

La démocratie directe est-elle en danger?

La Suisse face au droit international: un arrêt du Tribunal fédéral relance la question de savoir si le peuple a vraiment toujours raison

François Modoux

La démocratie directe suisse est-elle sérieusement menacée, comme le proclame Christoph Blocher? Dans une contribution écrite publiée dans la NZZ, le champion de l'UDC a lancé une offensive contre les élus et les institutions servies par ceux-ci: le parlement, le gouvernement, la justice. Les trois pouvoirs de l'Etat sont accusés de tenir délibérément le peuple à l'écart de leurs décisions. Leur allégeance au droit international est présentée comme une trahison des intérêts suisses.

La stratégie du chef du parti national conservateur a toujours été d'opposer le peuple souverain contre la «classe politique», c'est-à-dire les parlementaires, les conseillers fédéraux, les juges. Mais le peuple a-t-il vraiment toujours raison?

C'est un débat difficile et pas nouveau, mais que la récente publication des considérants d'un arrêt du Tribunal fédéral daté du 12 octobre 2012 relance sur de nouvelles bases. Il faut se demander si cet arrêt n'a pas une portée historique. Non seulement par le verdict des juges qui a limité les pouvoirs du souverain, mais aussi

par le rôle qu'ils ont assumé: le Tribunal fédéral a laissé entendre qu'il pourrait contrôler la validité d'une norme adoptée par le souverain lors d'une votation populaire et, le cas échéant, en refuser l'application si elle contrevient au droit international.

En cas de doute concernant la validité des initiatives populaires, la tradition suisse a habituellement tranché en faveur de solutions politiques. Le politologue bernois Wolf Linder a beaucoup étudié cette question. Il a rappelé dans un essai paru dans ce journal que «la culture politique de la Suisse veut que la décision issue

de la démocratie directe possède une légitimité en principe supérieure à celle découlant du juge». C'est d'ailleurs au nom de cette tradition que les compétences constitutionnelles du Tribunal fédéral ont été limitées. Veillant à l'application uniforme du droit dans l'Etat fédéral suisse, garantissant les droits constitutionnels des citoyens, le Tribunal fédéral n'a pas à proprement parler la compétence de juger de la constitutionnalité des lois suisses.

L'arrêt controversé porte sur l'application de l'initiative populaire pour l'expulsion des étrangers criminels que le peuple suisse

a acceptée de justesse (52,5%) en novembre 2010, mais dont l'élaboration de la loi d'application a pour l'instant échoué. S'estimant flouée, l'UDC, à l'origine de l'initiative, a lancé et fait aboutir une nouvelle initiative populaire dont le texte est présenté comme la solution clés en main pour appliquer la première. C'est dire si la situation est tendue entre les pouvoirs sur ce sujet.

On est là typiquement dans la zone grise des initiatives populaires entrant en collision avec le droit international. Or les textes à ranger dans cette catégorie se multiplient. Que l'on pense à l'ini-

tiative pour l'internement à vie des délinquants sexuels ou à celle contre la construction de nouveaux minarets.

Le débat déclenché par l'arrêt du Tribunal fédéral est spécialement vif en Suisse alémanique, où l'attachement aux droits populaires est sans doute encore plus profond qu'en Suisse romande. Ce débat porte sur les principes mêmes qui régissent la démocratie et l'Etat de droit suisse. Il concerne tout le pays. C'est pourquoi *Le Temps* publie à son tour le texte de Christoph Blocher et lui oppose le point de vue de l'ancien président du Tribunal fédéral Claude Rouiller.

Les manigances des juges pour mettre la Suisse sous le joug



Christoph Blocher

Le constituant suisse, à savoir le peuple et les cantons, doit-il être mis à l'écart? Le fait est qu'on assiste actuellement à un processus conduit par la cour de justice suprême du pays, le Tribunal fédéral, ainsi que par la science juridique, en particulier les spécialistes en droit public.

Ces milieux cherchent à superposer les vagues dispositions du droit international public au droit national et n'hésitent pas à cet effet à recourir à toutes sortes d'astuces. Décrivant l'objectif de l'Etat fédéral suisse, la Constitution fédérale garantit toujours et principalement la protection de la liberté et des droits du peuple ainsi que la sauvegarde de l'indépendance et de la sécurité du pays. Le droit international public doit certes être respecté, mais il ne prime pas par principe le droit national. Le droit international impératif est l'unique barrière matérielle qui s'oppose aux initiatives populaires, donc sans doute aussi d'une manière générale aux modifications constitutionnelles. Et la Constitution fédérale ne peut être modifiée que par un arrêté du parlement fédéral qui doit être obligatoirement confirmé par le peuple et les cantons.

Dans un arrêté publié récemment, le Tribunal fédéral a ignoré ce principe: la cour suprême du pays s'est placée au-dessus de la Constitution fédérale en se référant au droit international non impératif (arrêt 2C.828/2011 du 12.10.2012). Comme on pouvait s'y attendre, l'administration fédérale a accueilli avec joie ce jugement. Le Département fédéral des affaires étrangères s'est officiellement félicité du fait que, «dans sa nouvelle jurisprudence, le Tribunal fédéral a confirmé sans réserve la primauté du droit international par rapport au droit fédéral».

C'est un fait: en octobre dernier, le Tribunal fédéral a décidé que la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), qui n'est pas impérative et donc résiliable, devait être superposée au droit national. La CEDH, qui n'a jamais été soumise à un référendum législatif obligatoire, est ainsi devenue droit constitutionnel suprême. Le Tribunal fédéral donne par ailleurs des directives claires et nettes au futur législateur, ce qui est également une nouveauté. Selon les juges de Lausanne, la CEDH a définitivement la priorité sur la Constitution fédérale. Une majorité – sans doute serrée – de juges d'une cour du TF

a invalidé la Constitution fédérale et cédé l'application du droit suisse à quelques juges de Strasbourg. Le parlement fédéral de même que le peuple et les cantons sont privés de leur pouvoir législatif dans ces domaines. Il s'agit là, ni plus, ni moins, d'un coup d'Etat silencieux.

On constate actuellement dans les trois pouvoirs de l'Etat une nette tendance à écarter les citoyennes et les citoyens de la législation directe. Un exemple: une des plus grandes aventures économiques dans laquelle s'est jamais engagée la Suisse, à savoir la réforme énergétique, est réalisée sans votation populaire. C'est oublier que, si la Suisse se porte aujourd'hui mieux que tous les autres pays, c'est précisément grâce à la participation directe des citoyens concernés. Mais la démocratie directe réduit le pouvoir de la classe politique, qui tente donc par tous les moyens d'écarter le peuple.

Le parlement, le peuple et les cantons sont privés de leur pouvoir législatif. C'est un vrai coup d'Etat silencieux

Daniel Thürer, professeur à la retraite de droit international public et de droit européen, a reçu le mandat du Conseil fédéral d'étudier les possibilités de la Suisse de répondre au souhait de l'UE d'installer des «liens institutionnels» et de «reprenre la juridiction européenne». Le résultat de cette étude est spectaculaire et c'est pourquoi je l'ai placé au centre de mon discours de l'Albisgüetli. Daniel Thürer recommande au Conseil fédéral de ne plus considérer l'UE simplement comme une «alliance d'Etats», mais d'y voir une «communauté superposée de valeurs». Et ces «valeurs» s'appliqueraient aussi à l'extérieur de l'UE. Les décisions de l'UE ne seraient rien d'autre que du droit international directement applicable – non seulement pour les membres de l'UE, mais aussi pour la Suisse. Il appartiendrait au Tribunal fédéral d'appliquer ce droit international. Mené jusqu'au bout, le raisonnement du professeur de droit signifie pour la Suisse une adhésion à l'UE par étapes sans devoir demander l'avis du constituant, soit en particulier les citoyennes et les citoyens. Un autre coup d'Etat silencieux qui évince le peuple et les cantons.

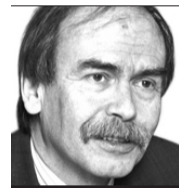
Dans l'édition du 13 février 2013 de la NZZ, Daniel Thürer a répondu à mes critiques. Malheureusement, il élude l'essentiel de ma déclaration. On aurait aimé l'entendre dire ce qu'est à son avis cette UE, mis à part cette concep-

tion pour le moins idéaliste d'une communauté de valeurs englobant quasiment le monde entier. Ne serait-il pas temps de se rendre à l'évidence que toute la structure de l'UE est diamétralement opposée au système étatique suisse basé sur la démocratie directe, le fédéralisme et l'indépendance? L'expert en droit du Conseil fédéral considère la Suisse comme une «anomalie» dans la «structure globale» par analogie à Jean-Claude Juncker, ancien président de l'Eurogroupe, qui a qualifié notre pays d'«absurdité géostratégique» en Europe. Jugeant les rapports entre la Suisse et l'UE, Daniel Thürer affirme: «Nous sommes tous dans le même bateau.» Vraiment? Les citoyennes et les citoyens suisses se sont prononcés en parfaite conscience pour leur propre bateau et leur propre cap. Bien sûr, notre bateau est aussi exposé à des vents et courants qu'il ne peut pas influencer. Mais nous le pilotons toujours nous-mêmes. Abstraction faite des erreurs et autres actes de soumission du Conseil fédéral, notre bateau s'est jusqu'ici avéré plus maniable et surtout plus efficace que le paquebot UE. Il est en tout cas inadmissible que l'on tente de dévier ce bateau de sa trajectoire en éludant la Constitution.

Tant le Tribunal fédéral que l'administration semblent avoir oublié que dans un Etat 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'Etat doivent respecter ce principe. Or, ce récent arrêt du Tribunal fédéral et l'avis de droit du professeur Daniel Thürer démontrent à l'évidence que la classe politique tente de contourner cette règle élémentaire. Cela doit être empêché.

Ancien conseiller fédéral (2004-2007), actuellement conseiller national (UDC/ZH)

Le Tribunal fédéral n'a fait que son devoir, en toute transparence



Claude Rouiller

M. Christoph Blocher ne fait pas dans la dentelle. A lire entre les lignes de sa philippique, on frissonne à la pensée que notre démocratie directe serait menacée par un complot qu'une escouade de professeurs de droit ourdirait, avec l'appui de services gouvernementaux, pour faire entrer l'Helvétie, par la petite porte, dans l'Union européenne.

Le Tribunal fédéral se serait lui-même associé à cette conspiration, ce que révélerait un arrêt du 12 octobre dernier annulant l'expulsion d'un Macédonien condamné pour violation de la loi sur les stupéfiants. Cette expulsion s'en tenait à la lettre de l'article 121 de la Constitution fédérale, modifié le 28 novembre 2010 par l'initiative pour le renvoi, qui prive automatiquement de leur titre de séjour tous les étrangers condamnés définitivement pour trafic de drogue. Vu des circonstances particulières, les juges fédéraux n'en ont pas moins estimé que le renvoi restreignait excessivement le droit de l'intéressé au respect de la vie familiale, garanti par l'article 13 de notre Constitution et par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Ils se sont largement référés à la jurisprudence rendue à Strasbourg dans ce domaine. Le même jour, ces magistrats ont en revanche confirmé le renvoi d'un complice dont la culpabilité était plus lourde et les liens avec la Suisse plus ténus.

Il sied de relever, avant toute chose, que le Tribunal fédéral n'a pas agi comme une obscure officine académique perpétrant un «coup d'Etat silencieux». Il a longuement délibéré de l'affaire en public; il a ensuite offert sa motivation à une critique durable, en la publiant dans son recueil officiel.

Rien dans la motivation de cet arrêt n'indique que le juge national se soit incliné piteusement devant le juge international pour vider les droits populaires de leur substance au profit de règles internationales non impératives. Les auteurs de l'initiative sur le renvoi ont en effet eux-mêmes laissé au législateur le soin de préciser la nature des délits qui commandent automatiquement l'expulsion de leur auteur. Comme le législateur n'y avait pas encore procédé, le Tribunal fédéral se devait d'interpréter la règle issue de l'initiative sur le renvoi de telle sorte qu'elle n'ait pas, dans le cas qu'il avait à juger, des conséquen-

ces incompatibles avec le droit à la protection de la famille.

La Constitution d'un Etat donné doit en effet constituer un ensemble cohérent et être, partant, exempté de contradictions irréductibles, ce qui ne serait pas le cas si la réalisation d'un droit fondamental était compromise par une autre disposition à effet répressif. Celle-ci devrait être interprétée conformément aux exigences du droit fondamental lésé, pour autant que son imprécision le permette.

Cette interprétation est en principe l'apanage du législateur chargé de concrétiser les règles constitutionnelles dont la mise en œuvre nécessite généralement des dispositions d'exécution. Si le législateur n'a pas, ou pas encore, procédé à cette interprétation, il appartient au juge constitutionnel de le faire, pour autant que cela se justifie pour résoudre un litige où se discute le contenu d'une liberté. En Suisse, ce devoir

La plupart des droits énumérés dans la CEDH ont été repris, souvent mot à mot, dans notre Constitution

incombe au Tribunal fédéral auquel, voici près d'un siècle et demi, le peuple et les cantons ont confié – dans des limites étroites – la mission de protéger au plus haut niveau les droits constitutionnels des citoyens. Cette mission inclut évidemment la faculté de définir le contenu de normes qui entreraient en conflit avec ces droits au point d'en compromettre la réalisation.

Le droit constitutionnel suisse comprend non seulement la Constitution fédérale, droit interne autonome adopté par le peuple et les cantons, mais aussi les traités que nous avons ratifiés et qui contiennent des droits de qualité constitutionnelle et des règles destinées à en garantir la protection juridique. Les plus connus de ces traités sont la CEDH et le Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques, qui tous deux ont leur source dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.

En interprétant conformément à la CEDH un article constitutionnel dont il constatait l'imprécision, le Tribunal fédéral a donc simplement fait son devoir. Ses juges en fussent-ils restés là, M. Blocher ne se fût guère ému, car il n'ignore pas que la plupart des droits énumérés dans la CEDH ont aujourd'hui été repris, souvent mot à mot, dans la Constitution fédérale et dans les nouvelles constitutions des cantons. Juriste éclairé, il ne se fût sans doute pas

davantage ému du poids donné à la jurisprudence européenne car, même si celle-ci limite notre liberté de gouvernement, elle émane d'une juridiction reconnue par la Suisse et non d'un de ces «juges étrangers» honnis par ses lointains ancêtres forestiers. Elle ne nous pousse d'ailleurs pas insidieusement vers l'UE, puisque la Cour européenne n'est pas un organe communautaire mais un organe de l'Europe qui réunit tous les Etats du continent.

L'interprétation de l'article 121 suffisant à annuler la mesure d'expulsion critiquée, le Tribunal fédéral n'avait pas à en dire plus. Ce qui a fait bondir le censeur, c'est que les juges ont ensuite ouvert un débat sur le rapport hiérarchique entre une norme d'un traité jamais soumis au peuple et une norme de la Constitution fédérale adoptée par le peuple et les cantons. Cette digression était inutile et périlleuse; elle est restée obscure. S'il y est rappelé que les traités ont la prééminence sur le droit suisse de rang législatif, il n'y est dit nulle part avec clarté que – hormis leurs normes impératives qui l'emportent en vertu de notre Constitution elle-même – les traités aient toujours la prééminence sur la Constitution fédérale.

On peut certes regretter que la ratification de traités internationaux contenant des normes de rang constitutionnel, telle la CEDH, n'ait pas été soumise au référendum. C'eût été logique et la juridiction de la Cour de Strasbourg en eût sans doute été mieux agréée par nos concitoyens les plus frileux, s'ils eussent perdu la votation. Mais cette cour n'en a pas moins acquis une ferme légitimité par des décennies de pratique qui ont contribué grandement au respect des droits du plus faible. C'est bien pourquoi nul, quel que soit son goût de l'aventure, ne s'aviserait d'opter pour une dénonciation des engagements pris par la Suisse en ratifiant la CEDH.

Ancien président du Tribunal fédéral et juge au Tribunal de l'Organisation internationale du travail