



HAL
open science

L'exercice du pouvoir constituant par le peuple peut-il être abusif?

Raphaël Déchaux, Marthe Fatin-Rouge Stefanini

► **To cite this version:**

Raphaël Déchaux, Marthe Fatin-Rouge Stefanini. L'exercice du pouvoir constituant par le peuple peut-il être abusif?. Pierre-Alain COLLOT. Le constitutionnalisme abusif en Europe, Mare & Martin, pp. 325-352, 2023, Droit public, 978-2-84934-690-7. halshs-03967793v2

HAL Id: halshs-03967793

<https://shs.hal.science/halshs-03967793v2>

Submitted on 1 Feb 2023 (v2), last revised 3 Feb 2023 (v3)

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.

L'exercice du pouvoir constituant par le peuple peut-il être abusif ?

Raphaël Déchaux, Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF.
et Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Directrice de recherches au CNRS, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF.

Références : R. Déchaux et M. Fatin-Rouge Stefanini, « L'exercice du pouvoir constituant par le peuple peut-il être abusif ? », in P.-A. Collot, *Le constitutionnalisme abusif en Europe*, Mare & Martin, 2022, pp. 325-352.

À première vue, il semble vain de s'interroger sur un exercice abusif du pouvoir constituant par le peuple. Tout d'abord, la notion d'abus est assez floue. Si l'abus de droit existe depuis longtemps en droit civil¹ et en droit administratif français² – ainsi qu'en droit européen des droits de l'Homme³ –, il est plus rare en droit constitutionnel et a d'ailleurs tardé à être conceptualisé par la doctrine en la matière⁴. Plus encore, la définition que propose Laurent Eck de l'abus de droit en droit constitutionnel ne semble pas applicable au peuple en qualité de souverain qui exerce son pouvoir constituant. Selon cet auteur en effet, « *Au sein de l'ordre constitutionnel, une action, réalisée par le titulaire d'un droit constitutionnel subjectif, pourra être considérée comme un abus de droit : * s'il existe un droit constitutionnel subjectif régulier de relation de permission d'agir ou de s'abstenir autorisant un titulaire à réaliser, ou non, cette action * si un individu, un groupe d'individus et/ou la société, de manière générale, souffrent d'un dommage, plus ou moins lointain, engendré par cette action* si une limite interne du droit constitutionnel subjectif peut être décelée et considérée comme dépassée au moyen de l'utilisation d'un ou de plusieurs critères qui résident : - en la qualification de l'action comme déviante eu égard à ce qu'on pouvait attendre d'un utilisateur raisonnable ou non malveillant de ce droit - en la qualification de l'action comme disproportionnée eu égard aux intérêts en présence, au dommage provoqué ou au caractère quantitativement excessif de l'acte - en la qualification de cette action comme détournant les finalités sociales, éthiques du droit utilisé ou du droit constitutionnel en général, l'intention du constituant ou l'esprit de la Constitution ».*

Deux arguments s'opposent à ce que cette définition puisse concerner le peuple constituant. L'abus ne peut être relevé que si le pouvoir constituant du peuple n'est pas souverain, c'est-à-dire sans limite. En toute logique, un abus ne peut être dénoncé que si un cadre préalable déterminant des droits de faire et de ne pas faire a été établi. Pour Josserand d'ailleurs, l'abus désigne un usage qui n'est pas conforme à une mission initiale⁵. Si l'on

1 Les privatistes fondent généralement cette théorie sur une lecture constructive – voire contre-intuitive – de l'adage d'Ulpien, « *Neminem laedit qui suo jure utitur* : ne lèse personne celui qui use de son droit ». C'est à partir du milieu du XIX^e siècle que la jurisprudence civile va reconnaître la théorie de l'abus de droit, puis avec l'appui de Josserand en 1905, elle sera formellement reconnue par le célèbre arrêt « Clément Bayard » de la Cour de cassation du 3 août 1915.

2 Pour la jurisprudence administrative, voir L. Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1962, 470 p. Pour un exemple récent, v. CE, arrêt du 14 novembre 2018, n° 420055.

3 Article 17 de la CESDH, v. J. Andriantsimbazovina, « L'abus de droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2015, p. 1854. Il est intéressant de noter que l'abus de droit est très peu développé en droit de l'Union européenne, même si l'article 54 de la CDFUE l'interdit formellement. Nous n'avons pas trouvé d'arrêt de la CJUE l'appliquant directement (même s'il existe une jurisprudence abondante concernant le contrôle de l'abus de droit fiscal). La littérature est quasiment inexistante, excepté un court commentaire insistant sur le lien avec la CEDH (J. Gerkrath, « Commentaire de l'article 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. "Interdiction de l'abus de droit" », in O. Dubois, *Commentaire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2014).

4 Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, L'Harmattan, Paris, 2010, 691 p.

5 Cité par L. Eck, *id.*, p. 28, note 41.

reprend la définition de Laurent Eck, le terme d'abus suppose une « action déviante », « disproportionnée », « excessive » voire « malveillante » ou encore un « détournement des finalités sociales, éthiques du droit... de l'intention du constituant ou de l'esprit de la Constitution » par rapport à ce qui peut être attendu d'un « utilisateur raisonnable ». Supposer que le peuple constituant puisse avoir un comportement déviant, excessif, voire malveillant suppose qu'une majorité puisse vouloir nuire à la lettre ou à l'esprit de la Constitution, ou/et même remettre en cause les engagements internationaux de l'État dont certains prévoient des droits fondamentaux subjectifs. Or, si l'idée que le Roi puisse « mal faire », puis que le Parlement puisse « mal faire » a fini par être acceptée et justifier le contrôle de constitutionnalité voire de conventionnalité des actes réglementaires puis législatifs⁶, l'idée qu'un peuple s'exprimant directement puisse « mal faire », se tromper, se faire du mal, opprimer ou être malveillant envers lui-même n'est pas encore juridiquement acceptée⁷. En effet, depuis la III^{ème} République, la doctrine considère qu'il est vain de tenter de limiter juridiquement le pouvoir constituant. Cette position – malgré certaines remises en cause⁸ – a perduré jusqu'à nos jours, ainsi que le rappellent par exemple Armel le Divellec et Michel de Villiers en indiquant que « Le pouvoir constituant originaire est, par définition, souverain, c'est-à-dire qu'il n'est assujéti à aucune limitation juridique »⁹. Certains auteurs soulignent d'ailleurs le caractère insaisissable du pouvoir constituant par le droit car « au-delà de la Constitution, il ne subsiste plus que du fait »¹⁰. Cela revient à admettre, par déduction, que le peuple peut également être une autorité constituée, donc que le peuple-constituant dérivé puisse être distingué du peuple constituant originaire, ce qui est loin d'être une opinion majoritaire parmi les auteurs de doctrine, du moins en France. Rappelons ici très rapidement que le concept même de pouvoir constituant est débattu. La tradition doctrinale française – contrairement à celle allemande par exemple¹¹ – est de ne faire qu'une distinction formelle, chronologique, entre le pouvoir constituant (qualifié d'originaire) et le pouvoir de révision (qualifié de pouvoir constituant dérivé). Si, depuis une vingtaine d'années, il semble désormais admis que cette posture n'est plus vraiment défendable¹², force est de constater que la doctrine française y reste toujours majoritairement attachée¹³. Bien que les conséquences soient importantes¹⁴ et que les deux auteurs ont déjà montré, dans des écrits antérieurs, qu'ils s'inscrivaient en désaccord avec celle-ci, il nous a semblé plus simple – face à un sujet aussi complexe – de présenter l'abus de droit par le pouvoir constituant dans son sens traditionnel, sans le distinguer du pouvoir de révision. En d'autres termes, seront visées par notre étude tant l'adoption originaire du texte constitutionnel que sa modification ultérieure.

6 L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, pp. 559 à 581.

7 D'un point de vue politique, surtout, il est difficile de justifier cette assertion dans un régime démocratique.

8 R. Déchaux, *Les normes à constitutionnalité renforcée, recherche sur la production du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit constitutionnel », 2022, 732 p. (à paraître).

9 A. Le Divellec, M. De Villiers, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, 2020, 12^e éd., p. 286.

10 R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome 2, Paris, Sirey, 1922, p. 500. Voir A. Le Pillouer, « Reconstitution(s) du pouvoir constituant », in O. Cayla et P. Pasquino (dir.), *Le pouvoir constituant et l'Europe*, Paris, Dalloz, 2011, p. 58.

11 Voir, par ex., O. Lepsius, « Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », *CCC*, n° 27, 2009, pp. 13 à 21.

12 La diffusion des jurisprudences constitutionnelles européennes et américaines – et dans une moindre mesure indienne et africaine – montrent une véritable banalité du contrôle des révisions.

13 La lecture des manuels de droit constitutionnel montre en effet le maintien, majoritaire mais pas unanime certes, d'une tradition en faveur d'une indifférenciation normative entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision.

14 En théorie, seul le pouvoir de révision est limité. Seul ce dernier pourrait donc être abusif.

Dès lors, le peuple peut-il faire un usage abusif de ce pouvoir et, au-delà, la limitation normative du pouvoir constituant n'étant accepté ni par la jurisprudence¹⁵ ni par la doctrine française¹⁶, un contrôle de son abus est-il seulement envisageable ? En d'autres termes, là où le contrôle de conformité normative est absent, est-il possible d'imaginer un contrôle de conformité de l'abus ? Ce contexte tend à renvoyer la question posée dans le titre de cette contribution au cas d'école, théoriquement imaginable mais introuvable en pratique. Pourtant, l'idée même d'un abus du pouvoir constituant du peuple fait écho à des expériences bien réelles, qui interrogent autant qu'elles effraient au regard de l'hypermédiatisation qui en est faite : des révisions constitutionnelles adoptées par référendum, voire parfois proposées par une minorité de citoyens, et qui se révèlent discriminatoires. L'interdiction des minarets en Suisse est d'ailleurs un exemple emblématique de la crainte que suscitent les mécanismes de démocratie directe, qui plus est à un niveau constitutionnel¹⁷. Sommes-nous pour autant dans l'hypothèse de l'abus ? En effet, nombreux sont les auteurs, essayistes et représentants politiques qui dénoncent depuis plus de deux siècles et jusqu'à nos jours les dangers liés au vote populaire, aux mécanismes de démocratie directe et remettent en cause la capacité des citoyens à prendre des décisions réfléchies¹⁸. Si pour Jean-Jacques Rousseau la majorité du peuple ne pouvait prendre que de bonnes décisions¹⁹, et encore plus dans le cadre d'une démocratie directe présentée comme l'idéal du fonctionnement de la démocratie, les réalités ont rapidement conduit les constituants à prendre des précautions pour éviter que démocratie rime avec anarchie ou tyrannie de la majorité. Aussitôt la souveraineté du peuple proclamée, son exercice fut confié à des représentants. L'exercice abusif du pouvoir constituant du peuple fait alors écho aux dérives passionnelles d'un peuple mû par des intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général mais également à la tyrannie du nombre²⁰. La crainte des décisions discriminatoires et/ou non rationnelles du peuple est d'ailleurs l'argument le plus souvent invoqué par les détracteurs des procédés référendaires pour en rejeter l'usage²¹. Si c'est cette appréhension particulièrement défiante du peuple qui a conduit Montesquieu²², Sieyès et

15 C.C, décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, « organisation décentralisée de la République », note M. Fatim-Rouge Stefanini, *RFDC*, 2003, n° 54, pp. 374 à 383.

16 G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 79 à 97.

17 « Les Suisses votent massivement l'interdiction de nouveaux minarets », *Le Monde*, 29 novembre 2009 ; « Minarets : tollé en France après le référendum suisse », *Le Figaro*, 30 novembre 2009.

18 Ce qui revient tout simplement à remettre en cause l'idée même de démocratie comme le souligne Jean-Marie Denquin, « Faut-il craindre le référendum d'initiative citoyenne ? », *Commentaire*, 2019/2, n°166, p. 324. Sur le caractère excessif de ces critiques et la dénonciation des amalgames entre référendum et populisme, voir F. Hamon, « Le référendum n'est-il qu'une caricature de la démocratie ? », *Le débat*, 2017, 193, pp. 141-151 en réponse à E. Cohen, B. Manin, D. Rousseau, « Le référendum, un instrument défectueux », *Telos*, 13 juillet 2016, <http://www.telos-eu.com/fr/vie-politique/le-referendum-un-instrument-defectueux.html>, et L. Morel, *La question du référendum*, Les Presses de SciencesPo, 2019, pp. 180-201.

19 « La volonté générale est toujours droite et toujours dans l'utilité publique », et « Nul ne peut être injuste envers lui-même », Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Livre II, chapitre II, La pléiade, 1964, p. 371 et p. 379.

20 Selon D. Rousseau : « (L') impossibilité théorique et pratique d'un contrôle et d'une responsabilité dans le cadre de la démocratie directe entraîne inéluctablement le système politique vers une tyrannie du nombre qui, écrivait déjà Cicéron, « est encore plus monstrueuse que la tyrannie d'un seul individu car elle prend l'apparence et le nom de peuple », D. Rousseau, « L'équivoque référendaire », *La vie des Idées*, 22 avril 2014, p. 9.

21 L. Morel, *précité*, p. 247.

22 « Tous les citoyens, dans les divers districts, doivent avoir droit de donner leur voix pour choisir le représentant; excepté ceux qui sont dans un tel état de bassesse, qu'ils sont réputés n'avoir point de volonté propre », Montesquieu, *Esprit des Lois*, Livre XI, chapitre VIII.

Madison²³ à rejeter la démocratie dans son sens premier au profit de la représentation, le système exclusivement représentatif a été régulièrement remis en cause depuis. Néanmoins, le pouvoir constituant exercé directement par le peuple est l'expression d'un idéal, celui du gouvernement direct du peuple. Cela reste toutefois une utopie, car même avec les moyens technologiques dont les citoyens disposent désormais pour exprimer directement leur point de vue, il manque à cet idéal l'aspect véritablement délibératif qui supposerait que l'ensemble des citoyens puisse non seulement initier et voter, mais également débattre et amender des propositions, même d'initiative citoyenne, avant de les soumettre au référendum. Or, si des opinions et propositions peuvent être échangées, un débat équitable à grande échelle entre tous les citoyens placés sur un même pied d'égalité n'est pas réalisable²⁴. De ce fait, ce que l'on entend par « pouvoir constituant du peuple » se limite le plus souvent en réalité à l'acte par lequel le peuple approuve directement une Constitution²⁵ ou une révision de la Constitution en la ratifiant par voie référendaire.

Malgré les craintes exprimées à l'encontre de l'exercice du pouvoir par le peuple, rares sont les constitutions qui limitent le pouvoir constituant de ce dernier²⁶. La plupart, au contraire, proclament la souveraineté du peuple et ce n'est qu'indirectement que des limites apparaissent lorsqu'il est question de révision constitutionnelle. Ces limitations peuvent prendre plusieurs formes. Certaines constitutions, comme dans le cas de l'Allemagne fédérale, des États-Unis ou encore de l'Inde, ne prévoient pas l'intervention directe du peuple constituant ou la limitent à des cas exceptionnels. D'autres confinent l'intervention du peuple à la phase d'initiative²⁷ ou à celle d'approbation, ce qui est le plus commun²⁸. Plus rares sont les Constitutions qui, comme la Suisse, admettent que le peuple puisse à la fois déclencher par initiative populaire et approuver par référendum une révision de la Constitution²⁹, y compris pour une révision totale de la Constitution³⁰. En définitive, dans la plupart des États, l'intervention du peuple est maîtrisée par la Constitution ou/et les représentants. Ces règles ont longtemps reposé sur l'idée qu'il convenait de contenir les passions populaires, mais sans que l'on s'interroge véritablement sur le risque d'abus du pouvoir constituant du peuple. D'ailleurs, les décisions du peuple étant rares et l'exercice

23 « such democracies have ever been spectacles of turbulence and contention; have ever been found incompatible with personal security or the rights of property; and have in general been as short in their lives as they have been violent in their deaths », *The Federalist*, n° 10, 23 novembre 1787.

24 Voir sur ce point, C. Girard, « La démocratie délibérative à grande échelle : des arènes locales à la délibération de tous », in L. BLONDIAUX et B. MANIN, *Le tournant délibératif de la démocratie*, Les Presses de SciencesPo, 2021, pp. 67-96.

25 Désignée comme la « sanction constituante » selon les termes d'Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 1994, p. 276.

26 L'une des rares exceptions est contenue dans l'article 146 de la Loi fondamentale allemande.

27 La Roumanie, article 150 de la Constitution et la Slovénie, article 173 de la Constitution, par exemple.

28 L'approbation de la Constitution ou d'une révision constitutionnelle par référendum parfois obligatoire (Irlande, par exemple), elle est souvent facultative comme en France. S. Pinon relève que dans les États de l'Union européenne, onze prévoient un référendum obligatoire pour toute révision ou certaines matières seulement, et huit prévoient un référendum facultatif pour approuver une modification de la Constitution. S. Pinon, « La participation populaire directe au pouvoir constituant. Regards sur le droit étranger », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017/1, vol. 78, p. 10. Plus largement, voir M. Fatin-Rouge Stefanini, « La participation des citoyens à la réforme constitutionnelle : quelles réalités en droit comparé ? », in D. Guenette, P. Taillon, M. Verdussen (dir.), *La révision constitutionnelle dans tous ses états*, Ed. Yvon Blais, Anthemis, Montréal, 2021, pp. 313-367.

29 Art. 139 et 194 de la Constitution fédérale. A la lecture des Constitutions, nous avons relevé quatre autres États dans lesquels des mécanismes d'initiative populaire en matière constitutionnelle permettent de soumettre un texte entièrement rédigé au référendum : la Bolivie, la Croatie, le Liechtenstein et l'Uruguay. Dans 25 autres États, un filtrage des propositions populaires est généralement opéré par le Parlement (M. Fatin-Rouge Stefanini, *précité*, pp. 324-333).

30 Art. 138, 140 al. 2 et 193 de la Constitution fédérale.

du pouvoir constituant étant également exceptionnel, en principe, le nombre de décisions susceptibles d'être « abusives » est extrêmement faible³¹. Si ce questionnement est nouveau, il s'explique sans doute parce que le contexte traditionnel des démocraties occidentales a été bouleversé ces dernières années par l'apparition des démocraties illibérales perçues comme un danger pour les démocraties libérales. Le terme de « démocratie illibérale », popularisé par Fareed Zakaria (aux États-Unis) ou Pierre Rosanvallon (en France), a subi un coup de projecteur médiatique notamment en France, suite à son utilisation par le Président Macron lors de ses vœux à la presse du 4 janvier 2018³². Il visait entre autres les gouvernements hongrois et polonais. Les initiatives populaires anti-immigration ou contre les minarets, le référendum grec de 2015 relatif aux propositions de l'Union concernant la dette publique grecque, le référendum hongrois de 2016 contre les quotas migratoires imposés par l'Union européenne et le Brexit sont autant d'exemples qui ont alimenté un discours de crainte de remise en cause des acquis de la démocratie libérale par le peuple.

Dans ce contexte, le droit national se montre de plus en plus déchiré entre prérogatives du peuple souverain et valeurs d'une démocratie libérale. Le fait qu'un acte ait été adopté directement par le peuple peut conduire les juridictions à adopter une posture particulière, de retrait, si elles sont interrogées sur un éventuel abus. Ainsi, le Conseil constitutionnel français se déclare incompétent pour vérifier la conformité à la Constitution d'une loi, de révision constitutionnelle ou non, adoptée par référendum³³, de même que les juridictions irlandaises s'agissant des lois de révision constitutionnelle³⁴. La légitimité particulière d'un acte constituant adopté par le peuple serait ainsi la conséquence de l'onction suprême reçue du souverain. D'autres juridictions en revanche affirment que des limites aux révisions constitutionnelles s'imposent y compris aux lois constitutionnelles adoptées par référendum³⁵ marquant ainsi que le pouvoir constituant du peuple, du moins dérivé, reste soumis au respect de la Constitution et en particulier aux dispositions dotées d'une valeur renforcée.

Le droit international pour sa part ne prévoit pas de manière précise de limites à la souveraineté des États qui viseraient en particulier le pouvoir constituant du peuple. Qu'un

31 Pour la Suisse, moins de 5 % des initiatives populaires proposées ont été finalement acceptées par les citoyens et les cantons et 2,6 % des actes adoptés au niveau fédéral ont été rejetés par référendum (veto populaire), voir P. Mahon et M. Baer, « La démocratie directe ou semi-directe : un élément de l'ADN de la Suisse », in A. Duffy (dir.), *Quels espaces pour la démocratie participative ? Perspectives comparées*, Mare & Martin, 2020, p. 113 et 114.

32 Le concept a fait l'objet d'un important colloque en avril 2021 : « La démocratie illibérale en droit constitutionnel. Concept et état des lieux », organisés par les professeurs Vanessa Barbé et Charles-Édouard Sénac.

33 Décisions n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel* ; n° 313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du Traité sur l'Union européenne* et n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie*.

34 Supreme Court, *Finn c. Procureur General*, 1983, I.R. 154.

35 Ceci est le cas du Tribunal constitutionnel allemand qui a affirmé qu'une loi constitutionnelle adoptée par référendum ne pouvait remettre en cause les valeurs et droits protégés par l'article 79 al. 3 de la Loi fondamentale (C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, Les voies de droit, 1996, p. 113). De même, la Cour constitutionnelle de Lituanie a affirmé dans une décision de 2020 (décision n° n° KT135-N11/2020 du 30 juillet 2020) « As acts adopted either directly by the People or through their representation (Seimas), laws amending the Constitution (amendments to the Constitution) must comply with the substantive and procedural limitations on the alteration of the Constitution, which arise from the Constitution. Therefore, laws amending the Constitution (amendments to the Constitution), although they have the force of the Constitution, are subject to constitutional review » (8.1.1) disponible en anglais sur <https://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta2220/content> (consulté le 17 septembre 2021). La Cour distingue en effet d'une part, les actes de nature constituante qui sont les « actes constitutionnels fondamentaux » non modifiables et, d'autre part, la Constitution qui est révisable. Elle précise que les amendements constitutionnels doivent respecter les limites substantielles et formelles prévues par la Constitution.

acte constituant ait été adopté directement par le peuple ou le soit par des représentants ne fait d'ailleurs aucune différence du point de vue du droit international.

En définitive, force est de reconnaître que la transposition de la théorie de l'abus de droit à l'exercice du pouvoir constituant par le peuple paraît difficile (I). Toutefois, il peut exister dans la pratique des excès qu'il conviendra d'identifier (II). Dans ce cas se pose la question d'un contrôle de l'excès du peuple dans l'exercice de son pouvoir constituant qui demeure encore plus incertain que pour le pouvoir constituant « ordinaire », du moins dans l'ordre national (III).

I - L'inapplicable théorie de l'abus de droit à l'exercice du pouvoir constituant par le peuple

Les critères théoriques pour reconnaître un abus dans l'exercice d'un pouvoir ou d'une compétence ne sont pas applicables au peuple à bien des égards (A). Quand bien même le recours au référendum sur certaines questions pourrait être qualifié « d'abusif » dans un langage ordinaire, il n'est pas juridiquement possible de reconnaître la responsabilité d'un peuple en dehors des organes qui le représentent. En outre, le peuple n'étant pas maître de l'entièreté du processus constituant, la question de savoir qui pourrait être auteur de l'abus se pose (B).

A) L'impossible reconnaissance du peuple abusif

Mettant en pratique la célèbre injonction de Royer-Collard, « Les constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil des peuples », la seconde moitié du XX^e siècle a conduit, au moins en partie, à banaliser l'usage de la révision constitutionnelle en Europe (en France, en Allemagne ou en Italie)³⁶. Ce phénomène a été critiqué par une partie de la doctrine comme une « désacralisation »³⁷, mais il n'en reste pas moins que la Constitution reste sans doute aux yeux du peuple un élément fondamental – certes peut-être méconnu voire incompris – de notre organisation politico-sociale. On pourrait d'ailleurs interpréter les échecs successifs des candidats proposant une VI^e République, parfois depuis plusieurs décennies³⁸, comme une preuve de l'attachement des Français au texte de 1958, et de la nécessité de le conserver, au moins en partie, en l'état. En réalité, l'accélération du nombre de révisions constitutionnelles a été limitée dans l'histoire de la Constitution de 1958³⁹, et la plupart étaient motivées soit par un impératif politique validé par une élection ou une votation, soit par la nécessité de renverser une jurisprudence constitutionnelle. Ne nous méprenons pas, on ne peut déduire de ces rappels que le peuple posséderait une « raison constitutionnelle » qui le conduirait à ne « prendre la plume qu'en tremblant », et qui

36 On pourrait rajouter à cette liste le Royaume-Uni qui connaît une certaine effervescence constitutionnelle depuis le début des années 2000, dans le contexte bien évidemment particulier d'absence de constitution rigide.

37 Par ex. S. Pierré-Caps, « Les révisions de la Constitution de la Cinquième République : Temps, conflits et stratégies », *RDP*, 1998, p. 422 ; A. Roblot-Troizier, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2007, p. 1.

38 La « Convention de la VI^e République » du parti socialiste a été instaurée en 1992 par exemple. L'un de ses membres fondateurs, Jean-Luc Melançon, a toujours depuis proposé la fin de la V^e République.

39 On en dénombre 5 de 1958 à 1992 (34 ans), puis 19 de 1992 à 2008 (16 ans). Et 0 depuis 2008 (13 ans). L'hypothèse selon laquelle le « révisionnisme » n'a caractérisé qu'une période très limitée de l'histoire contemporaine française (entre la chute du mur de Berlin et l'entrée dans le XXI^e siècle), ne nous semble pas si incongrue que cela.

l'empêcherait d'être abusif. C'est surtout sous l'angle théorique que l'hypothèse de l'abus de pouvoir constituant par le peuple révèle ses faiblesses.

On peut lire dans celle-ci une forme d'anthropomorphisme juridique qui explique sans doute que l'hypothèse de l'abus de pouvoir constituant du peuple n'ait pas été relevée par Laurent Eck dans sa thèse. Pour séduisante au premier abord qu'elle soit, transposer la théorie de l'abus de droit à l'exercice du pouvoir constituant par le peuple est impossible. En effet, de même que le législateur, le gouvernement ou l'administration, le constituant – qu'il agisse par la voix de ses représentants ou du peuple – n'a pas de volonté propre, en dehors de celle d'adopter ou de rejeter le projet qui lui est soumis. Le peuple n'est pas une personne au sens juridique du terme, mais *un organe*, qui agit sur le fondement d'une compétence juridique⁴⁰. Or si le peuple n'a pas de volonté « personnelle », il ne peut pas être abusif. Rappelons que la théorie de l'abus de droit ne vise que des personnes juridiques possédant la plénitude de leurs capacités intellectuelles, dont celle d'être trompeuse ou mal intentionnée. Par définition, il est impossible d'accoler au constituant – ou à n'importe quel organe juridique⁴¹ – ce type d'intention. La doctrine constitutionnelle comporte d'ailleurs quelques exemples de l'inanité de ce type de recherche, pour des contextes certes différents de celui de l'abus de droit. L'exemple le plus courant (et permanent) consiste à chercher « objectivement » quelle était la volonté du peuple français lors du référendum du 28 septembre 1958. Le projet de V^e République avait été envoyé à chaque électeur, et l'on ne peut que supposer – sans en être certain – que chacun l'ait lu en conscience avant de voter, d'autant plus que les débats furent très vigoureux entre partisans et opposants⁴². Bien sûr, il est très courant d'analyser le sens du vote du 28 septembre avec une approche subjectiviste : on devrait y lire non la volonté d'adopter les 92 articles de l'époque, mais tout simplement la confiance du peuple dans la personne de De Gaulle. Ces débats peuvent sans doute intéresser les politologues, mais étant donné qu'il est en fait impossible de donner une réponse à cette question, elle devrait être négligée par la doctrine. L'apport pour notre sujet est le suivant : on ne peut déduire de l'adoption d'une norme par un organe, serait-ce le peuple constituant, autre chose que la volonté (ou non) de produire cette nouvelle règle de droit. C'est d'ailleurs en ce sens, et en ce sens seulement, que Kelsen définit la norme comme un acte de volonté⁴³. Il est dès lors, théoriquement, impossible de qualifier l'exercice direct par le peuple du pouvoir constituant d'abus de droit. L'organe, qui est constitué d'une multitude aux motivations diverses, n'existe pas autrement que lors que de sa réunion. Rappelons qu'à l'origine de la reconnaissance de la théorie de l'abus de droit par le juge civil, il y avait une situation où un individu avait construit une fausse cheminée avec comme seul objectif d'empêcher son voisin de jouir du soleil⁴⁴ ! Le juge avait alors raison de justifier ce type de condamnation sur le fait que « l'entreprise faite par haine et par malice sans intérêt pour celui qui se la permet »⁴⁵.

40 Que ce fondement soit dans la constitution (article 89) ou dans une loi constitutionnelle de transition (alinéa dernier de l'article unique de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958).

41 La solution pourrait être différente si l'on connaît la (ou les) personnalité(s) qui remplisse(nt) la fonction de l'organe.

42 On rappellera surtout l'opposition de Pierre Mendès-France, qui avait alors l'oreille d'une large partie de l'opinion (et qui n'hésitait pas à appeler « plébiscite » le référendum de 1958). Notons-le, chercher à savoir si les électeurs ont compris le texte au sens où la doctrine contemporaine l'analyse est complètement vain, d'autant plus qu'il n'est pas certain que la doctrine de l'époque l'ait compris. Il est tout autant incertain, à la lecture des mémoires des principaux protagonistes, que Michel Debré et Charles de Gaulle, eux-mêmes, aient compris comment allait fonctionner ce nouveau régime.

43 Cf. H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, pp. 197 à 205.

44 Cour d'appel de Colmar, *Doerr*, 2 mai 1855

45 Civ. 8 juin 1857, S. 1858, 1, 305.

L'argument d'un peuple susceptible d'être plus abusé par des questions ou propositions trompeuses quant aux enjeux en présence et aux effets d'un scrutin positif tend à déplacer la responsabilité d'un possible abus sur les auteurs de la proposition référendaire.

B) La qualification discutable d'un peuple abusé

Si l'on délaisse le plan de la théorie du droit, on s'aperçoit en revanche que le sentiment d'abus peut progresser au sein de la société. Partout, les accusations de manipulation, de divulgations de « fake news » viennent jeter un voile sur la connaissance, voire la conscience, qu'aurait le peuple-souverain des enjeux sur lesquels on lui demande de se prononcer⁴⁶.

Toutefois, estimer que le peuple puisse être coupable d'abus supposerait qu'il ait la pleine maîtrise du processus constituant, de l'initiative à l'approbation du texte en passant par les phases de délibération et d'adoption de ce dernier. Or, à l'échelle d'un État, un tel gouvernement direct n'a jamais été réalisé et n'est pour l'instant pas réalisable même par le biais d'une mise en réseau des citoyens par internet, sauf à renoncer à l'un des « impératifs » de la démocratie : la délibération⁴⁷. Ce qui est qualifié d'initiative populaire⁴⁸, par exemple, émane d'un groupe de citoyens et quand bien même la proposition présentée est soutenue par une minorité de citoyens, elle n'est pas modifiable par les autres citoyens en cours de route. Seules des procédures d'initiative populaire « indirecte » avec référendum facultatif permettent aux représentants de modifier un texte avant d'être soumis au vote des citoyens. Dans tous les cas, les citoyens votant pour l'approbation ou le rejet de la proposition ne sont pas maîtres de la manière dont la proposition est rédigée ni de la façon dont la ou les questions leur sont posées. Il en va de même lors de référendums organisés à l'initiative des représentants (chef de l'Etat, gouvernement ou parlement). Plus encore, lorsqu'il s'agit d'approuver une nouvelle Constitution, les citoyens ne pourront qu'approuver ou rejeter en bloc l'ensemble du texte.

Par ailleurs, les questions posées au référendum peuvent être formulées de telle manière que l'intention discriminatoire qui se cache derrière certaines d'entre elles est dissimulée. Ce fut par exemple le cas de nombreuses initiatives populaires remettant en cause les politiques de discrimination positive aux États-Unis⁴⁹. Par conséquent, il est impossible de rechercher une volonté abusive, voire oppressive du peuple dans un texte dont il ne maîtrise ni la rédaction ni les interprétations qui en seront données.

Concernant les campagnes mensongères, il est impossible de prouver objectivement l'impact qu'ont ces tentatives de manipulations sur l'électorat. Leur propagation, grâce aux partages démultipliés sur les réseaux sociaux, ne doit certes pas être minimisée, mais ne

46 Cf., parmi une importante littérature, Boris Barraud, *Désinformation 2.0 : Comment défendre la démocratie ?*, Paris, L'Harmattan, coll. Questions contemporaines, 2018, 270 p.

47 Même si l'on peut imaginer que désormais tous les citoyens puissent faire une proposition de réforme constitutionnelle ou de nouvelle constitution, sur une plateforme, que tous les autres citoyens pourraient décider d'adopter ou rejeter en ligne, des procédures d'arbitrage ou de sélection empruntant des voies plus traditionnelles telle que le soutien populaire à minima ou la sélection par le parlement seraient nécessaires. Malgré tout, cela ne résoudrait pas le problème d'une délibération juste et équitable entre tous les citoyens à grande échelle et du mode de sélection des options possibles qui pourraient être présentées au scrutin populaire à l'issue de ces délibérations.

48 Q. Girault, *Le référendum d'initiative populaire, Proposition d'un modèle dans l'ordonnement constitutionnel de la Ve République en France*, Bruylant, A la croisée des droits, 2020, 668 p.

49 Sylvia R. Lazos Vargas, *Judicial Review of Initiatives and Referendums in Which Majorities Votes on Minorities' Democratic Citizenship*, Ohio State Law Journal, vol. 60, pp. 399-555.

sont-elles pas, *in fine*, qu'un moyen pour cacher des opinions ou des ressentis qui sont de manière grossière sous-entendus explicitement par les auteurs de ces « fakes news » ? Plutôt que d'assumer un positionnement illibéral, ou opposé à la consécration de droits fondamentaux pour les minorités (ethniques, religieuses ou sexuelles), l'hypothèse selon laquelle l'audience et les « followers » de ce type de désinformation sont parfaitement conscients de la fausseté des informations présentées – mais les diffusent quand même pour afficher ainsi leur orientation politique – devrait être prise au sérieux. Car quel bilan peut-on tirer de cette « moralisation » de la vie démocratique qui jette un opprobre plus autoritaire et émotionnel qu'intellectuel sur les pensées illibérales ? Qui soutiendrait qu'elle a permis de diminuer leur audience électorale serait sans doute aveugle et sourd. Au contraire, jamais depuis un siècle les idées radicales et extrémistes n'ont autant imprégné l'Occident. Et l'on voudrait les combattre en s'épuisant à démontrer la fausseté de montages grossiers et d'affirmations péremptoires ? La majorité qui vote pour un référendum discriminant en est souvent pleinement consciente, même si elle invoque pour se justifier les manipulations grossières dont sont coutumiers les démagogues contemporains. En conséquence, considérer que le peuple peut être abusé par cette démagogie revient à une forme de paresse intellectuelle, voire de condescendance, qui conduit à nuire aux fondements mêmes de la démocratie : l'égalité et la responsabilité.

Même si on ne peut parler d'abus au sens juridique du terme, le risque d'excès de pouvoir constituant fait clairement écho à des excès possibles dénoncés par la doctrine et les représentants politiques dès qu'il s'est agi de définir concrètement comment allait être exercé le pouvoir du peuple dans un État.

II - Le risque d'excès de pouvoir constituant du peuple

L'idée d'abus du pouvoir constituant du peuple renvoie immédiatement à des situations rencontrées, particulièrement ces dernières années, consistant à solliciter le peuple pour adopter des mesures qui auraient été considérées comme contraire à l'État de droit libéral. S'agissant de référendums, ils peuvent être considérés comme illibéraux si l'on suit le même cheminement intellectuel aboutissant à qualifier certaines démocraties d'illibérales⁵⁰. Selon Mathias Revon, le « concept de référendum illibéral » permet ainsi de "qualifier un scrutin qui a pour conséquence de révéler l'incompatibilité sous-jacente entre la souveraineté du peuple et l'État de droit libéral"⁵¹. En l'occurrence, il permet de regrouper des référendums dont l'objet ou la procédure employée engendrerait une "atteinte potentielle portée par le peuple aux principes constitutifs de l'État de droit libéral, c'est-à-dire la limitation et l'encadrement du pouvoir politique par le droit, la séparation des pouvoirs et la garantie des droits fondamentaux"⁵². En somme dans un État de droit libéral, le peuple se prononçant favorablement sur une proposition illibérale remettrait en cause le présupposé libéral du pouvoir démocratique qui consisterait à faire du peuple le meilleur gardien de ses propres droits et libertés. En optant pour une proposition discriminatoire ou en exprimant sa confiance envers un individu ou un gouvernement susceptible de brider ses droits et libertés et d'affaiblir les contre-pouvoirs, le peuple excéderait son pouvoir (A).

50 M. Revon, "L'indétermination du statut du peuple en droit constitutionnel. Réflexions à partir des tensions entre référendum et État de droit", Thèse de doctorat, Aix-Marseille Université, 10 décembre 2021.

51 M. Revon, *précité*, introduction, § 54.

52 Id. § 56.

Le contexte dans lequel interviennent de telles propositions de réforme constitutionnelle est important à souligner pour comprendre les risques d'excès (B).

A) Un possible recours pour excès de pouvoir ?

Comme nous l'avons vu précédemment, la théorie de l'abus de droit ne paraît pas, en théorie, transposable à l'exercice du pouvoir constituant par le peuple. Une difficulté plus concrète réside dans son caractère subjectif. Rappelons que celle-ci implique qu'un individu puisse être sanctionné sans avoir eu un comportement strictement interdit par le droit positif⁵³. Toutefois, il n'est plus possible de penser ce type de votation comme étant exclu de toute critique juridique. Ainsi, l'essai de Yascha Mounk, « Le peuple contre la démocratie » a dénoncé de façon pertinente, dans un chapitre intitulé « la démocratie sans la liberté », à la fois l'extrémisme, les excès du populisme mais également le pouvoir qu'a le peuple de décider ce qu'il veut au détriment de minorités impopulaires⁵⁴. Pour que le droit se saisisse de ces situations, l'on souhaiterait proposer une piste fondée sur la notion classique d'excès de pouvoir, pour essayer de qualifier certains comportements du constituant. Cette hypothèse peut surprendre, car il est bien connu que, dès l'origine, le recours pour excès de pouvoir n'était pas en pratique toujours distingué du recours en incompétence⁵⁵, que l'on peut qualifier de contrôle de conformité normative. De nos jours, il est incontestablement lié au contrôle de légalité formel⁵⁶. Mais, en théorie, le recours pour excès de pouvoir a été pensé de façon un peu plus générale en le distinguant bien de l'incompétence⁵⁷. Ainsi que le rappelle le Professeur Morand-Deville, il a été institué « "dans l'intérêt de la loi", dans le but de faire prévaloir "le droit" et non "les droits" », il est un moyen efficace de protection « du droit contre l'arbitraire »⁵⁸. L'idée est la suivante : un référendum constituant pourrait être déclaré excessif dans deux situations. Tout d'abord, pour les projets de réformes aboutissant à une concentration des pouvoirs de l'exécutif. C'est en effet une pratique désormais courante dans les régimes illibéraux – voire franchement autoritaires – de renforcer les pouvoirs du chef de l'État en faisant « sauter » le verrou de la limitation du nombre de mandats présidentiels. Nous visons ici les situations inverses de celles ayant conduit à l'adoption du XXII^{ème} amendement à la Constitution des États-Unis, ou à la réforme française – plus ambiguë – de 2008⁵⁹. La Russie vient immédiatement à l'esprit, avec plusieurs réformes en 2008⁶⁰ et surtout en 2020⁶¹, qui

53 M. Dubuy, « La fraude à la loi. Étude de droit public français », *RFDA*, 2009, p. 243 et sq.

54 Il prend notamment l'exemple des minarets en Suisse expliquant que le référendum d'initiative populaire aboutissant à l'interdiction des minarets intervient en réaction à des décisions de justice autorisant cette construction (pp. 70-73).

55 F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1995, p. 83 ; P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Domat, 4^e éd, 2006, p. 18.

56 Pris dans son sens général, cf. M. Guyomar et B. Seiller, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. Hypercours, 5^e éd., 2019, n° 89 et sq.

57 Ainsi, le décret du 4 novembre 1864 qui consacre formellement le recours pour excès de pouvoir précise bien dans son article 1^{er} cette distinction entre les deux champs de compétence du Conseil d'État.

58 J. Morand-Deville, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. cours, 15^e éd., p.657.

59 L'alinéa 2 de l'article 6 disposant désormais : « Nul ne peut exercer plus de deux mandats consécutifs », il n'interdit pas à un individu de faire plus de deux mandats, à la différence du XXII^{ème} amendement américain qui précise quant à lui : « Nul ne pourra être élu à la présidence plus de deux fois ».

60 Allongement de la durée du mandat de 4 à 6 ans. Une révision de 2009 a également renforcé le rôle du Président de la fédération dans l'élection du président de la Cour constitutionnelle.

61 La révision de 2020 a permis, parmi d'autres réformes importantes, de supprimer le terme « successif » qui existait comme à l'article 8 de la Constitution française, tout en maintenant expressément la limitation à deux mandats... et en précisant que l'entrée en vigueur de la réforme en 2022 remettrait « les compteurs à zéro » pour l'actuel titulaire de la fonction.

s'inscrivent dans ce mouvement de concentration en faveur du Président de la fédération. L'Algérie a également suivi cette voie avec une révision en 2008⁶², puis en 2020⁶³. C'est un problème très préoccupant, depuis plusieurs décennies, dans les États d'Afrique francophone⁶⁴. On peut juger ici l'intérêt de la reconnaissance de la théorie de l'excès de pouvoir du peuple, puisque, jusqu'à présent, le juge constitutionnel avalise ces réformes qui renforcent le pouvoir exécutif, comme au Tchad en 2004⁶⁵, au Burkina Faso en 2005⁶⁶, ou en Algérie en 2008⁶⁷. La seule exception notable où une telle révision a été déclarée illicite fût en Bolivie en 2017⁶⁸. Certes, toutes ces révisions n'ont pas été adoptées par référendum⁶⁹. On peut pourtant questionner rapidement cette problématique⁷⁰ : l'augmentation de la durée du mandat présidentiel et la suppression des limites à son renouvellement sont-elles toujours le signe d'une évolution vers un régime autoritaire ? N'est-on pas précisément ici dans la situation du « peuple contre la démocratie » ? Utiliser un référendum constitutionnel permet de cacher une forme de concentration des pouvoirs sous l'excuse de la volonté démocratique. Ce ne serait pas le régime qui souhaiterait la réforme, mais le peuple qui, ne se résignant pas à perdre un dirigeant de qualité, voudrait supprimer une limitation des mandats. Ce type de limite est alors présenté comme n'ayant aucun sens dans un régime « purement » démocratique, que l'on pourrait caricaturer en modernisant un ancien adage : « ce que peuple veut, Dieu le veut ». Il est certes difficile de justifier la restriction du régime d'un mandat électif par rapport au principe démocratique. Il reste toujours délicat, notamment pour des juristes, d'invoquer « l'esprit » de la démocratie pour contester ce type de réforme. C'est ici que la mobilisation de la notion d'excès de pouvoir pourrait être pertinente. Le peuple souverain a tout à fait la possibilité de choisir les institutions qu'il souhaite, d'organiser les mandats politiques de la façon qui « lui » convienne. Néanmoins, la démocratie n'est pas seulement construite par des règles institutionnelles, et un régime qui se prétend démocratique doit être en accord avec sa définition et ses principes. L'un des plus importants est bien évidemment la lutte contre la concentration des pouvoirs. Sachant en outre que l'illimitation des mandats qui en résulte ne peut aboutir qu'à une personnalisation du pouvoir, phénomène radicalement incompatible avec une démocratie.

La seconde catégorie de référendum qui pourrait être reconnue excessive est un peu plus délicate. Il s'agit des votations qui visent à restreindre les droits d'une minorité sans que l'exercice de ces derniers ne produise un quelconque préjudice pour la majorité. En

62 Suppression de l'interdiction de plus de deux mandats présidentiels. La révision de 2016 est revenue sur cette suppression et a même interdit formellement l'allongement de ce nombre de mandats (le Conseil constitutionnel algérien vérifie la licéité des révisions constitutionnelles en application de l'article 176 de la Constitution de 1996).

63 Révision qui a conduit, parmi de nombreuses autres modifications jugées plus libérales, à consolider le présidentielisme algérien.

64 A. Loada, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, n° 03/2003, pp. 139 à 174.

65 Dans sa décision du 11 juin 2004, le juge constitutionnel tchadien a validé une révision préparée par le Président Deby pour qu'il puisse briguer un troisième mandat.

66 C.C.B.F., décision n° 2005-007/CC.PF du 14 octobre 2005

67 C.C.AL, avis n° 01/08A.RC.C. du 9 Dhou El Kaada 1429 correspondant au 7 novembre 2008, *JORADP* n° 63 du 16 novembre 2008

68 V. Audubert, « Juger de l'inconstitutionnalité d'une norme constitutionnelle ? Le cas de la décision du Tribunal constitutionnel plurinational de Bolivie du 28 novembre 2017 », *RFDC*, 2019, n° 120, p. 1 et sq.

69 Il s'agit surtout de celles de 2020 en Algérie et en Russie mais aussi celle de 2004 pour le Tchad.

70 Cf., Ch. de Nantois, « La limitation du nombre de mandats présidentiels : entre inutilité et ...inutilité ! », *Politeia*, 2016, n° 29, p. 281 et sq.

d'autres termes, si l'objectif de la votation est uniquement négatif, c'est-à-dire qu'il vise le retrait de certains droits à une minorité, et ce sans que celui-ci ait une portée sur l'exercice des droits de la majorité, il serait possible d'identifier un excès de pouvoir. Dès lors que la réforme n'a que des effets négatifs en termes juridiques, la volonté de la majorité l'ayant adoptée peut certainement être qualifiée d'hostile envers cette minorité. Si le référendum conduit seulement à un préjudice dont serait victime une minorité clairement identifiée, qu'il ne produit pas de bénéfice concret pour la majorité l'ayant adoptée, c'est qu'il est contestable.

Prenons un exemple, un peu fruste, pour clarifier notre propos⁷¹ : imaginons une réforme qui viserait uniquement à interdire les relations homosexuelles. Si une majorité – présumons d'hétérosexuels – venait à voter ce référendum, on serait dans un cas assez clair selon nous d'excès de pouvoir : avant la réforme, l'exercice du droit aux rapports homosexuels ne pouvait, en toute logique, faire subir un préjudice juridique aux hétérosexuels qui, par définition, n'étaient pas concernés. Après le vote de cette réforme, le statut juridique de cette majorité n'a absolument pas évolué. L'objectif de la réforme est donc purement négatif : c'est de retirer à une minorité certains droits, alors que leur exercice ne concernait pas la majorité auparavant et après, sans que ce retrait n'ait fait évoluer l'ensemble de leurs droits subjectifs. Toute expression directe du pouvoir constituant par le peuple qui aurait cette caractéristique pourrait donc rentrer dans la catégorie de l'excès de pouvoir.

B) Un contexte favorisant les risques d'excès du pouvoir constituant

Le contexte dans lequel intervient un vote populaire, fut-il constituant, est très important. Des études menées sur les États-Unis et la Suisse ont montré que les référendums discriminatoires visent souvent une minorité jugée impopulaire dans un contexte donné (actualité choquante en ce qui concerne des délinquants ou criminels, crise économique, crise migratoire, mondialisation et perte d'identité nationale...)⁷². Ces minorités sont souvent soit celles qui revendiquent une extension de leurs droits, comme cela a pu être le cas du mouvement homosexuel demandant la reconnaissance du droit au mariage, du droit à l'adoption ou à la procréation médicalement assistée, soit de celles qui, dans un contexte donné, suscitent des craintes de la part de la majorité. Ainsi des immigrés d'origine latino-américaine dans les États du Sud des États-Unis ou encore des étrangers – particulièrement de religion musulmane – en Europe perçus comme constituant un danger à la fois pour l'économie, la culture et l'identité même de l'État d'accueil. Moins le groupe

71 Si l'on songe à des projets qui porteraient sur la pratique religieuse de certaines minorités (et bien évidemment sur leur pratique vestimentaire), nous ne souhaitons pas rentrer ici dans un débat qui nous semble trop complexe (et trop passionné) pour être traité aussi rapidement dans le cadre de cette étude.

72 R. Mickaël Alvarez, Tara L. Butterfield Tara, « The Resurgence of Nativism in California ? The Case of Proposition 187 and Illegal Immigration », *Social Science Quarterly*, 81 (1), p. 167 ; D. Bochsler et S. Hug, *How Minorities Fare under Referendums. A Cross-national Study*, Paper prepared for presentation at the ECPR General Conference Postdam 10-12 september 2009 ; T. Donovan, « Direct Democracy and Campaigns Against Minorities », *Minnesota Law Review*, 2013, 97, p. 1730 ; T. Donovan Todd, S. Bowler, « Direct Democracy and Minority Rights : An Extension », *American Journal of Political Science*, 1998, 52, p. 1020 ; D. Haider-Markel, A. Querze, K. Lindaman Kara, « Lose, Win, or Draw ? A Reexamination of Direct Democracy and Minority Rights », *Political Research Quarterly*, 2007, 60 (2), p. 304 ; J. Hainmueller, D. Hangartner, « Does Direct Democracy Hurt Immigrant Minorities ? Evidence from Naturalization Decisions in Switzerland », *American Journal of Political Science*, 2015 ; Daniel C. Lewis, *Direct Democracy and Minority Rights : A Critical Assessment of Tyranny of the Majority in American States*, Routledge, 2013, 129 p.

minoritaire est considéré comme intégré et plus il sera susceptible de pâtir de propositions discriminatoires présentées aux scrutins référendaires⁷³. Des initiatives discriminatoires peuvent également s'inscrire en réaction à des choix politiques effectués par les représentants (politiques d'*affirmative action* aux États-Unis) ou envers des décisions de justice perçues comme activistes en ce qu'elles protégeraient ou favoriseraient une minorité contre la volonté de la majorité (reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans certains États, qui en a conduit d'autres à faire voter par référendum que le mariage est contracté entre un homme et une femme⁷⁴). Ainsi, en Irlande, l'un des référendums proposés en 1992 par le gouvernement sur l'avortement visait directement à contrer la décision de la Cour suprême de la même année autorisant l'avortement en cas de risque de suicide de la mère⁷⁵. Aux États-Unis, les propositions visant à interdire le mariage entre personnes de même sexe ont suivi plusieurs décisions favorables aux homosexuels, notamment la décision de la Cour suprême d'Hawaï en 1993 considérant que le refus de marier un couple homosexuel constituait une discrimination contraire à la Constitution de l'État⁷⁶, puis la décision de la Cour suprême du Massachussetts de 2003 autorisant le mariage entre personnes de même sexe⁷⁷. Donovan qualifie cette réaction de « populist backlash »⁷⁸. L'impopularité de la minorité visée par le scrutin référendaire est, en outre, souvent amplifiée dans le cadre de la campagne menée par les lobbies ou les partis politiques. Ces derniers vont les stigmatiser en les rendant responsables de divers maux de la société de façon grossière et souvent mensongère. Certains partis politiques ont d'ailleurs pris conscience qu'ils pouvaient tirer parti de cette situation pour dénoncer les choix politiques des partis au pouvoir et les remettre en cause en utilisant le droit d'initiative populaire ou la procédure de référendum-veto. Ainsi en Suisse, les initiatives contre les étrangers ou les musulmans soutenues par le Swiss People Party ont considérablement favorisé l'ascension de ce parti politique⁷⁹, elles ont également été le terreau sur lequel l'UDC a gagné en soutiens. De plus, le scrutin référendaire étant généralement binaire, les différents arguments en présence et les éléments du débat sont souvent simplifiés à l'extrême dans le cadre des campagnes référendaires qui sont menées, d'autant plus que les votants n'ont pas à justifier leur choix⁸⁰. Si l'on ne peut préjuger de la décision populaire qui peut ne pas être défavorable à une minorité, et s'il est important également de faire confiance en l'intelligence collective du peuple pour déjouer les stratégies d'un parti politique, d'un groupe de pression ou de dirigeants prospérant sur le terreau fertile du nationalisme exacerbé, on ne peut pas faire preuve de naïveté face aux risques de propos et données mensongers, réducteurs, trompeurs tenus ou/et diffusés dans le cadre de campagnes – ou même en dehors – référendaires comme électorales. Or, avec une surmédiation de tout événement, et une diffusion débridée de tout type d'informations

73 A. Vatter, D. Danaci, « Mehrheitstyannei durch Volksentscheide ? : zum Spannungsverhältnis zwischen direkter Demokratie und Minderheitenschutz », *Politische Vierteljahresschrift*, 2010, 51, p. 205 ; A. Christmann et D. Danaci, *Direct Democracy and Minority Rights : Direct and Indirect Effects on Religious Minorities in Switzerland*. Politics and Religion, 2012, 5(1), 134.

74 Ce fut le cas des lois de révisions constitutionnelles proposées au référendum en Croatie en 2013 et en Slovaquie en 2015, par exemple (ce dernier fût invalidé faute de participation suffisante).

75 *Attorney General v. X*, [1992] IESC 1; [1992] 1 IR 1.

76 *Baehr v. Levin*, 852 P. 2d 44 (Haw.1993).

77 *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003). T. Donovan, *précité*, p. 1747

78 *Précité*, p. 1740.

79 D. Moeckli, « Of Minarets and Foreign Criminals : Swiss Direct Democracy and Foreign Law », *Human Rights Law Review*, 2011, P. 780.

80 A. Christmann et D. Danaci, *précité*, p. 136.

placées sur le même plan quel que soit leur véracité, les dangers d'une décision « excessive » de la part du peuple dans l'exercice de son pouvoir constituant sont réels. Gaston Jèze décrivait le recours pour excès de pouvoir comme « l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés »⁸¹. Peut-être serait-il temps d'adapter ce mécanisme à l'utilisation directe du pouvoir constituant par le peuple. Se pose alors la question du contrôle et surtout des sanctions possibles des excès dans l'exercice par le peuple de son pouvoir constituant.

III – La délicate question du contrôle de l'excès du peuple dans l'exercice de son pouvoir constituant

Reconnaître l'usage abusif d'un pouvoir n'a d'intérêt que si cet excès peut être sanctionné ou, *a minima*, si son constat permet d'engager la responsabilité de son auteur et donner lieu à réparation. Dans le cas d'un exercice reconnu abusif (ou du moins excessif) du pouvoir constituant, la sanction consisterait à l'abrogation ou l'annulation des actes adoptés et pourrait conduire une demande en réparation pour les préjudices subis de la part des victimes de ces abus. La manière de traiter les actes constituants du peuple dépend évidemment de l'identification de limites à ce pouvoir.

Le peuple constituant originaire n'apparaissant pas dans les Constitutions, les seules limites à l'exercice de son pouvoir souverain en droit positif sont soit le respect de conditions préalablement établies destinées à orienter le constituant, soit des limites en rapport avec le droit supranational. Le pouvoir constituant dérivé du peuple fait plus fréquemment l'objet de limitations définies et contrôlées généralement *a priori*, ce qui traduit une nécessaire adaptation des modalités de contrôle des actes soumis à la ratification populaire (A). En revanche, sur le plan international, les juridictions ne semblent pas prendre en considération le fait que l'exercice du pouvoir constituant soit directement ou non exercé par le peuple (B).

A - L'appréhension nationale de l'exercice du pouvoir constituant par le peuple : entre déférence et adaptation

Le pouvoir constituant originaire, en qualité de souverain, n'est en théorie tenu par aucune règle antérieure sur la forme, la procédure ou le fond. La réalité des processus constitutionnels est tout autre⁸². Outre des règles de procédure, il arrive qu'un certain nombre de principes de fond préalables à l'élaboration d'une nouvelle constitution soient négociés et définis par les forces politiques, voir concrétisés par un texte que s'engageront à respecter les constituants. Il s'agit de « décisions préparatoires » à l'exercice du pouvoir constituant originaire par opposition aux « décisions constituantes », selon la distinction établie par Olivier Beaud⁸³, dont relèvent l'adoption et la ratification du projet. Ce fut le cas de la Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 en France qui a fixé cinq principes devant servir à l'élaboration de la Constitution⁸⁴. Si la Constitution de 1958 a bien été soumise à

81 G. Jèze, « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 162.

82 A. Blouët, *Le pouvoir pré-constituant, Analyse conceptuelle et empirique du processus constitutionnel égyptien après la révolution du 25 janvier 2011*, éd. Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Collection des thèses, Paris, 2019, 458 p.

83 O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, Léviathan, 1994, p. 265.

84 Ces cinq principes étaient : le suffrage universel ; la séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif ; la responsabilité du gouvernement devant le Parlement ; la garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de

l'approbation populaire par la voie du référendum, et peut constituer un exemple rentrant dans le champ de notre étude, aucun contrôle de conformité du texte au respect de ces principes préalables n'a été mis en place⁸⁵. En Afrique du Sud, l'Assemblée constituante chargée de l'élaboration de la Constitution du 8 mai 1996 était liée par 34 principes constitutionnels définis dans le cadre des accords multipartis négociés à la fin de l'Apartheid⁸⁶. La Cour constitutionnelle a opéré un contrôle dit de « certification » consistant à vérifier que la nouvelle constitution respectait ces derniers⁸⁷. Elle a à cette occasion jugé certaines dispositions non-conformes à ces principes. Cette Constitution, toutefois, n'a pas été soumise au référendum. Quant aux règles de procédure, Alexis Blouët, à propos du cas égyptien, souligne le caractère provisoire des règles pré-constituantes qui en principe sont considérées comme n'ayant jamais existé une fois la Constitution adoptée⁸⁸. Dans tous ces cas, il est très difficile de qualifier d'abusif l'exercice du pouvoir constituant par le peuple à partir du moment où le scrutin référendaire s'est déroulé dans de bonnes conditions supposant la loyauté du processus, la liberté de vote et l'égalité des électeurs. Cela n'empêche pas en revanche que la procédure d'élaboration de la constitution elle-même soit contestable sur la forme comme sur le fond permettant parfois de mettre directement en cause les acteurs et auteurs (président, gouvernement provisoire ou de transition, ...) de ces processus.

En revanche, la question du contrôle *a priori* des limites au pouvoir constituant dérivé du peuple se pose. Avec la montée en puissance des droits de l'Homme, et une appréhension constitutionnelle de la démocratie qui suppose le respect de l'Etat de droit et la garantie de la Constitution, incluant le respect des droits et libertés fondamentaux qu'elle énonce, des limites au pouvoir constituant dérivé ont été érigées. Définies *a priori*, elles peuvent s'imposer même lors de processus soumis à référendum. Elles peuvent être d'ordre interne en excluant par exemple qu'une révision constitutionnelle ou qu'un référendum puisse être organisé dans certaines situations particulières telle que l'état de siège ou l'état d'urgence⁸⁹. De même, de très nombreuses constitutions interdisent qu'une révision constitutionnelle puisse porter sur certains éléments liés à la souveraineté, l'identité de l'Etat⁹⁰ ou encore la forme de gouvernement, que cette forme soit républicaine (France, Italie, Portugal, Roumanie, Sénégal, par exemple) ou monarchique (Thaïlande⁹¹). Ces limites peuvent

l'exercice des libertés publiques définies par le Préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; l'organisation des rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés (loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution, JORF 4 juin 1958, p. 5326.

85 Rappelons en outre que la Constitution de la Ve est souvent considérée comme le résultat d'une réforme de la Constitution de 1946.

86 C. Salcedo, *La transition démocratique sud-africaine. Essai sur l'émergence d'un droit public de la reconstruction de l'État*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2011, pp. 86 à 88.

87 *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly : In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, CCT 23/96, 6 septembre 1996, [1996] ZACC 26 cité par X. Philippe, « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », *Pouvoirs*, 2009, n° 129, p. 162.

88 *Précité*, p. 327.

89 Article 152 al. 3 de la Constitution Roumaine « La Constitution ne peut être révisée pendant la durée de l'état de siège ou de l'état d'urgence, ni en temps de guerre ».

90 Ainsi la Constitution roumaine prévoit également que « Les dispositions de la présente Constitution portant sur le caractère national, indépendant, unitaire et indivisible de l'Etat roumain, la forme républicaine de gouvernement, l'intégrité du territoire, l'indépendance de la justice, le pluralisme politique et la langue officielle ne peuvent faire l'objet d'une révision » (art. 152 al. 1).

91 Article 255 de la Constitution.

également être le résultat de traités et engagements internationaux ou de la coutume internationale. Ce que Hugues Dumont et Isabelle Hachez appellent un « exercice plus inclusif de la souveraineté » conduit les Etats à accepter « volontairement de limiter l'exercice de leur souveraineté en ratifiant des traités quelque peu exigeants en matière de droits fondamentaux » et ce faisant reconnaissent « leur propre subordination à des valeurs communes qui leurs sont supérieures »⁹². Cette inclusivité se traduit parfois par des limitations en matière de droits et libertés fondamentaux intégrées dans l'ordre juridique national et inscrites dans la Constitution, ou par des dispositions constitutionnelles faisant directement référence au droit international.

Ainsi, en Roumanie, l'article 152 al. 2 prévoit qu'« aucune révision ne peut être réalisée qui aurait pour résultat la suppression des droits fondamentaux et des libertés fondamentales des citoyens, ou de leurs garanties ». Une telle disposition permettrait d'éviter semble-t-il une révision constitutionnelle excessive au sens de discriminatoire. Le cas roumain est particulièrement intéressant pour notre sujet car la Cour constitutionnelle exerce un contrôle *a priori* obligatoire des projets ou propositions de révision constitutionnelle⁹³. Ces propositions peuvent être d'initiative populaire, présidentielle, gouvernementale ou minoritaire (1/4 des membres du parlement)⁹⁴. Or, toute révision constitutionnelle doit être approuvée par référendum⁹⁵. Ainsi, en 2016, la Cour a validé une initiative populaire visant à modifier l'article 48 de la Constitution pour préciser que le mariage est une union libre entre un homme et une femme. Cette proposition devait se substituer à la notion non genrée de « conjoints » figurant dans le texte initial de la Constitution susceptible d'être interprétée comme permettant le mariage entre personnes de même sexe. Après que la proposition de loi ait été validée par le Parlement, un référendum a été organisé les 6 et 7 octobre 2018 approuvant la modification avec 93,4 % de votes favorables. Les résultats du scrutin ont cependant été invalidés par la Cour constitutionnelle dans le cadre de ses compétences de contrôle et de surveillance des opérations référendaires⁹⁶ pour des raisons de quorum. En effet, les résultats du vote ne pouvaient être valides que si, au-delà d'une majorité de 50 % et une voix, le total des votes exprimés représente 25 % des inscrits, avec une participation minimale de 30 % des inscrits. Or, aucun de ces deux quorums n'a été atteint.

Par conséquent, la disposition visant à éviter des révisions constitutionnelles qui mettrait en cause des droits fondamentaux n'a pas permis d'éviter *a priori* l'organisation d'un tel référendum dont l'objet était clairement de ne pas ouvrir l'institution du mariage aux conjoints de même sexe.

La Suisse est également un exemple éclairant puisque toutes les révisions constitutionnelles sont également soumises au référendum obligatoire, qu'il s'agisse de révisions partielles ou totales. Or, depuis 1999, la Constitution prévoit expressément que toute initiative de révision de la Constitution doit respecter les règles impératives du droit international⁹⁷. Cela permet à l'Assemblée fédérale, qui est un organe politique et non juridictionnel, de déclarer nulle une initiative populaire qui irait à l'encontre de telles règles. Ainsi, avant même que la Constitution soit formellement révisée sur ce point, l'Assemblée

92 H. Dumont et I. Hachez, « Repenser la souveraineté à la lumière du droit international des droits de l'Homme », *Liber Amoricum Rusen Ergeç*, Pasirisie, Luxembourg, 2017, p. 107.

93 Article 146 a).

94 Article 150 de la Constitution.

95 Article 151 al. 3 de la Constitution.

96 Article 146, i) de la Constitution.

97 Article 193 et 194 de la Constitution.

fédérale avait rejeté une initiative intitulée « Pour une politique d’asile raisonnable » qui entraînait la violation de plusieurs conventions internationales dont la Convention de Genève du 8 juillet 1951, la Convention européenne des droits de l’Homme, la Convention des Nations Unies contre la torture et le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, en interdisant notamment un droit au recours pour les demandeurs d’asile⁹⁸. Cette limitation officiellement introduite lors de la révision totale de la Constitution approuvée par référendum en 1999, n’a pas permis d’empêcher d’autres initiatives populaires qui ont été validées par référendum, mettant la Suisse en difficulté au regard du droit international. Ceci est le cas d’une initiative adoptée en 2004 intitulée « internement à vie des délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables »⁹⁹, de l’initiative adoptée en 2009 interdisant la construction de minarets¹⁰⁰, de l’initiative de 2010 relative au « Renvoi des criminels étrangers »¹⁰¹, de celle adoptée en 2014 « contre l’immigration de masse »¹⁰² ou encore de celle adoptée en 2021 interdisant, comme en France, la dissimulation du visage dans l’espace public¹⁰³.

De nombreuses consultations ont été menées sur la possibilité d’introduire de nouvelles limites à la révision constitutionnelle prenant en compte, par exemple, la protection de l’« essence des droits fondamentaux », ce qui aurait permis d’englober plus largement des droits protégés par la CEDH. Cependant face à la difficulté de s’entendre sur le contenu de ces limites, aucune réforme n’a finalement été entreprise¹⁰⁴.

En revanche, consciente de la responsabilité pesant sur leurs épaules en tant que modèle de démocratie, les autorités suisses ont utilisé tous les moyens à leur disposition pour atténuer les effets d’incompatibilité de ces dispositifs au droit européen ou international. L’objectif est en effet d’éviter que la Suisse soit obligée de dénoncer une convention internationale et en particulier la CEDH, ce qui constituerait un précédent fâcheux dans lequel pourraient s’engager certains régimes moins scrupuleux. En ce qui concerne l’initiative de 2004, relative à l’internement à vie des délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables, le Parlement fédéral usant de son pouvoir d’interprétation des dispositions dans leur mise en œuvre, a adopté une loi d’application de cette disposition constitutionnelle

98 Feuille Fédérale 1996 I 1305.

99 Qui avait été considérée comme ne respectant pas le principe de proportionnalité et ne pouvant être compatible avec la CEDH qu’au prix d’une interprétation très extensive : Message du Conseil Fédéral, Feuille fédérale (FF) 2001 3265. Pour le Parlement : FF 2003 3979.

100 Considérée comme non compatible avec les articles 9 et 14 de la CEDH ainsi qu’aux articles 2, 18 et 27 du Pacte de l’ONU relatif aux droits civils et politiques. Voir les messages du Conseil fédéral et de l’Assemblée fédérale : FF 2008 6923 et FF 2009 3903.

101 Cette initiative prévoyait l’expulsion automatique des étrangers ayant commis certaines infractions ou ayant perçu illégalement des prestations ou aides sociales. La proposition était incompatible en particulier avec la CEDH, le Pacte de l’ONU sur les droits civils et politiques, la Convention sur les droits de l’enfant et l’accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l’Union européenne. Voir les messages du Conseil fédéral et de l’Assemblée fédérale : FF 2009 4571 et FF 2010 3853.

102 Cette initiative remettait en cause l’accord sur la libre circulation des personnes passé entre la Suisse et l’Union européenne. Voir les messages du Conseil fédéral et de l’Assemblée fédérale : FF 2013 279 et FF 2013 6575.

103 Bien que la France et la Belgique aient adopté de telles lois, qui ont été validées par leurs juridictions constitutionnelles et n’ont pas été remises en cause par la Cour EDH sur le fondement des articles 8, 9 ou 14 de la CEDH, le Comité des droits de l’Homme des Nations Unies a considéré en 2018 que la loi française comportait des mesures disproportionnées et que le motif de « vivre ensemble » ne pouvant être rattaché au motif de protection des droits et libertés d’autrui et a conclu à une violation des articles 18 et 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques (Affaires *Yaker & Hebadj c. France*, 22 octobre 2018, n°2747/2016 et 2807/2016). Le Conseil Fédéral a souligné cette incompatibilité : FF 2019 2021.

104 D. Moeckli, *précité*, p. 786.

permettant sa conformité avec le droit international (Art. 64 al.1 bis du Code pénal adopté en 2007).

De la même façon, concernant l'initiative de 2010 relative au « Renvoi des criminels étrangers », le Tribunal fédéral qui était saisi d'un recours contre la décision de renvoi d'un étranger condamné à une peine privative de liberté de dix-huit ans a livré une interprétation des dispositions permettant d'assurer leur conformité au droit de la CEDH. Arguant de l'imprécision de la proposition adoptée (insérée à l'article 121 al. 3 à 6 de la Constitution), il a estimé que ces dispositions « ne sont pas directement applicables et nécessitent une transposition par le législateur »¹⁰⁵. Ce qui a permis par la suite au Parlement fédéral d'assouplir la rigueur de la règle adoptée par référendum, dans ses mesures d'application, en prévoyant notamment une marge de manœuvre laissée au juge pour décider de l'expulsion et alors même que cette marge de manœuvre (proposée dans un contre-projet lors du scrutin de 2010) avait été expressément rejetée par référendum¹⁰⁶.

Toutes ces solutions confirment à la fois le malaise qu'il y a à imposer des limitations au pouvoir constituant mais également la confiance faite au peuple pour rejeter des initiatives excessives. En effet, il convient de souligner qu'au-delà de ces quelques exemples marquants, beaucoup d'initiatives populaires, parfois discriminatoires, n'ont pas recueilli le nombre de signatures suffisant ou ont été rejetées par référendum ou/et par les cantons¹⁰⁷. Ces exemples mettent également en lumière l'intérêt d'un contrôle *a priori* plutôt qu'*a posteriori* des révisions constitutionnelles lorsqu'elles sont soumises au référendum. Certaines juridictions acceptent cependant l'idée d'un tel contrôle, en considérant que seule la norme importe et non son mode d'approbation. La Cour lituanienne considère en effet que les amendements constitutionnels même adoptés par référendum doivent respecter les limites substantielles et formelles prévues par la Constitution et qui découlent elles-mêmes des « actes de nature constituante »¹⁰⁸. Cette jurisprudence participe à une désacralisation, pour ne pas dire « banalisation », des lois référendaires y compris de rang constitutionnel, que l'on peut observer plus classiquement en droit international.

B – L'appréhension internationale de l'exercice du pouvoir constituant par le peuple : le principe de l'indifférence à la qualité du constituant

Qu'il s'agisse des juridictions internationales, du Comité des droits de l'Homme ou de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), ces instances semblent se montrer indifférentes à la qualité de l'auteur d'une norme, même de rang constitutionnel. Seul le contenu de celle-ci a son importance. Ainsi, peuple et autorités dites constituées sont traités de la même manière à leurs yeux y compris lorsqu'ils adoptent ou approuvent une révision de la Constitution. Ce traitement indifférencié n'est que la conséquence de l'application de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités indiquant qu'« Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme

105 ATF 139 I 16 c. 4, 12 octobre 2012.

106 Dans le cadre du contre-projet proposé lors du même scrutin en 2010. En effet, la Constitution suisse prévoit que l'Assemblée fédérale peut proposer un contre-projet, c'est-à-dire une proposition concurrente à l'initiative populaire proposée, qui sera soumise au scrutin en même temps que cette dernière (article 139, 5) de la Constitution fédérale : « Toute initiative revêtant la forme d'un projet rédigé est soumise au vote du peuple et des cantons. L'Assemblée fédérale en recommande l'acceptation ou le rejet. Elle peut lui opposer un contre-projet »).

107 Voir à cet égard, la liste de toutes les initiatives populaires fédérales proposées en Suisse depuis 1892 : https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_2_2_5_1.html (consulté le 17 septembre 2021). Sur les 489 proposées, 23 seulement ont été acceptées par le peuple et les cantons.

108 Décision du 30 juillet 2020, *précitée*.

justifiant la non-exécution d'un traité ». Il en va de même pour le droit international coutumier. Selon Stéphane Pinon, la Commission de Venise se révélerait même suspicieuse à l'encontre de la participation directe du peuple¹⁰⁹ lorsqu'elle affirme dans son Code de bonne conduite en matière référendaire qu'« en vertu du principe de prééminence du droit, le peuple n'est pas dispensé du respect des règles de droit. (...) Quelle que soit la position du droit national sur les rapports entre droit international et droit interne, une votation ne peut porter sur un texte contraire à une obligation de droit international ou aux principes statutaires du Conseil de l'Europe (démocratie, droits de l'Homme et prééminence du droit) »¹¹⁰. Elle souligne en effet que le caractère souverain du peuple ne l'exonère pas du respect des règles de droit¹¹¹. Ces principes sont réaffirmés dans le document intitulé « Lignes directrices révisées sur la tenue des référendums » des 8 et 9 octobre 2020 qui prévoit notamment que « (Les référendums) ne doivent pas être contraires au droit international, aux principes statutaires du Conseil de l'Europe (démocratie, droits de l'homme et prééminence du droit) ni aux conditions d'adhésion au Conseil de l'Europe. Les États peuvent appliquer des restrictions supplémentaires »¹¹².

La Cour EDH elle-même n'a pas hésité, dans l'affaire *Open Door and Dublin Well Woman v. Irlande* en 1992, à remettre en cause l'application par les juridictions nationales d'une loi constitutionnelle relative à l'avortement adoptée par référendum. En Irlande, en effet, toute révision constitutionnelle doit obligatoirement être soumise au référendum. Or, les dispositions introduites dans la Constitution en 1983 permettaient d'interdire à des associations de publier des informations sur la possibilité pour les femmes irlandaises de faire pratiquer un avortement à l'étranger. Cette disposition a été considérée comme violant le droit de communiquer et de recevoir des informations affirmé par l'article 10 de la Convention¹¹³, notamment en raison du caractère absolu de l'interdiction ne tenant compte ni de l'âge ni de l'état de santé des intéressées. Plus récemment, la Cour EDH a été saisie des plusieurs requêtes mettant en cause l'interdiction constitutionnelle des minarets en Suisse ou l'expulsion d'étrangers délinquants ou criminels. Concernant l'interdiction des minarets, les requérants n'ont pas pu démontrer leur qualité de « victime » directe ou indirecte, ni même potentielle, de la mesure adoptée ce qui a conduit la Cour à rejeter leurs griefs¹¹⁴. Concernant les décisions d'expulsion prises sur le fondement des dispositions pénales intervenant en application l'article 121 de la Constitution suisse, la Cour a examiné les appréciations portées par les juridictions internes sur la situation personnelle du requérant et les intérêts en jeu pour déduire ou non une violation de l'article 8 relatif au respect de la vie privée et familiale. Si elle a pu considérer ces appréciations comme étant sérieuses dans certains cas¹¹⁵, elle a conclu à une violation de l'article 8 de la Convention dans d'autres¹¹⁶. Peu importe donc, aux yeux de la Cour, l'origine populaire de la norme posant le principe de l'expulsion obligatoire. Ce qui compte

109 S. Pinon, « La participation populaire directe au pouvoir constituant. Regards sur le droit étranger », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017/1, vol. 78, p. 27.

110 CDL-AD(2007)008rev, § 32-33.

111 Elle souligne en particulier que « Le principe de la souveraineté du peuple ne lui permet pas de se prononcer en dehors des règles juridiques. Le recours au référendum ne doit être possible que dans les cas prévus par la Constitution ou une loi conforme à la Constitution, et les règles de la procédure référendaire doivent être suivies. Le référendum doit par contre se tenir lorsqu'il est prévu par l'ordre juridique (point I.3.2.b.i) », *Id.*, § 26.

112 CDL-AD(2020)031, p. 14, III – 1.

113 CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door and Dublin Well Woman v. Irlande*, série A, n° 246.

114 CEDH, 28 juin 2011, *Onardiri c. Suisse*, req. N°65840/09 et *Ligue des musulmans de Suisse et autres contre Suisse*, req. N° 66274/09.

115 CEDH, 8 décembre 2020, *M. M. c. Suisse*, req. 59006/18.

116 CEDH, 9 avril 2019, *I. M. c. Suisse*, req. N° 23887/16.

avant tout est la manière dont la disposition est appliquée de manière concrète et répond à l'exigence d'une ingérence proportionnée au but légitime poursuivi et nécessaire dans une société démocratique.

Même si une violation est reconnue, il revient à l'Etat de prendre les mesures pour se mettre en conformité avec le droit international quitte à ne pas appliquer, ou limiter l'application, de la disposition constitutionnelle jugée abusive.

En définitive, il est rare, et contestable, de constater un « abus » du peuple dans l'exercice de son pouvoir constituant. En outre, la mise en jeu de la responsabilité du peuple, qui serait le corolaire d'un constat d'abus, n'est pas concevable autrement que par l'application des règles classiques de responsabilité internationale des Etats en cas d'actes illicites. Le fait que la norme soit de rang constitutionnel et qu'elle ait été adoptée par le peuple « souverain » relève de l'autonomie constitutionnelle des Etats et donc n'est pas pris en considération par le droit international. À cela peuvent également s'ajouter des considérations politiques, qui vont conduire à ce qu'un acte soit considéré comme abusif ou ne soit pas dénoncé comme tel. Cette relativité de l'abus dans l'exercice du pouvoir constituant du point de vue international peut être illustrée par le cas de la sécession ou celui de l'annexion d'un territoire, que nous aborderons rapidement. Dans ces situations, un abus au sens de non-respect de l'ordre initialement établi par le pouvoir constituant originaire peut-être perçu par la partie qui se sent lésée. Une décision de sécession, intervenant généralement à la suite d'un scrutin référendaire, ayant pour objet de questionner les citoyens concernés sur leur souhait d'indépendance, se fait souvent sans le consentement de l'Etat dont l'entité s'est séparée et en violation de la Constitution. En effet, à de rares exceptions près, un tel acte est illicite en droit interne voire clairement prohibé et sanctionné¹¹⁷. Peu importe que l'aspiration sécessionniste ait été exprimée par référendum. La légitimité politique recherchée par l'organisation d'un tel scrutin n'emporte aucune conséquence en termes de reconnaissance sur le plan international¹¹⁸. Le cas de la Catalogne constitue un exemple récent de bras de fer entre les autorités catalanes, estimant que leur revenait un « droit de décider » de leur avenir politique y compris en tant qu'Etat indépendant, et les autorités espagnoles défendant l'unité et l'indivisibilité de l'Etat. La violation de la Constitution a été constatée à plusieurs reprises par le Tribunal constitutionnel déclarant également inconstitutionnelles les différentes consultations populaires organisées pour valider la démarche sécessionniste¹¹⁹. Cette décision unilatérale de sécession fondée sur l'invocation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, puis d'un « droit de décider »¹²⁰ pour surmonter la définition restrictive du droit à l'autodétermination externe en droit international¹²¹, pouvait légitimement être considérée comme abusive de la part de l'Etat espagnol. Mais à l'inverse, une minorité ethnique ou linguistique, qui se voit

117 Voir J.-P. Massias, « La réalité constitutionnelle du droit à la sécession » in O. Lecucq, *Sécession et processus sécessionniste en droit international, européen et constitutionnel*, Institut Universitaire Varenne, Collection Colloques & Essais, 2017, pp. 17-41, prenant l'exemple de la Constitution gabonaise et de la Constitution turque.

118 E. Castellarin, « Le référendum, nouvel outil du droit international pour les aspirants sécessionnistes ? », In O. Lecucq, *précité*, p. 65. Et J.-P. Massias souligne que se poser la question de la constitutionnalité d'une sécession est « une démarche vaine », *précité*, p. 36,

119 Voir notamment, J.-M. Castellà i Andreu, « Tribunal constitucional y proceso secesionista catalán : respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto políticoconstitucional », *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 37, 2016, p. 561.

120 Voir notamment M. Fatin-Rouge Stefanini, « Le "Droit de décider" et le droit constitutionnel des Etats », *Revista Catalana de Dret Públic*, n° 61, décembre 2020, pp. 143-156.

121 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 ».

nier toute reconnaissance par la nouvelle constitution adoptée par une majorité, peut considérer que le référendum constituant adoptant une telle constitution est abusif. Toutefois, dans ce duel, le droit international affiche sa neutralité, la CIJ soulignant en 2010 qu'une déclaration d'indépendance unilatérale n'est ni autorisée, ni contraire au droit international¹²². De la même façon, l'annexion d'un territoire par un État¹²³, même si elle est consentie par référendum par l'entité faisant l'objet de l'annexion, peut être considérée comme abusive en ce que ce territoire décide seul de sa sécession de l'Etat initial, là encore en violation de la Constitution. Ainsi en Crimée, un référendum – dont la loyauté a été critiquée par ailleurs¹²⁴ – a été organisé sur ce territoire alors ukrainien le 16 mars 2014. Avec une participation de plus de 80 %, le rattachement à la Russie a été adopté par plus de 96 % des suffrages exprimés.

Dans tous ces cas, l'abus sur le plan constitutionnel se révèle dans le non-respect des compétences de l'État d'origine qui voit ses limites territoriales modifiées sans son accord. Tout choix imposé par la force ou par la violence ou tout simplement non librement consenti par chacune des parties peut donc être considéré comme abusif. Cependant, l'abus ne sera qualifié comme tel que si l'État nouvellement constitué ou élargi, par exemple, est dénoncé par la Communauté internationale. Ainsi, en 2014, la Commission de Venise du Conseil de l'Europe s'est prononcée indirectement sur l'annexion de la Crimée (et de la ville de Sébastopol) par la Fédération de Russie¹²⁵. L'avis de la commission de Venise ne porte pas sur le référendum, mais sur le projet de révision qui avait été déposé le 28 février 2014 qui permettait l'adhésion du nouveau territoire « fédéré »¹²⁶. L'avis de la commission fût extrêmement négatif¹²⁷ et, finalement, le projet ne fût pas examiné par la Douma¹²⁸.

En revanche, si aucune position majoritaire n'est prise par la Communauté internationale, et si aucune sanction n'est susceptible de s'appliquer, l'abus ne sera qu'une appréciation de fait et non de droit.

Conclusion : Les frictions croissantes entre l'idéal d'un « gouvernement du peuple par le peuple » et ceux d'un Etat de droit libéral conduisent nécessairement à imaginer que les citoyens puissent, par référendum, adopter des décisions allant à l'encontre de la démocratie libérale, soit qu'ils s'entichent d'un populiste autocrate et décident par la même de remettre leur sort entre ses mains, quitte à renoncer à certaines droits et libertés fondamentaux, soit qu'une majorité adopte des mesures discriminatoires au nom du principe de majorité. Ces

122 Cour internationale de Justice, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif du 12 juillet 2010.

123 Le premier exemple dans l'histoire date sans doute du plébiscite des 15 et le 16 avril 1860, qui a permis l'annexion du comté de Nice à la France suite à la conclusion du traité de Turin.

124 La présence de militaires russes, sans identification de leur nationalité sur leur uniforme en contrariété manifeste avec le droit international, a notamment levé des doutes sur la loyauté du scrutin. Le fait que le Président de l'OSCE, Didier Burkhalter, ait jugé le référendum illégal et ait refusé d'envoyer des observateurs a sans doute participé à maintenir le doute.

125 Avis n° 763/2014 du 21 mars 2014 (CDL-AD(2014)004).

126 Le fond de la réforme consistait à supprimer l'exigence d'un accord mutuel entre la Fédération de Russie et l'État étranger duquel provient le nouveau territoire ainsi que l'exigence de la conclusion d'un traité international entre les deux États.

127 « (...) le projet de loi n'est manifestement pas conforme à plusieurs principes fondamentaux du droit international, en particulier le principe d'intégrité territoriale des États, d'égalité souveraine, de non-intervention dans les affaires intérieures d'un État et éventuellement d'interdiction de la menace de la force. », point 39.

128 Les anciennes dispositions étaient en effet suffisantes, plutôt qu'une négociation avec l'Ukraine – qui aurait été impossible – la Russie a « négocié » un traité international avec la toute nouvelle « République de Crimée », signé le 18 mars et entré en vigueur le 21 mars, qui officialise son intégration à la Fédération. Ce traité n'est pas reconnu par l'ONU ou le Conseil de l'Europe.

risques ne sont pas mineurs et ces dernières années ont montré qu'ils pouvaient se concrétiser. Dans certains Etats, les ressorts de la démocratie ont permis de tempérer les effets de tels référendums même au niveau constitutionnel, et malgré la pression nationale importante. De tels risques ne doivent pas pour autant conduire à interdire au peuple de réviser une constitution alors même que les citoyens souhaitent de plus en plus participer directement au processus d'adoption des décisions qui les concernent. En revanche, les processus référendaires pourraient être améliorés pour laisser une part plus importante à un dialogue entre les différentes parties et les différents intérêts en présence afin de dépasser la dimension binaire de la plupart des scrutins. Les campagnes référendaires pourraient être mieux organisées pour favoriser ce dialogue et permettre aux citoyens d'avoir une connaissance affinée de tous les éléments du débat. Les expériences irlandaise et américaine (Oregon notamment) d'assemblées citoyennes adossées ou intégrées à des processus référendaires peuvent être une option parmi d'autres pour développer la culture du débat sur des sujets divers en prenant connaissance des enjeux en présence et de la complexité des questions posées.