Urteilskopf

123 I 19

3. Extrait de l'arrêt de la IIème Cour de droit public du 26 février 1997 en la cause A. contre Conseil d'Etat du canton de Genève (recours de droit public)
Regeste (de):
Zulassung eines Ausländers zum Anwaltspraktikum.

Art. 31 BV: der Ausländer mit Jahresaufenthaltsbewilligung - der fremdenpolizeilichen Einschränkungen untersteht - kann sich nicht wie der Ausländer mit Niederlassungsbewilligung auf diese Verfassungsbestimmung berufen, um zum Anwaltspraktikum zugelassen zu werden (E. 2).

Art. 4 BV: die ungleiche Behandlung bei der Erteilung der Niederlassungsbewilligung nach zehn bzw. fünf Jahren Aufenthalt ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 ANAG oder aus einem Staatsvertrag, d.h. aus Vorschriften, an die das Bundesgericht gemäss Art. 113 Abs. 3 BV gebunden ist (E. 3).

Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung steht einer bevorzugten Behandlung von Ausländern aufgrund von internationalen Verpflichtungen nicht entgegen (E. 4).

Regeste (fr):
Accès au stage d'avocat d'un ressortissant étranger.

Art. 31 Cst.: l'étranger titulaire d'une autorisation annuelle de séjour - qui est soumis aux restrictions de police des étrangers - ne peut pas se prévaloir de cette disposition constitutionnelle, au même titre que l'étranger au bénéfice d'un permis d'établissement, pour requérir son inscription au stage d'avocat (consid. 2).

Art. 4 Cst.: l'inégalité de traitement dans l'octroi des permis d'établissement après dix ou cinq ans de séjour provient de l'art. 7 al. 1 LSEE ou d'un traité international, soit de textes qui lient le Tribunal fédéral en vertu de l'art. 113 al. 3 Cst. (consid. 3).

La Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale ne s'oppose pas à un traitement préférentiel de ressortissants étrangers fondé sur des engagements internationaux (consid. 4).

Regesto (it):
Accesso alla pratica legale di un cittadino straniero.

Art. 31 Cost.: diversamente dal cittadino straniero al beneficio di un permesso di domicilio, lo straniero titolare di un permesso annuale di dimora - che è sottoposto alle restrizioni di polizia degli stranieri - non può invocare tale disposizione costituzionale per richiedere la sua iscrizione alla pratica legale (consid. 2).

Art. 4 Cost.: disparità di trattamento nella concessione dei permessi di domicilio, dopo 10 rispettivamente 5 anni di soggiorno, creata dall'art. 7 cpv. 1 LDDS o da un trattato internazionale, ovvero da testi che vincolano il Tribunale federale in virtù dell'art. 113 cpv. 3 Cost. (consid. 3).

La Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale non vieta un trattamento preferenziale di cittadini stranieri fondato su impegni internazionali (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 19

BGE 123 I 19 S. 19

A., ressortissant du Bénin, né le 10 octobre 1969, est arrivé à Genève en 1987 en compagnie de sa mère, de son frère et de ses soeurs, tous venus rejoindre le père, engagé comme médecin au

BGE 123 I 19 S. 20

Comité International de la Croix-Rouge. Au bénéfice d'une autorisation annuelle de séjour, A. a obtenu son baccalauréat en 1989, puis sa licence en droit de l'Université de Genève en octobre 1995. Le 26 mars 1996, A. a présenté au Conseil d'Etat du canton de Genève une requête tendant à pouvoir prêter le serment professionnel d'avocat et s'inscrire au tableau des avocats-stagiaires. Par décision du 17 avril 1996, le Conseil d'Etat a informé l'intéressé qu'il n'entrait pas en matière sur les requêtes d'accès au stage d'avocat émanant de ressortissants étrangers qui n'étaient pas titulaires d'un permis d'établissement. A. a formé auprès du Tribunal fédéral un recours de droit public pour violation des art. 31 et 4 Cst., ainsi que de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Le Tribunal fédéral a rejeté ce recours dans la mesure où il était recevable.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. a) Le Tribunal fédéral a admis qu'un étranger établi non soumis à des restrictions particulières de politique économique avait la faculté d'invoquer l'art. 31 Cst. (ATF 108 Ia 148 consid. 2b p. 150), mais il a précisé, dans son arrêt du 22 janvier 1988 (ATF 114 Ia 307 ss), que la liberté du commerce et de l'industrie dont bénéficiait certaines professions, était limitée par l'art. 69ter al. 1 Cst. et la législation en matière de séjour et d'établissement des étrangers. Dans la mesure où un travailleur étranger n'avait pas droit à une autorisation de séjour en vertu de cette législation ou d'un traité international, ni lui, ni son employeur ne pouvaient donc se plaindre d'une violation de l'art. 31 Cst. (ATF 114 Ia 307 consid. 3b p. 312). Le Tribunal fédéral a ensuite relevé que tant l'art. 69ter Cst., que la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE; RS 142.20) distingue le séjour, pour lequel l'autorisation est limitée dans sa durée et souvent liée à certaines conditions (art. 5 al. 1 LSEE), de l'établissement qui implique une autorisation de durée indéterminée et inconditionnelle (art. 6 al. 1 LSEE). Il n'y avait donc aucune raison d'exclure de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie l'étranger au bénéfice d'un permis d'établissement qui, de ce fait, n'était pas soumis à certaines restrictions de police des étrangers (ATF 116 Ia 237 consid. 2 c et 2d p. 239/240). Sur la base de cette jurisprudence, le Tribunal fédéral est allé jusqu'à admettre que l'exigence de la nationalité suisse pour exercer la

BGE 123 I 19 S. 21

profession d'avocat s'avérait disproportionnée au regard de l'art. 31 Cst. lorsque l'étranger avait des connaissances suffisantes de la situation politique et sociale du pays (ATF 119 Ia 35 ss; arrêt du 27 avril 1993 en la cause B. c. Conseil d'Etat du canton de Genève, publié in SJ 1993 p. 665 ss). Dans ces deux arrêts, il s'agissait toutefois d'étrangers au bénéfice d'un permis d'établissement. b) La jurisprudence du Tribunal fédéral au sujet de la liberté du commerce et de l'industrie accordée aux étrangers et son évolution depuis 1982 ont été critiquées par la doctrine (PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, Bern 1975, p. 277; GEORG MÜLLER, Handels- und Gewerbefreiheit; Legitimation des Ausländers zur staatsrechtlichen Beschwerde, Bemerkungen zu BGE 108 Ia 148 ff., recht 1983 Nr. 3, p. 109; CHRISTOPH ANDREAS ZENGER, Die Bedeutung der Freiheit wirtschaftlicher Entfaltung für eine freie Berufswahl, Diss. Bern 1985, n. 678 p. 379/380), en particulier par la doctrine récente qui, avec des nuances, tend à vouloir imposer une nouvelle conception de la liberté du commerce et de l'industrie, selon laquelle tous les étrangers devraient pouvoir invoquer de façon générale l'art. 31 Cst. (R. RHINOW, Commentaire de la Constitution fédérale ad art. 31 Cst. n. 92 à 94; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1991, p. 360/361; KLAUS A. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Bern 1995, par. 6 n. 6, p. 61) ou qui estime que le problème est avant tout de nature politique et souhaite que la Suisse passe à cette fin des accords internationaux assurant la réciprocité à ses ressortissants (ETIENNE GRISEL, Liberté du commerce et de l'industrie, Berne 1995, vol. I n. 386 p. 144 et vol. II n. 648 p. 90). Compte tenu du système mis en place par la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers pour les autorisations de séjour, et qui lie le Tribunal fédéral (art. 113 al. 3 Cst.), il ne se justifie pas d'élargir encore davantage le cercle des étrangers pouvant bénéficier de la protection découlant de l'art. 31 Cst. en supprimant l'exigence du permis d'établissement. En effet, l'étranger au bénéfice d'une autorisation de séjour ne peut pas prendre un emploi librement selon l'art. 3 al. 3 LSEE, prescrivant que "l'étranger qui ne possède pas de permis d'établissement ne peut prendre un emploi, et un employeur ne peut l'occuper, que si l'autorisation de séjour lui en donne la faculté." En revanche, l'étranger qui possède une autorisation d'établissement n'est soumis, quant à son activité lucrative, à aucune restriction en matière de police des étrangers (art. 3 al. 10 du règlement d'exécution de la LSEE: RSEE; RS 142.201).

L'étranger au bénéfice d'une autorisation de séjour reste dès lors soumis aux restrictions de l'ordonnance du Conseil fédéral limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986, selon l'art. 2 lettre b de ce texte (OLE; RS 823.21). En outre, la durée de son autorisation est toujours limitée (art. 5 al. 1 LSEE), celle-ci devant être renouvelée chaque année. La reconnaissance de la liberté du commerce et de l'industrie aux étrangers ne disposant que d'une autorisation de séjour reviendrait du reste à restreindre la liberté concédée par la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers aux autorités cantonales (cf. en particulier art. 3 al. 3 LSEE). Après l'abandon du critère de la nationalité suisse, l'exigence du permis d'établissement représente ainsi un critère applicable de façon simple et uniforme, qui tient compte du fait que le séjour de l'étranger est durable, puisqu'il a été en principe d'au moins dix ans sans interruption (voir art. 11 al. 5 RSEE). Comme on l'a vu plus haut, le titulaire du permis d'établissement est soustrait aux restrictions de police des étrangers quant à son activité lucrative (art. 3 al. 10 RSEE), de sorte qu'il est logique de le faire bénéficier de la liberté du commerce et de l'industrie. Il est vrai que la possession du permis d'établissement ne représente pas une garantie absolue de l'assimilation de l'étranger en Suisse par rapport à l'exercice de la profession d'avocat, notamment dans les cas où il est accordé non pas après dix ans de séjour, mais après un délai de cinq ans, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit du conjoint étranger d'un ressortissant suisse (art. 7 al. 1 LSEE) ou d'un ressortissant d'un pays européen avec lequel la Suisse a passé un accord international (voir, par ex., Echange de notes du 16 février 1935 avec les Pays-Bas: RS 0.142.116.364; Echange de lettres du 12 avril 1990 avec le Portugal: RS 0.142.116.546). Toutefois, si le permis d'établissement permet à l'étranger d'invoquer l'art. 31 Cst., il reste quant au fond soumis aux exigences relatives à l'accès et l'exercice de la profession en cause, en particulier à la condition de l'assimilation qui sera examinée avec d'autant plus de soin qu'un étranger demeure en Suisse depuis cinq ans seulement. c) En l'espèce, le recourant est arrivé en Suisse à l'âge de 17 ans et y séjourne depuis environ 9 ans, de sorte qu'il devrait pouvoir présenter une demande de permis d'établissement dans une année. En l'état, le

fait qu'il bénéficie d'une autorisation annuelle de séjour, l'empêche toutefois de se prévaloir de l'art. 31 Cst., de sorte que son recours doit être examiné uniquement sous l'angle de l'art. 4 Cst.

3. a) Le recourant qualifie la décision attaquée d'arbitraire et se plaint d'une inégalité de traitement par rapport aux ressortissants étrangers

qui sont titulaires d'un permis d'établissement, en particulier vis-à-vis de ceux qui obtiennent ce permis après cinq ans seulement. b) Une décision viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente (ATF 121 I 102 consid. 4a p. 104, 129 consid. 3d p. 134; ATF 119 Ia 123 consid. 2b p. 128). c) Compte tenu des différences existant entre les autorisations d'établissement (art. 6 al. 1 LSEE) et les autorisations de séjour (art. 5 al. 1 LSEE), telles que relevées ci-dessus (consid. 2b), leurs bénéficiaires n'ont évidemment pas le même statut en Suisse. Il n'y a donc aucune inégalité de traitement à les traiter différemment suivant l'autorisation dont ils sont titulaires. Que certains étrangers puissent obtenir l'établissement après cinq ans de séjour seulement tient au fait qu'une loi fédérale (art. 7 al. 1 LSEE) ou qu'un traité international passé par la Suisse avec le pays d'origine prévoit un traitement préférentiel et réciproque. Autrement dit, la différence de traitement résulte de textes que le Tribunal fédéral doit appliquer (art. 113 al. 3 Cst.). En fait, déterminer les conditions auxquelles le permis d'établissement peut être accordé avant le délai de dix ans est avant tout un problème politique qu'il appartient au législateur de régler, notamment dans le cadre des conventions internationales prévoyant la réciprocité pour les ressortissants suisses. Dans le cas particulier, il n'y a donc pas d'arbitraire ou d'inégalité de traitement à vouloir réserver aux seuls titulaires du permis d'établissement l'accès des étrangers au stage et à la profession d'avocat. Les griefs que le recourant formule à ce sujet reviennent d'ailleurs à critiquer la jurisprudence qui ne reconnaît le bénéfice de l'art. 31 Cst. qu'aux étrangers ayant un permis d'établissement. Or, comme on l'a vu (supra consid. 2), cette jurisprudence repose sur un critère conforme à la législation en matière des étrangers et n'a pas à être modifiée.

4. Le recourant invoque ensuite la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, entrée en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 1994 (RO 1995 p. 1164 ss), qui vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique (art. 1er ch. 1).

A cet égard, il faut tout d'abord relever que la Suisse s'est expressément réservée le droit d'appliquer ses dispositions légales relatives à l'admission des étrangers sur le marché du travail (voir réserve portant sur l'art. 2 al. 1er lettre a figurant dans l'arrêté fédéral d'approbation de la Convention du 9 mars 1993: RO 1995 p. 1163, qui fait partie intégrante de la Convention : RO 1995 p. 1189). A cela s'ajoute que l'art. 1er ch. 3 de la Convention prévoit qu'aucune de ses règles "ne peut être interprétée comme affectant de quelque manière que ce soit les dispositions législatives des Etats parties à la Convention concernant la nationalité, la citoyenneté ou la naturalisation, à condition que ces dispositions ne soient pas discriminatoires à l'égard d'une nationalité particulière". Or il est en l'espèce constant que la réglementation ici en cause (art. 11 al. 5 RSEE: permis

d'établissement après un séjour d'au moins dix ans) ne s'applique pas qu'aux ressortissants du Bénin. L'art. 1er ch. 2 de la Convention n'exclut d'ailleurs pas un traitement préférentiel de ressortissants de certains pays étrangers fondé sur des engagements internationaux (voir Message du Conseil fédéral, FF 1992 III p. 276; ROLAND STRAUSS, Das Verbot der Rassendiskriminierung, Diss. Basel 1991, in Etudes suisses de droit international vol. 72, p. 103/104).