

Jean-Daniel DELLEY

Professeur à l'Université de Genève

Sous le droit et la pratique de la naturalisation, la nostalgie

Les deux arrêts du Tribunal fédéral relatifs à la procédure de naturalisation ont éclaté comme un coup de tonnerre dans le ciel serein de la démocratie helvétique. La violence des réactions traduit non seulement un rapport très particulier à la nationalité; elle exprime aussi et surtout l'attachement à une conception archaïque de la démocratie, incapable de conjuguer droits politiques et droits fondamentaux et réfractaire au principe de la séparation des pouvoirs. Cette conception archaïque, pré-moderne, ne peut que conduire à un face à face entre démocratie et Etat de droit dont la première doit sortir vainqueur. La jurisprudence des juges de Mon-Repos agit comme le révélateur d'une idéologie qui informe aujourd'hui encore une vision de la démocratie assez largement partagée en Suisse. C'est à la reconstruction de cette vision que j'aimerais m'attacher, laissant aux juristes le soin de débattre de la pertinence de l'analyse des juges.

En bref, qu'ont affirmé les juges qui a pu déclencher une pareille controverse ? Que les décisions de naturalisation doivent respecter l'interdiction de la discrimination. Que dans un Etat de droit il n'y a pas d'espace de non droit. Que les demandes de naturalisation soumises à la votation populaire dans l'urne ne permettent pas, en cas de refus, de fournir au requérant les motivations auxquelles il a droit.

Pour quelques juristes, les décisions du TF constituent une attaque frontale contre la démocratie. Selon Rainer J. Schweizer, les juges ne respectent pas la démocratie directe : une commune a le droit de décider qui elle accepte en son sein ; et exiger de motiver une telle décision revient à limiter l'exercice de la démocratie à des questions générales et abstraites¹. Etienne Grisel parle même d'une tentative « de museler l'exercice de la démocratie : la nouvelle pratique imposée par le TF enlève au peuple tout pouvoir de contrôle². L'ancien conseiller fédéral Arnold Koller, le « père » de la nouvelle Constitution, constate que le TF a décidé en faveur de l'Etat de droit, contre la démocratie. De ce fait il a rendu un mauvais service à la cause de la juridiction constitutionnelle³.

Les réactions des politiciens, notamment des démocrates du centre, sont plus virulentes. Elles expriment une palette d'arguments plus large permettant de

¹ Facts, 29/2003

² Le Temps, 29 septembre 2003

³ SonntagsZeitung, 20 juillet 2003

cerner l'image de la démocratie qui sous-tend l'opposition aux décisions du TF. Dès le 9 juillet 2003, on assiste à un véritable tir de barrage contre ces deux arrêts : décision malhonnête et provocation pour le conseiller aux Etats appenzellois Carlo Schmid⁴, profondément choquante selon le conseiller national et président de l'UDC Ueli Maurer⁵, honteuse⁶, insolente⁷, scandaleuse⁸, digne d'une « république bananière »⁹, prise par des « juristes égarés »¹⁰.

La violence des réactions est à la mesure de ce qui est ressenti comme une offense à la démocratie. Dans la mesure où la souveraineté populaire est mise en question, les fondements de la démocratie sont ébranlés¹¹. « La cour suprême du pays attaque des piliers et des valeurs fondamentales de la démocratie suisse »¹². Ce faisant, le TF détruit une pratique séculaire¹³ qui n'a jamais été contestée auparavant¹⁴ et qui fonctionne bien¹⁵.

Contrairement à la nouvelle jurisprudence du TF, les opposants considèrent l'octroi de la nationalité comme un acte politique. Or les décisions politiques démocratiquement légitimées n'ont pas à être justifiées ou motivées¹⁶, sans quoi « le peuple n'est plus libre de décider comme il l'entend »¹⁷. Faire de la naturalisation un simple acte administratif, c'est dégrader cette décision.

Pourquoi la naturalisation est-elle un acte éminemment politique ? Parce qu'elle crée un droit de participation « aux décisions politiques, aux choix qui déterminent l'avenir du pays et de la société »¹⁸. La citoyenneté suisse est « un bien particulier parce qu'elle implique une participation politique et une liberté uniques au monde »¹⁹. Aucun autre Etat n'accordant des droits aussi étendus à ses citoyens, il importe « qu'une demande de naturalisation soit soigneusement

⁴ Le Temps, 24 juillet 2003

⁵ Service de presse de l'UDC, 14 juillet 2003

⁶ Gregor Rutz, « Richterstaat contra Demokratie » in Jusletter, 11. August 2003

⁷ Service de presse de l'UDC, 14 juillet 2003

⁸ idem

⁹ idem

¹⁰ idem

¹¹ idem

¹² idem

¹³ Service de presse de l'UDC, 15 septembre 2003

¹⁴ Gregor Rutz, op. cit.

¹⁵ Carlo Schmid in Le Temps, 24 juillet 2003

¹⁶ Service de presse de l'UDC, 14 juillet 2003

¹⁷ Service de presse de l'UDC, 9 juillet 2003

¹⁸ Service de presse de l'UDC, 14 juillet 2003

¹⁹ idem

examinée »²⁰. Décider qui va appartenir au souverain , donc « qui va garantir et développer l'ordre juridique » implique d'apprécier si « le requérant est suffisamment familier et en accord avec les principes de l'Etat de droit libéral »²¹. Cette spécificité helvétique interdit toute comparaison avec le droit de la naturalisation dans les pays étrangers²². La décision de naturalisation s'apparente en quelque sorte à une élection. Or il ne viendrait à l'idée de personne de prévoir une possibilité de recours contre une élection effectuée selon une procédure démocratique. Cet argument a été avancé à plusieurs reprises lors des débats parlementaires sur la naturalisation²³.

Les possibles contradictions entre le respect des droits fondamentaux et l'exercice de la démocratie sont prestement balayées. Une décision majoritaire et démocratique ne peut être arbitraire. En effet, « la démocratie directe donne aux citoyens la compétence de veiller eux-mêmes au respect des droits de l'homme »²⁴. Alors que dans les régimes représentatifs, l'ancrage constitutionnel des droits de l'homme est nécessaire à la protection des libertés, puisque les décisions sont prises sans participation directe du peuple²⁵.

Dès lors le Tribunal fédéral a pris une décision politique qui procède d'une lecture abusive de la Constitution fédérale. « Pourquoi le souverain, qui en tant qu'instance législative suprême a créé l'Etat de droit, se révélerait soudain incapable de protéger ces valeurs ? »²⁶ En critiquant des décisions populaires et en les annulant, le Tribunal fédéral se place au-dessus du souverain. Il viole donc le principe de la séparation des pouvoirs²⁷. Gregor Rutz, secrétaire général de l'UDC, ne craint pas la contradiction : dans la foulée il reproche aux juges de manquer de sens politique (« Staatspolitisches Verständnis ») et d'interpréter le droit « grammaticalement », de « faire du formalisme ». L'accusation de confusion des pouvoirs à laquelle ont succombé les juges est étayée par le fait que le TF a osé trancher alors même que le Parlement est saisi d'un projet de révision du droit de la nationalité et que le droit de recours a été refusé par le Conseil des Etats : « Le Tribunal fédéral donne des leçons au Conseil des Etats »²⁸, alors « qu'il doit se soumettre à la législation fédérale »²⁹, attendre la décision du Parlement et le cas échéant la décision populaire.

²⁰ Service de presse de l'UDC, 21 juillet 2003

²¹ Gregor Rutz, op. cit.

²² Service de presse de l'UDC, 21 juillet 2003

²³ Bulletin officiel 2002 N pp. 372-374, interventions des conseillers nationaux Rudolf Joder, Marcel Scherer, Ulrich Fischer.

²⁴ Service de presse de l'UDC, 14 juillet 2003

²⁵ idem

²⁶ Gregor Rutz, op. cit.

²⁷ idem

²⁸ Service de presse de l'UDC,, 21 juillet 2003

²⁹ Carlo Schmid, Le Temps, 24 juillet 2003

Cet abus du pouvoir judiciaire n'est pas innocent. Il procède d'une volonté de s'aligner sur les standards internationaux, notamment la convention sur la nationalité du Conseil de l'Europe de 1997³⁰. Or « les conséquences de cette pratique où les tribunaux s'ingèrent en politique sont visibles dans les pays qui nous entourent : le souverain n'y a plus grand-chose à dire »³¹

Les arrêts du TF constituent une atteinte à l'autonomie communale³². Ils reflètent « une tendance générale à vouloir supprimer purement et simplement toute votation populaire pour donner aux exécutifs et aux législatifs le droit de décider en dernier ressort »³³. Et derrière ce déni de participation démocratique, il faut voir une volonté de « brader notre droit de citoyenneté », « d'ouvrir les portes à une immigration incontrôlée »³⁴

En résumé, le pouvoir judiciaire, parce qu'il subit l'influence néfaste du droit international³⁵, n'hésite pas à mettre le souverain sous tutelle et à violer le principe de séparation des pouvoirs. Ce faisant il s'attaque aux fondements mêmes de la démocratie helvétique qui postule que « le peuple a toujours raison »³⁶

La riposte à la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral ne se fait pas attendre. Une assemblée des délégués de l'UDC, réunie le 13 septembre 2003 sur l'alpage d'Aelggi, dans le demi-canton d'Obwald, décide du lancement d'une initiative populaire : elle vise à garantir aux communes la liberté de désigner elles-mêmes les organes compétents pour les naturalisations, organes dont les décisions sont définitives. On notera le choix du lieu, chargé symboliquement, puisque cet alpage représente le centre géographique de la Suisse. Les initiants ne craignent pas la contradiction puisque la garantie à laquelle ils aspirent supprime l'autonomie cantonale en la matière. En effet, plusieurs cantons instituent un droit à la naturalisation pour certaines catégories d'étrangers, en fonction de la durée du séjour ou du lieu de naissance : dans les Grisons par exemple, ce droit est acquis après un séjour de 20 ans dans la commune ou de 16 ans si la personne est née en Suisse³⁷. L'initiative, en

³⁰ Service de presse de l'UDC, 14 juillet 2003. L'auteur de l'article, le conseiller national Caspar Baader, y voit la volonté helvétique de « se soumettre au moindre désir de l'Union européenne » qu'il confond visiblement avec le Conseil de l'Europe.

³¹ Service de presse de l'UDC, 21 juillet 2003

³² Service de presse de l'UDC, 14 et 21 juillet 2003

³³ idem

³⁴ idem

³⁵ idem

³⁶ Carlo Schmid, op. cit.

³⁷ Christoph Wehrli, « Rekursrecht bei Einbürgerungen nicht neu », Neue Zürcher Zeitung, 7 août 2003

valorisant l'autonomie communale en matière de naturalisation, restreint l'autonomie cantonale et porte donc atteinte au fédéralisme.

La qualification de la décision de naturalisation se trouve au cœur du conflit. Cette décision est-elle considérée comme politique, la possibilité même de l'arbitraire se trouve évacuée. En effet, un acte de souveraineté repose par définition sur la libre appréciation de l'organe qui agit : qui s'inquiéterait du caractère discriminatoire d'une élection, de l'adoption d'une loi, d'une amnistie ou d'une grâce ? En postulant la nature politique de la naturalisation, on privilégie la dimension collective de cette décision au détriment de la personne concernée par cette décision : la décision de naturalisation est d'abord l'acte libre d'un organe, avant d'être « une décision touchant un individu, sa situation juridique dans la collectivité, sa situation personnelle, privée, voire intime »³⁸.

Le choix de cette qualification ne résulte pas d'abord d'une réflexion juridique. Il prend racine dans une représentation sociale de la démocratie³⁹, représentation largement mythique dans la mesure où elle ne correspond que très partiellement à la forme d'organisation du pouvoir politique que s'est donnée la Suisse moderne.

Grâce aux travaux de Kölz, nous savons que la Suisse fut « le réceptacle privilégié » des idées des révolutions française et américaine⁴⁰. Elle emprunta à ces dernières aussi bien des principes institutionnels (le gouvernement collégial, le bicamérisme par exemple) que le droit d'initiative et de référendum et la garantie des libertés individuelles. Dans son sens moderne, la démocratie est intimement liée à la liberté individuelle et à l'égalité. Les institutions démocratiques tout à la fois garantissent et concrétisent cette liberté. On voit clairement ici le fondement individualiste de la démocratie moderne⁴¹.

Se référer à la démocratie, c'est admettre que cette forme d'organisation sociétale implique des institutions démocratiques ; c'est reconnaître que le peuple est juridiquement un organe de l'Etat. Le peuple n'est donc pas au-dessus de tout pouvoir, exempt de tout contrôle, libre d'exercer tout pouvoir en tous temps et sur toute chose, comme tendrait à le faire croire une conception fondamentaliste de la démocratie. Le peuple n'est pas un acteur imprévisible, une foule réunie par hasard, une force à l'occasion déchaînée qui ne tirerait sa légitimité que du principe majoritaire, à l'instar de la démocratie du Far West. La composition et les compétences du peuple, tout comme les règles de

³⁸ Andreas Auer, La Liberté, 30 juillet 2003

³⁹ Andreas Auer, « Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse », Revue de Droit suisse, fascicule 1, 1984, p.14

⁴⁰ Alfred Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bern 1992

⁴¹ Alfred Kölz, Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat, Bern, 1998, p.37ss.

procédure qui président à l'exercice de ces compétences, relèvent de l'ordre constitutionnel, c'est-à-dire d'une architecture institutionnelle et de scénarios d'action préalablement établis et démocratiquement légitimés⁴².

Le principe de la séparation des pouvoirs, conçu pour contenir le pouvoir absolu du monarque, vaut tout autant en démocratie, y compris à l'égard du peuple : aucun organe ne peut empiéter sur la sphère de compétence des autres et toute modification de cet équilibre exige une adaptation de l'ordre constitutionnel⁴³.

Les institutions démocratiques enfin ne sont pas concevables sans la garantie des droits fondamentaux. Si le peuple est érigé en organe de l'Etat, encore faut-il qu'il bénéficie des conditions indispensables à l'exercice de ses compétences⁴⁴. Démocratie et droits fondamentaux sont indissolublement liés ; ils se conditionnent mutuellement. Les jouer l'une contre les autres, c'est les détruire l'une et les autres⁴⁵.

Cet héritage des révolutions américaine et française, pourtant objectivement visible, n'a jamais été franchement accepté en Suisse. Bien au contraire, l'histoire fut instrumentalisée au service de l'intégration des cantons conservateurs dans le nouvel Etat fédéral. Pour faciliter cette intégration, quoi de mieux que de construire une filiation mythique entre la démocratie des Waldstätten et la Suisse moderne et d'occulter ainsi l'apport de ces révolutionnaires honnis par les vaincus de la guerre du Sonderbund ?⁴⁶ En affirmant que « la Suisse est le pays où l'idée démocratique, profondément ancrée dans la conscience populaire, s'est développée depuis plus longtemps et d'une façon plus complète que dans n'importe quel Etat européen »⁴⁷, le Conseil fédéral ne faisait que rappeler cette filiation.

Mais cette continuité proclamée entre la démocratie d'assemblée de la Suisse primitive et la démocratie moderne des droits humains et des libertés reste une construction boiteuse. Ce n'est pas un hasard si le constituant helvétique, inspiré par la face primitive de la démocratie, a tant tardé à introduire le suffrage féminin.

La représentation sociale de la démocratie n'est pas seule à se nourrir de vestiges du passé. Le droit en vigueur contient aujourd'hui encore des emprunts

⁴² Andreas Auer, op. cit., note 39, p. 35 s.

⁴³ idem, p.39

⁴⁴ idem, p.40 s.

⁴⁵ Guisep Nay, « Basler Zeitung », 4./5. Oktober 2003 ; Ulrich Zimmerli, « Die vom Volk erlassene verfassung gilt auch für den Souverän », Jusletter, 28. Juli 2003

⁴⁶ Alfred Kölz, op. cit., note 41, p.30

⁴⁷ FF, 1957 I 732

à ce passé. Le droit de la nationalité en témoigne de manière particulièrement évidente. Sa structure – le droit de cité fédéral implique d’obtenir d’abord le droit de cité communal et cantonal – valorise la collectivité locale. La Constitution de 1848 restreint les droits politiques des résidents originaires d’un autre canton : si ces derniers jouissent de tous les droits civiques du canton dans lequel ils résident, ils ne bénéficient pas par contre du droit de vote communal, pas plus qu’ils ne peuvent prétendre aux dividendes des biens bourgeoisiaux et des corporations⁴⁸. Et c’est depuis 1975 seulement que les communes ont l’obligation de fournir une aide sociale aux résidents extra-cantonaux.

La conjugaison d’une représentation archaïque de la démocratie et de compétences communales importantes en matière de naturalisation explique la violence des réactions aux récents arrêts du Tribunal fédéral. De cette combinaison est née une sorte d’absolutisme démocratique – « le peuple a toujours raison » -, et sur ce terreau a prospéré un sentiment d’autarcie communale. Dans un tel contexte, le principe de la séparation des pouvoirs ne peut fonctionner qu’à sens unique : protéger « les compétences du corps électoral contre tout empiètement de la part d’un autre organe et renforce(r) ainsi utilement la protection des droits politiques que l’ordre constitutionnel assure aux citoyens actifs », mais non pas « empêche(r) le corps électoral de s’arroger des compétences que l’ordre constitutionnel réserve à d’autres organes »⁴⁹. C’est pourquoi les décisions du TF apparaissent comme une immixtion intolérable dans les affaires intérieures communales. Elles ne sont pas perçues comme l’intervention légitime d’un organe chargé de veiller au respect de la force dérogatoire du droit fédéral, mais celle d’un acteur concurrent qui se risque sur le terrain politique, qui relaie même des principes de droit international. On n’est pas loin de la référence moyenâgeuse aux juges étrangers qu’il faut chasser de nos vallées.

Cette conception de la démocratie ne repose pas sur la reconnaissance de la liberté individuelle. Elle exprime plutôt une liberté collective, la liberté du groupe de se donner ses propres règles et en particulier celle de choisir les personnes jugées aptes à entrer dans le groupe. Dans cette conception, le sentiment d’arbitraire n’a pas de place et l’interdiction de l’arbitraire ne fait pas sens. Une décision de la bourgeoisie de la ville de Bâle illustre bien cette conception. La législation bâloise reconnaît un droit à la naturalisation à toute personne étrangère adulte domiciliée depuis plus de 15 ans dans le canton et depuis au moins un an dans la commune dont elle requiert le droit de cité. Elle y met un certain nombre de conditions supplémentaires, dont notamment le fait

⁴⁸ Brigitte Studer, « Verfassung, Staat und Nation in der Schweiz seit 1848 », in *Etappen der Bundesstaat*, Zürich, 1998, p.14

⁴⁹ Andreas Auer, *op. cit.* note 30, p.39-40

que la personne « ne mène pas une vie indécente ». La bourgeoisie de Bâle a refusé la requête d'une ressortissante italienne de 20 ans, née à Bâle de mère suisse et domiciliée depuis lors sans interruption dans la cité rhénane, au motif que la candidate s'était montrée arrogante lors de son audition : à la question de savoir comment elle se rendrait de Bâle à Olten et Lucerne, elle avait répondu : en suivant les panneaux indicateurs. Le Conseil d'Etat a confirmé cette décision en rappelant que le concept de vie indécente était interprété de manière très large depuis des décennies et pouvait concerner aussi bien les opinions politiques que le caractère désagréable ou l'assimilation insuffisante de la personne⁵⁰.

L'Etat de droit a été conçu comme une arme conceptuelle contre le pouvoir absolu et l'arbitraire qu'il engendre⁵¹. Dans le cas de la procédure de naturalisation, on observe que l'absolutisme et l'arbitraire se sont logés dans l'exercice de la démocratie locale. Les tenants d'une procédure de naturalisation de nature politique, inspirés par un mythique raccordement généalogique aux démocraties alpestres de la Suisse primitive, s'accrochent à des pratiques peu compatibles avec les exigences d'une démocratie moderne. Au nom d'une tradition ancestrale et d'une défense identitaire, des collectivités communales en viennent à placer la légitimité de leurs décisions démocratiques au-dessus du droit fédéral – ne parlons pas du droit international -. Le Tribunal fédéral n'a plus alors le choix qu'entre le péché politique – ses décisions ne sont pas guidées par une analyse strictement juridique – et celui de manque de sens politique – les juges auraient dû attendre que le Parlement se prononce sur la révision de la loi sur la nationalité -, au risque alors de pécher juridiquement par déni de justice. Il était donc grand temps que la justice constitutionnelle rappelle que le droit est tout à la fois le fondement et la limite de l'action étatique. A ce titre, les décisions de naturalisation sont soumises aux principes fondamentaux du droit, quand bien même l'organe décisionnel bénéficie d'une marge d'appréciation considérable⁵².

Les deux arrêts du TF mettent non seulement en évidence l'incompatibilité des procédures de naturalisation par votation populaire à l'urne avec l'exigence de respect des droits fondamentaux. Ils montrent également à quelle gymnastique procédurale complexe il faut se prêter pour maintenir la participation du peuple à ce type de décision tout en motivant un éventuel refus et en respectant la sphère privée des requérants. A titre d'exemple, on peut mentionner les recommandations que le gouvernement zurichois vient de publier à l'intention des 152 communes du canton qui n'ont pas de parlement et qui soumettent les

⁵⁰ Arrêt du TF du 23 décembre 1964, X gegen Bürgerrat des Stadt Basel und Regierungsrat des Kt Basel, ATF 90 I 2. Le Tribunal fédéral a cassé cette décision.

⁵¹ Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Berne, 2000, vol.II, p.469

⁵² Felix Uhlmann, « Beschwerderecht bei Einbürgerungen » in Jusletter, 6.mai 2002

décisions de naturalisation au corps électoral réuni en conseil général⁵³. Selon ces recommandations, la présidence de l'assemblée doit d'abord attirer l'attention des participants sur la nécessité de motiver un refus. Puis le scrutin se déroule au vote secret. En cas de vote négatif, la présidence résumera les arguments des opposants présentés lors du débat et demandera de les préciser si nécessaire. Puis l'assemblée se prononcera sur les motifs du refus qui seront communiqués au requérant. Si personne dans l'assemblée n'exprime un motif de refus, la décision peut être cassée sur recours et renvoyée au conseil général. Si ce dernier s'obstine dans son mutisme, le conseil de district ou le Conseil d'Etat peut accorder la naturalisation, pour autant que l'exécutif communal ait donné un préavis positif.

La récente jurisprudence du TF n'a pas clos le débat politique. Probablement vexé par cette jurisprudence, le Conseil des Etats vient d'accepter l'initiative parlementaire d'un de ses membres proposant le libre choix de la procédure de naturalisation par les cantons et la limitation du droit de recours aux questions de procédure⁵⁴. La Chambre des Cantons, contrairement au Conseil national, avait déjà refusé de prévoir un droit de recours à l'occasion de la révision de la loi sur la nationalité.

La tendance à l'œuvre pour la naturalisation de la deuxième et troisième génération - à savoir un véritable droit si certaines conditions sont remplies - va-t-elle se confirmer pour la naturalisation ordinaire ? Le combat risque d'être rude et long. Mais on ne voit pas que puissent subsister indéfiniment une conception de la nationalité et une procédure de naturalisation déconnectées à ce point de la réalité : la mobilité des personnes tout au long de leur vie, la dissociation du lieu de travail et du lieu d'habitat, les facilités de déplacement dont résulte l'abolition des distances, tous ces phénomènes ont profondément modifié la vie réelle des collectivités locales. Mais il faudra que change la représentation nostalgique que s'en fait encore une partie de la population. Cette nostalgie dont les étrangers désireux de s'intégrer en Suisse paient le prix fort.

⁵³ Neue Zürcher Zeitung, 10. Dezember 2003, p.51

⁵⁴ BO 2003 CE 1152ss.