

**Ce qu'il a dit et ce qu'il n'a pas dit :
les arrêts du Tribunal fédéral sur la naturalisation par vote populaire**

Introduction

1. Le 9 juillet 2003, le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts importants en matière de naturalisations par vote populaire. Dans l'arrêt Emmen¹, il a jugé que la votation populaire organisée dans cette commune du canton de Lucerne en date du 12 mars 2000 était discriminatoire, parce que les électeurs avaient accepté de naturaliser tous les requérants d'origine italienne, au nombre de huit, mais refusé la naturalisation de tous les requérants provenant de l'ex-Yougoslavie, au nombre de trente-huit. Dans l'arrêt SVP², le Tribunal fédéral a annulé, pour non-conformité à la Constitution fédérale, une initiative populaire municipale qui voulait soumettre la naturalisation d'étrangers au vote populaire de tous les citoyens bourgeois de la Ville de Zurich. Dans le premier cas, il a donc surtout tranché une question concrète. Dans le second, il s'est prononcé sur un problème abstrait.

2. Pour arriver à ces deux conclusions, qui se complètent et qui – c'est le moins que l'on puisse dire – n'ont pas passé inaperçues, les juges ont développé une série d'arguments en droit dont il vaut la peine de rappeler les plus importants, non pas seulement parce qu'ils sont effectivement importants, mais parce qu'ils sont parfois mal compris, voire enrichis de propos que les juges n'ont pas voulu, ou n'ont pas pu tenir. Mon bref exposé est donc divisé en deux parties, à savoir ce que le Tribunal fédéral a dit (I) et ce qu'il n'a pas dit (II). J'ajouterai dans la conclusion quelques considérations sur ce qu'il aurait pu dire.

I Ce que le Tribunal fédéral a dit

3. Le premier point que le Tribunal fédéral a affirmé avec force et conviction est que le peuple, même dans une démocratie directe, n'est pas au-dessus de la constitution. Il n'y a là à vrai dire rien de nouveau, mais le

¹ ATF 129 I 117 A.

² ATF 129 I 232 Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich.

Tribunal a jugé bon de le rappeler dans les deux arrêts³ : le corps électoral, lorsqu'il exerce les compétences que la constitution lui assigne, est lié par les droits fondamentaux, au même titre que tous les autres organes de l'Etat. Cela fait plus d'un siècle que le Tribunal fédéral annule des lois cantonales, même adoptées par le peuple en référendum, lorsqu'elles violent les droits fondamentaux ou le droit fédéral supérieur. Cela fait des décennies qu'il censure pour les mêmes motifs des initiatives populaires cantonales ou communales, avant même qu'elles ne soient soumises au peuple, à tout le moins lorsque le droit cantonal prescrit le contrôle de leur conformité au droit supérieur⁴. Mais c'est la première fois qu'il pose une limite au droit de référendum en excluant que le peuple puisse se prononcer sur une question – la naturalisation – à laquelle il ne peut donner une réponse matériellement et formellement conforme à la constitution. Le peuple, en d'autres termes, n'est pas affranchi des limites que la Constitution impose à quiconque assume une tâche de l'Etat (art. 35 al. 2 Cst).

4. Le deuxième argument porte sur la nature – juridique ou politique – de la procédure de naturalisation. Le Tribunal fédéral s'écarte de la vue traditionnelle qui considérait que la naturalisation était une procédure politique, marquée par une liberté d'appréciation illimitée de l'autorité décisionnelle et par la double absence de tout droit à la naturalisation et de tout droit de recours en cas de refus. Il retient avec toute la clarté nécessaire qu'il s'agit d'une procédure administrative, qui s'ouvre par une requête de l'intéressé, se déroule selon des règles fédérales et cantonales qui fixent les étapes et les principes et se termine par une décision administrative. Même si le requérant n'a pas de droit subjectif à la naturalisation, la procédure y relative ne se déroule pas dans un espace en dehors du droit, mais selon des règles de forme et de fond qui sont définies par le droit et appliquées par les autorités.

5. La troisième étape du raisonnement rappelle que, puisqu'il s'agit de décisions administratives, celles-ci doivent être motivées. L'obligation de motiver découle du droit d'être entendu garanti par la Constitution fédérale (art. 29 al. 2 Cst). Elle est indispensable à un double point de vue : permettre au particulier de comprendre la décision qui a été prise à son égard ; forcer l'auteur de la décision à se soumettre à un certain autocontrôle. La motivation des décisions est d'autant plus importante que les droits fondamentaux de certaines personnes sont en jeu, que la marge d'appréciation de l'autorité est large et que le risque de décisions

³ ATF 129 I 117, 225 et 129 I 232, 240.

⁴ ATF 114 Ia 267 Madeleine Rouiller.

discriminatoires est important, trois conditions qui sont pleinement remplies dans le domaine de la naturalisation.

6. Le quatrième point se borne à constater que les citoyens ne peuvent par définition pas motiver leurs décisions. Pas parce qu'ils ne veulent pas, pas parce qu'ils sont de mauvaise foi, mais parce qu'ils ne peuvent pas, parce qu'une telle motivation, exprimant la volonté de la majorité de ceux qui ont pris part au vote, n'existe tout simplement pas. Et une motivation subséquente par une autre autorité s'avère impossible, en tout cas dans les grandes communes. Il ne suffit pas qu'un organe indique *post festum* les motivations possibles ou probables d'un vote populaire, car la fonction d'autocontrôle ne peut pas être remplie de cette manière. Il n'est pas possible non plus de ne pas informer les électeurs sur les attributs et caractéristiques du candidat pouvant donner lieu à une discrimination – comme sa religion, son origine, la couleur de sa peau – car même le nom peut traduire et trahir de telles caractéristiques et le nom ne peut pas rester secret.

7. Conséquence de cet enchaînement logique d'arguments de droit: l'introduction du référendum obligatoire pour les décisions de naturalisation ne respecte pas l'obligation de motiver et viole, par conséquent, la constitution. Le Tribunal fédéral a encore ajouté deux arguments supplémentaires, qui renforcent cette conclusion :

8. La liberté de vote oblige l'autorité à informer les électeurs sur l'objet et les enjeux du scrutin. Si les naturalisations sont du ressort des électeurs, il faudrait donc que ces électeurs soient informés sur les éléments qui déterminent l'aptitude des candidats à devenir suisse, à savoir notamment l'origine, la formation, le revenu, la fortune, les connaissances linguistiques, la situation familiale, la réputation, etc. Or, ces informations entrent inévitablement en conflit avec le droit à la protection de la sphère privée, voire de la sphère intime, qui est garanti par l'art. 13 Cst. Communiquer ces données sensibles à tous les électeurs représenterait donc une atteinte disproportionnée à la sphère privée, en tout cas dans une grande ville comme Zurich.

9. Enfin, le principe démocratique ne peut pas justifier les déficits constitutionnels du vote populaire sur les naturalisations. L'introduction du référendum pour les normes et les décisions qui concernent tout un chacun ne pose pas de problèmes, parce que tous les citoyens en sont touchés de la même manière. Lorsqu'en revanche le référendum porte sur une décision qui détermine directement la situation juridique des personnes concernées, les droits fondamentaux doivent être respectés. Puisque cela n'est pas

possible pour les votations à l'urne, le référendum administratif individuel s'avère inconstitutionnel.

10. La quintessence des deux arrêts du 9 juillet 2003 est que le peuple ne peut pas décider qui fait partie du peuple. C'est cette conjonction symbolique du domaine concerné – la naturalisation d'étrangers – et du verdict prononcé – l'inconstitutionnalité d'un vote populaire – qui excite les esprits et agace les patriotes. Je l'ai déjà dit : ce n'est pas la première fois que le Tribunal fédéral annule une initiative populaire pour non-conformité à la constitution. Ce n'est pas non plus la première fois qu'il dit que le résultat d'un vote du peuple est contraire à cette même constitution. Mais c'est bien la première fois qu'il annule une initiative populaire parce qu'elle postule et impose un vote populaire qui ne pourra pas ne pas violer la constitution. Ce faisant, il a posé une limite de principe à l'exercice de la démocratie référendaire. Or cette limite ne diminue pas, elle augmente la valeur et la légitimité de cette démocratie.

11. Quatre arguments principaux, deux arguments complémentaires et une puissante conclusion – tel est le message que les arrêts du 9 juillet adressent au pays. Mais il n'y a pas que cela.

12. Il y a notamment un argument de procédure, qui concerne la qualité pour agir et qui intéresse au plus haut point les juristes. L'accès au juge constitutionnel est réservé en Suisse à celui qui peut se prévaloir d'un intérêt juridique (art. 88 OJ). Un intérêt juridique est un intérêt protégé par le droit, soit par la législation ordinaire fédérale ou cantonale, soit par la Constitution fédérale. Lorsque le recourant peut se prévaloir d'un droit constitutionnel spécifique, comme les libertés classiques par exemple, l'intérêt juridique découle du contenu de ces libertés et appartient à tous les titulaires de celles-ci. Mais lorsqu'il ne reste au recourant que le grief de l'arbitraire, il ne sera entendu que si le droit ordinaire, à savoir la législation fédérale ou cantonale applicable, lui confère un droit ou sert à protéger ses intérêts. Selon la formule chère au Tribunal fédéral, il n'existe pas de droit constitutionnel à une activité étatique exempte d'arbitraire. En avril 2000, le Tribunal fédéral a jugé que l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale n'avait pas modifié cette approche restrictive, pourtant critiquée par la doctrine presque unanime. Dans l'arrêt Emmen, il a franchi un pas important pour corriger cette jurisprudence, sans toutefois la renverser encore. L'interdiction des discriminations consacrée à l'art 8 al. 2 Cst est assimilée, sous l'angle de la qualité pour agir, aux droits constitutionnels spécifiques et non à l'interdiction de l'arbitraire. Elle comporte un champ de protection suffisamment déterminé pour que l'intérêt juridique découle de son contenu et de sa titularité. Il suffit donc

qu'une personne se plaigne d'une discrimination fondée sur l'un des critères suspects figurant à l'art. 8 al. 2 Cst. – par exemple l'origine – pour que la qualité pour agir lui soit reconnue. Et c'est ainsi que, pour la première fois, le Tribunal fédéral est entré en matière sur un recours dirigé contre un refus de naturalisation. On peut penser que cette ouverture représente un premier pas, soit pour contourner l'obstacle de l'intérêt juridique dans les recours formés pour arbitraire, soit pour conférer enfin à cette garantie essentielle de l'Etat de droit le statut de droit constitutionnel indépendant qu'elle mérite.

13. Et puis, ne l'oublions pas, il y a l'argument de fond. Après avoir rappelé ce que discriminer veut dire en termes constitutionnels – soumettre une personne à un traitement spécifique et dépréciatif en raison d'un critère suspect qui constitue un élément essentiel de son identité – le Tribunal fédéral n'a pas eu beaucoup de peine à admettre que le seul critère qui peut expliquer les décisions positives et négatives des électeurs d'Emmen le 12 mars 2000 est celui de l'origine : c'est parce qu'ils étaient italiens que les uns ont été admis, et c'est parce qu'ils étaient bosniaques ou serbes que les autres ne l'ont pas été. Il y a donc eu discrimination, et par conséquent violation de la Constitution.

14. A noter cependant que le Tribunal fédéral n'a pas annulé la votation elle-même, mais la seule décision du gouvernement lucernois la confirmant sur recours des intéressés. La nuance est de taille. Il est pourtant difficilement contestable que la violation de la constitution est bien le fait du peuple, lors de ce célèbre scrutin du 12 mars 2000, et que le gouvernement cantonal, tentant de la justifier, n'a fait que la reproduire. Mais alors, il aurait fallu annuler tous les résultats de la votation inconstitutionnelle, y compris la décision de naturaliser les huit candidats italiens. Pour éviter cette sanction délicate, le Tribunal fédéral s'est contenté de renvoyer la balle aux autorités cantonales et communales pour « *décider de la suite des demandes de naturalisation formées par les requérants* » et pour « *remplacer la procédure inconstitutionnelle en vigueur à Emmen par une procédure conforme à la constitution* ».

II Ce que le Tribunal fédéral n'a pas dit

15. Le Tribunal fédéral n'a pas dit que les décisions de naturalisation ne sont pas politiques et qu'elles se situent au même niveau que celles prises tous les jours par l'administration dans tous les domaines de l'activité étatique. Il est indéniable que le fait d'admettre ou de ne pas admettre une personne dans le cercle des citoyens revêt une très grande importance

politique. Il y va de la définition du groupe, de l'octroi de la nationalité suisse, de la détermination du « nous » et des « autres », de la transformation d'un étranger en un citoyen. Mais il a dit que cette portée politique ne change rien à la nature juridique, donc réglementée par le droit, de la procédure de naturalisation et ne dispense pas l'autorité compétente de respecter les *essentialia* de la constitution dans le cadre de cette procédure.

16. Le Tribunal fédéral n'a pas dit que les candidats à la naturalisation ont, de par la Constitution fédérale, un droit d'être naturalisés. Il existe de bonnes raisons de penser que la Constitution devrait peut-être un jour consacrer un tel droit. En l'état, seul le droit cantonal ou communal peut cependant conférer un droit à la naturalisation ordinaire, et il est encore rare qu'il le fasse. Mais le Tribunal fédéral a dit que l'absence d'un tel droit ne signifie pas que la procédure de naturalisation se déroule dans un espace hors du droit. Est-ce que la reconnaissance de la qualité pour agir et d'un droit à une décision non-discriminatoire et non-arbitraire ont pour effet de consacrer indirectement un tel droit à la naturalisation ? Non, car cela a simplement pour conséquence que la procédure de naturalisation et en particulier la détermination de l'organe compétent pour en décider doivent pouvoir garantir le respect des droits et principes garantis par la constitution. Ce sont donc des exigences minimales, formelles et matérielles, qui doivent être remplies. Si elles le sont – par exemple lorsque la décision est prise par une commission *ad hoc*, élue par le peuple et susceptible de fournir une motivation suffisante – la question de fond, à savoir l'octroi ou le refus de la naturalisation, peut être tranchée librement. En d'autres termes, le Tribunal fédéral n'a pas nié l'existence de la marge d'appréciation, même large et de principe, de l'organe compétent. Mais il a posé des conditions strictes quant à la composition et au fonctionnement de cet organe, qui doit pouvoir motiver ses décisions, et quant au contenu de la décision négative, qui ne doit pas être discriminatoire ou arbitraire. La liberté d'appréciation peut donc subsister, mais dans des limites plus étroites qu'avant le 9 juillet 2003.

17. Le Tribunal fédéral n'a pas dit qu'il est seul à décider en matière de naturalisation. Les organes qui ont quelque chose à dire en ce domaine sont, s'agissant des conditions minimales, le législateur fédéral (art. 38 Cst) et, s'agissant des conditions supplémentaires et de la décision proprement dite, le législateur cantonal ou communal et l'organe compétent dans les communes. Mais le Tribunal fédéral a dit qu'il lui appartient de vérifier le respect, par le législateur cantonal et par l'organe communal compétent, des exigences formelles et matérielles découlant de la Constitution, comme il le fait pour toute autre norme ou décision cantonale ou fédérale.

18. Le Tribunal fédéral n'a pas dit que la naturalisation d'étrangers échappe à toute emprise de la démocratie directe. Celle-ci, au contraire, est possible, nécessaire et même indispensable dans ce domaine, comme dans tous les autres. Veut-on faciliter la naturalisation des étrangers de la deuxième ou de la troisième génération ? Au peuple et aux cantons d'en décider au niveau fédéral. Veut-on accorder un droit à la naturalisation à certaines catégories d'étrangers ? Au peuple dans les cantons d'en débattre. Veut-on redéfinir les conditions et aménager la procédure ? Le référendum législatif cantonal, obligatoire ou facultatif, doit pleinement jouer. S'agit-il de choisir entre deux organes, par exemple une commission parlementaire ou une commission ad hoc ? Les électeurs de la commune concernée auront leur mot à dire. Bref, la démocratie directe est présente à tous les étages et dans tous les recoins de l'édifice institutionnel qui met en œuvre la procédure de naturalisation. Mais le Tribunal fédéral a dit que la décision finale en cette matière, celle qui tranche en faveur ou en défaveur de l'octroi de la nationalité suisse à un étranger, ne peut pas être prise par le peuple. Et encore s'est-il empressé d'ajouter que cette incompatibilité ne concerne que le vote secret.

Conclusion : ce que le Tribunal fédéral aurait pu dire

19. Un mot encore, si vous permettez, pour relever que le Tribunal fédéral a peut-être accordé une importance démesurée à l'obligation de motiver, qui apparaît comme l'exigence principale de la constitution qui condamne le vote secret sur les naturalisations. Cela implique que, si une telle motivation pouvait être fournie, le vote à l'urne serait conforme à la constitution. Le Tribunal fédéral s'est d'ailleurs demandé si une motivation subséquente par une autorité autre que le peuple pouvait suffire. Il a jugé que, pour les votes secrets dans les grandes villes, une telle motivation ne remplissait pas les fonctions que la constitution lui assigne : information et autocontrôle. Mais rien ne dit qu'il en aille de même dans les petites communes. Or, cette approche me paraît à la fois illusoire, trop formaliste et insuffisante.

20. Illusoire parce que, dans un domaine où il n'existe pas de droit subjectif à obtenir une décision positive, la motivation du refus est nécessairement vague et indéterminée, quelle que soit l'autorité qui décide. On dira par exemple au candidat recalé qu'il n'a pas su s'intégrer dans la communauté suisse, qu'il ne s'est pas accoutumé aux usages helvétiques ou qu'il n'a pas des connaissances linguistiques, ou historiques ou culturelles suffisantes. Cela – pardonnez-moi l'expression – cela lui fait une belle

jambe. Est-ce vraiment parce que le peuple ne peut même pas fournir une explication si insignifiante, si banale, que la constitution lui interdit de se prononcer sur les naturalisations ?

21. Trop formaliste et insuffisant, parce que le problème essentiel que posent les naturalisations par le peuple est bien un problème de fond et non de procédure. C'est parce que le peuple, lorsqu'il se prononce sur les naturalisations, ne peut pas faire autrement que de violer la sphère privée des requérants, ne peut pas faire autrement que de trancher de façon arbitraire, ne peut pas faire autrement que de commettre autant d'inégalités qu'il y a des candidats, ne peut pas faire autrement que de discriminer, ne peut pas faire autrement que de violer le droit d'être entendu – que le référendum en matière de naturalisation est inconstitutionnel. L'absence de motivation, en d'autres termes, n'ajoute qu'un élément supplémentaire à toutes les inconstitutionnalités, graves et incontournables, que le peuple consomme lorsqu'il se prononce sur les naturalisations.

22. De sorte qu'en dernière analyse c'est bien la démocratie directe elle-même – sa réputation, sa légitimité, sa dignité – qui condamne les scrutins comme celui d'Emmen en mars 2000. La liberté de vote confère à chaque citoyen le droit à ce qu'aucun résultat d'une votation ne soit reconnu s'il ne traduit pas de manière fidèle la volonté librement exprimée du corps électoral. Lorsque cette volonté a pu s'exprimer librement et que le résultat est conforme à l'ordre juridique, la même liberté de vote exige que ce résultat soit reconnu, appliqué et suivi d'effets. Il s'ensuit que lorsque l'expression même de la volonté du peuple heurte frontalement les exigences constitutionnelles les plus élémentaires, la liberté de vote doit encore garantir qu'elle ne puisse avoir lieu. En d'autres termes, chaque citoyen a le droit de ne pas être appelé à se prononcer sur une question qu'il ne peut pas trancher sans violer gravement la constitution. Le Tribunal fédéral l'a laissé entendre tout à la fin de l'arrêt zurichois, lorsqu'il établit une distinction de principe entre le référendum administratif général, qui est admissible, et le référendum administratif individuel, qui ne l'est pas. Il aurait pu, et il pourra peut-être un jour, le dire plus clairement. Il apparaîtra ainsi non pas comme celui qui limite la démocratie directe au nom d'un principe formel, mais qui lui permet de sauvegarder la démocratie directe au nom même des valeurs qui sont à sa base.