

POLITISCHE RECHTE DER AUSLÄNDER UND AUSLANDSCHWEIZER DROITS POLITIQUES DES ÉTRANGERS ET DES SUISSES DE L'ÉTRANGER

Tarkan Göksu *

Lic. iur., juristischer Berater des Verfassungsrats

Pierre Scyboz *

Avocat, conseiller juridique de la Constituante

INTRODUCTION

Les abonnés à la Feuille fédérale et au Recueil officiel ont chaque semaine entre les mains la preuve que les initiateurs de la présente publication ont raison : le droit est incontestablement en mouvement. Un mouvement qui ne cesse de s'accélérer et s'étend à l'ensemble des domaines du droit. Les constitutions, vénérables clefs de voûte de nos ordres juridiques, souvent issues du XIX^e siècle, ne sont pas épargnées : le constituant fédéral s'est donné une nouvelle loi fondamentale le 18 avril 1999 et l'on ne compte plus les cantons qui se lancent dans une procédure de révision totale ¹.

Parmi les très nombreux sujets discutés lors de la révision totale d'une constitution cantonale, nous en avons choisi deux : les droits politiques des étrangers en Suisse (I) et ceux des Suisses de l'étranger (II). Pour ces catégories de per-

* La première partie (I) a été préparée par Tarkan Göksu ; la seconde (II), par Pierre Scyboz. Les deux auteurs sont cependant solidairement responsables de l'ensemble du contenu de la présente contribution.

Les adresses Internet (URL) ont été vérifiées pour la dernière fois le 16 août 2002.

1 Sont actuellement en chantier les constitutions des cantons de Bâle-Ville (www.verfassungsrat-basel.ch), Fribourg (www.fr.ch/constituante), Lucerne, Vaud (www.constituante.vd.ch), Zurich (www.verfassungsrat.zh.ch) et des Grisons (www.gr.ch/verfassung/dt). Les cantons de Neuchâtel (minor3.ne.ch/publicationschancellerie/dossierspolitiques.asp) et de Saint-Gall (www.sg.ch/GRKV) ont depuis peu une nouvelle Constitution. Quant au peuple schaffhousois, il a refusé en 2001 le projet qui lui était soumis. Pour les révisions plus anciennes, A. CHABLAIS, Constitutions cantonales : Le point sur les révisions totales, LeGes 1999/1 67 ss ; U. BOLZ, Neure Totalrevisionen von Kantonsverfassungen – Eine Bestandesaufnahme der Revisionsverfahren, LeGes 1992/2 55 ss ; ég. Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss, 53-64, qui complète le Rapport du 6 novembre 1985 sur la révision totale de la Constitution fédérale, FF 1985 III 1 ss, 28-39.

sonnes, la question de l'octroi des droits politiques se pose dans des termes bien différents. Les deux sujets ont cependant en commun d'être sans doute les dernières étapes d'un autre mouvement du droit : la lente marche vers un suffrage véritablement universel ².

I. POLITISCHE RECHTE DER AUSLÄNDER

A. Allgemeines

1. Bedeutung der Demokratie

Jedes staatliche Gebilde braucht einen *Willensträger*, also ein Organ, das dem Willen dieses Staates Ausdruck geben kann. Dieses Organ befindet insbesondere darüber, welchen Rechten Personen unter seiner Herrschaft teilhaftig sein können und welche Pflichten sie haben. Aufgrund der ausserordentlich grossen Macht dieses Organs stellt sich in jedem staatlichen Gebilde die Frage, welchem Teil der mit diesem Staat irgendwie verbundenen Personen diese eminente Willensgebungsmacht zukommen soll: einer einzigen Person oder einer kleinen Gruppe von Personen, allen Männern oder einfach überhaupt allen? Je nach dem wird von Monarchie, Aristokratie oder Demokratie gesprochen, wobei die Grenzen zwischen Aristokratie und Demokratie begriffsbedingt fließend sind ³.

In einer *Demokratie* ist das « Volk » die massgebende Instanz im Staat ⁴. Das Volk bestimmt durch die Inanspruchnahme der ihm zur Verfügung gestell-

² Sur le sujet, on peut notamment consulter Y. HANGARTNER, 1798-2000 und ? : Der lange Weg zum allgemeinen Stimmrecht, in *Mélanges Claudio Soliva*, Zurich 1994, 127 ss. L'auteur est assez réservé en ce qui concerne les Suisses de l'étranger et insiste sur le caractère prioritaire de l'intégration politique des étrangers vivant dans notre pays (op. cit., 127, 141 ss et 145 ; ég. IDEM, Das Stimmrecht der Auslandschweizer, in *De la Constitution – Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, 241 ss, 252 s.).

³ J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Volume 2, Neuchâtel 1967, N 1044; M. KELLENBERGER, Die Landsgemeinde der schweizerischen Kantone, Ein verfassungsgeschichtlicher Überblick seit 1900, Diss. Zürich 1965, 2; vgl. auch G. SAUSER-HALL, La nationalisation des étrangers en suisse, Neuenburg 1914, 138; R. SCHMIDT, *Allgemeine Staatslehre*, I. Band: Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Lebens, Leipzig 1901, 266 ff.

⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I: L'Etat, Bern 2000, N 561; E. VON WALDKIRCH, Die freie Bildung des Volkswillens, in *Die Freiheit des Bürgers im Recht*, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 117. Demokratie ist die « Herrschaft des Volkes » (vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER [op. cit.], N 560; R. BÄUMLIN, Lebendige oder gebändigte Demokratie? Demokratisierung, Verfassung und Verfassungsrevision, Basel 1978, 9; A. BREITENBACH, Geschichte der Volksrechte im Kanton Freiburg, Diss. Freiburg 1944, 18; E. GRISEL, Les droits politiques des étrangers en Suisse, in *Les étrangers en Suisse*, Lausanne 1982, 71; Y. HANGARTNER, Grundsätzliche Fragen des Einbürgerungsrechts, AJP 2001 95; P. HEUSSER, Stimm- und Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer, Diss. Zürich 2001, 19; KELLENBERGER [op. cit. Fn. 3], 2; zu

ten Mittel den Staatswillen⁵. In einer solchen Konzeption der staatlichen Ordnung findet der Staat letztlich seine einzig haltbare Rechtfertigung⁶, denn alles staatliche Handeln beruht sodann auf dem Willen der Adressaten eben dieses staatlichen Handelns; es herrscht Identität von Regierenden und Regierten⁷. Demokratie ist demnach Ausfluss der Überlegung, dass jede Person, welche den Zwängen eines Staates unterworfen ist, auch an deren Gestaltung teilnehmen können muss⁸. Und die Legitimation des Staates ist umso grösser, je mehr Personen ihr Einverständnis zu seinem Handeln geben⁹. *Wer* ist nun aber dieses « Volk »¹⁰ ?

2. Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmerkmal

Bis 1971 gehörten zum « Volk » *Männer*, welche die schweizerische Staatsbürgerschaft besaßen, das 20. Lebensjahr zurückgelegt und Wohnsitz in der Schweiz hatten sowie nicht aufgrund besonderer Gründe vom Stimmrecht ausgeschlossen waren¹¹. Obwohl also weit mehr als die Hälfte der Menschen, welche der schweizerischen Herrschaftsgewalt unterworfen waren, nicht über den

den Problemen der Bestimmung des Volksbegriffs vgl. R. RHINOW, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR 103 [1984] II 137 ff.; G. SARTORI, Demokratietheorie, Darmstadt 1992, 29; D. SCHINDLER, Über die Bildung des Staatswillens in der Demokratie, Habil. Zürich 1921, 24).

5 Vgl. FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1978, 428.

6 HANGARTNER/KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N 15. Vgl. auch J.-F. CAVIN, Territorialité, nationalité et droits politiques, Diss. Lausanne 1971, 40; T. FLEINER-GERSTER, Allgemeine Staatslehre, Berlin et al. 1995, § 16 N 13 und § 25 N 16 ff.; HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 142 f.; KELLENBERGER (op. cit. Fn. 3), 33; RHINOW (op. cit. Fn. 4), 187; SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 35; P. TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung, Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, Habil. Bern 1994, N 9. Zur Rechtfertigung der Staatsgewalt durch diskursethisches Demokratieverständnis siehe J. P. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993, 74 ff.

7 Vgl. etwa RHINOW (op. cit. Fn. 4), 170; SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 28; D. THÜRER, Der politische Status der Ausländer in der Schweiz – Rechtsposition im Spannungsfeld zwischen politischer Rechtlosigkeit und Gleichberechtigung?, in Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 197; TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 11; R. ZIPPELIUS, Allgemeine Staatslehre, München 1999, 129.

8 AUBERT (op. cit. Fn. 3), N 1047; IDEM, La révision totale de la Constitution neuchâteloise, RJN 1998 29; A. AUER, Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse, ZSR 103 [1984] II 83; CAVIN (op. cit. Fn. 6), 39 f.; Y. HANGARTNER, Ausländer und schweizerische Demokratie, ZSR 93 [1974] 125; HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 127; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 54; MAHON/PULVER, Droits politiques des étrangers et constitutions cantonales: l'exemple de Neuchâtel, RDAF 2001 225; ZIPPELIUS (op. cit. Fn. 7), 133.

9 AUBERT (op. cit. Fn. 3), N 1045.

10 Vgl. GRISEL (op. cit. Fn. 4), 72; vgl. auch W. LINDER, Schweizerische Demokratie – Institutionen, Prozesse, Perspektiven, Bern/Stuttgart/Wien 1999, 59; THÜRER (op. cit. Fn. 7), 184.

11 Siehe AS 1874-1875 22; dagegen AS 1971 326.

Inhalt dieser Herrschaftsgewalt bestimmen konnten¹², reichte es trotz Kenntnis um diesen Umstand aus, um die Schweiz als Demokratie zu bezeichnen¹³. Heute ist der Kreis des « Volkes » bedeutend weiter gezogen. Zum « Volk » im Sinne der staatswillensbildenden Gewalt gehören alle schweizerischen Staatsangehörigen, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und nicht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt sind (Art. 136 Abs. 1 BV).

Der demokratische « Volksbegriff » knüpft demnach in erster Linie an die *Staatsbürgerschaft* an¹⁴. Offensichtlich kann nicht jede Person, welche in noch so geringem Ausmass mit der staatlichen Herrschaft in Berührung kommt (z.B. ein Durchreisender)¹⁵, für sich in Anspruch nehmen, an der Gesetzgebung dieses Staates mitzuwirken¹⁶. Bereits aus Praktikabilitätsgründen kann daher nur zum « Volk » gehören, wer mit einer gewissen Dauerhaftigkeit und Intensität mit einem Staat verbunden ist. Diese geforderte Intensität der Bindung wird bei einem Anknüpfen an die Staatsbürgerschaft vermutet¹⁷. Entsprechend enthalten Bund und die grosse Mehrheit der Kantone den Ausländerinnen und Ausländern das Stimmrecht vor¹⁸. Diese Vermutung der Staatsverbundenheit kraft Staatsangehörigkeit wird der Sache indes in zweierlei Hinsicht nicht gerecht: bei im Ausland lebenden Staatsbürgern und im Inland lebenden Nichtstaatsbürgern¹⁹.

3. *Demokratie und Minderheiten*

Der durch Bürgerdemokratie geleitete Staat riskiert dann seine Legitimation zu verlieren, wenn von seiner Herrschaft Minderheiten betroffen sind, welchen keine²⁰ Möglichkeit der Teilhabe an der politischen Willensbildung zu-

12 Unmittelbar vor der Einführung des Frauenstimmrechts waren gerade einmal 26 Prozent der schweizerischen Wohnbevölkerung stimmberechtigt (J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, supplément 1967-1982, Neuchâtel 1982, N 1071-1100).

13 KELLENBERGER (op. cit. Fn. 3), 2. Vgl. den gefährlichen Rechtfertigungsversuch bei VON WALDKIRCH (op. cit. Fn. 4), 119; vgl. einen weiteren missglückten Rechtfertigungsversuch bei KELLENBERGER (op. cit. Fn. 3), 34; ebenfalls unbefriedigend SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 28 und 63 f.

14 ZIPPELIUS (op. cit. Fn. 7), 81.

15 Vgl. auch P. MAHON, *La citoyenneté active en droit public suisse*, in Thüerer/Aubert/Müller [Hrsg.], *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, § 20 N 32; SARTORI (op. cit. Fn. 4), 31.

16 Vgl. KELLENBERGER (op. cit. Fn. 3), 2 und 34.

17 Vgl. zu den Hintergründen THÜREER (op. cit. Fn. 7), 199 f.

18 MAHON (op. cit. Fn. 15), § 20 N 29.

19 Vgl. auch ZIPPELIUS (op. cit. Fn. 7), 73.

20 Vgl. immerhin § 19 KV-TG, wonach Ausländerinnen und Ausländer nach Massgabe der Gesetzgebung in Gemeindeangelegenheiten beratend mitwirken können (vgl. dazu rechtsgeschichtlich M. DUTTWEILER, *Das Stimmrecht in der Schweiz*, Systematische Darstellung des eidgenössischen und kantonalen Rechts, Diss. Zürich 1907, 12 f.; zum sog. kommunalen Ausländerbeirat in den deutschen Ländern siehe M. WAGNER, *Der Ausländerbeirat*, Diss. Bonn 2000). Vgl. auch H. RITSTIEG, *Wahlrecht für Ausländer*, Verfassungsfragen der Teilnahme von Ausländern an den Wahlen in der Wohngemeinde, Athenäum 1981, 20.

kommt²¹. Obwohl die demokratische Entscheidungsfindung gewissermassen we-
sensgemäss²² auf dem Majoritätsprinzip fusst²³, darf die integrative Funktion
der *Beteiligung der Minderheiten* an diesem Prozess nicht unterschätzt wer-
den²⁴: Gerade durch den institutionalisierten Einbezug der Minderheiten in das
staatliche Willensbildungsverfahren wird bereits aufgrund der Mitwirkungs-
möglichkeit ein Beitrag zu ihrem Schutz geleistet²⁵. Demgegenüber gefährdet
die Unterdrückung der Meinung der Minderheiten die Bezeichnung
« Demokratie »²⁶ umso mehr, je grösser der Anteil dieser Minderheiten wird²⁷.
Es erstaunt, dass gerade in der Schweiz, wo die demokratischen Partizipations-
möglichkeiten stark ausgebaut sind²⁸ und der Berücksichtigung der politischen
Meinung der Minderheiten besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird²⁹, der

21 Denn zentraler Prüfstein des demokratischen Charakters einer politischen Gemeinschaft ist ihre Fähigkeit, mit Minderheiten förderlich umzugehen (MÜLLER [op. cit. Fn. 6], 20), und « [g]erade die Stellung der Minoritäten in Staat und Gesellschaft ist ein zuverlässiger Indikator, der anzeigt, ob und in welchem Ausmass demokratische Lebensformen vorhanden sind » (D. EGLIN, *Demokratie und Minderheiten, Unter besonderer Berücksichtigung der Demokratie als Lebensform, der materiellen Schranken von Verfassungsrecht und der Diskurstheorie*, Diss. Basel 1998, 133).

22 Zu den Schwächen der Mehrheitsregel vgl. etwa TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 324 ff.

23 ZIPPELIUS (op. cit. Fn. 7), 79; vgl. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. Fn. 4), N 596; EGLIN (op. cit. Fn. 21), 188; FLEINER-GERSTER (op. cit. Fn. 6), § 25 N 4 ff.; KELLENBERGER (op. cit. Fn. 3), 5 und 35 ff.; MÜLLER (op. cit. Fn. 6), 149 ff.; RHINOW (op. cit. Fn. 4), 249 f.; SARTORI (op. cit. Fn. 4), 33; SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 68; TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 313 ff.

24 Vgl. D. BUSER, *Das Ausländerstimmrecht aus juristischer Sicht*, AJP 1995 406; MÜLLER (op. cit. Fn. 6), 155; P. UEBERSAX, *Betroffenheit als Anknüpfung für Partizipation, Herleitung eines Modells der Betroffenenbeteiligung mit besonderer Behandlung des Aspekts örtlicher Betroffenheit*, Diss. Basel 1990, 15.

25 UEBERSAX (op. cit. Fn. 24), 18; vgl. auch BUSER (op. cit. Fn. 24), 408, mit Hinweis auf Habermas' Diskursethik; zum Letzteren grundlegend EGLIN (op. cit. Fn. 21), 15 ff.; MÜLLER (op. cit. Fn. 6), 56 ff. Zur friedenserhaltenden Funktion der Demokratie vgl. M. ZAMBELLI, *La démocratie: principe universel et fondamental de l'ordre juridique international?*, AJP 2001 668 f.

26 « Die Mehrheit darf die Meinung der Minderheit nicht unterdrücken, sonst wird Demokratie tyrannischer als die Tyrannei » (FLEINER-GERSTER [op. cit. Fn. 6], § 10 N 47; vgl. ferner FLEINER-GERSTER [op. cit. Fn. 6], § 12 N 31; SARTORI [op. cit. Fn. 4], 139).

27 Vgl. BUSER (op. cit. Fn. 24), 407 f.; vgl. auch BERICHT DER EIDGENÖSSISCHEN KONSULTATIVKOMMISSION FÜR DAS AUSLÄNDERPROBLEM, *Die Stellung der Ausländer im politischen Leben der Schweiz*, ZBI 77 [1976] 274. A.M. H. QUARITSCH, *Staatsangehörigkeit und Wahlrecht*, DÖV (Die Öffentliche Verwaltung) 1983 9. Umgekehrt ist gerade in einer demokratischen Ordnung die Durchsetzung der Minderheitenrechte gegen eine dezidiert feindlich gesinnte öffentliche Meinung besonders schwierig (E. NAGEL, *Minderheiten in der Demokratie, Politische Herausforderung und interreligiöser Dialog*, Stuttgart/Berlin/Köln 1998, 155), wie es etwa der mühsame Weg bis zum Frauenstimmrecht gezeigt hat.

28 Vgl. LUTZ/STROHMANN, *Wahl- und Abstimmungsrecht in den Kantonen*, Bern/Stuttgart/Wien 1998, 5; THÜRER (op. cit. Fn. 7), 184.

29 Zu denken ist insbesondere an das Erfordernis des Ständemehrs bei Verfassungsrevisionen (Art. 140 Abs. 1 lit. a und 195 BV), womit eine geografisch bestimmte Minderheit ihren Willen gegenüber demjenigen der Mehrheit durchsetzen kann (vgl. AUBERT [op. cit. Fn. 3], N 1068 f.; E. GRISEL *in* *Kommentar der BV* [Stand Mai 1995], N 7 zu Art. 74). Vgl. grund-

ausländischen Minderheit von fast zwanzig Prozent Bevölkerungsanteil (beinahe) umfassend die politischen Rechte verweigert wird, ihre Mitglieder den Gesetzen unterworfen und ihnen Pflichten überbunden werden, ohne ihnen die selbstverständliche Möglichkeit gegeben zu haben, sich dazu zu äussern³⁰. Der Hinweis auf die Einbürgerungsmöglichkeit verbrämt nur – jedenfalls in der gegenwärtigen Ausgestaltung des Einbürgerungsrechts – dieses Demokratiedefizit.

B. Rechtsgleichheit in der Demokratie

1. Allgemeines Stimmrecht

Im demokratischen Verfahren kommt dem Grundsatz der Rechtsgleichheit überragende Bedeutung zu³¹. Dass die Stimme jeder Person gleiches Gewicht hat (Grundsatz des gleichen Stimmrechts; « one man – one vote »)³² und dass überhaupt alle Personen über das Stimmrecht verfügen (Grundsatz des allgemeinen Stimmrechts)³³, sind *Kerninhalte der Demokratie*³⁴. Wie festgestellt, ist der Schritt von der Demokratie zur Aristokratie ein kleiner³⁵, und je mehr Personen vom Stimmrecht ausgeschlossen werden, desto näher rückt die Aristokratie; umgekehrt ist das allgemeine Stimmrecht verwirklicht, wenn alle Angehörigen einer Gemeinschaft die demokratischen Rechte ausüben dürfen³⁶.

legend T. FLEINER, Die Stellung der Minderheiten im schweizerischen Staatsrecht, in *Menschenrechte – Föderalismus – Demokratie*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, 115 ff.

30 Vgl. auch FLEINER-GERSTER (op. cit. Fn. 6), § 12 N 16. Den Nicht-Stimmberechtigten stehen zwar andere Partizipationsmöglichkeiten zur Verfügung (etwa in Wahrnehmung der politischen Freiheitsrechte [z.B. Meinungsäusserungs-, Versammlungs-, Vereinsfreiheit] oder des Petitionsrechts [vgl. HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 134 ff.; HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 150 ff.; THÜRER (op. cit. Fn. 7), 185 ff.; UEBERSAX (op. cit. Fn. 24), 54 ff.; vgl. auch HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Die neue Bundesverfassung, Zürich 2001, N 483 und 902; vgl. ferner HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 157 ff.]), doch müssen diese von der Möglichkeit der verbindlichen Entscheidung unterschieden werden (vgl. AUBERT [op. cit. Fn. 3], N 1049; TSCHANNEN [op. cit. Fn. 6], N 277). Schliesslich können Ausländerinnen und Ausländern diese Grundrechtspositionen auch leichter entzogen werden (CUENI/FLEURY, *Etrangers et droits politiques, L'exercice des droits politiques des étrangers dans les cantons de Neuchâtel et du Jura – Stimmberechtigte Ausländer, Die Erfahrungen der Kantone Neuenburg und Jura*, Bern 1994, 156 f.; HANGARTNER [op. cit. Fn. 8], 134; HEUSSER [op. cit. Fn. 4], 152 ff.; THÜRER [op. cit. Fn. 7], 192; BERICHT DER EIDGENÖSSISCHEN KONSULTATIVKOMMISSION FÜR DAS AUSLÄNDERPROBLEM [op. cit. Fn. 27], 277 f.; vgl. auch Art. 16 EMRK).

31 GRISEL (op. cit. Fn. 4), 72; vgl. auch MAHON (op. cit. Fn. 15), § 20 N 9.

32 Vgl. EGLIN (op. cit. Fn. 21), 67; GRISEL (op. cit. Fn. 29), N 7 zu Art. 74 BV; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 30; SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 60.

33 Vgl. BREITENBACH (op. cit. Fn. 4), 22; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 29; SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 56.

34 BUSER (op. cit. Fn. 24), 405; EGLIN (op. cit. Fn. 21), 65; SCHINDLER (op. cit. Fn. 4), 60.

35 Vgl. oben A, 1.

36 HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 127.

Entsprechend sorgfältig ist bei der Auswahl der vom Stimmrecht auszuschliessenden Personen zu verfahren. So darf aus Gründen des Geschlechts, der Rasse usw. vom Stimmrecht nicht ausgeschlossen werden³⁷, sehr wohl jedoch aufgrund der Staatsbürgerschaft. Die Verweigerung des Stimmrechts an Ausländerinnen und Ausländer stellt somit eine Ungleichbehandlung dar, die nicht un gerechtfertigt bleiben darf, wenn sich die Demokratie nicht in Widersprüche verwickeln soll³⁸.

2. *Rechtfertigung der Ungleichbehandlung in den politischen Rechten*

a. *Allgemeines*

Es gibt keinen Bereich staatlicher Tätigkeit, der vom *Rechtsgleichheitsgrundsatz* (Art. 8 BV) ausgenommen wäre³⁹, und auch Ausländerinnen und Ausländer können seine Verletzung geltend machen⁴⁰. Nach der geläufigen Formel des Bundesgerichts verlangt das Rechtsgleichheitsgebot, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird⁴¹. Eine Ungleichbehandlung ist demnach nur zulässig, wenn ein sachlicher, vernünftiger Grund eine rechtliche Unterscheidung erlaubt⁴². Der Rechtsgleichheitsgrundsatz verbietet demnach insbesondere auch den Kantonen, Ausschlussgründe vom Stimmrecht wegen tatsächlicher Unterschiede, welche für das Stimmrecht unerheblich sind, vorzusehen⁴³; umgekehrt wird der Rechtsgleichheitsgrundsatz nicht verletzt, wenn sachliche Gründe die Anknüpfung an die Staatsbürgerschaft als Teilnahmeerfordernis am politischen Geschehen gebieten⁴⁴.

b. *Unrechtfertigte Anknüpfung an die Staatsbürgerschaft*

Der Grund für die Unterscheidung nach der Staatsbürgerschaft bei der Gewährung des Stimmrechts ist darin zu erblicken, dass zum politischen « Volk »

37 Vgl. etwa HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 29; LINDER (op. cit. Fn. 10), 59; S. WIDMER, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989, 84.

38 Vgl. BUSER (op. cit. Fn. 24), 405; HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 128.

39 HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 747; WIDMER (op. cit. Fn. 37), 83. Beachte, dass der Rechtsgleichheitsgrundsatz des Art. 4 aBV aus dem Anliegen der Gleichheit in den politischen Rechten entstanden ist (AUBERT [op. cit. Fn. 3], N 1784; FLEINER/GIACOMETTI [op. cit. Fn. 5], 404; HANGARTNER [op. cit. Fn. 8], 124; WIDMER [op. cit. Fn. 37], 84).

40 HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 748.

41 Statt vieler BGE 127 I 185, E. 5; 125 I 173, E. 6b; 124 II 193, E. 8d/aa.

42 HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 756. Vgl. für das Stimmrecht im Besonderen HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 29; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 228; MAHON (op. cit. Fn. 15), § 20 N 32.

43 A. SCHWINGRUBER, Das Stimmrecht in der Schweiz, Eine Untersuchung über das Stimmrecht als subjektives Recht, Mit besonderer Berücksichtigung der kantonalrechtlichen Ausschlussgründe, Diss. Freiburg 1978, 79.

44 HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 128; vgl. auch GRISEL (op. cit. Fn. 4), 72.

aufgrund der Organqualität des Volkes nur gehören kann, wer eine *besondere Beziehung zum Staat* hat⁴⁵, und gerade die Staatsbürgerschaft Ausdruck dieser besonderen Beziehung sein soll⁴⁶.

Der angeführte Grund überzeugt dahingehend, dass die Gewährung der Volksrechte und die Beteiligung am politischen Geschehen von einer Verbundenheit besonderer Art zum Gemeinwesen abhängt. Tatsächlich erscheint es aus demokratischer Sicht unproblematisch, Personen nicht am politischen Meinungsbildungsprozess teilnehmen zu lassen, welche nicht einen dauerhaften und intensiven Bezug zur Herrschaft eines Staates haben⁴⁷. Indes ergibt sich diese Verbundenheit zum Staat *nicht zwingend aus der Nationalität*⁴⁸: Der Besitz der betreffenden Staatsbürgerschaft ist weder Gewähr für die politische Verbundenheit zu diesem Staat (zu denken ist an die Auslandschweizerinnen und -schweizer, insbesondere jene späterer Generationen)⁴⁹ noch Gewähr dafür, dass alle gleichermassen von einer staatlichen Herrschaft Betroffenen auch gleichermassen diese Staatsgewalt lenken können (zu denken ist an die Ausländerinnen und Ausländer). Daran ändert auch die Ansicht nichts, Ausländerinnen und Ausländer verfügten weder über die genügenden Kenntnisse der vorherrschenden Angelegenheiten noch über die notwendige Verbundenheit zur Eidgenossenschaft⁵⁰, wenn man bedenkt, dass in der Schweiz geborene und aufgewachsene Menschen, deren Kenntnisse und Verbundenheit zur Schweiz sich kaum von denjenigen der gleichaltrigen Mitbürger unterscheiden, nur gerade wegen ihrer Nationalität vom Stimmrecht ausgeschlossen werden⁵¹. Und überhaupt kann das berechtigte Interesse, dass Stimmberechtigte über eine gewisse Verbundenheit zum betreffenden Staat aufweisen sollen, durch mildere Eingriffe in den Rechtsgleichheitsgrundsatz erreicht werden als durch das Anknüpfen an die Staatsbürgerschaft (z.B. durch die Gewährung des Stimmrechts nach einer Mindestaufenthaltsdauer), so dass der Ausschluss vom Stimmrecht aufgrund der Nationalität eine *unverhältnismässige Grundrechtseinschränkung* (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV) darstellt⁵².

Durch das Anknüpfen an die Nationalität können also nicht alle von der Hoheitsgewalt massgeblich betroffenen Individuen in den demokratischen Prozess einbezogen werden. Die Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit ist daher

45 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. Fn. 4), N 602; vgl. auch EGLIN (op. cit. Fn. 21), 67.

46 GRISEL (op. cit. Fn. 4), 74; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 226; vgl. auch schon oben A, 2.

47 Vgl. auch HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 131; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 229.

48 So auch MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 226. Vgl. ausgehend von einem anderen Ansatz, aber mit gleichem Ergebnis HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 130 f.

49 Vgl. auch AUBERT (op. cit. Fn. 12), N 1071-1100.

50 GRISEL (op. cit. Fn. 29), N 14 zu Art. 74 BV.

51 Vgl. auch SCHWINGRUBER (op. cit. Fn. 43), 48; TSCHANEN (op. cit. Fn. 6), N 75.

52 Vgl. auch MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 230. Vgl. ähnlich für das deutsche Recht auch RITTSTIEG (op. cit. Fn. 20), 53.

sachlich nicht zu rechtfertigen⁵³, sondern lässt sich « nur politisch-historisch »⁵⁴ und emotional erklären⁵⁵, und stellt demnach eine unzulässige Verletzung des Rechtsgleichheitsgrundsatzes (Art. 8 Abs. 1 BV) dar. Die zahlreichen Gesetzgeber in der Schweiz täten also gut daran, diesen rechtswidrigen Zustand aufzuheben und nach tauglichen Mitteln bei der Verwirklichung ihrer demokratischen Ordnung (vgl. Art. 51 Abs. 1 BV) zu suchen, insbesondere in Anlehnung an das Territorialitätsprinzip⁵⁶.

Insofern *unterscheidet sich* aber das Kriterium der Staatsbürgerschaft *kaum noch von anderen willkürlichen Kriterien wie Geschlecht, Zivilstand, Beruf oder Vermögen*⁵⁷, nach welchen früher das Stimmrecht verteilt war und was heute als inakzeptabel erscheint⁵⁸. War dieses Kriterium der Staatsangehörigkeit bei der Entstehung der Nationalstaaten im 19. Jahrhundert noch geeignet, den Grossteil der von der Hoheitsgewalt betroffenen Bevölkerung zu erfassen, genügt sie den Anforderungen einer globalisierten, technologisierten und zunehmend mobilen Weltgesellschaft nicht mehr⁵⁹, so dass ein Festklammern an diesem Relikt bloss noch als ein Verharren in tradierten Vorstellungen verstanden werden kann. Insoweit lässt sich tatsächlich feststellen, dass der Volksbegriff sich in den letzten zweihundert Jahren gewandelt haben muss⁶⁰ und dringend einer Anpassung bedarf⁶¹. Die Meinung, dass nur Schweizerinnen und Schweizer an Wahlen und Abstimmungen teilnehmen können, ist daher alles andere als eine Selbstverständlichkeit⁶².

53 So im Ergebnis auch MAHON (op. cit. Fn. 15), § 20 N 32.

54 So ausdrücklich BERICHT DER EIDGENÖSSISCHEN KONSULTATIVKOMMISSION FÜR DAS AUSLÄNDERPROBLEM (op. cit. Fn. 27), 283 f.; vgl. auch BUSER (op. cit. Fn. 24), 407; GRISEL (op. cit. Fn. 4), 75; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 227. « Die Verbindung von Staatsangehörigkeit und Wahlrecht muss sich jedoch auch heute noch aus den Sachen selbst rechtfertigen lassen. » (QUARITSCH [op. cit. Fn. 27], 8).

55 Vgl. auch TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 75. Ähnlich schon für das Frauenstimmrecht M. TRÜEB-MÜLLER, Das Aktivbürgerrecht der Frau, in Die Volksrechte, Einsiedeln/Köln 1948, 86.

56 Vgl. etwa MAHON (op. cit. Fn. 15), § 20 N 33; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 226 f. Ausgehend von der Überlegung, dass in einer Demokratie diejenigen Personen am politischen Geschehen teilnehmen können, welche ihre Wirkungen verspüren, und diese Wirkungen im Wesentlichen territorial bestimmt sind (vgl. dazu CAVIN [op. cit. Fn. 6], 15 ff.), gewährte der neuenburgische Verfassungsgeber den im Kanton wohnhaften Ausländerinnen und Ausländern das Stimmrecht (vgl. AUBERT [op. cit. Fn. 8], 29).

57 Vgl. HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 130 ff.; WIDMER (op. cit. Fn. 37), 84.

58 MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 230. Vgl. auch GRISEL (op. cit. Fn. 29), N 40 zu Art. 74 BV.

59 Vgl. AUBERT (op. cit. Fn. 8), 30; THÜRER (op. cit. Fn. 7), 194.

60 Vgl. auch QUARITSCH (op. cit. Fn. 27), 3; vgl. dagegen THÜRER (op. cit. Fn. 7), 197 f.

61 Vgl. dazu S. NIEDERMEYER-KRAUSS, Kommunalwahlrecht für Ausländer und Erleichterung der Einbürgerung, Integrationsmöglichkeiten für Ausländer aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht, Diss. Würzburg 1989, 82 ff., m.w.H.

62 Die Verknüpfung zwischen Staatsbürgerschaft und politischen Rechten war im Übrigen auch vor den Demokratiebewegungen des 19. Jahrhunderts keine Selbstverständlichkeit (NIEDERMEYER-KRAUSS [op. cit. Fn. 61], 9 ff.; RITTSTIEG [op. cit. Fn. 20], 50 ff.); vgl. ferner

Diese Anknüpfung an die Staatsbürgerschaft ist denn auch nicht das einzig denkbare Demokratiemodell. Tatsächlich werden etwa die *Betroffenendemokratie* (wonach am Staatshandeln alle teilnehmen können, welche vom betreffenden Akt betroffen sind)⁶³ oder die *Territorialdemokratie* (wonach am Staatshandeln alle teilnehmen können, welche innerhalb eines bestimmten Territoriums vom betreffenden Akt betroffen sind)⁶⁴ in einer Weltgesellschaft, in welcher sich die Träger des Produktionsfaktors Arbeit ungeachtet nationaler Grenzen dahin begeben (sollen), wo ihre Arbeitskraft am höchsten bewertet wird⁶⁵, dem Grundgedanken der Demokratie gerechter zu werden als die traditionelle Bürgerdemokratie⁶⁶. Dies gilt umso mehr, als das Staatsbürgerrecht durch den mühevollen Weg der Einbürgerung⁶⁷ erworben werden muss⁶⁸, kein Anspruch auf Erwerb des Bürgerrechts besteht⁶⁹ und die Einbürgerung darüber hinaus mit Hinweis auf die (bürger-)demokratische Legitimation des Einbürgerungsorgans über Gebühr erschwert oder gar willkürlich verweigert wird⁷⁰.

rechtsvergleichend bzw. rechtsgeschichtlich zu Argentinien und zur ehemaligen Sowjetunion CAVIN (op. cit. Fn. 6), 71 ff. Vgl. dagegen FLEINER/GIACOMETTI (op. cit. Fn. 5), 431; SCHWINGRUBER (op. cit. Fn. 43), 46. Und überhaupt würde wohl eine rechtsgeschichtliche Untersuchung der Entstehungshintergründe der verbreiteten Verfassungsbestimmungen, welche dem Volk die uneingeschränkte Staatsgewalt einräumen (vgl. etwa Art. 1 Abs. 2 KV-NE; Art. 1 Abs. 2 KV-BE; Art. 2 KV-JU; Art. 1 Abs. 2 KV-FR), aufzeigen, dass die Verfassungsgeber sich damit nicht von Fremden abgrenzen, sondern vielmehr einen Gegensatz zu erst jüngst überwundenen vordemokratischen, monarchischen oder aristokratischen Strukturen statuieren wollten (vgl. für Deutschland RITTSTIEG [op. cit. Fn. 20], 60). Vgl. auch SAUSER-HALL (op. cit. Fn. 3), 138, welcher 1914 bemerkte: « Nous sommes, en droit, une démocratie; en fait, nous formons une vaste aristocratie. »

Hingewiesen sei schliesslich auf eine Strömung « junger Naturrechtler », welche ein einziges Kriterium für den Ausschluss vom Stimmrecht zuliesse: die Mündigkeit (H.-J. BÖHME, Politische Rechte des einzelnen in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts und in der Staatstheorie des Frühkonstitutionalismus, Berlin 1993, 57, mit Verweis auf Johann Adam Bergk, August Ludwig Schlözer und Friedrich Schlegl; vgl. auch SARTORI [op. cit. Fn. 4], 31).

- 63 AUER (op. cit. Fn. 8), 83 f.; HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 32 ff.; RHINOW (op. cit. Fn. 4), 175 ff.
- 64 HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 35 f.; vgl. HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 127; THÜRER (op. cit. Fn. 7), 197.
- 65 Ökonomische Studien gehen denn auch davon aus, dass entwickelte Länder von der Immigration langfristig grundsätzlich Vorteile ziehen (LINDER [op. cit. Fn. 10], 57).
- 66 Vgl. dagegen QUARITSCH (op. cit. Fn. 27), 9.
- 67 Das schweizerische Bürgerrecht wird grundsätzlich durch Geburt erworben, und nur ausnahmsweise durch Einbürgerung (HEUSSER [op. cit. Fn. 4], 31).
- 68 Andere Staaten versuchen die Defizite der Bürgerdemokratie dadurch zu relativieren, dass sie das Bürgerrecht gemäss dem sog. *ius soli*, also bei Geburt im betreffenden Staat, erteilen (vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER [op. cit. Fn. 4], N 352; HÄFELIN/HALLER [op. cit. Fn. 30], N 1318; HEUSSER [op. cit. Fn. 4], 35).
- 69 HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 132.
- 70 Vgl. auch GRISEL (op. cit. Fn. 4), 75; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 54; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 231. Zur Frage, warum der Hinweis auf die Einbürgerungsmöglichkeiten nicht genügt, um die Ausländerinnen und Ausländer vom Stimmrecht auszuschliessen AUBERT (op. cit. Fn. 8), 29 f.; HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 127 ff.

c. *Konsequenzen?*

Die Kantone sind an den Grundsatz des allgemeinen Stimmrechts gebunden und dürfen deshalb keine nicht zu rechtfertigenden Unterschiede bei der Gewährung der politischen Rechte vorsehen⁷¹. Wie festgestellt ist der Ausschluss der ausländischen Wohnbevölkerung von der politischen Mitbestimmung mit dem aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit fliessenden Prinzip des allgemeinen Stimmrechts⁷² nicht zu vereinbaren⁷³. Dazu gesellt sich die ernüchternde Feststellung, dass aufgrund politischer Undurchsetzbarkeit und des streng behüteten föderalistischen Prinzips auch von den *höchstrichterlichen Behörden* kein couragierter Kraftakt, wie er im Fall von Appenzell-Innerrhoden ausgesprochen wurde⁷⁴, erwartet werden kann. Die Einführung des Stimmrechts für Ausländerinnen und Ausländer auf dem *politischen Weg* ist jeweils erst recht überraschend, müssen doch die Inhaber der schweizerischen Staatsbürgerschaft darüber entscheiden, ob sie den Volksbegriff ausweiten und so ihre politischen Rechte zugunsten ihrer ausländischen Mitbürger « entwerten » wollen, wie einst die Männer darüber befinden mussten, ob sie die Frauen neben, und nicht unter sich haben wollen⁷⁵. Tatsächlich wäre aber eine solche « Selbstbeschränkung »⁷⁶ angezeigt.

Es besteht also wenig Hoffnung, dass in absehbarer Zeit dieser *rechtswidrige Zustand* umfassend aufgehoben wird.

3. *Schutzfunktion des Rechtsgleichheitsgrundsatzes*

Die Vorenthaltung der politischen Rechte an Ausländerinnen und Ausländer vermittelt ein Unbehagen, weil die ausländische Wohnbevölkerung als nicht unbedeutende Minderheit kein Mitspracherecht bei der Gestaltung ihrer Rechte und Pflichten hat⁷⁷. Ihre Rechtsstellung hängt vom Wohlwollen der demokratisch legitimierten Mehrheit ab⁷⁸. Immerhin verhindern die Grundrechte, dass allzu leichtfertig mit ihrer Rechtsstellung umgegangen wird⁷⁹. Hervorragende Bedeutung kommt dabei insbesondere dem Rechtsgleichheitsgrundsatz zu: Unterscheidungen nach der Staatsangehörigkeit vermögen keine Ungleichbehand-

71 GRISEL (op. cit. Fn. 29), N 32 zu Art. 74 BV.

72 Vgl. FLEINER/GIACOMETTI (op. cit. Fn. 5), 432 f.; SCHWINGRUBER (op. cit. Fn. 43), 74 f.

73 Vgl. für das deutsche Recht NIEDERMAYER-KRAUSS (op. cit. Fn. 61), 59 ff., m.w.H. Vgl. dagegen EGLIN (op. cit. Fn. 21), 67.

74 BGE 116 Ia 359.

75 Vgl. LINDER (op. cit. Fn. 10), 62; TRÜEB-MÜLLER (op. cit. Fn. 55), 85.

76 FLEINER-GERSTER (op. cit. Fn. 6), § 10 N 84.

77 Vgl. NIEDERMAYER-KRAUSS (op. cit. Fn. 61), 63 ff.

78 TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 349; Vgl. auch THÜRER (op. cit. Fn. 7), 203.

79 Vgl. AUER (op. cit. Fn. 8), 40 ff.; CAVIN (op. cit. Fn. 6), 70; FLEINER-GERSTER (op. cit. Fn. 6), § 10 N 83; LINDER (op. cit. Fn. 10), 364; MÜLLER (op. cit. Fn. 6), 153 f.; RHINOW (op. cit. Fn. 4), 252 ff.; TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 340 ff.

lungen zu rechtfertigen, sofern nicht ausnahmsweise sachliche Gründe solche gebieten⁸⁰. Also auch wenn die Ausländerinnen und Ausländer kein Mitwirkungsrecht bei der Gestaltung ihrer Rechte und Pflichten haben, verfügen sie doch wenigstens über die tröstende Gewissheit, dass ihnen keine Pflichten aufgetragen oder Rechte vorenthalten werden können, ohne dass die selben Pflichten und Rechte auch den Inländern zukommen⁸¹. Wirksam ist diese Garantie indes nur gegenüber dem kantonalen Gesetzgeber; soweit der Bundesgesetzgeber Personen wegen ihrer Staatsangehörigkeit benachteiligt, kann die rechtsanwendende Behörde zwar die Verfassungswidrigkeit der betreffenden Regelung feststellen⁸², wird aber nicht davon befreit, die verfassungswidrige Vorschrift anzuwenden (Art. 191 BV), jedenfalls nicht soweit kein vorgehendes Fremdenvölkerrecht das Gegenteil gebietet.

C. Rechtsnatur der politischen Rechte

Das Stimmrecht hat eine *doppelte Natur*: Es ist eine staatliche Funktion und ein Recht⁸³.

In einer Demokratie kommt den Stimmberechtigten Organstellung zu⁸⁴. Durch die Ausübung der politischen Rechte erfüllen die Stimmbürger eine *staatliche Funktion* und geben dem Gemeinwesen einen Willen⁸⁵.

Darüber hinaus ist das Stimmrecht ein Recht, und zwar nicht bloss ein durch die Verfassung geschütztes Recht (vgl. Art. 34 Abs. 1 BV)⁸⁶, sondern ein *Menschenrecht*⁸⁷. Es steht demnach dem Menschen allein seiner Existenz wegen

80 THÜRER (op. cit. Fn. 7), 204.

81 KELLENBERGER (op. cit. Fn. 3), 4: « Sogar Unfreiheit ist erträglich, solange ihr alle gleichermaßen unterworfen sind. » Vgl. auch AUBERT (op. cit. Fn. 3), N 1048. Vgl. auch BÄUMLIN (op. cit. Fn. 4), 101 f.

82 HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 2089.

83 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. Fn. 4), N 597; HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 1381 f.; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 7; MAHON/PULVER (op. cit. Fn. 8), 226; SCHWINGRUBER (op. cit. Fn. 43), 30. Grundlegend TSCHANNEN (op. cit. Fn. 6), N 21 ff.

84 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. Fn. 4), N 561; FLEINER/GIACOMETTI (op. cit. Fn. 5), 430.

85 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. Fn. 4), N 599; CAVIN (op. cit. Fn. 6), 40 f.; HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 128; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 9; BERICHT DER EIDGENÖSSISCHEN KONSULTATIVKOMMISSION FÜR DAS AUSLÄNDERPROBLEM (op. cit. Fn. 27), 281; vgl. etwa BGE 99 Ia 724 E. 1.

86 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (op. cit. Fn. 4), N 598; HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 1381.

87 BUSER (op. cit. Fn. 24), 407; HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 126 f.; vgl. auch BÖHME (op. cit. Fn. 62), 58, mit Verweis auf August Ludwig Schlözer; HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 8; HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 11; ZAMBELLI (op. cit. Fn. 25), 670. Anders noch GRISEL (op. cit. Fn. 4), 72; BERICHT DER EIDGENÖSSISCHEN KONSULTATIVKOMMISSION FÜR DAS AUSLÄNDERPROBLEM (op. cit. Fn. 27), 282.

zu⁸⁸. Es geniesst vorpositive Geltung⁸⁹, weshalb die Staaten das Stimmrecht nicht gewähren, sondern seinen Bestand bloss anerkennen oder unterdrücken können⁹⁰. Diese naturrechtliche Geltung des Stimmrechts ergibt sich aus der Autonomie des Menschen, seiner vorstaatlichen Fähigkeit, sich in eine Gemeinschaft einzubinden, ohne des Anspruchs verlustig zu gehen, seine Meinung und Entscheidung zu Zwängen eben dieser Gemeinschaft kundzutun. Genauso wenig wie einem Angeklagten das Recht, sich zur Sache zu äussern, entzogen werden kann, ist die Zufügung sonstigen Zwangs zu rechtfertigen, ohne die Meinung der Gezwungenen eingeholt zu haben⁹¹. Umgekehrt hinterlässt gerade der Ausschluss vom politischen Verfahren, die damit einhergehende Ohnmacht, seinen Beitrag an das aus seiner Sicht Richtige nicht haben leisten und die eigenen Interessen nicht haben verteidigen zu können, die sich einstellende Einsicht, Veränderungen zumindest nicht mit demokratischen Mitteln herbeiführen zu können, und nicht zuletzt die Gewissheit, dass die eigene Rechtsstellung nur solange besteht, wie die demokratisch Legitimierten dies wollen, bei den Betroffenen unweigerlich das Gefühl, Menschen zweiter Klasse und blosses Objekt der Gesetzgebung zu sein; daher⁹² sind die politischen Rechte Ausfluss der Menschenwürde⁹³ – welche übrigens ebenfalls ein vorpositives Recht darstellt⁹⁴ – im Sinne der « Selbstbestimmung in der politischen Gestaltung von Recht und Staat »⁹⁵. Insoweit ist die Qualifizierung des Stimmrechts als « Menschenrecht der eigenen Staatsbürger »⁹⁶ doppelt unhaltbar: Einmal kann ein Menschenrecht per definitionem nicht bloss einzelnen Menschen vorenthalten sein; darüber hinaus ist es schon mit dem Kernmensenrecht der *Menschenwürde* (Art. 7 BV) schwer vereinbar, wenn gerade ein Menschenrecht – vorliegend das Stimmrecht – nach dem willkürlichen Kriterium der Staatsangehörigkeit verteilt

88 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II: Les droits fondamentaux, Bern 2000, N 38.

89 Vgl. FLEINER-GERSTER (op. cit. Fn. 6), § 7 N 9; HÄFELIN/HALLER (op. cit. Fn. 30), N 207. A.M. CAVIN (op. cit. Fn. 6), 36 f. und 40.

90 Ähnlich auch BUSER (op. cit. Fn. 24), 407.

91 Vgl. P. MASTRONARDI, *Menschenwürde als materielle « Grundnorm » des Rechtsstaates?*, in Thürier/Aubert/Müller [Hrsg.], *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, § 14 N 21; J. P. MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, Bern 1999, 2.

92 Die Menschenwürde ist betroffen, wenn der Mensch zum Objekt, zu einem blossen Mittel, zur vertretbaren Grösse herabgewürdigt wird (MASTRONARDI [op. cit. Fn. 91], § 14 N 21, m.w.H.; vgl. auch MÜLLER [op. cit. Fn. 91], 2; RHINOW [op. cit. Fn. 4], 187).

93 Und die Demokratie, welche durch die politischen Rechte geführt wird (BREITENBACH [op. cit. Fn. 4], 19; vgl. auch BÄUMLIN [op. cit. Fn. 4], 15), bezweckt die Wahrung der Menschenwürde (vgl. MASTRONARDI [op. cit. Fn. 91], § 14 N 34).

94 MASTRONARDI (op. cit. Fn. 91), § 14 N 8.

95 MÜLLER (op. cit. Fn. 91), 2. Vgl. auch EGLIN (op. cit. Fn. 21), 57 f.; HEUSSER (op. cit. Fn. 4), 11; RHINOW (op. cit. Fn. 4), 163, m.w.H.; BERICHT DER EIDGENÖSSISCHEN KONSULTATIVKOMMISSION FÜR DAS AUSLÄNDERPROBLEM (op. cit. Fn. 27), 283. Vgl. ferner ZIPPELIUS (op. cit. Fn. 7), 130 f., mit Hinweis auf Kants Autonomiegedanken.

96 Vgl. HANGARTNER/KLEY (op. cit. Fn. 6), N 8; vgl. kritisch BUSER (op. cit. Fn. 24), 403.

wird, gehört es doch gerade zum nobelsten Anliegen des Menschenrechtsschutzes, die Unterscheidung nach der Nationalität zu überwinden⁹⁷. Der demokratiethoretische Grundsatz der politischen Selbstbestimmung erfordert demnach zwingend, dass in einem Land sesshaft Gewordene in den Staatsverbund aufgenommen werden⁹⁸, sei es durch Einbürgerung oder Zuerkennung des Stimmrechts⁹⁹.

II. LES DROITS POLITIQUES DES SUISSES DE L'ÉTRANGER

Après quelques généralités (A), nous présenterons la situation existant au niveau fédéral (B), puis examinerons la question de l'octroi des droits politiques aux Suisses de l'étranger en matière cantonale et communale (C).

A. Généralités

1. La notion de « Suisses de l'étranger »

La notion de « Suisses de l'étranger », simple en apparence, mérite que l'on s'y attarde brièvement¹⁰⁰. Cette expression désigne les personnes de nationalité suisse mais sans domicile politique¹⁰¹ dans leur pays d'origine. Elle recouvre donc des réalités très différentes : nationalité suisse unique ou nationalités multiples (double, triple, ...); personnes ayant eu un précédent domicile en Suisse ou ayant au contraire toujours vécu à l'étranger¹⁰²; éloignement provisoire du pays d'origine ou départ définitif; personnes vivant dans les régions frontalières, sur un autre continent ou aux antipodes; etc. La date de la votation ou de l'élection – qu'il s'agisse d'élire ou d'être élu – est déterminante : c'est à ce

97 HANGARTNER (op. cit. Fn. 8), 133; THÜRER (op. cit. Fn. 7), 187.

98 HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 142; HANGARTNER (op. cit. Fn. 4), 951. A.M. CAVIN (op. cit. Fn. 6), 41.

99 HANGARTNER (op. cit. Fn. 2 *in initio*), 143. Vgl. auch HANGARTNER (op. cit. Fn. 4), 953.

100 Sur les divers sens de la notion dans les autres domaines, cf. E. GRISEL *in* Commentaire de la Cst. féd. [version octobre 1989], n. 5 ad art. 45^{bis}.

101 Le domicile politique correspond la plupart du temps au domicile du droit civil. Dans certaines situations particulières cependant, les deux peuvent se trouver dans des lieux différents (cf. art. 39 al. 2 Cst., 3 LDP, 1 ODP; E. GRISEL *in* Commentaire de la Cst. féd. [version juin 1988], n. 23 ss ad art. 43; HANGARTNER/KLEY [op. cit. note 6], n. 146 s.). La Loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger s'appliquant aux personnes n'ayant pas en Suisse de domicile politique au sens de l'art. 3 LDP (art. 2 et 7 al. 2 LDPSE; E. GRISEL [op. cit. note 100], n. 2 ss ad art. 45^{bis} Cst. féd.), il doit exister des situations – exceptionnelles – où les deux domiciles civil et politique sont l'un en Suisse et l'autre à l'étranger.

102 La nationalité suisse peut en soi se transmettre indéfiniment à l'étranger (cf. art. 1 LN). Le législateur cherche cependant à éviter ces situations extrêmes (cf. art. 10 al. 1 LN). Pour le droit de cité cantonal et communal, cf. art. 4 et 11 LN. Sur la réintégration, cf. art. 18, 21 et 24 LN.

moment que la personne doit avoir la nationalité suisse et ne pas (ou plus) avoir de domicile en Suisse.

2. Quelques chiffres

598'934 Suisses sont recensés auprès de nos représentations à l'étranger^{103, 104}. 421'680 d'entre eux possèdent une double nationalité (70,40 %) ¹⁰⁵, 140'971 ont moins de 18 ans et près de 59 % des adultes sont des femmes (270'425, pour 187'538 hommes).

59,83 % des Suisses de l'étranger habitent dans un pays de l'Union européenne (358'347). La plus grande communauté se trouve en France (158'215). Suivent l'Allemagne (68'761), l'Italie (43'302), la Grande-Bretagne (25'678), l'Espagne (20'484) et l'Autriche (12'616). En dehors de l'Europe, les communautés les plus importantes sont celles des Etats-Unis d'Amérique (69'526), du Canada, de l'Australie, de l'Argentine, du Brésil, d'Israël et de l'Afrique du Sud.

82'682 personnes se sont inscrites afin d'exercer leurs droits politiques, ce qui représente 18,2 % des Suisses de l'étranger ayant le droit de s'exprimer lors des votations et élections fédérales – une proportion en constante augmentation¹⁰⁶ – et environ 1,75 % des quelque 4'700'000 citoyens actifs que compte la Suisse¹⁰⁷. Seuls 21,64 % de ces Suisses de l'étranger inscrits afin d'exercer leurs droits politiques se trouvent en Europe ; 16,69 % d'entre eux se trouvent en Afrique, 11,49 % en Amérique, 20,08 % en Asie et 10,13 % en Océanie¹⁰⁸.

¹⁰³ Sauf mention contraire, il s'agit de la situation à la fin juin 2002. Tous les chiffres sont tirés des communiqués de presse du DFAE (6 août 2002, 7 août 2001, 11 août 2000, 31 août 1999, 21 août 1998, 21 août 1997 et 23 août 1996 – cf. www.admin.ch/cp/f/index.html ; cf. ég. www.eda.admin.ch/eda/f/home/traliv/living/publi.html, où l'on trouve la « Statistique des Suisses de l'étranger 2002 »).

¹⁰⁴ Evolution : 591'660 (2001) ; 580'396 (2000) ; 572'957 (1999) ; 562'813 (1998) ; 552'293 (1997) ; 541'302 (1996). Depuis 1990, la communauté suisse à l'étranger a augmenté d'environ 144'000 personnes. L'évolution pourrait bien se poursuivre : selon un sondage récemment commandé par Swissinfo/Radio suisse internationale à l'institut Link, pas moins de 45 % des Suisses ont, une fois au moins, rêvé de s'expatrier (La Liberté du 19 février 2002, 7).

¹⁰⁵ Evolution : 414'654 = 70,08 % (2001) ; 405'921 = 69,94 % (2000) ; 399'175 = 69,67 % (1999) ; 391'056 = 69,48 % (1998) ; 382'590 = 69,27 % (1997) ; 374'069 = 69,11 % (1996).

¹⁰⁶ Evolution : 17,57 % (2001) ; 16,55 % (2000) ; 16,13 % (1999) ; 15,76 % (1998) ; 15,56 % (1997) ; 15,22 % (1996). Avant la révision de la LDPSE de 1991, qui a introduit la possibilité de voter par correspondance (RO 1991 2388), les Suisses de l'étranger qui s'annonçaient pour pouvoir exercer leurs droits politiques étaient bien moins nombreux (environ 2 %, semble-t-il ; HANGARTNER [op. cit. note 2 *in fine*], 249).

¹⁰⁷ Exactement 4'731'017 lors de la votation fédérale du 2 juin 2002 (FF 2002 4786).

¹⁰⁸ On ne peut donc pas (ou plus) affirmer que « c'est avant tout nos concitoyens établis dans les pays voisins qu'intéresse l'exercice des droits politiques » (Message du 3 mars 1975 accompagnant le projet de loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger ; FF 1975 I 1305 ss, 1314).

A notre connaissance, il n'y a pas de statistique sur la participation effective des Suisses de l'étranger aux votations et élections ¹⁰⁹.

3. *Le pour et le contre*

En droit international public, il est aujourd'hui admis que les Etats ont la faculté d'octroyer les droits politiques à leurs ressortissants domiciliés à l'étranger ¹¹⁰. Même si ce geste paraît finalement justifié, il ne va cependant pas de soi. Les principaux arguments sont les suivants ¹¹¹ :

a. *Les effets des décisions prises en Suisse*

« La démocratie a pour principe de faire participer au pouvoir ceux qui en supportent les effets. Or les effets du pouvoir politique sont essentiellement *territoriaux*. » ¹¹² Cet argument, utilisé – avec raison – par le Professeur Aubert pour expliquer l'octroi des droits politiques aux étrangers, ne doit pas nous faire oublier que les décisions prises en Suisse ont parfois d'importants effets pour nos compatriotes de l'étranger : effets directs et immédiats lorsque les règles en discussion s'appliquent à l'ensemble des Suisses, quel que soit leur domicile (service militaire, acquisition et perte de la nationalité, etc.), lorsqu'elles créent un régime spécial pour les Suisses de l'étranger ou leur ouvrent l'accès à une institution jusqu'alors réservée aux habitants du pays (droits politiques, assurances sociales facultatives, etc.) ou lorsque la décision à prendre en Suisse peut modifier leur situation juridique dans leur pays de résidence (intégration européenne, par exemple) ; de manière générale, effets en quelque sorte différés pour les Suisses de l'étranger qui envisagent un prochain retour au pays ; finalement, importance symbolique de certaines questions (adhésion à l'ONU, par exemple).

b. *La diffusion de l'information à l'étranger*

L'octroi des droits politiques aux Suisses de l'étranger n'a de sens que si nos compatriotes peuvent obtenir dans leur lieu de domicile une information suffisante sur les questions soumises au peuple suisse. Si l'on ne peut complètement

¹⁰⁹ L'art. 14 LDP prévoit seulement que le nombre des Suisses de l'étranger ayant le droit de se prononcer doit être indiqué séparément sur les récapitulatifs des résultats. Il n'y a pas d'exigence semblable pour les bulletins rentrés.

¹¹⁰ HANGARTNER/KLEY (op. cit. note 6), n. 67 et 117. Ce n'est cependant qu'en 1989 que notre pays a décidé de tolérer que les étrangers se trouvant sur sol suisse exercent depuis celui-ci les droits politiques que leur reconnaît leur pays d'origine (cf. Message du 15 août 1990 concernant la révision de la LDPSE, FF 1990 III 429 ss, 434, 436, 437 et 452 ; ég. Message cité en note 108, 1312 s.).

¹¹¹ On peut lire par exemple la présentation qui en est faite dans le Message cité en note 108, 1309 s.

¹¹² AUBERT (op. cit. note 8), 29 *in initio*.

négliger l'obstacle que constitue l'éloignement du pays d'origine, on aurait tort cependant de le surestimer. Nos compatriotes ont en effet de nombreuses possibilités de se tenir au courant de l'actualité suisse et sont en mesure de se forger une opinion en vue des votations et élections. Parmi les médias s'adressant spécialement aux nationaux expatriés, mentionnons la « Revue suisse »¹¹³, distribuée à tous les Suisses de l'étranger¹¹⁴, les programmes de Radio suisse internationale¹¹⁵ et ceux de la chaîne de télévision de langue française TV5¹¹⁶. A ces médias modernes mais néanmoins classiques s'ajoute depuis peu Internet, qui révolutionne l'accès à l'information : pour peu qu'ils séjournent dans un lieu « connecté », les Suisses de l'étranger peuvent être aussi bien informés que les habitants de la Suisse¹¹⁷.

c. *Les obstacles pratiques*

Les Suisses de l'étranger désireux d'exercer leurs droits politiques sont souvent confrontés à des difficultés tout simplement pratiques, liées à leur éloignement de la Suisse : que l'on songe par exemple au temps nécessaire à l'acheminement du matériel de vote au Népal ou aux démarches à entreprendre pour obtenir une liste de signatures à l'appui d'une demande de référendum – sans parler du temps qu'il faut pour que ces documents dûment remplis retournent au pays¹¹⁸. Ces problèmes sont bien réels. Ils ne sauraient cependant servir à justifier un refus de principe de l'octroi des droits politiques aux Suisses de l'étranger. Il faut bien plutôt chercher à améliorer la situation par des mesures ciblées¹¹⁹. Les nouvelles technologies de l'information offrent ici aussi des solutions très prometteuses¹²⁰.

113 www.revue.ch.

114 Cf. art. 17 ODPSE.

115 www.swissinfo.ch. Voir aussi la nouvelle plate-forme politique de Radio suisse internationale, www.swisspolitics.org.

116 www.tv5.org.

117 Ils peuvent, par exemple, lire la Neue Zürcher Zeitung (www.nzz.ch), adhérer au Parti socialiste suisse (www.sp-ps.ch/indexf.htm), appeler de leurs vœux une Suisse indépendante et neutre (www.asin.ch), suivre les débats des Chambres fédérales (www.parlament.ch) ou les travaux de la Constituante fribourgeoise (www.fr.ch/constituante).

118 « L'envoi du matériel est effectué par voie aérienne. Sur le continent européen, le matériel peut être envoyé par voie de terre pour autant que la participation aux votations et élections ne soit pas compromise. » (art. 10 al. 2 ODPSE). « Si l'électeur reçoit trop tard un matériel de vote qui a quitté la Suisse à temps ou si son bulletin de vote arrive trop tard dans la commune de vote, il ne peut faire valoir ce retard. » (art. 10 al. 3 ODPSE).

119 Cf. par exemple la recommandation de la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats déposée le 27 août 2001 (01.3428) qui invite les cantons à « assurer l'envoi précoce à l'étranger du matériel de vote, notamment lorsqu'il est prévu un deuxième tour, qu'il convient par ailleurs d'organiser à une date suffisamment éloignée du premier tour afin de tenir compte de la situation particulière des Suisses de l'étranger » (BO CE 2001 752 ss et 46 des annexes du Bulletin de la session d'hiver). Cf. ég. le nouvel art. 2b introduit par le Conseil fédéral dans l'ODP le 14 juin 2002 avec effet au 1^{er} août 2002 (« remise anticipée du

d. Les intérêts et les souhaits des Suisses de l'étranger

Les Suisses de l'étranger, par définition, résident à l'extérieur du territoire national. Certains d'entre eux se sont éloignés – dans le sens le plus large du terme – de leurs origines : 70 % ont plusieurs nationalités, dont souvent celle du pays où ils vivent ; certains sont à l'autre bout de la Terre, ou dans des régions dont la langue, la culture et le mode de vie sont très différents des nôtres ; d'autres ont quitté la Suisse depuis plusieurs dizaines d'années ; d'autres encore ne se sont expatriés que depuis peu, mais savent qu'ils ne reviendront plus au pays ; sans parler de ceux qui n'ont tout simplement jamais habité en Suisse. Dans toutes ces situations, la tendance naturelle est de porter plus d'intérêt à la vie politique du pays de résidence qu'aux questions qui agitent une Suisse lointaine. Une partie importante de nos compatriotes de l'étranger maintiennent pourtant des liens forts avec la Suisse. Ils organisent la vie de la communauté nationale de leur région et se réunissent pour perpétuer certaines traditions, célébrer les fêtes importantes, s'informer, discuter ou simplement se divertir. L'intérêt qu'ils portent à la Suisse et à son actualité politique dépasse souvent de loin celui de bien des habitants de notre pays. Le droit de pouvoir participer à la formation de la volonté du peuple suisse est depuis longtemps une de leurs revendications les plus importantes ¹²¹. Dans les circonstances décrites, cette demande semble tout à fait justifiée.

B. Les droits politiques fédéraux

1. Les sources

Le constituant a accepté le 16 octobre 1966 le nouvel art. 45^{bis} relatif aux Suisses de l'étranger ¹²². Sur cette base, l'Assemblée fédérale a adopté le 19 dé-

matériel de vote ») : « Les cantons veillent à ce que les autorités compétentes au regard du droit cantonal soient en mesure de faire parvenir le matériel de vote aux Suisses de l'étranger et, à leur demande exprès, à d'autres électeurs se trouvant à l'étranger au plus tôt une semaine avant la date de l'envoi officiel dudit matériel. » (RO 2002 1755).

120 Pour se faire une idée de ces possibilités, cf. www.e-gov.admin.ch (projets de cyber-administration) – en particulier www.e-gov.admin.ch/vote/index.html (projet « vote électronique ») –, www.admin.ch/ch/f/pore/index.html (« Les droits politiques sur le plan fédéral »), www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis10.html (listes de signatures pour initiatives au format « pdf ») et www.isb.admin.ch/egov/index.htm (« La stratégie de la Confédération en matière de cyberadministration ») ; ég. Rapport du 9 janvier 2002 sur le vote électronique – Chances, risques et faisabilité, FF 2002 612 ss, ainsi que le Message du 30 novembre 2001 concernant une modification de la loi fédérale sur les droits politiques [et de la LDPSE], FF 2001 6051 ss, 6053 s., et les nouveaux art. 5 al. 3 2^e phrase, 8a, 11 al. 3 3^e phrase, 12 al. 3, 38 al. 5, 49 al. 3, 60a et 69a (FF 2002 4080 ss ; délai référendaire au 10 octobre 2002). Toujours sur le même sujet, mais pour l'anecdote, cf. www.swisspolitics.org/all/service/index.php?page=wecker.

121 Cf. Message du 2 juillet 1965 concernant l'insertion dans la constitution d'un article 45^{bis} sur les Suisses de l'étranger (FF 1965 II 401 ss, 434 s., 457 et 462).

122 « ¹ La Confédération est autorisée à renforcer les liens qui unissent les Suisses de l'étranger entre eux et avec la patrie, et à soutenir les institutions créées à cet effet. ² Elle peut, compte

cembre 1975 la Loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger¹²³. Le nouveau texte est entré en vigueur le premier janvier 1977. Il a été modifié le 22 mars 1991, avec effet au premier juillet 1992, essentiellement pour permettre aux Suisses de l'étranger de voter par correspondance¹²⁴. A la suite de cette modification, le Conseil fédéral a adopté le 16 octobre 1991 une nouvelle ordonnance d'exécution (cf. art. 8 al. 1 et 2 LDPSE), entrée elle aussi en vigueur le premier juillet 1992¹²⁵. La Constitution fédérale du 18 avril 1999 contient désormais un art. 40 intitulé « Suisses et Suissesses de l'étranger », dont le contenu ne diffère que fort peu de l'ancien art. 45^{bis}¹²⁶.

La législation sur les droits politiques (des Suisses de l'intérieur) s'applique chaque fois que les règles propres aux Suisses de l'étranger laissent une question sans réponse (art. 7 al. 2 LDPSE).

2. *Les droits octroyés*

Selon l'art. 3 al. 1 LDPSE, « tout Suisse de l'étranger qui a 18 ans révolus peut prendre part aux votations et élections fédérales ainsi que signer des initiatives populaires et des demandes de référendum ». Nos compatriotes de l'étranger ont donc exactement les mêmes droits que les citoyens domiciliés en Suisse (cf. art. 136 al. 2 Cst.)¹²⁷. Et cette remarque vaut en particulier pour le droit de vote : les Suisses de l'étranger peuvent participer à toutes les votations, que l'objet en discussion les touche directement, indirectement ou pas du tout – ce que le Conseil fédéral appelait le « droit de vote intégral »¹²⁸. La solution nous semble justifiée : d'abord, l'octroi des droits politiques aux Suisses de l'étranger ne s'explique pas uniquement par le souci de leur donner la possibilité de s'exprimer sur les règles de droit qui leur sont applicables, mais bien aussi par celui de leur permettre de resserrer les liens qui les unissent à la Suisse ;

tenu de la situation particulière des Suisses de l'étranger, édicter des dispositions en vue de déterminer leurs droits et obligations, notamment quant à l'exercice de droits politiques et à l'accomplissement des obligations militaires ainsi qu'en matière d'assistance. Les cantons seront consultés avant l'adoption de ces dispositions. » (RO 1966 1730). Message : cité en note 121. Résultats : FF 1966 II 645.

123 RS 161.5/RO 1976 1805. Message : cité en note 108.

124 RO 1991 2388. Message : cité en note 110.

125 RS 161.51/RO 1991 2391.

126 «¹ La Confédération contribue à renforcer les liens qui unissent les Suisses et les Suissesses de l'étranger entre eux et à la Suisse. Elle peut soutenir les organisations qui poursuivent cet objectif. Elle légifère sur les droits et les devoirs des Suisses et des Suissesses de l'étranger, notamment sur l'exercice des droits politiques au niveau fédéral, l'accomplissement du service militaire et du service de remplacement, l'assistance des personnes dans le besoin et les assurances sociales. » (RS 101/RO 1999 2556). Message : FF 1997 I 1 ss, 227 s.

127 Message cité en note 108, 1326. Bien que la loi ne le précise pas, les Suisses de l'étranger peuvent signer des listes de candidats pour l'élection au Conseil national (art. 24 LDP ; Message cité en note 108, 1319 *in fine*).

128 Message cité en note 108, 1319.

ensuite, il n'est pas toujours aisé de décider si nos compatriotes de l'étranger sont ou non suffisamment touchés par un objet soumis au vote ; enfin, les Suisses résidant au pays s'expriment parfois sur des sujets qui ne les concernent pas – « ce ne sont pas par exemple les seuls propriétaires d'immeubles qui peuvent prendre part à une votation concernant la spéculation foncière, mais bien tous les électeurs »¹²⁹.

3. *Excursus : L'éligibilité*

L'éligibilité au sein des autorités fédérales n'est pas réglée par la Loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger, dont l'art. 3 al. 2 renvoie à la Constitution fédérale. De l'art. 143 de celle-ci, combiné à l'art. 136, on retient que tous les Suisses et toutes les Suissesses ayant 18 ans révolus qui ne sont pas interdits pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit sont éligibles au Conseil national, au Conseil fédéral et au Tribunal fédéral. Puisque le domicile en Suisse n'est pas une condition de l'éligibilité au sein des autorités fédérales, les Suisses de l'étranger peuvent aussi se porter candidats¹³⁰.

Cette conclusion ne doit pas déranger¹³¹ : d'abord, pour les raisons susmentionnées, les Suisses de l'étranger ont été éligibles bien avant de pouvoir exercer leurs droits politiques – la Suisse a eu trois conseillers fédéraux « de l'étranger », en 1875, 1917 et 1958¹³² ; ensuite, tout porte à croire que seuls des Suisses de l'étranger de valeur pourraient se présenter comme candidats avec quelques chances de succès ; enfin, en cas d'élection, ces compatriotes prendront un domicile en Suisse au plus tard à leur entrée en fonctions¹³³.

4. *La procédure*

Les Suisses de l'étranger qui souhaitent exercer leurs droits politiques en Suisse doivent être immatriculés auprès de la représentation suisse dont ils dépendent (art. 2 LDPSE)¹³⁴. Par l'intermédiaire de cette représentation, ils doi-

¹²⁹ Message cité en note 108, 1319.

¹³⁰ L'art. 39 al. 2 Cst. n'y change rien, qui dispose que les droits politiques s'exercent au lieu du domicile, puisque le fait de se porter candidat ne fait pas partie de l'exercice des droits politiques.

¹³¹ Ces remarques valent *mutatis mutandis* pour l'éligibilité au sein des autorités cantonales.

¹³² Message cité en note 108, 1320 ; ég. HANGARTNER/KLEY (op. cit. note 6), n. 237.

¹³³ On pourrait en soi théoriquement imaginer un conseiller national résidant à l'étranger. Nous ne sommes par contre pas sûrs que cela soit encore possible pour un juge fédéral suppléant (cf. art. 19 al. 2 OJ).

¹³⁴ Le Règlement du Service diplomatique et consulaire suisse du 24 novembre 1967 (RS 191.1) en fait une obligation pour tous les Suisses qui ont l'intention de prendre domicile pendant plus de douze mois à l'étranger (art. 12).

vent demander à leur commune de vote de les inscrire dans le registre des électeurs (art. 5a LDPSE).

Les Suisses de l'étranger peuvent choisir une de leurs communes d'origine ou de domicile antérieur (art. 5 al. 1 LDPSE). Les cantons peuvent décider de centraliser le vote des Suisses de l'étranger et la tenue du registre y relatif dans une ou plusieurs communes (art. 5 al. 2 LDPSE). Tant qu'ils sont immatriculés auprès de la même représentation, les Suisses de l'étranger ne peuvent pas changer de commune de vote (art. 5 al. 3 LDPSE).

L'exercice des droits politiques n'est pas réservé aux seuls Suisses de l'étranger qui ne sont absents de leur pays d'origine que pour une courte durée¹³⁵. La seule disposition qui introduit une limitation dans le temps est l'art. 5a al. 2 LDPSE : « Ils sont biffés du registre des électeurs après quatre ans s'ils ne renouvellent pas leur inscription. » Le délai n'est pas péremptoire puisqu'il est en tout temps possible de demander sa réinscription¹³⁶.

Les Suisses de l'étranger peuvent exercer leurs droits politiques soit par correspondance, soit en personne dans leur commune de vote (art. 1 al. 1 LDPSE). Ils peuvent voter par procuration si le droit du canton dans lequel se trouve la commune de vote le permet (art. 1 al. 2 LDPSE).

Le matériel de vote est envoyé par la commune directement au domicile du Suisse de l'étranger (art. 10 al. 1 ODPSE)¹³⁷. Nos compatriotes ne supportent que les frais de renvoi en Suisse des bulletins de vote dûment remplis (art. 12 ODPSE).

¹³⁵ Pour une telle limitation, HANGARTNER (op. cit. note 2 *in fine*), 252.

¹³⁶ Même dénuée de véritable sanction, cette règle est contestée par certains Suisses de l'étranger, qui y voient une complication excessive. Cf. la motion déposée par la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats le 27 août 2001 (01.3427) et transmise le 26 novembre de la même année comme postulat : « Le Conseil fédéral est chargé de proposer un amendement à la loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger, selon lequel est supprimée l'obligation qui est faite aux Suisses de l'étranger de s'inscrire tous les quatre ans au registre des électeurs, du moins pour ceux qui ont pris part à une élection ou à une votation dans un délai donné, restant à fixer. » (BO CE 2001 752 ss et 45 des annexes du Bulletin de la session d'hiver). Le Conseil fédéral a donné suite à ce postulat en modifiant l'ODP le 14 juin 2002 avec effet au 1^{er} août 2002 : « L'inscription peut aussi être renouvelée au moyen d'une carte préimprimée. Une fois par année au moins, la commune de vote en joint une au matériel de vote adressé aux Suisses de l'étranger ayant le droit de vote. La carte doit être renvoyée signée et datée. » (art. 3 al. 1^{bis} ; RO 2002 1758 ; cf. également FF 2002 4321 ss – circulaire du DFAE y relative du 14 juin 2002).

¹³⁷ Cf. ég. note 118.

C. Les droits politiques cantonaux et communaux

1. La situation actuelle

Les cantons sont seuls compétents pour définir les droits politiques aux niveaux cantonal et communal (art. 39 al. 1 Cst. et 7 al. 1^{er} LDPSE)¹³⁸. La situation était la suivante au début 2002¹³⁹ :

	BE	BL	GE	JU	NE	SO	SZ	TI
Canton	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Communes		✓						✓

2. L'ouverture possible

a. Les divers niveaux de la structure cantonale

La première question à laquelle doivent répondre les autorités qui envisagent d'octroyer les droits politiques aux Suisses de l'étranger est la suivante : faut-il limiter l'ouverture aux droits politiques cantonaux ou au contraire permettre aussi la participation aux élections et votations qui se déroulent dans les entités intermédiaires, comme les districts (par exemple élection des préfets dans le canton de Fribourg), et dans les communes ?

A part Bâle-Campagne et le Tessin, les cantons qui octroient les droits politiques aux Suisses de l'étranger ne le font qu'en matière cantonale. Cette ré-

¹³⁸ On rappelle que l'élection des membres du Conseil des Etats est cantonale (art. 150 al. 3 Cst.).

¹³⁹ Les auteurs remercient l'Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg, et en particulier M. Jean-Luc Gassmann du Centre de documentation de l'Institut, d'avoir bien voulu vérifier les résultats de leurs recherches : art. 55 al. 2 Cst. BE, art. 7 de la Loi sur les droits politiques du 5 mai 1980 (RS BE 141.1), art. 13 de la Loi sur les communes du 16 mars 1998 (RS BE 170.1) ; § 21 al. 3 Cst. BL, § 1 al. 1, 2 al. 4 et 3 al. 4 de la Loi sur les droits politiques du 7 septembre 1981 (RS BL 120) ; art. 41 Cst. GE, art. 1 let. b et 3 al. 1 de la Loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (RS GE A 5 05) ; art. 72 Cst. JU, art. 2 al. 4 de la Loi sur les droits politiques du 26 octobre 1978 (RS JU 161.1) ; art. 37 al. 1 let. b et 95 Cst. NE, art. 2 let. b et 3 de la Loi sur les droits politiques du 17 octobre 1984 (RS NE 141) ; § 25 Cst. SO, § 6 de la Loi sur les droits politiques du 22 septembre 1996 (RS SO 113.111) ; § 3 al. 1 Cst. SZ, § 6 de la Loi sur les élections et votations du 15 octobre 1970 (RS SZ 120.100) ; art. 30 Cst. TI, art. 2 let. b et 3 let. b de la Loi sur l'exercice des droits politiques du 7 octobre 1998 (RS TI 1.3.1.1). D'après les informations transmises par l'Institut du fédéralisme de l'Université de Fribourg, dans les cantons de Bâle-Campagne, Vaud, Zoug, Zurich et des Grisons, des interventions parlementaires ont été déposées qui demandent l'octroi des droits politiques aux Suisses de l'étranger. Dans le canton des Grisons, l'art. 11 al. 3 et 4 du projet de nouvelle Constitution du 15 janvier 2002 octroie les droits politiques aux Suisses de l'étranger en matière cantonale et laisse les communes libres de décider si elles veulent le faire à leur niveau (www.gr.ch/verfassung/dt/verfassungsentwurf_regierung.pdf).

serve nous semble justifiée : d'une part, s'il est certainement possible à un Fribourgeois résidant à l'étranger de se faire une idée des enjeux d'une éventuelle adhésion de son pays d'origine à l'ONU, voire de décider s'il veut ou non accepter la nouvelle loi scolaire ou la nouvelle Constitution proposées au peuple fribourgeois, il doit par contre lui être très difficile de se tenir correctement informé de la vie politique du district de la Gruyère ou de la ville de Bulle, sans parler, par exemple, de celle des communes de Haut-Intyamon ou de Bellegarde ; d'autre part, si l'on peut tout à fait comprendre le souci des Suisses de l'étranger de maintenir un lien avec leur pays d'origine par l'exercice des droits politiques, on ne voit pas ce que la participation à la prise des décisions au sein du district ou de la commune pourrait avoir d'essentiel à cet égard.

b. *Le cercle des bénéficiaires*

L'autre question à résoudre est celle de la détermination du cercle des bénéficiaires. A part Genève, le Jura et le Tessin, qui ne donnent les droits politiques qu'à leurs ressortissants, tous les cantons qui comptent les Suisses de l'étranger au nombre de leurs citoyens actifs acceptent à la fois les personnes qui sont originaires du canton et celles qui y ont eu une fois un domicile.

Ces règles, qui ne font la plupart du temps que renvoyer à la législation fédérale, sont critiquées de manière constante par le Professeur Hangartner¹⁴⁰ : il insiste sur le fait que le droit international n'autorise les Etats – donc aussi les cantons – à octroyer les droits politiques à des personnes résidant à l'étranger que si celles-ci sont originaires de l'Etat – respectivement du canton – en question ; le principe de l'origine, appliqué de manière stricte, serait seul à même de garantir une certaine cohérence entre les législations des divers cantons¹⁴¹. S'il est vrai que le renvoi pur et simple à la législation fédérale peut être source de problèmes¹⁴², pour le reste, l'argumentation peine à nous convaincre¹⁴³ :

D'abord, elle ne tient pas assez compte du but poursuivi lors de l'octroi des droits politiques aux Suisses de l'étranger en matière cantonale. Il s'agit de permettre aux expatriés de conserver des liens privilégiés non seulement avec la Suisse toute entière mais également avec l'une¹⁴⁴ des vingt-six subdivisions de

¹⁴⁰ A notre connaissance, le seul auteur à s'intéresser vraiment aux droits politiques des Suisses de l'étranger.

¹⁴¹ HANGARTNER/KLEY (op. cit. note 6), n. 117 ; HANGARTNER (op. cit. note 2 *in fine*), 245.

¹⁴² HANGARTNER/KLEY (op. cit. note 6), n. 117 et 217 ss ; HANGARTNER (op. cit. note 2 *in fine*), 245 et 247.

¹⁴³ Dans le même sens – mais sans argumentation –, V. MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, thèse Genève, Bâle/Genève/Munich 1999, 323, qui estime qu'« aucune norme de droit fédéral n'empêche un canton de reconnaître les droits politiques à des confédérés domiciliés à l'étranger, qui ne sont pas ses ressortissants mais ont précédemment fait partie de son corps électoral ».

¹⁴⁴ Il est communément admis, avec raison, que l'interdiction d'exercer ses droits politiques en plus d'un endroit (deux cantons, deux communes) s'applique également aux Suisses de

celle-ci. Or, force est de reconnaître qu'actuellement, pour une bonne partie de la population, l'origine cantonale (et communale) n'a plus aucune signification¹⁴⁵ – qui n'a jamais croisé un de ces Suisses qui, lorsqu'on leur demande quelle est leur origine, s'empressent, avant même de répondre à la question, de dire qu'ils n'y ont jamais mis les pieds ?

Ensuite, s'il est en soi théoriquement possible qu'un Suisse n'ayant été domicilié que pendant une très courte période dans un canton donné demande à y exercer les droits politiques sans (autre) raison apparente¹⁴⁶, ce risque n'est pas grand. Tout porte à croire en effet que les Suisses de l'étranger sans liens particuliers avec leur canton d'origine porteront leur choix sur un lieu auquel ils sont attachés.

Enfin, la comparaison faite entre la situation de la Suisse et celle des cantons en droit international nous semble à la fois exagérée et trop détachée de la question en discussion. D'une part, si les cantons sont plus que de simples circonscriptions administratives, ils ne sont cependant pas des sujets directs de droit international, à l'égal des Etats ; les règles élaborées pour ces derniers ne peuvent donc s'appliquer aux cantons que de manière analogique. D'autre part, il ne faut pas perdre de vue qu'il ne s'agit pas d'autoriser la Confédération à offrir les droits politiques en Suisse, par exemple, à tous les Italiens domiciliés hors de notre pays mais qui y ont une fois résidé, mais bien plutôt de décider si, à l'intérieur de la Suisse, les Suisses de l'étranger ne peuvent exercer les droits politiques cantonaux que dans leur canton d'origine ou s'il leur est permis de choisir un autre canton avec lequel ils auraient des liens plus étroits. Une situa-

l'étranger (HANGARTNER/KLEY [op. cit. note 6], n. 151) ; il incombe à nos représentations à l'étranger d'effectuer les contrôles nécessaires (HANGARTNER/KLEY, loc. cit.). L'art. 39 al. 3 Cst. n'a qu'une portée intercantonale ; c'est l'art. 8 Cst. qui donne à l'interdiction une portée intracantonale (MAHON [op. cit. note 15], n. 35 ; sur l'importance de l'égalité en matière de droits politiques, cf. ég. ci-dessus I, B). Il n'existe aucune interdiction semblable en matière internationale : les doubles nationaux peuvent exercer leurs droits politiques dans les deux pays si le pays dans lequel ils ne résident pas admet le droit de vote de ses ressortissants à l'étranger (MAHON [op. cit. note 15], n. 35 [note 46]).

En soi, la règle qui trouve son expression à l'art. 39 al. 3 Cst. ne concerne que l'exercice des droits politiques et pas l'éligibilité. Le domicile sur le territoire de la collectivité publique concernée n'étant pas toujours une condition de l'éligibilité, il est donc théoriquement possible de se porter candidat au parlement d'un autre canton que celui dans lequel on exerce ses droits politiques (HANGARTNER/KLEY [op. cit. note 6], n. 244 et 1410), voire de tenter d'être élu dans deux cantons différents. Nous sommes cependant d'avis que ces situations devraient être évitées. On pourrait imaginer d'exiger la prise d'un domicile dans le canton de l'élection avant l'entrée en fonctions (HANGARTNER/KLEY, loc. cit.) ou appliquer ici aussi l'art. 8 Cst. en imposant un choix entre les divers mandats (un canton, une commune).

145 Il est sans doute bon de ne pas perdre de vue que le législateur fédéral, lorsqu'il avait à déterminer le lieu où s'exercent les droits politiques des Suisses de l'étranger, n'a jamais jugé opportun d'imposer la commune d'origine (Message cité en note 108, 1305 et 1321 à 1324 ; Message cité en note 110, 442).

146 HANGARTNER (op. cit. note 2 *in fine*), 245.

tion fort différente, qui ne lèse en rien les droits d'autres sujets (directs) de droit international.

3. *Le canton de Fribourg*

Actuellement, le canton de Fribourg n'octroie pas aux Suisses de l'étranger les droits politiques en matière cantonale et communale¹⁴⁷.

Dans son rapport final de décembre 2001¹⁴⁸, la Commission thématique 4 de la Constituante (« Droits politiques, révision de la Constitution, dispositions transitoires ») a proposé les thèses suivantes sur le sujet : « Le droit de vote au niveau cantonal est donné aux Suisses de l'étranger. » (thèse 4.15 ; unanimité) ; « Le droit de vote est accordé aux ressortissants d'une commune du canton ou à ceux qui y ont été anciennement domiciliés. » (thèse 4.15.2 ; unanimité) ; « Les Suisses de l'étranger n'ont pas le droit de vote au niveau communal. » (thèse 4.16 ; 14 contre 1) ; « Les Suisses de l'étranger ne sont pas éligibles aux niveaux cantonal et communal. » (thèse 4.14 ; unanimité). Lors de la séance du mercredi 24 avril 2002, le plénum a suivi ces propositions, sans que le sujet soulève de véritable discussion¹⁴⁹.

Des lignes qui précèdent, il ressort que nous approuvons les thèses 4.15 et 4.16. En ce qui concerne l'éligibilité (thèse 4.14), l'assemblée aurait pu sans grand risque décider de l'ouvrir aux Suisses de l'étranger.

SCHLUSSBEMERKUNGEN

Für kein anderes Recht wurde ähnlich verbittert gekämpft, wie für das Stimmrecht. Zu Recht, denn eine Gesellschaft, in die sich das Individuum ohne minimale Mitbestimmungsrechte einfügen muss, ist eine Beleidigung seiner Vernunft, eine Verachtung der geistigen Autonomie und letztlich eine Missachtung des höchsten Wertes überhaupt: der Menschenwürde. Umso mehr erstaunt es, dass unsere doch nicht mehr so jungen Demokratien, welche genau aus diesen Überlegungen entstanden sind, sich mit der Entwicklung der politischen Rechte so schwer tun. Immerhin wurde ein gewaltiger Schritt mit der Einführung des Frauenstimmrechts gemacht. Im Bereich des Stimmrechts für Ausländerinnen und Ausländer sowie Auslandschweizerinnen und Ausland-

¹⁴⁷ Art. 26 Cst. FR et 2 al. 1 de la Loi du 6 avril 2001 sur l'exercice des droits politiques (RSF 115.1).

¹⁴⁸ www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/rapp_comm/rapp_finaux/C4.doc.

¹⁴⁹ La seule – brève – discussion a eu pour objet la proposition du groupe socialiste, présentée et défendue par Mme Anna Petrig, de limiter la capacité active aux Suisses de l'étranger qui ont eu leur *dernier* domicile suisse dans le canton de Fribourg. Cet amendement à la thèse 4.15.2 a été rejeté par 79 contre 37, avec une abstention. Le procès-verbal succinct de la séance peut être consulté à l'adresse www.fr.ch/constituante/nc/etat.asp.

schweizer sind auf diversen Ebenen Bestrebungen, die demokratischen Partizipationsmöglichkeiten auszubauen, im Gang. Dennoch müssen wir feststellen, dass gerade *der* Pfeiler unserer Gemeinschaft, auf welcher die Rechtfertigung aller Staatsgewalt letztlich lastet, seine endgültige Gestalt noch nicht angenommen hat, sondern sich immer noch im Aufbau befindet: Das Recht bleibt eben in Bewegung.