliches Recht*, Berne 2011, p. 719, §12.112.

³¹⁷ MAURER-LAMBROU / STEINER (Basler Kommentar DSG 2014), p. 139, §37a ad art. 4 LPD; BELSER / EPINEY / WALDMANN (2011), p. 719, §12.112.

(« prolongement de l'œil ») n'est pas soumis à la LPD³¹⁸, alors que pour d'autres, il est soumis à la LPD et autorisé³¹⁹.

L'art. 4 LPD fixe les principes de base en matière de protection des données : tout traitement de données doit être licite (al. 1) ; il doit être effectué conformément aux principes de la **bonne foi** et de la **proportionnalité** (al. 2). La collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être **reconnaissables** pour la personne concernée (al. 4). Cette transparence dans le traitement des données est un aspect essentiel de la protection des données³²⁰. Les caméras doivent ainsi être visibles des personnes observées ; à défaut, il faut signaler que la vidéosurveillance est mise en œuvre³²¹.

Le Préposé fédéral à la protection des données a émis différentes recommandations ou conseils en la matière³²², lesquels divergent quelque peu entre eux. L'espace sous surveillance doit être limité aux biens-fonds dont on est propriétaire ; ni les biens-fonds voisins, ni l'espace public ne doivent y être compris ; à titre d'exception, la surveillance de l'espace public par des particuliers est admise lorsque les proportions d'espace public sont petites et que la surveillance du terrain privé ne peut se faire par d'autres moyens³²³. L'exploitation d'une installation de vidéosurveillance doit être justifiée ; elle doit aussi respecter les principes de proportionnalité et de l'adéquation : cela signifie notamment que seules les données indispensables peuvent être recueillies et que les images doivent être effacées dès qu'elles ne sont plus nécessaires³²⁴. Enfin, elle doit être transparente, c'est-à-

³¹⁸ BELSER / EPINEY / WALDMANN (2011), p. 719, §12.112.

³¹⁹ MAURER-LAMBROU / STEINER (Basler Kommentar DSG 2014), p. 140, §37b ad art. 4 LPD.

³²⁰ BAERISWYL (Stämpflis Handkommentar 2016), p. 60, §48 ad art. 4 LPD.

³²¹ MAURER-LAMBROU / STEINER (Basler Kommentar DSG 2014), p. 140, §38 ad art. 4 LPD.

³²² <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/technologien/videoueberwachung/videosurveillance-de-lespace-public-effectuee-par-des-particulie.html> et <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/technologien/videoueberwachung/videosurveillance-effectuee-par-des-particuliers.html> et <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/dokumentation/feuillesthematiques/videosurveillance-effectuee-par-des-particuliers.html> (consulté le 8 février 2018).

³²³ <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/technologien/videoueberwachung/videosurveillance-de-lespace-public-effectuee-par-des-particulie.html>

³²⁴ Voir aussi, par exemple : David ROSENTHAL, *Art. 4 LPD*, in : David Rosenthal / Yvonne JÖHRI, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zurich 2008, p. 86, §27 ad Art. 4 LPAD.

dire que les personnes affectées doivent être informées qu'elles sont filmées avant de pénétrer dans le champ de la caméra.

En l'espèce, cela signifie que la vidéosurveillance par des privés dans un but de sécurité est admise dans le respect du principe de proportionnalité : limitation du champ de surveillance à ce qui est indispensable (la surveillance du domaine public étant admise à titre accessoire), limitation de la durée de conservation des images et signalisation du principe de la vidéosurveillance. Des caméras de surveillance peuvent donc être installées par une communauté religieuse pour la protection de ses bâtiments et édifices religieux, même si une partie d'espace public est balayée par la caméra.

b) Droit cantonal genevois

La LIPAD genevoise s'applique aux institutions publiques³²⁵. Elle ne s'applique pas au traitement de données personnelles par des personnes physiques ou morales de droit privé (art. 3, al. 4 LIPAD).

Les conditions de la vidéosurveillance figurent dans deux longues dispositions (art. 42 LIPAD et art. 16 RIPAD³²⁶). En substance, la vidéosurveillance est notamment admise si elle est « *propre et nécessaire à garantir la sécurité des personnes et des biens se trouvant dans ou à proximité immédiate de lieux publics ou affectés à l'activité d'institutions publiques [...]* » (art. 42, al. 1, lettre a LIPAD). Pour concrétiser le principe constitutionnel de la proportionnalité, la loi précise expressément que le système doit être signalé (art. 42, al. 1, lettre b LIPAD), son champ de surveillance limité au périmètre nécessaire (art. 42, al. 1, lettre c LIPAD) et l'enregistrement de données résultant de la surveillance détruit dans un délai de 7 jours (art. 42, al. 2 LIPAD). Ce délai est évidemment prolongé en cas de procédure pénale (art. 42, al. 2 *in fine* LIPAD).

³²⁵ Cela concerne : a) les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux, ainsi que leurs administrations et les commissions qui en dépendent ; b) les communes, ainsi que leurs administrations et les commissions qui en dépendent ; c) les établissements et corporations de droit public cantonaux et communaux, ainsi que leurs administrations et les commissions qui en dépendent ; d) les groupements formés d'institutions visées aux lettres a à c (art. 3, al. 1 LIPAD).

³²⁶ Règlement (genevois) d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 21 décembre 2011 (RIPAD ; A 2 08.01).

Le règlement impose au Conseil d'Etat de planifier la vidéosurveillance sur le domaine public (art. 16, al. 1 RIPAD). La police cantonale tient et met à jour un inventaire et une cartographie des systèmes de vidéosurveillance installés par les institutions publiques dont le champ de surveillance porte sur le domaine public (art. 16, al. 5 RIPAD). La délégation à un tiers de l'exploitation d'un système de surveillance est soumise à des conditions légales (art. 42 LIPAD) et réglementaires strictes (art. 16, al. 9 RIPAD).

La base légale est récente, puisque la LIPAD n'a été modifiée par la loi 9870 que le 9 octobre 2008, avec entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010. Sur un plan législatif, le Conseil d'Etat a estimé préférable de concrétiser les grands principes relatifs à la vidéosurveillance, sans entrer dans un degré de détail trop élevé³²⁷. L'art. 42, al. 1, lettre a LIPAD (correspondant à l'art. 12, al. 1, lettre a P-LPDP) pose l'exigence de la finalité de la vidéosurveillance : celle-ci est décrite comme visant principalement à garantir la sécurité des personnes et des biens par le biais d'un effet préventif³²⁸. Dans son exposé des motifs, le Conseil d'Etat a confirmé que l'utilisation de caméras de vidéosurveillance par des personnes privées est soumise au droit fédéral³²⁹.

En matière de sécurité, il existe encore des règles concernant la vidéosurveillance dans des normes relatives à la police. Les postes de police et les locaux de la police judiciaire sont équipés de caméras, à l'exception des locaux utilisés exclusivement par le personnel de police (art. 61 LPol). La police met en place et exploite un dispositif de vidéosurveillance (art. 18 ROPol). Les autres dispositions y relatives (art. 19 et 20 ROPol) concernent surtout les restrictions liées au personnel de la police. Les règles de la LPol et du ROPol ne concernent donc pas la vidéosurveillance sur le domaine public.

c) Synthèse

Par conséquent, la vidéosurveillance privée – même si elle surveille aussi une partie du domaine public – n'est pas soumise au droit cantonal genevois, mais seulement au droit fédéral. A l'inverse, la vidéosurveillance publique, en raison de la teneur restrictive de

³²⁷ PL 9870, p. 60.

³²⁸ PL 9870, p. 62.

³²⁹ Voir aussi PL 9870, p. 59.

l'art. 42, al. 1, lettre a LIPAD, ne vise que la sécurité des personnes et des biens « à proximité immédiate de lieux publics ou affectés à l'activité d'institutions publiques ». Les lieux de culte ne sont pas des institutions publiques ; vu le champ d'application limité de la LIPAD, il est douteux qu'il s'agisse de « lieux publics »³³⁰. La teneur actuelle de la LIPAD ne permet donc pas à l'Etat, à supposer qu'il le souhaite, d'installer un système de vidéosurveillance pour protéger des « lieux privés ». La LIPAD ne se prononce pas sur les lieux semi-publics et contient donc une lacune à ce sujet ; dès lors cependant qu'il y a de l'espace public autour des lieux de culte privés, cela signifie qu'une surveillance peut-être possible. Autrement dit, l'Etat ne peut pas installer une caméra dans la synagogue (lieu privé), mais devant la synagogue, sur le domaine public.

L'installation des caméras de vidéosurveillance pour surveiller l'espace public devant un bâtiment religieux est-elle compatible avec la liberté religieuse ? Dans cette hypothèse, il s'agit d'une atteinte à la liberté religieuse des personnes fréquentant le lieu de culte, puisque l'Etat peut savoir qui s'y rend. Il s'agit probablement d'une atteinte légère, de sorte qu'une base légale matérielle (réglementaire) suffirait (art. 36, al. 1 Cst.) : en tout état, l'art. 42 LIPAD est une base légale formelle ; la sécurité publique est un intérêt digne de protection (art. 36, al. 2 Cst.). Tout se jouerait donc, à nouveau, sur la proportionnalité (art. 36, al. 3 Cst.)³³¹ et ses trois sous-principes : l'aptitude est assurément remplie, puisque des caméras de surveillance permettent de renforcer la surveillance ; la nécessité implique que la mesure ne soit pas trop incisive, la réponse dépendant donc des modalités concrètes d'installation, de consultation et de sauvegarde des enregistrements vidéo. La pesée des intérêts consisterait enfin à mettre en balance la liberté religieuse des uns (à ce que l'Etat ne sache pas qu'ils se rendent à la synagogue) et la liberté religieuse des autres (à protéger l'espace public devant la synagogue).

³³⁰ L'exposé des motifs du PL 9870 (p. 58) ne définit pas les « lieux publics » ; il indique indirectement que la vidéosurveillance vise à assurer la sécurité à l'intérieur et aux abords des bâtiments où les collectivités publiques exercent leurs activités.

³³¹ Voir aussi, *mutatis mutandis*, s'agissant du droit fédéral: JÖHRI (Handkommentar DSG 2008), p. 481, §43 ad art. 17 LPD.

E. ACTION POSSESSOIRE

Si la possession fait l'objet d'actes d'usurpation ou de trouble, il importe que l'état antérieur puisse être rétabli rapidement. Le législateur met à la disposition du possesseur deux types de moyens : d'une part, **le possesseur est en droit de s'opposer lui-même (acte de justice propre) à toute atteinte portée à la possession** ; d'autre part, le possesseur peut recourir au juge³³² (réintégrande, selon l'art. 927 CC, et action en raison du trouble, selon l'art. 928 CC)³³³.

L'art. 926, al. 1 CC prévoit ainsi que « *le possesseur a le droit de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble* ». Le droit de défense (ou la « *légitime défense* »³³⁴) appartient en principe à tout possesseur d'une chose – tant mobilière qu'immobilière –, d'un animal ou d'un droit³³⁵. Le droit de défense est dirigé contre l'auteur de l'acte d'usurpation ou de trouble³³⁶. Il faut qu'il y ait un acte d'usurpation ou de trouble qui soit illicite³³⁷ : toute entrave à l'exercice de la possession qui n'entraîne pas une dépossession constitue un trouble de la possession³³⁸. Il doit y avoir une proximité temporelle entre l'atteinte et le droit de la repousser³³⁹ ; l'écoulement du temps sans réaction peut laisser croire au consentement.

Le droit de défense peut prendre deux formes : **le droit de repousser l'atteinte** (art. 926, al. 1 CC) et le droit de reprendre aussitôt la chose (art. 926, al. 2 CC). Selon la doctrine, « *l'art. 926, al. 1 [CC] est un cas d'application de l'art. 52, al. 1 CO*³⁴⁰ ; il autorise le

³³² Pour quelques règles procédurales, voir Wolfgang ERNST, *Vorbemerkungen zu Art. 926-929*, in : Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Thomas Geiser (éd.), *Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB (Basler Kommentar)*, 5^{ème} éd., Bâle 2015, §35a-60 ad Vorbemerkungen zu Art. 926-929.

³³³ Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels, Tome I – Introduction à l'étude des droits réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété, Propriété par étages*, 5^{ème} éd., Berne 2012, p. 128-129, §314.

³³⁴ Jörg SCHMID / Bettina HÜRLIMANN-KAUP, *Sachenrecht*, 5^{ème} éd., Zurich 2017, p. 49, §226.

³³⁵ STEINAUER (2012), vol. I, p. 130, §317 ; SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP (2017), p. 50-51, §214.

³³⁶ STEINAUER (2012), vol. I, p. 130, §319 ; SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP (2017), p. 51, §214ac.

³³⁷ ERNST (Basler Kommentar ZGB II 2015), p. 2350, §3 ad art. 926 CC ; STEINAUER (2012), vol. I, p. 131, §320 ; SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP (2017), p. 52-53, §216-221.

³³⁸ STEINAUER (2012), vol. I, p. 131, §323.

³³⁹ ERNST (Basler Kommentar ZGB II 2015), p. 2351, §4 ad art. 926 CC.

³⁴⁰ Art. 52, al. 1 CO : « *En cas de légitime défense, il n'est pas dû de réparation pour le dommage causé à la personne ou aux biens de l'agresseur* ».

possesseur à repousser par la force tout acte de trouble de sa possession, ainsi que toute tentative d'usurpation [...]. Peu importe que l'atteinte ait causé un dommage ou non, qu'elle soit fautive ou non. Le recours à la force n'est toutefois légitime que s'il est nécessaire et, dans l'affirmative, s'il en est fait un usage proportionné aux circonstances (art. 926, al. 3 [CC] »³⁴¹.

Le droit de justice propre représente ainsi une exception par rapport à la situation normale prévue par l'ordre juridique³⁴².

VII. DELEGATION DE TACHES DE SECURITE A DES TIERS

A. CONCORDAT SUR LES ENTREPRISES DE SÉCURITÉ

Dans les cantons romands, l'activité des entreprises de sécurité et de leurs agents est régie par le Concordat sur les entreprises de sécurité (CES) du 18 octobre 1996³⁴³, entré en vigueur pour le canton de Genève le 1^{er} mai 2000. Le but de ce Concordat est de soumettre à autorisation l'exploitation de toute entreprise de sécurité dont l'activité s'exerce dans un ou plusieurs cantons concordataires et d'assurer la validité intercantonale des autorisations accordées en application du Concordat.

Le Concordat ne décrit que succinctement l'activité que peuvent exercer les entreprises de sécurité. Il résulte ainsi de l'art. 4 CES que cette activité, exercée sous contrat de mandat, soit par du personnel, soit au moyen d'installations techniques (notamment centrales d'alarme) peut consister en :

- a. la surveillance ou la garde de biens mobiliers ou immobiliers ;*
- b. la protection des personnes ;*
- c. le transport de sécurité de biens ou de valeurs ».*

³⁴¹ STEINAUER (2012), vol. I, p. 135, §332 et 333.

³⁴² ERNST (Basler Kommentar ZGB II 2015), p. 2350, §2 ad art. 926 CC; SCHMID / HÜRLIMANN-KAUP (2017), p. 55, §229.

³⁴³ Concordat sur les entreprises de sécurité, du 18 octobre 1996 (CES ; I 2 14).

Le même article 4 CES précise que les activités précitées peuvent s'exercer aussi bien sur le domaine public que sur le domaine privé.

Sur le domaine public, l'activité des entreprises de sécurité n'est toutefois autorisée que de manière très restrictive, puisque « *à l'exception des armes légères utilisées pour assurer les transports de sécurité, lesquelles doivent rester dans le véhicule, les armes sont portées de manière non-apparente sur la voie publique ou dans d'autres lieux ouverts au public* » (art. 21, al. 2 CES).

L'art. 15, al. 2 CES précise encore que « *le recours à la force doit être limité à la légitime défense et à l'état de nécessité* »³⁴⁴. La réserve de la législation fédérale contenue à l'art. 3 CES implique toutefois qu'à l'instar de tout particulier, un agent de sécurité a le droit d'arrêter provisoirement une personne qu'il surprend en flagrant délit de crime ou de délit (art. 218 CPP).

Il résulte *a contrario* du CES qu'un agent de sécurité ne peut ni se voir confier des tâches de maintien de l'ordre, ni des tâches de prévention des infractions, telles que les contrôles d'identité, la fouille des personnes ou la rétention policière, celles-ci étant réservées à la Police cantonale en vertu d'un droit cantonal genevois extrêmement restrictif en ce qui concerne la délégation de tâches de sécurité à des tiers.

B. DÉLÉGATION DES TÂCHES DE SÉCURITÉ SELON LE DROIT GENEVOIS

A teneur de l'art. 112 Cst-GE, « *le Conseil d'Etat est responsable de la sécurité et de l'ordre public. Il ne peut employer à cet effet que des corps organisés par la Loi (al. 1). Il peut solliciter l'appui de l'armée, d'autres services fédéraux ou d'autres cantons à des fins civiles (al. 2)* ».

L'art. 183 Cst-GE charge l'Etat d'assurer la sécurité et l'ordre public. L'art. 184 Cst-GE confère au canton le monopole de la force publique. Ce monopole est exercé par la Police

³⁴⁴ Confirmé par le Conseil fédéral dans son rapport de 2005 : FF 2006 p. 672.

cantonale. La même disposition précise encore que seuls les pouvoirs de police limités peuvent être délégués au personnel qualifié des communes (al. 2).

A la différence d'autres cantons suisses, il n'existe dès lors pas à Genève de police municipale armée³⁴⁵, jouissant de compétences concurrentes à celles de la police cantonale. En d'autres termes, la Police municipale n'exerce à Genève que des pouvoirs d'autorité restreints, qui lui sont délégués par l'Etat (art. 1 et 2 LAPM)³⁴⁶.

La délégation de tâches de sécurité par la Police cantonale à des entreprises de sécurité est définie encore plus restrictivement par la Loi sur la police. A teneur de son art. 19, al. 4 LPol, la Police ne peut en effet « conclure des contrats de mandat auprès d'entreprises spécialisées pour effectuer des tâches spécifiques ou techniques » qu'« à titre exceptionnel et pour une durée limitée ».

La formulation extrêmement restrictive de la possibilité de délégation de tâches de sécurité par la police à des tiers retenue par le Grand Conseil dans la LPol du 9 septembre 2014 est significative des polémiques qui ont entouré la délégation à des entreprises de sécurité du convoyage des détenus³⁴⁷. Elle se distingue des possibilités de délégation plus large retenues par la législation d'autres cantons, décrites par les auteurs des avis de droit sollicités dans les cantons de Zurich³⁴⁸, de Berne³⁴⁹ et de Bâle³⁵⁰. Il ne faut pas confondre bien entendu les tâches pouvant être déléguées à des entreprises spécialisées par la police elle-même avec les mandats donnés le cas échéant à des entreprises de sécurité par les Communautés juives.

Par souci d'exhaustivité, il convient encore de rappeler que la nouvelle LPol a institué la fonction d'« assistants de sécurité publique » (art. 19, al. 1, lettre b LPol ; art. 31 à 36

³⁴⁵ Art. 2, al. 2 LAPM : « [Les agents de la police municipale] ne sont pas armés, mais équipés de moyens de défense adéquats ».

³⁴⁶ Voir aussi art. 184, al. 2 Cst-GE : « La loi règle la délégation de pouvoirs de police limités au personnel qualifié des communes ».

³⁴⁷ Voir notamment les débats en lien avec la loi 11662 sur le convoyage et le transport des détenus, du 24 février 2017, que le Conseil d'Etat a refusé (art. 109, al. 5 Cst-GE) de promulguer (RD 1198 / PL 11662-C du 11 octobre 2017).

³⁴⁸ Avis de droit NOTTER (partie 2), pages 14-16 ; Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 61-62, §4.4.4.b.

³⁴⁹ Avis de droit MÜLLER / GROSSENBACHER (2017), p. 17-18.

³⁵⁰ Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 47-65, §4.

RGPPol³⁵¹), lesquels se répartissent en 4 catégories, dont 2 sont armées (art. 31 RGPPol), et auxquels sont confiées des tâches liées au maintien de l'ordre et de la sécurité publique.

VIII. COUVERTURE DES COÛTS ET SUBVENTIONNEMENT

A. EN GÉNÉRAL

Il s'agit dans ce chapitre de déterminer si et dans quelle mesure les Communautés juives peuvent prétendre à un soutien financier de l'Etat de Genève pour les mesures de sécurité qu'elles prennent pour protéger leurs membres et leurs bâtiments. Pour ce qui est de la Confédération, Markus NOTTER a déjà constaté dans son avis de droit qu'il n'existait pas de base légale pour l'octroi d'un soutien financier fédéral³⁵².

Selon la jurisprudence et la doctrine, rappelées par HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER dans l'avis de droit concernant Bâle³⁵³, le principe de la légalité s'applique non seulement à l'administration d'autorité, dans le domaine des contributions publiques ou des restrictions aux droits fondamentaux, mais également à l'administration de prestations³⁵⁴. Dans ce dernier domaine, le rang de la norme et son degré de précision dépendent cependant du genre de prestations : *« pour les prestations sociales régulières et renouvelables et pour certaines subventions, où le respect du principe de la légalité doit garantir l'égalité de traitement et l'objectivité des critères d'attribution, il est en tout cas nécessaire, au risque de violer le principe de la séparation des pouvoirs, de définir dans la loi les lignes fondamentales de l'intervention de l'Etat. Il en va ainsi du cercle des bénéficiaires, de la manière de fixer la prestation et des conditions de son octroi. En revanche, les modalités concrètes des prestations peuvent figurer dans une ordonnance »*³⁵⁵.

³⁵¹ Règlement général sur le personnel de la police, du 16 mars 2016 (RGPPol ; F 1 05.07).

³⁵² Avis de droit NOTTER (partie 1), page 22 notamment.

³⁵³ Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 84, §6.1.1 et les références citées.

³⁵⁴ ATF 130 I 1, 5 consid. 3.1 ; ATF 103 Ia 369, 380-384 consid. 5-6.

³⁵⁵ ATF 134 I 313, 318 consid. 5.4, avec références.

A contrario, la jurisprudence admet, malgré les critiques de la doctrine, que pour des subventions casuelles, non renouvelables, des normes constitutionnelles ou légales plus générales, définissant les tâches ou les missions de l'Etat, peuvent s'avérer suffisantes.

Le principe de la légalité est également ancré dans le droit genevois.

L'art. 9, al. 2 Cst-GE rappelle de manière générale que « *l'activité publique se fonde sur le droit et répond à un intérêt public. Elle est proportionnée au but visé* ».

La loi sur les indemnités et les aides financières³⁵⁶ précise en son art. 5, al. 2 LIAF que « *l'octroi des indemnités et des aides financières doit répondre aux principes de la légalité, de l'opportunité et de la subsidiarité* ».

L'art. 6 LIAF met en œuvre comme suit le principe de la légalité :

« Art. 6 Légalité

1 La base légale mentionne les conditions de l'octroi, notamment le but, la nature, la durée et le montant des indemnités et des aides financières cantonales.

2 En dérogation à l'alinéa 1, les aides financières uniques, égales ou inférieures à 200'000 F ou annuelles, du même montant, et dont la durée d'octroi ne dépasse pas 4 ans peuvent être accordées par le Conseil d'Etat par voie d'arrêté.

3 En dérogation à l'alinéa 2, les aides financières uniques, égales ou inférieures à 20'000 F peuvent être accordées par le département concerné par voie de décision ».

Le soutien financier auquel pourraient le cas échéant prétendre les Communautés juives se définit *a priori* comme une « *aide financière* » à teneur de la LIAF.

Selon l'art. 2, al. 2 LIAF, sont en effet « *des aides financières les avantages pécuniaires ou monnayables accordées à des bénéficiaires étrangers à l'administration cantonale aux fins d'assurer ou de promouvoir la réalisation de tâches d'intérêt public que l'allocataire s'est librement décidé d'assumer* ».

En droit genevois, les aides financières « *sont toujours octroyées pour une durée limitée, sans toutefois dépasser quatre ans. Elles peuvent être renouvelées* » (art. 2, al. 3 LIAF).

³⁵⁶ Loi (genevoise) sur les indemnités et les aides financières, du 15 décembre 2005 (LIAF ; D 1 11).

L'art. 5, al. 3 LIAF précise encore que « *sauf exception contenue dans une loi spéciale, la présente loi ne donne aucun droit à une aide financière cantonale* ». L'art. 9 LIAF rappelle de manière redondante cette absence de droit aux aides financières.

S'agissant des conditions d'octroi d'une indemnité ou d'une aide financière, l'art. 10 LIAF rappelle tout d'abord l'exigence d'une base légale. Quant à l'art. 11 LIAF, il soumet l'octroi d'une aide financière à la conclusion d'un contrat de droit public ou à une décision. Son alinéa 4 précise comme suit la procédure :

« Art. 11 Contrat de droit public, décision, instances compétentes et procédure

[...]

4 Lorsqu'une indemnité ou une aide financière fait l'objet d'un contrat de droit public, il est adopté par le Conseil d'Etat et annexé au projet de loi soumis au Grand Conseil. L'adoption de la loi par le Grand Conseil porte ratification du contrat de droit public ».

Dans la mesure où l'Etat lui-même délèguerait certaines tâches de sécurité à des entreprises de sécurité, celles-ci pourraient prétendre à des indemnités selon l'art. 2, al. 2 LIAF pour compenser leurs charges financières. Nous avons toutefois vu au chapitre VII qu'une telle délégation n'était possible que de manière extrêmement restrictive en droit genevois.

B. ART. 3 CST-GE ET PROJET DE LOI SUR LA LAICITÉ

Dans la mesure où la LIAF elle-même ne donne aucun droit à des aides financières aux Communautés juives pour les mesures de sécurité qu'elles prennent pour protéger leurs membres et leurs bâtiments, il s'agit de déterminer si une loi spéciale en vigueur contient une base légale appropriée. Notre examen s'étendra également au projet de loi du Conseil d'Etat sur la laïcité actuellement soumis à l'examen du Grand Conseil (PL 11764). Selon la presse, la Commission des droits de l'homme aurait achevé ses travaux et le délai pour la reddition des rapports aurait été fixé au 6 mars 2018³⁵⁷.

³⁵⁷ <https://www.tdg.ch/geneve/actu-genevoise/loi-laicite-sort-commission-tres-fragilisee/story/13210005> (consulté le 11 février 2018).

A la différence des autres cantons suisses, et notamment des trois cantons dont la situation a été examinée dans les avis de droit joints à la mission, et qui ont tous légiféré sur les communautés religieuses, en leur octroyant souvent un statut de droit public, le canton de Genève a institué depuis plus d'un siècle une stricte séparation des Eglises et de l'Etat.

La Constitution du 14 octobre 2012 institue ainsi dès son art. 3 un strict principe de laïcité. Cette disposition précise à son alinéa 2 que l'Etat « *ne salarie ni ne subventionne aucune activité cultuelle* ».

A contrario, l'Etat peut subventionner l'action sociale déployée par des associations parfois proches des communautés religieuses, telles que le Centre social protestant ou Caritas (art. 211, al. 3 et 213, al. 3 Cst-GE).

Le Conseil d'Etat a déposé le 4 novembre 2015 un projet de loi sur la laïcité de l'Etat (PL 11764) destiné à mettre en œuvre l'art. 3 Cst-GE. Ce projet de loi autorise le Département des finances à percevoir désormais pour l'ensemble des organisations religieuses qui en font la demande – et non plus seulement pour les 3 « *églises reconnues* » – une contribution religieuse volontaire sous forme d'un droit personnel fixe et de centimes additionnels sur les impôts cantonaux (art. 6 PL 11764).

Il prévoit également que l'Etat et les communes favorisent l'accès gratuit à des prestations d'accompagnement spirituelles, cultuelles ou non-cultuelles, pour les personnes accueillies dans un établissement public médical, un EMS ou un établissement pour personnes handicapées, ainsi que pour celles qui sont « *retenues au sein d'un lieu de privation de liberté* » (art. 9 PL 11764).

L'Etat et les communes pourront soutenir une ou plusieurs organisations offrant ces prestations, pour la part non-cultuelle de celles-ci (art. 9, al. 2 PL 11764). Dans son exposé des motifs à l'appui du projet de loi, le Conseil d'Etat précise toutefois qu'il ne saurait être question d'un salariat des aumôniers par l'Etat pour des tâches cultuelles, prohibé par l'art. 3, al. 2 Cst-GE³⁵⁸.

³⁵⁸ PL 11764, p. 21.

En revanche, il envisage la possibilité de soutenir financièrement les aumôneries interreligieuses (et non celles d'une religion en particulier) pour la partie non culturelle de leur activité : « dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat devait avoir recours à cette possibilité, il le ferait évidemment dans le cadre d'un contrat de prestations soumis aux dispositions de la LIAF »³⁵⁹.

Quant à l'art. 11 du projet de loi, qui charge l'Etat de Genève de promouvoir la liberté de conscience et de croyance par des moyens appropriés, il prévoit encore que l'Etat « peut soutenir des actions favorisant le dialogue interreligieux et la paix religieuse » (art. 11, al. 2 PL 11764). Tout en précisant dans l'exposé des motifs qu'il est prématuré de définir le type d'actions qui pourraient être soutenues, le Conseil d'Etat donne l'exemple de la facilitation, dans le cadre de la planification de nouveaux quartiers, de l'édification de lieux de culte partagés entre différentes religions, à l'exemple de la Maison des Religions érigée à Bümpliz dans le canton de Berne³⁶⁰. Le Conseil d'Etat ne précise pas si cette facilitation pourrait consister en un soutien financier, mais le texte de loi proposé ne l'exclut pas.

Le projet de loi ne prévoit pas en revanche de soutien financier pour les mesures de sécurité que les organisations religieuses peuvent être appelées à prendre en faveur de leurs membres et de leurs bâtiments, alors même qu'une base légale serait *a priori* nécessaire, comme cela a été vu au paragraphe précédent.

Il n'y a pas lieu de revenir dans le présent chapitre sur les projets de loi sur la laïcité déposés par certains députés³⁶¹, car ceux-ci ne prévoient aucune base légale pour un quelconque soutien financier par l'Etat des Communautés religieuses.

³⁵⁹ PL 11764, p. 21.

³⁶⁰ PL 11764, p. 23.

³⁶¹ PL 11766, PL 11927, PL 12190, PL 12191.

C. SOUTIEN FINANCIER AUX COMMUNAUTÉS JUIVES

L'octroi d'aides financières aux Communautés juives dans le canton de Genève nécessiterait une base légale, conformément à la LIAF et aux principes dégagés par la jurisprudence.

Dans la mesure où il s'agirait de subventionner régulièrement les Communautés juives pour les frais qu'elles engagent pour leur sécurité, cette base légale devrait, conformément à l'art. 6, al. 1 LIAF, mentionner au moins les conditions de l'octroi de l'aide financière, soit notamment son but, sa nature, sa durée et son montant.

Pour les subventions discrétionnaires, HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER rappellent dans leur avis de droit³⁶² que la jurisprudence exige également une base légale, quoique d'une densité normative moindre, mais mentionnant à tout le moins leur but. Ce subventionnement discrétionnaire devrait en outre respecter le principe d'égalité, dans la mesure où d'autres communautés religieuses pourraient aussi le solliciter.

Le projet de loi sur la laïcité (PL 11764) ne prévoyant toutefois de telles subventions discrétionnaires que pour les aumôneries interreligieuses, voire pour des actions favorisant le dialogue interreligieux, celles-ci n'entreraient de toute façon pas en ligne de compte en l'occurrence, et cela même dans un avenir rapproché.

Il reste évidemment au Conseil d'Etat la possibilité de déroger aux strictes exigences de la LIAF quant au contenu de la base légale, pour des aides financières uniques, égales ou inférieures à 200'000 F, ou annuelles de même montant, et dont la durée ne dépasserait pas 4 ans (art. 6, al. 2 LIAF). De telles aides financières sont toutefois également soumises au principe de la légalité, conformément à l'art. 5, al. 2 LIAF, une norme constitutionnelle ou légale définissant de manière générale les tâches ou les missions de l'Etat étant à cet égard suffisante au regard de la jurisprudence, comme nous l'avons vu dans la section précédente.

³⁶² Avis de droit HAFNER / STÖCKLI / MÜLLER (2017), p. 84, §6.1.1.a.

En l'occurrence, on pourrait voir une telle norme générale dans l'art. 20 Cst-GE, qui dispose que « *toute personne a droit à la liberté personnelle, à la sécurité³⁶³ ainsi qu'à la liberté de mouvements* ». Même si l'on peut avoir des doutes sérieux sur la justiciabilité de cette disposition de la constitution cantonale, sa combinaison avec l'art. 41, al. 2 Cst-GE, qui oblige « *quiconque assume une tâche publique [...] [à] réaliser les droits fondamentaux* » pourrait à notre avis constituer une base légale suffisante à l'octroi aux Communautés juives d'une aide financière limitée pour leur protection.

Encore faudrait-il le cas échéant, que le Grand Conseil valide l'arrêté dérogatoire du Conseil d'Etat en autorisant la dépense prévue dans le cadre du vote du budget annuel (art. 25, al. 1 LIAF).

A l'instar des avis de droit sollicités dans les autres cantons, nous ne pensons pas non plus qu'un droit aux aides financières pourrait se déduire directement des droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par le droit constitutionnel fédéral et le droit conventionnel, dans la mesure où la jurisprudence a toujours rattaché tout droit à des prestations de l'Etat à l'existence d'une législation spécifique.

IX. DE LEGE FERENDA

La protection de la population contre la menace d'attentats terroristes, et singulièrement des minorités particulièrement exposées à cette menace, telles que les Communautés juives, se heurte en Suisse à un obstacle structurel, qui est l'absence d'une police fédérale de sécurité. A la différence d'autres Etats fédéraux, et notamment de la RFA, la Confédération ne dispose en effet pas d'une véritable police armée en uniforme, chargée de la prévention de la criminalité et du maintien de l'ordre et de la sécurité dans des domaines déterminés (par exemple la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme), ou en renfort aux forces de police cantonales. Le canton de Genève est régulièrement confronté à cette problématique lorsqu'il est chargé d'assurer la protection de grandes conférences internationales et du maintien de l'ordre et de la sécurité qui en est le corollaire, voire de manière plus permanente, de la protection des missions diplomatiques.

³⁶³ Mise en évidence par le soussigné.

Les dispositions constitutionnelles et concordataires, qui permettent de faire appel aux forces de police d'autres cantons, et l'engagement subsidiaire de l'armée pour la garde de périmètres sécurisés tels que l'aéroport, l'ONU ou certaines missions diplomatiques, ont en effet atteint leurs limites lors de ce type d'évènements, surtout lorsque ceux-ci s'étalent sur plusieurs jours. Ainsi, lors du G8 d'Evian en 2003, le canton de Genève a dû faire appel à des contingents de policiers allemands, des *Länder* et du « *Bundesgrenzschutz* », les ressources policières pouvant être mobilisées auprès des autres cantons s'étant révélées insuffisantes. En cas d'aggravation de la menace terroriste, laquelle pourrait nécessiter le cas échéant la garde permanente d'objectifs simultanément dans plusieurs cantons, ces limites de capacité seraient rapidement atteintes.

De lege ferenda, la réforme structurelle à laquelle on peut songer consisterait dès lors à créer une véritable **police fédérale de sécurité**, par exemple par une nouvelle extension des compétences, sur le modèle allemand, du corps des gardes-frontières.³⁶⁴ Compte tenu de la sensibilité de la population à ces questions de sécurité, il n'est pas certain en effet que les échecs successifs, au cours des années 1970, de la PMI, puis de la PFS, se renouvelleraient.

On peut songer également à une **extension à la lutte contre le terrorisme des compétences attribuées à la Confédération** par la LMSI, en indemnisant le cas échéant les cantons pour les tâches qu'ils accompliraient en matière de prévention du terrorisme, par délégation de la Confédération, sur le modèle de ce qui se fait en vertu de ladite loi en matière de protection des missions diplomatiques. Une telle extension des compétences de la Confédération en matière de lutte contre le terrorisme serait d'ailleurs en cohérence avec les compétences qui lui appartiennent déjà en matière d'attentats, ou de préparation d'attentats à l'explosif³⁶⁵, de crime organisé ou de financement du terrorisme³⁶⁶.

Quant aux réformes du droit cantonal auxquelles on peut songer, elles sont peu nombreuses, à moins de faire abstraction de leur faisabilité.

³⁶⁴ MOHLER / GÄTTELIN / MÜLLER (2007), p. 830 ; SCHEFER / MÜLLER (2010), p. 67.

³⁶⁵ Art. 23 al. 1, lettre d CPP.

³⁶⁶ Art. 24 CPP.

Dans la mesure où le Grand Conseil est d'ores et déjà saisi d'un projet de loi du Conseil d'Etat sur la laïcité de l'Etat, qui a notamment pour but, selon son article 1^{er} « (a) de promouvoir et de protéger la liberté de conscience et de croyance », on pourrait songer à étendre à cette protection les actions que peut soutenir l'Etat de Genève, limitées dans le projet à celles qui favorisent le dialogue interreligieux et la paix religieuse. Au regard de la LIAF, la teneur proposée de l'art. 11 du projet de loi sur la laïcité de l'Etat ne suffirait en effet pas à constituer la base légale qui permettrait d'apporter un soutien financier aux Communautés religieuses pour les mesures qu'elles prennent pour protéger leurs membres et leurs bâtiments. Il conviendrait en d'autres termes de viser expressément le soutien financier à ces mesures de protection à l'art. 11 du projet de loi, en densifiant cette norme conformément aux exigences de l'art. 6, al. 1 LIAF. Un tel soutien serait *a priori* conforme au but proclamé de l'article premier du projet de loi, de promotion et de protection de la liberté de conscience et de croyance, laquelle ne peut s'exercer que dans la mesure où le droit à la sécurité est mis en œuvre³⁶⁷.

La faisabilité des autres réformes auxquelles on pourrait songer nous semble en revanche illusoire. Le peuple genevois n'abandonnera en effet jamais le principe de laïcité, qui interdit de donner un statut de droit public aux Communautés religieuses, lequel constitue dans beaucoup d'autres cantons la base légale d'un soutien financier de l'Etat à ces communautés.

De même, il nous semble illusoire d'envisager une extension des tâches de sécurité pouvant être déléguées aux entreprises de sécurité sur le domaine public, laquelle nécessiterait une révision à la fois du Concordat romand et de la LPol : l'usage de la force restera encore longtemps le monopole de l'Etat dans notre pays, et nous ne sommes *a priori* pas prêts de voir des entreprises de sécurité effectuer des missions armées sur le domaine public, comme cela peut être le cas dans la conception américaine de l'usage de la force.

³⁶⁷ Art. 20 et 41 Cst-GE.

X. REPONSES AUX QUESTIONS POSEES

1. Dans quelle mesure les communautés juives à Genève peuvent-elles faire valoir un droit à la protection ? \

Il n'existe ni dans le droit constitutionnel de la Confédération et du canton, ni dans la CEDH, de droit subjectif à la sécurité qui pourrait être invoqué par une personne contre l'Etat devant les tribunaux, sous réserve de l'interprétation extensive, mais hautement improbable, qui pourrait être donnée à l'art. 20 de la Constitution genevoise, lequel ajoute à la définition de la liberté personnelle de la Constitution fédérale un « *droit à la sécurité* ».

Il existe en revanche un **devoir de protection de l'Etat** en cas de menaces imminentes et concrètes contre la vie, l'intégrité physique ou psychique d'une personne ou contre sa liberté personnelle, voire contre l'exercice de sa liberté religieuse. Conformément à la jurisprudence, ce devoir de protection, qui ne vise pas à empêcher toute atteinte imaginable, s'interprète cependant en tenant compte des ressources dont dispose la police pour exercer ses missions et des mesures que l'on peut raisonnablement attendre d'elle pour prévenir ces menaces.

2. Quelles sont les bases légales cantonales, et le cas échéant, quelles modifications sont nécessaires pour renforcer ce droit ? Ces questions portent sur le droit des interventions policières, des installations de protection (sur le domaine public et la propriété privée), à une participation financière aux dispositifs des Communautés.

Les cantons sont en Suisse compétents en matière de prévention de la criminalité et de maintien de l'ordre et de la sécurité publique. Cette compétence découle des art. 3 et 57 Cst.³⁶⁸.

Selon la Constitution genevoise, l'Etat assure la sécurité et l'ordre public³⁶⁹. Le canton détient le monopole de la force publique³⁷⁰. Le Conseil d'Etat est

³⁶⁸ Cf. au chapitre V – l'interprétation à donner à l'art. 57 Cst.

³⁶⁹ Art. 183 Cst-GE.

³⁷⁰ Art. 184, al. 1 Cst-GE.

responsable de la sécurité et de l'ordre public. Il ne peut employer à cet effet que des corps organisés par la loi.³⁷¹.

Selon l'article 1^{er} de la Loi sur la police, la Police cantonale a notamment pour missions d'assurer l'ordre, la sécurité et la tranquillité publics, de prévenir la commission d'infractions et de veiller au respect des lois. Les pouvoirs de la police ne peuvent être délégués que de manière limitée au personnel qualifié des communes³⁷², lequel n'est pas armé³⁷³. Quant à la délégation de tâches « *spécifiques ou techniques* » à des entreprises de sécurité, elle n'est permise « *qu'à titre exceptionnel et pour une durée limitée* » par la loi sur la police³⁷⁴.

Sous réserve d'aides financières uniques, égales ou inférieures à 200'000 F, ou annuelles, du même montant, et dont la durée ne dépasserait pas 4 ans, et qui pourraient être octroyées par le Conseil d'Etat en dérogeant à la stricte exigence d'une base légale selon la LIAF, le droit genevois en vigueur ne contient aucune base légale qui permettrait d'octroyer une aide financière aux Communautés juives pour leurs mesures de protection.

De lege ferenda, il conviendrait de créer une telle base légale en élargissant à la protection de l'exercice de la liberté de conscience et de croyance les possibilités de soutien prévues à l'art. 11 du projet de loi du Conseil d'Etat sur la laïcité de l'Etat, et en densifiant cette norme, conformément aux exigences de la LIAF. Il nous paraît en revanche illusoire d'envisager une extension des tâches de sécurité pouvant être déléguées aux entreprises de sécurité, car il faudrait à cette fin modifier à la fois le Concordat romand et la Loi sur la police, en remettant en cause le monopole de la force publique détenu par l'Etat.

3. *Quelle est la portée de l'obligation constitutionnelle de l'Etat à garantir la sécurité de sa population ?*

³⁷¹ Art. 112, al. 1 Cst-GE.

³⁷² Art. 184, al. 2 Cst-GE.

³⁷³ Art. 2, al. 2 LAPM.

³⁷⁴ Art. 19, al. 4 LPol.

La liberté religieuse, le droit à la vie et la liberté personnelle ont aussi une fonction positive, découlant de l'art. 35 Cst, qui oblige l'Etat, en cas de menace imminente et concrète contre la jouissance et l'exercice de ces droits fondamentaux, à assurer la protection des personnes menacées, dans la mesure toutefois où cette protection peut raisonnablement être attendue de lui et ne l'oblige pas à engager des moyens disproportionnés.

4. Y a-t-il d'autres obligations légales ou internationales dans ce domaine ?

La Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, qui est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1999³⁷⁵, vise à ce que les Etats contractants assurent à toute personne appartenant à une minorité nationale le respect des droits à la liberté de réunion, d'association, d'expression et de religion. Selon le Tribunal fédéral, cette Convention ne contient cependant « *pas de disposition directement applicable, mais impose aux Etats-membres l'adoption de mesures, notamment législatives, visant à protéger l'existence des minorités nationales* ». L'art. 27 du Pacte ONU II garantit également la protection des minorités.

Dans le domaine faisant l'objet de la présente analyse, les différentes dispositions constitutionnelles cantonales ou fédérales et les conventions internationales ont une portée identique, que ce soit en matière de droit à la vie, de liberté personnelle ou de liberté religieuse. En d'autres termes, les obligations internationales contractées par la Suisse sont déjà concrétisées par le droit interne.

5. Dans quelle mesure les Communautés juives peuvent-elles s'en prévaloir ?

Comme déjà relevé, ces conventions internationales autres que la CEDH ne sont pas directement applicables. Les Communautés juives peuvent en revanche se prévaloir de l'obligation de protection que doit assumer l'Etat en vertu de la fonction positive attachée aux droits fondamentaux que sont la liberté religieuse, le droit à la vie et la liberté personnelle, en cas de menace imminente et concrète contre ces libertés, dans la limite toutefois des moyens policiers que l'on peut raisonnablement attendre que l'Etat engage pour protéger ces libertés.

³⁷⁵ RS 0.444.1.

6. Quels droits appartenant à toute la population peuvent être invoqués par les représentants de la population juive ?

Les Communautés juives, et singulièrement les agents ou les bénévoles qu'elles mandatent pour leur sécurité, peuvent invoquer pour leur protection et celle de leur lieux de culte et de leurs locaux communautaires les droits appartenant à chacun en vertu du droit pénal, du droit de procédure pénale et du droit civil fédéral. Ces droits sont notamment la légitime défense et l'état de nécessité, le droit à l'inviolabilité du domicile, le droit d'arrestation par des particuliers en cas de flagrant délit (art. 218 CPP) et les actions possessoires permettant au possesseur de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble.

7. Quelle marge de manœuvre / appréciation le droit cantonal comporte-t-il à cet égard ?

Les droits précités étant régis par des lois fédérales, le droit cantonal ne comporte aucune marge de manœuvre quant à leur exercice. Une exception doit toutefois être faite pour les caméras de vidéosurveillance installées sur le domaine public par les institutions publiques, régies par le droit cantonal (LIPAD), à la différence des installations de vidéosurveillance exploitées par des particuliers sur le domaine privé, régies par le droit fédéral (LPD).

8. Quelles sont les compétences étatiques en ce qui concerne la protection des Communautés juives ?

Dans notre système fédéral, ce sont les cantons qui ont conservé l'essentiel des compétences en matière de sécurité et d'ordre public. Ce sont eux qui disposent de corps de police armés, plus ou moins étoffés, chargés d'assurer l'ordre, la sécurité et la tranquillité publiques, de prévenir la commission d'infractions et d'exercer la police judiciaire. La Confédération s'est cependant vue attribuer certaines compétences en matière de sécurité intérieure, notamment en matière de renseignement, de prévention et de répression du terrorisme, de la criminalité organisée et du blanchiment d'argent, de protection de ses propres installations ainsi que des missions diplomatiques et des organisations internationales, et plus

récemment, en matière de lutte contre la violence lors de manifestations sportives. Certaines de ces compétences fédérales sont fondées sur l'art. 57 al. 2 Cst (LMSI), d'autres sur les compétences explicites de la Confédération, notamment en matière de droit pénal, ou plus rarement, sur les compétences implicites de la Confédération. Celle-ci n'a cependant jamais réussi jusqu'à présent à se doter d'une police fédérale de sécurité, qui pourrait agir dans certains domaines ou en renfort des polices cantonales. Lorsque les effectifs des polices cantonales ne suffisent pas à assurer le maintien de l'ordre, notamment lors de grandes rencontres internationales, de catastrophes ou d'autres événements extraordinaires, les gouvernements cantonaux sont souvent obligés de solliciter du Conseil fédéral l'engagement subsidiaire de l'armée, qui seule est à même de fournir des effectifs suffisants pour la sécurisation de bâtiments ou de périmètres importants tels qu'un aéroport ou le siège de certaines organisations internationales.

9. *Dans le domaine de la sécurité, quelles sont les tâches que l'Etat peut déléguer à des privés ?*

A Genève, la délégation de tâches de sécurité par la Police cantonale à des entreprises de sécurité est définie de manière extrêmement restrictive par la Loi sur la police. A teneur de son art. 19 al. 4, la Police ne peut en effet « conclure des contrats de mandat auprès d'entreprises spécialisées pour effectuer des tâches spécifiques ou techniques » qu' « à titre exceptionnel ou pour une durée limitée ». Une délégation durable de tâches de sécurité par l'Etat à des entreprises de sécurité n'est donc pas envisageable. Une telle délégation ne doit bien entendu pas être confondue avec les mandats que peuvent confier les Communautés elles-mêmes à des entreprises de sécurité pour assurer leur protection. Il convient encore de rappeler que selon le Concordat romand, l'activité des entreprises de sécurité sur le domaine public n'est autorisée que de manière très restrictive, puisque les armes doivent être portées de manière non-apparente sur la voie publique ou dans d'autres lieux ouverts au public (art. 21 CES). Ainsi, une garde armée effectuée par des entreprises de sécurité devant des lieux de culte ou des locaux communautaires en cas d'aggravation de la menace terroriste ne serait pas possible à teneur de la loi.

10. Quelles sont les conditions et les limites que les Autorités cantonales doivent observer à cet égard ?

Il a déjà été répondu à cette question sous question 9.

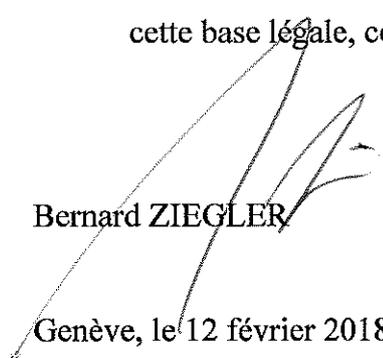
11. Dans quelle mesure une telle délégation entraîne-t-elle l'obligation de l'Etat de couvrir les coûts y relatifs ?

Dans la mesure où l'Etat lui-même délèguerait certaines tâches de sécurité à des entreprises de sécurité, celles-ci pourraient prétendre à des indemnités selon l'art. 2 al. 2 LIAF pour compenser leurs charges financières. Il appartiendrait en d'autres termes à l'Etat de couvrir les coûts d'une telle délégation, étant rappelé que celle-ci ne pourrait être envisagée que pour une durée limitée à teneur du droit cantonal.

12. Dans quelle mesure, les Communautés juives peuvent-elles prétendre à un soutien financier de l'Etat pour les mesures de sécurité prises par elles ?

Sous réserve d'aides financières uniques, égales ou inférieures à 200'000 F, ou annuelles, du même montant, et dont la durée ne dépasserait pas 4 ans, et qui pourraient être octroyées par le Conseil d'Etat en dérogeant à la stricte exigence d'une base légale selon la LIAF, le droit genevois en vigueur ne contient aucune base légale qui permettrait d'octroyer une aide financière aux Communautés juives pour leurs mesures de protection.

Il conviendrait peut-être de saisir l'opportunité de l'examen par le Grand Conseil du projet de loi du Conseil d'Etat sur la laïcité pour proposer un élargissement de cette base légale, comme relevé ci-dessus en réponse à la question 2.


Bernard ZIEGLER

Genève, le 12 février 2018