

LA JUDICIARISATION À L'ÉPREUVE DE LA DÉMOCRATIE DIRECTE

L'interdiction de construire des minarets en Suisse

Hervé Rayner et Bernard Voutat

Presses de Sciences Po | *Revue française de science politique*

2014/4 - Vol. 64
pages 689 à 709

ISSN 0035-2950

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-francaise-de-science-politique-2014-4-page-689.htm>

Pour citer cet article :

Rayner Hervé et Voutat Bernard, « La judiciarisation à l'épreuve de la démocratie directe » L'interdiction de construire des minarets en Suisse,
Revue française de science politique, 2014/4 Vol. 64, p. 689-709. DOI : 10.3917/rfsp.644.0689

Distribution électronique Cairn.info pour Presses de Sciences Po.

© Presses de Sciences Po. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

LA JUDICIARISATION À L'ÉPREUVE DE LA DÉMOCRATIE

DIRECTE

L'INTERDICTION DE CONSTRUIRE DES MINARETS EN SUISSE

Hervé Rayner et Bernard Voutat

Polysémique, « mot-valise »¹, la notion de judiciarisation désigne des réalités très hétérogènes et « largement autonomes les unes par rapport aux autres »². Inflation législative et réglementaire impliquant une présence accrue des juristes et des tribunaux dans la régulation des sociétés³, extension du contentieux administratif⁴, pénalisation du jeu politique⁵, internationalisation du droit⁶, essor de la justice transitionnelle⁷ et de la juridiction constitutionnelle⁸, activisme judiciaire des mouvements sociaux protestataires⁹, etc. signaleraient l'émergence d'un nouveau régime de régulation politique¹⁰. Ran Hirshl identifie plusieurs dimensions : l'une, ancienne, renverrait à l'encadrement toujours plus important des rapports sociaux par le droit ; une deuxième, plus récente, à l'emprise croissante des tribunaux dans la détermination des politiques publiques ; une troisième, émergente, à l'implication des cours dans le traitement des enjeux politiques les plus fondamentaux, cette dimension se distinguant « intuitivement » de la précédente selon une « évaluation qualitative » permettant de conclure à l'apparition d'une *juristocracy*¹¹. Pour l'essentiel, cependant, les travaux sur la judiciarisation se développent autour d'un constat assez généralement

-
1. *Umbrella-like term* selon l'expression de Ran Hirschl, « The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide », *Fordham Law Review*, 75 (2), 2006, p. 721-724, dont p. 723.
 2. Antoine Vauchez, « Le pouvoir judiciaire », dans Antonin Cohen, Bernard Lacroix, Philippe Riutort (dir.), *Nouveau manuel de science politique*, Paris, La Découverte, 2009, p. 242-259, dont p. 248.
 3. Jacques Commaille, Laurence Dumoulin, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la judiciarisation », *L'Année sociologique*, 59 (1), 2009, p. 63-107.
 4. Jean-Gabriel Contamin, Emmanuelle Saada, Alexis Spire, Katia Weidenfeld, *Le recours à la justice administrative. Pratiques des usagers et usages des institutions*, Paris, La Documentation française, 2008 ; Thierry Tanquerel, Frédéric Varone, Arun Bolkensteyn, Karin Byland, *Le contentieux administratif judiciaire en Suisse. Une analyse empirique*, Genève, Schulthess, 2011.
 5. Pour une approche critique, cf. Hervé Rayner, *Les scandales politiques, l'opération « Mains propres » en Italie*, Paris, Michel Houdiard, 2005 ; Antoine Vauchez, *L'institution judiciaire remotivée. Le processus d'institutionnalisation d'une « nouvelle justice » en Italie (1960-2000)*, Paris, LGDJ, 2004 ; Violaine Roussel, *Affaires de juges. Les magistrats dans les scandales politiques en France*, Paris, La Découverte, 2002.
 6. C. Neal Tate, Torbjörn Vallinder (eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995.
 7. Cf. les deux numéros des *Actes de la recherche en sciences sociales*, « Pacifier et punir », 173 et 174, 2008.
 8. Torbjörn Vallinder, « The Judicialization of Politics. A World-Wide Phenomenon : Introduction », *International Political Science Review*, 15 (2), 1994, p. 91-99.
 9. Liora Israël, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.
 10. Jacques Commaille, « La judiciarisation. Nouveau régime de régulation politique », dans Olivier Giraud, Philippe Warin (dir.), *Politiques publiques et démocratie*, Paris, La Découverte, 2008, p. 305-319.
 11. R. Hirschl, « The New Constitutionalism... », art. cité, p. 728 ; cf. aussi *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

partagé¹, parfois discuté², d'un *transfert* de pouvoir de l'arène politique vers l'arène judiciaire, la question demeurant ouverte de savoir si ce déplacement relève de l'appropriation de certaines prérogatives par les juges ou au contraire du dessaisissement consenti par les organes politiques aux fins, parfois, d'une certaine instrumentalisation de la justice. Dans une hypothèse comme dans l'autre, toutefois, les analyses portent souvent sur le rôle (ou la fonction) des juridictions dans la conduite des politiques publiques et la détermination de leur contenu, ce rôle étant tantôt valorisé au nom de l'État de droit, tantôt stigmatisé au nom d'une démocratie confisquée par le « pouvoir des juges »³.

Pour une approche processuelle et relationnelle des phénomènes de judiciarisation

Par-delà la dimension normative de ce questionnement, certes légitime, il faut en relever un point aveugle : l'hypothèse d'un transfert vers l'arène judiciaire de questions « normalement » et antérieurement dévolues aux autorités politiques conduit à une focalisation sur les activités et décisions judiciaires, considérées isolément. Or, suivant les travaux d'Alec Stone Sweet, il conviendrait plutôt d'envisager la judiciarisation dans une perspective *relationnelle*, sous l'angle des effets induits dans l'arène parlementaire par l'implication, pensée en termes de *politisation*, des instances judiciaires dans les controverses politiques. Son modèle d'analyse⁴ est, si l'on peut dire, bi-directionnel et met l'accent sur l'imbrication du politique et du juridique : parce que les juges « coproduisent » la loi avec les parlementaires, ceux-ci se comportent en quelque sorte comme des juges⁵. La réception ou même l'*anticipation* des décisions de justice dans l'arène parlementaire entraîne alors une judiciarisation des argumentaires politiques et accroît de ce fait la place (ou la force) du répertoire juridique dans les échanges politiques. Cette perspective s'intéresse donc moins au « rôle » des juges qu'aux effets de leur intervention sur les échanges politiques : « *Under certain conditions, politicization [of constitutional justice] produces judicialization [of law-making] ; we do not expect to find one without the other* »⁶. Même si l'auteur précise que le degré de judiciarisation varie selon les contextes institutionnels, la façon dont les juges investissent leur rôle et le type de politiques publiques concernées, ce que nous confirmerons dans cette étude, il reste que l'intervention du juge, réelle ou virtuelle, à un moment ou à un autre

1. Entre autres : « *Over the last few decades the world has witnessed a profound transfer of power from representative institutions to judiciaries, whether domestic or supranational* » (R. Hirschl, « The New Constitutionalism... », art. cité, p. 721).

2. Laurence Dumoulin, Violaine Roussel, « La judiciarisation de l'action publique », dans Olivier Borraz, Virginie Guiraudon (dir.), *Politiques publiques 2*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010, p. 243-263.

3. Carlo Guarneri, Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002. Pour un aperçu d'ensemble des controverses, cf. notamment Yannis Papadopoulos, *Democracy in Crisis. Politics, Governance and Policy*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013, p. 203-213.

4. Ce modèle de la « politique constitutionnelle » est appelé « règlement triadique des différends » : Alec Stone Sweet, « Judicialization and the Construction of Governance », *Comparative Political Studies*, 32 (2), 1999, p. 147-184.

5. Martin Shapiro, Alec Stone Sweet, *On Law, Politics & Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002 ; Alec Stone Sweet, « Constitutional Courts and Parliamentary Democracy », *West European Politics*, 25 (1), 2002, p. 77-100, et « The Politics of Constitutional Review in France and Europe », *International Journal of Constitutional Law*, 5 (1), 2007, p. 69-92.

6. Alec Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 195.

d'un processus politique, contribue à la *juridicisation*¹ des catégories de perception des enjeux politiques.

Comme le relève Bastien François, ce modèle d'analyse écarte toute hypothèse *a priori* concernant le comportement des acteurs². En rupture avec la conception classique (positiviste) de la séparation des pouvoirs, il refuse ainsi toute forme de substantialisme : il s'agit moins de considérer que les juges prennent des décisions « politiques » sous couvert d'arguments « juridiques » ou de qualifier certaines questions de « purement politiques »³ que d'objectiver les effets associés à l'autonomie des univers spécialisés dans lesquels évoluent les professionnels de la justice et de la politique, pour penser la force du répertoire juridique dans l'univers politique⁴. Pour autant, Alec Stone Sweet reste excessivement centré sur l'arène institutionnelle (*polity*). D'une part, comme nous le montrerons à propos de la controverse suscitée en Suisse depuis 2007 par l'initiative populaire visant l'interdiction de la construction de minarets, le modèle ne prend pas en compte d'autres acteurs impliqués dans ce processus, spécialistes de droit public, journalistes, mouvements de citoyens, etc., qui contribuent pourtant à lui donner sa consistance juridique, à partir du moment où, *volens nolens*, ils doivent recourir au langage du droit. Autrement dit, la judiciarisation peut être analysée moins en termes de « transfert » de pouvoir d'une arène à une autre que comme un effet de la différenciation sociale et de l'allongement des chaînes d'interdépendance entre les acteurs de l'action publique susceptibles de mobiliser le répertoire juridique et d'investir les arènes judiciaires⁵.

Le modèle d'A. Stone Sweet ne tient en outre pas suffisamment compte des *résistances* à l'influence des juges, le processus analysé ici représentant une manifestation plutôt inédite de ce phénomène. En posant la question du respect des droits fondamentaux et, par conséquent, de la place du juge national (Tribunal fédéral) et international (Cour européenne des droits de l'Homme, CEDH), l'initiative populaire avait en effet, entre autres enjeux, celui de décider qui a le droit de dire le droit dans la régulation publique du religieux. Elle a d'ailleurs été lancée pour contrecarrer une décision du Tribunal fédéral autorisant la construction d'un minaret. Pour ses promoteurs, l'inscription dans la Constitution d'une interdiction générale de construire des minarets visait à annuler la portée de cette décision de justice, à museler par la suite le Tribunal fédéral et à politiser une éventuelle intervention de la CEDH, en relançant la question du contenu, de l'étendue et des limites de la liberté religieuse garantie

1. Le chapitre 7 de l'ouvrage *Governing with Judges* est traduit en français dans Guillaume Drago, Bastien François, Nicolas Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 117-140, ici p. 118. Indice d'un certain flottement dans le vocabulaire, le terme de *judicialization* est traduit par *juridicisation* et non par *judiciarisation*. Autre indice de ce flottement : la notion de *judicialization of politics* étudiée dans les différentes contributions figurant dans le volume 15 de *l'International Political Science Review* en 1994 est traduite par le néologisme « *judicialisation* ». Le titre de l'article de Martin Shapiro dans ce même volume utilise le terme anglais de « *juridicalization* », que l'on trouve parfois dans la littérature, comme du reste celui de « *juridification* » (en allemand : *Verrechtlichung*). Par exemple : Lars C. Blichner, Anders Molander, « Mapping Juridification », *European Law Journal*, 14 (1), 2008, p. 36-54. Jacques Commaille, Laurence Dumoulin, Cécile Robert intitulent leur ouvrage *La juridicisation du politique*, Paris, LGDJ, 2010, tout en abordant des problématiques voisines de celles évoquées ici. Par delà ces questions de traduction, ce flottement sémantique procède d'une certaine confusion sur les réalités empiriques désignées par ces différents concepts. Selon nous, le terme de *juridicisation* exprime sans doute mieux le déplacement théorique opéré par Alec Stone Sweet.

2. Pour une présentation critique du modèle, cf. Bastien François, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexion sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *Revue française de science politique*, 47 (3-4), juin-août 1997, p. 377-403, dont p. 398.

3. Ran Hirschl, « Juristocracy. Political, not Juridical », *The Good Society*, 13 (3), 2004, p. 6-11.

4. Pierre Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, p. 3-19.

5. L. Dumoulin, V. Roussel, « La judiciarisation de l'action publique », cité, p. 244 et p. 258.

par la Constitution fédérale (article 15), la Convention européenne des droits de l'Homme (article 9) et d'autres traités internationaux.

La configuration institutionnelle – pensée ici comme ensemble de règles du jeu politique – dans laquelle se déploie la controverse comporte cependant un certain nombre de caractéristiques qui, en partie, en conditionnent la dynamique. Premier trait spécifique, la démocratie directe joue un rôle de premier plan dans la structuration des échanges politiques en Suisse¹. Dispositif quasi sacralisé, l'initiative populaire autorise et légitime des usages hétérogènes : contester certaines décisions des autorités parlementaires ou judiciaires, susciter un débat public, peser sur les rapports de force symboliques, orienter l'agenda politique. Deuxième aspect, la place des tribunaux est ambivalente. Proche du modèle américain de la *judicial review*, la juridiction constitutionnelle en Suisse est complexe, à la fois circonscrite et très développée². Agissant comme Cour suprême, le Tribunal fédéral doit appliquer les lois fédérales, qui sont « immunisées » du contrôle de constitutionnalité, mais il en vérifie la conformité au droit international des droits de l'homme, selon une jurisprudence qu'il a lui-même progressivement élaborée. Par ailleurs, il exerce un important contrôle de constitutionnalité sur l'ensemble du droit cantonal (excepté les Constitutions des cantons, soumises à la procédure de garantie menée devant le parlement fédéral), ainsi que sur les textes réglementaires édictés par le gouvernement (Conseil fédéral). En outre, la Haute Cour n'est pas compétente pour vérifier la validité des initiatives populaires, en particulier leur conformité au droit international. Cette prérogative appartient au parlement fédéral qui, entre autres conditions, vérifie que les initiatives ne violent pas le droit international « impératif » (*jus cogens*), ce qui exclut en principe que le Tribunal fédéral se prononce sur la compatibilité d'une disposition constitutionnelle adoptée lors d'un scrutin populaire au droit international, notamment à la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après : Convention), cette question étant précisément au centre de la controverse suscitée par l'initiative. Troisième dimension, la structure fédérale de l'État suisse accorde de larges compétences aux cantons, en particulier dans le domaine religieux, dont la régulation s'effectue selon un modèle polycentrique³, proche de celui mis en place en Allemagne. La Constitution fédérale prévoit en effet que les rapports entre l'Église et l'État (article 72) sont du ressort des cantons et qu'il leur incombe de prendre des mesures propres à maintenir la paix entre les membres des diverses communautés religieuses. De fait, la réglementation des communautés religieuses manifeste une assez grande diversité : conditions et procédures de reconnaissance, rapport à l'État, financement, assujettissement à l'impôt ecclésiastique, statuts juridiques varient d'un canton à l'autre⁴.

1. Bernard Voutat, « À propos de la démocratie directe. L'expérience helvétique », dans Marie-Hélène Bacqué, Yves Sintomer, Henry Rey (dir.), *Gestion de proximité et démocratie participative*, Paris, La Découverte, 2005, p. 197-216.

2. Pour une présentation intégrant une perspective de droit comparé, cf. Maya Hertig Randall, « L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle. Défis et perspectives », *Revue de droit suisse*, 2, 2010, p. 221-381 ; sur la méfiance institutionnalisée à l'égard du pouvoir des juges, cf. Walter Kälin, Christine Rothmayer, « The Judicial System », dans Ulrich Klöti et al. (eds), *Handbook of Swiss Politics*, Zurich, NZZ Verlag, 2008, p. 171-194 ; Christine Rothmayer, « The Judicialisation of Swiss Politics ? », *West European Politics*, 24 (2), 2001, p. 77-94.

3. Sur cette notion, cf. Claire de Galember, « La gestion publique de l'islam en France et en Allemagne. De l'improvisation de pratiques *in situ* à l'amorce d'un processus de régulation nationale », *Revue internationale et stratégique*, 52 (4), 2003, p. 67-78.

4. Les modèles affichent une préférence pour les religions chrétiennes et varient selon que les cantons sont traditionnellement catholiques, réformés ou mixtes. Certains confèrent aux Églises dites « nationales » un statut de droit public impliquant un financement par l'État et l'intégration du personnel ecclésiastique dans la fonction publique, d'autres différencient les statuts selon la religion. Deux cantons ont institué un régime de séparation des Églises et de l'État. Les communautés non chrétiennes sont parfois reconnues d'intérêt public, mais sont organisées selon le droit privé.

Ces trois caractéristiques fonctionnent ensemble : dans la mesure où elle porte sur les législations cantonales, la jurisprudence du tribunal fédéral consacrée au respect de la liberté religieuse est abondante et a permis, dès la fin du 19^e siècle, d'en circonscrire les multiples dimensions¹. On peut évoquer à cet égard une véritable délégation au pouvoir judiciaire de cette question particulièrement sensible en Suisse où l'attribution d'une compétence large au Tribunal fédéral a été préférée à une législation fédérale uniforme, dont l'élaboration aurait probablement été politiquement très aléatoire. De plus, la démocratie directe joue également un rôle considérable, aussi bien au niveau national qu'à celui des différents cantons². Ainsi, l'ajout à l'article 72 de la Constitution fédérale d'un troisième alinéa interdisant la construction de minarets revêt une portée symbolique soulignée par les spécialistes de droit public, qui pouvaient encore se réjouir, au début des années 1990, de l'apaisement des conflits interconfessionnels³. Indice d'un retournement du contexte, la dernière édition d'un traité de droit constitutionnel évoque désormais la fragilité de la paix religieuse⁴.

À partir de différentes sources⁵, nous proposons une analyse relationnelle et processuelle d'une controverse dont l'issue reste incertaine à ce jour, en portant plus spécifiquement l'attention sur les anticipations que les acteurs nourrissent à l'égard d'une possible intervention des tribunaux. L'affrontement sur les minarets traverse plusieurs espaces (politique, judiciaire, médiatique, religieux) et niveaux (municipal, cantonal, fédéral), à partir de différentes règles (droit de la construction, « paix religieuse », droits fondamentaux, compétences du Parlement et des tribunaux, droit d'initiative, etc.) que les intervenants tentent de maîtriser et d'infléchir, produisant alors une forte hybridation des argumentaires. Avec l'initiative, l'Union démocratique du centre (UDC)⁶ oppose la démocratie directe (le « peuple », et non pas seulement ses « représentants ») aux droits fondamentaux, et fait pression sur les autres partis politiques en jouant avec des règles qui, on le verra, excluent les tribunaux du jeu, au moins provisoirement, tout en exerçant une forte contrainte politique sur le parlement. En opposant ces deux registres fondamentaux de la légitimité des démocraties libérales, la controverse à propos des minarets comporte une forte connotation normative – dimension qui structure largement la littérature sur la judiciarisation du politique – dont nous entendons rendre compte à partir des configurations *pratiques* dans lesquelles sont insérés les différents acteurs. C'est en revenant sur les séquences à la base de ce processus, sur ses acteurs, ses mobilisations, ses luttes définitionnelles et ses arènes, que nous pourrions mieux

1. Par exemple, le Tribunal fédéral est saisi, en 1875 déjà, d'une loi cantonale genevoise interdisant de porter l'habit ecclésiastique sur la voie publique (ATF I 278).

2. Adrian Vatter (Hrsg.), *Vom Schärt zum Minarett Verbot*, Zürich, NZZ Verlag, 2010. Cet ouvrage analyse plus d'une vingtaine de votations populaires visant le statut des communautés religieuses. La première initiative populaire fédérale soumise au peuple fut acceptée en 1893 ; elle visait la toute petite minorité juive, en interdisant l'abattage rituel. En 1980, le corps électoral a massivement rejeté une initiative fédérale réclamant la séparation de l'Église et de l'État.

3. Ulrich Häfelin, *Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874*, art. 49 et 50, Bâle, 1991. L'auteur se réfère à l'abrogation en 1973 des articles d'exception, dits confessionnels, adoptés au 19^e siècle dans le contexte du *Kulturkampf*, interdisant l'ordre des jésuites et l'établissement de nouveaux couvents et congrégations religieuses, dispositions considérées alors comme faisant obstacle à l'adhésion de la Suisse à la Convention. D'autres articles d'inspiration anticléricale ont été abrogés : en 2000, l'inéligibilité des ecclésiastiques aux fonctions politiques et judiciaires fédérales ; en 2001, l'autorisation fédérale requise pour la création d'évêchés.

4. Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hotelier, *Droit constitutionnel suisse*, Berne, Staempfli, 2013, p. 218 et suiv.

5. Revue systématique de la presse écrite, sources officielles (*Feuille fédérale*, *Bulletin officiel*) et judiciaires (arrêts du tribunal fédéral et de la CEDH), doctrine publiciste et littérature secondaire.

6. Représenté au gouvernement depuis 1929, le parti agrarien (Parti des paysans, artisans et bourgeois, PAB) change de nom en 1971 et devient l'UDC, SVP en allemand, Schweizerische Volkspartei, le parti du peuple suisse.

saisir ensemble les incitations aussi bien que les obstacles, les résistances et les alternatives à la judiciarisation de la régulation publique du religieux, un enjeu politique qui, comme ailleurs en Europe, mais dans une configuration particulière, porte sur le droit et donc sur les prérogatives des différents protagonistes appelés à le produire, l'interpréter et l'appliquer.

L'initiative populaire comme alternative à la judiciarisation

Le processus aboutissant à l'interdiction de construire des minarets tire son origine d'une série de controverses locales dont le secteur judiciaire ne constitue que l'un des multiples sites. En janvier 2005, la demande d'autorisation d'un projet de minaret par une association de résidents turcs de la bourgade de Wangen (canton de Soleure) se heurte à une pétition (381 signatures recueillies par un militant de l'UDC) et à un refus de la commission communale de construction. Sur recours de l'association, cette décision est annulée en juillet 2006 par l'administration cantonale, puis par le Tribunal administratif soleurois et enfin par le Tribunal fédéral, décision rendue pour des raisons de procédure en application du droit des constructions, sans considération de la dimension religieuse de l'édifice¹. Amplement médiatisé², ce jugement très technique dans sa forme fait l'objet d'une traduction politisée, qui n'en retient que la conclusion délivrant le permis de construire.

Mêlant processus de politisation, de médiatisation et de judiciarisation, « l'affaire de Wangen » ne reste pas isolée : des comités antiminaret émergent en d'autres cantons (Valais, Berne, Saint-Gall, Zurich). Loin de se réduire à des oppositions de voisinage de type NYMBY, ces actions collectives entrent en résonance par un véritable travail politique de construction d'un problème public³ impliquant des élus de l'UDC, des édiles, des juges, des juristes, des journalistes, mais aussi des ecclésiastiques et des intellectuels, les uns déplorant une « idéologisation du droit de la construction », les autres s'alarmant d'une « islamisation rampante ». Comme dans beaucoup d'autres États européens, ce contexte est scandé par des controverses locales concernant le port du voile, des demandes de dispense de cours de gymnastique, de créneaux horaires pour des piscines publiques ou de carrés de cimetière réservés, contentieux qui aboutissent aussi devant les tribunaux et divisent les juristes, ce dont témoignent l'importance prise par la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴ et le volume de la doctrine publiciste en la matière⁵.

Fin 2006, les tentatives d'interdire les minarets repoussées ou en passe de l'être, leurs instigateurs vont concevoir l'initiative fédérale comme une solution de contournement des

1. Arrêt du 4 juillet 2007 : ATF 1P.26/2007. Le minaret sera finalement inauguré en 2009.

2. On recense plus de 1 500 articles dans les quotidiens suisses qui abordent, en 2006 et 2007, les différentes affaires de minarets. Cf. A. Vatter (Hrsg.), *Vom Schärt zum Minarett Verbot*, op. cit., p. 199.

3. Joseph Gusfield, *La culture des problèmes publics. L'alcool au volant : la production d'un ordre symbolique*, Paris, Economica, 2009.

4. Le Tribunal fédéral a par exemple jugé à plusieurs reprises que le port du foulard constituait un symbole placé sous la protection de la liberté religieuse et qu'il devait être autorisé pour les élèves, mais non pour les enseignants, dans ce cas au nom du principe de la neutralité religieuse de l'État (ATF 123 I 296, 1997), par la suite confirmé par la CEDH (*Lucia Dahlab c. Suisse*, décision du 15 février 2001) ; ou encore qu'il ne pouvait constituer un motif de refus de la nationalité suisse (ATF 134 I 156, 2008). En 1993, la Haute Cour a également considéré que les établissements scolaires devaient octroyer des dispenses de cours de natation ou de gymnastique, avant d'adopter en 2008 une jurisprudence plus restrictive, confirmée en 2011 (ATF 119 IA 178, 1993 ; ATF 2C-149, 2008 et ATF 2C_666, 2011).

5. Andreas Kley, « Kutton, Kopftücher, Kreuze und Minarette. Religiöse Symbole im öffentlichen Raum », dans René Pahud de Mortanges (Hrsg.), *Religion und Integration aus der Sicht des Rechts*, Zurich, Freiburger Veröffentlichungen zum Religionsrecht, vol. 24, 2010, p. 229-257.

instances politiques, administratives et judiciaires cantonales et de décloisonnement du litige, cela d'autant plus facilement que les droits populaires (initiative et référendum) font partie intégrante du répertoire d'action de l'UDC depuis les années 1990. Sa composante nouvelle en voie de radicalisation, l'« aile zurichoise », 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. Les méthodes importées du secteur économique par les dirigeants de l'aile zurichoise de l'UDC – dont plusieurs milliardaires – ont contribué à redéfinir les règles du jeu politique, avec un recours massif au marketing, à une violence verbale inédite, et l'importance des ressources financières engagées. Cette capacité insolite à lever des fonds a considérablement augmenté le volume de ressources nécessaire pour l'emporter aux élections ou lors des votations et, ce faisant, participé de la nationalisation et de la professionnalisation de l'activité politique. Il y a là tout un travail de rationalisation d'une entreprise partisane à la conquête du « marché de l'opinion » permettant d'opposer « le peuple » à « l'establishment » accusé de restreindre la portée des droits populaires par un recours croissant au droit international des droits de l'homme. L'initiative « pour des naturalisations démocratiques » a d'ailleurs été explicitement conçue pour faire obstacle à deux décisions du Tribunal fédéral¹ et la controverse sur les minarets traduit plus largement l'hostilité de l'UDC à l'égard du pouvoir judiciaire, fédéral et international, ses dirigeants souverainistes multipliant les attaques contre la justice, les juristes « de gauche » et les juges étrangers. Ministre de la justice entre 2003 et 2007, le *leader* de l'UDC et président de l'Association pour une Suisse indépendante et neutre (ASIN), Christoph Blocher², s'en était plusieurs fois pris publiquement à certaines décisions du Tribunal fédéral dans les dossiers de l'immigration et de l'asile.

Une controverse en voie de nationalisation

Le déplacement du conflit à l'échelle nationale change la donne dans le sens d'une désingularisation et d'une constitutionnalisation : il ne s'agit plus de s'opposer à un projet de minaret ici ou là, mais d'en empêcher la construction sur l'ensemble du territoire suisse *via* une disposition constitutionnelle. Le 6 septembre 2006, les élus mobilisés depuis plus d'un an contre la construction de minarets se rassemblent à Egerkingen (canton de Soleure) pour fonder le comité d'Egerkingen et « coordonner l'opposition massive qui se manifeste dans toutes les communes confrontées à des projets de construction de minarets » (la Suisse ne compte alors que trois minarets). Loin d'un vaste mouvement de profanes, il s'agit d'une réunion de seize activistes politiques (quatorze élus, dont cinq conseillers nationaux), quatorze appartenant à l'UDC et deux à l'Union démocratique fédérale (UDF), un petit parti fondé en 1975 par des protestants conservateurs, voire fondamentalistes. Fondateur et rédacteur en chef du périodique ultra-conservateur *Schweizerzeit*, le zurichois Ulrich Schlüer fait

1. Andreas Auer, Bénédicte Tornay, « Aux limites de la souveraineté du constituant. L'initiative Pour des naturalisations démocratiques », *Pratique juridique actuelle*, 6, 2007, p. 740-747.

2. Fils de pasteur, propriétaire milliardaire de l'entreprise EMS-chimie, membre du conseil d'administration de l'UBS, Blocher a fait de la campagne contre l'adhésion de la Suisse à l'Espace économique européen (EEE) une rampe de lancement de sa carrière politique, en s'affirmant comme le *leader* du camp du « non ». Ce référendum du 6 décembre 1992 voyant l'adhésion à l'EEE rejetée par 50,3 % des votants résultait d'une mobilisation et d'une polarisation sans précédent qui ont participé d'une refonte des clivages politiques marquée par la montée en puissance de ce qui devient un camp « souverainiste ». Cf. Hervé Rayner, Andrea Pilotti, « L'europanisation d'un système de partis en dehors de l'Union européenne. Le cas suisse 1990-2010 », dans Mathieu Petithomme (dir.), *L'europanisation de la compétition politique nationale*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2011, p. 267-285.

figure de *leader* et d'idéologue. Conseiller national de l'UDC depuis 1995, il est l'ancien secrétaire des Républicains, parti d'extrême droite dirigé par James Schwarzenbach, porte-parole dans les années 1970 de plusieurs initiatives populaires visant à combattre l'« emprise étrangère ».

Les membres du comité s'efforcent de publiciser et de dramatiser l'enjeu car il va leur falloir recueillir plus de 100 000 signatures pour déposer leur initiative, un droit d'entrée relativement accessible pour des élus qui peuvent tabler sur le soutien de la mouvance souverainiste. En 2007, le comité d'Egerkingen officialise le lancement de son initiative populaire à Berne en jouant sur les symboles : l'annonce publique a lieu un 1^{er} mai dans la capitale, à l'*Hôtel Kreuz*. Coup de force symbolique, ses membres proposent d'ajouter à l'article 72 de la Constitution fédérale chargeant la Confédération et les cantons de veiller à la paix religieuse, un troisième alinéa précisant que « la construction de minarets est interdite ». Anticipant les critiques, ses membres prétendent que l'initiative n'enfreint pas le principe constitutionnel de la liberté religieuse. Étant donné leurs trajectoires sociopolitiques, ils s'avèrent particulièrement disposés, dans un champ politique suisse marqué par le culte du consensus, à jouer le jeu de la provocation en opposant la souveraineté populaire aux institutions judiciaires pour mieux contester la primauté du droit international. Entrepreneurs d'une cause qui se veut polémique, il leur faut nommer le problème (le minaret comme péril pour l'identité suisse), désigner des coupables (les musulmans) et proposer une solution (l'interdiction de construire)¹.

D'emblée, ils parviennent à faire parler d'eux dans la presse nationale et internationale. Ce qui, au départ, relève d'un coup politique se métamorphose en « initiative populaire » offrant l'opportunité de solliciter la participation « du peuple ». C'est entre eux, en comité restreint, que ces représentants décident d'enrôler « le peuple » à leur cause, de le motiver, afin de mieux pouvoir parler en son nom, soit la forme ordinaire d'autoconsécration et d'usurpation à la base du travail politique auquel s'astreignent les mandataires pour s'autoriser de leurs mandants. Entamée en mai 2007, la campagne de récolte des signatures prend place dans un contexte propice aux mobilisations partisans puisqu'il s'agit d'une année électorale. Fustigeant les décisions judiciaires, administratives et politiques rejetant les demandes locales d'interdiction de minarets, les initiants leur opposent l'initiative populaire comme seul recours possible contre « ces symboles du pouvoir politico-religieux qui menacent la paix religieuse dans notre pays »². Ils pourront aussi alimenter la « panique morale » qui tend à se former, nombre de journaux, y compris parmi les moins sensationnalistes comme la *Neue Zürcher Zeitung* (NZZ), le quotidien de référence des milieux d'affaires alémaniques, évoquent d'ores et déjà un risque d'attentats islamistes. Dès ses débuts, la campagne « fait grand bruit », une publicité offerte par les médias et facilitée par un budget de campagne de 250 000 francs, auquel il convient d'ajouter les dépenses des comités régionaux, et une brochure tirée à 1,3 million d'exemplaires. Ces moyens financiers excèdent ceux dont disposent généralement les promoteurs d'une initiative populaire et sont sans commune mesure avec ceux des opposants à l'initiative, les trois plus importants partis (radicaux, démocrates-chrétiens et socialistes – respectivement PRD, PDC et PS) n'y consacrant que quelques dizaines de milliers de francs.

1. William Festiner, Richard Abel, Austin Sarat, « The Emergence and Transformation of Disputes. Naming, Blaming, Claiming », *Law and Society*, 15 (3-4), 1981, p. 631-654.

2. Ulrich Schliuer cité dans « Le Tribunal fédéral "sauve" les minarets », *Le Temps*, 12 juillet 2007.

Si les élections fédérales d'octobre 2007 marquent une nouvelle progression de l'UDC, premier parti avec 29 % des voix au Conseil national, Christoph Blocher, à la suite d'une manœuvre parlementaire, perd son siège au Conseil fédéral au bénéfice d'Eveline Widmer-Schlumpf, une représentante de son propre parti, qui sera sur le champ exclue. Cet incident ouvre une phase difficile pour l'UDC, en proie à une scission : une partie de « l'aile modérée » est expulsée ou fait défection et donne naissance au Parti bourgeois-démocratique (PBD). Les dirigeants de l'UDC, qui avaient jusque-là le vent en poupe, donnent l'impression d'un certain désarroi tactique concernant l'efficacité d'une posture oppositionnelle articulée aux droits populaires, d'autant que leurs initiatives « Pour des naturalisations démocratiques » et « Pour la souveraineté du peuple sans propagande gouvernementale » sont largement repoussées le 1^{er} juin 2008, par 73,7 % et 75,2 % des votants. C'est durant ce passage à vide que le conseiller national Oskar Freysinger, l'un des deux co-présidents du comité d'Egerkingen, va se distinguer en contestant la stratégie de son président de parti Toni Brunner, souvent désigné comme l'héritier du *leader* Blocher. Transfuge du PDC, fondateur et président de l'UDC en Valais, cet enseignant du secondaire enchaîne les plateaux de télévision sur les chaînes des trois grandes aires linguistiques. Éclipsant Schluer de la campagne contre les minarets, il soutient que « le but n'est pas de gagner des votations, mais les élections de 2011 »¹, propos typique des usages que des élus de l'UDC font des institutions de la démocratie directe, conçues comme un moyen d'occuper le terrain politique et médiatique dans l'optique de renforcer leurs positions dans les institutions de la démocratie représentative.

Rite d'institution de chaque « initiative populaire », les initiants déposent à la Chancellerie fédérale à Berne le 8 juillet 2008 leur texte lesté des cartons contenant 114 895 signatures. Près des deux tiers de ces signatures ont été obtenus 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) ; moins de 5 % proviennent de Suisse romande. Fait rarissime, le Conseil fédéral a choisi ce même jour pour faire connaître son opposition à l'initiative dans un communiqué signé par le président de la Confédération Pascal Couchepin (PRD), qui l'avait préalablement qualifiée de « ridicule » et « d'aberration culturelle », tout en assurant avoir « confiance dans le bon sens des Suisses ». Le processus de traduction des signatures individuelles en initiative populaire est cependant loin d'être terminé puisqu'il revient aux parlementaires de valider ces milliers de feuilles paraphées.

Entre droit et politique : la « fonction judiciaire » du Parlement en pratique

Dès son lancement, l'initiative a suscité de nombreux débats dans les médias et au sein de la doctrine publiciste, sur sa compatibilité avec le droit international et la possibilité pour l'Assemblée fédérale de l'invalidier². Selon la Constitution fédérale (article 139 al. 2), il revient en effet au Parlement (sur proposition du gouvernement), et non au Tribunal fédéral, de déclarer la nullité des initiatives qui, entre autres raisons formelles, seraient contraires aux règles *impératives* du droit international, puis de prendre position sous la forme d'une recommandation de vote. De fait, les cas de nullité sont rares, attendu qu'il est très coûteux pour les parlementaires de limiter l'exercice de la démocratie

1. « Quand l'UDC a peur de perdre », *Le Temps*, 3 juin 2008.

2. Par exemple, l'ancien président du Tribunal fédéral, Giusepp Nay, intervient dans la presse le jour même de l'annonce du lancement de l'initiative et prévoit une condamnation de la Suisse par la CEDH.

directe. Un seul précédent concernant le droit international impératif peut être signalé, celui de l'initiative des Démocrates suisses (formation d'extrême droite) « Pour une politique d'asile raisonnable », dont l'application stricte, avait jugé le Parlement en 1996, aurait conduit les autorités à refouler sans recours possible des personnes clandestines dans des États pratiquant la torture. Telle qu'interprétée par les autorités fédérales¹, cette notion de droit international impératif – ou *jus cogens* – désignerait un tout petit nombre de règles (noyau du droit international humanitaire, interdiction du génocide, de la torture ou de l'esclavage), *mais non les droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'Homme*. D'autres initiatives populaires ont posé ces dernières années la question de leur compatibilité avec le droit international², suscitant des réactions de la part des publicistes³.

Ces différents éléments vont peser sur les débats parlementaires. Rendu public le 27 août 2008, le Message du Conseil fédéral⁴ procède, jurisprudence et doctrine à l'appui, à une analyse juridique très détaillée 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 de *jus cogens*, le gouvernement considère que les conditions permettant de déclarer la nullité de l'initiative ne sont pas remplies, en dépit de la violation de plusieurs traités internationaux. L'appel au respect de la jurisprudence établie par le Parlement, certes rappelée dans plusieurs messages antérieurs, mais qui reste fragile (elle ne repose en somme que sur un seul précédent), est sans doute moins une manifestation de légalisme que l'expression pragmatique d'une forme de réalisme imposée par la situation. Spéculant sur le rejet de l'initiative et soucieux d'éviter un affrontement avec la principale force politique nationale sur le tabou que représentent les institutions de la démocratie directe, le gouvernement adopte une posture à la tonalité très juridique, avec cette forme de distanciation et de neutralisation que procure le langage du droit. L'imbrication des registres juridiques et politiques des argumentaires marque du reste la tonalité des débats parlementaires⁵.

D'un côté, deux partis (démocrate-chrétien et radical) soutiennent la position du gouvernement, et donc le réalisme politique qui la sous-tend, au nom du respect de la Constitution et de la démocratie directe. *In dubio pro populo* : cette formule du député démocrate-chrétien Urs Schwaller résume cette position de confiance à l'égard du peuple et des institutions politiques de la Suisse. À l'inverse, les partisans (socialistes et verts) de l'invalidation de l'initiative entendent modifier la jurisprudence, tout en se situant sur le terrain du droit. Les droits fondamentaux doivent selon eux être compris dans le cercle des dispositions du droit international impératif, ainsi que l'exprime Andreas Gross (socialiste) exhortant le Parlement

1. Cette interprétation restrictive de la notion est développée à quelques reprises par le Conseil fédéral : cf. en particulier son Message à l'Assemblée fédérale concernant l'initiative des démocrates suisses (*Feuille fédérale* 1994 III 1480 ss) et son Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, dans lequel il fixe cette interprétation.

2. « Naturalisation par les urnes » (rejetée en 2008), « Renvoi des étrangers criminels » (acceptée en 2010), « Internement à vie des délinquants dangereux » (acceptée en votation populaire le 8 février 2004) et « Réintroduction de la peine de mort » (lancée en 2010, mais rapidement retirée).

3. Voir, par exemple, l'analyse d'Alex Dépraz à propos de l'intervention des juristes savants dans le débat : « Fait exceptionnel, la très sérieuse *Revue de droit suisse* publie dans son dernier cahier de 2007 un éditorial *presque* [sic] politique, alors qu'elle consacre habituellement ses colonnes à des articles qui font autorité. Si les éminents professeurs qui composent la rédaction de cette prestigieuse revue ont pris la plume, c'est qu'ils estiment rien de moins que l'État de droit est en danger dans notre pays » (*Domaine public*, 1771, 10 mars 2008).

4. *Feuille fédérale*, 2008, p. 6923.

5. *Bulletin officiel (BO)*, séance du Conseil national, 4 mars 2009 ; *BO*, séance du Conseil des États, 5 juin 2009. Les extraits qui suivent sont tirés de ces deux documents.

« à prendre au sérieux son rôle de juge constitutionnel » et donc à ne pas « penser seulement en termes politiques ». Représentant de la Suisse au Conseil de l'Europe, ce député habituellement tenant d'une position « participationniste » prône l'invalidation de l'initiative. Invoquant la doctrine produite par les constitutionnalistes, il dénonce alors « l'opportunisme politique » du gouvernement. Ada Mara (socialiste) va dans le même sens : le Conseil fédéral proposerait de valider l'initiative « pour des raisons politiques plus que discutables », alors qu'il conviendrait de faire évoluer la définition de ce « mytique *jus cogens* », qui oppose sans cesse les juges et les politiques. Et de conclure :

« En Suisse, l'instance qui peut juger de la validité 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 [...] de poser un acte politique et d'invalider les initiatives qui violent ces droits fondamentaux. »

Le sénateur vert Luc Recordon reprend l'argument au Conseil des États : « Notre ordre constitutionnel est ainsi fait que le parlement doit assumer son rôle de juge de la constitutionnalité d'une initiative populaire », question délicate sur le plan juridique, mais qui impose, conclut-il, de s'écarter d'une conception « étriquée » du *jus cogens*.

À l'inverse, les partisans de l'initiative, tous députés UDC, défendent un cadrage très différent, l'islamisation de la Suisse, peu enclin à discuter le droit. 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. Vous pouvez le démentir dix fois, il y a suffisamment d'exemples à ce sujet. J'admets volontiers que cette initiative ne résout pas tout, mais les minarets sont clairement le symbole d'une revendication de puissance islamiste ; ils représentent les baïonnettes de l'islam militant contre les infidèles. »¹

Les députés UDC s'élèvent contre les tentatives, à gauche, de soustraire l'initiative au débat. Ainsi Felix Müri : « De quoi avez-vous peur ? Poursuivez la discussion dans la lutte électorale ! » Cet appel au vote démocratique est repris par l'initiant Ulrich Schlüer :

« Manifestement, certains ont un problème avec la démocratie. Ils invoquent toutes sortes de principes [...]. 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. »²

1. *BO*, séance du Conseil national, 4 mars 2009.

2. *Ibid.*

Au final, la position « réaliste » l'emporte en additionnant ses forces à celle de l'UDC contre les partisans de l'invalidation (128 voix contre 53 au Conseil national ; 24 voix contre 16 au Conseil des États). En revanche, une fois l'initiative validée, les deux chambres recommandent au corps électoral de la rejeter, les députés de l'UDC étant cette fois-ci minoritaires (132 voix contre 51 au Conseil national et 39 voix contre 3 au Conseil des États). Les argumentaires, on le voit, ont oscillé de façon paradoxale entre les dimensions juridiques et politiques de la décision. Tantôt le droit commanderait aux instances politiques de valider l'initiative, tantôt de l'invalider, mais sous couvert de l'exercice d'une « fonction judiciaire », les uns considérant comme politique la position adoptée au nom du droit par les autres, et réciproquement. D'un côté, en effet, 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 de l'initiative 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. Dans tous les cas, le rapport au droit et aux institutions qu'entretiennent les parlementaires est largement tributaire de leur perception des rapports de force politiques.

Battre campagne : la construction d'une polarisation

Une multitude de prises de position alimente la campagne précédant la votation populaire, mais les principaux cadres d'interprétation, centrés sur des argumentaires de type « identitaire », varient peu. Si les initiants restent isolés, puisque le gouvernement, le Parlement, la plupart des partis, des syndicats et des groupes d'intérêt appellent au rejet de l'initiative, en revanche, leur niveau d'engagement dépasse de loin celui de leurs adversaires, très peu mobilisés. Ils n'auront de cesse de promouvoir un cadrage dichotomique opposant le peuple aux élites et d'attaquer les prises de position des conseillers fédéraux qui, en visite officielle dans des États musulmans, prennent le soin tout diplomatique de répéter que l'initiative ne provient pas du gouvernement et de rassurer leurs interlocuteurs sur ses faibles chances d'aboutir.

Sur le papier, le camp du « non » regroupe l'immense majorité de l'offre partisane, impression qu'il convient de nuancer. Le PS et les Verts s'opposent résolument aux initiants, mais ils se concentrent sur le débat parlementaire et, faute de moyens et de mobilisations effectives, ne seront guère audibles durant la campagne. Les radicaux prennent position en ordre dispersé : ils se répartissent entre les deux camps en voie de formation, même si la plupart décident de s'opposer à l'initiative, quoique de manière assez discrète. Quant aux démocrates-chrétiens, ils condamnent fermement l'initiative dans un communiqué (« anticonstitutionnelle, dangereuse et stupide »), mais apparaissent tiraillés, certaines sections cantonales s'avérant particulièrement divisées (celle de Glaris se rallie au « oui »). Les groupes d'intérêt, parfois si présents durant les campagnes, restent en retrait, le principal d'entre eux, Economiesuisse, organisation faitière du patronat, se limitant à quelques annonces dans les journaux, soulignant les risques qu'une victoire des initiants ferait courir aux entreprises exportatrices. À l'exception de l'Union suisse des paysans, depuis longtemps très proche de l'UDC, qui laisse « la liberté de vote » à ses adhérents, toutes les grandes organisations socio-professionnelles et toutes les grandes associations confessionnelles se prononcent en faveur

du « non ». Là encore, en l'absence de mobilisations, ces déclarations restent des prises de position de papier.

Bien que régulièrement sollicités par les médias, les représentants des associations et des quelque 300 groupes locaux des 350 000 musulmans (4 % de la population) recensés en Suisse (dont 15 à 20 % seraient pratiquants), sont peu visibles tout au long de la campagne. Privés de moyens financiers, cultivant un rapport distant au politique, peu au fait des institutions de la démocratie directe, ne maîtrisant pas toujours l'une des langues nationales, originaires d'États aux traditions culturelles parfois très éloignées (de l'ex-Yougoslavie d'où provient la moitié des musulmans de Suisse, aux États d'Afrique du Nord), ces porte-parole des diverses tendances de l'islam, des fondamentalistes aux laïcs¹, sont fortement divisés et doivent se contenter d'interventions individuelles dans les médias et d'actions collectives de faible portée, la plus importante étant une journée portes ouvertes des mosquées, un samedi à quatre semaines de la votation. Ils pourront certes compter sur le soutien de la Commission fédérale contre le racisme, d'intellectuels (théologiens, islamologues, écrivains, juristes, sociologues), d'ONG (dont Amnesty International) et des porte-parole des principales confessions (protestante, catholique et juive), notamment ceux qui, depuis 2006, forment le Conseil suisse des religions (SCR). Faisant l'objet d'une forte attention médiatique, la « communauté musulmane », une expression qui cache une grande diversité, est parlée plus qu'elle ne parle.

Pour ou contre les minarets : l'emprise de la controverse

La polarisation de « l'opinion publique » autour des minarets se vérifie à mesure que des milliers de personnes sans liens avec les inventeurs de cette cause se l'approprient. Engendrant une cascade de prises de position, la controverse donne l'impression performative de « prendre »², ce qui produit à son tour des effets contraignants enjoignant les acteurs, les représentants politiques en premier lieu, à s'engager en fonction de la gamme très restrictive des positions requises, l'initiative populaire les simplifiant à l'extrême : il s'agit de dire « oui » ou « non » à l'interdiction de construire des minarets et, partant, d'alimenter la polarisation en cours. À partir du début de la véritable campagne, à savoir fin septembre 2009, l'attention va se focaliser sur les affiches d'initiateurs qui, depuis plus d'une dizaine d'années, utilisent ce support traditionnel dans une logique provocatrice³. À travers des images conçues comme choquantes, il s'agit de gagner en visibilité médiatique et d'engendrer des polémiques qui ont aussi pour enjeu de déplacer les limites de ce qui est dicible, licite et légitime dans le débat public. Cette fois, l'affiche « litigieuse » représente une femme en *burqa* avec, en arrière-plan, sept minarets (beaucoup y verront des missiles) transperçant le drapeau suisse, une image qui, à peine placardée, suscite moult articles de presse et autres commentaires.

1. Christophe Monnot, « Associations musulmanes de Suisse. Diversité, précarité, respectabilité », et Samina Mesgardazeh, Sophie Nedjar, Mounia Bennani-Chraïbi, « L'organisation des musulmans de Suisse. Dynamiques endogènes et injonctions de la société majoritaire », dans Christophe Monnot (dir.), *La Suisse des mosquées, derrière le voile de l'unité musulmane*, Genève, Labor & Fides, 2013, p. 27-52 et p. 53-76.

2. Indicateur de l'ampleur de la controverse, sa couverture médiatique : durant l'année 2009, on ne compte pas moins de 4 400 articles dans les quotidiens suisses mentionnant la question des minarets, 1 700 étant reliés à l'UDC. Cf. A. Vatter (Hrsg.), *Vom Schärt zum Minarett Verbot, op. cit.*, p. 199.

3. Alexandre Dézé, Michaël Girod, « Le Sonderfall en péril. Les figures de la menace dans les messages graphiques de l'UDC », dans Oscar Mazzoleni, Cécile Péchu, Philippe Gottraux (dir.), *L'Union démocratique du centre. Un parti, son action, ses soutiens*, Lausanne, Antipodes, 2007, p. 107-120.



Dès lors, les initiants peuvent se contenter de laisser prendre la polémique qui les place au centre de la campagne. Des éditeurs de presse, des dirigeants de sociétés d'affichage, de la compagnie ferroviaire nationale, des édiles, des intellectuels et des conseillers fédéraux se demandent publiquement s'il faut autoriser ou non cette affiche. Certaines villes l'interdiront, d'autres l'interdiront sur le seul domaine public, d'autres l'autoriseront totalement, surtout en Suisse alémanique. Souvent reproduite dans la presse, « la fameuse affiche » ne cesse d'alimenter des discussions en boucle qui en assurent gratuitement la publicité¹.

En revanche, et de leur propre aveu, les opposants mènent une campagne très discrète², ils ne recourent presque pas aux affiches et, surtout, ne font pas front commun³, à l'exception d'un appel collectif des présidents du PDC, du PRD, du PS, des Verts et du PBD à rejeter l'initiative à dix jours de la votation, appel dont le président du PS est à l'origine, action de dernière minute qui semble être liée à un doute quant à la fiabilité des enquêtes d'opinion⁴. Parce que leurs projections semblent converger, des journalistes se convainquent de l'impossibilité d'une victoire du « oui », l'éditorialiste de *L'Hebdo* s'autorisant à parler d'un « large consensus autour du rejet de l'initiative »⁵. Autre prise de position qui semble participer de

1. Un exemple parmi d'autres d'un article occupant une pleine page : « Les CFF oseront-ils interdire les affiches anti-minarets ? », *Le Matin Dimanche*, 11 octobre 2009.

2. « Minarets : les opposants au texte musclent leur faible campagne », *Le Temps*, 16 octobre 2009.

3. « Les opposants à l'initiative feront campagne en ordre dispersé », *24 Heures*, 16 octobre 2009 ; « Initiative anti-minarets : opposition dispersée », *Le Temps*, 21 octobre 2009.

4. Ainsi, d'après Christophe Darbellay, président du PDC : « On ressent un certain décalage entre les sondages qui ne sont pas trop alarmistes et ce qu'on nous dit au sein de la population » (cité dans « Appel des présidents de parti contre l'initiative anti-minarets », *Le Temps*, 18 novembre 2009).

5. Alain Jeannot, « Sonderfall », *L'Hebdo*, 29 octobre 2009.

cette forme d'autosuggestion collective, le rédacteur en chef de *24 Heures* se veut consensuel et rassurant, en faisant également sien le discours d'institution du *Sonderfall* :

« Les résultats de notre sondage national exclusif montrent une nouvelle fois l'extraordinaire calme d'une population suisse pétrie de neutralité confessionnelle, de respect des minorités, mais aussi soucieuse d'intégration harmonieuse. »¹

Ces projections tendent à réfréner chez les opposants l'impression inquiétante que la campagne, très polarisée, est dominée par les initiants et, subséquemment, à réduire toute dissonance cognitive. Sur le mode de l'autoconviction, ces intervenants se raccrochent d'autant plus à la *doxa* du *Sonderfall* qu'ils ont été en partie socialisés dans et par cette croyance en la sagesse du peuple helvétique. Le dernier sondage, qui donne des projections stables, est commenté trois jours avant le scrutin par la titulaire du Département des affaires étrangères Micheline Calmy-Rey (PS) dans un quotidien dont elle fait la une :

« 53 % de refus, ça démontre que la population suisse est mature et responsable [...] je serais fière de mon pays si le non l'emporte. J'étais favorable à ce que le débat ait lieu. C'est la beauté de notre système. Le thème fait appel à quelque chose en nous d'irrationnel. Quand on ne connaît pas l'autre, on en a peur. Et ces angoisses et ces craintes sur lesquelles l'UDC joue, il faut qu'elles puissent s'exprimer. [...] Ce genre de vote permet de former l'opinion publique. Ce vote a aussi une fonction identitaire. »²

L'annonce du résultat, le dimanche 29 novembre 2009, produit un effet de sidération auprès des adversaires et des partisans de l'initiative et même d'un grand nombre d'abstentionnistes. L'initiative obtient 57,5 % des voix exprimées et la majorité dans 22 des 26 cantons ; le taux de participation (52,7 %) est plutôt élevé. C'est donc à chaud, décontenancés, que les divers intervenants doivent livrer des explications de ce résultat qui ne laisse d'indigner ou de galvaniser. Certains tentent de se l'approprier, comme le président du PDC, Christophe Darbellay, qui déclare avoir entendu le peuple et s'empare de « la question de la *burqa* ». Surpris par leur victoire (de leur propre aveu, certains se seraient contentés de recueillir 45 % des voix), les initiants s'adaptent à cet événement dans lequel ils sont pris, en surjouant leur credo « populiste ». Oskar Freysinger occupe plus que jamais le terrain médiatique, sollicité de toutes parts, y compris par de nombreux médias étrangers, et adopte une présentation de soi héroïque du « seul contre tous »³. Quant au secrétaire général de l'UDC, il met en garde :

« Au lieu d'accepter tout simplement la décision du peuple, on brandit la menace du droit international public. On ose affirmer que le dernier mot n'appartient pas au peuple, mais au Tribunal fédéral, voire à la Cour européenne de justice [...]. Si des tribunaux avaient l'outrecuidance de casser la décision populaire en se référant à la Convention européenne des droits de l'Homme ou à la Convention de l'ONU sur les droits civiques et politiques, la Suisse doit tout simplement résilier les traités concernés. »⁴

1. Thierry Meyer, « N'ayons pas peur, de part et d'autre », *24 Heures*, 12 novembre 2009.

2. « Le débat sur l'islam devait avoir lieu », *Le Matin*, 27 novembre 2009.

3. « Dans un pays où tous les partis participent au gouvernement, l'UDC incluse, qui est l'opposition à la classe politique ? C'est le peuple. Et, moi, je sens les frustrations de la population » ; « Je suis un instinctif, je sens les messages » (*24 Heures*, 1^{er} décembre 2009). Il reprendra ce registre dans un ouvrage d'entretiens écrit avec un ami éditeur : « Ce jour-là, le peuple suisse a marqué son attachement à certaines valeurs » (Slobodan Despot, *Oskar et les Minarets*, Lausanne, Favre, 2010, p. 26).

4. Martin Baltisser, communiqué du secrétariat de l'UDC, 30 novembre 2009.

Dans les rédactions, la stupeur l'emporte, le principal cadre d'interprétation est celui de la peur, de l'irrationalité, du « retour du refoulé ». Ces quelques titres d'articles parus dans la presse romande dans ses éditions du 30 novembre donnent le ton : « Un vote, la peur au ventre » (*Le Temps*), « La révélation des peurs inavouées » (*La Liberté*), « La victoire de la peur », « Affrontons les peurs » (*Le Matin*), « La peur de l'autre l'a emporté » (*L'Impartial*), « L'autogol de la peur » (*Journal du Jura*). Pour les dirigeants politiques et les journalistes qui avaient pris position contre l'initiative, il s'avère alors difficile de ne pas reprendre le cadrage des initiants ; la ministre Eveline Widmer-Schlumpf se voit par exemple demander : « Comment expliquez-vous le fossé entre les élites politiques et la population ? »¹. La « coupure entre le peuple et les élites » domine la plupart des récits médiatiques, de la mise en accusation des instituts de sondage aux reportages sur le « petit peuple » qui aurait voté « oui ». De ce concert de réactions ressort la question de la légitimité de cette initiative, une définition de la situation qui ouvre un débat sur l'encadrement juridique, et éventuellement judiciaire, des « passions » que généreraient les droits populaires.

L'initiative populaire, les droits fondamentaux et le « pouvoir des juges »

Le Peuple a-t-il toujours raison ? Faut-il « encadrer » l'exercice des droits populaires ? Des recours pour « violation du droit de vote » sont immédiatement déposés et rapidement rejetés par le Tribunal fédéral, au motif « qu'aucune voie de droit n'est ouverte contre le contenu d'une initiative fédérale acceptée par le peuple et les cantons »². Les experts en droit public évoquent toutefois la possibilité que le Tribunal fédéral soit saisi ultérieurement, à l'occasion d'un recours contre une décision concrète d'interdiction, mais ils sont divisés sur le sort d'un tel recours, la Constitution fédérale n'établissant pas clairement la compétence de la haute Cour de se prononcer sur la compatibilité d'une de ses dispositions avec le droit international. La possibilité d'une saisine immédiate de la CEDH divise également les publicistes. Certains estiment que celle-ci pourrait entrer en matière immédiatement sur un recours, au motif que la disposition discrimine une catégorie bien précise et délimitée de la population. D'autres se montrent sceptiques, considérant que la Cour ne se prononcerait, comme le Tribunal fédéral et après lui, que sur l'application concrète de la disposition litigieuse. Dans cette hypothèse, quelques avis minoritaires s'expriment pour considérer que la CEDH pourrait juger, dans plusieurs années, que l'interdiction des minarets en Suisse, comme celle concernant le port du voile en France (à l'école) et en Turquie (à l'université), se justifie pour des raisons d'« ordre public ». Mais dans l'ensemble, les juristes sont quasi unanimes pour prédire une condamnation de la Suisse et l'obligation subséquente du Tribunal fédéral de rendre un arrêt conforme à la décision de la CEDH, ce qui aurait alors pour effet d'annuler *de facto* l'initiative. Interrogé, le président de la Cour, le Français Jean-Paul Costa, avoue son embarras vis-à-vis d'une situation sans précédent, la Cour assumant une lourde responsabilité en se prononçant sur une consultation populaire³. De fait, la CEDH est saisie de deux requêtes déposées le 16 décembre 2009 : l'une émane de la Ligue des musulmans de Suisse, de la Communauté musulmane de Genève, de l'Association culturelle des musulmans de Neuchâtel et de l'Association des musulmans de Genève ; l'autre de Hafid Ouairi, ancien porte-parole de la mosquée de Genève. Le gouvernement plaide la

1. « Je crains les conséquences économiques », *Le Temps*, 30 novembre 2009.

2. Arrêt du 14 décembre 2009 (affaire no 1C_529/2009).

3. « La Suisse dans le collimateur de la Cour de Strasbourg », *Le Temps*, 2 décembre 2009.

non-entrée en matière et, subsidiairement, le fait que la révision constitutionnelle ne viole ni la liberté religieuse ni le principe de non-discrimination, arguant qu'« on ne saurait supposer que le peuple suisse ait voulu violer la liberté religieuse des musulmans ou les discriminer »¹. Cette « pirouette » au regard des positions exprimées auparavant par le Conseil fédéral est soulignée dans les médias. Pour autant, dix-huit mois plus tard, la CEDH déclare l'irrecevabilité des requêtes, assimilables selon la Cour à une « action populaire » tendant à faire contrôler *in abstracto* une disposition constitutionnelle. Elle considère aussi que les plaignants ne peuvent se prévaloir de la qualité de victime, même potentielle, en l'absence de toute mesure d'application de la disposition litigieuse que les juridictions suisses devraient d'abord examiner concrètement².

Une judiciarisation en suspens

La décision de la Cour met donc *provisoirement* un terme à la judiciarisation *stricto sensu* de la controverse, prolongeant la situation d'incertitude juridique avec laquelle doivent composer les protagonistes³. Les mobilisations autour du droit redoublent et les spécialistes de droit public sont plus que jamais enrôlés dans des polémiques fortement juridicisées : les publications scientifiques et les colloques se comptent par dizaines. L'anticipation de décisions judiciaires futures génère alors de nombreuses discussions dans les médias, mais aussi dans l'arène académique du droit savant, ainsi que dans les milieux politiques et parlementaires. Cette multisectorialisation de la controverse se manifeste en particulier lorsque des personnalités du « Club helvétique », à l'intersection de différents champs (politique, universitaire, juridique, médiatique et littéraire), annoncent « soutenir toutes les actions visant à ce que les initiatives populaires violant les droits humains intangibles ne soient pas soumises au peuple »⁴. Des parlementaires proposent de modifier les règles relatives à la validité des initiatives populaires et de nombreuses prises de position dénoncent le « populisme » de l'UDC et son « instrumentalisation » des droits populaires, qui « dénature » la démocratie au détriment de l'État de droit et des libertés fondamentales. Ainsi, peu après le scrutin, on pouvait lire dans un hebdomadaire romand un article intitulé « La démocratie en péril », insistant sur le fait que « la démocratie n'est pas la dictature de la majorité, mais le respect de l'État de droit »⁵. La thématique du « péril » devient récurrente et les propositions de réforme des droits populaires se multiplient. Ainsi un professeur de droit soutient-il que la démocratie implique non pas d'abord les droits politiques (élection, initiative et référendum), mais le principe de la séparation des pouvoirs, qui « constitue la seule caractéristique essentielle permettant de qualifier un régime politique de démocratique »⁶. Cette position se diffuse largement et ses plus ardents défenseurs se recrutent surtout auprès de personnalités pourtant reconnues pour incarner le courant « participationniste », très favorable dans d'autres contextes (comme celui de la révision totale de la Constitution fédérale) à un élargissement de la démocratie directe. Cette fois-ci, il s'agirait de l'« encadrer » en soumettant les initiatives populaires à un contrôle *judiciaire* (et plus seulement politique) de leur

1. « Minarets. La Suisse plaide l'irrecevabilité à Strasbourg », *Le Temps*, 16 septembre 2010.

2. *Ouardiri c. Suisse et Ligue des musulmans de Suisse et autres c. Suisse* du 28 juin 2011.

3. Sur cet aspect, voir l'analyse de Jean-François Flauss, « L'interdiction des minarets devant la Cour européenne des droits de l'homme : petit exercice de simulation contentieuse », *Recueil Dalloz*, 8, 2010, p. 452-455.

4. « Les intellectuels font un retour remarqué dans le débat politique », *Le Temps*, 22 décembre 2009.

5. *L'Hebdo*, 10 décembre 2009.

6. Jean-Daniel Delley, « Quand le peuple souverain met la démocratie en péril », *Domaine public*, 1891, 29 novembre 2010.

compatibilité avec les droits fondamentaux (et non plus avec les seules règles impératives du droit international).

La position du Conseil fédéral reste prudente à l'égard de ces propositions, comme l'atteste la ministre Calmy-Rey s'exprimant peu après le scrutin :

« Si vous allez au bout de ce raisonnement, vous arrivez à la conclusion qu'il faut supprimer la démocratie participative, l'encadrer, bref la remettre en cause. Personne ne le souhaite. »¹

Sommé de se positionner plus clairement, le gouvernement tergiverse. Il publie en mars 2010 un volumineux rapport², à nouveau très focalisé sur les dimensions juridiques de cet enjeu politique, dans lequel, prudent, il ne propose aucune modification de la pratique :

« Toute tentative d'introduire des limites plus strictes à la validité ou à la mise en œuvre des initiatives populaires générerait des problèmes tant juridiques que politiques. »

Un rapport additionnel³ est produit un an plus tard, qui évoque toutefois la possibilité d'invalider les initiatives populaires en cas de « violation de l'essence des droits fondamentaux », notion probablement aussi imprécise que celle de « droit international impératif », tout en préconisant des mesures visant à améliorer l'information des citoyens (publication d'un avis de droit officiel) sur la contrariété éventuelle des initiatives avec les droits fondamentaux. La première mesure, ainsi que celle (que ne soutient pas le Conseil fédéral à ce jour) consistant à confier au Tribunal fédéral la compétence d'invalider les initiatives populaires, impliqueraient de réviser la Constitution fédérale. L'obstacle est important et explique largement la réticence gouvernementale et des parlementaires dans leur majorité, qui anticipent d'ores et déjà les aléas d'un verdict populaire opposant les « juges étrangers » aux institutions sacralisées de la « démocratie directe ». Cette réticence se manifeste d'autant plus que tous les projets d'étendre la juridiction constitutionnelle en Suisse ont été rejetés au niveau parlementaire ces trente dernières années.

Mais plus largement, une éventuelle révision constitutionnelle se heurterait probablement à de puissantes résistances, à l'image de celles qui, au lendemain du scrutin sur les minarets, se sont exprimées pour défendre les institutions de la démocratie directe. Ainsi, exemple parmi d'autres, cet éditorial considérant ce scrutin comme un « sursaut de révolte contre la pensée unique » :

« Certains considèrent le résultat des urnes comme une atteinte à la démocratie. Là, ils ont tort [...]. Quelques chantres de la démocratie directe vont jusqu'à demander aujourd'hui l'arbitrage étranger. Quitte à soulever les urnes dépouillées pour les renverser sur la table des juges de Strasbourg. Quelle que soit l'amertume ou le sentiment d'injustice éprouvés au lendemain du vote, aucune valeur supérieure du "bien" n'autorise quiconque à remettre en question la *vox populi*. En âme et conscience, de nombreux suisses ont voté. Et personne n'a le droit, ici ou ailleurs, de prétendre qu'ils se sont trompés. »⁴

Or, le terrain de la démocratie directe est celui que privilégie l'UDC. Certes, les urnes ne lui sont pas toujours favorables, mais l'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels » est

1. « Micheline Calmy-Rey : le vote suisse réveille des vocations anti-islamistes », *Le Monde*, 4 décembre 2009.

2. *Feuille fédérale*, 2010, p. 2067-2143, ici p. 2143.

3. *Feuille fédérale*, 2011, p. 1-45.

4. « Pas de mépris pour la *vox populi* », *24 Heures*, 3 décembre 2009.

acceptée un an après celle sur les minarets et soulève les mêmes controverses à propos de sa compatibilité avec la Convention. La législation d'application de cette initiative n'étant pas encore adoptée, l'UDC a d'ores et déjà lancé une nouvelle initiative « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels », dite initiative de « mise en œuvre », destinée à « obliger la Berne fédérale de respecter enfin la volonté du peuple et d'appliquer sans discuter l'initiative sur le renvoi »¹. En réaction aux propositions de faire contrôler la validité des initiatives populaire par une instance judiciaire, l'UDC menace de lancer une initiative populaire « pour que toutes les initiatives populaires soient jugées recevables ».

Cet activisme de l'UDC, explicitement orienté contre les décisions de justice et l'extension des compétences des tribunaux, trouve de nombreux relais médiatiques. Évoquant un dossier de la *Weltwoche*, quotidien proche de l'UDC, *Le Temps* consacre un article au titre évocateur « L'UDC tire au canon sur les juges »². Réagissant à un arrêt du Tribunal fédéral privilégiant l'application de la Convention sur la disposition constitutionnelle relative à l'expulsion des étrangers criminels³, Christoph Blocher a lui-même lancé une polémique très vive dans la presse alémanique. Pour le *leader* de l'UDC, certains « milieux », le Tribunal fédéral et la science juridique, cherchent à « superposer les vagues dispositions du droit international public au droit national ». En se plaçant « au-dessus de la Constitution », les juges fédéraux auraient violé la Constitution et le pouvoir que celle-ci confère au peuple en cas de révision : « Il s'agit ni plus ni moins d'un coup d'État silencieux », fomenté par une classe politique soucieuse « d'écarter le peuple ». Et de conclure :

« Le Tribunal fédéral et l'administration semblent avoir oublié que dans un État de droit il ne s'agit pas seulement de se demander quel est le droit juste, mais aussi et même surtout qui est le législateur. Pour la Suisse, les choses sont claires : le constituant suprême du pays, c'est le souverain, donc le peuple et les cantons. Tous les organes de l'État doivent respecter ce principe. »⁴

En définitive, ces nombreuses prises de position, très polarisées dans l'ensemble, partagent une vision commune des droits populaires comme expression de la volonté du peuple. Par-delà cette croyance éminemment contraignante en regard de la vision quasi mythifiée de la démocratie helvétique, le débat actualise aussi les intérêts en présence : limiter les usages de l'initiative et du référendum pour contrecarrer l'action de l'UDC sur le terrain de la démocratie directe ; favoriser au contraire son expansion comme instrument de conquête du pouvoir. Les commentateurs de tous bords ne peuvent échapper à cet enjeu auquel ils contribuent et dans lequel ils sont littéralement pris au point de rester muets, le plus souvent, sur l'analyse des clivages pratiques sous-jacents à ce débat⁵.

*

* *

1. <<http://www.initiative-de-mise-en-œuvre.ch/texte/index.html>> (consulté le 18 octobre 2013).

2. *Le Temps*, 22 novembre 2010.

3. ATF, 2C.828/2011 du 12 octobre 2012.

4. Christoph Blocher, « Les manigances des juges pour mettre la Suisse sous le joug », *Le Temps*, 22 mars 2013, traduction de sa tribune dans la *Neue Zürcher Zeitung*, accompagnée d'une réplique d'un ancien juge au Tribunal fédéral, Claude Rouiller.

5. Sur cette problématique, cf. Daniel Gaxie, « Les partis politiques et les modes de scrutin en France (1985-86). Croyances et intérêts », dans Serge Noiret (dir.), *Stratégies politiques et réformes électorales. Aux origines des modes de scrutin aux XIX^e et XX^e siècles*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, p. 423-449.

La controverse étudiée ici confirme la thèse d'une réactivation des conflits liés à la régulation publique du religieux depuis les années 1990 en Europe. La « paix religieuse » inscrite dans la Constitution suisse est désormais rompue par des acteurs politiques souverainistes qui, avec l'initiative populaire, disposent d'un puissant instrument de promotion de leur cause. Les initiants font reconnaître, au nom du peuple, un coup de force symbolique contre une minorité religieuse, qui a l'apparence du respect des formes démocratiques et qui est alors susceptible d'être rejoué sur des enjeux analogues : une initiative populaire constitutionnelle visant à interdire le port de la *burqa* a été approuvée dans le canton du Tessin en 2013 et des législations visant à interdire le port du foulard à l'école sont actuellement en préparation dans plusieurs cantons. Le Tribunal fédéral en sera probablement saisi dans un proche avenir¹. Le sera-t-il que sa décision pourra être combattue par une initiative populaire des souverainistes, menace également opposable à une décision de la CEDH à propos des minarets ou à tout projet de révision de la Constitution prévoyant la primauté des droits fondamentaux reconnus internationalement. La question reste donc ouverte de savoir « qui aura le dernier mot » à propos des minarets et plus largement de la suprématie du droit international sur le droit national de rang constitutionnel.

En ce qui concerne le phénomène de judiciarisation, cette étude de cas invite à prêter une attention particulière à la *configuration institutionnelle* dans laquelle évoluent les acteurs et à nuancer le constat effectué dans d'autres situations nationales d'une expansion du pouvoir des juges en la matière et donc l'émergence d'un nouveau modèle de régulation des questions afférant aux pratiques religieuses. En Suisse, l'intervention de la justice dans ce domaine est en effet très ancienne. Le Tribunal fédéral (à l'image de la Cour suprême aux États-Unis) a produit une importante jurisprudence depuis la fin du 19^e siècle, contribuant à définir, préciser et circonscrire le périmètre des principes garantis par la Constitution fédérale de 1848 et étendus en 1874 (liberté de croyance et de conscience, libre exercice des cultes), notamment en regard de leur compatibilité avec les différents régimes cantonaux de régulation des relations entre l'État et les communautés religieuses. De longue date, les spécialistes de droit public ont participé de la consolidation de cette jurisprudence et leur expertise est largement sollicitée par les pouvoirs publics, comme l'attestent les très nombreux messages du Conseil fédéral touchant les questions religieuses, ainsi que la teneur des débats parlementaires à ce sujet. L'adhésion de la Suisse en 1974 à la Convention européenne des droits de l'Homme a sans doute amplifié le processus de judiciarisation de l'action publique, notamment en amenant progressivement le Tribunal fédéral, sur la base d'une jurisprudence d'abord incertaine, à vérifier la conformité des lois fédérales à la Convention et à d'autres traités internationaux conclus dans le domaine des droits de l'homme. La question d'un tel contrôle sur les dispositions de la Constitution fédérale demeure à ce jour ouverte sur le plan judiciaire, mobilise la doctrine publiciste et suscite sur le plan politique de très nombreuses controverses dont les protagonistes, en anticipant les possibles décisions de la Cour de Strasbourg, opposent les juges étrangers aux droits populaires, comme nous l'avons souligné à propos du conflit sur les minarets.

Pour autant, nous avons insisté sur le fait que, par-delà les spécificités du cas considéré, l'analyse de la judiciarisation de l'action publique ne saurait se réduire à ce seul constat de l'expansion du pouvoir judiciaire, mais qu'il convenait aussi de l'envisager sous l'angle d'une

1. Dans un arrêt rendu le 11 juillet 2013 (ATF 2C_794/2012), le Tribunal fédéral a estimé que l'interdiction du foulard pour les élèves de l'école obligatoire devait reposer sur une base légale cantonale, sans toutefois se prononcer sur le fond, se montrant très divisé sur les conditions d'admissibilité d'une telle interdiction en regard de la liberté religieuse.

transformation des règles du jeu politique induite, non sans résistances, par l'anticipation des décisions de justice dans l'arène parlementaire et, plus largement, dans l'espace public. Si, d'un côté, il est pertinent d'étudier le phénomène sous l'angle de la place et du rôle des juges dans un processus décisionnel, de l'autre, notre analyse invite à rendre compte des effets de cette présence judiciaire dans les échanges politiques. Parce qu'elle procède d'un allongement des chaînes d'interdépendances, la judiciarisation gagne à être analysée dans une perspective relationnelle et processuelle comme le produit des relations entre une pluralité d'acteurs concourant, pour des motifs variés, voire opposés, à la production de l'action publique. Phénomène composite et polymorphe, la judiciarisation doit être saisie d'une façon contextualisée, en relation avec d'autres processus de vaste portée (politisation, médiatisation, managérialisation, etc.). L'analyse ne saurait donc se réduire, selon un biais stratégeste, souvent normatif, aux rivalités entre partisans et adversaires du « pouvoir des juges ». C'est ce que nous avons essayé de montrer dans cette étude de cas privilégiant le *modus operandi* de la judiciarisation. Entre 2005 et 2009, la controverse procède d'une succession de séquences dont les acteurs, les justifications et les logiques d'action varient selon les espaces sociaux traversés (politique, juridique, médiatique, académique, religieux, diplomatique). De la récolte des signatures à la majorité sortie des urnes, et contre toute attente, cet appel au peuple va « prendre », *via* une série d'opérations de requalification (le litige est municipal, cantonal, fédéral et relève tour à tour du droit de la construction, de la liberté religieuse, du droit international, du *jus cogens* ou de la volonté du « souverain ») et de cadrages fortement juridicisés, tributaires de la marge de manœuvre dont les compétiteurs estiment disposer, à tort ou à raison, eu égard aux règles du jeu codifiées dans la Constitution. En Suisse comme ailleurs, l'incertitude normative imprègne la teneur des échanges politiques. Le répertoire juridique est donc d'autant plus mobilisé, notamment *via* les publicistes, que les dispositions incriminées, floues, contradictoires, voire même lacunaires, sont marquées par une importante plasticité interprétative. Selon leurs positions, leurs ressources, leur rapport au droit et les contextes, les acteurs sociaux se sentent différemment tenus par le droit. Certains ne se contentent pas d'attendre que les juges se prononcent, ils peuvent les saisir et, dans certains cas, les contourner et même les dessaisir. Ces jeux autour de la conformité apparente au droit passent par des usages et des croyances pour le moins variables qui nourrissent les ressorts sociaux très hétérogènes de la judiciarisation.

— Hervé Rayner et Bernard Voutat —

Maître d'enseignement et de recherche à l'Institut d'études politiques internationales de l'Université de Lausanne et membre du Crapul (Centre de recherche sur l'action politique de l'Université de Lausanne), **Hervé Rayner** est l'auteur de plusieurs publications sur les scandales, ainsi que sur les institutions politiques suisses et italiennes. Ses publications et activités de recherche sont présentées sur le site de l'Unil : <<http://www.unil.ch/unisciences/HerveRayner>> (Université de Lausanne, IEPI, Géopolis, 1015 Lausanne, Suisse <herve.rayner@unil.ch>).

Professeur de science politique à l'Institut d'études politiques et internationales de l'Université de Lausanne et membre du Crapul (Centre de recherche sur l'action politique de l'Université de Lausanne), **Bernard Voutat** y enseigne le droit constitutionnel comparé et la sociologie des institutions politiques. Ses travaux portent notamment sur la relation entre droit et politique. Ses publications et activités de recherche sont présentées sur le site de l'Unil : <<http://www.unil.ch/unisciences/BernardVoutat>> (Université de Lausanne, IEPI, Géopolis, 1015 Lausanne, Suisse <bernard.voutat@unil.ch>).