



HAL
open science

L'encadrement des procédés de démocratie directe : entre nécessité et opportunité

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

► **To cite this version:**

Marthe Fatin-Rouge Stefanini. L'encadrement des procédés de démocratie directe : entre nécessité et opportunité. Congrès international de droit constitutionnel – Oslo – 2014, AIDC, Jun 2014, Oslo, Norvège. 16 p. halshs-01464214

HAL Id: halshs-01464214

<https://shs.hal.science/halshs-01464214v1>

Submitted on 10 Feb 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Congrès international de droit constitutionnel – Oslo – 2014

ATELIER n° 16 : Démocratie directe

L'encadrement des procédés de démocratie directe : entre nécessité et opportunité

Par Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, Directrice de recherches au CNRS, Directrice-adjointe de l'ILF-GERJC, UMR 7318 DICE, Université d'Aix-Marseille, France

Contact : marthe.stefanini@univ-amu.fr

Encensé comme souverain en théorie, le peuple participe peu au mode normal de prise de décision politique dans la pratique. Certains grands Etats, comme les Etats-Unis ou l'Inde, ne prévoient pas de procédure de référendum au niveau national ou fédéral. Et dans une grande majorité d'Etats, même démocratiques, beaucoup le prévoient sans l'avoir utilisé ou l'utilisent très peu. Le malaise des représentants face aux procédés de démocratie directe est perceptible : Comment maîtriser l'immaîtrisable ? Comment faire participer le peuple plus souvent sans en subir les débordements ? Pourtant, la plus grande implication des citoyens dans la prise de décision politique semblerait logique face à la crise de la représentation politique et à une volonté des citoyens eux-mêmes, toujours plus instruits, de participer davantage et directement aux affaires publiques. Mieux encore, à l'ère du numérique, d'internet, des sondages d'opinion et surtout des réseaux sociaux, les citoyens ont tendance à s'inviter eux-mêmes au débat politique voire à le provoquer. Or, ces sondages et ces interventions spontanées, qui pèsent plus ou moins dans les choix politiques, ne sont aucunement entourés des garanties d'une expression démocratique. Dès lors, le référendum continue à apparaître comme un juste compromis entre les insuffisances de la démocratie représentative et le manque de légitimité démocratique des tendances et opinions exprimées sur les réseaux sociaux. Pourtant, malgré les évolutions des mentalités et les demandes sociales, le recours aux procédés de démocratie directe demeure exceptionnel. La démocratie référendaire reste « une exception dans un univers politique structuré selon une autre logique »¹, celle de la représentation, ce qui a pour effet de provoquer une certaine « défiance élitiste » à son encontre. De ce fait, dans la plupart des situations, le déclenchement du référendum reste maîtrisé par les représentants eux-mêmes, et il est rarement obligatoire si ce n'est en matière de révision constitutionnelle où cette obligation d'organiser un référendum est un peu plus fréquente. Lorsqu'il est facultatif, le recours, ou le non recours, au référendum peut facilement être instrumentalisé à d'autres fins que la seule volonté de faire participer les citoyens à la prise de décision.

Ce caractère exceptionnel tient également au fait que ce procédé n'est pas particulièrement adapté aux exigences actuelles de la prise de décision politique : dans un monde globalisé, l'Etat ne décide plus seul, les contraintes extérieures sont de plus en plus nombreuses, les décisions doivent être prises de plus en plus vite et les sujets à traiter sont de plus en plus complexes. Le référendum organisé en France en 2005 sur le Traité instituant une Constitution pour l'Europe en est une illustration. En soi, la thématique paraissait simple : poursuivre le mouvement d'intégration européenne.

¹ J.-M. Denquin, *Référendum et plébiscite : essai de théorie générale*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques », n° 52, Paris, LGDJ, 1976, p. 331.

Toutefois, le texte du Traité lui-même (contenant 448 articles ainsi que des protocoles et des déclarations annexes) n'était pas adapté aux citoyens en raison de son extrême complexité, ce qui a pu être l'un des facteurs du vote négatif exprimé lors du scrutin. Par ailleurs, l'organisation d'un référendum demande du temps, a un coût et constitue un facteur de déstabilisation potentiel pour les autorités politiques en place. Ce risque est d'ailleurs d'autant plus important que les occasions données au peuple de se prononcer directement sont rares.

Que le référendum soit voué à occuper une place plus importante ou que son utilisation demeure rarissime, cela nécessite de s'intéresser de près à la question de son contrôle. En effet, la France, par exemple, a connu, en 1962 et en 1969, des référendums inconstitutionnels qui sont devenus constitutionnels par le fait même qu'ils ont été adoptés par le peuple. Ainsi revêtus de la légitimité populaire l'inconstitutionnalité qu'ils contenaient a été effacée. Or, cette pratique semble de moins en moins admissible dans une démocratie telle qu'elle est conçue aujourd'hui, c'est-à-dire faisant apparaître d'autres valeurs à côté de la seule loi de la majorité. Avec la montée en puissance de la notion d'Etat de droit, légitimité politique et constitutionnalité voire conventionnalité sont de plus en plus souvent confrontées, ce qui soulève la question de l'encadrement des référendums et des limites, si tant est qu'il y en ait, de l'expression du peuple souverain par voie de référendum.

Tout d'abord, le terme de référendum, tel qu'il est entendu dans le cadre de cette contribution, doit être explicité. Pour chaque Etat qui prévoit des procédés de participation directe des citoyens au processus de prise de décision politique, le référendum a une signification particulière qui fait référence à un procédé clairement identifié par les textes constitutionnels, organiques ou législatifs... Ainsi, dans la Constitution suisse, le référendum au niveau fédéral désigne les procédures organisées par les articles 140 (référendum obligatoire) et 141 (référendum facultatif) prévoyant la soumission de certains textes au référendum soit parce que la Constitution l'impose (référendum obligatoire), soit à la demande d'un certain nombre de citoyens ou de cantons (référendum facultatif). Ainsi, la procédure de référendum facultatif, qui s'assimile à un référendum-veto, diffère du référendum de type abrogatif qui est organisé par l'article 75 de la Constitution italienne, par exemple. Ces procédures diffèrent toutes deux des référendums propositifs prévus par la Constitution française (article 11 al. 1 et 3), ou encore de la procédure de référendum telle qu'organisée par l'article 115 de la Constitution portugaise. Par conséquent, nous retiendrons le terme référendum dans son sens générique comme désignant toute procédure par laquelle les citoyens sont appelés à se prononcer individuellement et directement, par l'intermédiaire d'un scrutin, sur un texte, une question, un projet rédigé dans ses grandes lignes, quel que soit le nom donné à cette procédure². Cette définition s'intéresse à la votation en elle-même quelles que soient les modalités de son déclenchement. Elle se rapproche donc de celle donnée par Francis Hamon³ qui

² Ainsi, certains référendums sont qualifiés de plébiscite. Le plébiscite revêt lui-même différentes significations : il peut être synonyme d'un référendum mais déclenché par certaines autorités (le Président de la République par ex., en Colombie, art. 7, Ley 134, del 31 de mayo de 1994, sobre mecanismos de participación ciudadana), il peut désigner, en droit international, les référendums posant des questions de souveraineté (sécession ou association de territoire) ou encore il peut désigner, de manière péjorative, certains référendums dans lesquels l'autorité à l'initiative de la procédure engage sa responsabilité politique, le référendum devient alors un vote de confiance à son endroit.

³ F. Hamon, *Le référendum. Etude comparative*, 2012, 2^e éd., LGDJ, p. 17.

distingue, par ailleurs, le référendum « d'en haut » déclenché par les représentants (exécutif, législatif, minorités parlementaires, organes délibératifs des collectivités territoriales...) du référendum « d'en bas » déclenché par les citoyens eux-mêmes ; les deux modes de déclenchement étant susceptibles de coexister au sein d'une même procédure (ex. référendum facultatif de l'article 141 de la Constitution suisse).

Cet article souligne la nécessité d'un encadrement spécifique de tous les types de référendums en distinguant toutefois des degrés variables d'encadrement en fonction de l'objet même du référendum. Pour des raisons de cohérence et de place, cette étude se limite cependant aux référendums organisés au niveau national ou fédéral, ou à ceux ayant une implication nationale tels que les référendums d'autodétermination, d'autonomie ou de sécession.

L'idée soutenue dans cette analyse est que l'encadrement, s'il est nécessaire, ne doit pas conduire à une confiscation du droit des citoyens de participer à la prise de décision. Si le recours au référendum peut être règlementé, cette réglementation ne devrait pas conduire à empêcher, anéantir ou ignorer l'expression directe des citoyens (I). A l'inverse, l'encadrement du référendum est à tort perçu parfois comme un carcan alors que loin de contraindre le peuple, un certain nombre de règles permet au contraire de protéger à la fois la formation de sa volonté et son expression (II). Ce souhait de protéger le peuple peut également conduire à vouloir le protéger contre lui-même et en particulier lorsque les droits, libertés et les fondements même de la démocratie sont en jeu (III).

I – Encadrer avec mesure

L'expression référendaire, que ce soit au niveau local ou national, ne passe pas inaperçue même lorsque le scrutin organisé n'est qu'une consultation populaire donc sans effet *a priori* contraignant sur la prise de décision politique. En effet, ce scrutin fait l'objet d'une plus grande attention, puisqu'il s'agit de l'expression directe des citoyens. Au niveau national en particulier, l'expression référendaire même lorsqu'elle intervient dans le cadre prescrit par la Constitution dispose d'une légitimité bien plus grande que l'expression des représentants. Il s'agit d'une forme de « plus-value de légitimation »⁴, qui s'explique en particulier par le fait que l'ombre du peuple souverain plane sur tous les référendums organisés dans ce cadre. Ce caractère souverain entretient, en effet, une confusion permanente quant à la portée de toutes les décisions adoptées par lui directement.

Le peuple étant souverain, lui revient le droit d'intervenir à tout moment de manière spontanée dans sa qualité de pouvoir constituant originaire. De ce fait, il est complexe dans la pratique de vouloir séparer de manière étanche la fonction de peuple souverain de celle du peuple qui interviendrait en qualité de pouvoir constitué dans le cadre fixé par la Constitution. Ce peuple étant le même, la frontière est poreuse. En tant que souverain, le peuple ne peut pas être contraint par la Constitution sauf à considérer qu'il accepte lui-même ces contraintes mais qu'il peut également s'octroyer le droit de s'en abstraire en dehors des mécanismes constitutionnels prévus. Pour reprendre les termes de Patrick Taillon : « sur le plan politique et « metajuridique », l'autorité de l'expression référendaire persiste malgré tout à travers l'idée d'une souveraineté

⁴ A. Baldassare, « Referendum et legislazione », in M. Luciani et M. Volpi (dir.), *Referendum*, Libri del tempo Laterza, 1992, p. 40.

préexistante à l'ordre établi et qui s'exprime, s'il y a lieu, « en dehors » de celui-ci. Il en résulte donc une double incapacité que l'on peut résumer ainsi : bien que le peuple soit souvent incapable de s'exprimer comme pouvoir souverain dans l'ordre constitutionnel, le droit constitutionnel est néanmoins incapable d'empêcher complètement l'expression de la souveraineté du peuple « constituant originaire »⁵. Il en résulte que toute tentative de « rationalisation » de l'expression référendaire rencontre des limites dans la pratique⁶ et, en particulier, la volonté du peuple de décider d'un changement en dehors du cadre défini par la Constitution.

Cet état de fait s'accommode donc mal de l'Etat de droit qui suppose au contraire, que le peuple ne s'exprime que dans le cadre défini par les textes et qui tend à considérer comme inconstitutionnelle toute expression hors de ce cadre, fut-elle référendaire.

Encadrer le référendum, au moins *a minima* est, toutefois, comme nous le verrons, une nécessité ; mais, dans cette volonté d'encadrement, deux impératifs sont à prendre en considération :

- d'une part, cet encadrement ne doit pas aboutir à confisquer ou neutraliser le recours au référendum ;
- d'autre part, il convient de garder à l'esprit que le peuple souverain doit pouvoir sortir du cadre constitutionnel, s'il n'a pas d'autres moyens de s'exprimer.

A – Le risque d'entraver le recours au référendum

Lorsque des procédures de référendum sont prévues par la Constitution, il peut être tentant pour les représentants du peuple souverain, les pouvoirs constitués, de limiter voire de neutraliser le recours au référendum afin d'empêcher tout effet déstabilisant sur le processus de prise de décision. Cette tentation est la manifestation du paradoxe décrit plus haut : la souveraineté du peuple est proclamée mais les représentants se méfient de ce souverain difficilement maîtrisable.

Cette volonté de « rationalisation » peut se traduire par des dispositions de mises en oeuvre du référendum restreignant fortement la possibilité de recourir à celui-ci.

Cependant, doivent être distingués les cas où le recours au référendum est un droit et ceux où le référendum est une faculté laissée à la disposition des pouvoirs publics.

Dans le premier cas, les citoyens peuvent disposer d'un droit d'initiative populaire qui est dans certain cas considéré comme un véritable droit de participer aux affaires publiques, droit constitutionnellement protégé. C'est par exemple le cas des droits populaires en Suisse au niveau fédéral et cantonal, ou encore du droit d'initiative populaire en Californie. Ce droit leur permettra en particulier, si un certain nombre de conditions requises sont remplies, de présenter une proposition qui, si elle recueille un certain nombre de signatures, pourra faire l'objet d'un référendum. De même, en Suisse, un référendum peut être demandé à l'initiative des citoyens contre une loi ou un arrêté fédéral.

⁵ P. Taillon, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ?*, Dalloz, 2012, p. 480.

⁶ *Id.*, pp. 479-489.

Les citoyens suisses disposent de toute une série de recours pour violation des droits politiques au niveau fédéral et cantonal⁷ au cas où les autorités chargées de recevoir ces demandes de référendums empêcheraient une initiative ou une demande de référendum de manière abusive, ou en cas de problèmes liés à la tenue du scrutin lui-même ou aux résultats. En revanche, aucun recours n'est possible contre la décision d'irrecevabilité d'une initiative populaire au niveau fédéral.

Le second cas de figure affecte toutes les formes de référendum quel que soit leur mode de déclenchement. Lorsque ces procédés sont prévus par la Constitution notamment, la mise en œuvre de ces dispositions constitutionnelles relatives au référendum est assurée par les autorités législatives ou/et règlementaires. Ces dernières peuvent être tentées de restreindre le recours au référendum, de prévoir des modalités de mise en œuvre rendant en pratique l'aboutissement d'une initiative populaire ou l'organisation d'un référendum impossible, ou encore d'en réduire le champ d'application ou la portée. Il reviendra alors à l'autorité chargée d'assurer la conformité de ces dispositions à la Constitution de vérifier que la réglementation adoptée reste conforme à la Constitution et ne conduit pas en réalité à un empiétement sur la compétence du peuple. Certaines censures sont intervenues parfois pour atteinte au droit des citoyens de participer aux affaires publiques et, plus généralement pour non conformité à la Constitution⁸. Toutefois, les mesures encadrant l'expression du peuple sont souvent considérées comme un aménagement raisonnable des exigences constitutionnelles lorsqu'elles sont contrôlées⁹. Il en va ainsi, par exemple, des exigences de majorités renforcées, quelles qu'en soient les modalités¹⁰, qui pourtant remet en cause l'égalité de vote des citoyens et au final la souveraineté elle-même.

Encadrer le référendum sans entraver l'expression du peuple souverain, tout est question de mesure et la justice constitutionnelle doit veiller en particulier à ce que les pouvoirs du peuple, tels qu'énoncés par la Constitution, soient respectés par les autorités chargées de les mettre en œuvre.

B - La difficulté d'encadrer le peuple souverain

Il peut sembler paradoxal de proclamer d'un côté la souveraineté du peuple et d'un autre côté de ne pas prévoir de procédure de référendum ou de manière très limitée. Or de grandes démocraties, comme les Etats-Unis ou l'Allemagne, particulièrement défiants à l'encontre de ce procédé, ne prévoient pas ou pratiquement

⁷ Voir la loi fédérale sur les droits politiques et l'article 85 a de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire prévoyant un recours pour violation des droits politiques au niveau cantonal.

⁸ Ce fut le cas notamment en Italie (sentence n° 68 de 1978) en Slovaquie, en Slovaquie ou encore en Lituanie lors de l'adoption des nouvelles législations sur les référendums dans les années 1990, voir not. Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Justice constitutionnelle et démocratie référendaire*, coll. Sciences et techniques de la démocratie, 1996, n° 14. Plus récemment voir, par ex., la censure par la Cour constitutionnelle roumaine de la loi pour la modification et le complètement de la Loi no.3/2000 relative à l'organisation et au déroulement du référendum (décision n° 147/2007 du 21 février 2007).

⁹ Ex. décision de la Cour constitutionnelle de Macédoine du 26 mai 2010 considérant que l'interdiction d'organiser un nouveau référendum sur la même question avant un délai de deux ans n'est pas contraire à la Constitution.

¹⁰ Voir par ex. Cour suprême de Etats-Unis, *Town of Lockport New York c. Citizens for Community Action at a local level*, (1976), 430 US 266, pour les scrutins locaux. Voir plus généralement sur cette question, P. Taillon, *précité*, pp. 221-251.

pas de recours au référendum au niveau fédéral¹¹, même pour modifier la Constitution, alors qu'il existe au niveau des Etats et des Lander. Par ailleurs dans de nombreux Etats, le référendum est souvent facultatif et limité à l'hypothèse d'une révision de la Constitution. Cela ne signifie pas pour autant que l'expression du peuple souverain est limitée par le cadre fixé par la Constitution. On peut considérer que le peuple a accepté préalablement ce cadre en ratifiant la Constitution. Par cette ratification originale, le peuple accepte donc que son intervention soit conditionnée et ponctuelle. Toutefois, le peuple souverain doit également pouvoir sortir de ce cadre car la souveraineté du peuple ne s'épuise pas avec l'adoption de la Constitution. Or, la volonté légitime de rationalisation de l'expression référendaire, destinée notamment à éviter une forme d'anarchie, c'est-à-dire que le peuple ne surgisse à tout moment sur tout sujet de façon passionnelle comme de nombreux constituants le craignent, se heurte à cet état de fait : le peuple doit pouvoir reprendre son habit de souverain et s'exprimer lorsqu'il l'estime nécessaire. De ce fait, l'idée même de limites à l'expression du peuple souverain est difficilement concevable. Pourtant, fixer un cadre à l'intervention du peuple ne signifie pas que ce cadre ne peut pas être dépassé. Le référendum tel qu'il est organisé est inconstitutionnel mais la ratification populaire, du fait de l'expression d'une majorité, à pour effet de lever cette inconstitutionnalité. C'est ce qu'il s'est produit avec le référendum français de 1962 sur l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. La procédure suivie (référendum de l'article 11 de la Constitution) n'était pas la voie normale requise pour opérer une révision de la Constitution (procédure prévue par l'article 89 de la Constitution). Toutefois, au regard du soutien exprimé par les français quant au projet proposé, ce mode « extraordinaire » de révision de la Constitution a été validé. Le scrutin référendaire porte ainsi en lui un effet « réparateur »¹².

Cependant, cette solution est risquée pour l'Etat de droit car elle laisse la possibilité à quiconque de pouvoir s'appuyer sur une décision du peuple pour accroître ses pouvoirs et porter atteinte à certaines valeurs fondamentales proclamées par la Constitution. Aussi peut-on imaginer diverses solutions pour confirmer ce vote (réunion d'une assemblée constituante, dissolution des assemblées et provocation de nouvelles élections...) et surtout pour prévoir que des garanties minimales de formation et d'expression de la volonté du peuple soient respectées.

Se pose également le problème des référendums d'autodétermination, de sécession, d'autonomie ou d'indépendance. Seuls les référendums d'autodétermination sont reconnus par le droit international comme une expression du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes proclamé par la Charte des Nations Unies. Cependant, ce droit a rapidement été circonscrit afin de ne pas être interprété comme permettant à quelconque entité ou communauté de faire sécession au prix d'une altération du principe d'intégrité territoriale de l'Etat. D'après la résolution 1514 votée en 1960 par l'Assemblée générale des Nations Unies, ce droit ne s'applique qu'aux peuples qui ont fait l'objet d'une « subjugation, domination ou exploitation étrangère ». Il visait donc avant tout les colonies¹³.

¹¹ Voir l'hypothèse très limitée de l'article 146 de la loi fondamentale.

¹² P. Taillon, *précité*, p. 5. Voir également E.-W. Böckenförde, *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, Bruxelles/paris, Bruylant, LGDJ, 2000, p. 215.

¹³ J. Charpentier, «Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le droit international positif», *Revue québécoise de droit international* (RQDI), 1985, n° 2 p. 195 ; V. Huet, *Le principe de l'autodétermination des*

La sécession, la décision d'autonomie ou la proclamation d'indépendance suite à un référendum, sont en revanche traités comme un fait par le droit international. Tout d'abord, ce type de référendum n'exprime pas la volonté du peuple souverain si seuls les citoyens concernés se prononcent car ils ne représentent qu'une partie de ce peuple. Or, soit le processus de sécession, d'indépendance ou d'autonomie est défini par le droit constitutionnel de l'Etat dont l'entité propose de se séparer et, dans ce cas, il suivra le chemin constitutionnel tel qu'il est prédéfini, soit le droit de l'Etat ne le prévoit pas. Dans ce cas, il s'agira d'une procédure inconstitutionnelle qui peut soit tout de même être validée, du moins dans sa démarche, par l'Etat initial (cas de l'Ecosse), soit être dénoncé (référendum en Crimée dénoncé par l'Ukraine, référendum envisagé en Catalogne considéré contraire au droit espagnol).

La difficulté qui surgit alors est de savoir comment reconnaître l'expression souveraine qui permet de surmonter les obstacles constitutionnels. Qu'entend-t-on par la notion de « peuple souverain » ? A partir de quand peut-on constater et prendre en considération la volonté d'indépendance d'une partie seulement du peuple alors que le reste de la nation est attachée à son unité ? De la même façon à partir de quand peut-on considérer que le cadre constitutionnel doit céder le pas à l'expression par le peuple de sa volonté ? Seuls les faits permettent de répondre à ces questions (reconnaissance d'un nouvel Etat par la Communauté internationale valant reconnaissance de la sécession et de la déclaration d'indépendance, non remise en cause des résultats d'un référendum...). Il convient tout de même d'assurer un minimum de garanties quant à la formation de la volonté des citoyens et à son expression afin de certifier que, dans ces cas, le peuple se sera véritablement exprimé. L'encadrement *avec mesure* suppose donc également un encadrement *sur mesure* des différents types de référendum.

II – Encadrer pour protéger l'expression libre de la volonté des citoyens

Lorsque l'on parle du référendum en général, l'impression qui domine est celle d'un sujet hautement sensible, pour ne pas dire « explosif ». Le référendum se manipule avec précaution telle une matière dangereuse qui ne pourrait être utilisée sans le respect de règles de sécurité et de consignes strictes. Plus encore que les élections, le référendum est en effet un objet sensible, à la fois parce que ce procédé peut être instrumentalisé, détourné par les autorités qui le déclenchent ou les groupes d'intérêts (lobbies) qui le soutiennent ; mais également, parce que les citoyens peuvent être tentés de ne pas seulement répondre à la question qui leur est posée et d'exprimer par le biais d'un vote leur mécontentement du moment face à une situation politique générale ou leur réaction face à un problème de société. De ce fait, les enjeux liés aux résultats d'un référendum peuvent aller bien au-delà de la seule question posée. Cependant, paradoxalement, tous les Etats n'ont pas pris conscience du fait que la réglementation du référendum était un sujet à prendre au moins autant au sérieux que celui de la réglementation des élections. Ainsi, en France, et ce malgré les recommandations du Conseil constitutionnel quant à la nécessité de légiférer sur l'organisation des référendums nationaux¹⁴, les questions électorales font l'objet de plus d'attention que les questions de référendum. C'était du moins le cas jusqu'à l'introduction du référendum d'initiative minoritaire, qualifiée par le Gouvernement de référendum

peuples, L'harmattan, 2013 ; A. Pellet, « Quel avenir pour le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ? », *Liber Amicorum Jimenez de Arechaga*, Fondation de cultura universitaria, Montevideo, 1995, pp. 255-276.

¹⁴ Décision n° 2000-30 REF du 28 septembre 2000.

« d'initiative partagée » faisant l'objet d'une réglementation très stricte dans le but de « contenir » au mieux cette procédure¹⁵.

L'encadrement par des dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires des référendums doit permettre de garantir l'authenticité du choix exprimé par les votants, c'est-à-dire d'éviter que la volonté exprimée par les citoyens ne soit trahie, détournée, instrumentalisée. Il y a donc lieu de s'assurer de la sincérité du scrutin. Pour cela, deux points requièrent une vigilance particulière : d'une part, il conviendra de s'assurer notamment que la manière dont la question est posée n'est pas de nature à tromper les électeurs ou à restreindre excessivement leur liberté de vote ; d'autre part, il s'agira, comme pour les élections, de s'assurer que ni la campagne, ni les résultats n'ont été faussés.

1 - La clarté de la question posée au référendum

Bien que la clarté du référendum apparaisse comme la condition de base de la sincérité d'un scrutin référendaire dans une démocratie, cette exigence n'est pas posée par tous les systèmes juridiques qui prévoient des procédures de référendum et ne fait pas non plus l'objet d'un contrôle systématique par une autorité indépendante. Si la Constitution portugaise prévoit que tout référendum doit obéir à ces exigences de clarté vérifiées de manière préalable et obligatoire par le Tribunal constitutionnel¹⁶, la France, au contraire ne prévoit aucune disposition de ce type ni dans la Constitution, ni dans aucun texte relatif au référendum. L'exigence de clarté et de loyauté des référendums a été imposée tardivement par le Conseil constitutionnel et ne fait pas l'objet d'un contrôle systématique pratiqué avant tout référendum. Limité dans un premier temps au référendum d'autodétermination¹⁷, cette exigence a été étendue à tout référendum national à partir de 2005¹⁸. En outre, la réglementation relative au référendum d'initiative partagée, mettant en œuvre l'article 11 al. 3 de la Constitution, ne rappelle aucunement cette exigence alors que le contrôle préalable et obligatoire de ce type d'initiative a été confié au Conseil constitutionnel. En Italie, l'exigence de clarté et d'homogénéité des questions posées lors des référendums abrogatifs a été directement énoncée par la Cour constitutionnelle italienne dans le cadre du contrôle de l'admissibilité des référendums qu'elle opère¹⁹. Le respect de cette exigence est vérifié de manière systématique pour chaque proposition de référendum.

Le respect de la clarté du référendum ne fait pas forcément l'objet d'un contrôle juridictionnel préalable, comme c'est le cas en Italie ou au Portugal. C'est une mission qui peut être confiée à une commission indépendante, qui peut être chargée, par

¹⁵ Article 11 al. 3 de la Constitution mis en œuvre par la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution et loi n° 2013-1116 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution. Cette législation n'a été adoptée que fin 2013 alors que la révision de la Constitution introduisant cette procédure avait été adoptée en juillet 2008. Cela atteste une fois de plus de la méfiance des représentants vis-à-vis des référendums.

¹⁶ Plusieurs principes sont prévus par l'article 115 al. 6 de la Constitution : celui de l'unité de matière (auquel, dans sa jurisprudence, le Tribunal constitutionnel a adjoint le principe d'homogénéité, Voir not. la décision n° 531/98, du 29 juillet 1998, *Diário da República*, 1^{ère} série-A, n° 174, du 30 juillet 1998, § 12), celui de l'objectivité, de la précision et de la clarté de la question et, enfin, le caractère alternatif de la réponse.

¹⁷ Conseil constitutionnel, déc. n° 87-226 DC du 2 juin 1987, *Consultation des populations calédoniennes*.

¹⁸ Conseil constitutionnel, déc. n° 2005-31 REF du 24 mars 2005, *Hauchemaille et Meyet*.

¹⁹ Sent. n° 16 du 7 février 1978.

exemple, de veiller elle-même à faire en sorte que ce scrutin soit suffisamment clair (ex. *Referendum Commission* en Irlande²⁰).

L'exigence de clarté du référendum est à la fois une question de forme et une question de fond. Une question de forme car cette exigence suppose que la question posée au référendum soit clairement rédigée, c'est à dire en termes intelligibles et sans ambiguïté. Ex. la question posée au référendum du 24 septembre 2000 en France était la suivante : « Approuvez-vous le projet de loi constitutionnelle fixant la durée du mandat du président de la République à cinq ans ? ». De même, peuvent-être *a priori* considérées comme claires les questions suivantes : - Pour l'Irlande : « Do you approve of the proposal to amend the Constitution contained in the undermentioned Bill ? » avec le titre de la loi en question « Thirty-second Amendment of the Constitution (Abolition of Seanad Eireann) Bill 2013 » ; ou encore pour la Suisse, « Acceptez-vous l'arrêté fédéral du 19 juin 2013 concernant les soins médicaux de base ? (contre-projet direct à l'Initiative populaire « Oui à la médecine de famille » qui a été retirée) ».

Cela implique en particulier que, même si plusieurs scrutins référendaires sont organisés le même jour, les votants puissent répondre à une seule question à la fois, par un choix de préférence binaire (oui ou non). Cela implique également que le sujet soumis au référendum ait une certaine cohérence, soit de forme (ex. adoption d'un projet de révision de la Constitution, d'une proposition de loi ou encore ratification d'un traité international), soit de matière (ex. réforme de la législation sur l'interruption volontaire de grossesse), soit les deux comme cela peut être exigé pour les initiatives populaires particulièrement en Suisse. Cette exigence d'unité de forme et de matière n'est pas toujours prévue pour les référendums dits « d'en haut » (ex. elle n'existe pas en France dans le cadre du référendum de l'article 11 al. 1), mais elle semble indispensable en cas d'initiative populaire ou de référendum abrogatif, d'autant que ce dernier est souvent à l'initiative des citoyens (ex. Italie, le principe d'unité de matière a été traduit par l'exigence d'homogénéité de la question posée)²¹. Cette règle se retrouve notamment dans plusieurs Etats américains sous l'appellation de Single subject rule.

L'exigence de clarté est souvent étendue également au titre donné à la proposition soumise au référendum (Irlande, Suisse, ...).

Cette exigence à tendance à s'étendre au fond c'est à dire au contenu de la proposition soumise au référendum, car il s'agit également pour les votants de comprendre les implications de la question posée, au-delà même de la manière dont la question est rédigée. Par conséquent, la clarté et la loyauté du référendum suppose que les changements introduits à la suite du référendum, s'il est accepté, soient assez clairement identifiables. Or, plusieurs difficultés peuvent se poser à ce stade et qui comportent deux niveaux de compréhension des conséquences de l'adoption d'un référendum : les implications immédiates, d'une part et les implications plus indirectes, d'autre part.

Lorsqu'une exigence de clarté de la question est imposée, ce sont surtout les conséquences immédiates de l'adoption du référendum qui sont visées. Parfois ces conséquences immédiates sont simples : la réduction du mandat présidentiel de 7 à 5 ans, en France, provoque une élection du président de la République tous les 5 ans et

²⁰ Voir Referendum Act de 2001 : <http://www.irishstatutebook.ie/2001/en/act/pub/0053/print.html>

²¹ Voir par ex., art. 13 de la loi de 1994 sur les mécanismes de participation citoyenne en Colombie.

réduit les risques de cohabitation en alignant la durée du mandat du président de la République sur celui des députés ; la suppression du Sénat en Irlande, a pour conséquence immédiate de mettre fin au bicamérisme et d'octroyer à la seule chambre basse, l'ensemble du pouvoir législatif. Toutefois, la compréhension de ces conséquences peut se compliquer en fonction du type de référendum organisé. Ainsi, en cas de référendum abrogatif, permettant d'abroger une disposition législative, ou quelques mots à l'intérieur d'une disposition législative, la portée du contrôle prend une dimension complexe puisqu'il s'agit de s'assurer d'une bonne compréhension des implications de la norme de résultat. Or, la Cour constitutionnelle a apporté tout une série de précisions quant à la clarté et l'homogénéité de la question posée mais également la cohérence des résultats afin de ne pas tromper ou mettre en difficulté les votants, ni donner à ce type de référendum une portée positive²².

Les conséquences moins immédiates sont plus difficiles à percevoir car il est difficile de mesurer voire de prédire, comme pour toute législation adoptée ou retirée, toutes les implications que l'adoption d'un référendum peut entraîner. Ces difficultés peuvent cependant s'éclaircir sous l'effet d'une campagne électorale sincère et loyale.

2 - La sincérité de l'organisation de la campagne, du déroulement du scrutin et des résultats

L'un des intérêts de la campagne référendaire est d'informer les votants quant au choix qui leur est proposé donc, quant aux conséquences de leurs décisions. Comme en matière électorale, la campagne référendaire revêt donc une importance stratégique pour les promoteurs et les détracteurs du référendum. Elle suppose le respect des règles de loyauté, d'égalité, de pluralisme ou encore de liberté dans l'expression des opinions, ce qui pose le problème notamment du financement des campagnes référendaires. En ce qui concerne les référendums d'initiative populaire, les expériences suisse, italienne et californienne notamment, permettent de réaliser combien le déroulement d'une campagne et, surtout le soutien des lobbies, peut influencer sur les résultats du scrutin. En ce qui concerne, les référendums « d'en haut » le rôle des pouvoirs publics dans la campagne est aussi important car ceux-ci peuvent être tentés de favoriser l'une réponse. Le devoir de neutralité des autorités publiques en ce domaine est souligné par le Code de bonne conduite en matière référendaire²³. Dans un arrêt n° 486 de 2012, la Cour suprême irlandaise a, par exemple, rappelé que la campagne d'information du gouvernement organisée dans le cadre d'un référendum devait être équitable, égalitaire, impartiale et neutre lorsqu'il y a utilisation des fonds publics.

Notons également qu'une campagne électorale ne peut pas toujours suffire à elle seule à pallier le manque de clarté d'une question ou d'un projet soumis au référendum, d'autant plus lorsque ce projet est mal formulé. A ce sujet, la Cour constitutionnelle italienne et le Tribunal constitutionnel portugais ont déjà eu l'occasion de souligner que les informations échangées lors d'une campagne référendaire ne pouvaient suffire à rendre clair un référendum dont la portée est équivoque²⁴.

²² Voir notamment M. Fatin-Rouge Stéfani, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Economica, PUAM, 2004, pp. 180-186.

²³ Voir le chapitre I 2.2. a du Code.

²⁴ Cour constitutionnelle italienne, sent. n° 27 des 10 et 13 février 1981 ; Tribunal constitutionnel portugais, sent. n° 531/1998 et 704/2004.

La sincérité du scrutin lui-même suppose également le respect d'un certain nombre de règles concernant l'organisation et le déroulement du scrutin. Outre le nécessaire respect de la liberté d'expression, de réunion et d'association à des fins politiques, de circulation ou encore la liberté et le secret du vote, qui sont les conditions minimales d'un vote démocratique, ces règles concernent la manière dont sont présentés les bulletins de vote, imprimées les questions, en cas de vote papier, ou encore la manière dont se déroule le vote électronique. Quant à la sincérité des résultats, elle est assurée par la mise en place de contrôles lors de l'organisation du scrutin et de recours possibles en cas de défaillances constatées. De ce point de vue, il n'y a guère de différences par rapport aux exigences posées lors d'élections. Il s'agit d'éviter toute forme de fraude et notamment les pressions sur les électeurs.

La seule différence peut résulter, en revanche, dans la mise en place de quorum, de participation notamment, ou de majorité renforcées conditionnant la validité des résultats. Ainsi, dans de très nombreux Etats, le référendum sera considéré comme adopté seulement si, outre la majorité exprimée en faveur du référendum, la majorité des électeurs inscrits ont participé au scrutin (pratique du quorum de participation). Les pratiques de quorum ainsi que celles de la majorité renforcée ne sont pas conformes au principe de l'égalité des votes mais elles sont largement répandues et aboutissent à invalider de nombreux référendums dans la pratique.

Assurer le respect de toutes ces règles vise à permettre une expression fidèle et éclairée de la volonté des électeurs et donc une expression sincère de la volonté de la majorité. Toutefois, l'un des dangers du référendum est lié au fait qu'il ne laisse pas de place au compromis et au consensus (sauf si, bien évidemment, le compromis s'est fait avant le vote, c'est-à-dire sur le texte soumis par les représentants au référendum comme cela est le cas au Portugal). Il convient donc dans un Etat de droit démocratique, de veiller à ce que les référendums ne soient pas un moyen de porter atteinte notamment aux droits fondamentaux de la ou des minorités et, plus largement, à l'Etat de droit lui-même.

III - Encadrer pour protéger le peuple contre lui-même ?

Le dilemme du recours au référendum dans une démocratie constitutionnelle se résume ainsi : comment concilier la volonté du peuple souverain avec le respect de l'Etat de droit et, en particulier, la démocratie et les droits fondamentaux ?

Théoriquement, le peuple peut tout faire y compris opter pour un régime tyrannique et liberticide. Il peut d'autant plus y consentir qu'il est trompé quant aux enjeux du référendum ou quant aux intentions de leurs promoteurs. Par ailleurs, le référendum exprime la volonté de la majorité sans discussions. Or, comme le rappellent certains référendums récents organisés par la Suisse sur initiative populaire (initiative « contre la construction des minarets » du 29 novembre 2009, initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels » du 28 novembre 2010), les minorités sont particulièrement exposées aux risques liberticides des référendums.

Ce danger pour les droits et libertés est présent dans tout type de référendum, qu'il soit organisé par les pouvoirs publics, par une minorité politique ou parlementaire ou par une minorité de citoyens sous forme d'initiative populaire. L'« effet

perturbateur », selon l'expression de Patrick Taillon²⁵, de l'irruption du souverain dans la hiérarchie des normes peut cependant être atténué. Au niveau national, certaines précautions peuvent être prises pour limiter le risque de remise en cause de l'Etat de droit. Par ailleurs, doit également être prise en compte l'influence du droit international pour éviter que la démocratie soit préjudiciable à la démocratie elle-même. Ces exigences relatives notamment à la validité matérielle des textes soumis au référendum se retrouvent dans le Code de bonne conduite en matière référendaire qui opte clairement pour une approche libérale et désacralisée de la démocratie référendaire²⁶. Toutefois, si ces limites posées aux référendums sont fondées sur de bonnes intentions, la question des « limites aux limites » se pose.

1 - Le respect du cadre constitutionnel

La notion de démocratie aujourd'hui ne se résume plus à la seule formule de Lincoln : « Le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple ». Cette notion a évolué et suppose désormais que les droits et libertés soient protégés puisqu'ils constituent la garantie même de la préservation de la démocratie. Cela suppose le respect de la prééminence du droit y compris pour les actes soumis à référendum et conduit à une désacralisation des textes adoptés par le peuple. Désacralisation qui est parfois facilitée par le fait qu'une loi référendaire puisse être modifiée par une simple loi parlementaire (cas de la France).

Lorsque les référendums sont organisés à l'initiative des pouvoirs publics, et en particulier du Chef de l'Etat, il est de moins en moins rare que des limites constitutionnelles autres que formelles (conditions d'organisation) ou temporelles (périodes pendant lesquelles un référendum ne peut être organisé) soient prévues par la Constitution. Il convient de distinguer, d'une part, les référendums de révision constitutionnelle et, d'autre part, les référendums infraconstitutionnels (c'est-à-dire portant sur des actes situés en-dessous de la Constitution dans la hiérarchie des normes). Les référendums de révision constitutionnelle ont, en principe, peu de limites matérielles puisqu'ils doivent permettre de réviser toutes les dispositions de la Constitution. Il s'agit bien souvent de référendums organisés à l'initiative des pouvoirs publics (ex. en France, référendum de l'article 89) et moins souvent à l'initiative des citoyens (ex. en Suisse, au niveau fédéral ; Croatie, art. 87 al. 3 de la Constitution). Lorsqu'il s'agit de « référendums d'en haut », le référendum est souvent organisé pour faire accepter un projet ou une proposition déjà discutés par les assemblées. Sans les anéantir, ces débats réduisent le risque de contrariété à la Constitution et d'instrumentalisation du référendum. Néanmoins, certaines constitutions, comme la Constitution roumaine, posent des limites à la révision constitutionnelle même soumise au référendum²⁷, ce qui témoigne d'ailleurs de l'influence du droit international sur le

²⁵ *Op. cit.*, p. 5.

²⁶ Le Chapitre III rappelle le principe de la prééminence du droit et le 3. dispose : « Les textes soumis au référendum doivent respecter l'ensemble du droit supérieur (principe de la hiérarchie des normes).

Ils ne doivent pas être contraires au droit international ni aux principes statutaires du Conseil de l'Europe (démocratie, droits de l'homme et prééminence du droit).

Les textes contraires aux exigences mentionnées sous III.2 et III.3 ne peuvent être soumis au vote populaire ».

²⁷ L'article 148 de la Constitution roumaine dispose : «

droit interne notamment en matière de droits de l'Homme. Cependant pour que ces limites soient effectives, encore faut-il qu'une autorité de préférence juridictionnelle soit chargée d'en garantir le respect, ce qui n'est pas toujours le cas comme en témoigne l'exemple français en matière de révision de la Constitution.

Concernant les référendums infraconstitutionnels, il convient également de distinguer ceux qui proviennent des pouvoirs publics et ceux qui proviennent de l'initiative populaire. Etant de niveau infraconstitutionnel, il est logique qu'ils soient contraints à respecter la Constitution et donc à ne pas porter atteinte aux droits et libertés constitutionnellement protégés. Mais, là aussi, encore faut-il qu'une autorité, de préférence juridictionnelle, soit chargée d'assurer ce contrôle soit avant, soit après le vote une fois la disposition entrée en vigueur. Il s'agit d'une application simple du principe de la hiérarchie des normes qui donne lieu à un contrôle de constitutionnalité. En pratique, pour les référendums d'initiative populaire, notamment de type abrogatif, une liste de matière ne pouvant pas faire l'objet d'une demande de référendum est précisée par la Constitution. En Italie, par exemple, le respect de ces conditions donne lieu à un contrôle spécifique distinct, en théorie, du contrôle de constitutionnalité²⁸. Au Portugal, en revanche, le Tribunal constitutionnel examine à la fois la recevabilité et la constitutionnalité du référendum proposé.

Alors que de plus en plus de démocraties optent pour des procédés référendaires dans leurs Constitutions, un tel contrôle préalable de la recevabilité et de la constitutionnalité des actes soumis au référendum est de plus en plus introduit de façon systématique (ex. Albanie, Colombie, Croatie, France (pour le référendum de l'article 11 alinéa 3), Portugal, Slovaquie...). Le contrôle préalable permet d'éviter une confrontation directe entre le juge chargé de garantir la Constitution et la volonté du peuple. Il réduit le risque qu'une procédure inconstitutionnelle soit validée par le peuple, quitte à réduire également la possibilité pour le souverain de s'exprimer en dehors du cadre prévu par la Constitution. Or, dans de plus en plus de systèmes, comme en Colombie, le droit international, ou du moins certains traités, sont placés au sommet de l'ordre juridique soit en étant intégrés au bloc de constitutionnalité, soit parce que les juridictions nationales interprètent la Constitution à la lumière du droit international. Cela pose la question de l'influence du droit international et de la limitation des pouvoirs du peuple par le droit international.

2 - La question de l'influence du droit international

Le peuple, même par voie de référendum, ne dispose plus en pratique d'un pouvoir absolu et illimité. Ceci est une conséquence de l'influence du droit international, qui découle d'une ratification par une grande partie des Etats souhaitant être reconnus comme des démocraties, de traités et conventions internationaux notamment en

(1) Les dispositions de la présente Constitution portant sur le caractère national, indépendant, unitaire et indivisible de l'Etat roumain, la forme républicaine du gouvernement, l'intégrité du territoire, l'indépendance de la justice, le pluralisme politique et la langue officielle ne peuvent pas faire l'objet de la révision.

(2) De même, ne peut être réalisée aucune révision qui aurait pour résultat la suppression des droits fondamentaux et des libertés fondamentaux des citoyens ou de leurs garanties ».

²⁸ En pratique, et malgré les affirmations de la Cour constitutionnelle, le contrôle de la recevabilité déborde parfois sur un contrôle plus large de la constitutionnalité, la distinction entre recevabilité et constitutionnalité étant poreuse.

matière de droits de l'Homme. Il en résulte que si, théoriquement, le peuple peut décider de tout, y compris de porter atteinte aux droits d'une minorité, aux droits et libertés et à la démocratie en général, en pratique, de telles atteintes deviennent plus difficiles à réaliser, du moins dans les démocraties dites « consolidées ». La Suisse constitue un exemple de cet affrontement entre la souveraineté du peuple et le droit international. Le problème s'est posé à propos des initiatives populaires proposant une révision de la Constitution. Au milieu des années 1990, l'Assemblée fédérale suisse, qui examine la recevabilité des initiatives populaires, a constaté la nullité d'une initiative intitulée « pour une politique d'asile raisonnable » pour violation des règles impératives du droit international²⁹. Cette initiative prévoyait notamment le renvoi immédiat, et sans recours possible, des étrangers demandeurs d'asile entrés illégalement en Suisse. Par ailleurs, en prévoyant que certains traités internationaux, dont certains non résiliables, perdaient leurs effets au bout d'un an si l'initiative était acceptée, le texte proposé allait à l'encontre de la règle « pacta sunt servanda » et du principe de bonne foi en droit international. La conséquence de cette décision de nullité a été l'impossibilité de soumettre cette initiative au vote du peuple. La crainte était effectivement que l'adoption de cette initiative ne mette en jeu la responsabilité de la Suisse sur le plan international et n'entraîne des reproches de la part de la Communauté internationale. Cette limite à la révision constitutionnelle, qui ne s'étend pas au respect de l'ensemble du droit international mais simplement au *jus cogens*, a été reprise lorsque la Constitution a été entièrement révisée en 1999 ; elle a donc été constitutionnalisée. Plus récemment, également dans un souci de respect de ses engagements internationaux, la Suisse s'est interrogée sur un élargissement de ces limites à « l'essence des droits fondamentaux » et à la non-discrimination³⁰, avec l'avantage d'une définition nationale de ces limites. Cependant, ce projet a, pour l'instant, été abandonné faute de consensus.

La décision de nullité rendue par l'Assemblée fédérale suisse appelle plusieurs remarques. Le plus frappant, tout d'abord, est que ce conflit entre droit international et souveraineté du peuple s'est produit dans l'Etat dans lequel cette souveraineté est affirmée de la manière la plus forte. Interdire qu'une initiative populaire proposant une révision constitutionnelle puisse être soumise au peuple, pour des motifs de droit international, aboutit à placer ces règles de droit international au dessus de la Constitution et donc du peuple (du moins jusqu'à ce que cette limite ait été intégrée à la Constitution). Il est intéressant, ensuite, de remarquer que les motifs avancés par le Conseil fédéral, notamment, pour appuyer cette nullité sont plus d'ordre politique que juridique : le crainte de s'isoler sur le plan international en matière de droit des réfugiés et de droits de l'homme, la crainte d'une stigmatisation par la Communauté internationale et la remise en question de son statut d'Etat fondé sur le droit³¹. Enfin, le recours à la notion de « règles impératives du droit international », est d'autant plus intéressant, pour être opposée au droit d'initiative populaire, que ces règles ne font pas l'objet d'une liste exhaustive. Cette notion est donc floue, évolutive, ce qui confère un pouvoir important à l'Assemblée fédérale, d'autant que ces décisions de nullité ne sont pas susceptibles de recours. La référence à cette notion est donc critiquable.

²⁹ Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire « Pour une politique d'asile raisonnable », *Feuille fédérale* 1996 I 1305 du 14 mars 1996.

³⁰ Rapport additionnel du Conseil fédéral du 30 mars 2011 : la relation entre droit international et droit interne (disponible sur <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/cintla/natint.html>). Ces nouvelles limites devaient être inscrites dans la Constitution.

³¹ *Feuille Fédérale* 1994 III 1480.

Toutefois, quelles que soient les critiques que l'on peut faire concernant le fait d'imposer le respect du droit international aux droits du peuple souverain, il convient de souligner que cette limite a été validée par ce dernier lorsqu'il s'est prononcé favorablement, par référendum, sur le projet de révision totale de la Constitution suisse en 1999. Le peuple souverain a donc fait sienne cette limite au droit d'initiative populaire en matière de révision de la Constitution. Il accepte donc de s'auto-limiter mais il pourrait également, du moins théoriquement, décider un jour de lever cette limite, par une révision de la Constitution. Cependant, politiquement, sur le plan international, cette décision serait difficilement acceptée. En cette période de crise à la fois économique, sociale et politique et de montée des nationalismes et du populisme, cette éventualité ne peut toutefois pas être totalement écartée. Ainsi, l'initiative populaire adoptée le 9 février 2014 dénommée « contre l'immigration de masse » impose des quotas pour les travailleurs immigrés. Si elle ne remet pas en cause les règles impératives du droit international, elle va notamment à l'encontre d'un accord conclu avec l'Union européenne en 1999 sur la libre circulation des personnes, ce qui devrait logiquement aboutir à une remise en cause de cet accord.

Dans le cas de la Suisse, le respect du droit international reste au final une volonté nationale qui plus est validée par le peuple lui-même. Plus problématique est le cas de limites imposées aux référendums nationaux de révision constitutionnelle par des juridictions supranationales. Cela a été le cas concernant le référendum irlandais qui, suite à une interprétation des hautes juridictions irlandaises, conduisait non seulement à interdire l'avortement mais également toute diffusion d'information concernant la possibilité d'un avortement au Royaume-Uni. Cette disposition constitutionnelle a été examinée à la fois par la CJUE³² et par la CEDH³³ qui, bien que leur contrôle intervienne après le vote, se sont montrées indifférentes au fait qu'il s'agissait d'une norme constitutionnelle et, qui plus est, adoptée par référendum. Cette disposition a d'ailleurs été censurée par la CEDH. Cependant, dans ce cas, le peuple irlandais a finalement opté pour une mise en conformité de sa Constitution avec la décision de la Cour³⁴. Toutefois, que se passerait-il s'il en allait autrement ? Le peuple souverain est-il en mesure d'avoir véritablement le dernier mot ? Si la remise en cause d'un traité international est difficile, bien plus qu'une révision de la Constitution, elle n'est pas impossible comme en atteste l'adoption du Protocole n° 15 additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme suite, notamment, à la prise de position de la CEDH en matière de droit de vote des détenus et d'extradition de personnes considérées comme terroristes par le Royaume-Uni.

Enfin, peut-être évoqué le projet de Cour constitutionnelle internationale, proposé par le Président tunisien Marzouki, dont l'une des fonctions pourrait être de permettre le respect des exigences minimales afin de s'assurer de la sincérité du référendum et de la préservation de la démocratie. Cependant, si tant est que ce projet puisse un jour aboutir, et que le contrôle exercé se veuille suffisamment efficace, se poserait, comme pour toute juridiction internationale, la question des limites du contrôle exercé par cette juridiction ainsi que des sanctions encourues.

³² CJUE, 4 octobre 1991, *S.P.U.C. Ltd c. Stephen Grogan*, aff. C-159/90.

³³ CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande*, série A n° 246.

³⁴ Référendum irlandais du 25 novembre 1992.

Conclusion :

Si les limites liées à la clarté de la question posée et à la sincérité du scrutin référendaire sont assez bien acceptées, les limites liées à la hiérarchie des normes et au respect du droit international en particulier le sont moins car ces dernières, notamment, portent directement atteinte à la possibilité pour le souverain de s'exprimer à tout moment, y compris en dehors du cadre constitutionnel, et sur le sujet qu'il souhaite. Cependant, la démocratie aujourd'hui ne se conçoit plus sans une limitation de tous les pouvoirs y compris de ceux du peuple. Que le pouvoir du peuple soit toujours plus limité est une chose, mais malgré l'insatisfaction grandissante des citoyens quant au fonctionnement de la démocratie représentative, aucune mesure n'est prise pour faciliter la participation directe du peuple à la prise de décision politique au plus haut niveau et plus largement, aux affaires publiques. Aussi, au lieu de constater la fin de la souveraineté du peuple, ne faudrait-il pas lui permettre tout simplement d'intervenir plus fréquemment pour faire valoir en particulier sa volonté de changer des normes constitutionnelles voire de changer de Constitution et même plus, de remettre en cause une interprétation donnée à un traité par une juridiction supranationale. Cela signifierait qu'à l'exemple de la Suisse, l'initiative populaire en matière constitutionnelle soit largement diffusée dans les démocraties, tout en la permettant également en matière législative. Cela supposerait également que les citoyens ordinaires puissent être plus facilement associés au choix des juges internationaux car il y a là un problème de légitimité de juges qui disposent d'un pouvoir très important. Cela supposerait, enfin, que des décisions transnationales soient adoptées par les citoyens de plusieurs Etats, quitte à réaliser sur certains sujets des référendums transnationaux, comme le proposent certains théoriciens du constitutionnalisme global tels qu'Anne Peters, par exemple³⁵. Peut-être faudrait-il tout simplement repenser la démocratie aujourd'hui.

³⁵ Voir J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, *The constitutionalization of International Law*, Oxford, 2011, notamment pp. 318-319. Voir également, D. Archibugi et D. Held, *Cosmopolitan Democracy : an Agenda for a new world*, 1995 ; Y. Papadopoulos, *Démocratie directe*, Economica, 1998, pp. 305-307.