

## L'avis de l'expert

## Les droits populaires, un défi pour la globalisation

Durant les 150 dernières années de développement de l'Etat fédéral, la démocratie directe a été un instrument d'opposition contre les instances gouvernantes. Aujourd'hui, le peuple suisse, maître à bord, n'entend pas rester à l'écart des questions de politique extérieure

Les droits populaires ressemblent à un terrain de football sur lequel de nombreuses transformations sont en cours. Les confrontations politiques autour de la démocratie directe se sont durcies – accompagnées de nombreuses fautes de la part des joueurs – et débouchent souvent sur un résultat inattendu. Avec l'internationalisation du droit, ce terrain s'est considérablement élargi. Il est devenu difficile d'en obtenir une vue d'ensemble, ce qui provoque un certain désarroi. De plus, les règles du jeu se voient modifiées sans grande réflexion autour des conséquences de ces changements. Les droits populaires et leurs règles de jeu sont controversés. Certains matches de ces dix dernières années incitent à la réflexion.

Le premier d'entre eux est le match annulé. C'est ce que le parlement nous a concocté il y a une bonne dizaine d'années. Dans le sillage de la révision totale de la Constitution fédérale, la réforme des droits populaires a été mûrement réfléchi, mais ajournée. Cependant, en 2003, on a pris deux mesures précipitées. La première a été l'extension du référendum en matière de traités internationaux, la seconde, l'adoption de l'initiative populaire générale. Cette dernière est née parce que le parlement dans sa majorité a rejeté l'initiative législative, tout en voulant tout de même se montrer favorable au peuple. Il en est ressorti un instrument intermédiaire entre une motion populaire, une initiative législative et une initiative constitutionnelle dont personne ne savait l'objectif précis. Le peuple et les cantons ont dit oui au projet en pensant qu'il était toujours bon d'acquiescer un droit supplémentaire.

En 1905, un traité international conclu par le Conseil fédéral restait valable même lorsque le parlement le rejetait. Impensable aujourd'hui!

Dès lors, le Conseil fédéral a dû bricoler une loi permettant son application. Mais il s'est avéré que le nouvel instrument était trop compliqué, trop incommode et inadéquat dans la pratique. Le parlement l'a compris et a fait demi-tour: il n'est pas entré en matière sur la loi et a proposé en 2006 la suppression de l'initiative populaire générale adoptée quelques années plus tôt. Et là, l'impensable s'est produit: le peuple a renoncé à un droit dont il n'avait jamais eu besoin et cela au double sens du mot.

Le deuxième match est celui de la confusion. Il concerne le référendum facultatif en matière de traités internationaux. Depuis son extension en 2003, il s'applique à tous les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. La confusion dans son application est générée par trois termes, à savoir «tous», «importantes» et «fixant les règles de droit». Cette confusion a transpiré en 2009 à l'occasion des différents traités de double imposition que la Suisse a dû conclure en très peu de temps avec 12 pays, afin de sortir de la liste grise de l'OCDE.

Fallait-il alors soumettre à référendum chacun des 12 traités ou uniquement la première tranche d'entre eux? La question était controversée. Un article de la NZZ du 2 septembre 2009 montre bien l'ampleur de la confusion. Cet article raconte que le président de la Confédération de l'époque, Hans-Rudolf Merz, a d'abord expliqué que chacun des traités devait être soumis au référendum facultatif avant de revenir sur cette déclaration quelques minutes plus tard.

Dans cette controverse, le mot «important» s'est avéré, lui aussi, opaque. Lors des consultations sur l'extension du référendum en matière de traités internationaux, le conseiller fédéral Christoph Blocher, qui se trouvait à l'époque à la tête du Département fédéral de justice et police, avait déclaré que deux éléments définissaient l'importance d'une règle: à savoir son importance dans le contexte du droit national, et l'importance qui découle de la nouveauté d'une obligation internationale. La conclusion tombait sous le sens, qu'après l'adoption du premier traité, la deuxième série de traités de même contenu ne comporterait aucune nouvelle obligation. Dès lors seul le premier, parmi plusieurs traités standards, serait soumis au référendum. Mais politiquement, tout ceci reste encore obscur, et l'UDC pense peut-être que ces mots de Christoph Blocher ne comptent pas parmi les plus heureux qu'il ait prononcés.

Le troisième match, celui des fautes ou des supposées fautes, a fait les gros titres. Ces dernières années, plusieurs initiatives populaires entachées de fautes ont abouti avec succès:



**Wolf Linder**

Professeur émérite de sciences politiques à l'Université de Berne

l'initiative pour l'internement à vie des délinquants sexuels ou violents, l'initiative pour le renvoi des étrangers criminels et l'initiative contre la construction des minarets se trouvent toutes trois dans la zone grise de compatibilité avec le droit international. Cette situation a provoqué une controverse sur les règles à fixer pour permettre à l'avenir l'annulation des initiatives suspectes de faute, controverse qui se poursuit encore.

Trois positions au moins sont à identifier: la première pense qu'il n'est pas concevable de «fermer la gueule» du peuple souverain, ni d'interdire à son équipe de faire des plaquages. La deuxième exige un nouvel arbitre ou un sifflet plus sonore pour l'arbitre présumé impartial. Et la troisième enfin demande que l'on interdise par coup de sifflet final tous les jeux susceptibles de présenter un risque élevé de fautes.

Quant au quatrième match, celui où l'équipe joue avec le feu, il s'illustre par l'initiative de l'ASIN intitulée «Les traités internationaux devant le peuple». Selon cette initiative, les traités internationaux dans «les domaines importants» devraient obligatoirement être soumis à l'approbation du peuple et des cantons. La majorité du peuple et des cantons devrait en outre être nécessaire pour toute nouvelle dépense unique de plus d'un milliard de francs ou pour toutes les dépenses récurrentes de plus de 100 millions de francs. Le système actuel en serait entièrement chamboulé. L'adoption de cette initiative signifierait l'introduction d'un référendum financier, que le droit national ne connaît pas. L'équivoque expression «domaines importants» pourrait, au cas où le parlement en élargirait l'interprétation, transformer le référendum en un plébiscite douteux.

Mais surtout, dans tous les jeux se déroulant sur le terrain du «droit international», la double majorité d'un référendum constitutionnel serait nécessaire. Politiquement, cette condition conduirait à une dévalorisation du principe démocratique et à une revalorisation du principe du fédéralisme. L'expérience a montré que pour les questions de politique extérieure, il ne faut pas atteindre 50, mais 55 voire 60% de oui du peuple pour pouvoir également compter sur la majorité des cantons. Dans les matches se déroulant sur le terrain du droit international, l'une des équipes pourrait donc jouer avec un ou deux joueurs de plus, ou bien aurait le droit de tirer dans des buts plus larges que l'autre équipe. Le parlement recommande le rejet de cette initiative, mais songe à un contre-projet. Cependant, cette dernière idée elle aussi implique que l'on joue avec le feu.

Sans doute le défi le plus difficile, et toujours pas relevé à l'heure actuelle, se situe dans l'adaptation des droits populaires à l'internationalisation du droit et de la politique. Jusqu'au premier élargissement du référendum en matière de traités internationaux, en 1977, on pouvait dire en simplifiant que la participation directe du peuple se limitait aux questions de politique intérieure, alors que la politique extérieure appartenait au domaine réservé du Conseil fédéral et du parlement. La globalisation et l'internationalisation rendent illusoire cette séparation. Quiconque conçoit la démocratie directe comme un élément essentiel de notre Etat ne peut se fermer à la légitime requête d'une extension des droits populaires au droit international.

Toutefois, le match de la politique internationale diffère fortement de celui de la politique intérieure. Le monde international des Etats est un monde égoïste où chaque gouvernement doit tenter de défendre ses propres intérêts, et cela avec toutes les forces dont il dispose. C'est pourquoi de nombreux Etats donnent au gouvernement les pleins pouvoirs en matière de politique extérieure et limitent le droit de participation du parlement. Cette conception héritée du XIXe siècle a également déteint sur la Suisse.

Ainsi peut-on lire, dans le commentaire de la Constitution émis par Walther Burckhardt en 1905, qu'un traité international conclu par le Conseil fédéral restait valable même lorsque le parlement refusait de l'approuver. Mais c'est une conception que l'on ne peut même plus imaginer aujourd'hui car nous nous trouvons à l'extrême opposé du spectre: outre la participation du parlement, suite à l'extension en 2003 du référendum en matière de traités internationaux, le peuple et les cantons sont associés à tous les traités importants de politique extérieure.

De plus, l'initiative de l'ASIN ambitionne une participation encore plus forte du peuple et des cantons, qui va au-delà de celle qui s'applique en matière de droit national. Et là, les initiants oublient et évincent le fait que l'élargissement des droits populaires en matière de politique extérieure fait courir le risque majeur d'un

affaiblissement de la capacité de négociation du Conseil fédéral au niveau international. La raison en est simple: dans le cadre du droit national, le référendum suscite un dialogue entre les autorités et le peuple. Si le peuple dit non, le Conseil fédéral peut toujours présenter un nouveau projet. Dans le cadre de la politique étrangère, en revanche, un tiers vient s'immiscer, un autre Etat ou une organisation internationale. Cette différence essentielle se fait jour lorsqu'un traité international est rejeté: le tiers est entièrement libre de décider s'il souhaite renégocier ou non le traité ainsi rendu caduc.

Après une première ronde de négociations, tout peut s'arrêter simplement parce que l'autre Etat n'a aucun intérêt à renégocier encore. Et si plusieurs traités sont rejetés, ce partenaire international peut se garder de perdre trop de temps dans des pourparlers avec le gouvernement helvétique parce qu'il sait que ce gouvernement n'a pas le pouvoir de garantir que le résultat de la négociation sera valable. Ce risque n'est heureusement pas avéré pour l'instant. Mais nous en aurions eu un aperçu dans le cas où l'initiative de l'UDC en faveur d'une renégociation des accords bilatéraux aurait abouti. Et en cas d'acceptation de l'initiative de l'ASIN, les juristes estiment à plus d'une dizaine les traités de droit international qui devraient chaque année être approuvés par le peuple et les cantons.

Le Conseil fédéral et le parlement doivent-ils gratifier l'initiative de l'ASIN d'un contre-projet qui irait au-delà de l'actuel référendum en matière de traités internationaux? On peut en douter. Certes, il existe de bons arguments en faveur d'un «parallélisme», visant à garantir les mêmes chances de participation du peuple dans le droit national et international. Cependant, cette équation est incomplète: en droit international, on ne peut avoir plus de démocratie directe sans courir le risque d'un affaiblissement de la position du gouvernement dans les négociations internationales. Et le fait que l'ASIN, qui veut pourtant la plus grande indépendance possible pour la Suisse, exige encore plus de démocratie que nous n'en avons déjà, apparaît comme une éclatante contradiction.

Le deuxième problème, non moins important que le premier, concerne le maniement des initiatives populaires dans la zone grise de collision avec le droit international. Ici, toute une armée de juristes proposent l'examen élargi des initiatives populaires par une juridiction constitutionnelle. Grâce à quoi, non seulement leur incompatibilité avec les dispositions fondamentales des droits de l'homme, comme l'interdiction de l'esclavage et de la torture, mais aussi leur incompatibilité avec le domaine élargi du droit international, pourraient entraîner leur nullité. Du point de vue du politologue, cette proposition n'est pas convaincante. Les collisions entre les initiatives populaires d'une part et la constitutionnalité ou le droit international d'autre part, sont inévitables. La question est juste de savoir comment résoudre ces collisions: juridiquement ou politiquement.

Et en cas d'acceptation de l'initiative de l'ASIN, plus d'une dizaine de traités de droit international devraient chaque année être approuvés par le peuple et les cantons

En cas de doute concernant la validité des initiatives populaires, la tradition suisse a toujours tranché en faveur des solutions politiques. La culture politique de la Suisse veut que la décision issue de la démocratie directe possède une plus grande légitimité que celle décollant du juge. Cette tradition a limité les compétences de la juridiction constitutionnelle en Suisse et a amené le Tribunal fédéral à une retenue dans l'examen de la constitutionnalité du droit cantonal. Par le passé, la Suisse s'est toujours montrée satisfaite de ce processus de décision politique ouvert et démocratique. Rien n'empêche de l'appliquer également aux questions relatives au droit international ou même sur le terrain des droits de l'homme. La question de savoir jusqu'où la Convention européenne des droits de l'homme prévaudra et dans quelle mesure elle pourra corriger la législation des différents pays européens ne peut pas être tranchée simplement de manière juridique et dogmatique. D'une part, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a sensiblement étendu le domaine d'application de ces droits; d'autre part, cette extension a engendré des critiques contre la tendance à instaurer un pouvoir suprême des juges à la

faible légitimité, et contre l'abrogation des lois parlementaires des pays membres de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

Par exemple, à l'étranger, dans une récente résolution déposée auprès de la CEDH, la Chambre des communes britannique s'est insurgée contre la limitation de ses prérogatives. En Suisse, l'ancien président du Tribunal fédéral Martin Schubarth n'a pas été le seul à critiquer l'absence de contextualisation de la jurisprudence de Strasbourg: l'actuel Tribunal fédéral non plus ne se montre pas entièrement satisfait de certaines décisions de la CEDH. Là, on se heurte à des questions ouvertes de politique juridique.

Sous de tels auspices, la proposition visant à limiter l'examen futur des initiatives populaires par un examen préliminaire au moment de leur dépôt, tout en exigeant que le résultat en soit publié et qu'il figure sur la feuille de signature est à saluer. Une telle solution n'interdit pas a priori une initiative populaire soulevant des doutes, mais permet la réflexion juridique dès le tout début du processus politique. D'une part, elle contribue à la transparence exigée par le jeu démocratique et indispensable à la formation de l'opinion des citoyens, d'autre part elle engage la responsabilité des groupes soutenant une telle initiative malgré les doutes juridiques qu'elle soulève. Cela n'empêchera pas qu'une initiative se situant dans la zone grise parvienne jusqu'aux urnes, y soit couronnée de succès et finisse tout de même par atterrir devant un tribunal européen.

L'élargissement des droits populaires en matière de politique extérieure risque d'affaiblir la capacité de négociation du Conseil fédéral

Le conflit autour de la portée de la CEDH est finalement décidé sur la scène internationale, mais reste ouvert d'un point de vue de politique juridique. Bien évidemment, le cas peut également échouer devant les instances européennes, avec toutes les conséquences soulignées par l'examen préliminaire. Cette solution ne montre pas seulement la portée, mais également les limites de la tradition juridique suisse qui décerne la plus haute légitimité juridique non pas au juge, mais à la décision du peuple.

L'internationalisation du droit restera longtemps encore un défi insolite pour la démocratie directe. En ce qui concerne les nouvelles règles du jeu et les nouveaux droits populaires, pour l'instant, nous n'avons pas vraiment relevé ce défi, ainsi que l'ont démontré les différents matches décrits plus haut, avec ces matches annulés, ces jeux confus et ces équipes qui jouent avec le feu. Une plus grande attention et circonspection du parlement à l'occasion du renouvellement des droits populaires serait souhaitable. Un examen comparatif de la manière dont les autres pays européens s'y prennent pour préserver leur propre tradition juridique pourrait aussi s'avérer une aide précieuse.

Cela signifie de ne pas s'accrocher mordicus au statu quo. Au contraire: la tradition doit être repensée. Durant les 150 dernières années de développement de l'Etat fédéral, les droits populaires ont servi à l'opposition d'instrument contre le gouvernement et le parlement. Avec l'internationalisation du droit, ils se muent en une sorte de droit d'opposition contre la globalisation. La globalisation crée de nouveaux conflits d'intérêt, de nouvelles hiérarchisations sociales et à côté des gagnants, également de nombreux perdants.

Mais la politique globale, pour l'instant, ne laisse guère de place à la démocratie, ni à une alternance efficace entre le gouvernement et l'opposition. Dans ce vide démocratique, les droits populaires suisses peuvent, malgré tous les risques que j'ai évoqués, jouer un nouveau rôle – et même un rôle d'opposition. Chercher et, espérons-le, trouver ce rôle est avant tout le devoir de la politique, mais aussi une question essentielle pour les sciences politiques.

Traduit de l'allemand par Fabienne Bogadi.

Cet article a paru dans la «NZZ» du 18 juillet 2011

A lire: «Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848 bis 2007», Haupt Verlag, 2010 (non traduit).

Page personnelle de l'auteur: www.wolf-linder.ch