Roo 381483
CA/CH 371

Le statut des étrangers en Suisse*

Par Jean-François Aubert
Professeur à l'Université de Neuchâtel

Unam omnium rem publicam
agnoscimus, mundum.
Tertullien

I. Introduction

1. La nationalité est une *forme*. Pour les uns, c'est une qualité que chaque Etat confère à certaines personnes physiques; pour les autres, c'est un lien que chaque Etat noue avec ces mêmes personnes; les distinguant ainsi des autres êtres humains, qui sont les étrangers.

De cette forme, on ne peut guère définir le *contenu* en termes généraux. Le statut des nationaux, et, par conséquent, celui des étrangers, diffère selon les Etats. Dans quelques pays, le service militaire, qui passe habituellement pour le devoir typique des ressortissants, est imposé à des immigrants. D'autres pays accordent à l'étranger le droit de vote, que l'on tient, d'ordinaire, pour un attribut primordial du citoyen[1]. Même la faculté de vivre sur le territoire de la patrie, où l'on a vu parfois le trait essentiel

---

* La rédaction de la Revue de droit suisse se permet de rappeler son principe que les opinions émises dans ces pages n'engagent que leurs auteurs.

[1] Cf. Basdevant, S. Théorie générale de la condition de l'étranger, Répertoire de droit international, VIII, Paris, 1930, p. 36–37, nos 218–219.

de la nationalité[2], n'est pas universellement reconnue. Autrefois, les Suisses étaient sujets au bannissement. Certains Etats anglo-saxons, aujourd'hui encore, acceptent d'extrader leurs nationaux.

La nationalité n'est donc, en soi, qu'une étiquette. La substance qu'elle recouvre est modelée par la législation particulière des Etats. Il est évident que les variations de cette substance sont limitées. Sinon, on ne comprendrait pas l'utilité d'une étiquette commune. Néanmoins, quoique puisés dans un même fonds international, les prédicats de la nationalité ne se décrivent, en détail, qu'à l'intérieur d'un système étatique déterminé.

2. La nationalité *suisse* est, tout d'abord, une forme. C'est le lien, ou la qualité, – la nuance importe peu, – qui s'acquiert et se perd, à l'heure actuelle, selon une loi fédérale du 29 septembre 1952, et les textes dont elle entraîne l'application.

Mais la nationalité suisse est, en outre, un contenu. C'est l'ensemble des droits et des devoirs que l'ordre juridique suisse accorde ou impose aux nationaux, à l'exclusion des étrangers.

A vrai dire, cet ordre juridique suisse est construit sur une base territoriale, plutôt que personnelle. En principe, donc, ses normes s'adressent aux étrangers comme aux nationaux, dès l'instant où ils entrent en contact avec le territoire helvétique.

Toutefois, ce principe admet des exceptions. Ce sont précisément ces exceptions qui, additionnées, composent le statut suisse des nationaux, et, par conséquent, celui des étrangers. Un tel statut présente deux aspects. Un aspect favorable: les devoirs qui incombent aux nationaux, et dont les étrangers sont exemptés. Un aspect défavorable: les droits qui appartiennent aux nationaux, et dont les étrangers sont privés.

[2] Strekeisen, p. 28, se référant à Laband.

3. Il convient d'observer, ici, que le statut suisse des nationaux, pas davantage que celui des étrangers, n'est absolument *uniforme*.

a) Une convention internationale, signée, à Genève, le 28 juillet 1951, et ratifiée par la Suisse en 1955, ménage un sort particulier aux étrangers qui répondent à la définition du *réfugié*. Ces étrangers ont une situation hybride: ils sont assimilés, tantôt aux étrangers «ordinaires», tantôt aux étrangers les plus favorisés (traités), tantôt aux nationaux.

Par ailleurs, les immunités et privilèges dont bénéficient les représentants *diplomatiques* et leur personnel sont connus.

Au surplus, il est évident que même les étrangers «ordinaires», dont il sera seul question dans les paragraphes suivants, sont parfois soumis à des règles variables, en raison des conventions d'établissement que la Suisse peut avoir passées avec leur Etat d'origine (ci-dessous, n°s 5 et 6).

b) Les Suisses ne se distinguent plus, sans doute, selon la façon dont ils ont acquis leur nationalité. L'ancienne règle de l'art. 64 II C. de 1848, d'après laquelle les citoyens naturalisés depuis moins de cinq ans n'étaient pas éligibles à certaines magistratures fédérales, n'a pas été reprise en 1874.

Cependant, on parle, aujourd'hui, d'une nouvelle discrimination, qui frapperait, cette fois-ci, – au cas où le suffrage féminin était institué, – les étrangères devenues suisses par leur mariage[3].

Enfin, on sait que les personnes qui ajoutent à l'indigénat suisse une seconde nationalité font l'objet de règles spéciales[4].

[3] Voir le Message du Conseil fédéral, du 22 février 1957, relatif à l'introduction du suffrage féminin, FF. 1957, I, p. 802; et l'intervention de M. Chamorel, au Conseil national, le 20 mars 1958.

[4] R. E. Feer, Die mehrfache Staatsangehörigkeit natürlicher Personen, thèse, Zurich, 1955; F. H. Hool, Les effets de la double nationalité en droit suisse, thèse, Neuchâtel, 1949. Cf. art. 48 LF

II. Le principe: l'assimilation des étrangers aux nationaux

4. Dans le domaine du droit *privé*, la doctrine unanime reconnaît l'égalité des étrangers avec les nationaux. La règle se déduit, généralement, de l'art. 11 I CCS. «Toute personne jouit des droits civils»[5]. Mais il paraît évident qu'en l'absence même de texte exprès, cette égalité correspondrait à une norme fondamentale de l'ordre juridique suisse[6].

Il ne s'agit, bien entendu, d'égalité que pour la capacité de jouissance, l'«aptitude à être sujet de droits ou d'obligations». L'usage de cette capacité relève ensuite de la loi désignée par les règles suisses de conflit[7]. De sorte qu'il n'y a aucune violation du principe d'égalité à refuser au Français de vingt ans la faculté de conclure un contrat, que l'on accorde au Suisse du même âge.

Au surplus, les restrictions du droit public sont réservées. Concéder à un étranger le droit d'être partie à une convention ne signifie pas nécessairement qu'il soit mis au bénéfice de la liberté du commerce et de l'industrie. Tel

sur la nationalité, de 1952; art. 46 Règlement consulaire, de 1923; ACF du 11 janvier 1944 (Hool, p. 37); art. 94 II (nouveau) CPM, de 1927/1950. Ou encore: art. 42 bis III LF sur l'AVS, de 1946 (IVème revision, de 1956); art. 20 III LF sur la navigation maritime, de 1953.

[5] A. Egger, Commentaire, 2e éd., Zurich, 1930, ad art. 11 ZGB, nos 20–21, p. 149–150; E. Hafter, Commentaire, 2e éd., Berne, 1919, ad art. 11 ZGB, no 15, p. 107; A. Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts, 4e éd., Bâle, 1957, I, p. 270, 272–273.

[6] Strekeisen, p. 8. Du reste, l'art. 11 CCS avait pour but principal de marquer l'opposition entre le nouveau droit fédéral, égalitaire, et les anciens droits cantonaux, parfois discriminatoires. Cf. Huber, E., System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bâle, 1886, I, p. 144–152.

[7] Cf. P. Lerebours-Pigeonnière, Précis de droit international privé, 6e éd., Paris, 1954, no 130, p.149.

avocat étranger peut valablement accepter un mandat, qui, ce faisant, viole une loi cantonale sur le barreau, et s'expose à une sanction pénale[8].

5. C'est pourquoi il est important de savoir si l'égalité des étrangers avec les nationaux se retrouve dans le domaine du droit *public*. Ici, le droit commun n'offre aucune disposition générale. Mais il y a les *traités d'établissement*.

Actuellement, la Suisse est partie à une trentaine de ces conventions; et, sur cent étrangers, on compte que plus de quatre-vingt quinze sont originaires d'un des Etats contractants[9]. Par conséquent, à s'en tenir à leur lettre, on peut penser que ces documents constituent la première source formelle du droit des étrangers. Et pourtant, on s'aperçoit vite que la façon dont ils sont interprétés aujourd'hui leur ôte une bonne part de leur signification. Il en résulte que les clauses d'assimilation, qu'on rencontre, sous des formes diverses[10], dans chacun d'eux, n'ont qu'une portée limitée[11].

6. Notons, tout d'abord, qu'en dépit de différences rédactionnelles souvent considérables, les conventions d'établissement disent toutes à peu près la même chose[12]: les ressortissants de l'un des Etats peuvent s'établir librement dans l'autre Etat; ils seront traités, quant à leurs personnes et à leurs propriétés, comme les ressortissants de

[8] Comp. la situation de Bickel & Cie c. Schürch, ATF. 62.II.108, où un contrat de courtage fut reconnu valable, quand même les courtiers, étrangers dont la présence en Suisse était d'une régularité contestable, n'avaient peut-être pas le droit de le conclure.

[9] Fehrlin, p. 70.

[10] Certains traités ajoutent, ou parfois même substituent à la clause d'assimilation celle de la nation la plus favorisée. Il faut se garder de donner à cette dernière clause plus d'extension qu'à la première. Cf. ATF. 80.III.165.

[11] Petitmermet, p. 162a: «La situation de l'étranger ne dépend que fort peu des traités».

[12] Von Waldkirch, p. 62a; Petitmermet, p. 109a–110a.

l'autre Etat[13] – du côté suisse, comme les ressortissants des autres cantons de la Confédération[14] –.

Ici, la formule ambiguë «personnes et propriétés» ne doit pas nous tromper. Les conventions d'établissement n'ont trait qu'aux relations de droit public[15]. Et, parmi celles-ci, à deux objets bien délimités[16]: la liberté des déplacements («personnes»); l'exercice d'un commerce ou d'une industrie, et l'acquisition de biens, spécialement immobiliers, ainsi que l'exonération de charges fiscales particulières («propriétés»).

Ce n'est pas tout. Les conventions d'établissement réservent les lois nationales de police. Or, depuis la Guerre de 1914, on compte dans ces lois nationales, soit par voie d'interprétation – pour les anciens traités –, soit par voie de rédaction expresse – pour les nouveaux traités –, les règles de la police des étrangers, relatives à l'entrée, à la résidence et à la sortie des étrangers (ci-dessous, n° 25). Désormais, la liberté d'établissement n'est qu'un vain mot.

La «clause américaine», du Traité avec les Etats-Unis (de 1850/55, art. I), va plus loin encore. Sont réservées les

[13] Seule l'Allemagne a nettement distingué l'établissement des étrangers (convention du 13 novembre 1909) de leur traitement (convention du 31 octobre 1910).

[14] Cf. ATF. 76.I.118–119. Hartmann, p. 115–121. Certaines conventions le précisent. Mais la règle va de soi: il faut éviter que des étrangers soient mieux traités que des Suisses, ce qui pourrait arriver, théoriquement, s'ils étaient assimilés aux ressortissants mêmes du canton qui est appelé à se prononcer sur leur statut. Pratiquement, l'art. 60 C. féd., assimilant les Confédérés aux ressortissants du canton, enlève à la distinction presque toute sa portée (comp. Salis-Burckhardt, Droit fédéral, I, n° 104, p. 231). Elle n'a guère d'intérêt qu'en matière d'assistance publique (art. 45 III C. féd.; ci-dessous, n° 31), et de participation aux biens de la commune bourgeoise (art. 43 IV C. féd.).

[15] JAA, 1954, n° 156, p. 302, pour le traité franco-suisse du 23 février 1882. Hartmann, p. 128. Mais voir Egger, ad art. 11 ZGB, n° 20, p. 149.

[16] Hartmann, p. 126–134. JAA, 1952, n° 1, p. 9, pour le traité italo-suisse du 22 juillet 1868.

«dispositions constitutionnelles ou légales» des Etats contractants. Apparemment, donc, l'ensemble du droit interne[17]. Et M. Petitmermet sous-entend cette clause dans toutes les conventions d'établissement![18].

Remarquons, enfin, qu'une dernière limitation peut résulter de la manière dont on définit les bénéficiaires des conventions d'établissement. Les traités s'appliquent-ils, faute de précision textuelle, à tous les citoyens de l'Etat contractant? Ou à ceux-là seuls qui sont établis sur le territoire de l'autre Etat? Le Tribunal fédéral est du premier avis[19]; le Conseil fédéral, du second[20].

7. Si donc les traités d'établissement n'ont qu'une importance aussi réduite, est-ce à dire que les étrangers ne sont pas assimilés aux nationaux sur le terrain du droit public? Une telle conclusion serait excessive.

En effet, parallèlement à la règle d'égalité du droit privé, le Tribunal fédéral a soutenu que, même à l'égard de l'Etat, les étrangers ont une situation analogue à celle des ressortissants suisses. Il l'a répété avec insistance en ce qui concerne les droits individuels garantis par la Constitution[21]. C'est ainsi que la protection contre le déni de justice et l'arbitraire (art. 4 C.) est, dès l'origine, accordée aux étrangers même domiciliés en pays étranger, sans qu'il y ait lieu de se demander si la Suisse a conclu un

[17] Cf. ATF. 60.I.225. Il est vrai que, depuis 1950, le Tribunal fédéral prête à la clause un sens beaucoup moins large (ATF. 76.I.120): les cantons ne peuvent soumettre les Américains à d'autres discriminations que celles que l'art. 60 C. féd. autoriserait envers les Confédérés. Voir, ci-dessous, n° 34, a.

[18] Petitmermet, p. 156a: «Les dispositions des autres traités n'impliquent guère d'engagements plus étendus».

[19] ATF. 76.I.117. La solution était déjà suggérée dans ATF. 60.I.225. En revanche, l'ancienne jurisprudence était restrictive; voir, par exemple, ATF. 24.I.178. Elle semble continuer de l'être pour la liberté du commerce et de l'industrie, ci-dessous, n° 27.

[20] Fehrlin, p. 80; Strekeisen, p. 124; Hartmann, p. 185.

[21] ATF. 14.493; 33.I.44; 40.I.15; etc.

traité d'établissement avec leur Etat national. Cette assimilation jurisprudentielle est fondée, très simplement, sur l'«essence de l'Etat de droit moderne»[22].

Pour la même raison, les étrangers sont mis au bénéfice de la liberté de conscience et de croyance (art. 49 C.), de la liberté de la presse (art. 55 C.), de la garantie du for domiciliaire (art. 59 C.), etc.; ainsi que de certains droits constitutionnels cantonaux – à moins qu'on ne préfère y voir des droits fédéraux implicites –, telles l'inviolabilité de la personne, ou la garantie de la propriété[23]. Un point demeure obscur: si, comme pour l'art. 4 C. féd., l'étranger est protégé quel que soit le lieu de son domicile, ou si, au contraire, l'égalité n'est reconnue, dans ces matières, qu'aux étrangers domiciliés en Suisse. Il convient de distinguer[24] entre la qualité formelle pour interjeter un recours de droit public (laquelle ne paraît pas nécessiter de domicile en Suisse[25]), et les conditions matérielles dont dépend la titularité d'une liberté constitutionnelle (qui varient selon la liberté considérée[26]). L'art. 59 C. féd. peut illustrer l'opposition. La garantie n'est offerte qu'au débiteur «ayant domicile en Suisse» au jour de l'intentement de l'action. Cela ne signifie nullement que le recours

[22] ATF. 41.I.148.

[23] Fehrlin, p. 102; Petitpierre, p. 148, nos 3 et 4.

[24] Hartmann, p. 186.

[25] Z. Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes – Die staatsrechtliche Beschwerde –, Zurich, 1933, p. 159.

[26] Par exemple, les droits d'association et de réunion ne sont pas garantis aux étrangers domiciliés à l'étranger (ci-dessous, no 26). L'interdiction de la double imposition peut, en revanche, être invoquée par un étranger domicilié à l'étranger (ATF. 23.I.490; 48.I.381 – personne morale! –; W. Birchmeier, Bundesrechtspflege, Zurich, 1950, ad art. 88 OG, C, 2, p. 369). Le Conseil fédéral conteste à l'étranger le droit de pétition, quand il est domicilié à l'étranger (Salis-Burckhardt, I, no 105, I, p. 231); Burckhardt ne voyait pas d'obstacle à le lui accorder (Commentaire, 3e éd., Berne, 1931, p. 530).

de l'art. 84a OJF soit fermé au débiteur qui a pris domicile à l'étranger au moment de l'introduction du pourvoi.

8. Egalité de droit privé, égalité de droit public. A quoi bon, dès lors, parler d'étrangers? Tout simplement à cause des multiples dérogations au principe.

La xénophobie de l'Ancien Régime, où les «aubains» se trouvaient parfois dépourvus des droits les plus élémentaires (capacité successorale), et soumis aux obligations les plus exorbitantes (traite foraine), a bien heureusement disparu. Mais sa disparition ne peut faire oublier qu'aujourd'hui comme hier le monde se divise en Etats, dont les antagonismes politiques ou économiques n'ont pas besoin d'être démontrés; que ces Etats se partagent la population du globe, en y découpant des contingents de sujets; qu'ordinairement ces sujets épousent les antagonismes de leurs patries, et qu'ils les transportent avec eux par delà les frontières. Il n'en faut pas davantage pour que la Suisse, à l'image des autres Etats, distingue, en plusieurs points, ses nationaux des ressortissants étrangers.

Elle les distinguera parfois sur le terrain du droit privé. Par exemple, elle essaiera d'éviter que ses societés commerciales ne tombent sous une domination étrangère[27]; elle s'efforcera d'assurer à ses nationaux la propriété des navires helvétiques[28]. Mais il est évident que les relations qui se nouent entre simples particuliers, surtout si elles ne mettent pas en jeu l'intérêt général, ne réclament guère de l'Etat une intervention discriminatoire. Les oppositions entre puissances souveraines ne se manifestent que rarement dans les rapports civils.

[27] Art. 711 et 895 CO. On notera la curieuse différence quant à la *représentation* de la société: l'administrateur doit être suisse et domicilié en Suisse, d'après l'art. 895 (société coopérative); il suffit qu'il soit domicilié en Suisse, d'après l'art. 711 (société anonyme).

[28] Art. 20–24 LF sur la navigation maritime, de 1953. On comparera avec l'art. 7 LF sur la banque nationale suisse, de 1953 (qualité des actionnaires), et l'art. 40 LF sur l'utilisation des forces hydrauliques, de 1916 (qualité des concessionnaires).

Il en va différemment sur le terrain du droit public. Ici, l'individu est en face de l'Etat. Or l'individu étranger, c'est un peu l'Etat étranger. La façon dont il sera traité risque donc fort de s'inspirer d'une politique ou d'une économie nationalistes.

III. Les exceptions au principe

A. Les devoirs dont les étrangers sont exemptés

9. La Suisse n'impose le *service militaire* qu'à ses ressortissants, art. 1 LF sur l'organisation militaire, de 1907/1949 (art. 18 I C.). Il en va de même pour le service complémentaire, art. 20 LF OM.

Quant à la taxe compensatoire d'exemption, les autorités fédérales n'usent pas de la faculté, que leur ouvre l'art. 1 II LF de 1878, d'y astreindre les ressortissants de certains Etats étrangers. Est également lettre morte l'art. II, 1er paragr., in fine, du Traité d'établissement avec les Etats-Unis, qui soumettait à la taxe les citoyens américains résidant en Suisse[29].

L'application du Code pénal militaire, de 1927/1950, n'est pas limitée aux seuls militaires. Elle s'étend à quelques catégories de personnes civiles, de sorte que, – pas davantage qu'en droit pénal commun, – les étrangers ne jouissent ici d'un régime privilégié (comp. art. 40 CPM, et ci-dessous, n° 22, b). Le cas échéant, ils encourent même la peine de mort (art. 86 ss. CPM, trahison). C'est ainsi que, pendant la Seconde Guerre mondiale, une condamnation capitale a été prononcée contre un Français, et sept contre des Allemands[30].

[29] Guggenheim, I, p. 348, et la note 3.

[30] Ces condamnations ne furent pas exécutées. Le Français fut grâcié. Les Allemands avaient été jugés par contumace. En revanche, un ressortissant du Liechtenstein fut passé par les armes. Voir K. Gysin, Todesstrafe und todeswürdige Verbrechen im schweizerischen Militärstrafrecht, thèse, Zurich, 1953, p. 62.

Le service dans une armée étrangère n'est évidemment délictuel que pour un Suisse (art. 90 et 94 CPM)[31].

10. Les charges attachées à la qualité de citoyen actif (*devoirs civiques*) n'incombent qu'aux nationaux[32]: obligation de voter, dans les cantons qui la connaissent; de faire partie d'un bureau électoral ou de dépouillement; d'accepter le mandat de juré, par exemple art. 4 II LF sur la procédure pénale, de 1934; ou les fonctions de tuteur, art. 382 I CCS[33]; etc.

En revanche, l'étranger est sujet au service du feu (pompiers), ainsi qu'aux autres corvées qui s'attachent à la qualité d'habitant du territoire[34].

11. Le *fisc* n'opère, aujourd'hui, qu'avec des circonstances de rattachement territoriales[35]: domicile, situation d'un bien, établissement d'une entreprise commerciale. La taxe militaire est mise à part[36].

[31] Pour les Suisses qui ont encore une autre nationalité, voir, quant à l'art. 94 CPM, le tempérament du nouvel al. II (de 1950), et, quant à l'art. 90 CPM, les atténuations de la doctrine, Hool, p. 56. Il pourrait y avoir des difficultés lorsque la Suisse ne reconnaît pas la nationalité étrangère: ainsi, certaine interprétation française de la convention franco-suisse du 23 juillet 1879 (Hool, p. 113–114).

[32] Car, d'habitude, les étrangers ne jouissent pas des droits politiques. Mais trois cantons admettent quelques dérogations à la règle, ci-dessous, n° 14. Qu'en est-il, chez eux, de la composition d'un bureau électoral ou de dépouillement?

[33] A la différence des cas précédents, l'étranger ne souffre pas ici d'une incapacité (Egger, Commentaire, 2e éd., 1948, ad art. 379 ZGB, n° 8, p. 229–230).

[34] Strekeisen, p. 106. Cf., pour les «organismes civils de protection et de secours», l'art. 10 I d'une OCF du 26 janvier 1954.

[35] E. Blumenstein, System des Steuerrechts, 2e éd., Zurich, 1951, p. 39–47. M. Sauser-Hall, p. 32–34, signale quelques exceptions en *faveur* des étrangers (en particulier, l'«impôt des pauvres», dont ils sont souvent exonérés).

[36] De même, à l'égard de certains Etats, les contributions imposées au titre de la défense nationale («sacrifices», etc.). Voir traité avec la Roumanie, du 19 juillet 1933, art. 7 I in fine.

Les mêmes règles de conflit caractérisent les nombreux traités que la Confédération a conclus en vue d'éviter les doubles impositions internationales[37]. Les étrangers sont donc imposables comme les nationaux.

B. Les droits dont les étrangers sont privés

12. La *protection diplomatique* de la Suisse n'est offerte qu'aux Suisses, – qui n'y ont d'ailleurs, vraisemblablement, aucune prétention subjective[38]. Restent réservés les cas où la Suisse s'est chargée de sauvegarder les intérêts d'un autre Etat dans un pays tiers[39].

13. Les *droits politiques* sont, avec les devoirs militaires, les manifestations les plus visibles de la nationalité. On estime, en effet, que la conduite des affaires du pays, de même que la défense de son intégrité, suppose, chez ceux qui l'assument, un attachement particulier à la chose publique.

Cette explication n'est pas tout à fait convaincante. Passe encore pour l'appartenance à l'armée, qui exige assurément un état d'esprit assez spécial. Et passe encore pour l'éligibilité à certaines magistratures, qui exercent une influence incontestable sur les destinées nationales. Mais on voit mal pourquoi les étrangers ne participeraient pas à l'élaboration de lois qui leur seront applicables aussi bien qu'aux Suisses; pourquoi, par exemple, ils ne se prononceraient pas sur les impôts qu'ils devront payer. On parle du suffrage féminin. Le suffrage étranger ne pourrait-il pas, un jour, lui emprunter ses armes? Sans doute répondra-t-on que l'étranger qui n'est pas satisfait des lois suisses n'a qu'à retourner dans son pays. Mais

[37] Blumenstein, p. 88. Les Suisses peuvent donc se prévaloir de ces traités à l'encontre même du fisc suisse (cf., par exemple, ATF. 80.I.207).

[38] ATF. 81.I.159. Guggenheim, I, p. 311.

[39] Guggenheim, I, p. 322.

l'argument est dur, et sa brutalité porte la marque d'un temps qu'on souhaite révolu.

14. En matière fédérale, la faculté d'élire, d'être élu, de voter sur la Constitution ou sur les lois, et de signer une initiative ou un referendum, n'appartient qu'aux nationaux (art. 43, 74, 75, 89, 96, 108, 120, 121, 123 C., et les textes législatifs correspondants).

En matière cantonale, le régime est semblable[40].

En matière communale, au contraire, on se plaît à mentionner trois dérogations.

La loi neuchâteloise sur les communes, du 5 mars 1888, donne l'électorat communal (pas l'éligibilité) aux étrangers domiciliés depuis cinq ans dans le canton, et depuis un an dans la localité (art. 18 b; cf. art. 3 b LC sur l'exercice des droits politiques, de 1944).

La loi fribourgeoise sur les communes et paroisses, du 19 mai 1894, accorde à tous les contribuables, même étrangers, le droit de se prononcer sur les dépenses et impôts communaux (art. 8 et 9).

La Constitution thurgovienne, en son art. 7 II, permet au législateur de conférer aux étrangers les droits politiques communaux. Depuis 1904, ces droits ne sont plus reconnus aux étrangers (établis) que pour les affaires de la corporation bourgeoise (loi du 24 mai 1904).

15. Ajoutons que les fonctionnaires fédéraux sont recrutés parmi les ressortissants suisses (art. 2 I LF sur le statut des fonctionnaires, de 1927), le Conseil fédéral pouvant autoriser des exceptions (art. 2 II).

16. Dans la Confédération (Conseil national) et dans plusieurs cantons, la force numérique des Parlements est proportionnelle au chiffre de la population. D'où l'importance de savoir si la population comprend tous les habitants,

[40] Z. Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zurich, 1941, p. 185–187.

même étrangers. Le problème a, par ailleurs, une incidence politique indéniable toutes les fois que les élections se font par arrondissements, et non pas globalement pour l'ensemble du territoire. Faut-il tenir compte des étrangers? Mais alors les arrondissements qui en ont de fortes colonies (les villes) seront avantagés. Faut-il ne considérer que les nationaux? Ce serait favoriser les arrondissements peu cosmopolites (la campagne). La seconde solution prévalut, par exemple, à Zurich, dès 1894. M. Strekeisen nous apprend que ce fut là le résultat d'une opposition rurale[41]. Mais ce peut être parfois le signe d'une hostilité aux mouvements ouvriers. Ainsi, vraisemblablement, l'initiative fédérale Hochstrasser-Fonjallaz, rejetée, le 25 octobre 1903, par le peuple et les cantons[42].

17. L'égalité entre nationaux et étrangers, rompue au sujet des droits politiques, se retrouve à l'égard des *libertés individuelles*. C'est même ici, on l'a vu (ci-dessus, n° 7), que le principe est proclamé avec le plus de vigueur. Néanmoins, trois restrictions lui ont été apportées, relatives à la liberté d'établissement, à la liberté d'association et de réunion, et à la liberté du commerce et de l'industrie.

18. Tous les Suisses ont un droit absolu à résider sur le territoire national (art. 44 I C.). Ordinairement, dans n'importe quel canton (*liberté d'établissement*). Exceptionnellement, dans leur seul canton d'origine, quand les conditions d'un refus ou d'un retrait d'établissement sont réalisées (art. 45 C.). Les Suisses ne sont pas exposés au bannissement, non plus qu'à l'extradition[43].

[41] P. 114. Cf. FF. 1894, III, p. 455 (garantie fédérale).

[42] Bull. sten. 1903, p. 1 ss., 34, 87 ss.

[43] Ils l'étaient encore à la fin du XIXe siècle. On se rappelle l'expulsion du vicaire apostolique Mermillod, de Genève, en 1873. En 1891, à la veille de l'adoption de la loi fédérale sur l'extradition, un Genevois, Piguet, fut extradé aux Etats-Unis, ATF. 17.85. L'extradition des nationaux fut interdite dès 1892 (loi précitée, art. 2 I), le bannissement, en 1928 seulement (revision de l'art. 44 C. féd.).

Les art. 44 I et 45 C. ne s'appliquant, expressément, qu'aux nationaux, quels sont, en ce domaine, les droits des étrangers?

19. Jusqu'au conflit de 1914[44], les cantons suisses, qui étaient compétents dans cette matière[45], se sont montrés libéraux. Ils ont laissé leurs frontières grand'ouvertes à l'invasion pacifique venue de l'est et des pays voisins. De sorte qu'en 1910, la Confédération hébergeait 550 000 étrangers, représentant près de 15% de la population totale. A Lugano, même, les nationaux étaient en minorité.

Pendant la Guerre, la Suisse put mesurer les inconvénients de cette politique. Il fallut d'abord parer au danger le plus pressant, l'afflux des déserteurs et des réfractaires. Pour le reste, à vrai dire, des scrupules d'ordre constitutionnel retardèrent l'intervention fédérale. Ce ne fut qu'en 1917 (21 novembre) que le Conseil fédéral se sentit obligé d'édicter, en vertu de ses pleins pouvoirs, une ordonnance sur la police des frontières et le contrôle des étrangers. Comme le titre l'indique, il s'agissait alors d'atteindre la source même du mal, et d'arrêter les étrangers à la frontière, plutôt que de surveiller leurs agissements à l'intérieur du pays. D'où l'institution du visa.

Une fois la Guerre finie, on s'aperçut que le danger revêtait une forme nouvelle. Ce n'était plus tellement l'entrée des étrangers qu'il importait de contrôler (au contraire, les milieux de l'hôtellerie s'y opposaient énergiquement). C'était leur résidence en Suisse, et l'encombrement qui en résultait pour les marchés du travail et de l'habitation. D'où l'introduction du veto fédéral aux

[44] Pour l'histoire de la police des étrangers, voir Delessert, p. 435–467; M. Ruth, Das Fremdenpolizeirecht der Schweiz, Zurich, 1934, n°s 3–21, p. 3–18; et le Message du Conseil fédéral du 2 juin 1924, relatif à la revision de la Constitution fédérale (futur art. 69ter), FF. 1924, II, p. 511 ss.

[45] Si l'on excepte la compétence fédérale de conclure des traités d'établissement (art. 8 C.) et de prononcer des expulsions politiques (art. 70 C.; ci-dessous, n° 22, a).

permis cantonaux d'établissement durable (OCF sur le contrôle des étrangers, du 17 novembre 1919).

Une troisième ordonnance, du 29 novembre 1921, allègera le système, en réduisant l'importance du visa, et en limitant les attributs de l'Administration centrale. Il ne manquait désormais qu'une base à l'édifice, le régime des pleins pouvoirs étant destiné à disparaître. Cette lacune fut comblée par l'adoption d'un art. 69ter C., le 25 octobre 1925. La loi d'application fut votée le 26 mars 1931, revue et augmentée le 8 octobre 1948. Le règlement d'exécution, totalement revisé, date du 1er mars 1949[46].

20. Il est facile aux étrangers d'*entrer* en Suisse.

Il leur suffit d'être muni d'un passeport, et, pour les ressortissants de quelques rares pays, d'un visa (voir un ACF du 20 avril 1946). Le passage doit évidemment se faire par un «poste ouvert au grand trafic», route, gare, port ou aérodrome. Une traversée nocturne de forêt, ou une descente en parachute, ne seraient pas régulières. Elles justifieraient un refoulement immédiat. Le même sort menace les personnes qui se sont fait interdire l'accès au territoire suisse, soit directement, par une interdiction ou une restriction d'entrée (personnes «indésirables»)[47], soit indirectement, par une expulsion (voir ci-dessous, n° 22)[48].

21. Il est plus difficile aux étrangers de *demeurer* en Suisse.

[46] Pour la réglementation de la police des étrangers, voir, outre l'ouvrage de M. Ruth, M. Battelli, Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers en Suisse, tiré à part de l'Annuaire de législation étrangère, Paris, 1937; et E. Hofmann, Das schweizerische Fremdenpolizeirecht, tiré à part du Polizeibeamte, Lucerne, 1954.

[47] JAA, 1953, n° 52, p. 123; 1952, n° 67, p. 110; 1938, n° 75, p. 106.

[48] Voir, sur ces différentes mesures, outre les ouvrages cités dans les notes 44 et 60, l'article de M. R. Meyer, Unklarheiten im schweizerischen Fremdenpolizeirecht, RSJ, 33 (1936/7), p. 57–64.

La loi prévoit quatre types de résidence. Le séjour, l'établissement, la tolérance, qui font l'objet d'une autorisation administrative; et la résidence provisoire, pendant le temps qui précède l'octroi ou le refus de l'autorisation.

Pour leurs conditions de résidence, les étrangers sont répartis en deux catégories, selon leurs intentions.

S'ils n'entendent ni élire domicile[49], ni exercer une activité lucrative[50] en Suisse, – touristes, cousins se rendant à une noce, etc., – ils peuvent y résider librement durant trois mois, sans annoncer leur arrivée.

Si, au contraire, ils entendent élire domicile en Suisse, ou y exercer une activité lucrative, ils doivent annoncer leur arrivée dans les huit jours. De toute façon, ils doivent l'annoncer avant de «prendre un emploi», c'est-à-dire avant d'exercer une activité lucrative pour le compte d'un employeur établi en Suisse.

La déclaration est adressée aux autorités cantonales, qui décident du type de résidence.

a) Elles commenceront, en général, par accorder un permis de *séjour*, valable pendant un temps limité. Souvent, le permis est assorti de précisions sur l'usage qui pourra en être fait: par exemple, le touriste – demeuré plus de trois mois – ne doit pas exercer d'activité lucrative; tel ouvrier italien ne doit travailler que pour le compte d'une entreprise déterminée.

[49] Les notions de séjour et d'établissement ne doivent pas être confondues avec la notion de domicile civil. Les premières expriment des situations juridiques résultant de décisions administratives. La seconde révèle, en général, l'intention d'un individu. Il est vrai que, d'ordinaire, l'établissement fait conclure au domicile, mais non pas le séjour (ATF. 82.II.572). Ce qui ne signifie pas que le séjour soit exclusif du domicile (JAA, 1939, n° 3, p. 10). Du reste, le domicile peut exister sans séjour ni établissement; mais alors, s'il se prolonge, il sera irrégulier, et sujet à sanction pénale.

[50] Cf., sur cette notion, JAA, 1954, n° 101, p. 203; ATF. 79.IV. 39; et E. Hofmann, Die Erwerbstätigkeit im Sinne des schweizerischen Fremdenpolizeirechts, RSJ, 51 (1955), p. 233.

b) Les autorités cantonales n'octroieront guère de permis d'*établissement* qu'à la personne qui a déjà bénéficié depuis quelques années d'un permis de séjour, et qui s'est bien comportée. En effet, l'établissement, qui n'est pas limité dans le temps, et qui ne souffre aucune condition, incorpore véritablement l'étranger à la population indigène.

c) La *tolérance* est péjorative[51]. Elle n'est concédée que «lorsqu'une autre autorisation ne paraît pas opportune». Ainsi, à l'étranger expulsé, quand les effets de l'expulsion ont été suspendus sous réserve de bonne conduite. La tolérance est toujours révocable.

Les permis ne valent que pour le territoire du canton qui les a octroyés. Une résidence momentanée dans un autre canton est licite. Mais, dès qu'elle dépasse le délai de déclaration (trois mois, respectivement huit jours), elle doit faire l'objet d'un permis accessoire. Quand la résidence dans l'ancien canton est définitivement abandonnée, un permis principal doit être demandé, avant huit jours, aux organes compétents du nouveau canton[52].

Les décisions cantonales *positives* sont sujettes au veto de la Police fédérale des étrangers, lorsqu'elles portent sur l'établissement, la tolérance, ou un séjour «prolongé». N'est pas «prolongé» le séjour des étudiants et des malades hospitalisés; celui d'autres personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative, quand il dure moins de trois ans (voir un ACF du 21 avril 1949); celui d'employées de maison et d'ouvriers agricoles, quand il dure moins de cinq ans; celui d'ouvriers et d'employés saisonniers, quand il dure moins de neuf mois, – le cas échéant, dans les limites d'un contingent fixé par l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail[53].

Les décisions cantonales *négatives* sont définitives, sauf à l'égard des persécutés politiques, auxquels le Conseil fédéral peut accorder l'asile[54].

22. Les étrangers ont toujours le droit de *sortir* de Suisse, – à moins, bien entendu, qu'ils n'aient été condamnés à une peine privative de liberté.

Il est plus important d'examiner s'ils n'ont pas, parfois, l'obligation de sortir de Suisse. De fait, contrairement à la résidence du national, celle de l'étranger, même établi, est essentiellement précaire. Elle peut prendre fin par l'*expulsion*.

a) Tout d'abord, le Conseil fédéral «a le droit de renvoyer les étrangers qui compromettent la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse» (art. 70 C.). On parle ici volontiers d'expulsion *politique*[55]. Le moyen n'est guère utilisé que dans les périodes troublées: on en cite 532 cas en 1945, un seul en 1952[56].

b) Ensuite, le droit pénal prévoit une expulsion dite *judiciaire*[57]. Le droit pénal fédéral la prévoit, d'une part,

[51] La revision de 1948 a totalement changé la signification de la tolérance. Autrefois, c'était l'autorisation usuelle des étrangers qui n'avaient pas de pièces de légitimation. Cf. Message du Conseil fédéral, du 8 mars 1948, FF. 1948, I, p. 1277, 1279–1280.

[52] Pour le privilège des étrangers bénéficiant d'un traité d'établissement, cf., ci-dessous, n° 25.

[53] C'est, apparemment, la seule application du système des quotas, que la Suisse a renoncé à introduire de façon générale. Message du 2 juin 1924, FF. 1924, II, p. 521–522; Von Waldkirch, p. 93a, n. 19; Petitmermet, p. 150a.

[54] Cf., ci-dessous, n° 24.

[55] W. Schindler, Die Fremdenausweisung aus politischen Gründen nach schweizerischem Bundesstaatsrecht, thèse, Zurich, 1930. JAA, 1944/45, n° 8, p. 25. Les cantons ont théoriquement un droit semblable pour leur territoire (E. Ruck, Staatsrecht, 3e éd., Zurich, 1957, p. 332). L'expulsion politique est une mesure incisive, qui peut, le cas échéant, constituer un empêchement à mariage, ATF. 75.II.1.

[56] Cf. la thèse de M. Trautvetter, citée à la note suivante, p. 22.

[57] P. M. Trautvetter, Die Ausweisung von Ausländern durch den Richter im schweizerischen Recht, thèse, Zurich, 1957.

à titre de peine, pour certains crimes et délits, de manière facultative (art. 55 et 42 1° CPS, 40 CPM), ou obligatoire (art. 199 III CPS, proxénétisme professionnel, et 202 4° CPS, traite des femmes et des mineurs); d'autre part, à titre de mesure de sûreté (art. 16 CPS, interdiction de séjour des «délinquants irresponsables»[58]). Le droit pénal cantonal la prévoit, à titre de peine, pour certaines contraventions (art. 335 et 104 II CPS[59]).

c) Enfin, la loi fédérale de 1931/48 donne aux cantons, sous réserve de recours au Département fédéral de justice et police, la faculté de prononcer l'expulsion *administrative*[60] des étrangers condamnés pour crimes ou délits, inadaptés à l'ordre établi, atteints de maladie mentale, ou indigents.

Cette mesure ne fait jamais double emploi avec la précédente – sinon avec celle de l'art. 16 CPS? –, car elle vise à protéger l'Etat, non à punir l'individu[61]. Elle peut donc être prise même si le juge pénal a renoncé à l'expulsion judiciaire.

Toutes les formes d'expulsion ont deux conséquences pour l'étranger: le devoir de quitter la Suisse, et l'interdiction d'y rentrer.

De l'expulsion (Ausweisung), il convient de distinguer l'*ordre de quitter la Suisse* (Wegweisung), qui n'implique pas, en soi, l'interdiction d'y rentrer. C'est l'ordre qui est donné aux personnes qui n'ont pas d'autorisation de résidence, ou qui n'en ont plus. On a vu que la tolérance était révocable en tout temps. Le permis de séjour prend fin à la survenance de son terme; il peut être retiré lorsqu'il a été obtenu par fraude, ou lorsque les conditions dont il avait été assorti ne sont pas respectées; au surplus, le permis de séjour des travailleurs saisonniers est parfois stipulé

[58] Voir ATF. 74.IV.3.

[59] M. Trautvetter en donne la liste, p. 86–87.

[60] I. W. Kammermann, Die fremdenpolizeiliche Ausweisung von Ausländern aus der Schweiz, thèse, Berne, 1948.

[61] JAA, 1952, n° 68, p. 110; 1938, n° 76, p. 107.

révocable (ACF du 17 mai 1949). Quant au permis d'établissement, il peut être retiré au cas d'obtention frauduleuse; en revanche, il n'est subordonné à aucun terme, ni à aucune condition; sauf l'obligation de fournir une garantie, pour l'étranger dépourvu de pièces de légitimation.

23. Nous ne ferons ici que mentionner l'*extradition* des étrangers, réglée par une loi fédérale du 22 janvier 1892, et un bon nombre de traités internationaux[62].

24. En résumé, la législation interne ne confère à l'étranger aucun droit de s'installer en Suisse. Les décisions cantonales ou fédérales sont prises librement. Même si elles sont souvent favorables aux requérants, elles dépendent de la volonté des autorités qui les rendent. Et ces autorités doivent s'inspirer d'un seul critère: l'intérêt de l'Etat[63].

Plus particulièrement, nul ne conteste, aujourd'hui, que les persécutés politiques n'ont aucun droit d'exiger l'*asile* en terre helvétique[64]. Si les cantons le leur refusent, ils peuvent sans doute encore s'adresser au Conseil fédéral. Mais celui-ci statuera souverainement. On voit mal, du reste, comment il en pourrait aller autrement. Qui serait juge entre la Suisse et l'étranger?

Théoriquement, par l'énumération exhaustive des cas dans lesquels l'étranger peut être contraint de quitter la

[62] Sur les rapports entre la loi et les traités, cf. H. Schultz, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Bâle, 1953, p. 134–143.

[63] Voir quelques espèces récentes dans JAA, 1953, n°s 50, 51 et 53, p. 121, 122 et 124. La considération du marché du travail est déterminante. «La police cantonale des étrangers doit demander l'avis de l'office du travail avant de délivrer à un étranger une autorisation de séjour avec prise d'emploi», art. 1 II ACF du 20 janvier 1948. Cf. aussi l'arrangement passé avec l'Italie, le 22 juin 1948, au sujet de l'immigration de travailleurs italiens en Suisse, et le traité du travail franco-suisse, du 1er août 1946.

[64] Schultz, p. 21–25. Le Rapport de M. le Professeur C. Ludwig, sur la politique pratiquée par la Suisse à l'égard des réfugiés au cours des années 1933 à 1955, est des plus suggestifs.

Suisse, la législation interne lui accorde, en une certaine mesure, le droit d'y demeurer. Pratiquement, les cas sont définis de manière si élastique – pensons au concept d'«inadaptation» – que les contours de ce droit en deviennent insaisissables. Le Département fédéral de justice et police disait, en 1952: «L'étranger qui entend jouir de l'hospitalité suisse doit se comporter d'une façon irréprochable (klaglos)»[65]. Autant reconnaître que, n'étant jamais assuré d'entrer en Suisse, il n'est non plus jamais certain d'y rester.

25. Et les traités d'établissement? Leur contenu principal n'est-il pas, – avec l'égalité de traitement, – la liberté d'établissement (ci-dessus, n° 6)? Leur nom même paraît l'indiquer.

Il est évident que si, dans le domaine de la police des étrangers, les traités priment la législation interne, la loi de 1931/48 n'a qu'une valeur insignifiante, de simple procédure. Mais chacun s'accorde à reconnaître que, depuis 1914, tous les Etats, même parties à des conventions, ont repris la complète maîtrise de leurs frontières. Sous le régime de l'ordonnance de 1917, la Suisse n'a fait que suivre l'exemple que lui avaient montré ses voisins. Après la Guerre, les conventions ont été maintenues[66]. Mais, par une interprétation bilatérale tacite, la clause de libre établissement fut désormais tenue pour caduque[67]. Aujourd'hui, la loi de 1931/48 prime les traités. A cet égard, la réserve des art. 4 et 22 est lettre morte.

Le ressortissant d'un Etat à traité ne peut donc se faire ouvrir la frontière suisse en invoquant la convention[68]. Néanmoins, il bénéficie d'un certain avantage sur les ressortissants d'un Etat sans traité: Une fois qu'il a obtenu

[65] JAA, 1952, n° 68, p. 110.

[66] Quelques-unes furent dénoncées, mais reconduites tacitement (traités avec la France, l'Allemagne, l'Italie).

[67] JAA, 1952, n° 2, p. 10 (traité avec la France); n° 3, p. 11 (traité avec l'Iran). Voir, cependant, ATF. 71.I.97.

[68] Cf. Guggenheim, I, p. 355–356.

un permis d'établissement dans un canton, il peut se transporter dans les autres cantons sans s'exposer à un refus d'autorisation (art. 14 IV règlement d'exécution de 1949). Il jouit de la libre circulation intercantonale, à l'égal des Confédérés. Bien entendu, de même que les Confédérés peuvent être renvoyés dans leur canton d'origine en raison de condamnations pénales ou d'indigence (art. 45 II et III C.), de même cet étranger est toujours sujet à l'expulsion, qui, on s'en souvient, peut être prononcée pour des motifs très semblables (ci-dessus, n° 22, c; art. 14 IV RE, combiné avec les art. 9 III et IV et 10 LF). Ainsi, deux situations sont réglées de façon presque identique par des voies différentes, l'une constitutionnelle, l'autre légale et réglementaire[69].

26. L'art. 56 C. garantit le *droit d'association* aux «citoyens». Que faut-il comprendre par ce dernier mot? Les auteurs anciens (Blumer-Morel, Schollenberger[70]) y lisaient: les «ressortissants suisses». La doctrine plus récente (Burckhardt[71]) n'y voit plus de discrimination selon la nationalité. Une thèse médiane (Sauser-Hall, Giacometti[72]) distingue

[69] La Police fédérale des étrangers nous a très obligeamment communiqué les chiffres suivants (estimations):

Au milieu d'août 1957 (maximum), il y avait en Suisse 149000 étrangers au bénéfice d'un permis d'établissement; 395000 au bénéfice d'un permis de séjour, dont 121000 saisonniers (permis de moins de neuf mois); et 170000 touristes, qui n'avaient besoin d'aucun permis.

Au milieu de décembre 1957 (minimum), les nombres correspondants étaient: 151000 établis, 272000 en séjour, dont 3000 saisonniers, et 30000 touristes. Ainsi, la population étrangère stable était, l'an dernier, d'environ 420000 personnes, l'été amenant un appoint temporaire de près de 300000 personnes.

[70] Cités chez Z. Giacometti, Bundesstaatsrecht, Zurich, 1949, p. 380, n. 35.

[71] Commentaire, p. 526; voir aussi S. Bonhôte, La liberté d'association en droit public fédéral suisse, thèse, Neuchâtel, 1920, p. 153–159.

[72] Sauser-Hall, p. 11; Giacometti, p. 380; voir aussi K. Hoerni, Das Versammlungsrecht in der Schweiz, thèse, Zurich,

les associations civiles, à but privé, des associations politiques, à but public; pour les premières, les étrangers sont assimilés aux Suisses; mais non pas pour les secondes.

Cette distinction paraît judicieuse. A l'origine, l'art. 56 C. avait probablement pour intention principale de favoriser le jeu de la démocratie, par le libre échange des opinions politiques. Il s'agissait donc bien de protéger les «ressortissants suisses», qui étaient les acteurs naturels de ce jeu[73]. Si maintenant on estime convenable d'étendre la portée de l'art. 56 C. aux associations purement civiles, rien n'empêche alors d'en faire bénéficier les étrangers, conformément au principe général, la règle renaissant quand l'exception n'a plus sa raison d'être.

Certaines constitutions cantonales garantissent également le droit d'association, mais sans acception de personnes. Comment s'harmonisent-elles avec la Constitution fédérale? Les dispositions cantonales qui sanctionnent des libertés individuelles dans les mêmes termes que la Constitution fédérale, ou dans des termes plus étroits, sont d'ordinaire considérées comme nulles. Par ailleurs, une tendance actuelle voit dans la Constitution fédérale des garanties tacites à côté de garanties expresses[74]: ainsi, la garantie de la propriété serait fédérale, encore qu'elle n'apparaisse clairement dans aucun endroit du texte de 1874[75]. Que reste-t-il, alors, du catalogue cantonal des libertés individuelles? Peu de choses. Mais, précisément, les règles qui sont libellées en termes plus larges que celles

1938, p. 104–108. M. Strekeisen, lui, reconnaît le droit d'association (civile, non politique) aux étrangers bénéficiant d'un traité, p. 67.

[73] On se souviendra, ici, de l'ACF du 24 février 1948, sur les discours politiques d'étrangers: «Les étrangers qui ne sont pas en possession d'un permis d'établissement ne peuvent prendre la parole sur un sujet politique, dans des assemblées publiques ou privées, qu'avec une autorisation spéciale» (art. 2 I).

[74] Voir, par exemple, Giacometti, Die Freiheitskataloge als Kodifikation der Freiheit, RDS, 74 (1955), p. 149–169.

[75] Ruck, Staatsrecht, p. 116.

de la Constitution fédérale, telle une garantie du droit d'association étendu aux étrangers.

C'est bien ainsi qu'en a jugé, il y a longtemps déjà, le Tribunal fédéral[76], au sujet non de la liberté d'association, mais du droit voisin de réunion (qu'on déduit parfois du même art. 56 C. féd.). Un Congrès socialiste mondial avait été convoqué à Zurich, pour le 2 septembre 1881. Le Gouvernement zurichois interdit la manifestation. Quelques membres du parti socialiste suisse recoururent contre cette mesure auprès du Tribunal fédéral. Celui-ci appliqua l'art. 3 C. cant., plutôt que l'art. 56 C. féd., parce que le premier, moins restrictif que le second, protégeait les étrangers. Toutefois, la haute cour estima que cet art. 3 ne protégeait que les étrangers domiciliés en Suisse. Elle s'appuyait sur deux arguments. Un argument théorique: les normes juridiques sont d'application territoriale; elles s'adressent donc aux habitants du territoire. La prémisse est soutenable, mais la conclusion est douteuse: la garantie de réunion vise les réunions qui sont tenues sur territoire suisse; le domicile des participants n'importe pas. L'argument pratique semble préférable: un Etat (un canton) ne saurait guère permettre à des étrangers venus de l'étranger de tenir sur son territoire une réunion qui est interdite dans leur pays. Et, cependant, on peut se demander si, pour atteindre ce but, une règle plus nuancée n'aurait pas suffi.

27. La *liberté du commerce et de l'industrie* est consacrée depuis 1874 (art. 31 C.)[77]. Une des premières versions de cette garantie (juin 1870) la réservait expressément aux Suisses[78]. La restriction a disparu du texte définitif. Néanmoins, nul ne songe à le contester, elle subsiste matérielle-

[76] ATF. 7.502, 24 septembre 1881, dans la cause Obrist et consorts.

[77] K. Deucher, Die Handels- und Gewerbefreiheit im internationalen Verkehr, thèse, Zurich, 1939.

[78] E. His, Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts, III, Bâle, 1938, p. 594.

ment, et l'art. 31 C. ne s'adresse pas aux étrangers[79]. Aux étrangers sans traité! Car l'une des seules utilités pratiques des conventions d'établissement est précisément d'assimiler l'étranger au national en matière de commerce et d'industrie. Et cette assimilation ne résulte pas seulement de la clause générale d'égalité de traitement. Elle est, le plus souvent, stipulée en termes exprès.

Quels en sont les bénéficiaires? Tous les nationaux de l'Etat contractant? Ceux-là seuls qui ont en Suisse leur établissement durable? (ci-dessus, n° 6). La réponse est donnée par le régime de la police des étrangers. La liberté du commerce et de l'industrie est le droit d'exercer, sans restrictions autres que *policières*, une activité lucrative de son choix. L'étranger qui désire exercer une activité lucrative en Suisse doit, d'ordinaire, demander un permis de séjour, qui peut ne lui être accordé que sous condition: l'activité lucrative qu'il lui est loisible d'exercer sera donc étroitement délimitée. Et les mots ne doivent pas nous tromper; cette restriction imposée par la *police* des étrangers n'est pas *policière*, elle est fondée sur des raisons de *politique* économique (réduction de la concurrence). C'est dire que la liberté du commerce et de l'industrie n'appartient véritablement qu'aux titulaires d'un permis de séjour inconditionnel, ou d'un permis d'établissement (lequel, on s'en souvient, est inconditionnel par définition)[80].

28. Limitée dans le cercle de ses bénéficiaires, la liberté du commerce et de l'industrie des étrangers l'est également dans la liste des professions auxquelles elle s'étend.

a) Tout d'abord, le traité lui-même peut prévoir des exceptions: par exemple, pour le colportage (conventions avec l'Italie, l'Autriche, l'Allemagne, etc.).

[79] ATF. 47.I.50; 48.I.285; JAA, 1927, n° 8, p. 16. H. Marti, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Berne, 1950, p. 50–52.

[80] Deucher, p. 93–94; Strekeisen, p. 53.

b) Ensuite, on admet que les clauses d'assimilation, générales ou spéciales, ne valent pas pour les *professions libérales* (voir, du reste, les traités avec l'Autriche – pharmacie –, et avec l'Espagne – professions scientifiques –).

A l'heure actuelle, tous les cantons réservent le brevet d'avocat aux ressortissants suisses[81].

Il appartient également aux cantons de subordonner l'exercice de la médecine et de la pharmacie aux conditions qu'ils jugent convenables, donc à la nationalité suisse; à ceci près qu'en 1877 la Confédération a institué un certificat de capacité valable pour tout le territoire suisse. Comme le titre fédéral n'est pas accessible aux étrangers, les Italiens exceptés (art. 21 du Règlement de 1935; déclaration italo-suisse du 5 mai 1934), les professions médicales et pharmaceutiques leur sont en tout cas fermées dans les cantons qui requièrent ce diplôme[82]. Des conventions ont été conclues, au cours des années 80, avec les Etats limitrophes, afin d'affranchir la profession médicale – mais non pharmaceutique – des discriminations de nationalité dans les communes frontalières.

c) Enfin, les activités soumises à une *patente* sont parfois interdites aux étrangers, ou ne leur sont autorisées que contre paiement d'un émolument complémentaire spécial, sans qu'une pareille inégalité soit jugée contraire aux traités d'établissement[83].

Notons que les restrictions imposées aux voyageurs de commerce de maisons étrangères ne se fondent pas sur leur nationalité (LF du 4 octobre 1930, art. 5).

[81] JAA, 1946/47, n° 27, p. 57. M. Guldener, Das schweizerische Zivilprozeßrecht, Zurich, 1947, II, p. 558–559; A. Maurer, Die Voraussetzung der Zulassung zur Advokatur und deren verfassungsrechtlichen Grundlagen, thèse, Zurich, 1941, p. 85.

[82] Comp., antérieurement, JAA, 1933, n° 36, p. 49.

[83] JAA, 1928, n° 20, p. 31 (pêche). Mais cf. Petitmermet, p. 127a.

29. A l'égard des justiciables, l'Etat n'a pas seulement des devoirs négatifs de non intervention. Il a aussi quelques obligations positives. Celles qui résultent des *assurances sociales* sont parmi les plus importantes[84].

Les lois fédérales de 1949, sur l'assurance militaire, et de 1952, sur les allocations pour perte de gain, n'intéressent que les soldats; donc pas les étrangers.

Les assurances maladie et chômage sont cantonales. Les lois fédérales qui s'y rapportent, de 1911 (art. 1 à 40) et de 1951, sont des lois de subvention[85].

Restent nos deux assurances fédérales obligatoires, l'assurance accidents et l'assurance vieillesse et survivants.

a) Sont obligatoirement assurées contre les *accidents*[86] toutes les personnes, suisses ou étrangères, employées dans une entreprise qui a fait l'objet d'une décision administrative d'assujettissement. Mais les prestations de la Caisse nationale peuvent être réduites à l'encontre des étrangers (art. 90 LAMA). Aujourd'hui, le système est le suivant. Les frais médicaux et pharmaceutiques sont toujours couverts, l'indemnité de chômage toujours payée intégralement. En revanche, la rente d'invalidité et les rentes de survivants sont diminuées d'un quart[87]. Cette diminution n'est pas imposée, pour les maladies et accidents professionnels, aux ressortissants des 43 Etats signataires d'une Convention internationale de Genève du 5 juin 1925 (ratifiée par la Suisse le 1er février 1929). Même les rentes pour accidents non professionnels sont franches de réduction à l'égard des ressortissants d'une dizaine d'Etats européens, avec lesquels la Suisse a passé des accords bilatéraux.

[84] P. Iselin, Schweizerische Staatsverträge über Sozialversicherung, thèse, Zurich, 1957.

[85] On notera, pour l'assurance maladie, l'art. 5 LAMA: seuls les Suisses ont un droit (fédéral) à être membre d'une caisse reconnue. Et, pour l'assurance chômage, l'art. 13 I c LAC: outre les Suisses, seuls les étrangers qui ont obtenu un permis d'établissement, et dont l'activité lucrative n'est par conséquent pas contrôlée, peuvent s'affilier à une caisse reconnue, car eux seuls sont «susceptibles d'être placés» (M. Holzer, Kommentar zum BG über die ALV, Zurich, 1954, ad art. 13, ch. 7, p. 68).

[86] A. Maurer, Recht und Praxis der Unfallversicherung, Berne, 1954, p. 260, 355–358.

[87] Les rentes de survivants sont même entièrement supprimées pour les ascendants et les frères et sœurs.

b) Sont obligatoirement assurées contre la *vieillesse* et le *prédécès*[88], sans qu'une décision administrative soit nécessaire, les personnes, suisses ou étrangères, domiciliées en Suisse, ou exerçant en Suisse une activité lucrative. Les personnes domiciliées à l'étranger, qui travaillent à l'étranger pour le compte et aux frais d'un employeur établi en Suisse, ne sont obligatoirement assurées que si elles sont suisses. De même, l'assurance facultative n'est ouverte qu'aux Suisses (domiciliés à l'étranger). Quant aux prestations des caisses de compensation, elles diffèrent selon la nationalité. Disons, tout d'abord, que les rentes transitoires (qui correspondent à moins de onze mois de cotisations) ne sont pas servies aux étrangers, sauf clauses conventionnelles particulières. Pour les rentes ordinaires, elles ne sont servies, en principe, qu'aux étrangers qui sont domiciliés en Suisse, et qui ont payé des cotisations pendant 10 ans (art. 18 II LAVS). Ces conditions sont allégées dans un bon nombre de traités spéciaux: celle du domicile est généralement supprimée, celle de la durée de cotisation ramenée à 5 ans. Au surplus, une OCF du 14 mars 1952 règle la restitution des cotisations payées inutilement. Enfin, le montant des rentes est réduit d'un tiers (art. 40), sauf les mêmes traités spéciaux.

Les inégalités dans les assurances sociales, – qui tendent heureusement à disparaître, – s'expliquent, avant tout, pour deux raisons. La première, c'est que les institutions financées par l'Etat doivent profiter aux nationaux plutôt qu'aux étrangers. L'argument est assez faible. Les pouvoirs

[88] P. Binswanger, Kommentar zum BG über die AHV, Zurich, 1950, p. 11, 116 et 171; Supplément, 1951, p. 42.

publics financent l'assurance vieillesse et survivants pour un cinquième, l'assurance accidents (non professionnels!) pour un quatre vingt dixième seulement[89]. Et la caisse des pouvoirs publics est, elle-même, alimentée principalement par les contribuables. Or les étrangers paient l'impôt comme les Suisses. La seconde raison, c'est que la Suisse doit se ménager une monnaie d'échange en vue de négociations futures, et ne pas donner ce qu'elle peut vendre. L'argument est meilleur. En tout cas, les faits semblent l'avoir confirmé: les traités internationaux se sont multipliés au cours de ces dernières années.

30. Les cantons sont tenus d'offrir à leurs habitants un *enseignement* primaire suffisant (art. 27 II C. féd.). Cet enseignement est obligatoire pour les cantons, qui doivent le diffuser, et pour les habitants, qui doivent en bénéficier. Par conséquent, l'instruction élémentaire est, pour toutes les personnes résidant sur le territoire cantonal, un droit en même temps qu'un devoir. Et les écoles publiques sont gratuites, pour les étrangers comme pour les Suisses[90]. En revanche, il dépend des cantons d'ouvrir aux étrangers leurs établissements d'enseignement dit moyen ou supérieur. Ils peuvent en subordonner l'accès au paiement d'un émolument complémentaire spécial, sans violer par là une clause d'assimilation conventionnelle[91].

[89] AVS: 160000000.–, contre 600000000.– de cotisations et 100000000.– d'intérêts.

AA: 1000000.– (!), contre 80000000.– de primes et 10000000.– d'intérêts (et l'art. 108 II LAMA prévoyait que la Confédération paierait un quart des primes!)

[90] H. Maerki, Das Prinzip des obligatorischen, unentgeltlichen und genügenden Primarunterrichts gemäß Art. 27 der schw. BV, thèse, Zurich, 1947, p. 52–54; Strekeisen, p. 103–104.

[91] JAA, 1938, n° 1, p. 9: vainement un Danois invoqua-t-il le traité d'établissement de 1875 pour faire réduire au tarif des Suisses la finance que la Kantonsschule d'Argovie percevait des étrangers. Les autorités cantonales ont même le droit – au regard des traités – d'interdire aux étrangers l'accès à une école professionnelle, afin de réserver les places aux ressortissants suisses, Salis-Burckhardt, I, n° 110 III, p. 23. Fehrlin, p. 100.

31. A défaut de stipulation expresse, telle que la Suisse en a convenu avec l'Allemagne (1952), la France (1931) et la Belgique (1896), l'*assistance publique* (durable) ne s'étend pas aux indigents étrangers[92]. La clause générale d'assimilation est, sur ce point, sans effet. Comment, d'ailleurs, en aurait-elle, puisqu'elle identifie le statut de l'étranger avec celui des Confédérés originaires d'un autre canton, et que ceux-ci ne jouissent de l'assistance publique dans le canton de leur domicile que s'ils peuvent se réclamer du Concordat de 1937? Il faudrait alors assimiler l'étranger aux Confédérés «bénéficiaires d'un concordat»; ce serait interpréter la clause de façon nouvelle.

Loin de conférer un titre à l'assistance, l'indigence des étrangers est un motif d'expulsion (ci-dessus, n° 22, c; les traités spéciaux prévoient une procédure de rapatriement). En réalité, il semble bien que, même à l'encontre des étrangers sans traité, les autorités cantonales fassent preuve d'une relative clémence, et ne les conduisent à la frontière qu'après de patientes démarches[93]. Conformément à une pratique ancienne, l'Etat d'origine ne rembourse pas les frais d'assistance[94] (les traités spéciaux, eux, limitent la franchise à un certain délai: avec l'Allemagne, 30 jours dès le commencement de l'indigence; avec la France, 30 jours dès la réception de l'avis diplomatique).

Les indigents *malades* sont l'objet d'une réglementation particulière. Deux traités leur sont consacrés, avec l'Italie

[92] Guggenheim, I, p. 350; Ruck, Schweizerisches Verwaltungsrecht, 3e éd., Zurich, 1953, II, p. 237; Petitpierre, p. 149, n° 18; F. Real, Grundzüge des internationalen Fürsorgerechts mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz, thèse, Zurich, 1936, p. 37, 59–62.

[93] Petitmermet, p. 130a–138a; Sauser-Hall, p. 27; Real, p. 37.

[94] Ce système «compensatoire» est assez coûteux, si l'on songe que les Suisses de l'étranger, tombés dans l'indigence, sont généralement à la charge de sociétés suisses de bienfaisance.

(1875) et le Portugal (1898). Mais, ici encore, ces actes internationaux expriment simplement ce que les autorités suisses font de leur propre chef. En effet, la jurisprudence applique spontanément aux étrangers la loi fédérale sur les frais d'entretien et de sépulture des ressortissants pauvres des autres cantons, du 22 juin 1875[95].

32. Le statut de l'étranger n'a de véritable consistance que si les droits dont il se compose peuvent être *déduits en justice.*

Les voies civiles sont ouvertes à l'étranger[96], à la condition, bien entendu, que la Suisse soit internationalement compétente. Une restriction comme celle de l'art. 7 h I LRDC, du 25 juin 1891 (action en divorce), ne relève plus, à proprement parler, du statut des étrangers; elle appartient au droit international privé. Elle n'est pas inspirée par un sentiment de méfiance envers l'étranger[97], mais par le désir de lui épargner les inconvénients d'un conflit de législations.

L'étranger dispose également du recours de droit public[98]. Lorsqu'il n'est au bénéfice d'aucun traité, il s'adressera au Tribunal fédéral ou au Conseil fédéral comme n'importe quel ressortissant suisse, pour faire sanctionner les droits que lui confère la législation interne. Il en va de même lorsqu'étant au bénéfice d'un traité, il invoque les droits que lui valent les clauses conventionnelles d'assimilation. En revanche, c'est le Conseil fédéral qui dira, au cas de contestation, s'il est bien au bénéfice d'un traité (art. 125 I c OJF de 1943)[99].

[95] ATF. 78.I.350; 71.I.94; 64.I.405. Toutefois, les deux traités sont plus larges que la loi de 1875 sur un point: l'obligation d'assistance des Etats contractants n'est pas subordonnée à la condition que l'indigent ne soit pas transportable.

[96] Guldener, Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, Zurich, 1951, p. 11. JAA, 1930, n° 1, p. 5.

[97] Même l'exemption du service militaire est, dans son origine, l'effet d'une suspicion. Ceux qui en sont l'objet ne paraissent toutefois pas en souffrir.

[98] Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, p. 158–160; Zumstein, H., Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen, thèse, Berne, 1951, p. 95.

33. Les lois relatives à l'exécution forcée ne distinguent pas selon la nationalité[100]. Le temps est déjà loin où, pour ses créances chirographaires, l'étranger était colloqué derrière les nationaux.

34. Certaines lois de procédure ménagent un sort spécial à l'étranger en ce qui concerne la *cautio judicatum solvi* et l' *assistance judiciaire.*

a) Le demandeur qui succombe doit ordinairement payer les frais de justice et les dépens du défendeur. Ce paiement éventuel est parfois garanti, dès le début du procès, par l'obligation de fournir une *caution.* Lorsque la caution est imposée, indifféremment, à tous les demandeurs, il n'y a pas de problème. Il y en a un quand la caution frappe uniquement les demandeurs domiciliés hors du ressort du tribunal. Mais alors, les nationaux sont atteints comme les étrangers[101]. Le problème ne relève proprement du statut des étrangers que si la caution est limitée aux seuls étrangers (c'est le cas dans le canton de Vaud, par exemple). Même en l'absence d'un traité d'établissement, une pareille discrimination est à peine admissible, puisqu' aussi bien la caution a pour but de remédier aux difficultés d'exécution des jugements de frais et dépens dans l'Etat où le demandeur a son *domicile* (en effet, c'est là qu'il sera probablement recherché). Que faut-il donc en penser quand l'étranger peut se réclamer d'un traité?

Un arrêt fédéral de 1934 devait décider si un Américain domicilié à New York avait l'obligation de fournir la

[99] Birchmeier, ad art. 125 OG, IV, p. 487; Zumstein, p. 86. Voir ACF du 26 mars 1957, art. 1 5°.

[100] Guldener, p. 186; voir Hartmann, p. 150.

[101] JAA, 1932, n° 105, p. 127 (procédure st-galloise); 1929, n° 61, p. 73 (procédure bernoise).

caution du droit vaudois[102]. Il a répondu affirmativement, mais en arguant de la fameuse «clause américaine», qui réserve la législation interne (par conséquent, l'art. 81 du Code de procédure civile vaudois; ci-dessus n° 6). Il y a lieu de croire que la décision eût été contraire, et la caution supprimée, si le demandeur avait été originaire d'un autre Etat conventionnel, dont le traité n'aurait pas contenu de réserve aussi générale. Et peu importe qu'en 1950 le Tribunal fédéral, après avoir donné de cette clause américaine une interprétation moins rigoureuse, ait néanmoins confirmé sa solution de 1934: la clause américaine, dans son exégèse actuelle, demeure plus discriminatoire que les réserves usuelles; elle expose les Américains à toutes les inégalités dont un canton non seulement frappe, mais encore *pourrait* frapper les Confédérés d'autres cantons[103].

La Convention de la Haye, des 17 juillet 1905/1er mars 1954, relative à la procédure civile, prime les traités bilatéraux, et en dissipe les incertitudes pour les ressortissants des Etats qui l'ont signée et ratifiée. D'après son art. 17, en effet, le demandeur échappe à toute caution fondée sur la nationalité (ou le domicile), quand il est originaire d'un des Etats contractants, et qu'il habite également l'un d'eux[104].

b) L'art. 4 C. assure aux indigents l'accès gratuit des tribunaux si leurs prétentions ne sont par dépourvues de toute chance de succès. L'*assistance judiciaire* est, ici, la contre-partie de la cautio judicatum solvi[105]. L'étranger

[102] ATF. 60.I.220, 12 juillet 1934, dans la cause Instant Index Corporation contre Tribunal cantonal vaudois (la recourante, on le remarque, était une personne morale).

[103] ATF. 76.I.111, 7 juin 1950, dans la cause Wolfe contre Frei et consorts et Obergericht des Kantons Thurgau (ci-dessus, note 17).

[104] Le corollaire se lit à l'art. 18: les jugements de frais et dépens rendus dans un Etat contractant sont déclarés exécutoires avec un minimum de formalités dans tous les autres Etats contractants.

[105] Sur l'assistance judiciaire telle qu'elle se déduit de l'art. 4 C., voir ATF. 78.I.193.

peut-il en invoquer le bénéfice? La façon dont l'institution est motivée donne la réponse: l'art 4 C. valant pour l'étranger aussi bien que pour le Suisse (ci-dessus, n° 7), l'étranger, même sans traité, prétendra l'assistance judiciaire comme le Suisse[106]. Et une clause américaine n'y ferait pas obstacle. Dans l'arrêt précité, de 1950, le Tribunal fédéral n'a-t-il pas dispensé de la caution, pour raison d'indigence, deux Américains habitant NewYork, en dépit de la règle contraire du droit thurgovien (art. 103 IV du Code de procédure civile thurgovien)?

IV. Conclusion

35. L'idée de la nation, lentement, se dévalue.

Si elle décline, c'est peut-être parce que le respect sacré dont elle fut entourée nous inquiète; que les émotions collectives qu'elle a suscitées nous effraient: que les crimes aveugles qui lui sont imputables nous font horreur.

Mais c'est avant tout parce que son principe même est *arbitraire*. Nous nous méfions des inégalités qui résultent du hasard. Or, sur la scène de la nation, les rôles sont rarement choisis, presque toujours imposés. Ici, les appelés; là-bas, les réprouvés. Ici, les citoyens; là-bas, les étrangers. A cette distribution, la volonté a peu de part[107].

36. D'ailleurs, qu'est-ce que la tâche de l'Etat, sinon de veiller à la sécurité et d'accroître la prospérité de sa population?

[106] A vrai dire, l'arrêt Wolfe (ATF. 76.I.116) pose la question sans la trancher. Et le Département fédéral de justice et police n'accordait l'assistance qu'aux étrangers bénéficiaires d'un traité (JAA, 1929, n° 62, p. 74).

[107] En Suisse, la naturalisation n'est qu'un mode secondaire d'acquisition de la nationalité. Dans l'intervalle d'une année, deux ou trois mille étrangers seulement usent de cette institution.

Et qu'est-ce, alors, que sa *population?* Ce n'est sans doute pas la rencontre accidentelle de tous les hommes qui, à un certain moment, se trouvent en un endroit donné. Mais ce n'est pas davantage le rassemblement fortuit des individus qui ont, pour seul signe véritablement distinctif, la faculté d'exhiber un certificat d'origine indigène. La population, c'est bien plutôt la communauté nécessaire des personnes qu'une destinée semblable appelle à vivre *durablement* sur un même territoire[108].

En termes concrets, les citoyens et les étrangers *établis* ont des droits identiques à la sollicitude de l'Etat, car ceux-ci, comme ceux-là, en constituent la substance humaine permanente. Et cette égalité est postulée par la nature des choses; point n'est besoin, pour l'assurer, d'un traité entre les nations.

37. Il n'est, en effet, pas téméraire de suggérer que les *conventions d'établissement* sont inutiles[109]. Ce qu'elles font, une législation interne le ferait aussi bien. On objecte, assurément, que le traité permet à l'Etat qui le signe de protéger la colonie de nationaux qu'il a dans les frontières de l'Etat contractant. L'idée peut être exacte; mais qu'en est-il de sa réalisation? Si l'Etat contractant viole ses devoirs, la Suisse – pour revenir à cet exemple – n'aura d'autre moyen pratique de défense que la *rétorsion*[110]. Nous retrouvons ici l'arme primitive des règlements internationaux. Le traité, qui était conclu dans l'espoir de

[108] La légitimité des colonies de nationaux sur territoire étranger n'est évidemment pas mise en cause.

[109] Sinon, peut-être, lorsqu'il s'agit d'imposer aux cantons une réglementation unifiée, dans les domaines où le législateur fédéral interne n'a pas de compétence (art. 8 C., d'après l'interprétation de la doctrine dominante; par exemple, en matière d'impôts, d'assistance, de cautio judicatum solvi).

[110] Voir un cas dans l'Annuaire suisse de Droit international, 1951, p. 181 (4, b), relatif au traité irano-suisse. M. Hartmann, p. 127, allait jusqu'à prétendre qu'en une pareille circonstance la Suisse ne pouvait que dénoncer le traité.

l'éliminer, ne fait parfois qu'en rendre l'utilité plus manifeste.

38. Nul ne doute que la législation interne de la Suisse ne soit assez libérale pour l'étranger établi. Il ne serait donc pas question de la réformer profondément. Mais cette libéralité souffre encore de fâcheuses dérogations[111]. Des anomalies telles que les restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie (ci-dessus, n°s 27 et 28), ou au bénéfice des assurances sociales (n° 29), devraient être supprimées par un acte unilatéral des autorités suisses. La cautio judicatum solvi (n° 34, a) ne devrait plus être imposée qu'en considération du domicile, non de la nationalité. Même l'assistance publique (n° 31), en tant qu'elle est un droit, devrait être reconnue, jusqu'à son rapatriement, à l'étranger établi comme au Suisse; c'est bien, d'ailleurs, ce que fait pratiquement l'Administration; il conviendrait, cependant, que cet usage ne soit pas tenu pour une simple tolérance, mais pour l'expression même de l'ordre juridique.

39. Restent les droits politiques et les obligations militaires.

Pour les premiers (n°s 13 et 14), le problème est de principe, plutôt que d'opportunité. Il est fort possible qu'en ce domaine les étrangers ne ressentent que faiblement l'ostracisme dont ils sont l'objet. A leurs yeux, une opération commerciale aura souvent plus d'attrait qu'une urne électorale. Néanmoins, il paraît équitable qu'un intérêt légitime, surtout s'il est celui d'une minorité, ait un moyen de se faire entendre.

Pour les secondes (n° 9), en revanche, la question est d'une importance pratique incontestable. L'avenir des troupes de milices est, à vrai dire, incertain. Cependant, aussi longtemps qu'elles subsisteront, leur composition strictement nationale perpétuera une inégalité flagrante, au

[111] Les règles discriminatoires du droit privé (ci-dessus, n° 8, et les notes 27 et 28) sont négligeables, car il paraît facile de les éluder.

détriment, cette fois-ci, des citoyens[112]. Pareille inégalité passe ordinairement pour être naturelle. Mais l'est-elle vraiment? Tous les étrangers ne sont pas, comme on veut bien le dire, des traîtres virtuels; le loyalisme est affaire de raison autant que d'instinct.

D'autres arguments ont sans doute plus de poids: s'il doit le service militaire dans son Etat d'origine, l'étranger auquel la Suisse l'imposerait à son tour serait intolérablement chargé; et, du reste, des conscrits supplémentaires ne feraient qu'encombrer les rôles de l'armée. Mais alors, pourquoi les étrangers, libérés des obligations dites personnelles, ne paieraient-ils pas une taxe d'exemption? L'établissement en Suisse vaut peut-être un sacrifice. Pour avoir été négative jusqu'à maintenant, la réponse du droit coutumier est-elle absolument satisfaisante?

40. Il en est de certaines idées comme de certaines armes. Elles sont condamnables, on le sent. Mais nul n'y peut renoncer, si tous ne les abandonnent d'un mouvement commun. Ainsi, la nationalité. Il s'en faut encore de beaucoup qu'elle soit généralement tenue pour désuète. Et la Suisse ne pourrait, sans péril, l'oublier. En identifiant ce que les autres Etats continuent à distinguer, elle hébergerait bientôt sur son sol une population qu'elle serait seule à trouver homogène. Elle deviendrait ainsi le lieu de rencontre d'intérêts divergents, voire opposés. Sa sécurité finirait par en souffrir.

A ce mal, il y a un remède spécifique. La Suisse se protégera des intrus en en surveillant de près l'entrée, la résidence et la sortie. Et elle interviendra, s'il le faut, pour ordonner l'une, ou interdire les autres. En effet, l'égalité de traitement n'a pas pour correspondant nécessaire la liberté d'établissement. Avant de se fondre dans la population, où

[112] On n'a pas oublié la déconvenue des autorités de Bâle-Ville, qui, ayant offert une naturalisation gratuite aux étrangers établis depuis 25 ans, l'ont vu refuser par plus d'un tiers des intéressés (Petitmermet, p. 130a).

les différences d'origine ne compteront plus, l'étranger doit montrer qu'il en partage le caractère essentiel: il faut qu'il prouve, par sa conduite, qu'il appartient désormais à cette collectivité dont le destin commun est de vivre durablement dans les frontières de la Suisse.

Bibliographie sommaire. Guggenheim, P. Traité de droit international public, I, Genève, 1953, p. 330 ss. Petitpierre, M. Le droit international privé de la Suisse, Répertoire de droit international, VII, Paris, 1930, p. 145 ss., nos 1–49 (condition des étrangers). Hartmann, J. Über die Stellung der Ausländer im schweizerischen Bundesstaatsrecht, RDS, 26 (1907), p. 98–187. Strekeisen, H. Die öffentlich-rechtliche Stellung der Ausländer in der Schweiz, thèse, Zurich, 1911. Sauser-Hall, G. La situation juridique des étrangers en Suisse, Bulletin de la Société de législation comparée, 50 (1921), p. 6–45. Fehrlin, W. Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz, thèse, Berne, 1952. Waldkirch, E. von Die Grundsätze des Niederlassungsrechts der Fremden in der Schweiz, RDS, 42 (1923), p. 56a–95a. Petitmermet, R. Les principes à la base du droit d'établissement des étrangers en Suisse, RDS, 42 (1923), p. 97a–185a. Delessert, C. L'établissement et le séjour des étrangers au point de vue juridique et politique, thèse, Lausanne, 1924.

Pour les données numériques, attestant l'importance pratique du problème des étrangers, cf. ci-dessus, note 69.