



# Entre droit et politique : le parlement à l'épreuve des droits fondamentaux.

## L'initiative populaire sur les minarets

---

Hervé Rayner et Bernard Voutat  
Maître d'enseignement et de recherche  
et Professeur à l'Université de Lausanne

---

### 1. Introduction

Selon la Constitution (art. 173 et 139), il appartient à l'Assemblée fédérale, et non au Tribunal fédéral, de statuer sur la validité des initiatives populaires, celle-ci exerçant cette compétence « quasi-juridictionnelle »<sup>1</sup>, sur la base d'un *Message* du Conseil fédéral en déclarant totalement ou partiellement nulles les initiatives qui ne respectent pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international. En outre, le parlement recommande l'acceptation ou le rejet des initiatives populaires et peut leur opposer un contre-projet. D'un point de vue juridique donc, l'initiative est une proposition d'une fraction du corps électoral à l'ensemble de ses membres, *mais* qui leur est transmise par les autorités politiques. Le gouvernement puis le parlement en vérifient la validité juridique, mais conservent la possibilité d'une intervention politique par une prise de position sur le fond, le cas échéant par la formulation d'une contre-proposition, directe ou indirecte, susceptible de permettre le retrait de l'initiative et, à défaut, d'être

défendue lors de la campagne précédant la votation pour réduire les chances de succès du texte proposé par les initiants. Ces dernières années, trois initiatives populaires, dont deux lancées par l'UDC, avaient du reste pour objectif de restreindre, voire d'interdire les possibilités d'intervention des autorités politiques constituées dans les campagnes de votation.

C'est dire que la phase parlementaire de traitement des initiatives populaires s'inscrit dans *une série de séquences* liées les unes aux autres par les attentes que les acteurs nourrissent à l'égard de chacune d'elles, du lancement de l'initiative à la récolte des signatures, de la phase parlementaire à la campagne précédant la votation, du travail politique d'imputation d'une « volonté populaire » déductible du résultat issu des urnes à la mise en œuvre du texte constitutionnel lorsque celui-ci atteint la double majorité du peuple et des cantons. Chacune de ces phases est bien sûr tributaire de la précédente, mais aussi des suivantes, c'est-à-dire des projections des acteurs à l'égard de la procédure dans laquelle ils sont engagés. Le moment parlementaire, en définitive, ne peut être simplement saisi pour lui-même, mais doit être inséré dans un processus politique d'ensemble pour être analysé dans sa relation, d'une part, aux cadrages politiques issus de la phase précédente et, d'autre part, aux anticipations des parlementaires quant à la campagne, au résultat du vote (notamment le sens qu'il sera possible de lui attribuer) et à la marge de manœuvre dont ils esti-

---

<sup>1</sup> Jean-François Aubert, Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1899*, Zürich/Bâle/Genève, Schulthess, 2003, p. 1310.

meront pouvoir disposer lors de la mise en œuvre<sup>2</sup>.

L'initiative sur les minarets présentait toutefois cette particularité d'être considérée comme directement applicable, de sorte que le parlement perdait toute latitude en cas d'acceptation, la mise en œuvre incombant alors aux autorités administratives et judiciaires compétentes pour statuer sur d'éventuelles demandes de construction de minarets. C'est pourquoi, entre autres aspects, cette initiative a suscité une controverse fortement marquée, notamment dans sa phase parlementaire, par une forte *juridicisation* de ses enjeux<sup>3</sup>, c'est-à-dire par l'imbrication dans les argumentaires en concurrence de cadrages à la fois politiques (à propos de la souveraineté nationale, de l'immigration et de la place des musulmans dans le pays) et juridiques (en lien avec des décisions judiciaires sur le contenu et les limites de la liberté religieuse, ainsi que sur le caractère discriminatoire de l'initiative). Parce qu'elle avait notamment pour enjeu de décider qui a le droit de dire le droit, la controverse sur les minarets a opposé deux registres fondamentaux de la légitimité des démocraties libérales : d'une part, les droits fondamentaux reconnus par la Constitution fédérale et par le droit international, dont la protection incomberait au juge ; d'autre part, le principe de la « souveraineté populaire » incarné par les institutions de la démocratie directe, érigeant le « peuple », et non pas seulement ses « représentants », en instance ultime de validation des décisions politiques.

<sup>2</sup> Lionel Tauxe, « La concrétisation législative des initiatives populaires fédérales acceptées en votation: un processus aux outputs très incertains », *Revue suisse de science politique*, 13 (3), 2007, pp. 433–458.

<sup>3</sup> Bernard Voutat, « Le droit à l'épreuve de la sociologie », *Plädoyer*, n° 1, 2009, pp. 55–61.

## 2. Solliciter et neutraliser le Parlement : l'initiative populaire fédérale

Si cette initiative populaire tire son origine d'une série de controverses locales autour de projets de construction de minarets, elle s'inscrit plus généralement dans la stratégie de conquête de pouvoir de l'UDC qui, à partir des années 1990, élargit son répertoire d'action collective aux droits populaires à mesure que sa composante nouvelle en voie de radicalisation, incarnée par le leader de la section zurichoise Christoph Blocher, les utilise pour faire évoluer les rapports de force internes au parti au détriment de sa composante historique de « souche agrarienne », implantée plutôt dans l'autre grande section, celle du canton de Berne, et pour renforcer les positions du camp « souverainiste » formé avec l'Action pour une Suisse indépendante et neutre (ASIN). Les méthodes importées du secteur économique par les dirigeants de l'aile zurichoise (importance des fonds investis, recours massif au marketing) contribuent à augmenter le volume de ressources nécessaire pour l'emporter aux élections et aux votations, coucourant à la nationalisation, la professionnalisation et la polarisation (violence verbale inédite, campagnes négatives, personnalisation) du jeu politique. En s'imposant comme une organisation capable de l'emporter sur le terrain des droits populaires, le « courant blochérien » rassemble ses militants sur ses thèmes de prédilection, pèse sur l'agenda politico-médiatique et sur les rapports de force symboliques en opposant « le peuple » aux « élites » (politiques, administratives ou judiciaires, nationales et/ou internationales). Il y a là tout un travail de rationalisation d'une entreprise partisane à la conquête du « marché de l'opinion » en appuyant moult initiatives populaires fédé-

rales, « contre l'immigration clandestine » (1992), « sur l'or de la Banque nationale » (1999), « contre les abus dans l'asile » (1999), « pour la baisse des primes dans l'assurance-maladie (2003), « pour des naturalisations démocratiques » (2004) ou « pour le renvoi des étrangers criminels » (2006), etc. Erigeant le droit d'initiative en vecteur d'une « volonté populaire » confisquée par « l'establishment », l'UDC tente de redéfinir les prérogatives entre les différents protagonistes, juridiques et politiques, et à différentes échelles, du local au national et à l'international. Ce faisant, elle vient concurrencer les adeptes de la démocratie directe – socialistes, verts et petites formations de gauche en tête – qui avaient pour habitude de célébrer les droits populaires comme une alternative aux rapports de force de la démocratie représentative.

La série de coups qui aboutit à la transformation de demandes de permis de construire en autant d'enjeux politiques locaux puis en initiative populaire fédérale participe de cette stratégie souverainiste : il s'agit de combattre à la fois les étrangers en général et les immigrés musulmans en particulier, et le pouvoir judiciaire, cantonal, fédéral et international. Depuis le début des années 2000, les dirigeants de l'UDC (dont Christoph Blocher Ministre de la justice entre 2003 et 2007) multiplient les attaques contre le Tribunal Fédéral, les juristes « de gauche » et les juges « étrangers ». C'est dans cette double revendication – avoir le peuple et le droit avec soi – que s'inscrit la « question des minarets ». En janvier 2005, la demande d'autorisation formulée par une association de résidents turcs de la ville de Wangen (SO) d'un projet de minaret rencontre des réactions hostiles, parmi lesquelles une pétition recueillant 381 signatures et un refus d'autorisation de la commission communale. En novembre 2005, un représentant de l'UDC demande au

parlement cantonal soleurois de « stopper la construction d'édifices religieux qui dérangent » en la soumettant à une procédure spéciale, une proposition repoussée par le gouvernement cantonal en février 2006 car jugée discriminatoire et anticonstitutionnelle. L'« affaire de Wangen » ne reste pas un cas isolé, puisque des mobilisations opposées à la construction de minarets ou de mosquées émergent aussi en Valais, à Langenthal (BE), Wil (SG) et Zurich. Ces polémiques locales entrent en résonance par un travail politique de construction d'un problème public et, partant, de mobilisation, de montée en généralité et de mise sur agenda. Presque simultanément, des élus et des militants des sections cantonales de l'UDC tentent de transformer des projets de construction de minarets en question politique. A ce titre, un premier succès tient dans la formation d'un débat public alimenté par des prises de position : des édiles, des ecclésiastiques, des juristes et des journalistes interviennent ; certains dénoncent une « idéologisation du droit de la construction » ou une « menace à la liberté confessionnelle », d'autres s'alarment d'une « islamisation rampante de la Suisse ». Cependant, à la mi-2006, tant au niveau municipal que cantonal, ces tentatives d'interdiction de minarets ont été rejetées ou sont en passe de l'être au vu des rapports de force dans les législatifs et les exécutifs concernés. Soucieux de contourner les décisions des autorités locales et des tribunaux administratifs cantonaux, les porte-parole de ces mobilisations vont concevoir l'initiative populaire fédérale comme une solution tactique à leur stratégie de politisation de la place de l'islam en Suisse.

Le 6 septembre 2006, 16 activistes politiques, dont 14 appartiennent à l'UDC et 2 à l'Union démocratique fédérale (UDF, petit parti fondé en 1975 par des protestants conservateurs après une scission du

Parti évangélique PEV), qui s'opposent depuis plus d'un an à la construction de minarets, fondent le comité d'Egerkingen (SO). Parmi eux, ne figurent pas moins de 14 élus, dont 5 conseillers nationaux ; certains, tel le conseiller national Ulrich Schlüer (UDC), ancien secrétaire des Républicains (parti d'extrême droite dirigé par James Schwarzenbach), ont fait de la présence « à risque » des musulmans l'un de leurs chevaux de bataille. Le 1<sup>er</sup> mai 2007, le comité d'Egerkingen officialise son initiative populaire proposant d'ajouter à l'article 72 de la Constitution fédérale (chargeant la Confédération et les cantons de veiller à la paix religieuse) un alinéa 3 précisant que « la construction de minarets est interdite ». Il dit avoir consulté des juristes pour affirmer que l'initiative n'enfreint ni le principe de la liberté religieuse ni l'ordre légal. Pour ces élus, recueillir les 100'000 signatures nécessaires constitue un droit d'entrée relativement accessible puisqu'ils ont acquis un important savoir-faire en la matière et se montrent particulièrement disposés à jouer le jeu de la provocation. Entrepreneurs d'une cause qui se veut polémique, il leur faut nommer le problème, désigner des coupables et proposer des solutions. La demande d'insertion d'un nouvel alinéa dans la Constitution fédérale aurait pu prendre la forme d'une revendication partisane, ce qu'elle est au départ, mais elle est métamorphosée par ses promoteurs en une initiative populaire leur offrant l'opportunité de solliciter la participation « du peuple ». C'est dans l'entre-soi d'un groupe restreint qu'ils ont décidé d'enrôler « le peuple » afin de mieux pouvoir parler en son nom, soit la forme ordinaire d'autoconsécration à la base du travail politique auquel s'astreignent les mandataires pour s'autoriser de leurs mandants<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Pierre Bourdieu, « La délégation et le fétichisme politique », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 52-53, juin 1984, pp. 49-55.

La campagne de récolte des signatures prend place dans un contexte propice aux mobilisations politiques puisqu'il s'agit d'une année électorale. Si les élections fédérales d'octobre 2007 marquent une nouvelle progression de l'UDC, premier parti du pays avec 29 % des voix au Conseil national, celui qui est désigné comme « le père de l'initiative », Ulrich Schlüer, n'est pas ré-élu, fait rare pour un sortant. Qui plus est, en décembre, Christophe Blocher perd son poste au Conseil fédéral au bénéfice d'Eveline Widmer-Schlumpf, exclue sur le champ du parti. Cet incident ouvre une phase difficile pour l'UDC, en proie à une scission de « l'aile modérée » qui est expulsée ou fait défection et qui donne naissance au Parti bourgeois-démocratique (PBD). L'incertitude se prolonge plusieurs mois durant, les dirigeants du parti donnent l'impression d'un certain désarroi tactique, d'autant que les initiatives populaires « pour des naturalisations démocratiques » et « pour la souveraineté du peuple sans propagande gouvernementale », portées par l'UDC, sont largement repoussées le 1<sup>er</sup> juin 2008 respectivement par 73,7 % et 75,2 % des votants. C'est durant ce passage à vide que le conseiller national valaisan Oskar Freysinger, co-président du comité d'Egerkingen, déjà très engagé en faveur des initiatives sur « l'internement à vie des délinquants dangereux » et sur « l'imprescriptibilité des actes pédophiles », se distingue en contestant la stratégie de son président de parti Toni Brunner et éclipse Ulrich Schlüer de la campagne contre les minarets tout en assurant que « le but n'est pas de gagner des votations, mais les élections de 2011 »<sup>5</sup>, un propos qui témoigne combien les institutions de la démocratie directe valent surtout comme moyen d'occuper le terrain politique et médiatique dans l'optique de

<sup>5</sup> « Quand l'UDC a peur de perdre », *Le Temps*, 3/06/2008.

renforcer ses positions dans les institutions de la démocratie représentative.

Les initiants déposent à la Chancellerie fédérale à Berne le 8 juillet 2008 leurs 114'895 signatures, dont près des  $\frac{2}{3}$  ont été recueillies dans les zones d'implantation des initiants, à savoir les cinq cantons où les controverses sur la construction de minarets ont eu lieu : Zurich (29'600 signatures), Berne (18'600), Saint-Gall (11'700), Soleure (6'000) et Valais (2'250). Par un travail d'alchimie juridique et politique propre à la démocratie directe, ces noms apposés à une proposition émanant d'un groupe politique, noms qui sont en grande partie ceux de sympathisants, d'adhérents et de militants de l'UDC et de l'ASIN, sont additionnés pour se transformer en « initiative populaire ». Fait rarissime (le dernier précédent remonte à 1934), le Conseil fédéral a choisi ce même jour pour faire connaître son opposition au texte dans un communiqué signé par le président de la Confédération Pascal Couchepin (PRD), qui avait déjà publiquement qualifié l'initiative de « ridicule », tout en assurant avoir « confiance dans le bon sens des Suisses ». La question de la légitimité de l'initiative reste en suspens et, à ce stade, il revient aux parlementaires de la valider (ou non).

### 3. Le traitement parlementaire de l'initiative : s'empêcher d'interdire

Dès son lancement, l'initiative a suscité de nombreuses discussions sur sa compatibilité avec le droit international et la possibilité pour l'Assemblée fédérale de l'invalidier. Les cas d'invalidation sont rares, attendu qu'il semble très coûteux aux parlementaires de limiter l'exercice de la démocratie directe. L'une l'a été pour

inexécutabilité<sup>6</sup>, deux autres pour violation du principe de l'unité de la matière<sup>7</sup>, la dernière pour violation du droit international impératif<sup>8</sup>, cette notion renvoyant selon le Conseil fédéral au *jus cogens*, soit à un petit nombre de règles, par exemple le noyau du droit international humanitaire, l'interdiction du génocide, de la torture ou de l'esclavage, mais non les droits fondamentaux reconnus par la CEDH<sup>9</sup>. D'autres initiatives populaires ont posé ces dernières années la question de leur compatibilité avec le droit international<sup>10</sup>. Deux d'entre elles au moins émanaient d'ailleurs de l'UDC, convaincue de tirer parti d'une opposition à la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la CEDH, ainsi qu'aux argumentaires quasi unanimes de la doctrine publiciste suisse identifiant la violation par ces initiatives de plusieurs droits fondamentaux reconnus dans la CEDH.

Ces différents éléments vont peser sur les débats parlementaires. Rendu public le 27 août 2008, le Message du Conseil fédéral (FF 2008 6923) procède à une analyse juridique très détaillée et volumineuse (47 pages) du texte de l'initiative, qu'il demande aux Chambres fédérales de soumettre à une votation populaire, mais avec une recommandation de rejet. Réaffirmant son interprétation restrictive de la notion

<sup>6</sup> Initiative « Chevallier » demandant « une réduction massive des dépenses militaires », invalidée en 1955.

<sup>7</sup> Initiative du parti du travail « contre l'inflation et la vie chère », invalidée en 1977, et Initiative du parti socialiste « pour moins de dépenses militaires et davantage de politique de paix » invalidée en 1995.

<sup>8</sup> Initiative des Démocrates suisses « pour une politique d'asile raisonnable », invalidée en 1996.

<sup>9</sup> Voir en particulier le Message du Conseil fédéral concernant l'initiative des Démocrates suisses (FF1994 1480) et celui du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, dans lequel il fixe cette interprétation (FF 1997 369).

<sup>10</sup> Par exemple : « Internement à vie des délinquants dangereux » (acceptée en 2004), « Naturalisation par les urnes » (rejetée en 2008), « Renvoi des étrangers criminels » (acceptée en 2010) ou encore « Réintroduction de la peine de mort » (lancée en 2010, mais rapidement retirée).

de « règle impérative du droit international », le gouvernement considère que les conditions permettant de déclarer la nullité de l'initiative ne sont pas remplies. En revanche, c'est aussi sur le terrain du droit que le Conseil fédéral va puiser la plupart de ses arguments pour proposer aux chambres fédérales de prendre position contre cette initiative qui, selon lui, contredit plusieurs droits fondamentaux figurant dans la Constitution fédérale, la CEDH et le Pacte ONU II, en particulier l'interdiction des discriminations et la liberté religieuse. Considérant qu'il serait « politiquement impossible » de dénoncer ces traités, même si ce serait « théoriquement » (et donc juridiquement) envisageable, le gouvernement estime que l'acceptation de l'initiative aurait pour effet de « ternir l'image de la Suisse à l'étranger » et nuirait à ses échanges commerciaux. Il juge par ailleurs qu'elle pourrait menacer « la paix religieuse » à propos d'une question dont il laisse entendre qu'elle ne se pose pas vraiment en Suisse et qui peut être gérée au niveau des cantons, compétents dans le domaine de la police des constructions. Dans l'ensemble donc, le Message adopte une posture très juridique qui confère à sa position une tonalité dépolitisée le plaçant « au dessus de la mêlée ». S'agissant de l'invalidation éventuelle de l'initiative, le rappel d'une jurisprudence, certes reconduite dans plusieurs messages, mais qui reste fragile et critiquée (elle ne repose en somme que sur un seul précédent et porte sur une notion juridiquement peu établie), est sans doute moins la manifestation d'une soumission légaliste du Conseil fédéral à la Constitution que l'expression pragmatique d'une attitude réaliste que la situation lui impose. Spéculant sur le rejet de l'initiative et soucieux de ménager la principale force politique nationale sur le tabou que représentent les institutions de la démo-

cratie directe, le gouvernement adopte une posture dont la tonalité juridique accentue cette forme de distanciation et de neutralisation que procure le langage du droit.

Un professeur de droit constitutionnel le relève peu après dans la presse : « Au lieu de se placer sur le terrain politique », le Conseil fédéral se serait livré à une longue analyse juridique « dénuée de pertinence » quant à la validité de l'initiative. Sortant de son rôle, il aurait préjugé, « de manière imprudente », du sort que la CEDH réserverait à un éventuel recours. Constatant toutefois la violation des traités internationaux, le juriste préconise une révision de la Constitution fédérale permettant d'étendre les critères de nullité des initiatives, mais à la condition que le contrôle soit soumis à « une procédure judiciaire digne de ce nom », conduisant à une « décision motivée, rendue par des juges, et non des politiciens dépourvus d'objectivité<sup>11</sup>. Comme beaucoup d'autres, cette prise de position, qui oppose le droit des juges aux décisions des politiques, donne lieu à des déclinaisons diverses. L'imbrication des registres juridiques et politiques des argumentaires marque du reste la tonalité des débats parlementaires<sup>12</sup>.

Celui du Conseil national est nourri, très polarisé et plutôt redondant : cinq heures de délibérations, près d'une cinquantaine d'interventions. L'enjeu est double, les parlementaires devant se prononcer sur la validité de l'initiative et la recommandation de vote. Les élus de l'UDC interviennent une quinzaine de fois pour soutenir l'initiative, alors que les verts et les socialistes prennent une vingtaine de fois la parole

<sup>11</sup> Etienne Grisel, « Les minarets et le droit international », *Le Temps*, 26 juin 2009.

<sup>12</sup> *Bulletin officiel*, BO, séance du Conseil National, 4 mars 2009 et *Bulletin officiel*, BO, séance du Conseil des Etats, 5 juin 2009. Les extraits qui suivent sont tirés de ces deux documents.

pour la combattre, notamment en réclamant son invalidation. Les représentants des partis bourgeois se font plus discrets. Appuyant la position du Conseil fédéral, les démocrates chrétiens interviennent à cinq reprises et les radicaux à deux reprises seulement pour recommander le rejet de l'initiative, mais non son invalidation. Dans les faits donc, trois positions s'expriment : celle de l'UDC qui plaide la validité de son texte et en recommande l'acceptation ; celle des verts et des socialistes, qui demande l'invalidation et le rejet de l'initiative; celle des démocrates-chrétiens, des radicaux et des bourgeois-démocrates, favorable à la tenue d'un scrutin, mais au rejet de l'initiative.

Les députés de l'UDC (plusieurs d'entre eux sont à l'origine de l'initiative) utilisent la tribune parlementaire pour faire valoir un argumentaire islamophobe clairement assumé, dénonçant tour à tour la soumission des musulmans à la Charia plutôt qu'au droit suisse et aux valeurs démocratiques de notre pays, les revendications de traitements distincts à l'école (dispense de piscine ou de gymnastique, port du voile, menus spéciaux dans les cantines scolaires), les risques d'émergence d'une société parallèle étrangère aux traditions chrétiennes de la Suisse, l'hostilité de la religion musulmane à l'égard des femmes et des homosexuels, le fondamentalisme et le terrorisme inspiré de l'Islam, etc. Les prises de position ne s'embarrassent guère des arguments juridiques évoqués par le Conseil fédéral, sinon pour considérer que l'initiative ne viole en rien la liberté religieuse. Ainsi par exemple s'exprime l'un des leaders zurichois de l'UDC, Hans Fehr : « Vous pouvez le répéter mille fois – cette initiative ne contrevient ni à la liberté religieuse ni aux droits fondamentaux. Lorsque vous, Monsieur Gross, comme théoricien du droit constitutionnel, vous célébrez sans

cesse la convention européenne des droits de l'homme, le droit international, le droit des gens, le droit international prétendument impératif et les droits populaires effectivement impératifs, vous ne devriez pas oublier le droit national de la Suisse, qui doit apparaître pour un vrai démocrate comme au dessus, sous réserve du droit international impératif que Dieu seul saurait dire en quoi cette initiative y contreviendrait. Dans les faits, ni la liberté religieuse ni les droits fondamentaux ne sont menacés, mais cette initiative est un signal fort contre l'islamisation rampante qui se réalise chez nous (...) les minarets sont clairement le symbole d'une revendication de puissance islamiste ; ils représentent les baïonnettes de l'Islam militant contre les infidèles ».

Les adversaires de l'initiative émanant des partis bourgeois reprennent pour l'essentiel le cadrage juridique formulé par le Conseil fédéral pour soutenir le rejet de l'initiative. Plusieurs interventions reviennent donc sur la violation de la liberté religieuse et l'interdiction des discriminations, mais sans toutefois aller au delà d'un argumentaire, parfois technique, relatif à l'Etat de droit, au respect des minorités, au principe de laïcité et à la politique d'intégration. Les députés insistent également sur le fait que l'initiative contribue à ternir l'image de la Suisse à l'étranger et pourrait nuire à son commerce extérieur. L'un des deux députés radicaux intervenant dans le débat (Christian Wasserfallen) concède certes que la présence de l'Islam en Suisse soulève plusieurs problèmes, mais estime toutefois que l'initiative n'est pas à même de les résoudre.

Les arguments concernant la validité de l'initiative sont conformes au message du Conseil fédéral et à sa conception limitant le droit international impératif au *jus cogens*. Plusieurs orateurs distinguent

la dimension intérieure de la liberté religieuse, à laquelle il serait absolument interdit de porter atteinte, et la dimension extérieure, seule en cause dans le contexte de l'initiative, mais n'entrant pas dans le cercle des règles impératives du droit international. Evoquant le dépôt d'une initiative parlementaire du député vert Daniel Vischer, certains estiment que seule une révision constitutionnelle serait à même de modifier une pratique bien établie, au moins depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale. Le député radical Hughes Hiltbold est quant à lui plus laconique : « S'agissant de la recevabilité de cette initiative, celle-ci respecte les règles impératives du droit international et doit, par conséquent, être soumise au souverain, *ne serait-ce que pour des raisons symboliques évidentes* ».

Les nombreuses prises de position à gauche de l'hémicycle sont par contre très polarisées : démagogique, xénophobe et populiste, ou encore machiavélique et hypocrite dans son instrumentalisation de la cause des femmes, l'initiative rappellerait les années sombres de la montée du nazisme et de la haine des juifs en procédant à toutes sortes d'amalgames à propos des étrangers résidant en Suisse. L'initiative étant dénoncée sur le fond, le registre juridique est également mobilisé pour que soit prononcée sa nullité, mais selon un argumentaire qui inverse celui du Conseil fédéral : les droits fondamentaux incriminés (liberté religieuse et interdiction des discriminations) doivent être compris dans le cercle des dispositions du droit international impératif. Telle est la position du socialiste Andreas Gross, à la tête de cette offensive en faveur de l'invalidation de l'initiative, qui exhorte le Conseil national « à prendre au sérieux son rôle de juge constitutionnel » et à ne pas penser seulement en termes « politiques ». Représentant de la

Suisse au Conseil de l'Europe, fervent partisan de la démocratie directe, ce député qui exprime d'ordinaire une position fortement « participationniste » se trouve cependant en demeure d'intégrer dans le cas d'espèce une position conduisant à soustraire une initiative à une votation populaire. Invoquant la doctrine produite par les spécialistes de droit constitutionnel, professeurs et juges, il souligne que le message du Conseil fédéral relèverait de « l'opportunisme politique » en écartant du cercle des règles impératives du droit international les principes fondamentaux de l'Etat de droit, dont la liberté religieuse, qui devrait être interprétée comme faisant partie *du jus cogens* en tant qu'élément central d'un ordre international pacifique. La plupart des députés verts et socialistes reprennent l'argument et plaident en faveur d'un changement de pratique à propos de l'invalidation des initiatives contraires aux droits de l'homme, qui plus est inapplicables pour cette raison même. Ainsi en est-il, par exemple, de la socialiste Ada Marra :

(...) le Conseil fédéral a décidé de ne pas invalider cette initiative, *pour des raisons politiques* plus que discutables. Il a estimé que tous les articles [dont il admet la violation] ne faisaient pas partie de ces règles impératives du droit international. En même temps, la définition de ce mythique « *ius cogens* » est une chose que se renvoient sans cesse les juges et les politiques. Si d'un point de vue juridique les droits fondamentaux sont fixes, comme la liberté de croyance, le contenu du « *ius cogens* », lui, peut et doit évoluer. En Suisse, et vous le savez, l'instance qui peut juger de la validité ou non d'une initiative, l'instance qui joue le rôle d'une cour constitutionnelle dans d'autres pays européens, c'est nous, le Parlement. Il est peut-être temps, dans un pays où il y a des initiatives à tendance d'exclusion et niant



le droit des personnes, de poser un acte politique et d'invalider les initiatives qui violent ces droits fondamentaux ».

Quant aux partisans de l'initiative, ils s'élèvent contre ces tentatives de la soustraire au débat public. Selon l'initiant Ulrich Schlüer :

« Manifestement, certains ont un problème avec la démocratie. Ils invoquent toutes sortes de principes – la démocratie, le droit démocratique des citoyens ne sont manifestement plus vraiment pris en considération. Serait-ce parce que vous craignez que les citoyens puissent vous interroger à propos de ce qu'il y a derrière vos nobles principes ? Mais vous avez raison de craindre, vu les problèmes que pose cette initiative pour l'interdiction des minarets, problèmes qui sont en relation avec le respect du droit en vigueur en Suisse ».

On le voit, l'argumentaire balance entre les dimensions juridiques et politiques de la décision à prendre. Tantôt le droit commanderait de valider l'initiative (selon le Conseil fédéral) ou de l'invalider (selon une minorité de députés), les uns considérant comme politique la position adoptée par les autres au nom du droit, et réciproquement. L'issue du vote ne réserve aucune surprise : les partisans de l'invalidation sont largement minoritaires au Conseil national (128 voix contre 53), les voix de l'UDC s'additionnant à celles des députés des groupes PRD et PDC, pourtant opposés à l'initiative, mais qui, en s'appuyant sur une interprétation dominante de la disposition litigieuse et au nom de la confiance reconnue au peuple, ont estimé injouable la non-soumission de l'initiative au vote populaire. Sans surprise également, le Conseil national décide de prendre position contre l'initiative (132 voix contre 51). Le rapport de force est cette fois-ci inversé, les députés des partis bourgeois se pronon-

çant dans le même sens que leur collègues verts et socialistes.

La tonalité (moins polarisée) des débats est sensiblement différente au Conseil des Etats, mais l'imbrication des argumentaires politiques et juridiques est tout aussi présente. D'une part, vu leur faible représentation dans cette chambre, les sénateurs de l'UDC n'interviennent qu'une seule fois, par la voix de Maximilian Reimann, qui se limite à déplorer l'interdiction des Eglises dans plusieurs pays musulmans pour justifier, par esprit de réciprocité, celle des minarets en Suisse. D'autre part, le débat porte pour l'essentiel sur l'invalidation de l'initiative, une proposition dans ce sens émanant du sénateur démocrate-chrétien (lui aussi membre du conseil de l'Europe) Theo Maissen, soutenu en *plenum* par deux longues interventions du sénateur radical Dick Marty et du sénateur vert Luc Recordon, et celle notamment du démocrate-chrétien Eugen David. En droit, leurs arguments sont analogues à ceux défendus au Conseil national par Andreas Gross : l'initiative doit être déclarée invalide en raison de la violation de « droits humains fondamentaux non-négociables » (Maissen) et pour cette raison partie intégrante du droit international impératif tel qu'il convient désormais de le définir, « contre une vision étriquée du jus cogens » et en « assumant pleinement notre rôle de juge de la constitutionnalité d'une initiative populaire » (Recordon). Comme au conseil national, la protection des droits fondamentaux est opposée à la démocratie directe. Radicaux et démocrates-chrétiens sont donc divisés à ce sujet et plusieurs orateurs hostiles à l'initiative estiment ne pas pouvoir « changer les règles du jeu en cours de partie » (Hanheiri Inderkum, PDC), mais au contraire devoir « préférer le droit d'initiative en cas de doute » (Urs Schwaller, PDC). Evoquant un système de démocratie

directe faisant la fierté de la Suisse, la radicale Christine Egerszegi-Obrist appelle à ne « pas dépasser la frontière », mais à faire confiance aux citoyens, en dépit des risques encourus, position que Dick Marty qualifie de « purement politique », car reposant sur l'hypothèse (fragile à ses yeux) d'un rejet de l'initiative lors de la votation populaire. Selon lui, « même si la solution n'est politiquement pas idéale », le respect de valeurs fondamentales impose de déclarer la nullité de l'initiative. La proposition tendant à invalider l'initiative est rejetée par 24 voix contre 16, soit un peu moins nettement qu'au Conseil national, alors que la proposition de rejet est très largement adoptée par 39 voix contre 3.

#### 4. Conclusion

Dans l'ensemble, ce débat parlementaire s'avère peu délibératif<sup>13</sup>, les prises de parole ayant surtout une valeur d'affichage et de réaffirmation identitaire des groupes politiques qui, hors quelques sénateurs radicaux et démocrates-chrétiens, campent sur des positions largement arrêtées avant les discussions en plenum. Toutefois, son intérêt réside dans la façon dont l'Assemblée fédérale, dans l'exercice de sa « fonction quasi juridictionnelle », applique les règles constitutionnelles relatives aux critères de validité des initiatives populaires. S'interrogeant sur les rapports entre droit et politique, Jean-François Aubert établissait une distinction assez nette, s'agissant de l'application des règles de droit, entre celle qui est effectuée par une autorité *judiciaire* et celle qui revient à l'inverse à

une autorité *politique*<sup>14</sup>. Concédant que la première « n'est pas, et n'a probablement jamais été, cette modeste bouche qui prononce les paroles de loi » (p. 310), l'auteur estime néanmoins que « l'autorité judiciaire est, ou devrait être, impartiale ; elle n'est pas impliquée dans son action et son résultat, c'est-à-dire qu'elle n'a pas d'intérêt à défendre (...). Le choix que fait le juge quand il comble une lacune ou interprète une règle de droit *n'est pas vraiment libre* » (p. 309). En revanche, « l'autorité politique est par définition *partiale*. Elle soutient un intérêt ou des intérêts contre d'autres, qu'elle combat, quand son action n'est pas, tout simplement, conduite par des sentiments » (p. 309), l'examen, par exemple, de l'invalidation d'une initiative socialiste relative aux dépenses militaires tendant à attester la thèse selon laquelle « il peut y avoir, selon les circonstances, une *corrélation* entre une conviction politique et la formation d'un jugement juridique » (p. 316).

Qu'en est-il dans le cas de l'initiative visant l'interdiction des minarets ? D'un côté, le gouvernement et une fraction de parlementaires, pourtant hostiles à l'initiative, évoquent le respect des règles de droit pour réduire la marge de manœuvre que le parlement pourrait *de facto* utiliser pour prononcer la nullité du texte. De l'autre, les partisans de l'invalidation enjoignent les parlementaires à exploiter la marge d'interprétation des règles dont ils disposeraient *de jure* en cette matière. Les partisans de l'initiative, quant à eux, ne se formalisent guère au sujet de contraintes juridiques qu'ils jugent négligeables, parce que contraires à la volonté populaire. En première analyse, l'attitude des radicaux

<sup>13</sup> Bjørn Erik Rasch, « Débats législatifs et délibération démocratique dans les systèmes parlementaires », in Claire de Galembert, Olivier Rozenberg et Cécile Vigour (dir.), *Faire parler le Parlement*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 151–170.

<sup>14</sup> Jean-François Aubert, « Observations sur les rapports entre le droit et la politique », in Roland Kley & Silvano Möckli, *Festschrift für Alois Riklin*, Berne, Paul Haupt, 2000, pp. 299–323.

et des démocrates-chrétiens, dans leur immense majorité, paraît peu cohérente au regard des observations formulées plus haut par Jean-François Aubert. On pourrait certes l'imputer à une forme de juridisme respectueux de la force du droit invoquée tout au long des débats par les représentants des partis bourgeois et considérer que leur position n'était que l'expression de l'application stricte d'une règle, dont le caractère peu déterminé leur laissait pourtant une marge d'interprétation dont ils se ne sont finalement pas saisis *au nom du droit*. De manière plus réaliste, on peut admettre une hypothèse plus proche de celle de Jean-François Aubert : le rapport au droit et aux institutions que les parlementaires ont manifesté à l'occasion de ce débat dépend largement, sinon de leurs convictions, du moins de leur perception des rapports de force politiques et de leurs anticipations quant aux séquences ultérieures du processus politique lié à l'initiative. Ainsi s'expliquerait une redistribution des positions à propos de la démocratie directe entre « participationnistes », d'habitude favorables à son élargissement (traditionnellement les verts et les partis de gauche) et « élitistes » plutôt enclins à en limiter l'exercice pour mieux l'encadrer (historiquement, les partis bourgeois). Pariant sur l'échec de l'initiative en votation populaire, mais surtout soucieux de ne pas s'affronter à la principale force politique du pays sur un objet qui, par ailleurs, est susceptible de générer des clivages internes, radicaux et démocrates-chrétiens ont choisi la démocratie contre les droits fondamentaux. A gauche, par symétrie en quelque sorte et en opposition aux usages des mécanismes de la démocratie directe instaurés par l'UDC depuis une vingtaine d'années, les principes de l'Etat de droit ont prévalu sur les droits populaires. De part et d'autre, le langage du droit per-

met l'articulation des croyances et des intérêts politiques en opposition, une mise en cohérence pour le moins tributaire des rapports de force au sein et, surtout, en dehors du parlement<sup>15</sup>, tant il est vrai que « les agents sociaux obéissent à la règle quand l'intérêt à lui obéir l'emporte sur l'intérêt à lui désobéir »<sup>16</sup>. C'est sans doute dans cette perspective *réaliste* que l'on pourra comprendre l'ensemble des controverses juridiques et politiques qui scandent depuis quelques années le débat public à propos des usages légitimes de l'initiative populaire.

<sup>15</sup> Hervé Rayner, Bernard Voutat, « La judiciarisation à l'épreuve de la démocratie directe »: l'interdiction de construire des minarets en Suisse», *Revue française de science politique*, vol. 64, 4, 2014, pp. 689–709.

<sup>16</sup> Pierre Bourdieu, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, p. 40.