



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP

Office fédéral de la justice OFJ
Domaine de direction Droit public

P.P. CH-3003 Berne, OFJ

Commission des institutions politiques du
Conseil national
Parlamentsgebäude
3003 Berne

N° référence: COO.2180.109.7.123843 612/2013/00789/ Dossier 612-044

Votre référence :

Notre référence : bj-ger

Berne, le 28 avril 2014

Avis de droit - Portée de l'art. 38 al. 1 Cst. concernant les partenariats enregistrés

Madame la présidente,
Mesdames, Messieurs les députés,

Par courrier du 20 mars 2014, vous avez demandé au Département fédéral de justice et police de réaliser une étude qui démontrera les avantages et les inconvénients respectifs de la mise en œuvre des initiatives parlementaires 13.418 à 422 par une modification de la loi ou par une modification de la Constitution. Plus spécifiquement il s'agira d'examiner la question de savoir si une modification au niveau de la seule loi est possible ou si une révision de la Constitution est également nécessaire.

Dans le bref délai qui nous a été imparti, nous prenons position comme suit.

Office fédéral de la justice OFJ
Luzius Mader, Prof. Dr. jur.
Bundesrain 20, 3003 Berne
Tél. +41 31 322 41 02, fax +41 31 322 84 01
luzius.mader@bj.admin.ch
www.ofj.admin.ch

Résumé des réponses

1. La plupart des méthodes d'interprétation aboutissent à la conclusion que la notion de mariage au sens de l'art. 38 al. 1 Cst. n'inclut pas le partenariat enregistré tel qu'il est institué par la loi sur le partenariat enregistré. Une interprétation plus large n'est pas strictement exclue au regard du but de l'art. 38 al. 1 Cst., mais il n'y a que peu d'éléments qui plaident en faveur d'une telle interprétation extensive de cette notion. L'institution d'une naturalisation facilitée pour les partenaires enregistrés qui serait similaire à celle prévue par l'art. 27 LN pour les personnes mariées ne peut donc guère être fondée sur la notion de mariage ancrée à l'art. 38 al. 1 Cst.
2. La plupart des méthodes d'interprétation aboutissent à la conclusion que l'art. 38 al. 1 Cst. contient une liste exhaustive des cas dans lesquels le législateur fédéral peut prévoir une naturalisation facilitée en relation avec le droit de la famille. Le partenariat enregistré ne peut donc guère être considéré comme implicitement visé par l'art. 38 al. 1 Cst. depuis l'institution de ce statut.
3. Vu que la compétence de régler les conséquences sur le droit de la nationalité d'états de fait de droit civil a longtemps reposé sur la compétence législative fédérale en matière de droit civil, il ne serait pas exclu de soutenir que l'adoption de l'art. 44 al. 1 aCst. repris à l'art. 38 al. 1 Cst. n'a pas mis un terme à la possibilité pour la Confédération de se fonder sur sa compétence en matière de droit civil pour régler les effets sur le droit de cité et la nationalité de statuts de droit civil qui n'existaient pas lors de l'adoption des art. 44 al. 1 aCst. en 1983 et de l'art. 38 al. 1 Cst. en 1999. Néanmoins, tant la lettre de l'art. 38 al. 1 Cst. que les travaux préparatoires de la révision totale de la Constitution fédérale et, plus clairement encore, ceux relatifs à la loi sur le partenariat enregistré plaident contre la possibilité d'introduire une naturalisation facilitée similaire à l'art. 27 LN sans révision préalable de l'art. 38 al. 1 Cst.

Table des matières

1	Portée de l'art. 38 al. 1 Cst.	4
1.1	Historique.....	4
1.2	La notion de mariage à l'art. 38 al. 1 Cst.	5
1.2.1	Interprétation littérale.....	6
1.2.2	Interprétation historique.....	6
1.2.3	Interprétation systématique	7
1.2.3.1	Coordination entre l'art. 14 et l'art. 38 Cst.....	7
1.2.3.2	Coordination entre l'art. 8 al. 2 et l'art. 38 Cst.	8
1.2.4	Interprétation téléologique	8
1.2.5	Conclusion intermédiaire.....	9
1.3	L'art. 38 al. 1 Cst. est-il exhaustif?.....	9
1.3.1	Interprétation littérale.....	10
1.3.2	Interprétation historique.....	10
1.3.3	Interprétation systématique	11
1.3.4	Interprétation téléologique	13
1.3.5	Conclusion intermédiaire.....	13
1.4	Conclusions.....	13
2	Avantages et inconvénients d'une modification constitutionnelle ou d'une modification uniquement par voie législative	14
2.1	Modification préalable de l'art. 38 al. 1 Cst.	14
2.1.1	Avantages	14
2.1.2	Inconvénients	14
2.2	Renonciation à une modification préalable de l'art. 38 al. 1 Cst.....	14
2.2.1	Avantages	14
2.2.2	Inconvénients.....	14

1 Portée de l'art. 38 al. 1 Cst.

L'art. 38 al. 1 Cst. a la teneur suivante:

"¹ La Confédération règle l'acquisition et la perte de la nationalité et des droits de cité par filiation, par mariage ou par adoption. Elle règle également la perte de la nationalité suisse pour d'autres motifs ainsi que la réintégration dans cette dernière.

¹ Der Bund regelt Erwerb und Verlust der Bürgerrechte durch Abstammung, Heirat und Adoption. Er regelt zudem den Verlust des Schweizer Bürgerrechts aus anderen Gründen sowie die Wiedereinbürgerung.

¹ La Confederazione disciplina l'acquisizione e la perdita della cittadinanza per origine, matrimonio e adozione. Disciplina inoltre la perdita della cittadinanza svizzera per altri motivi e la reintegrazione nella medesima."

1.1 Historique

L'ancien art. 44 de la Constitution du 29 mai 1874 (aCst.) prévoyait dans sa teneur originale à son alinéa 2 que la législation fédérale déterminait les conditions auxquelles les étrangers pouvaient être naturalisés. Par ailleurs l'art. 54 al. 4 aCst. prévoyait que la femme acquérait par le mariage le droit de cité et de bourgeoisie de son mari.

En 1928, l'art. 44 aCst. a été révisé. Le nouvel alinéa 2 a été modifié de manière essentiellement rédactionnelle: "*la législation fédérale détermine les règles applicables à l'acquisition ou à la perte de la nationalité.*" Malgré sa lettre très ouverte, cette disposition a été interprétée comme visant uniquement l'acquisition de la nationalité suisse par décision et comme donnant seulement la compétence d'arrêter des prescriptions minimales. L'acquisition de la nationalité de par la loi en vertu du droit de la famille a par contre été considérée comme fondée non pas sur l'art. 44 al. 2 aCst., mais sur la compétence législative fédérale en matière de droit civil (art. 64 al. 2 aCst.)¹. En 1953, le législateur a introduit une naturalisation facilitée des enfants d'une femme qui avait perdu la nationalité suisse suite à son mariage; cette possibilité a été considérée comme fondée sur l'art. 44 al. 3 aCst. qui habilitait le législateur à prévoir que l'enfant né de parents étrangers était ressortissant suisse, dès sa naissance, lorsque la mère était d'origine suisse².

¹ Message du 7 avril 1982, FF 1982 II 137, 139: "*En 1898, le pouvoir de légiférer en matière de droit civil fut attribué à la Confédération (art. 64, 2e al., cst.). Etaient contenue dans cette disposition la compétence de régler l'acquisition et la perte du droit de cité pour des faits du droit de famille. Le code civil fondé sur cette disposition, entré en vigueur en 1912, réalisa l'uniformisation de l'acquisition du droit de cité par filiation pour l'ensemble de la Confédération (art. 270 et 324 s. CC)*". Rapport de la commission du Conseil national relatif à l'initiative parlementaire 79.223, FF 1980 II p. 1446, 1462: "*La notion du droit civil, telle que la définit l'article 64 de la constitution, est si étendue, qu'elle s'applique aussi à la réglementation de certains rapports relevant du droit administratif. Le législateur en matière de droit civil peut donc, en principe et dans le cadre de ses attributions, prendre des mesures relatives au droit de cité. Celles-ci ne se justifient cependant que si elles permettent de réaliser au moins un objectif majeur du droit civil.*" Cf aussi FF 1987 III 292.

² Message, FF 1951 II 677 s.

En 1983, l'art. 44 aCst. a été révisé à nouveau. Il prévoyait dorénavant à son alinéa 1 que la Confédération réglait l'acquisition ou la perte du droit de cité par filiation, mariage et adoption, ainsi que la perte de la nationalité suisse et la réintégration dans celle-ci. Le message précisait à cet effet:

*"La compétence de la Confédération de régler l'acquisition et la perte du droit de cité en vertu du droit de la famille ne doit plus être déduite du pouvoir de légiférer en matière de droit civil (art. 64 Cst.). Cette innovation tient compte du caractère spécifiquement de droit public du droit de cité. L'article 44, 3e alinéa, cst., devient sans objet."*³

*"Die Zuständigkeit des Bundes, Erwerb und Verlust des Bürgerrechts aus familienrechtlichen Gründen zu regeln, muss nicht mehr aus seiner Befugnis zur Gesetzgebung über das Zivilrecht (Art. 64 BV) abgeleitet werden. Diese Neuerung trägt dem eigenständigen öffentlichrechtlichen Charakter des Bürgerrechts Rechnung. Der geltende Artikel 44 Absatz 3 BV wird gegenstandslos."*⁴

Le projet du Conseil fédéral prévoyait en outre de donner à la Confédération la compétence de prescrire aux cantons de faciliter la naturalisation des jeunes étrangers élevés en Suisse ainsi que des réfugiés et des apatrides. Cette modification a été refusée par le parlement.

La lettre de l'art. 38 al. 1 de la Constitution en vigueur est reprise de l'ancien art. 44 al. 1 de la Constitution du 29 mai 1874 avec uniquement des modifications d'ordre rédactionnel⁵. Selon le message du 20 novembre 1996, l'art. 38 al. 1 Cst. attribue à la Confédération la compétence de régler de manière exhaustive les conséquences sur le droit de cité des divers aspects du droit de la famille mentionnés dans la disposition ainsi que la perte de la nationalité suisse et de la réintégration dans cette dernière⁶.

Le 3 octobre 2003, le parlement fédéral a adopté un arrêté fédéral modifiant l'art. 38 al. 1 Cst. pour y introduire dans la première phrase la compétence de régler l'acquisition de la nationalité et des droits de cité par la naissance en Suisse lorsque l'un des parents au moins y a grandi⁷. Cette révision a été rejetée par le peuple et les cantons le 26 septembre 2004.

1.2 La notion de mariage à l'art. 38 al. 1 Cst.

D'après la jurisprudence, une norme s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). On peut cependant s'écarter de cette interprétation s'il y a des raisons sérieuses de penser que le texte de la norme ne reflète pas la volonté réelle de son auteur; de tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du

³ FF 1982 II 137, 154.

⁴ BBI 1982 II 125, 143.

⁵ L'ancien article 44 al. 1 Cst adopté par le peuple et les cantons le 4 décembre 1983 avait la teneur suivante: "La Confédération règle l'acquisition ou la perte du droit de cité par filiation, mariage et adoption, ainsi que la perte de la nationalité suisse et la réintégration dans celle-ci." "Der Bund regelt den Erwerb und den Verlust der Bürgerrechte durch Abstammung, Heirat und Adoption sowie den Verlust des Schweizer Bürgerrechts und die Wiedereinbürgerung".

⁶ FF 1997 I, 225.

⁷ FF 2003 6045.

sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la réglementation. Lorsque plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions; la pratique des autorités judiciaires et administratives suisses ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique⁸.

1.2.1 Interprétation littérale

La notion de mariage (matrimonio) utilisée à l'art. 38 al. 1 Cst. dans ses versions française et italienne est classiquement une notion définie par le droit civil. Il découle notamment des art. 94 al. 1 et 102 al. 2 du Code civil qu'un mariage ne peut, en droit actuel, être conclu qu'entre un homme et une femme. Le droit civil distingue clairement entre le mariage et le partenariat enregistré. Non seulement le partenariat enregistré est réglé dans une loi spéciale⁹ qui est distincte du code civil régissant le mariage, mais le droit fédéral traite séparément le mariage et le partenariat enregistré: dans les cas où le droit fédéral attribue au partenariat enregistré les mêmes effets que le mariage, il le précise expressément soit en juxtaposant les deux termes¹⁰, soit en précisant qu'une réglementation régissant la situation juridique des époux s'applique par analogie aux partenaires enregistrés¹¹, soit en déclarant que dans un certain domaine le partenariat enregistré est assimilé au mariage¹². Il en découle que la notion de mariage à l'art. 38 al. 1 Cst. vise, dans son sens commun en droit fédéral, une institution juridique spécifique, distincte du partenariat enregistré.

Dans sa version allemande, l'art. 38 al. 1 Cst. utilise le terme de "Heirat" tandis que l'art. 14 Cst. garantit "das Recht auf Ehe". En droit civil, la notion allemande "Heirat" correspond à un fait d'état civil - l'acte de se marier - tandis que la notion "Ehe" vise le statut familial consécutif à ce fait¹³. Les termes "Heirat" et "Eheschliessung" sont aussi utilisés comme synonymes¹⁴. Dans la mesure où le terme allemand "Heirat" n'est pas utilisé en droit fédéral dans un sens large incluant le partenariat enregistré, il n'a pas, dans son sens usuel, une portée différente des termes français et italien de mariage et matrimonio à l'art. 38 al. 1 Cst. On ne peut donc pas déduire de l'emploi du terme "Heirat" dans la version allemande de cette disposition que celle-ci aurait, dans sa lettre allemande, une portée plus large que les versions italienne et française.

1.2.2 Interprétation historique

Tant en 1983 lorsque l'art. 44 al. 1 aCst. a été adopté qu'en 1999 lorsque la nouvelle constitution intégrant l'art. 38 al. 1 a été approuvée par le peuple et les cantons, le partenariat enregistré de couple de même sexe n'avait pas encore été institué. Il faut

⁸ ATF 136 III 283 consid. 2.3.2 p. 284 avec d'autres références.

⁹ La loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, LPart, RS 211.231.

¹⁰ Par ex. art. 21 al. 2 CC.

¹¹ Par ex. art. 266m al. 3 CO.

¹² Par ex. art. 13a LPGA

¹³ Art. 39 al. 2 let. a et b CC.

¹⁴ Cf. par ex. l'art. 3 de la loi sur la nationalité (RS 141.0) dans sa teneur jusqu'en 1991. Cette disposition portait le titre marginal "Durch Heirat" (Par mariage) et son alinéa 1 avait la teneur suivante: "Die ausländische Frau erwirbt durch Eheschliessung mit einem Schweizerbürger das Schweizerbürgerrecht" ("La femme étrangère acquiert la nationalité suisse par son mariage avec un Suisse").

en déduire que la notion de mariage à l'art. 38 al. 1 Cst. ne pouvait pas, lors de l'adoption de cette disposition, inclure le partenariat enregistré. Dans la mesure où la loi sur le partenariat enregistré a pris soin de ne pas assimiler entièrement le partenariat enregistré au mariage en conservant certaines différences par rapport à ce dernier¹⁵, la seule adoption de cette loi n'a pas eu pour conséquence de modifier la portée de la notion de mariage à l'art. 38 al. 1 Cst. Cela est aussi confirmé par les travaux préparatoires relatifs à ce projet qui précisaient que la notion de mariage à l'art. 38 al. 1 Cst. ne pouvait pas être appliquée au partenariat enregistré¹⁶.

1.2.3 Interprétation systématique

1.2.3.1 Coordination entre l'art. 14 et l'art. 38 Cst.

L'unité terminologique en français et en italien entre la notion de mariage à l'art. 38 al. 1 Cst. et celle à l'art. 14 Cst. garantissant le droit au mariage plaide pour une interprétation uniforme de cette notion au niveau constitutionnel. Or, il existe deux approches de la notion de mariage à l'art. 14 Cst. L'une considère que la notion de mariage renvoie à l'institution du mariage telle que définie par le Code civil, l'art. 14 Cst. se limitant à donner un droit au mariage tel qu'il est prévu par le droit civil. L'autre considère que l'art. 14 Cst. garantit une institution spécifique du mariage, qui est inhérente à la Constitution et que le législateur doit respecter. Les travaux préparatoires de la révision totale de la Constitution fédérale favorisent la seconde interprétation. Le message du Conseil fédéral précise en effet que le droit au mariage garantit une institution à laquelle il convient d'accorder une protection particulière par rapport aux autres formes de vie en commun; le droit au mariage garantit l'union entre un homme et une femme et ne s'étend pas aux mariages de transsexuels ni au mariage d'homosexuels¹⁷. La jurisprudence¹⁸ et une grande partie de la doctrine¹⁹ soutiennent cette interprétation dite institutionnelle. Une autre partie de la doctrine penche en re-

¹⁵ Cf. à ce sujet le message, FF 2003 1269 s. qui cite en particulier les conditions du partenariat et la dissolution, le régime des biens, l'adoption d'un enfant, le nom et le droit de cité. Pour plus de détails, cf. B. Pulver, Einleitung, n° 46, in: Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, 2007.

¹⁶ Message, FF 2003 1218. BO 2003 N 1828, Ménétreay: " Très rapidement, un mot d'explication. Bien que le projet qui nous est soumis présente une amélioration pour la naturalisation des partenaires homosexuels sous la forme d'une réduction de la durée du séjour à cinq ans, les organisations homosexuelles auraient souhaité que le projet aille plus loin. Elles auraient désiré qu'on assimile les couples homosexuels aux couples mariés dans tous les cas concernant le droit de la nationalité, et notamment pour la naturalisation facilitée du partenaire étranger d'un ressortissant suisse vivant à l'étranger. Une proposition dans ce sens a été présentée en commission. Or ces dispositions se fondent sur l'article 38 de la Constitution fédérale qui parle de naturalisation facilitée en cas de mariage. Peut-on interpréter la Constitution de manière extensive et assimiler sans autre le partenariat à un mariage? Non, affirment les experts de la Confédération. C'est pourquoi actuellement cette analogie n'est pas possible, à moins de modifier la Constitution. La proposition qui avait été faite en commission a donc été retirée."

¹⁷ FF 1997 156 s. Cf. aussi le message relatif à la loi sur le partenariat enregistré, FF 2003 1192, ch. 1.5.1 p. 1206 ss.

¹⁸ ATF 126 II 425, 431 s. consid. 4.b.bb. avec d'autres références.

¹⁹ D. Ch. Dicke, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Rz. 1 zu Art. 54; R. Reusser, Art. 14, n° 8 in: St-Galler BV-Kommentar, 2e éd., 2008; A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, Droit constitutionnel suisse, 3e éd., 2013, volume II, n°425; A. Grif-fel, in: Biaggini/Gächter/Kiener (éd.), Staatsrecht, 2011, § 31 n° 57. Avec une ouverture pour les couples transsexuels: G. Biaggini, BV-Kommentar, art. 14 n° 2 et 4, 2007. Plus différencié: P. Mahon, Art. 14 n° 5 et 7 in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale 2003;

vanche plutôt pour la première interprétation, considérant qu'il appartient au seul législateur de définir l'institution du mariage et d'en régler les conditions et les effets, de sorte qu'il serait loisible d'étendre l'institution du mariage aux couples homosexuels²⁰. Cette controverse sur la portée de l'art. 14 Cst. n'importe toutefois pas, car ces deux approches aboutissent, en droit actuel, à la conclusion que le mariage au sens de l'art. 14 Cst. ne recouvre pas le partenariat enregistré²¹. Une interprétation coordonnée de la notion de mariage entre les art. 14 et 38 Cst. ne conduit donc pas à une interprétation plus extensive de la notion de mariage à l'art. 38 al. 1 Cst. que celle qui découle de la lettre ou de l'histoire de cette disposition.

1.2.3.2 Coordination entre l'art. 8 al. 2 et l'art. 38 Cst.

Une partie de la doctrine soutient que la prohibition des discriminations par l'art. 8 al. 2 Cst. doit conduire à une interprétation large de la notion de mariage à l'art. 38 al. 1 Cst. afin d'y inclure aussi les partenariats enregistrés²². En effet, l'exclusion des partenaires enregistrés du bénéfice de la naturalisation facilitée prévue aux art. 27 et 28 LN pour le conjoint d'un ressortissant suisse constituerait une discrimination prohibée. À notre avis, quelle que soit l'appréciation que l'on donne à l'évaluation de l'existence d'une telle discrimination, elle n'aurait pas d'influence sur la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Les droits fondamentaux doivent en effet être respectés tant par la Confédération que par les cantons. Or, ceux-ci peuvent prévoir des cas de naturalisations facilitées, plus précisément octroyer un droit à la naturalisation à des conditions allégées, dans des cas non prévus par le droit fédéral. Dans l'hypothèse où l'art. 8 al. 2 Cst. imposerait que les partenaires enregistrés étrangers de ressortissants suisses bénéficient d'une naturalisation facilitée à des conditions similaires à celles prévues pour les personnes mariées, cette obligation n'impliquerait pas nécessairement qu'il appartiendrait au législateur fédéral d'introduire une telle naturalisation facilitée. Cette obligation s'imposerait à la collectivité publique compétente, qu'il s'agisse de la Confédération ou des cantons. On ne saurait donc se prévaloir du souci d'éviter une discrimination pour étendre la compétence législative de la Confédération.

1.2.4 Interprétation téléologique

Le but de l'art. 44 al. 1 aCst. adopté en 1993 et repris à l'art. 38 al. 1 Cst. était d'une part de créer la base constitutionnelle expresse pour les dispositions de la loi sur la nationalité régissant depuis 1952 l'acquisition de la nationalité pour des motifs liés au droit de la famille et d'autre part d'accorder au législateur une marge de manœuvre accrue par rapport à l'ancien art. 54 al. 4 Cst. qui prévoyait que la femme acquérait par le mariage le droit de cité et de bourgeoisie de son mari. S'agissant en particulier

²⁰ J.-F. Aubert, la Constitution fédérale et les unions d'homophiles, avis de droit du 30 avril 1998, n°64; Y. Hangartner, Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare, PJA 2001, p. 255; C. Schoder, Die Bedeutung des Grundrechts auf Ehe für das Ehe- und Familienrecht, PJA 2002, 1287–1296, 1292 ss; J.P. Müller / M. Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4e éd., 2008, p. 227 s. avec d'autres références; A. R. Ziegler, Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung, PJA 2013 p. 649, 654.

²¹ Par ex. J.P. Müller / M. Schefer, op. cit., p. 228.

²² Y. Hangartner, op. cit., p. 260; C. Gutzwiller, Le partenariat enregistré sous l'angle du droit de la nationalité: considérations sur une réforme timorée, PJA, 2005 1373, p. 1378; C. Gutzwiller, Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse, 2008, thèse, p. 205; B. Pulver, in: Geiser/Gremper, Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, 2007, p. 551 n° 10; M. Bertschi, in: A. Büchler (éd.), Eingetragene Partnerschaft, FamKomm, 2006, p. 636 s..

du mariage, le but de l'art. 38 al. 1 Cst. est donc de permettre au législateur de déterminer si et à quelles conditions le mariage avec un ressortissant suisse a pour effet l'acquisition de la nationalité et du droit de cité de cette personne. Il permet de prévoir tant une acquisition de par la loi qu'une naturalisation facilitée par décision de l'autorité.

Vu le but de créer la base constitutionnelle expresse pour réglementer l'acquisition de la nationalité pour des faits liés au droit civil, il ne nous paraît pas exclu de soutenir que ce but implique une interprétation large de la notion de mariage pour y inclure aussi le partenariat enregistré. Comme le partenariat enregistré n'existait ni en 1983 lors de l'adoption de l'art. 44 aCst. ni lors de l'adoption de la nouvelle Constitution le 18 avril 1999, la référence au mariage devrait, dans cette optique, être comprise, *pars pro toto*, comme visant à donner explicitement à la Confédération la compétence de régler l'acquisition de la nationalité en raison d'un statut juridique de droit civil tel que le mariage. De ce point de vue, il n'y aurait pas d'obstacle à inclure implicitement aussi le partenariat enregistré dans les statuts juridiques visés par l'art. 38 al. 1 Cst. dès lors que la loi donne à ce partenariat enregistré un statut largement similaire au mariage.

À l'encontre de cette interprétation on peut cependant faire valoir que le partenariat enregistré a été réglé distinctement du droit de la famille du Code civil, notamment au motif que le partenariat enregistré ne permet pas de fonder une famille, puisque deux femmes ou deux hommes ne peuvent pas avoir d'enfants ensemble, et que tant l'adoption que la procréation médicalement assistée leur restent interdites en droit actuel²³. Le partenariat enregistré ne fait ainsi pas à proprement parler partie du droit de la famille visé en 1983 par la révision de l'art. 44 al. 1 aCst., puis par l'art. 38 al. 1 Cst.

À l'encontre d'une interprétation large de la notion de mariage à l'art. 38 al. 1 Cst. pour y inclure le partenariat enregistré, il faut aussi signaler que le message du Conseil fédéral relatif à la loi sur le partenariat enregistré a spécifiquement déclaré que la notion de mariage ne peut pas, selon une interprétation téléologique, être appliquée au partenariat enregistré²⁴.

1.2.5 Conclusion intermédiaire

Vu ce qui précède, seule une interprétation téléologique pourrait à la rigueur conduire à une interprétation de la notion de mariage à l'art. 38 al. 1 Cst. comme incluant aussi le partenariat enregistré. En revanche, les autres méthodes d'interprétation conduisent uniformément à une interprétation de la notion de mariage conformément à l'usage de cette notion en droit civil, excluant ainsi le partenariat enregistré des cas visés expressément par l'art. 38 al. 1 Cst.

1.3 L'art. 38 al. 1 Cst. est-il exhaustif?

Nous avons vu plus haut que jusqu'en 1983 la compétence de régler les conséquences sur le droit de la nationalité d'états de fait de droit civil reposait non pas sur l'ancien art. 44 al. 2 aCst., mais sur la compétence législative fédérale en matière de droit civil (art. 64 aCst.). La question se pose donc, s'agissant du partenariat enregistré, si la Confédération ne pourrait pas se prévaloir encore de sa compétence en ma-

²³ Message, FF 2003 1212 ch. 1.6.2.

²⁴ FF 2003 1212 ch. 1.7.3 p. 1218.

tière de droit civil pour prévoir une naturalisation facilitée des partenaires enregistrés de ressortissants suisses ou, alternativement, si l'art. 38 al. 1 Cst. ne doit pas être interprété comme étant non exhaustif.

1.3.1 Interprétation littérale

La mention à l'art. 38 al. 1 Cst. de trois faits ou états pour lesquels la Confédération a la compétence exclusive de régler les effets sur le droit de nationalité milite en faveur d'une portée exhaustive de cette liste. Une partie de la doctrine relève expressément ce caractère exhaustif²⁵.

Il s'y ajoute que l'art. 38 al. 1 Cst. peut, au même titre que l'al. 3 de cette disposition, être compris comme une exception à la règle générale fixée indirectement à l'al. 2: la naturalisation des étrangers est en principe du ressort des cantons, la Confédération ne pouvant édicter que des "dispositions minimales" sauf dans les cas visés aux al. 1 et 3. Or, il est d'usage d'interpréter les exceptions de manière restrictive afin de respecter la primauté donnée par l'auteur de la norme à ce qui est censé être la règle générale²⁶.

On peut déduire de ce caractère exhaustif en premier lieu qu'un cas supplémentaire tel que le partenariat enregistré ne pourrait pas être fondé sur l'art. 38 al. 1 Cst. interprété conformément à sa lettre. Le caractère exhaustif peut aussi être entendu dans un sens plus large en excluant de rattacher à une autre compétence constitutionnelle telle que l'art. 122 al. 1 Cst. une naturalisation facilitée de partenaires enregistrés.

1.3.2 Interprétation historique

Il ne découle pas des travaux préparatoires de la révision de l'art. 44 aCst. en 1983 une volonté d'exclure que la Confédération puisse se fonder sur l'art. 64 aCst. pour régler l'acquisition de la nationalité en relation avec d'autres règles de droit civil. Le message relatif à cette révision précisait en effet que la compétence de la Confédération de régler l'acquisition et la perte du droit de cité en vertu du droit de la famille "ne doit plus être déduite" du pouvoir de légiférer en matière de droit civil (art. 64 Cst.). Il n'en découle pas nécessairement que la compétence en matière de droit civil ne s'étend dorénavant plus à l'acquisition et la perte du droit cité. Lors des débats parlementaires, il a été mis l'accent sur le fait que l'art. 44 al. 1 aCst. réglait l'acquisition du droit de cité par le droit de la famille²⁷. Rien n'a été dit sur la possibilité ou l'exclusion d'une réglementation de l'acquisition de la nationalité pour d'autres motifs, en particulier pour d'autres motifs ne relevant pas au droit de la famille au sens étroit, vu que la question ne se posait pas à l'époque.

Les travaux préparatoires de la révision totale de la Constitution fédérale sont un peu plus explicites sur la délimitation entre l'art. 38 al. 1 et l'art. 122 Cst. Le message pré-

²⁵ E. Grisel, art. 44 n° 36, in: Commentaire de la Constitution de 1874; G. Biaggini, BV-Kommentar, 2007, art. 38, n° 7.

²⁶ Cf. toutefois ATF 108 la 74, consid. 4.a p. 79: à la lumière du principe d'interprétation systématique, une disposition exceptionnelle n'a pas à être toujours interprétée restrictivement. C'est plutôt de cas en cas qu'il s'agira de trouver la solution adéquate. L'exception pourra même devenir la règle pour un type de situations particulières dans lesquelles l'application du principe général conduirait à des résultats que le législateur ne peut avoir voulus.

²⁷ BO 1983 N 58 (MM. Zbinden et Müller, rapporteurs) et 59 (conseiller fédéral Friedrich).

cise que la disposition qui deviendra l'art. 38 al. 1 Cst. charge la Confédération de régler "de manière exhaustive" ("umfassend und abschliessend") les conséquences sur les droits de cité des divers aspects du droit de la famille mentionnés dans la disposition. Le message déclare par ailleurs que la disposition constitutionnelle attribuée à la Confédération la compétence de prévoir une naturalisation facilitée dans les cas présentant un élément de rattachement au 1^{er} alinéa. De par la référence en note de bas de page à un commentaire doctrinal qui affirme péremptoirement que la Confédération ne pouvait introduire de naturalisation facilitée que dans les cas visés à l'art. 44 al. 1 aCst.²⁸, il semble qu'il faille comprendre le message plutôt dans un sens restrictif, excluant donc que la Confédération puisse se fonder sur une autre disposition que l'art. 38 al. 1 Cst. pour introduire une naturalisation facilitée.

L'interprétation de l'art. 38 al. 1 Cst. comme instituant une liste exhaustive des cas où la Confédération peut prévoir une naturalisation facilitée est contestée par une partie de la doctrine en raison du fait que l'institution du partenariat enregistré n'était pas connue lors de la révision totale de la Constitution: le constituant ne pouvait pas avoir voulu sciemment donner une portée exhaustive à la liste de l'art. 38 al. 1 Cst., car, à l'époque, il n'y avait pas d'autre statut de droit civil susceptible d'avoir un effet sur la nationalité²⁹.

Lors de l'adoption de la loi sur le partenariat enregistré, les travaux préparatoires ont clairement pris position dans le sens d'un caractère exhaustif de l'art. 38 al. 1 Cst. Le message du Conseil fédéral a précisé que dans les autres cas que ceux mentionnés à l'art. 38 al. 1 Cst., la Confédération n'est habilitée qu'à édicter des dispositions minimales sur la naturalisation des étrangers par les cantons et à octroyer l'autorisation de naturalisation (art. 38, al. 2, Cst.); pour pouvoir permettre au partenaire étranger lié à un ressortissant suisse par un partenariat enregistré de bénéficier d'une naturalisation facilitée par la Confédération, il faudrait donc modifier au préalable la Constitution³⁰.

En conclusion, si les travaux préparatoires à la révision de l'art. 44 aCst. permettaient une interprétation selon laquelle la nouvelle disposition ne supprimait pas la compétence subsidiaire de régler le droit de cité sur la base de la compétence législative en matière de droit civil, les travaux préparatoires à la révision totale de la constitution et à la loi sur le partenariat enregistré plaident plutôt contre une telle interprétation.

1.3.3 Interprétation systématique

Jusqu'en 1983, hormis le cas du mariage qui était régi par l'art. 54 al. 4 aCst., la réglementation des cas d'acquisition de la nationalité suisse en relation avec le droit de la famille était fondée sur la compétence en matière de droit civil³¹. Le motif fondamental justifiant cette pratique — à savoir le lien de connexité étroite entre la réglementation d'un statut juridique en droit de la famille et les conséquences de ce statut en matière de droit de cité — demeure a priori valable. Il est en effet admis que la compétence législative fédérale en matière de droit civil s'étend aussi à certains actes de droit public qui sont dans un rapport étroit avec le droit civil et servent à la mi-

²⁸ E. Grisel, op. cit., n° 62.

²⁹ M. Bertschi, op. cit. p. 636 s.

³⁰ FF 2003 1212 ch. 1.7.3 p. 1218. Cf. aussi les déclarations de la rapporteuse Ménétreay devant le Conseil national citées supra dans la note 16.

³¹ Cf. supra ch. 1.1.

se en œuvre du droit civil³². Le droit de cité peut être considéré comme un élément qui est accessoire aux statuts juridiques relevant du droit de famille et qui poursuit le but de garantir l'unité juridique de la famille. S'agissant du partenariat enregistré, il n'est pas exclu de soutenir que, même si ce statut ne fait pas partie du droit de la famille au sens du Code civil, il s'apparente suffisamment à celui du mariage pour que ses effets sur le droit de cité fassent aussi partie des éléments accessoires à ce statut. De ce point de vue, la Confédération serait compétente en vertu de l'art. 122 al. 1 Cst. pour régler l'acquisition du droit de cité par les partenaires enregistrés. Il faut toutefois relever que même avant 1983 le fondement sur la compétence de droit civil n'avait pas été appliqué à des cas de naturalisation facilitée.

La loi sur la nationalité connaît depuis 1953 un art. 29 instituant une naturalisation facilitée en cas de nationalité suisse admise par erreur. Une telle disposition ne repose pas sur la lettre de l'art. 38 al. 1 Cst. Si l'on interprète cette disposition de manière restrictive comme une liste exhaustive des cas possibles d'acquisition de droit de la nationalité ou de naturalisation facilitée, alors la question de la constitutionnalité de l'art. 29 LN se pose³³. A l'inverse, une partie de la doctrine déduit précisément de l'art. 29 LN que l'art. 38 al. 1 Cst. n'est pas exhaustif³⁴. Dans la mesure où l'erreur de droit visée à l'art. 29 LN se rapporte à un cas de naturalisation mentionné à l'art. 38 al. 1 Cst., cette disposition-ci peut être interprétée comme incluant implicitement la compétence de régler les conséquences d'une erreur de droit y relative. Dans la pratique, toutefois, l'art. 29 LN s'applique aussi à des cas de nationalité suisse acquise suite à une erreur administrative sans lien direct avec un des cas mentionnés à l'art. 38 al. 1 Cst. La doctrine a tenté de fonder cette disposition sur le principe constitutionnel de protection de la bonne foi³⁵, mais une compétence législative fédérale ne peut pas être déduite directement d'un principe constitutionnel. Comme le constituant n'a ni en 1983 ni lors de la révision totale de la constitution fédérale sciemment voulu exclure le cas de naturalisation facilitée visé à l'art. 29 LN, on pourrait être tenté d'en déduire que l'art. 38 al. 1 Cst. ne doit pas être interprété comme exhaustif sous peine de priver l'art. 29 LN de toute base constitutionnelle au moins pour une partie de ses cas d'application. Dans une telle optique, il ne serait ainsi pas a priori exclu de soutenir que le caractère non exhaustif de l'art. 38 al. 1 Cst. permet de rattacher à cette disposition la compétence de régler la naturalisation facilitée de statuts juridiques similaires aux cas mentionnés dans cette disposition, soit en l'espèce le partenariat enregistré du fait de sa large similitude avec le mariage. Nous ne pouvons cependant pas nous rallier à une telle interprétation, car l'absence de base constitutionnelle expresse pour les cas de naturalisation par erreur qui ne peuvent pas être rattachés à un cas visé à l'art. 38 al. 1 Cst. ne devrait ordinairement pas conduire à l'interprétation de cette disposition comme n'étant pas exhaustive, mais plutôt à l'obligation d'interpréter et d'appliquer l'art. 29 LN de manière conforme à l'art. 38 al. 1 Cst.

³² C. Leuenberger, Art. 122, n° 11, in: Sankt Galler BV-Kommentar, 2e éd. 2008.

³³ Dans ce sens, U. Häfelin, W. Haller, H. Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8e éd., 2012, n° 1315, p. 415

³⁴ M. Bertschi, in: A. Büchler (éd.), Eingetragene Partnerschaft, FamKomm, 2006, p. 638; C. Gutzwiller, Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse, 2008, thèse, p. 205.

³⁵ E. Grisel, op. cit. n° 63. La protection de la bonne foi est garantie par l'art. 5 al. 3 Cst.

1.3.4 Interprétation téléologique

Les buts poursuivis par l'art. 44 al. 1 aCst., repris par l'art. 38 al. 1 Cst., étaient d'une part d'établir une base constitutionnelle expresse pour les règles de la loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité en relation avec le droit de la famille, d'autre part de remplacer la règle impérative de l'art. 54 al. 4 aCst. (acquisition automatique de la nationalité suisse par l'épouse étrangère d'un ressortissant suisse). Ces buts n'impliquent pas nécessairement une limitation de la compétence législative fédérale en matière de droit civil. A l'inverse, il n'est pas exclu de soutenir que les buts de l'art. 38 al. 1 Cst. impliquent que les statuts de droit civil que le législateur créerait après l'entrée en vigueur de cette disposition et qui seraient apparentés au droit de la famille devraient être considérés comme implicitement inclus à l'art. 38 al. 1 Cst. puisque cette disposition n'avait pas pour fonction de délimiter les cas relevant au droit civil dans lesquels le législateur fédéral ne devait pas pouvoir régler l'acquisition de la nationalité.

1.3.5 Conclusion intermédiaire

Vu ce qui précède, il ne serait pas fondamentalement exclu d'admettre que la Confédération puisse instituer sur la base de l'art. 122 al. 1 Cst. une naturalisation facilitée similaire à l'art. 27 LN pour les partenaires enregistrés de ressortissants suisses. Néanmoins, l'interprétation littérale de l'art. 38 al. 1 Cst. et surtout l'interprétation historique postérieure à 1983 militent contre une telle approche. Du point de vue de la cohérence de la pratique des autorités fédérales, il serait délicat de reconnaître aujourd'hui à la Confédération une telle compétence législative après que tant le Conseil fédéral que le parlement l'ait nié en 2002 pour le même objet.

1.4 Conclusions

La plupart des méthodes d'interprétation aboutissent à la conclusion que la notion de mariage au sens de l'art. 38 al. 1 Cst. n'inclut pas le partenariat enregistré tel qu'il est institué par la loi sur le partenariat enregistré. Une interprétation plus large n'est pas strictement exclue au regard du but de l'art. 38 al. 1 Cst., mais il n'y a que peu d'éléments qui plaident en faveur d'une telle interprétation extensive de cette notion. L'institution d'une naturalisation facilitée pour les partenaires enregistrés qui serait similaire à celle prévue par l'art. 27 LN pour les personnes mariées ne peut donc guère être fondée sur la notion de mariage ancrée à l'art. 38 al. 1 Cst.

La plupart des méthodes d'interprétation aboutissent à la conclusion que l'art. 38 al. 1 Cst. contient une liste exhaustive des cas dans lesquels le législateur fédéral peut prévoir une naturalisation facilitée en relation avec le droit de la famille. Le partenariat enregistré ne peut donc guère être considéré comme implicitement visé par l'art. 38 al. 1 Cst. depuis l'institution de ce statut.

Vu que la compétence de régler les conséquences sur le droit de la nationalité d'états de fait de droit civil a longtemps reposé sur la compétence législative fédérale en matière de droit civil, il ne serait pas exclu de soutenir que l'adoption de l'art. 44 al. 1 aCst. repris à l'art. 38 al. 1 Cst. n'a pas mis un terme à la possibilité pour la Confédération de se fonder sur sa compétence en matière de droit civil pour régler les effets sur le droit de cité et la nationalité de statuts de droit civil qui n'existaient pas lors de l'adoption des art. 44 al. 1 aCst. en 1983 et de l'art. 38 al. 1 Cst. en 1999. Néanmoins, tant la lettre de l'art. 38 al. 1 Cst. que les travaux préparatoires de la révision totale de la Constitution fédérale et, plus clairement encore, ceux relatifs à la

loi sur le partenariat enregistré plaident contre la possibilité d'introduire une naturalisation facilitée similaire à l'art. 27 LN pour les partenaires enregistrés sans révision préalable de l'art. 38 al. 1 Cst.

2 Avantages et inconvénients d'une modification constitutionnelle ou d'une modification uniquement par voie législative

2.1 Modification préalable de l'art. 38 al. 1 Cst.

2.1.1 Avantages

- Conformité avec l'interprétation de l'art. 38 al. 1 Cst. selon la pratique antérieure des autorités fédérales
- Clarté de la base constitutionnelle
- Légitimité accrue
- Elimination d'une discrimination aux yeux des partenaires enregistrés

2.1.2 Inconvénients

- Durée de la procédure de révision constitutionnelle avant que la révision législative puisse déployer ses effets
- Votation obligatoire
- Exigence d'une double majorité du peuple et des cantons
- Coûts supérieurs à une simple révision législative
- Risque politique d'une votation populaire concernant un objet qui confère un avantage à une minorité qui a été discriminée par le passé

2.2 Renonciation à une modification préalable de l'art. 38 al. 1 Cst.

2.2.1 Avantages

- Rapidité de la procédure
- Uniquement le référendum facultatif
- Coûts réduits

2.2.2 Inconvénients

- Constitutionnalité pour le moins douteuse
- Légitimité moins importante qu'après une révision constitutionnelle
- Effet de précédent pour un cas futur de naturalisation facilitée

Veillez agréer, Madame la présidente, Mesdames, Messieurs, nos salutations distinguées.

Office fédéral de la justice OFJ
Domaine de direction Droit public



Luzius Mader
Directeur suppléant