



Avis de droit n°8 demandé par la commission thématique 2: "Droits politiques"

Droits politiques des étrangers

Introduction	1
1. Droits politiques, citoyenneté et nationalité	1
2. Nationalité à trois degrés	2
3. Nationalité genevoise?	3
4. Conditions liées à l'obtention des droits politiques des étrangers	3
Conclusion	4
Références	5

Introduction

La question du droit de vote des étrangers reste un sujet sensible et donne lieu à de nombreux débats. Lors de ses séances, la commission thématique en charge des droits politiques a traité cette problématique. Dans ce domaine, une nouvelle voie est envisagée par certains membres de la commission. Il s'agit de la création d'une sorte de bourgeoisie ou de nationalité genevoise autonome qui comprendrait l'exercice des droits politiques. Par ailleurs, indépendamment de la possibilité de créer une nationalité genevoise, la question des conditions qui pourraient être rattachées à l'octroi des droits politiques a également été abordée.

Afin de pouvoir se prononcer sur ces deux hypothèses, il conviendra en premier lieu de spécifier quelques notions utiles en matière de droits politiques et de nationalité (1). Nous rappellerons ensuite le principe de la nationalité suisse à trois niveaux (2), puis nous considérerons la possibilité de créer une nationalité purement genevoise (3). Enfin, nous mentionnerons les enjeux liés à l'exercice des droits politiques subordonné à la réalisation de conditions spécifiques (4).

1. Droits politiques, citoyenneté et nationalité

Les notions de droits politiques, de citoyenneté et de nationalité méritent d'être définies avant de poursuivre notre étude.

Tout d'abord, les droits politiques se définissent comme l'ensemble des compétences que l'ordre juridique reconnaît au corps électoral. Les droits politiques comprennent notamment le droit de vote, le droit d'élire et d'être élu, le droit de référendum et d'initiative populaire ainsi que la liberté de vote.¹ Notons que le terme droit de vote est parfois utilisé comme synonyme de droits politiques.²

¹ AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux, p. 14 et TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge, p. 8.

² Voir TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge, p. 8, note 25.

Le terme citoyen qui désigne le membre d'une cité, est parfois utilisé comme synonyme de national. Cependant, les notions de nationalité et de citoyenneté ne sont pas nécessairement échangeables. La nationalité définit l'appartenance à l'Etat alors que la citoyenneté renvoie à la participation à son pouvoir. Ainsi, des nationaux, comme les mineurs ne sont pas citoyens et les étrangers qui disposent des droits politiques, seront des citoyens mais pas des nationaux.³ Notons toutefois que dans la Constitution fédérale, ainsi que cela ressort de l'article 37, la citoyenneté est utilisée comme synonyme de nationalité.⁴

Lorsque la question des droits politiques des étrangers se pose, c'est bien d'une dissociation entre la citoyenneté et la nationalité qu'il s'agit. Au niveau fédéral, la réponse est claire, seuls les nationaux font partie du corps électoral et par là même les citoyens suisses sont tous des nationaux.⁵

L'exercice des droits politiques n'est pas obligatoirement lié à la nationalité suisse au niveau cantonal et communal. La compétence de régler les droits politiques à ces niveaux est en effet laissée aux cantons.⁶ Dans l'exercice de cette compétence, certains cantons ont reconnu des droits politiques aux étrangers. Dans certains cas, ce droit est limité au niveau communal comme à Genève, dans d'autres, le droit de vote est octroyé au niveau cantonal mais pas l'éligibilité. Parfois une demande doit être effectuée par l'étranger.⁷ Dans chacun des cantons concernés il s'agit d'un élargissement du corps électoral à des personnes étrangères qui ne sont pas au bénéfice de la nationalité suisse. Ce sont donc bien d'étrangers qui disposent d'une partie des droits politiques mais ceux-ci ne font pas partie d'une catégorie spéciale de nationaux cantonaux ou communaux.

2. Nationalité à trois degrés

L'objectif n'est pas ici de présenter tous les aspects de la nationalité suisse, ainsi que ses modes d'acquisition et les conditions y afférentes mais de rappeler une caractéristique propre à la nationalité suisse: le principe de la nationalité à trois degrés.

Dans la Constitution fédérale, les règles applicables à la nationalité se trouvent aux articles 37 à 40. Selon l'article 37, alinéa 1: "A la citoyenneté suisse toute personne qui possède un droit de cité communal et le droit de cité du canton". Cette disposition reprend l'article 43, alinéa 1 de la Constitution fédérale de 1874, antérieurement article 42 de la Constitution de 1848, selon lequel: "Tout citoyen d'un canton est citoyen suisse".⁸ L'article 37 de la Constitution fédérale énonce le principe de la nationalité à trois degrés qui se décline sur le plan fédéral, cantonal et communal.⁹ Selon ce principe, toute personne qui a la nationalité suisse est simultanément originaire d'une commune et ressortissante d'un canton.¹⁰ Ces trois niveaux de nationalité (nationalité fédérale; nationalité cantonale appelée droit de cité ou indigénat; nationalité communale appelée droit de cité ou indigénat) sont indissociables et il n'est pas possible de posséder l'une sans l'autre.¹¹ Il n'existe alors qu'une seule nationalité qui est "homogène et indivisible".¹² Le principe de la nationalité à trois degrés est par ailleurs repris dans la loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse.¹³

³ Voir GUTZWILLER, Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse, p. 14-15.

⁴ MAHON, ad art. 43, p. 337.

⁵ Art. 136 al. 1 Cst. de 1999.

⁶ Art. 39 I Cst. de 1999.

⁷ Nous ne procéderons pas ici à une analyse des droits politiques des étrangers dans les cantons, celle-ci ayant été effectuée par la commission dans son rapport sur les droits politiques des étrangers présenté lors de la séance plénière du 10 décembre 2009.

⁸ MAHON, ad art. 43, p. 338.

⁹ AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, L'Etat, p. 123.

¹⁰ AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, L'Etat, p. 127 et MAHON, ad art. 43, p. 338.

¹¹ *Ibidem*.

¹² GUTZWILLER, Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse, p. 70.

¹³ Art. 4 et 11 LN (RS 141.0).

3. Nationalité genevoise?

Une des questions posées en lien avec les droits politiques des étrangers est celle de la possibilité de créer une nationalité genevoise à travers laquelle les étrangers accéderaient à l'exercice des droits politiques.

Nous l'avons vu ci-dessus, le critère de la nationalité à trois niveaux implique que toute personne au bénéfice de la nationalité cantonale genevoise disposera obligatoirement d'un droit de cité communal ainsi que de la nationalité suisse. En effet, dans la mesure où selon l'article 37, alinéa 1, de la Constitution fédérale toute personne qui est au bénéfice d'un droit de cité communal et d'un droit de cité d'un canton a la nationalité suisse, il n'est pas envisageable de créer une "nationalité genevoise" qui serait indépendante des autres niveaux de la nationalité suisse. Une nationalité genevoise ne saurait ainsi être détachée de la nationalité suisse.

Si les cantons conservent certes des compétences législatives en matière de nationalité, et ce surtout dans le domaine de la naturalisation ordinaire¹⁴, il n'en demeure pas moins que ceux-ci ne peuvent pas créer une nationalité cantonale indépendante.

4. Conditions liées à l'obtention des droits politiques des étrangers

Selon l'article 39, alinéa 1, de la Constitution fédérale, les cantons règlent l'exercice des droits politiques aux niveaux cantonal et communal. Les cantons sont donc libres de définir les membres du corps électoral cantonal et communal et ne sont pas tenus de reprendre la composition du corps électoral national. Comme nous l'avons déjà mentionné, certains cantons ont fait le choix de donner une partie de l'exercice des droits politiques aux étrangers.

Face à la volonté de créer une nationalité genevoise qui aurait pour corollaire l'octroi des droits politiques dont l'obtention serait sans doute liée à la réalisation de certaines conditions, il convient d'envisager quelles conditions pourraient être posées à l'exercice des droits politiques des étrangers, en dehors de la création d'une nationalité genevoise.

L'on peut différencier deux types de conditions. Il y a des conditions que nous pouvons qualifier de purement objectives et d'autres qui contiennent un caractère plus subjectif.

Parmi les conditions objectives, nous pouvons mentionner deux éléments qui ont déjà été relevés au sein de la commission: une durée de résidence en Suisse voire dans le canton¹⁵ ou la demande formelle de l'intéressé. Ces conditions ne semblent pas poser de problème particulier dans le cadre de la pratique, leur réalisation étant relativement facile à déterminer. Il s'agirait d'une démarche purement administrative.

A propos du conditionnement de l'exercice des droits politiques à une demande faite par les étrangers, nous pouvons nous référer aux règles applicables aux droits politiques des Suisses de l'étranger ainsi qu'à la Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures.

Selon l'article 40, alinéa 2, de la Constitution fédérale de 1999, la Confédération légifère sur l'exercice des droits politiques au niveau fédéral des Suisses de l'étranger. La loi fédérale sur l'exercice des droits politiques des Suisses de l'étranger pose comme condition à l'exercice des droits politiques une demande effectuée auprès de la commune de vote.¹⁶ Cette inscription doit

¹⁴ GUTZWILLER, Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse, p. 69-70. Pour plus de détails quant à la naturalisation ordinaire voir par exemple AUER, MALINVERNI, HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, L'Etat, p. 130 ss. et GUTZWILLER, Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse, p. 217 ss.

¹⁵ Voir rapport de la commission thématique 2 sur les droits politiques des étrangers présenté lors de la séance plénière du 10 décembre 2009, p. 25 ss.

¹⁶ Art. 5a al. 1 loi fédérale sur l'exercice des droits politiques des Suisses de l'étranger (RS 161.5).

par ailleurs être renouvelée après quatre ans.¹⁷ Quant aux communes du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures¹⁸, celles-ci peuvent accorder le droit de vote aux étrangers sous la condition, entre autres, qu'ils en fassent la demande.¹⁹

Les conditions subjectives, telles que par exemple le niveau d'intégration, qui s'apparenteraient au processus de naturalisation amèneraient quelques questions qu'il conviendrait de trancher. Nous pouvons penser que les éléments suivants devraient être pris en considération:

- Quelle serait l'autorité compétente pour déterminer si les conditions sont remplies?
- Des voies de recours seraient-elles à disposition des candidats aux droits politiques recalés?
- Dans la mesure où des conditions proches de celles exigées pour la naturalisation pourraient être envisagées, il convient de rappeler qu'il est nécessaire de respecter l'égalité de traitement et le principe de non-discrimination contenus dans les deux premiers alinéas de l'article 8 de la Constitution fédérale.²⁰

Toute la difficulté liée à l'évaluation des conditions de caractère plus subjectif réside dans le fait qu'il existe une certaine marge de manœuvre ou liberté d'interprétation lors de l'analyse de leur réalisation. Cette problématique n'intervient pas pour les conditions objectives.

Conclusion

Comme nous l'avons vu, la création d'une nationalité genevoise indépendante des autres niveaux de nationalité, tels qu'ils ressortent de la conception de la nationalité suisse à trois niveaux, ne nous paraît pas envisageable.

Si l'on peut concevoir que l'exercice des droits politiques soit soumis, pour les étrangers, à certaines conditions, il est tout de même nécessaire de veiller que de part leur nature celles-ci n'amènent pas des complications regrettables sous l'angle de l'égalité de traitement et du principe de non-discrimination notamment. Par ailleurs, si de part la nature des conditions l'on se rapprochait d'une procédure de naturalisation, il serait opportun de s'interroger sur l'utilité du conditionnement de l'exercice des droits politiques à des critères connus dans le domaine du droit de la nationalité.

En effet, la question centrale doit demeurer l'octroi des droits politiques aux étrangers. A trop se rapprocher du processus de naturalisation, on en viendrait à confondre les deux procédures. Le point essentiel de la discussion est le suivant: veut-on octroyer les droits politiques à des personnes qui ne remplissent pas les conditions pour devenir suisse et qui peut-être n'en auront pas la volonté? Dans ce cas, il s'agit de défaire le lien qui existe entre la nationalité et la citoyenneté comprise comme la participation au pouvoir de l'Etat. Si la réponse est affirmative, il n'est nul besoin de tenter de raccrocher les droits politiques à la nationalité. Si la réponse est négative, l'exercice des droits politiques reste rattaché à la nationalité et n'en est pas dissociable.

En conclusion, soit l'on dissocie la nationalité des droits politiques et, peut-être sous certaines conditions mais sans pour autant créer une situation peu claire, on accorde les droits politiques aux étrangers, soit l'on considère que nationalité et droits politiques vont de pair et l'on refuse d'octroyer les droits politiques aux étrangers.

¹⁷ Art. 5a al. 2 loi fédérale sur l'exercice des droits politiques des Suisses de l'étranger (RS 161.5).

¹⁸ Pour le message concernant la garantie de la Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures voir FF 1996 I 965 et plus précisément pour la norme concernant le droit de vote des étrangers FF 1996 I 969.

¹⁹ Art. 105 al. 2 Constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures (RS 131.224.1).

²⁰ Au sujet de l'égalité de traitement et du principe de non-discrimination en lien avec la naturalisation ordinaire voir GUTZWILLER, Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse, p. 392 ss.

Références

AUBERT Jean-François, MAHON Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Schulthess, 2003.

AUER Andreas, MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, L'Etat, Stämpfli, Berne, 2006.

AUER Andreas, MALINVERNI Giorgio, HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, Les droits fondamentaux, Stämpfli, Berne, 2006.

GUTZWILLER Céline, Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2008.

TORNAY Bénédicte, La démocratie directe saisie par le juge, L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2008.