

Le rôle du juge et du législateur dans la question des naturalisations

Bibliographie :

AUER A./VON ARX N., Direkte Demokratie ohne Grenzen ?, *AJP/PJA* 2000, p. 923.

GRISEL E., Les droits fondamentaux violés ou les droits démocratiques bafoués ?, *terra cognita* 4/2004, p. 58.

HANGARTNER Y., Grundsätzliche Fragen des Einbürgerungsrechts, *AJP/PJA* 2001, p. 658.

HANGARTNER Y., Neupositionierung des Einbürgerungsrechts, *AJP/PJA* 2004, p. 3.

KIENER R., Rechtsstaatliche Anforderungen an Einbürgerungsverfahren, *recht* 2000, p. 213.

KIENER R., Les droits fondamentaux violés ou les droits démocratiques bafoués ?, *terra cognita* 4/2004, p. 58.

PREVITALI A., Naturalisation : sur quels critères ?, *Plädoyer* 2000, No 3, p. 48.

I. Introduction

Le rôle du juge dans la vie politique suscite la controverse dans plusieurs pays voisins. Quant à la naturalisation, qui est un problème typiquement suisse, le débat peut se situer à différents niveaux. En deçà des polémiques partisans et au-delà des questions de pure technique juridique, le sujet met en jeu des principes importants qui ont trait à l'équilibre entre les autorités de l'Etat et notamment au bon fonctionnement de la démocratie.

Les deux arrêts rendus par le Tribunal fédéral le 9 juillet 2003 ont le mérite de remettre en question des idées reçues depuis longtemps et présentent une vision nouvelle des rapports de force entre le juge et les principaux organes de notre démocratie¹. Certes, les deux jugements n'ont pas exactement la même portée, mais ils obéissent à une logique semblable. Dans l'affaire d'Emmen, le Tribunal fédéral annule le résultat d'une votation, ce qui en soi n'a rien de révolutionnaire, tandis que, dans l'arrêt zurichois, il prétend restreindre le droit de référendum de sa propre autorité, ce qui est à la fois sans précédent et d'une gravité manifeste. Autrement dit, dans le premier cas, le juge soumet au droit les naturalisations, qui ont toujours été regardées jusqu'ici comme des actes politiques et discrétionnaires. Dans la seconde espèce, il affirme que le peuple n'est pas en mesure de respecter les conditions juridiques d'une procédure régulière et qu'il est donc indigne de se prononcer sur les naturalisations. C'est dire que les deux arrêts s'emboîtent l'un dans l'autre, le premier étant en quelque sorte le fondement du second. Cela facilite la division de l'exposé en deux parties : il faut d'abord examiner la question primordiale, qui touche l'essence même de la décision de naturaliser, et ensuite le

¹ ATF 129 I 217 □ ATF 129 I 232.

problème en quelque sorte subsidiaire, s'il appartenait au juge d'empêcher tout référendum populaire dans ce domaine.

II. La naturalisation : un acte politique ou administratif ?

La question de fond se pose ainsi : la naturalisation est-elle un acte discrétionnaire, libre, auquel les requérants n'ont aucun droit, ou au contraire un acte administratif, soumis à diverses normes, ce qui implique au moins un droit relatif à l'octroi de la nationalité suisse ? Le Tribunal fédéral reconnaît que la première proposition a été acceptée jusqu'ici par la pratique et la doctrine dominante². Cependant, il renverse une jurisprudence séculaire, sans donner à son revirement une motivation digne de ce nom. Cette lacune est choquante en elle-même, car il s'agit du point central dont dépendent tous les autres : si la naturalisation est une décision administrative qui bénéficie d'une garantie juridique, elle ne peut évidemment pas être prononcée par le peuple ; par contre, si elle est un acte politique, l'organe populaire est à même de se prononcer.

C'est donc ce premier problème qu'il convient d'examiner de façon plus approfondie. Il se décompose d'ailleurs en une double interrogation : D'une part, en quoi et pourquoi la naturalisation a-t-elle toujours été considérée jusqu'à maintenant comme un acte politique et discrétionnaire ? D'autre part, appartient-il au juge, ou plutôt au constituant et au législateur, de modifier un système séculaire et bien établi ?

1. Il est hors de doute que les dispositions actuelles de la Constitution et des lois font de la naturalisation un acte politique et discrétionnaire. Trois raisons militent en faveur de cette thèse.

a. En premier lieu, elle ressort à l'évidence des principes posés par l'article 38 de la Constitution, qui reprend l'ancien article 44. Cette disposition fait de la naturalisation l'affaire des cantons. Ceux-ci étant entièrement libres jusqu'en 1874, la Constitution du 29 mai a limité leur marge de manœuvre en prévoyant que la Confédération poserait des conditions minimales, mais il n'a jamais été question que la législation fédérale puisse en quelque sorte les contraindre à naturaliser quiconque. C'est exactement la démarche contraire qui était envisagée et l'effet inverse qui était recherché : l'Etat central recevait une compétence très spécifique, à seule fin de freiner les naturalisations par des cantons jugés trop enclins à les octroyer³. Cette volonté claire et indiscutable montre bien que l'on parlait de l'idée que la naturalisation est un acte libre. Sinon, le constituant se serait exprimé tout autrement, en 1999 comme en 1874. Il convient donc de dissiper ici un malentendu. Il est vrai que la naturalisation est assujettie à des normes juridiques, qui en fixent la procédure et les

² ATF 129 I 232 cons. 3.1.

³ FF 1997 I 226□voir également E. Grisel, *Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874*, ad art. 44, N^{os} 1 sq.

conditions. Mais il n'en résulte nullement que la décision cantonale ou communale serait elle-même de nature juridique. Puisque les conditions posées sont des minima, il est interdit aux cantons et aux communes de naturaliser les personnes qui ne satisfont pas à certaines exigences légales, mais de là à dire que les autorités locales seraient obligées d'accepter une requête dans des cas donnés, il y a un pas que le législateur n'a pas voulu franchir et que d'ailleurs le constituant interdirait. Il serait faux également de considérer que les articles 8 et 9 de la Constitution s'appliquent automatiquement à tous les actes de n'importe quelle autorité. Pour s'en convaincre, il suffit de faire la comparaison avec les élections : elles aussi dépendent de conditions matérielles, l'éligibilité notamment, et elles sont subordonnées à des prescriptions de procédure ; enfin, elles émanent du peuple, autrement dit d'un organe étatique. Et pourtant, personne n'aurait l'idée d'en inférer que le candidat valablement présenté a une sorte de droit d'être élu, et qu'au moins le corps électoral devrait s'abstenir de toute discrimination, entendre les candidats et motiver sa décision. Il est vrai que ce n'est pas la même chose; toutefois, ne pas être élu – ou réélu – peut être aussi grave qu'un refus de la naturalisation. La jurisprudence antérieure allait jusqu'à rapprocher la naturalisation de la grâce et les soumettait au même régime⁴.

b. Il est vrai que ce premier argument, qui est d'ordre négatif, ne serait peut-être pas décisif à lui seul. Mais il y en a un deuxième, qui est encore plus convaincant. On sait que la naturalisation implique une procédure en deux phases. Lors de la première, il s'agit précisément de vérifier que les conditions minimales posées par la loi fédérale sont réunies. La décision fédérale, qui se définit comme une autorisation, est prise par l'Office fédéral des étrangers⁵, avec un recours au Département fédéral de justice et police⁶. En pareil cas, puisque l'acte se fonde sur le droit public fédéral, il serait tout naturel qu'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral soit ouvert. Or justement, il n'en est rien, tout recours, soit contre l'octroi, soit contre le refus de l'autorisation fédérale étant expressément exclu par l'article 100, lettre c, OJ. Cette dérogation au fonctionnement normal de la juridiction administrative s'explique seulement par la conviction du législateur que la décision prise par l'autorité fédérale est discrétionnaire et par la volonté de la rendre définitive. Il s'ensuit, à plus forte raison, que le même législateur n'a pas voulu soumettre au contrôle judiciaire les décisions prises à l'échelon cantonal ou communal. Ce raisonnement a fortiori s'impose à l'évidence : la phase fédérale de la procédure obéit à des conditions légales bien déterminées, et un droit de regard du juge, qui serait concevable et même naturel, a été refusé et l'est encore dans la nouvelle du 3 octobre 2003⁷ ; en revanche, dans la phase cantonale, la loi fédérale ne prescrit rien, et on doit en déduire, a fortiori, que les autorités locales prennent une

⁴ Voir ATF 36 I 227.

⁵ Art. 12 sq. LN, RS 141.0.

⁶ Art. 51, al. 3, LN.

⁷ FF 2003, p. 6179.

décision définitive, à l'abri de tout recours au Tribunal fédéral, et de caractère politique. Bien entendu, cet aspect des choses n'apparaît pas dans l'arrêt concernant Emmen, alors qu'il aurait dû être décisif et conduire à la conclusion que le recours était irrecevable.

c. Un troisième argument qui milite pour le caractère essentiellement politique des naturalisations ordinaires, c'est le fait qu'elles ont été, de tout temps et presque partout, confiées précisément à des organes politiques. Tout récemment encore, c'était la *Landsgemeinde* cantonale qui était compétente pour accorder la naturalisation au sens de l'article 38 de la Constitution⁸. Ce procédé, qui était séculaire, avait reçu l'aval de l'Assemblée fédérale, lorsqu'elle donnait la garantie aux constitutions cantonales. En outre, dans des centaines de communes qui sont dirigées par une assemblée générale des citoyens, c'est elle qui vote sur les demandes de nationalité⁹, et jusqu'ici il n'était venu à l'esprit de personne de contester la validité de cette manière de faire. Enfin, dans les collectivités qui ont un Parlement, c'est généralement lui qui est compétent¹⁰, sauf exception. Dans tous les cas, l'autorité compétente est de nature purement politique, qu'il s'agisse d'un organe de démocratie directe ou représentative, ce qui signifie évidemment que la naturalisation est tenue pour un acte politique. A cet égard également, les arrêts du Tribunal fédéral sont étrangement muets, soit que le point ait été oublié, soit qu'il ait été délibérément occulté.

2. En définitive, il est abondamment établi que les constituants et les législateurs ont conçu la naturalisation comme une procédure politique, et la décision d'octroi ou de refus comme un acte discrétionnaire. Appartenait-il au juge de méconnaître cette volonté claire, de renverser le sens donné depuis cent trente ans au système ? Le Tribunal serait-il habilité à réviser la Constitution et la loi ? La réponse n'est guère douteuse. Certes, il est chargé d'interpréter les textes. Toutefois, il ne s'agit pas ici d'en nuancer la lecture, mais bien d'introduire une réforme fondamentale, qui est d'ailleurs pendante aux Chambres fédérales¹¹. Le Tribunal ne pouvait pas entreprendre lui-même cette démarche sans usurper les attributions des organes auxquels il n'est pas supérieur, mais subordonné par la

⁸ OW art. 61, ch. 6, aCstc art. 21, ch. 1, aCstc.

⁹ Par exemple: ZH, LU, UR, SZ, NW, GL, ZG, FR, SO, BL, SH, AR, AI, GR, AG, VS, JU.

¹⁰ Par exemple, à OW, BS, TI, VD et NE, le conseil communal est compétent pour octroyer la bourgeoisie communale de même à BE, UR, SZ, OW, NW, ZG, FR, BS, BL, SH, AI, AG, TG, TI, VS, le parlement cantonal est compétent pour octroyer l'indigénat cantonal.

¹¹ Le Parlement a adopté le 3 octobre 2003 un arrêté fédéral sur l'acquisition de la nationalité par les étrangers de la troisième génération ainsi qu'un arrêté fédéral sur la naturalisation ordinaire et sur la naturalisation facilitée des jeunes étrangers de la deuxième génération (FF 2003, p. 6043 sq.). Ces deux objets seront soumis en votation le 26 septembre 2004. En outre, l'Assemblée fédérale a modifié, le même jour, la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse dans trois domaines: naturalisation facilitée des jeunes étrangers de la deuxième génération/simplification de la procédure de naturalisation ordinaire (pas encore publié dans la Feuille fédérale) acquisition de la nationalité par les étrangers de la troisième génération (pas encore publié dans la Feuille fédérale); acquisition de la nationalité par des personnes d'origine suisse et émoluments (FF 2003, p. 6179).

Constitution. Certes, il lui est déjà arrivé d'empiéter sur les prérogatives du constituant et de méconnaître ses intentions explicites. L'affaire du droit de vote des Appenzelloises vient à l'esprit¹². Mais le précédent, pour fâcheux qu'il ait été sous l'angle juridique, avait au moins l'excuse de conduire à un juste élargissement des droits populaires. Par contre, ce qui est inquiétant dans le cas présent, c'est que le Tribunal fédéral prétend empêcher le déroulement normal du processus démocratique par un excès de pouvoir, et cela pour finir par interdire l'exercice du droit de référendum au sujet des naturalisations.

III. Le rôle du juge face aux droits des individus et du peuple

C'est ce dernier aspect du sujet qu'il convient d'analyser dans la seconde partie de l'exposé. Il suffit de rappeler ici que le raisonnement du juge est certes rigoureux, mais qu'il pêche par sa prémisse et qu'il conduit à une conclusion difficilement acceptable : les arrêts du 9 juillet partent, en effet, de l'idée fautive que la naturalisation serait un acte juridique soumis à toutes sortes de règles de forme et de fond, mais surtout ils aboutissent à la constatation que le peuple, n'étant pas en mesure de satisfaire aux exigences posées, ne saurait se prononcer sur les requêtes. Abstraction faite de son point de départ qui est erroné, la manière de voir du juge prête encore à la critique sous deux angles au moins : d'une part, sur le fond, elle revient à trancher de façon discutable le conflit entre les droits fondamentaux qui sont en jeu ; d'autre part et surtout, elle repose sur une fautive conception des rapports entre le juge et le peuple.

1. Sur le premier point, il faut reconnaître une évidence qui met chacun d'accord : l'organe de suffrage n'est pas pleinement en mesure de procéder à des scrutins qui protègent les droits de procédure et la sphère privée, et qui respectent les règles interdisant les inégalités, l'arbitraire et les discriminations. Telle est d'ailleurs l'une des nombreuses raisons pour lesquelles le référendum sur les naturalisations est une institution inopportune. Mais il ne s'ensuit pas nécessairement qu'elle serait contraire à la Constitution et devrait être regardée comme nulle. Pour arriver à cette conclusion, il faudrait considérer que les droits individuels en cause l'emportent nécessairement sur les droits démocratiques. En d'autres termes, il convient de se livrer à une opération familière au juriste, c'est-à-dire à une balance des intérêts. Ici encore, l'arrêt du Tribunal fédéral est en défaut, car il fait à peine allusion à cet aspect pourtant capital des choses. Quoi qu'il en soit, toute pesée des intérêts est d'ordre essentiellement subjectif et, par suite, sujette à des divergences de vue. En l'occurrence, elle est d'autant plus délicate que l'on compare des droits et des intérêts qui sont de nature totalement différente et n'ont presque rien de commun. Toutefois, le moins que l'on puisse dire, c'est que la chose ne va pas de soi, contrairement à ce que

¹² Voir ATF 116 Ia 367□voir également E. Grisel, *Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874*, ad art. 74, N^{os} 33 sq.

paraît penser le Tribunal fédéral. Les droits formels et matériels qui appartiennent aux individus – et par hypothèse – aux requérants, sont évidemment importants en eux-mêmes, personne ne le contestera. Mais leur poids relatif doit être évalué suivant les domaines où ils s'exercent. Or, en matière de naturalisation, ils sont appelés à jouer un rôle plutôt secondaire, par la force des choses. D'un côté, il y aura toujours des inégalités, puisque certaines requêtes sont acceptées, d'autres non ; le soupçon d'arbitraire ou de discrimination ne pourra jamais être entièrement écarté, car la décision dépend forcément de considérations personnelles et subjectives qu'il est difficile de déceler. D'un autre côté, les garanties de procédure, comme le droit d'être entendu et le droit à une motivation, ne peuvent de toute manière pas être vraiment efficaces, tant que la naturalisation relève de la compétence des autorités politiques, qu'il s'agisse du Parlement ou d'une assemblée populaire. Ici aussi, les arrêts sont singulièrement lacunaires. Comment le Tribunal fédéral entend-il concilier ces exigences formelles et matérielles avec le fait que les requêtes sont en tout état de cause examinées par des organes politiques qui se fondent nécessairement sur des critères politiques, ne peuvent pas réellement entendre les requérants, ni préserver leur vie privée, ni motiver les décisions, ni échapper à tout soupçon d'arbitraire ou de discrimination ? En particulier, les deux arrêts de juillet ne montrent pas la différence essentielle qu'il y aurait entre le référendum et le vote en *Landsgemeinde*. A première vue, les deux procédures présentent des inconvénients assez semblables et suscitent le même genre d'objections.

Il faudrait donc inférer de la nouvelle jurisprudence que les compétences des parlements et des assemblées générales, dans les communes et dans les cantons, ne se conforment pas à la Constitution fédérale. Cela aurait pour conséquence la révision de plusieurs centaines de lois et de règlements cantonaux et communaux, et il est certes tentant, mais décidément trop facile, de dire que « la pratique, aidée par la jurisprudence, va finir par trouver les réponses adéquates ». En réalité, les arrêts fédéraux de juillet créent la confusion et laissent un vide qui porte une grave atteinte à la sécurité du droit, elle-même particulièrement nécessaire dans un domaine aussi sensible. Si vraiment le Tribunal fédéral était convaincu que les droits individuels des requérants l'emportent ici sur les droits démocratiques des citoyens, il pouvait encore éviter de créer le chaos en rendant des jugements incitatifs, comme il le fait de plus en plus souvent, rendant les constituants cantonaux attentifs aux inconvénients et aux dangers d'une procédure de référendum et leur laissant un peu de temps pour résoudre le problème. Il aurait ainsi évité de mettre les cantons et les communes dans des situations inextricables et aurait contribué à résoudre un problème, au lieu d'en créer plusieurs.

2. Quoi qu'il en soit, il faut se pencher, pour finir, sur une autre objection, qui est d'ordre beaucoup plus fondamental, car elle a trait aux rapports entre le constituant ou le législateur, c'est-à-dire le peuple, et les tribunaux. Au point de

départ, chacun conviendra de deux choses. D'abord, la démocratie directe ne doit pas être illimitée, il importe de lui fixer un cadre, autrement dit de définir aussi clairement que possible le champ d'application des droits populaires. Ensuite, il existe indéniablement un conflit, au moins virtuel, entre certains droits fondamentaux et la marge de manœuvre qui appartient à toute autorité politique, quelle qu'elle soit, mais surtout au peuple. Toutefois, ici aussi, la question se pose : appartient-il au juge d'arbitrer le conflit et celui-ci ne doit-il pas, au contraire, être tranché par le constituant et le législateur ? En d'autres termes, qui fixe le contenu et le sens des normes topiques, le juge ou le peuple ? Ou encore, en démocratie, qui est souverain, qui a le dernier mot, l'auteur de la Constitution ou son interprète ?

Les arrêts de juillet partent manifestement de l'idée que le Tribunal fédéral, gardien de la Constitution et protecteur des droits individuels, peut interdire à l'organe populaire de fixer lui-même les limites de son pouvoir. C'est dire qu'il lui refuse la compétence de la compétence et s'arroge la puissance ultime. Apparemment, cette prétention s'appuie sur un argument qu'une apologie récente a résumé ainsi : le peuple, lit-on, n'est « qu'un organe de l'Etat, le plus important sans doute, mais il doit son existence à la Constitution, à laquelle il est donc soumis comme tout autre organe et toute personne ». Or cette thèse ne paraît pas compatible avec le régime politique de notre pays, dans la mesure où elle est en contradiction formelle avec la souveraineté du peuple. Si le peuple doit son existence à la Constitution, à qui la Constitution doit-elle elle-même son existence ? En bonne logique, il faut bien que l'un préexiste à l'autre et lui soit par conséquent supérieur. En démocratie, non seulement le peuple ne doit pas son existence à la Constitution, mais c'est justement l'inverse, le peuple existe avant et indépendamment de la Constitution, c'est lui qui l'adopte et qui en fixe le contenu. Dans ce sens, on peut évidemment dire que le peuple est au-dessus des dispositions constitutionnelles, puisqu'il les accepte ou les refuse en toute liberté. Mais le problème n'est pas exactement là, ce qui est plus important, c'est que l'organe populaire détermine la substance et la signification de la Constitution, puis de la loi. Et cette décision doit être respectée par chacun, à commencer par le juge. Si celui-ci veut s'opposer au peuple et lui imposer sa volonté, il commet une sorte de forfaiture.

IV. Conclusion

Il faut souligner quatre points.

Sur un plan pratique, il est difficile de déterminer les effets concrets des arrêts du 9 juillet; ce qui est sûr, c'est que le Tribunal fédéral ne saurait accorder la naturalisation, de sorte que les recourants ne tirent aucun avantage direct de leur succès, et que, pour le reste, tout dépend des décisions du législateur, voir du constituant.

Sous l'angle juridique, les arrêts de juillet sont intéressants, mais surtout par ce qu'ils ne disent pas. Ils omettent de faire la synthèse entre les diverses parties de la loi d'organisation judiciaire, laquelle entend exclure tout recours sur les naturalisations. Ils ne tiennent aucun compte de la nature des prescriptions fédérales relatives à la naturalisation par les cantons. Ils oublient que cet acte émane presque toujours d'un organe politique, généralement populaire. Ils ne se livrent pas à une véritable pesée des intérêts entre les droits fondamentaux et les droits populaires qui sont en jeu.

Sur le terrain philosophique, le Tribunal fédéral part de l'idée que les droits fondamentaux l'emportent forcément sur les droits démocratiques ; il est vrai que les droits collectifs ne doivent pas étouffer les droits de la personne. Cependant, porté à l'excès, l'individualisme a aussi ses dangers, et il faut le mettre en équilibre avec la démocratie directe, qui est un puissant facteur d'intégration sociale.

D'un point de vue politique, le Tribunal fédéral invente une limite matérielle à la révision des Constitutions cantonales, superposant une sorte de gouvernement des juges à la souveraineté populaire. En définitive, la nouvelle jurisprudence méconnaît cet axiome fondamental sans lequel il n'y a pas de démocratie, c'est que le peuple, même quand il a tort, a toujours raison.