

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW
(VENICE COMMISSION)

**Justice constitutionnelle
et démocratie référendaire**

Strasbourg, 23-24 juin 1995

TABLE DES MATIERES

<i>I. Allocution d'ouverture de M. Antonio LA PERGOLA, Président de la Commission européenne pour la Démocratie par le Droit.....</i>	<i>4</i>
<i>II. Allocution d'ouverture de M. Norbert OLSZAK, Doyen de la Faculté de droit, Université Robert Schuman, Strasbourg</i>	<i>10</i>
<i>III. Communication introductive de M. Jean-François FLAUSS, Directeur de l'Institut des Hautes Etudes Européennes (IHEE), Université Robert Schuman, Strasbourg</i>	<i>11</i>
<i>IV. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire en France - Rapport de M. Jacques ROBERT.....</i>	<i>37</i>
<i>V. Les référendums et la Cour constitutionnelle en Italie - Rapport de M. Sergio BARTOLE, Professeur, Université de Trieste.....</i>	<i>46</i>
<i>VI. Le référendum et son contrôle en Suisse - Rapport de M. Ulrich HÄFELIN.</i>	<i>57</i>

<i>VII. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire aux Etats-Unis - Rapport de M. Julian N. EULE</i>	70
<i>VIII. Les référendums au Canada (niveau fédéral) et au Québec - Intervention de M. José WOEHLING</i>	91
<i>IX. Remarques sur les référendums en Finlande - Intervention de M. Matti NIEMIVUO</i>	96
<i>X. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire en Hongrie - Intervention de M. János ZLINSZKY et de Mme Magdolna SIK</i>	99
<i>XI. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire en Irlande Intervention de M. James CASEY, Professeur, University College, Dublin</i>	105
<i>XII. La justice constitutionnelle et la démocratie referendaire au Japon - Intervention de M. Yoichi HIGUCHI</i>	112
<i>XIII. Le référendum dans la pratique constitutionnelle lituanienne - Intervention de M. Kestutis LAPINSKAS</i>	114
<i>XIV. Le référendum dans le droit et la pratique polonais - Intervention de M. Piotr WINCZOREK</i>	119
<i>XV. Le référendum et la justice constitutionnelle dans la Fédération de Russie - Intervention de M. Nikolai VITROUK</i>	121
<i>XVI. Le référendum dans la Constitution de la République Slovaque et les pouvoirs de la Cour Constitutionnelle en République Slovaque Intervention de M. Ján KLUKA</i>	127
<i>XVII. Le contrôle de la recevabilité du référendum par le juge constitutionnel en Slovénie - Intervention de M. Franc GRAD</i>	132
<i>XVIII. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire en Espagne - Intervention de M. Luis AGUIAR DE LUQUE</i>	135
<i>XIX. La constitutionnalité des référendums en Ukraine - Intervention de M. Petro MARTINENKO</i>	145
<i>XX. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire - Rapport de synthèse de M. Andreas AUER</i>	149
<i>XXI. Liste des participants</i>	165

Justice constitutionnelle et démocratie référendaire

I. Allocution d'ouverture de M. Antonio LA PERGOLA, Président de la Commission européenne pour la Démocratie par le Droit

Monsieur le Président (de l'Université Robert Schuman), chers invités, Mesdames, Messieurs. Ces deux journées seront consacrées à l'étude du lien existant entre deux thèmes d'actualité que sont la démocratie directe et la justice constitutionnelle. Bien entendu, ce ne sont pas des questions nouvelles. Elles ont déjà été étudiées par les spécialistes et ont fait l'objet de nombreux débats avant celui-ci. Cependant, nous allons voir que ces problèmes, et en particulier les liens qui existent entre eux, sont plus que jamais à l'ordre du jour, et ce universellement.

Si l'on s'intéresse davantage à ces questions aujourd'hui, c'est d'une part du fait de la complexité croissante de l'ordre juridique, ou des ordres juridiques en général, et d'autre part du fait de la démocratisation de nombreux pays □ dont je salue ici les représentants □ qui élargit le territoire de la démocratie directe tout comme celui de la justice constitutionnelle.

Qu'entendons-nous par complexité croissante de l'ordre juridique ? A première vue, les thèmes que nous allons aborder semblent aller de soi: le premier concerne le référendum en tant que procédure d'élaboration de la loi ou de prise de décision, par laquelle l'électorat légifère ou décide à la place des organes représentatifs. Le second porte sur la constitutionnalité des lois ou de tout autre acte relevant de la compétence du juge constitutionnel.

En réalité, les choses ne sont pas si simples. En effet, il est nécessaire d'établir une hiérarchie des sources, par le droit positif, pour pouvoir déterminer si □ et dans quelle mesure □ il est possible de soumettre à un contrôle constitutionnel d'une part les demandes et les pétitions en vue d'organiser un référendum et d'autre part les effets sur le système juridique interne engendrés par la tenue d'un référendum.

Un certain nombre de points doivent être réglés. Le référendum est-il encore considéré comme une manifestation de la souveraineté populaire dont la validité ne saurait être remise en cause? Cette position semble peu défendable, et elle est d'ailleurs rarement reconnue par les constitutions les plus rigides. En général, les textes de base décrivent la procédure régissant les référendums et définissent le domaine d'application de cet instrument de démocratie directe. Le respect de ces dispositions peut être contrôlé par le juge constitutionnel, comme c'est le cas pour n'importe quelle règle constitutionnelle. Reste à savoir si de tels contrôles doivent intervenir avant le scrutin plutôt qu'après, et donc ne porter que sur des questions de procédure. Si c'est la solution adoptée, alors le résultat d'un référendum tenu régulièrement ne saurait être contredit par le législateur ni par aucun autre organe politique, ce qui exclut définitivement la nécessité d'un contrôle *a posteriori*.

Bien entendu, les réponses apportées par le droit positif à cette question comme à bien d'autres diffèrent largement selon les cas. Au cours de ce séminaire, nous devons nous efforcer, me semble-t-il, de considérer les choses dans une

perspective comparative qui nous permettra de discerner de quelle manière les référendums s'intègrent dans les rouages de la juridiction constitutionnelle.

Il va sans dire qu'il existe bien des approches possibles pour aborder le thème de ce séminaire. Une Cour constitutionnelle peut être juge de la régularité des élections ou, au moins, de certaines élections, comme par exemple celle du chef de l'Etat. Elle peut aussi, par exemple, statuer sur le droit élémentaire d'un individu à voter ou à se porter candidat dans l'arène de la compétition politique. S'agissant des référendums, le rôle réservé à la Cour apparaîtrait alors comme un corollaire de ces attributions: après tout, le choix du peuple par la voie de la démocratie directe est bien une élection, même si c'est une élection spéciale. Mais nous pourrions aussi adopter un autre point de vue en admettant que □ même si les élections ne font pas nécessairement partie des questions couramment soumises à son contrôle □ la Cour constitutionnelle peut très bien être considérée comme le juge naturel de la hiérarchie des sources de droit. Or, lorsqu'un référendum porte sur la législation et que le choix du peuple entraîne l'élaboration d'une nouvelle loi ou l'abrogation d'une loi existante, la tâche de base de la Cour, qui consiste à s'assurer que les textes de loi sont conformes à la Constitution, devrait être élargie à tous les effets normatifs d'un tel usage de la démocratie directe □ dans la mesure, bien sûr, où la volonté exprimée par le peuple se situe au niveau de la législation ordinaire et non à un niveau supérieur.

Le fait est que, quelle que soit l'explication que nous donnions à ce phénomène et quelles que soient nos tentatives pour le systématiser, le référendum s'est introduit dans les rouages du contrôle constitutionnel. La Cour inventée par Kelsen dans les années 1920 était, selon son propre aveu, une innovation totale, en rupture audacieuse d'avec le dogme de la Souveraineté Parlementaire: elle est désormais plus encore. La justice constitutionnelle semble avoir dépassé les prévisions de son célèbre inventeur puisqu'elle va jusqu'à empiéter sur la souveraineté populaire. Doit-on en conclure que le seul impératif démocratique sur lequel veille la Cour constitutionnelle soit l'absence de souverain au sens légal du terme?

Quoi qu'il en soit, on constate actuellement en Europe une nette tendance à la croissance parallèle de la justice constitutionnelle et du recours au référendum, généralement mise sur le compte du processus d'intégration. Comme chacun sait, l'accès de plusieurs pays à la Communauté ou l'adoption du Traité de Maastricht par certains pays membres a été soumis à l'approbation du peuple par référendum. Dans notre contexte européen actuel, il s'agit d'une nouvelle adaptation de l'idée consacrée selon laquelle les événements affectant la souveraineté ou d'autres aspects constitutionnels de l'Etat-nation requièrent une forme de plébiscite. S'il est vrai que l'Union n'est aucunement considérée comme un «super Etat», elle n'en est pas moins une communauté politique, un «*Staatenbund*» fondé sur une citoyenneté commune. Ses membres demeurent souverains, mais la limitation de

leur souveraineté résultant de leur appartenance à l'Union demande, aux yeux du droit interne, à être légitimée par voie de référendum, de même que tout changement constitutionnel important est sanctionné par le recours à la démocratie directe. C'est là une tendance qui témoigne de l'émergence de la Communauté en tant que confédération moderne du type envisagé dans notre séminaire de Santorin.

Cependant, d'un point de vue comparatif, le recours à la démocratie directe dans le cadre de l'intégration européenne n'est rien de plus qu'une tendance. Certains pays membres de la Communauté Européenne, comme le mien, ont banni les référendums de tout le champ des traités internationaux, y compris ceux qui délèguent des pouvoirs de souveraineté aux institutions internationales, ainsi que du domaine correspondant de la législation interne.

Dans le cas de l'Italie, il se peut que ce soit là une attitude traditionnelle du droit constitutionnel, en quelque sorte un reliquat du passé. Apparemment, les auteurs de la Constitution italienne de 1947, en définissant la relation existant entre l'instrument du référendum et le secteur délicat des traités internationaux, ont été inspirés par la conviction que la démocratisation de la conduite des affaires étrangères ne saurait aller au-delà du contrôle parlementaire et de la démocratie représentative telle qu'on la concevait au bon vieux temps du XIX^e siècle. Il est pourtant indéniable que le problème de l'intégration, de nos jours, dépasse largement la simple diplomatie, qu'elle soit multilatérale ou non. Elle implique des choix fondamentaux, comme d'entrer ou non dans l'Union, pour lesquels un appel au peuple apparaît comme éminemment à propos. A telle enseigne que le Parlement italien, en 1989, a expressément amendé la Constitution nationale pour mettre en place un référendum *ad hoc* à l'issue duquel les membres italiens du Parlement européen ont, à une majorité écrasante, reçu les pleins pouvoirs pour rédiger un projet de constitution fédérale pour l'Union européenne, si toutefois toutes les autres conditions qui président à la réalisation d'une telle ambition étaient remplies. Ces conditions ne sont pas encore remplies et il est douteux qu'elles le soient jamais. Mais l'amendement constitutionnel dont je parle, désormais inscrit dans le recueil des lois, est là pour témoigner de la conscience aigüe, même dans un pays où les accords internationaux sont soigneusement tenus hors de portée de la démocratie directe, de ce que l'intégration ouvre le cercle toujours plus grand d'une nouvelle citoyenneté qui, à son tour, entraîne le droit du peuple à participer directement à la prise de décisions fondamentales.

Comme je le disais, la démocratisation de nombreux pays a élargi le champ territorial de la démocratie directe et de la justice constitutionnelle. Nous avons parmi nous aujourd'hui des représentants de pays ayant récemment rejoint notre famille de pays démocratiques. La plupart des nouvelles démocraties ont déjà une pratique de la démocratie directe. La question du contrôle de la recevabilité du

référendum a, par exemple, été soulevée devant les Cours constitutionnelles hongroise et russe. Et il ne fait aucun doute que d'autres cours constitutionnelles dans d'autres démocraties nouvelles auront bientôt à traiter non seulement ce problème du contrôle de la recevabilité du référendum mais aussi celui de la validité matérielle des textes soumis à référendum.

Cela dit, hormis bien sûr dans les rapports introductif et généraux, les interventions que nous allons entendre portent essentiellement sur des démocraties anciennes ayant déjà une pratique établie du recours au référendum.

Nous entendrons des rapports sur la loi et la pratique en la matière en France, en Suisse, en Italie et aux Etats-Unis.

La France, notre pays hôte, possède une longue pratique du recours au référendum. Le référendum y est traditionnellement de nature plébiscitaire, mais des discussions sont en cours pour élargir son champ d'application: une telle extension en modifiera-t-elle la nature? Telle est l'une des questions qui seront abordées par mon distingué collègue de la Commission de Venise, M. Robert.

La Suisse est certainement l'Etat possédant la pratique la plus large et la plus importante de la démocratie directe au niveau national, mais aussi cantonal et municipal. C'est par excellence le pays des assemblées populaires dans les municipalités, sans parler des traditionnelles *Landsgemeinden* dans quelques cantons. Il sera très intéressant d'écouter M. Häfelin nous parler de l'évolution récente de la pratique référendaire, plus particulièrement dans l'optique de la conformité au droit international.

Le troisième rapport concernera l'Italie, que l'on pourrait presque qualifier d'atelier spécialisé dans le montage de référendums. Il y aura fallu un quart de siècle pour que soit adoptée une loi sur les référendums, conformément à l'article 75 de la Constitution italienne. Et cela fait maintenant un autre quart de siècle que la loi sur les référendums est en vigueur. L'augmentation du nombre de référendums et l'importance du rôle que joue le référendum dans l'Italie d'aujourd'hui sont évidentes. A vrai dire, le référendum dans ce pays n'est, techniquement parlant, qu'un moyen d'abroger la loi ordinaire □ ou, plus exactement, certaines catégories de lois ordinaires. La recevabilité du référendum est contrôlée par la Cour constitutionnelle, laquelle a, au cours du temps, émis toute une série de restrictions, sous-entendues dans le texte constitutionnel, limitant les possibilités de recours à l'instrument référendaire. Et pourtant, malgré son domaine d'application limité, le référendum prend une importance croissante en tant qu'outil de stratégie politique et constitutionnelle pour rester cohérent avec la nouvelle conception de la démocratie comme système fondé sur le principe de la majorité. En fait, dans la plupart des cas ce n'est plus un simple moyen d'abrogation. La suppression de mots isolés dans les textes normatifs étant

désormais autorisée par la Cour, les partisans du référendum sont devenus maîtres dans l'art de manipuler les dispositions soumises à l'approbation populaire. Ainsi, par exemple, si la loi dit que «l'on ne peut pas porter de cravate blanche sur un complet noir», il suffit de proposer la suppression des mots «cravate blanche sur un» pour que le résultat du vote puisse devenir: «l'on ne peut pas porter de complet noir», et qu'il n'y ait plus le moindre obstacle à porter des cravates blanches. C'est là un stratagème ingénieux pour qui vise des changements de la législation. Peu à peu, on introduit ainsi un réel accès du peuple à la prise de décisions. C'est aussi un sujet d'actualité: le vote du 12 juin dernier aura certainement un impact important sur la vie politique italienne et même sur la société italienne toute entière au cours des prochaines années, comme le Professeur Bartole nous l'expliquera sans doute.

Nous entendrons également un rapport sur les Etats-Unis, ce qui confère à notre séminaire une dimension transcontinentale. Même si le référendum n'est pas pratiqué au niveau fédéral, les Etats-Unis sont certainement l'un des pays où le référendum revêt la plus grande importance tant dans sa pratique que dans ses effets. On en a beaucoup entendu parler après l'adoption, en Californie, de la proposition 187 interdisant aux immigrants clandestins l'accès à certains services à caractère social, à la gratuité des soins médicaux et à l'éducation publique. Comme le souligne notre intervenant américain, M. Eule, un tel vote pose le problème de savoir si des actes adoptés par scrutin populaire doivent être soumis au même examen que ceux adoptés par la voie législative, ou bien à un examen moins strict, ou encore, au contraire, à un examen plus strict. La variété et la richesse de la démocratie directe aux Etats-Unis ne sont peut-être pas suffisamment connues des Européens, et nous tenterons de combler quelque peu ce manque au cours de ce séminaire.

Un certain nombre d'interventions plus brèves nous informeront sur la situation dans d'autres pays, en particulier d'Europe Centrale et de l'Est, mais aussi en Afrique du Sud et au Canada. Dans ce dernier pays, comme vous le savez, c'est un sujet particulièrement brûlant, puisqu'on parle de soumettre à référendum la question de la souveraineté du Québec. Ce qui nous ramène à une autre facette de notre propos □ le plébiscite en droit international.

Je n'en dirai pas plus sur les différents thèmes que nous aborderons. Ils sont nombreux et leur énumération serait trop longue.

Je voudrais encore remercier le co-organisateur de ce séminaire UniDem, le professeur Jean-François Flauss de l'Institut d'Etudes européennes de l'Université Robert Schuman, dont vous entendrez bientôt le rapport introductif. Le Professeur Flauss est en quelque sorte le père de ce séminaire et il est tout à fait approprié que la ville de Strasbourg, avec les valeurs européennes historiques qu'elle incarne et

le rôle qu'elle joue aujourd'hui au sein de l'Europe, nous fournisse une tribune pour débattre de ce sujet riche s'il en est.

Je vous remercie de votre attention.

Justice constitutionnelle et démocratie référendaire

II. Allocution d'ouverture de M. Norbert OLSZAK, Doyen de la Faculté de droit, Université Robert Schuman, Strasbourg

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, Chers collègues, c'est un grand honneur et une grande joie de voir les enseignants de la Faculté de droit de Strasbourg associés aux travaux de la Commission de Venise pour ce séminaire UniDem consacré à la justice constitutionnelle et à la démocratie référendaire. Mais cette collaboration est aussi un devoir quand on appartient à une université placée sous le patronage de Robert Schuman: ce père fondateur de l'Europe était, faut-il le rappeler, un grand démocrate et un juriste éminent, docteur de notre faculté, et il aurait incontestablement souscrit aux perspectives d'une construction de la démocratie par le droit, y compris dans les aspects les plus délicats que vous avez à traiter ici.

Le thème de ce séminaire me paraît en effet particulièrement important et singulièrement difficile car il se penche, pour la première fois dans vos programmes, il me semble, sur l'intervention directe du peuple dans le jeu institutionnel. Cette présence immédiate du souverain est impressionnante car elle amène deux éléments qui risquent fort de perturber la perfection des constructions juridiques: il y a tout d'abord une puissance en principe invincible puisque souveraine, il y a ensuite le risque d'une certaine irrationalité car ce pouvoir suprême n'a nullement besoin d'être fondé en raison pour s'imposer.

Ces éléments ont préoccupé depuis fort longtemps, depuis l'origine même, les constituants français, qui ont voulu protéger une certaine régularité du fonctionnement des institutions en écartant précisément ces interventions directes du peuple souverain ou en essayant de garantir leur rationalité. Mais ces restrictions n'ont fait que fragiliser considérablement les constitutions qu'elles devaient protéger et l'historien du droit que je suis peut trouver plusieurs exemples dans une histoire riche en expériences, même si elle est relativement pauvre pour le recours au referendum proprement dit.

Que l'on songe ainsi à nos premiers textes et surtout aux procédures de révision particulièrement complexes qui devaient assurer la pérennité d'un équilibre. Ainsi la Constitution de 1791, après avoir proclamé le droit imprescriptible de la Nation de changer sa Loi fondamentale, a mis en place des règles qui empêchaient toute modification avant dix ans et la rendaient très difficile ensuite: l'on sait qu'elle n'a pas duré un an. Pourtant, les constituants de 1795, pensant sans doute que la

question essentielle de la République était maintenant tranchée, vont reprendre des règles quasi analogues pour interdire tout changement intempestif: là aussi ce sera vain, puisque le régime de l'an III sera renversé seulement quatre ans plus tard par un coup d'Etat légitimé par un plébiscite!

Bien entendu, cela ne fera que renforcer la méfiance envers ce peuple souverain et, quand il faudra donner de nouvelles institutions à la République, lors de son retour en 1848, certains feront même appel à la Providence pour guider cette force qu'il était désormais impossible d'écarter. C'est notre grand poète Lamartine qui a ainsi réussi à balayer les craintes que faisait naître le projet d'élection du Président de la République au suffrage universel: «Oui, quand même le peuple choisirait celui que ma prévoyance redouterait le plus de lui voir choisir, n'importe: *Alea jacta est!* Que Dieu et le peuple prononcent! Il faut laisser quelque chose à la Providence!». Mais, en plus de cette mise sous tutelle divine de ce souverain suspect de prodigalité, on a aussi songé à quelques précautions juridiques: une procédure de révision très complexe — une fois de plus — un mandat présidentiel de durée limitée et surtout ce remarquable article 68 qui prévoit clairement le coup d'Etat et décrit les moyens d'y riposter en allant jusqu'à enjoindre aux citoyens de refuser obéissance au coupable de ce crime contre la Constitution. A peine trois ans plus tard ce scénario sera joué, dans ses moindres détails, à un près: les citoyens ne refuseront pas l'obéissance au Prince-Président Louis-Napoléon Bonaparte et le peuple ratifiera le changement de constitution par un nouveau plébiscite.

Ni la Providence, ni la subtilité des constituants ne sont désormais en mesure de rassurer ceux qui préfèrent nettement le caractère d'une démocratie représentative aux manifestations parfois violentes de la démocratie directe. Mais ces premiers épisodes constitutionnels faisaient intervenir le peuple dans un système encore un peu fruste, où l'on se préoccupait nécessairement de garantir avant tout la primauté du politique. Dans ces conditions et dans ces confrontations directes entre les pouvoirs, sa puissance ne pouvait qu'être irrésistible. Il en va différemment dans des systèmes qui s'éloignent chronologiquement de cette époque des conflits primitifs fondateurs de la démocratie, dans des régimes qui se soucient davantage du droit et ont recours à des mécanismes plus subtils. Ainsi, l'intervention des juridictions constitutionnelles est un élément nouveau qui peut apporter la régulation souhaitée, à condition évidemment qu'elle ne crée pas cette rigidité juridique qui a souvent fait le lit des courtisans du plébiscite. Voilà le thème décisif qui doit vous occuper pendant ces journées et pour lequel tous mes vœux de plein succès scientifique vous accompagnent.

Justice constitutionnelle et démocratie référendaire

III. Communication introductive de M. Jean-François FLAUSS, Directeur de l'Institut des Hautes Études Européennes (IHEE), Université Robert Schuman, Strasbourg

L'attention toute particulière prêtée par la Commission de Venise à la justice constitutionnelle d'une part, l'attachement d'une certaine tradition universitaire strasbourgeoise à la promotion de la démocratie référendaire d'autre part, constitueraient sans doute déjà, à eux seuls, des prétextes suffisants pour initier un débat académique autour des collisions éventuelles entre les deux versants principaux (et apparemment antagonistes) de la démocratie moderne, la démocratie constitutionnelle et la démocratie populaire.

Mais peut-être pourrait-on, voire devrait-on, plus naïvement encore, invoquer la relative discrétion, toutes proportions gardées, de la doctrine constitutionnelle... Sans doute les études traitant du «juge constitutionnel contre le peuple» et inversement du «peuple contre le juge constitutionnel» sont-elles, dans le cadre d'un système constitutionnel déterminé, fort nombreuses. En revanche, les essais de systématisation, dans une perspective de droit comparé, sont beaucoup plus rares. En général d'ailleurs, ces tentatives de synthèse sont envisagées à titre d'accessoire, soit de développements consacrés à la justice constitutionnelle¹ soit d'analyses portant sur la démocratie référendaire².

Il est vrai que l'inégal intérêt des constitutionnalistes à l'égard d'une problématique qui devrait pourtant les passionner s'explique par diverses considérations. Ainsi la diversité des conceptions constitutionnelles³ voire des terminologies⁴ n'est guère de nature à favoriser les mises en parallèle ou en opposition des solutions positives. De même, et surtout, le caractère protéiforme des techniques, et de la justice constitutionnelle, et de la démocratie référendaire, introduit un élément supplémentaire de complexité. A quoi, il faut ajouter plus prosaïquement que les pays de tradition référendaire n'adhèrent bien souvent que très modérément à l'idéal et aux vertus du contrôle de constitutionnalité, et réciproquement pour les Etats adeptes inconditionnels de la justice

¹ Voir par exemple D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien Clefs/Politique 1992 □ p. 123-124.

² Voir entre autres M. Suksi, *Bringing The People A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum* □ M. Nijhoff 1993, p. 85-89, p. 135-137.

³ Ainsi le droit constitutionnel suisse retient une conception purement formelle de la Constitution et ignore par ailleurs la distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé.

⁴ Voir à cet égard les variations sémantiques susceptibles d'affecter la désignation du référendum de co-décision ou du référendum d'abrogation (voir M. Guillaume-Hoffnung, *Le référendum*, PUF, *Que Sais-je?* 1987).

constitutionnelle¹. Mais à l'évidence, il convient surtout d'incriminer la trop faible prise en considération du droit constitutionnel fédéré, traité surtout d'ailleurs (mais pas exclusivement) dans les Etats unitaires comme un parent pauvre du droit constitutionnel². Or, précisément, le droit constitutionnel fédéré comparé constitue par excellence l'une des terres de coexistence entre les procédures de votations populaires et de contrôle de constitutionnalité³.

En tout état de cause, l'actualité constitutionnelle la plus contemporaine montre, si besoin était, que nos deux journées de travaux à venir ne sont pas uniquement justifiables et justifiées par le souci de réhabiliter le droit constitutionnel fédéré, comme composante à part entière du droit constitutionnel. En effet, dans divers pays d'Europe centrale et orientale, l'articulation entre d'une part des mécanismes de contrôle de constitutionnalité et d'autre part des procédures de type référendaire constitue déjà un défi institutionnel et politique majeur⁴. Dans d'autres démocraties plus anciennes, la querelle de la justiciabilité des lois référendaires a donné lieu à des solutions jurisprudentielles apparemment très péremptoires, mais qui pour autant ne constituent peut-être pas un épilogue définitif: tel est au premier chef le cas de la France⁵.

Par ailleurs et surtout, le débat sur contentieux constitutionnel et démocratie semi-directe prend, à la lumière de la pratique constitutionnelle suisse la plus récente, une nouvelle dimension, liée à la consécration d'un contrôle au plan fédéral de la validité internationale de l'usage des droits populaires⁶. Contribution de première importance à la théorie constitutionnelle, cet «événement» est tout à fait illustratif

¹En ce sens, voir la part congrue réservée à cette question dans les 14 rapports nationaux retracés dans l'ouvrage de F. Delperée (dir.), *Référendums*, CRISP, Bruxelles 1985, 404 p.

²Pour une opinion comparable, voir A. Auer, *Les constitutions cantonales: source négligée du droit constitutionnel suisse*. *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBI.)* 1990 p. 14s.

³Spécialement aux Etats-Unis, Voir A. Auer, *Le référendum et l'initiative populaire aux Etats-Unis*, Helbing et Lichtenbahn, *Economica* 1989, p. 135.

⁴A cet égard, voir notamment les constitutions de la Roumanie, de la Croatie, de la Hongrie, de la Slovaquie, voire aussi de la Slovénie.

⁵A la lumière de la décision du Conseil Constitutionnel du 23 septembre 1992 dite *Maastricht III*.

⁶En ce sens la décision d'«irrecevabilité» adoptée le 16 mars 1995 par le Conseil des Etats à l'encontre de l'initiative «Pour une politique d'asile raisonnable».

de ce que les logiques respectives de la démocratie constitutionnelle et de la démocratie populaire sont loin d'être totalement inconciliables¹. La justice constitutionnelle ne devrait-elle pas en effet servir de garde-fou aux éventuelles dérives de la démocratie référendaire? Inversement cette dernière ne constituerait-elle pas un antidote aux vellétés d'impérialisme du juge constitutionnel?

S'impose donc une réflexion préalable sur la nécessité du contrôle de constitutionnalité des procédés référendaires dans un Etat de droit et corrélativement sur l'acceptabilité de la justiciabilité de ces derniers, eu égard aux exigences de la souveraineté populaire. Pour prévenir autant que possible tout risque de syncrétisme, nous dissociérons le cas des lois «référendaires» législatives de celui des lois «référendaires» constitutionnelles.

I. LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS REFERENDAIRES LEGISLATIVES

A. Le bien-fondé d'un contrôle de constitutionnalité des lois référendaires législatives

1. *La pertinence de l'exigence du respect de la hiérarchie des normes*

L'injusticiabilité de la loi référendaire législative est difficilement acceptable dans un Etat adhérant au principe de la hiérarchie des normes (internes). Elle constitue une «contradiction» logique² conduisant à une «déconstitutionnalisation» de la Constitution³.

En effet, à partir du moment où toute loi référendaire adoptée par le corps électoral pourra déroger à la Constitution, les dispositions, voire la structure, de cette dernière seront frappées de précarité. En outre, pareille loi est en mesure d'anéantir, comme un château de cartes, toute l'oeuvre du juge constitutionnel. A la limite, elle peut même devenir destructive du système de justice constitutionnelle existant, ou pour le moins l'amputer fortement⁴. En tout état de

¹*Au-delà de l'hypothèse marginale faisant du référendum une technique de contrôle de constitutionnalité des lois. Sur ce cas de figure, voir: J. Lemasurier, La constitution en 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur, LGDJ 1954.*

²*En ce sens, J.L. Quermonne, Le référendum: essai de typologie prospective, RDP 1985 p. 589.*

³*Selon l'expression de J.-F. Prévost, Le droit référendaire dans l'ordonnancement de la Cinquième République, RDP 1977, p. 13.*

⁴*Quid par exemple d'une modification du mode de saisine du juge constitutionnel?*

cause, le législateur populaire ordinaire pourrait nullifier une décision d'inconstitutionnalité rendue par la juridiction constitutionnelle.

A l'évidence, l'option de l'injusticiabilité de la loi référendaire n'est guère tenable dans un Etat qui se proclamerait Etat de droit. Dans ce cadre, elle s'analyse comme une négation même de l'idée de Constitution.

Autant dire que la position adoptée par le Conseil Constitutionnel français dans l'espèce «Maastricht III»¹, à l'occasion d'une saisine dirigée contre la loi référendaire d'autorisation de ratification du Traité de l'Union européenne est, sur le plan des principes, incongrue².

On ne comprend pas très bien comment le Conseil Constitutionnel peut parallèlement admettre que la loi législative référendaire et la loi législative parlementaire soient assujetties au même régime d'abrogation³. En effet, une loi parlementaire abrogeant ou modifiant une loi référendaire antérieure est justiciable du contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel. Dès lors, quelle serait l'attitude que celui-ci pourrait adopter face à un texte parlementaire complétant des dispositions inconstitutionnelles précédemment consacrées dans le texte référendaire ou élargissant ou restreignant leur domaine d'application? Pour le moins, le Conseil Constitutionnel serait confronté à un choix délicat: soit

¹Décision 92 □ 313 DC du 23 septembre 1992:

«... au regard de l'équilibre des pouvoirs établis par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement, et non point celles qui, adoptées par le Peuple français, à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil Constitutionnel au titre de l'article 60 de la Constitution, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale».

²*Même s'il n'est pas de notre propos ici de contester le refus du Conseil de faire jouer la théorie des compétences implicites. Mais il est vrai que pareil refus n'aurait pas été en harmonie parfaite avec la politique juridictionnelle antérieure, et en toute hypothèse constituait un précédent gênant pour l'avenir...*

³Décision 89 □ 266 DC du 9 janvier 1990, Rec. 15.

Le Conseil constitutionnel était saisi de la loi amnistiant les principaux auteurs de délits politiques, délits notamment liés aux événements de Nouvelle Calédonie en 1988. Cette loi abrogeait certaines dispositions de la loi référendaire ratifiant les accords de Matignon relatifs à la Nouvelle Calédonie. Ecartant le raisonnement de type «organique» privilégiant l'origine démocratique de la loi partiellement abrogée, qui l'aurait conduit à décliner sa compétence de contrôle, le Conseil constitutionnel a, au contraire, estimé que «... la souveraineté nationale ne fait nullement obstacle à ce que le législateur, statuant dans le domaine de compétence qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, modifie, complète ou abroge des dispositions modifiées, complétées ou abrogées résultant d'une loi votée par le Parlement ou d'une loi adoptée par voie de référendum».

confirmer pleinement la jurisprudence dite «Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie» de 1985¹, et admettre ce faisant la justiciabilité de la loi parlementaire au risque d'exercer pour le moins par ricochet un contrôle de constitutionnalité de la loi référendaire, soit au contraire préserver totalement l'injusticiabilité de la loi référendaire en circonscrivant l'éventuel contrôle de constitutionnalité des lois déjà promulguées aux seules lois parlementaires.

2. *L'inopérance de l'argument de la «loi référendaire expression directe de la souveraineté du peuple»*

- L'approbation populaire donnerait à la loi référendaire une valeur renforcée, en l'occurrence non seulement politiquement, mais aussi juridiquement. Cette thèse du rang supérieur des lois adoptées par référendum avait déjà à l'époque de la République de Weimar suscité une controverse intense: une partie de la doctrine faisant valoir que seule une diète nouvellement élue serait compétente pour abroger une loi référendaire². Elle est encore présente aujourd'hui dans divers systèmes constitutionnels, avec plus ou moins de vivacité selon le cas³. Force est cependant de constater que, lorsque le contrôle contentieux de la validité constitutionnelle des lois référendaires est accepté, le principe de la valeur renforcée est nié: telle est en particulier la position de la jurisprudence des Etats américains qui, sauf exception, se prononce pour une assimilation absolue des deux types de loi⁴.

¹Décision 85-187 DC confirmée notamment par Décision 89-256 DC du 25 juillet 1989 dite «TGV. Nord».

²Voir J.-A. Frowein, *Les referendums, Aspects de droit comparé*, in *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, Bruylant 1986, p. 115.

³Ainsi, par exemple, en Hongrie, la Constitution impose, en matière de modification d'une loi référendaire par une loi parlementaire, un délai d'attente (ou de viduité) de deux ans. Voir M. Suksi, *Bringing in the People* □ *A comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum*, M. Nijhoff 1993, p. 115 et note 3.

De même, en Autriche, l'abrogation d'une loi, qui avait autorisé la création d'une centrale nucléaire, a été considérée comme requérant l'intervention d'un vote populaire au motif que le corps électoral avait rejeté la loi référendaire prévoyant que les installations nucléaires devaient toujours être autorisées par la loi. S. Hammer, *Rapport autrichien pour les 12^{es} journées d'études juridiques*, J. Dabin 1985, p. 17.

⁴Voir sur ce point les précisions apportées entre autres par J. Costello, in *The Limits of Popular Sovereignty, Using the Initiative Power to control the legislation* □ *California Law Review* □ vol. 74, 1986, p. 506-507; D. Nedjar, *Initiative et referendum aux Etats-Unis*,

- Pareille option ne fait d'ailleurs que prendre acte de ce que le législateur référendaire est par définition une autorité «constituée», soumise à l'emprise de la Constitution.

En tant que juge, le juge constitutionnel doit donc, dans une démocratie constitutionnelle, se déclarer compétent et contrôler le peuple constitué au nom de la suprématie de la Constitution. Si l'on considère le peuple comme un pouvoir toujours «souverain», on introduit dans l'édifice constitutionnel une véritable dynamite¹.

On ajoutera par ailleurs que la doctrine de la souveraineté absolue de la volonté générale populaire se trouve en porte-à-faux, depuis que la loi expression de la volonté générale parlementaire a perdu son immunité contentieuse. C'est dire que la jurisprudence de «Maastricht III»² place le Conseil constitutionnel dans une situation inconfortable³. La définition (renouvelée) de la loi législative qu'il retient⁴, à savoir «la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution», devra être revue et corrigée à la «baisse».

- Quant à l'objection tirée du risque pour le juge constitutionnel de devoir exercer un contrôle de constitutionnalité sur les dispositions à valeur constitutionnelle éventuellement incluses dans la loi législative référendaire, elle peut être aisément levée. Il est en effet loisible au juge

contribution à l'étude des normes juridiques d'origine populaire et du droit référendaire, RDP 1993 p. 1623 note 110 et p. 1632 note 145.

¹En ce sens, voir O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, PUF Collection Léviathan 1994, p. 430.

²Voir note 15.

³Expressément depuis la décision 85-197 DC du 23 août 1985 □ *Organisation régionale de la Nouvelle-Calédonie*.

⁴A supposer même que l'on admette que, de par la révision constitutionnelle de juin 1992, il y aurait eu une constitutionnalisation du traité de Maastricht (ou pour le moins en substance de certaines de ses stipulations)... et que par suite le problème posé aurait été celui du contrôle d'une loi constitutionnelle et non plus d'une simple loi législative. En ce sens avec circonspection, voir: B. Mathieu, *La supra-constitutionnalité existe-t-elle? Réflexions sur un mythe et quelques réalités* □ *LPA* 1995 n° 29, p. 14. Voir également en ce sens, mais avec moins de réserve, O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, op. cit. p. 431 («on doit interpréter la ratification du traité de Maastricht comme un acte constituant»).

constitutionnel de faire jouer, en tant que besoin, la théorie de la divisibilité. D'ailleurs, la jurisprudence constitutionnelle française montre que l'exercice n'est nullement impraticable¹.

3. Le parallèle avec le contrôle de conventionnalité des lois référendaires législatives

L'existence d'un contrôle de conventionnalité des «référendums» législatifs pourrait mutadis mutandis servir d'argument en faveur de l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité desdits référendums.

A l'occasion, c'est le juge constitutionnel lui-même qui est juge de la conventionnalité des lois, dans la mesure où le droit international conventionnel (pour le moins le droit conventionnel relatif à la protection des droits de l'homme) fait partie intégrante du «bloc de constitutionnalité». Ce cas de figure pourrait spécialement être illustré par l'exemple de la Hongrie².

Mais, le plus souvent, les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité des lois référendaires sont dissociés³.

Ainsi, en Suisse, le Tribunal fédéral pratique un contrôle de conventionnalité à l'égard des dispositions législatives adoptées par voie référendaire. Avec

¹*Le Conseil constitutionnel a reconnu au législateur organique le droit de modifier des dispositions organiques contenues dans la loi constitutionnelle de 1962 sur l'élection présidentielle* □ *Décision 76-65 DC du 4 juin 1976.*

²*Sur cette question, voir G. Malinverni, L'expérience de la Commission européenne pour la démocratie par le droit* □ *in Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen? RUDH 1995 n° spécial à paraître; Ch. Gouaud, La Cour constitutionnelle de la République de Hongrie, RDP 1993, p. 1243 s., spécialement p. 1257-1259.*

Voir aussi le précédent concernant la République tchèque et slovaque. L'article 2, alinéa 1 b de la loi constitutionnelle, n° 91, du 27 février 1991, avait prévu que les lois de l'Assemblée fédérale et des Conseils des deux Républiques feraient l'objet d'un contrôle par rapport «aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales ratifiés et promulgués», R.F.D.C., 1992, p. 166.

³*Encore faudrait-il mettre à part les pays imposant constitutionnellement l'obligation d'interpréter la Constitution à la lumière des règles du droit international (ou de certaines d'entre elles).*

l'abandon plus ou moins complet de la jurisprudence dite "Schubert", ce contrôle devrait encore gagner en étendue¹.

Cette dernière évolution met encore davantage en exergue l'asymétrie du contrôle de validité exercé par le Tribunal fédéral sur les lois fédérales². De même, en France, le contrôle de conventionnalité des lois est de prime abord ouvert aux juridictions ordinaires³. Celles-ci sont donc en mesure de battre en brèche l'immunité, qui leur a été confirmée, sur le terrain du contentieux constitutionnel, par la jurisprudence dite «Maastricht III». A la limite même, le juge ordinaire serait à même, de facto, de se livrer en substance, en cas d'identité de contenu entre une norme conventionnelle et une norme constitutionnelle, à un contrôle de constitutionnalité via le contrôle de conventionnalité.

De surcroît, l'instauration d'un contrôle de conventionnalité des projets de loi référendaires est désormais considérée comme une réforme constitutionnelle particulièrement opportune. Il convient de remarquer que la loi référendaire ayant, comme toute autre loi, une autorité inférieure à celle des engagements internationaux, le Conseil constitutionnel devrait donc déclarer comme sans effet toute proposition (ou projet) de loi référendaire contraire à un engagement international et s'opposer à la poursuite de la procédure⁴.

B. Les modalités d'un contrôle de constitutionnalité des lois référendaires législatives

¹ATF 99 Ib 39, *Schubert*, du 2 mars 1973. Cette jurisprudence, tout à fait confirmée à plusieurs reprises, fera néanmoins l'objet de quelques inflexions.

Sur l'ensemble de la question, voir O. Jacot-Guillarmod, *Le juge suisse face au droit européen*, R.D.S. 1993 (vol.112) II p. 367 s.

²Voir sur ce point M. Hottelier □ *Suisse: primauté des normes issues du droit international public (arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 25 août 1993)*, RFDC n° 19, 1994, p. 605-608.

L'incohérence d'un pareil dédoublement du contrôle de la validité des lois a été dénoncée depuis fort longtemps □ voir J.-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse (supplément) Ides et Calendes 1982*, n° 1326.

³Sur cette éventualité, voir J.-F. Flauss, *Prévalence du traité antérieur et contentieux constitutionnel. Des effets induits de l'arrêt Nicolo* □ LPA 1990 n° 40 p. 9 note 5.

⁴Rapport remis au Président de la République le 15 février 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution □ JORF 1993 p. 2549.

L'aménagement technique mais aussi structurel doit être envisagé à partir des combinaisons offertes par la double alternative: contrôle a priori ou contrôle a posteriori d'une part, contrôle de la régularité extrinsèque ou contrôle de la validité intrinsèque d'autre part.

1. L'option en faveur d'un contrôle préventif de la régularité formelle

Un respect scrupuleux de la «souveraineté» du législateur populaire est tout à fait compatible avec un contrôle des conditions de recevabilité formelle¹ des demandes ou projets de référendum ou des initiatives populaires². D'ailleurs, les solutions du droit comparé sont très largement, pour ne pas dire totalement, orientées vers l'admission d'un tel contrôle minimum³.

Cela étant, il reste que la classification (ou la caractérisation) de certaines conditions de recevabilité peut poser difficulté. Tel est à l'évidence le cas de la règle dite de l'unité de matière. S'agit-il d'une condition formelle ou au contraire d'une exigence substantielle?

Dans la pratique suisse, la règle de l'unité de matière donne certes lieu à une vérification au titre de la recevabilité des initiatives populaires, mais les autorités

¹*A savoir les conditions relatives au nombre de signatures, au respect des règles de délai (délai de dépôt, etc.), à la validité des signatures, à la forme et à la présentation des projets de textes, etc.*

Partant, ce contrôle formel peut, sans conteste, intégrer la vérification du respect de la règle de l'unité de forme (telle que cette dernière est définie par les droits référendaires suisse et américain).

²*Dans une perspective de préservation maximum des droits populaires, le recours à un contrôle exercé en amont du «dépôt» du texte référendaire ou de l'initiative populaire est certes envisageable.*

Une telle solution n'est cependant ni des plus opportunes, ni des plus réalistes.

Voir cependant, contre la pratique suivie dans l'Etat du Colorado, R.-B. Collins et D. Oesterle, Structuring Ballot Initiatives, University of Colorado Law Review, Vol 66, 1995 n° 1 p. 124-125.

³*Pour la Suisse, voir E. Grisel, Initiative et Référendum populaires □ Traité de la démocratie semi directe en Suisse. Institut de droit public □ Université de Lausanne, 1987 p. 122-123.*

de contrôle (Conseil fédéral et Assemblée fédérale) ont habituellement fait preuve d'une telle modération¹ que le contrôle exercé apparaît comme très résiduel. L'«annulation» de l'initiative populaire ne semble être de mise qu'en cas de violation manifeste (même grossière) du principe de l'unité de matière².

Aux Etats-Unis, la politique jurisprudentielle suivie par les Cours suprêmes des Etats est tout aussi réservée que celle des autorités politiques suisses: le contrôle préalable (lorsqu'il est admis) du respect de l'unité de matière est également circonscrit aux seules violations graves³. Le premier motif invoqué est celui de la finalité «anti-autoritaire» des instruments populaires. L'initiative populaire ou référendaire est considérée comme un droit que la Constitution réserve exclusivement aux citoyens⁴. Pareil argument n'est cependant pertinent que pour autant que le déclenchement de la procédure référendaire appartient au peuple.

La seconde considération avancée porte sur le caractère simplement virtuel du conflit des normes. De façon plus prosaïque, on peut dire qu'il est urgent d'attendre que le peuple se soit prononcé («Wait and see....»). Un contrôle

¹Récemment toutefois (mars 1995), les autorités fédérales ont abandonné leur légendaire réserve. Voir à cet égard la récente «annulation» par l'Assemblée fédérale (mais non il est vrai par le Conseil fédéral) de l'initiative socialiste «Pour moins de dépenses militaires et davantage de politique sociale».

Sur les tenants et aboutissants (provisaires) de cette décision d'irrecevabilité, voir entre autres les points de vue contraires de J.-F. Leuba, Les droits populaires eux-mêmes peuvent être limités, Journal de Genève du 10 avril 1995 □ J. Philippin, Au mépris des droits populaires, l'Express du 25 avril 1995 □ J.-F. Aubert, Quel avenir pour les droits populaires en Suisse?, Le Nouveau Quotidien du 11 avril 1995.

²«Dans son ensemble, la jurisprudence n'a guère montré de fermeté. Certes, elle a fait preuve d'une sévérité peut-être excessive dans deux affaires anciennes... Pour le reste, les Chambres ont validé des demandes qui étaient pourtant irrecevables de toute évidence», E. Grisel, Initiative et référendum populaires, op. cité p. 194 ainsi que les références figurant aux notes 42 et 43 de la même page.

³Voir A. Auer, Le référendum et l'initiative populaires aux Etats-Unis, op. cité p. 123 note 7 et p. 124.

⁴En d'autres termes, se trouve consacrée «... une conception bipolaire de la séparation des pouvoirs: d'un côté le peuple qui a conquis le droit de légiférer comme il l'entend; de l'autre les autorités législatives, exécutives, judiciaires qui ont fait les frais de cette conquête et qui ne sauraient, par conséquent, en restreindre l'exercice...». A. Auer, Le référendum et l'initiative...op.cit. p. 124.

préalable s'exerçant sur le contenu même du «texte référendaire» serait initialement vexatoire pour les droits populaires.

2. *L'option en faveur d'un contrôle préventif de la validité matérielle*

Bien que séduisante à bien des égards, l'option défavorable à tout contrôle préalable intrinsèque est susceptible d'être combattue par des arguments pour le moins équivalents à ceux dont elle se réclame. Une votation populaire promise à une annulation a posteriori constitue une dépense à fonds perdus. Elle est aussi de nature à engendrer des frustrations pour le corps électoral, et par contre-coup elle est susceptible de jeter le discrédit sur les procédures de votation populaire. En toute hypothèse, un contrôle minimum se justifie pour prévenir les violations absolument manifestes de la Constitution. En l'occurrence, la crédibilité elle-même du système constitutionnel ne serait-elle pas mise en cause, si par exemple une initiative populaire législative visant à la création de casinos devait être soumise à votation, alors même que la Constitution prohiberait les jeux de hasard? Mais en fin de compte, l'argument décisif est sans doute celui du respect de la répartition constitutionnelle des compétences normatives. Le corps électoral ne peut être saisi et statuer incompétemment. Partant, pour le moins, un contrôle du champ d'application matériel du «texte référendaire» s'impose. Sans doute les expériences en droit comparé montrent-elles que la mise en œuvre d'un tel contrôle n'est pas exempte de difficultés techniques et politiques¹. Il n'en reste moins que celui-ci est de plus en plus largement assimilé à un instrument de saine gestion du référendum législatif².

¹Voir, en ce sens, relativement à la pratique de certains Etats américains, A. Auer, *Le référendum et l'initiative populaire...* op. cit. p. 125, notes 736 et 737.

□ En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle italienne, voir J.Cl. Escarras, *Cour constitutionnelle italienne et référendums*, RFDC n° 13, 1993, p. 183-195 □ ainsi que le rapport de S. Bartole, *Referendum and Constitutional Court in Italy*, au présent séminaire.

²Voir par exemple les propositions formulées en ce sens en France, à propos du référendum législatif de l'article 11 de la Constitution actuelle. Le rapport du Comité consultatif sur la révision de la Constitution (dit Comité Vedel) a proposé un contrôle par le Conseil constitutionnel de l'objet du référendum, par rapport au champ d'application (re)défini par l'article 11 modifié. Ce contrôle, qui concernerait aussi bien les projets d'initiative présidentielle que les projets d'initiative parlementaire (dits d'origine minoritaire), interviendrait, dans cette dernière hypothèse, antérieurement à la récolte des signatures des citoyens. Le nouveau chef de compétence à attribuer au Conseil Constitutionnel poursuit deux objectifs: 1°) «Eviter que par le biais de consultations référendaires provoquées dans un moment de trouble ou de violente émotion peu propice à la réflexion, les données constitutionnelles fondamentales ou des libertés ou des droits essentiels ne soient mis en

3. *L'option en faveur d'un contrôle a posteriori de la régularité formelle*

De prime abord, un contrôle postérieur au vote populaire, confiné à l'appréciation du seul respect des conditions de forme, apparaît comme largement dépourvu de toute utilité, du moins si l'on adhère à l'adage «le vote répare l'erreur»¹. Pour prévenir tout juridisme excessif, il est sans doute opportun (et réaliste) d'attribuer au vote populaire un effet de purge. Mais, pour autant, est-il admissible que les vices de forme substantiels soient traités à l'identique des erreurs formelles vénielles? De même, le recours à l'adage précité n'est-il pas dangereux lorsque les vices de forme ont induit en erreur une partie importante du corps électoral ou lorsqu'ils ont conduit à porter atteinte à la sincérité du scrutin?

4. *L'option en faveur d'un contrôle a posteriori étendu à la validité intrinsèque*

Au-delà de la justification tirée du respect de la hiérarchie des normes, le contrôle au fond des textes adoptés en votation populaire peut tirer argument de la théorie des «checks and balances». En effet, un contrôle post-référendaire s'analyse

cause». 2°) «Un tel contrôle implique nécessairement que le référendum ne peut être utilisé pour une révision de la Constitution» (JORF 1993, p. 2549).

En doctrine, il a été proposé un contrôle de l'objet du référendum et chemin faisant de la loyauté de la question posée conformément à une exigence désormais consacrée par le Conseil Constitutionnel (Déc. n° 87-226 DC du 2 août 1987 loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle Calédonie et dépendances par l'alinéa 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle Calédonie. «les énoncés des questions doivent être clairs et dépourvus de toute ambiguïté»), qui serait confié au Conseil Constitutionnel statuant dans le cadre d'une compétence décisive. (F. Luchaire et G. Conac, La Constitution française □ Article 11 □ Economica 1987 □ 2^e édition, p. 498 □ «... Tous les constitutionnalistes s'accordent à souhaiter que les questions posées au corps électoral et les projets de lois qui lui sont soumis ne puissent être fixées que sur avis conforme du Conseil constitutionnel. Pour beaucoup, le Conseil devrait pouvoir apprécier la correction juridique des textes, mais aussi leur rectitude intellectuelle, de sorte qu'il ne soit pas demandé au peuple de se prononcer par une seule réponse à des questions de nature différente et qu'il y ait exactement concordance entre la question posée et le texte soumis à la votation populaire».

Voir aussi les propositions de loi constitutionnelle visant à l'institution d'un référendum législatif d'initiative populaire (en ce sens notamment les propositions de MM. Pasqua et autres, Sénat 1989/1990 n° 51, et de M. Toubon, Ass. Nat. 1988/1989 n° 517 qui se sont également prononcées en faveur d'un contrôle de constitutionnalité de l'objet du référendum, par rapport au champ d'application qui lui serait assigné).

¹*Cet adage a été consacré ou par les Constitutions fédérées aux Etats-Unis ou par, le cas échéant, la jurisprudence des Cours suprêmes. Voir sur ce point A. Auer, Le référendum et l'initiative populaire... op. cit. p. 127 □ notes 739 et 740.*

comme un contre-poids aux prérogatives dont dispose le peuple à l'égard des autorités politiques. Pour les dispositions découlant d'une initiative populaire, il serait aussi concevable de faire valoir la préoccupation de bonne gestion normative, à savoir l'intégration harmonieuse des règles d'origine populaire dans l'ordre juridique.

Fortement souhaitable, l'institution d'un tel contrôle au fond est-elle pour autant réaliste? Ne risque-t-elle pas de devenir un contrôle en trompe-l'œil? A vrai dire, l'effectivité du contrôle post-référendaire est fondamentalement tributaire du statut d'indépendance du juge constitutionnel, spécialement à l'égard des initiateurs ou des auteurs de la loi référendaire. En d'autres termes, l'effectivité du contrôle sera plus ou moins liée à la durée du mandat du juge, au caractère renouvelable ou non de son mandat... Il est évident qu'un juge sujet à élection populaire, et qui plus est à renouvellement fréquent, sera fortement enclin à pratiquer une politique d'auto-limitation à l'égard de l'expression de la volonté populaire¹.

De même, un juge, dont le statut ne profiterait pas d'une certaine rigidité constitutionnelle, serait totalement à la merci des autorités ou du corps électoral investis du pouvoir de révision constitutionnelle. Mais, inversement, il est indispensable, en vue d'éloigner le spectre du gouvernement des juges, que le peuple puisse pratiquer des «lits de justice constituants»² en agissant au besoin de sa propre initiative³. En effet, on ne peut vouloir le respect de la «souveraineté» du peuple et lui refuser simultanément la faculté d'exercer une correction populaire des décisions déclarant l'inconstitutionnalité de lois législatives référendaires⁴.

¹*Voir en ce sens le rapport de J. N. Eule, Constitutional Justice and Consultative Democracy in the United States infra pp. 84 ss. Voir cependant contra le cas (relativement isolé) de la Cour Suprême de Californie. Entre 1960 et 1982, sur 11 initiatives populaires acceptées par les électeurs, sept ont été déclarées totalement ou partiellement inconstitutionnelles (chiffres cités par A. Auer op. cit. p. 128 note 743).*

²*Comme il est d'usage dans la presque totalité des Etats américains connaissant par ailleurs des procédures de «législation directe» □ Voir A. Auer, op. cit. p. 137 s.*

³*Se trouve donc inévitablement posé le problème du droit d'initiative populaire en matière de révision de la constitution.*

⁴*Autant dire que seraient particulièrement malvenues des critiques de type de celles qui ont été adressées à la révision constitutionnelle faisant suite à la décision du Conseil constitutionnel français 325 DC des 12 et 13 août 1993 (loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France) pour autant qu'elles entendaient, en général de façon détournée, contester la compétence même de réplique au constituant dérivé (voir entre autres F. Luchaire «Inutile», Le Monde 28 août 1993 □ M. Duverger «Constitution, éviter à tout prix la révision», Le Monde*

En tout état de cause, l'ampleur, voire la discrétionnalité, du pouvoir populaire d'opérer des «lits de justice constituants» ne doivent pas être surestimées. Ce serait en effet oublier que le juge constitutionnel, par le jeu de l'interprétation, est en mesure de neutraliser (pour partie au moins) les textes constitutionnels à finalité curative. Contrôlé par le peuple statuant comme autorité de révision constitutionnelle, le juge constitutionnel conserverait la possibilité de contrôler le contrôle populaire.

«Sous l'angle de la séparation des pouvoirs on arrive ainsi au deuxième degré. Le peuple contrôle et corrige les juges par le moyen du référendum et de l'initiative, mais les juges auront en quelque sorte le dernier mot, puisqu'il leur incombe de travailler avec les dispositions constitutionnelles avec lesquelles on a voulu leur couper les ailes. Certes, ils ne peuvent pas les effacer d'un trait de plume, mais en leur conférant un sens restrictif, ils parviennent parfois effectivement à en réduire la portée»¹.

II. LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE DES LOIS REFERENDAIRES DE REVISION CONSTITUTIONNELLE

A. Les données du débat

Classiquement, la discussion relative au contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles «référendaires» se nourrit de la controverse sur le caractère absolu ou relatif de la réversibilité constitutionnelle.

Désormais, elle doit être envisagée dans un cadre qui n'est plus strictement confiné à la «supraconstitutionnalité» endogène. En effet, l'affirmation d'un contrôle de compatibilité de l'exercice des droits populaires de révision constitutionnelle avec les règles du droit international ne constitue plus une simple hypothèse d'école.

1. *Le caractère absolu ou relatif de la réversibilité constitutionnelle*

- . L'oraison funèbre de l'idée de supraconstitutionnalité (endogène) prononcée par le doyen Vedel, pourrait être assimilée à un requiem

30 septembre 1993 □ C. Teitgen-Colly, *Le droit d'asile: la fin des illusions*, A.J.D.A. 1994 p. 97).

¹A. Auer, *Le référendum et l'initiative populaire*, op. cit. p. 139.

vraiment définitif, tant le procès des limites matérielles à la réversibilité constitutionnelle est mené avec brio et causticité¹.

Pour stigmatiser la contradiction logique inhérente à l'idée de supraconstitutionnalité, l'ancien membre du Conseil constitutionnel use de formules assassines. La supraconstitutionnalité est une perversion latente de la logique juridique. Le concept de normes supraconstitutionnelles est inconstructible. Partant, il ne peut être recherché dans une opération de droit comparé hors des frontières de l'Etat².

C'est dire également que la notion de supraconstitutionnalité par détermination (expresse ou implicite) de la Constitution est reléguée au rang des fausses idées claires. «Le souverain ne peut se lier lui-même. En vertu de sa souveraineté, il peut changer à tout moment la norme qui interdit de changer»³.

Cette exigence de réversibilité absolue⁴ est d'autant plus impérieuse que la supraconstitutionnalité est dangereuse pour l'ordre juridique démocratique. «En détrônant le souverain, elle livrerait les institutions à l'alternative entre l'oligarchie et le gouvernement des juges»⁵.

- Pour séduisante qu'elle soit, la thèse de la réversibilité constitutionnelle absolue n'est pas moins ambiguë, et ce à un triple point de vue.

¹G. Vedel, *Constitution et supraconstitutionnalité, Pouvoirs n° 67 - 1993, p. 79s.*

²Contra: L. Favoreu, qui évoque l'existence de normes supra-constitutionnelles transnationales, *Souveraineté et supraconstitutionnalité, Pouvoirs n° 67 p. 74.*

³G. Vedel, *Constitution et supra constitutionnalité, op. cit. p. 90.*

Rejoignant Th. Paine («La démocratie est légitime seulement grâce au consentement des vivants»), l'éminent auteur dénonce l'idéologie «fixiste», scientifiquement dépassée, qui sous-tend les doctrines de la supraconstitutionnalité.

⁴Sous réserve naturellement de la soumission du législateur constitutionnel au respect des règles de procédure et de compétence inscrites dans la Constitution et réglementant l'acte de révision constitutionnelle.

⁵G. Vedel, *Constitution et supraconstitutionnalité, op. cit. p. 94.*

- . Politiquement, certaines révisions de la Constitution, même menées par la voie populaire, semblent délicates à envisager, dès lors qu'elles heurteraient telle ou telle «vache sacrée» du système constitutionnel en cause.

Tel serait sans doute le cas en Suisse d'une initiative populaire de révision constitutionnelle visant à abroger la structure fédérale de la Confédération¹. De même, serait-il concevable, en France, d'imaginer (et ce nonobstant le respect du principe du parallélisme des formes) une abrogation par voie référendaire de l'actuel mode d'élection du chef de l'Etat? Plus généralement enfin, serait-il admis que le souverain populaire renonce par voie de votation populaire à son pouvoir constituant²?

- . D'ailleurs, historiquement, la défense, au nom du principe démocratique, de la nécessaire réversibilité constitutionnelle absolue, repose très largement sur un malentendu, voire une erreur d'appréciation. Peut-être convient-il même de parler de contresens historique. En effet, la disposition clef de la Constitution de 1791 habituellement invoquée («L'Assemblée Nationale décrète que la Nation a le droit imprescriptible de changer de Constitution») doit être replacée dans le contexte de l'époque. Dès lors, «...la thèse de la mutabilité principielle des constitutions (apparaît) comme le discours sieyésien du pouvoir constituant, un discours d'insurrection, un discours d'appel au droit naturel contre le droit positif»³.
- . Juridiquement enfin, l'option de la réversibilité totale est très fortement négatrice de la distinction entre pouvoir constituant dérivé et pouvoir constituant originaire, ou pour le moins elle ne lui accorde qu'une simple portée procédurale⁴. Arc-boutée sur une conception absolutiste de la démocratie, pareille approche refuse de souscrire à une éventuelle

¹Sur ce point, voir J.F. Aubert. *Traité de droit constitutionnel suisse*, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel 1967, Tome I, p. 131.

²Pour une réponse affirmative, voir la position des tenants du césarisme plébiscitaire □ Adeptes de la thèse politique du suffrage universel au-dessus de la constitution, de la démocratie sans constitution, lesdits bonapartistes considéraient du moins de manière théorique que le principe même de la souveraineté du peuple pouvait être remis en cause par une décision populaire (Voir J.M. Denquin, *Référendum et plébiscite*, LGDJ 1976, p. 62).

³O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, op. cit. p. 409.

⁴A savoir que le pouvoir constituant dérivé n'est dérivé que sous l'aspect organique et formel, il est égal au pouvoir constituant originaire du point de vue matériel.

re-lecture de la théorie du pouvoir constituant à la lumière des évolutions contemporaines du droit constitutionnel, c'est-à-dire au premier chef du développement et de l'extension de la démocratie constitutionnelle.

Or, celles-ci militent indéniablement en faveur d'une valorisation de la distinction entre l'acte constituant et l'acte de révision¹. En d'autres termes, la souveraineté constituante du peuple ne serait absolue, pleinement souveraine et discrétionnaire que lorsque le peuple édicterait la Constitution, lorsque le peuple exercerait son pouvoir constituant originaire, mais non lorsque le peuple exercerait son pouvoir constituant dérivé². S'il existe donc toujours un souverain qui est au-dessus de la Constitution, il n'y a jamais de souverain dans la Constitution¹.

¹*Pour étayer le bien-fondé de cette distinction, il serait notamment possible de faire appel au droit constitutionnel allemand, à la jurisprudence constitutionnelle italienne, et même, selon certains commentateurs, à la décision rendue par le Conseil constitutionnel français dans l'affaire dite «Maastricht II».*

*Selon la doctrine autorisée, la Loi fondamentale, d'une part, consacrerait un pouvoir de révision constitutionnelle (article 20/2) lié par les limites matérielles définies par l'article 79 (3) et, d'autre part, attribuerait au peuple (article 146) une compétence constituante totalement affranchie du respect des limites matérielles de l'article 79 (3). (Voir par exemple C. Grewe □ H. Ruiz-Fabri, *Droits constitutionnels européens* □ PUF Droit fondamental 1995, p. 56-57).*

*Quant à la Cour constitutionnelle italienne, elle a, dans son arrêt n° 1146 de 1988, expressément affirmé que «la Constitution italienne comprend quelques principes suprêmes qui ne peuvent être révisés ou modifiés par une loi de révision constitutionnelle ou d'autres lois constitutionnelles» (pour plus de détails, voir B. Caravita, *Principes suprêmes, principes supraconstitutionnels ou principes communs*, R.I.D.C. 1994 n° 2).*

*Enfin, la décision du Conseil constitutionnel 312 DC du 2 septembre 1992 (Maastricht II) a été comprise «comme admettant le contrôle des lois constitutionnelles adoptées par le Congrès aux fins de vérification, non seulement des règles de procédure, mais également des prescriptions ou interdictions contenues dans les articles 7 (al. 11), 16 et 89 (al. 4-5). Cette dernière disposition (l'art. 89 al. 5) peut, selon certains auteurs, être interprétée de manière compréhensive pour y inclure des valeurs fondamentales de la République. Imagine-t-on, par exemple, que le Conseil constitutionnel refuserait de contrôler une loi constitutionnelle approuvant une dérogation à l'interdiction de discrimination raciale ou religieuse?» (L. Favoreu et L. Phillip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* □ Sirey 1993, 7^e édition, p. 826).*

²*Pour une présentation circonstanciée de cette thèse, voir spécialement O. Beaud, *La puissance du peuple*, op. cit. 437-438.*

«La souveraineté du peuple ne surgit qu'au début et à la fin de l'Etat constitutionnel pour la constituer ou la déconstituer»...

De surcroît, la doctrine de la réversibilité absolue se refuse à accorder tout crédit à l'idée de la pluralité de degrés dans la valeur constitutionnelle des normes constitutionnelles², malgré la montée en charge d'un phénomène de «hiérarchisation» entre règles constitutionnelles.

2. Le développement d'un contrôle de la validité internationale des procédures «référendaires» constitutionnelles

Au plan européen, les Cours de Luxembourg et de Strasbourg sont en mesure de pratiquer, pour le moins indirectement, un contrôle de conventionnalité des normes constitutionnelles nationales³ contraires au droit communautaire ou au droit de la C.E.D.H⁴. Exceptionnellement même, un véritable contrôle de

«D'un côté, le Souverain «au-dessus de la Constitution» est le peuple souverain en tant qu'autorité qui détient et exerce le pouvoir constituant. Ce Souverain constituant est constitutione solutus, comme à peu près le Prince souverain était legibus solutus. Il faut introduire une nuance dans la comparaison historique entre le pouvoir constituant et le Prince souverain («à peu près»), car si le peuple souverain est libre d'abolir les constitutions existantes, il n'est pas libre de les abroger comme on l'a vu. Ceux qui identifient formellement les deux idées de constitutione solutus et de legibus solutus sont justement les tenants de la conception absolue du pouvoir constituant. D'un autre côté, il ne peut pas y avoir en théorie constitutionnelle de Souverain «dans la Constitution» puisque le pouvoir constituant est seul souverain et les pouvoirs constitués sont non souverains. Ceux-ci sont des Magistrats constitutionnels (des pouvoirs publics) soumis à la constitution. L'Etat constitutionnel serait donc l'Etat dans lequel un gouvernant serait toujours Magistrat et jamais Souverain. Il y a usurpation de la souveraineté lorsque l'un des pouvoirs constitués s'arroge le pouvoir constituant».

¹O. Beaud, *La Souveraineté* □ *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 32.

²Entre autres, voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ 1990, p. 105 s.

³Relevé désormais même par la doctrine française. Voir par exemple:

□ D. Turpin, *Contentieux constitutionnel*, PUF 1986, p. 85.

□ B. Genevois, *La marque des idées et des principes dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel*, EDLE 1988, n° 40, p. 181.

□ L. Favoreu, *Table ronde du 16/17 septembre 1994, Révision de la Constitution et justice constitutionnelle*, RFDC n° 19, 1994 p. 662.

⁴La Cour de justice des Communautés européennes peut le faire en particulier dans le cadre de l'article 177 du Traité au titre de sa compétence préjudicielle en interprétation. Quant à

conventionnalité des dispositions constitutionnelles adoptées par voie référendaire a pris forme¹.

Pareil contrôle est d'ailleurs de nature à engendrer des difficultés inextricables: quid en particulier dans l'hypothèse où la règle conventionnelle violée serait considérée comme «non dénonçable» et que parallèlement la disposition constitutionnelle incriminée serait insusceptible d'être révisée même par voie de votation populaire? Dans une perspective d'ouverture internationale de la constitution, et de subsidiarité bien comprise, il serait pour le moins concevable d'imaginer un contrôle national de la conventionnalité des révisions constitutionnelles, fussent-elles populaires². Chemin faisant, le contrôle de conventionnalité risquerait d'ailleurs de facto de se transformer en contrôle de constitutionnalité, dès lors que la norme conventionnelle de référence serait identique en substance à une règle constitutionnelle nationale.

L'exemple de la Suisse montre d'ailleurs que si l'instauration d'un contrôle de conventionnalité de l'exercice des droits populaires n'est pas chose aisée, elle n'en est pas moins tout à fait possible.

Certes, pendant fort longtemps, l'opinion favorable à l'absence de toute limitation matérielle à la révision de la Constitution a prévalu. Partant, les autorités fédérales compétentes, en l'occurrence l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, ont préféré éluder la difficulté en s'abritant derrière l'obligation de dénoncer le traité international violé par une révision constitutionnelle³, et par suite écarter tout

la Cour européenne des droits de l'homme, elle est à même, bien qu'elle se refuse à exercer formellement un contrôle «abstrait», à nullifier pour le moins par ricochet une disposition constitutionnelle d'origine référendaire.

¹*En ce sens, voir l'arrêt de la Cour EDH du 29 octobre 1992 Open Door et Dublin Well Women c. Irlande, Série A n° 246; F. Sudre, L'interdiction de l'avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme, RFDC n° 13, p. 216 s; J.F. Flauss, La contribution des organes de la CEDH à la formation d'un droit constitutionnel européen. Vers un droit constitutionnel européen □ Quel droit constitutionnel européen? RUDH 1995 n° spécial (à paraître).*

²*La novation serait de taille... mais moins audacieuse qu'elle n'y paraît au premier abord. N'existe-t-il pas en effet déjà de façon subreptice, un contrôle de conventionnalité de la Constitution dans le cadre des procédures de contrôle de constitutionnalité des traités dirigées vers la révision de la Constitution en ce qu'elle serait contraire au traité?*

³*Message du Conseil fédéral concernant de nouvelles dispositions sur le référendum en matière de traités internationaux, FF 1974 II 1152.*

contrôle de conventionnalité des initiatives populaires¹. Cependant, depuis peu, les autorités fédérales ont considérablement, pour ne pas dire presque totalement, infléchi leur position traditionnelle². En cas de besoin, l'Assemblée fédérale pourrait en effet être conduite à invalider des initiatives populaires méconnaissant des engagements conventionnels de la Suisse³. D'ailleurs, l'option favorable à un contrôle de conventionnalité des initiatives populaires peut non seulement se réclamer d'exigences d'ordre international⁴, mais aussi d'impératifs de cohérence juridique au plan du droit interne⁵.

¹*En ce sens, l'attitude clairement adoptée relativement à l'initiative dite de Rheinau (FF 1954 I 72), à l'initiative contre la limitation des droits populaires en matière de traités internationaux déposée par l'Action Nationale, en 1973, (FF 1974 II 1133), aux initiatives contre l'emprise étrangère des années soixante et septante, (FF 1969 II 1058, 1974 I 212, 1976 I 1390).*

²*Voir en ce sens, le message relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen (FF 1992 IV 87). Le Conseil Fédéral fait remarquer (encore prudemment) qu'il revient au Parlement saisi d'une initiative populaire incompatible avec l'accord E.E.E., soit de la déclarer nulle, soit de la soumettre au vote du peuple.*

Voir surtout le message concernant les initiatives populaires «pour une politique d'asile raisonnable» et «contre l'immigration clandestine (FF 1994 III, p. 1483). Le Conseil fédéral considère que l'existence d'une clause de dénonciation d'un traité ne constitue plus une circonstance déterminante, et que, par suite, l'Assemblée fédérale se devrait, pour le moins, d'invalider sans hésitation une initiative populaire contrevenant à une disposition conventionnelle intéressant la garantie des droits de l'homme ou la protection humanitaire.

³*Voir cependant la position (tactiquement?) réservée du Conseiller fédéral A. Koller devant le Conseil des Etats le 16 mars 1995, déclarant «Pour qu'une initiative populaire soit déclarée irrecevable, il ne suffit pas qu'elle viole le droit international», Le Nouveau Quotidien, 17 mars 1995.*

⁴*Quid par exemple de la praticabilité de l'ancienne doctrine dans l'hypothèse où l'initiative populaire aurait été contraire à un traité ne comportant pas de clause de dénonciation, éventualité à envisager, relativement à certaines conventions internationales de protection des droits de l'homme (Voir J.-F. Flauss, La dénonciation des traités internationaux de protection des droits de l'homme, RSDIE à paraître).*

⁵*En particulier, il convenait de mettre fin à la contradiction existant entre le refus de tout contrôle de conventionnalité des initiatives populaires et les solutions de la jurisprudence «Schubert» du Tribunal fédéral de 1973 (ATF 99 I b 39) quant à l'autorité respective de la loi fédérale et du traité international.*

En l'occurrence, une loi d'application d'un article constitutionnel (adopté suite à une initiative populaire contraire à une disposition conventionnelle) ne pouvait prévaloir sur le traité que pour autant que le Parlement (législateur) aurait fait état de son intention d'enfreindre sciemment ledit traité...! (Sur cette «curiosité, voir R.E. Germann, L'initiative

Toujours est-il que la consécration d'un contrôle de conventionnalité des initiatives populaires serait d'autant plus remarquable, voire audacieuse, qu'elle ne se fonderait sur aucune base constitutionnelle explicite, sauf à considérer que celle-ci est constituée par l'exigence du caractère réalisable de l'initiative. La même remarque vaut d'ailleurs, et plus fortement encore, pour l'établissement du contrôle de compatibilité des initiatives populaires avec les règles impératives du droit international. Très récemment en effet, en l'espèce fin mars 1995, l'Assemblée fédérale, à la suite du Conseil fédéral¹, a déclaré nulle l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable», en ce qu'elle violait en particulier la règle internationale «selon laquelle un étranger demandeur du droit d'asile, ne peut faire l'objet d'un refoulement immédiat, lorsqu'il serait de ce fait exposé à une persécution en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social déterminé ou de ses opinions politiques².

Pour les autorités fédérales, la nullification de l'initiative populaire était la seule issue concevable³. La Suisse ne pouvait se libérer de l'obligation internationale de non refoulement, ni en dénonçant les accords internationaux qui l'imposent⁴, ni par aucun autre acte juridique, dès lors que ladite obligation constituait (aussi) un principe du droit international coutumier à caractère contraignant (dit jus cogens), reconnu comme tel non seulement par un nombre important d'Etats parties à la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, mais également par le Tribunal fédéral⁵, ainsi que par le Conseil fédéral et le Conseil des Etats¹.

des Alpes et l'accord de transit: comment sortir de l'impasse, Le Nouveau Quotidien, 31 mai 1994 p. 4).

¹*Message du 22 juin 1994 concernant les initiatives populaires «pour une politique d'asile raisonnable» et «contre l'immigration clandestine», FF 1994 III p. 1480 s.*

²*Conseil des Etats, 16 mars 1995. Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, CE, 1995/1 p. 348-349.*

³*«Avec l'entrée en vigueur des dispositions constitutionnelles en question, la Suisse serait obligée, soit de ne pas les appliquer, soit de violer les principes les plus élémentaires du droit international public: c'est une alternative inacceptable pour un Etat de droit...». Message du Conseil fédéral du 22 juin 1994 précité p. 1486-1487.*

⁴*A savoir, selon le Conseil fédéral, la Convention de Genève relative aux réfugiés, et par suite l'Accord européen du 16 octobre 1980 sur le transfert de responsabilité à l'égard des réfugiés, la C.E.D.H, la Convention des Nations Unies contre la torture, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.*

⁵*Le Tribunal fédéral a explicitement reconnu le caractère contraignant de l'interdiction de refoulement figurant à l'article 3 de la C.E.D.H ainsi que la validité en tant que droit*

Illustrative d'une incontestable volonté d'«ouverture internationale» de la Constitution, la position novatrice retenue par les autorités fédérales risque néanmoins d'engendrer des conséquences peut-être insoupçonnées pour l'exercice du droit d'initiative de révision constitutionnelle, et des droits populaires plus généralement². En particulier, ces derniers ne risquent-ils pas de se voir opposer de plus en plus systématiquement l'argument de la «non dénonçabilité» des dispositions conventionnelles relatives à la protection des droits de l'homme, soit parce que le traité en cause ne comporte pas de clause de dénonciation³, soit parce que nonobstant l'existence d'une clause de dénonciation, certaines prescriptions seraient devenues en substance «non dénonçables», paralysant par là même très largement la faculté de dénonciation⁴. Dans ce dernier cas de figure, l'atteinte aux droits populaires pourrait d'ailleurs être ressentie d'autant plus vivement que l'accord international aurait, lors de son approbation, été soustrait au jeu du référendum facultatif, au motif qu'il comportait une clause de dénonciation...⁵.

Reste à savoir toutefois si toutes les catégories de traités sont concernées, ou si au contraire des distinctions devraient être opérées en fonction de la nature du traité. De même, demeure incertaine la politique qui sera suivie par les instances fédérales sur le terrain de la divisibilité des déclarations d'invalidation. Par ailleurs, l'opportunité de laisser l'Assemblée fédérale seule juge en la matière est de plus en plus discutée. Ainsi, dans le cadre du projet de révision totale en cours, il est envisagé de remettre le pouvoir d'invalidation au Tribunal fédéral, après que

coutumier de l'article 33 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. (ATF 109 I b 72, 111 I b 70).

¹Voir FF 1990 II 595; B.O. 1992 p. 1015.

²*Ou alors faudrait-il considérer que ces conséquences ont été acceptées en toute connaissance de cause... en vue de procéder en catimini à une réduction des droits d'initiative et de référendum, insusceptible d'être menée à bien dans le cadre d'une révision en bonne et due forme de la Constitution.*

³*Tel est le cas en particulier du PIDCP.*

⁴*Ainsi en est-il sans doute de la CEDH, d'autant que l'éventualité d'une dénonciation partielle de ladite convention n'est apparemment pas envisageable □ voir J.-F. Flauss, De la dénonciation partielle de la C.E.D.H. Mélanges J. Velu, Présence du droit public et des droits de l'homme, Bruylant 1992, p. 1253 s.*

⁵*Pour davantage de précisions, voir J.-F. Flauss, Le contrôle de la validité internationale des initiatives populaires en Suisse, RFDC n° 23, 1995, à paraître.*

l'Assemblée se soit prononcée en faveur de l'inconventionnalité de l'initiative populaire¹.

B. A la recherche d'une issue

«... il existe des moyens pratiques d'atténuer, sinon de lever, la difficulté théorique, née de l'introduction de la technique référendaire dans les démocraties constitutionnelles»². Le droit constitutionnel comparé montre d'ailleurs que pareil point de vue ne constitue aucunement une chimère. Toutefois, pour prévenir le risque d'un asservissement total du pouvoir populaire de révision constitutionnelle, la compétence de contrôle reconnue au juge constitutionnel devra impérativement être contrebalancée par le maintien, au profit du peuple, de la faculté du «dernier mot».

1. Les progrès de l'idée de la «contrôlabilité» des révisions constitutionnelles

En doctrine, l'aménagement d'un contrôle de constitutionnalité des révisions constitutionnelles est surtout envisagé, et plus facilement admis, relativement aux lois constitutionnelles parlementaires³. Il est vrai qu'il s'agit d'une hypothèse consacrée à l'occasion par tel ou tel système constitutionnel. Sans doute faut-il en la matière oublier le précédent peu convaincant (ne serait-ce que par défaut de pratique...) de l'Espagne franquiste⁴. En revanche, il faudra à l'avenir prêter attention aux conditions de mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité des initiatives parlementaires de révision constitutionnelle établi (ou ouvert) par les

¹En ce sens, J. F. Aubert, *Quel avenir pour les droits populaires en Suisse? Le Nouveau Quotidien du 11 avril 1995*.

²O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, op. cit. p. 434.

³Voir par exemple à cet égard:

□ L. Favoreu, *Supraconstitutionnalité et jurisprudence constitutionnelle en droit privé et droit public français* □ RIDC 1994 n° 2 p. 557.

□ B. Mathieu, *La supraconstitutionnalité existe-t-elle? Réflexions sur un mythe et quelques réalités*, LPA 1995 n° 29 p. 16.

⁴En ce sens, les propos du vice-président du Tribunal constitutionnel espagnol, Rubio-Llrente, RFDC 1994 n° 19, p. 659.

Constitutions de certains pays d'Europe centrale et orientale¹. Mais surtout, il convient de prendre en compte l'exemple autrichien. En effet, aux termes de l'article 44-3 du B-VG, la Cour constitutionnelle fédérale est habilitée à contrôler □ a posteriori □ la constitutionnalité de la procédure d'élaboration des lois constitutionnelles fédérales adoptées par voie parlementaire. En l'occurrence, ledit contrôle porte sur le point de savoir si, eu égard au contenu de la loi constitutionnelle, celle-ci n'opérerait pas une «révision d'ensemble» de la Constitution, laquelle est soumise à une procédure «renforcée», à savoir l'approbation par voie de référendum populaire. En d'autres termes, la juridiction constitutionnelle autrichienne procède donc à un contrôle de la loi constitutionnelle pour conclure le cas échéant à l'existence d'un vice formel².

En ce qui concerne l'assujettissement éventuel des procédures populaires de révision constitutionnelle à un contrôle de constitutionnalité, le droit comparé est moins riche en exemples pertinents... sauf à considérer bien évidemment que la vérification de la recevabilité des initiatives populaires de révision constitutionnelle telle que poursuivie en Suisse, par le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale, est assimilable à un contrôle de constitutionnalité³. Il serait cependant concevable de prendre acte du contrôle formel (a posteriori) que la Cour constitutionnelle d'Autriche est susceptible d'exercer sur les lois constitutionnelles présentées comme emportant «une modification d'ensemble» de la Constitution. Il serait aussi, et surtout, possible de se référer aux solutions consacrées dans certains Etats de l'Union américaine, comme entre autres au Colorado, dans lesquels le contrôle judiciaire porte sur le respect par les initiatives

¹Telle la Constitution roumaine □ du 8 décembre 1991 (article 144a) □ La Cour constitutionnelle est compétente pour exercer ex officio un contrôle de constitutionnalité des initiatives de révision de la Constitution (sur les tenants et aboutissants d'un tel contrôle, voir F. Julien-Laferrière, *La Constitution roumaine du 8 décembre 1991 ou la difficulté d'apprentissage de la démocratie*, RDP 1992 p. 1238-1239) ou telle la Constitution ukrainienne, voir la communication de M. P. Martinenko, *Constitutionality of referendums in Ukraine*, p. 4.

²Pour plus de précisions, voir S. Peyrou-Pistouley, *La Cour constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois en Autriche*, *Economica*, 1993, p. 174 et 220.

Voir aussi O. Pfersmann, *La révision de la Constitution en Autriche*, *La révision de la Constitution*, *Economica* 1993, p. 40 s.

³En tout état de cause, ce contrôle de recevabilité pourrait servir de «modèle» d'inspiration ou pour le moins de «source» d'inspiration pour les pays souhaitant instituer un contrôle a priori des actes populaires de révision constitutionnelle.

populaires d'amendement constitutionnel de l'interdiction de mettre en cause ou d'altérer la structure constitutionnelle existante¹.

2. Les limites de la «contrôlabilité» des révisions constitutionnelles populaires

Au vu des expériences de divers pays, il ne semble pas qu'un contrôle de constitutionnalité (même a posteriori) du respect des règles déterminant le type de procédure de révision à suivre, doive nécessairement être tenu pour hérétique. Chemin faisant, on constatera d'ailleurs qu'un tel contrôle implique une appréciation de l'objet ou du contenu du texte référendaire de révision. Faut-il dès lors franchir un pas supplémentaire et admettre un contrôle à «l'état pur» de la substance de l'acte (ou du projet) de révision, et ce indépendamment de tout enjeu (ou contestation) quant à la détermination de la procédure de révision à suivre?

Une adhésion inconditionnelle à la distinction entre acte constituant et acte de révision autoriserait une réponse affirmative... à condition malgré tout que la limite matérielle opposée à l'acte populaire de révision ne garantisse pas l'immutabilité du statut (au sens large du terme) du juge constitutionnel². La réversibilité des dispositions constitutionnelles relatives à ce dernier doit être absolue. Il s'agit manifestement d'une soupape de sûreté absolument indispensable à la sauvegarde de la faculté du «dernier mot» que doit conserver le peuple. Pour le moins, pareille prérogative constituerait une «*ultima ratio*» destinée à remédier à la difficulté, voire à l'impossibilité, de procéder par voie populaire à un «lit constituant» à l'encontre d'une décision du juge constitutionnel déclarant contraire à la Constitution une révision constitutionnelle référendaire³.

¹Une modification constitutionnelle d'une telle nature suppose le recours à la procédure dite de la convention constitutionnelle. Voir à ce sujet: R.-B. Collins et D. Oesterle □ *Structuring Ballot Initiatives*, *University of Colorado Law Review*, Vol. 66, 1995, n° 1, p. 121-122.

²Ainsi, de prime abord, l'interdiction de porter atteinte par voie de révision à la forme républicaine du gouvernement (article 89/5 de la Constitution française de 1958) n'exclut aucune remise en cause, ni de l'institution du Conseil Constitutionnel, ni de ses attributions. En revanche, une interdiction de porter atteinte aux principes de l'Etat de droit (comme celle consacrée par l'article 79 (3) de la Loi fondamentale allemande de 1949) obère, quant à elle, très fortement la liberté d'agir du pouvoir constituant dérivé.

Sur la problématique de la réversibilité constitutionnelle du contrôle de constitutionnalité en Autriche, voir O. Pfersmann, *La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne...* précité p. 42.

³Autrement dit, une modification de la Constitution par voie référendaire doit, entre autres, rester libre d'inscrire dans la Constitution une disposition visant à prohiber toute invalidation par le juge constitutionnel d'une révision constitutionnelle.

IV. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire en France - Rapport de M. Jacques ROBERT

Membre de la Commission européenne pour la Démocratie par le Droit, Membre du Conseil constitutionnel

L'article 3 de la Constitution française de 1958 dispose: «La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum»...

De son côté, l'article 60 donne mission au Conseil constitutionnel de veiller «à la régularité des opérations de référendum» et d'en proclamer les résultats.

Il semble qu'apparemment les choses □ du moins, en France □ soient parfaitement claires. Mais derrière la limpidité des termes utilisés ici ou là, que d'incertitudes et de débats! On en mesurera l'importance en examinant successivement la variété des types de référendum et les limites de l'intervention du juge constitutionnel dans le contentieux du référendum.

I. LES DIFFERENTES SORTES DE REFERENDUMS

On peut classer les référendums selon la procédure utilisée ou selon le contenu de la question posée.

A. La procédure utilisée

Qui a l'initiative? Et à quel moment?

a. L'initiative peut émaner des gouvernants ou des gouvernés.

S'agissant des gouvernants, on peut penser au Chef de l'Etat qui, en toute liberté, choisira à la fois le moment, le sujet et la formulation de la question. Mais n'est-on pas alors en présence, non d'un référendum sur un texte mais d'un véritable plébiscite sur un homme et sa politique? Distinction toujours délicate à faire surtout quand la question se trouve personnalisée et que celui qui la pose laisse entendre qu'il tirera toutes les conséquences d'un vote défavorable...

Le référendum d'initiative populaire ne pose, certes, pas de semblables problèmes, mais certains redoutent ses dérives démagogiques s'il n'est pas étroitement canalisé¹.

En Suisse, l'initiative populaire est utilisée pour remettre en question une loi ou un traité fédéral vieux de plus de dix-huit ans, à la demande de 50 000 citoyens ou de huit cantons, ainsi que pour réviser la constitution fédérale, à la demande de 100 000 citoyens depuis 1992, soit selon le système dit de l'«alternative pure», encore beaucoup pratiqué pour les votations cantonales et communales, soit selon celui du «double oui» avec question subsidiaire, qui permet, lorsqu'un contre-projet est soumis à la consultation populaire en même temps que l'initiative, de déposer le cas échéant dans l'urne deux bulletins «oui» au lieu d'un seul. Il est souhaitable que cette réforme améliore les résultats d'une procédure mobilisant au total peu d'électeurs.

Aux Etats-Unis, les référendums d'initiative populaire existent dans 24 Etats fédérés et peuvent porter sur les sujets les plus divers, tels que, par exemple, l'instauration d'un pari mutuel sur les courses de lévriers (Californie), le recyclage obligatoire des bouteilles et boîtes de conserve (Massachusetts), l'ouverture d'un casino (New Jersey), l'écologie, les mœurs, la protection des consommateurs, ou, fréquemment, la réduction d'impôts.

En Autriche, le procédé du *Volksbegehren* (article 41 de la Constitution) permet à un groupe de citoyens de saisir directement le Parlement d'une question par le biais du droit de pétition (la *Volksabstimmung* des articles 43 à 46 correspondant au référendum d'initiative gouvernementale).

En Italie, selon l'article 75 de la Constitution, 500 000 électeurs, ou cinq Conseils régionaux, peuvent demander l'organisation d'un référendum, mais uniquement pour abroger une loi existante, et à l'exception de certaines matières (fiscales), sous le contrôle de la Cour constitutionnelle, qui a repoussé six des huit projets présentés en 1978 et six des onze présentés en 1981 dont, par exemple, celui du PCI du 9 juin 1985 visant à abroger un décret-loi de 1984 supprimant l'échelle mobile des salaires. D'autre part, 50 000 personnes peuvent prendre l'initiative de proposer un texte de loi au Parlement, mais celui-ci ne l'examine que très rarement.

¹ On se reportera utilement ici aux très précieux développements de Dominique TURPIN: «Droit constitutionnel», Paris P.U.F., 2^e édition 1994. pp. 243 et suiv. Ce rapport leur doit beaucoup.

b. Le «moment» du référendum est □ de son côté □ une question qui n'est pas sans importance car il en conditionne la nature. On peut organiser un référendum soit avant la délibération parlementaire, soit après, soit à sa place.

Avant la délibération, des référendums indicatifs, semblables à des sondages d'opinion grandeur nature, éclairent les représentants sans les lier, sur la décision qu'ils ont à prendre. Les plébiscites napoléoniens sont intervenus avant le législateur, mais dans un esprit antidémocratique puisqu'il s'agissait d'accorder un blanc-seing à l'homme fort du moment. Dans un tout autre contexte, la tradition britannique ne confère aux référendums qu'une valeur indicative, la décision elle-même relevant du seul Parlement (cf. ceux organisés en Grande-Bretagne les 5 juin 1975 et 1^{er} mars 1979, et celui relatif à l'Entente de Charlottetown soumis aux Canadiens le 26 octobre 1992).

A la place de la délibération, le référendum permet au peuple de reprendre sa souveraineté pour l'exercer lui-même directement après en avoir dessaisi ses représentants, soit à leur initiative (cf. notre article 11: «soit sur proposition conjointe des deux Assemblées»), soit à celle de l'Exécutif (Président de la République sur proposition du Premier ministre).

Après la délibération du Parlement, on peut envisager des référendums d'arbitrage en cas de conflit entre les deux Assemblées, après l'échec de la Commission mixte paritaire, portant sur des textes relatifs aux libertés publiques, ce qui revient à permettre au Sénat d'empêcher leur adoption lorsque l'Assemblée nationale a le dernier mot et d'en appeler au peuple plutôt qu'au Conseil constitutionnel, dans le cadre de sa mission de gardien des libertés.

Interviennent également à ce stade les référendums de ratification, soit en matière constituante, le peuple rejetant le texte élaboré par une Assemblée ou Convention spécialement élue à cet effet (France: référendum du 5 mai 1946) ou, plus fréquemment, le confirmant (France, pour les Constitutions de 1793, an III, celles du Consulat, de l'Empire, des IV^e et V^e Républiques), soit encore en matière d'autodétermination (les «populations intéressées» ayant à ratifier les lois ou les accords passés à ce sujet).

Enfin, les référendums abrogatoires sont aussi à ranger dans cette catégorie, que ce soit en Suisse ou en Italie.

B. La question posée

Elle peut être de nature constitutionnelle ou législative.

En matière constituante, le référendum peut intervenir seul comme procédé unique d'adoption ou de révision d'une constitution. Il peut également intervenir en complément du vote favorable d'une Assemblée constituante préalablement réunie pour procéder à la rédaction du texte constitutionnel.

Dans cette catégorie doivent être rangés les référendums d'autodétermination mettant en œuvre le «droit des peuples à disposer d'eux-mêmes», c'est-à-dire de se libérer, soit de la tyrannie pour se doter de régimes démocratiques, soit de l'oppression coloniale pour s'ériger en Etats indépendants, l'accord exprès des «populations intéressées» étant requis, tant par le droit international public que par l'article 53 de la Constitution française de 1958.

Les référendums législatifs sont, quant à eux, prévus par les Constitutions de nombreux Etats, avant, après ou à la place de l'intervention du Parlement. En France, après avoir été ignorés par les III^e et IV^e Républiques, on les retrouve à l'article 11 de la Constitution de 1958, permettant au chef de l'Etat de «soumettre au référendum tout projet portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord de Communauté ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions».

Le référendum ne peut donc porter, sous la V^e République française, que sur un «projet de loi», c'est-à-dire sur un texte juridique.

L'expression «portant sur l'organisation des pouvoirs publics» (plus large que celle de «pouvoirs publics constitutionnels» de l'article 16) a posé des problèmes complexes. Elle vise certainement les projets législatifs (y compris les lois organiques et les lois d'habilitation), peut-être les projets de loi constitutionnelle, mais exclut les simples «projets de société», F. Mitterrand ayant dû renoncer à les y inclure en 1984.

Le 30 novembre 1992, le Président de la République a repris sa proposition d'étendre le champ d'application de l'article 11 aux «garanties fondamentales des libertés publiques», le Conseil constitutionnel devant donner son avis sur la conformité du projet de loi «à la Constitution, aux lois organiques, à nos engagements internationaux et aux grands principes qui fondent nos libertés reconnues par les lois de la République». Dans son rapport du 15 février 1993, le Comité consultatif pour la révision de la Constitution a repris de son côté cette suggestion à son compte, y ajoutant même l'autorisation de ratifier les traités «ayant le même objet» (les libertés), et précisant que «le projet ne peut être soumis au référendum qu'après constatation par le Conseil constitutionnel de sa conformité à la Constitution».

La France ayant assez vite fait sienne une conception strictement représentative de la démocratie, nous n'avons connu finalement pendant toute notre histoire constitutionnelle et ce, jusqu'à la fin du second conflit mondial, que quelques expériences □ la plupart du temps dévoyées □ de référendum. Il ne s'est agi, en fait, sous la I^{re} et la II^e République comme sous les deux Empires Napoléoniens, que de plébiscites déguisés.

Ce n'est qu'à la Libération que la procédure strictement référendaire revient en force.

Le 21 octobre 1945, il est posé aux Français une double question portant sur la nature de la chambre qu'on leur demandait d'élire et sur la façon dont ils souhaitaient être immédiatement gouvernés.

Le 5 mai 1946, le peuple français est consulté sur un premier projet de constitution qu'il rejette.

Le 13 octobre 1946 lui en est soumis un second qu'il adopte. Ce sera la Constitution de la IV^e République.

Enfin, le 28 septembre 1958, le général de Gaulle soumet aux Français le texte de ce qui allait devenir la Constitution de 1958.

Surtout, il ne manque pas de faire figurer dans le nouveau texte non seulement la mention que la souveraineté nationale peut légitimement s'exercer par deux canaux différents (le vote des représentants élus et le référendum) mais que le référendum peut être utilisé dans plusieurs hypothèses.

La Constitution de 1958 prévoit en effet le recours au référendum dans ses articles 11 (référendum législatif), 89 (référendum constituant) et 53 (référendum d'autodétermination). La pratique suivie, fréquente dans les premières années du régime, plus hésitante après de Gaulle, a donné lieu à un certain nombre de controverses.

Les deux référendums sur l'Algérie furent des référendums d'arbitrage du peuple sur une question délicate, mais aussi de légitimation de la fonction présidentielle telle que la concevait de Gaulle, ainsi que des plébiscites sur sa personne puisqu'il remettait à chaque fois son mandat en jeu.

Celui du 8 avril 1962 était destiné à faire approuver par le peuple français les Accords d'Evian, c'est-à-dire le principe de l'indépendance de l'Algérie, ainsi qu'à

déléguer au Président de la République de nombreux pouvoirs législatifs, pour réaliser concrètement par voie d'ordonnances cette indépendance.

Les deux référendums portant révision de la Constitution sont ceux du 28 octobre 1962 relatif à l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel direct et du 27 avril 1969, relatif à la transformation du Sénat du général de Gaulle, les «non» l'ayant emporté (53,2 %) sur les «oui». Les deux consultations se sont inscrites dans le cadre de l'article 11 de la Constitution.

Le référendum prévu par l'article 89 lui-même n'a donc jamais été utilisé sous la V^e République, les Présidents Pompidou en 1973 (quinquennat présidentiel), Giscard d'Estaing en 1974 (réforme du régime des suppléants) et Mitterrand en 1984 (élargissement du champ d'application de l'article 11) ayant préféré renoncer à poursuivre plus avant une procédure aléatoire.

Les deux référendums sur l'Europe et sur la Nouvelle-Calédonie sont ceux des 23 avril 1972 et 6 novembre 1988.

Quant au référendum autorisant la ratification du Traité de Maastricht, le Conseil constitutionnel ayant confirmé, le 2 septembre 1992, que le traité sur l'Union européenne signé à Maastricht ne comportait plus de dispositions contraires à la Constitution □ depuis la révision de cette dernière par la loi du 25 juin 1992 consécutive à sa décision du 9 avril □ l'autorisation de le ratifier a été accordée au chef de l'Etat par la loi référendaire du 23 septembre 1992, adoptée par une courte majorité de Français. Cette procédure a été également utilisée en Irlande et au Danemark.

Au total, donc, sept référendums, dont cinq pendant les quinze premières années du régime, puis quinze ans sans recourir à cette procédure et, enfin, un certain renouveau, malgré tout ambigu, qui pourrait se trouver confirmé si les recommandations formulées par le Comité Vedel étaient ultérieurement reprises.

II. LE CONTENTIEUX DU REFERENDUM ET LE JUGE CONSTITUTIONNEL

L'opération référendaire est une opération juridiquement complexe qui regroupe un certain nombre d'événements et d'actes générateurs de multiples conflits et contentieux.

Le juge constitutionnel, dans la mesure où lui est reconnue sur l'ensemble de ce contentieux difficile, une compétence de principe, peut être amené à intervenir à plusieurs moments du processus référendaire. Mais s'estime-t-il compétent de la même manière dans toutes les hypothèses?

On examinera ici trois questions bien différentes.

A. Le contrôle sur la décision de recourir au référendum

A l'évidence, la décision prise de recourir au référendum a toujours été considérée par la jurisprudence française comme un «acte de gouvernement» insusceptible de tout recours contentieux.

Si donc le Président de la République décide d'utiliser la procédure de l'article 11 au lieu de celle de l'article 89 pour réviser la Constitution, s'il soumet à référendum un projet de loi portant sur une matière non énumérée à l'article 11, si enfin il recourt à cette procédure malgré l'absence de proposition du Gouvernement ou des deux Assemblées, le juge administratif invoquera la théorie de l'«acte de gouvernement». Quant au Conseil constitutionnel, il est incompétent pour connaître de tels actes.

B. Le contrôle sur «l'organisation» du référendum et les «opérations de référendum»

Le Conseil constitutionnel a adopté une conception restrictive de sa compétence en interprétant à la lettre les dispositions de la Constitution et de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, qui lui confèrent seulement un rôle consultatif en ce qui concerne l'organisation du référendum et un rôle juridictionnel à l'égard des «réclamations» afférentes au déroulement des opérations du référendum. Aussi, dans sa décision du 25 octobre 1988: «Diemert et Bannel», il a rejeté une requête de deux électeurs contre les décrets relatifs au référendum sur la Nouvelle-Calédonie, définissant restrictivement la «réclamation» comme devant viser «exclusivement les contestations formulées à l'issue du scrutin», et non pas avant le déroulement de celui-ci, et il a confirmé cette position à l'occasion du référendum autorisant la ratification du Traité de Maastricht par trois décisions des 15 et 18 septembre 1992.

Cette décision de 1988 est intéressante car elle précise, sans le clore tout à fait, les données d'un débat particulièrement difficile¹.

Le Conseil constitutionnel a considéré longtemps que les attributions que les articles 46 et 47 de l'ordonnance n° 58-1057 du 5 novembre 1958 portant loi

¹ Voir une intéressante relation de cette controverse doctrinale dans *D.G. LAVROFF*, «Le droit constitutionnel de la V^e République», Paris, Dalloz, 1995.

organique («Le Conseil constitutionnel est consulté par le gouvernement sur l'organisation du référendum. Il est avisé sans délai de toute mesure prise à ce sujet» et «Le Conseil constitutionnel peut présenter des observations concernant la liste des organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande») confient au Conseil constitutionnel, étaient de nature consultative mais qu'elles avaient un caractère juridictionnel «en ce qui concerne les opérations du référendum» et que le premier alinéa de l'article 50 de l'ordonnance, d'après lequel «le Conseil constitutionnel examine et tranche définitivement toutes les réclamations», porte exclusivement sur «les protestations susceptibles d'être formulées à l'issue du scrutin contre les opérations effectuées». C'est au résultat de l'examen des irrégularités qui ont pu être commises au cours des opérations de référendum que le Conseil apprécie si, en raison de leur gravité, elles sont susceptibles d'entacher les opérations et d'entraîner l'annulation du référendum.

Ces décisions ont fait l'objet de critiques. Il leur a été reproché d'avoir donné une interprétation trop restrictive de la notion d'«opérations» en les limitant aux seuls votes et dépouillement alors qu'elles pourraient se rapporter à l'ensemble des faits et procédures qui ont permis de parvenir à des résultats contestés.

Dans sa décision du 25 octobre 1988, le Conseil constitutionnel rappelle les éléments de sa jurisprudence traditionnelle en indiquant que la loi organique ne lui donne une compétence juridictionnelle que pour le déroulement des opérations électorales et qu'il «examine et tranche définitivement toutes les réclamations» uniquement pour les «contestations formulées à l'issue du scrutin contre les opérations effectuées». Le Conseil constitutionnel vise, dans sa décision, les articles 11, 19 et 39 de la Constitution, qui donnent compétence au Président de la République pour décider du référendum (article 11), sans que le décret soit soumis à un contreseing (article 19), mais après délibération du Conseil des ministres (article 39); ainsi que l'article 60 de la Constitution qui enjoint au Conseil constitutionnel de veiller «à la régularité des opérations du référendum» et l'article 63 qui prévoit que: «une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui, et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations».

Ainsi, en matière de référendum, le Conseil constitutionnel ne peut être valablement saisi que d'une réclamation contentieuse portant sur le déroulement des opérations de vote et de dépouillement, après indication de la réclamation sur le procès-verbal.

C'est le Conseil d'Etat qui est compétent pour connaître des recours contre des mesures d'organisation du référendum (Conseil d'Etat Ass. 27 octobre 1961, Regroupement national, Rec. p. 194. Sirey, 1963, p. 28, note Hamon; Dalloz, 1962, p. 23 et Conseil d'Etat, Ass., 19 octobre 1962; Brocas, Rec., p. 553; AJDA,

1962, p. 612, note Laubadère; Sirey, 1963, conclusions Bernard; Conseil d'Etat, Ass., 28 octobre 1968, Centre national des indépendants et paysans, Rev. fr. Droit adm., 4-6, novembre-décembre 1968, p. 897 avec les conclusions de D. Levis).

En résumé, s'agissant de sa compétence juridictionnelle relative aux «réclamations» afférentes au déroulement des opérations référendaires, le Conseil constitutionnel s'est toujours déclaré incompétent pour connaître de celles adressées avant le scrutin contre les opérations préliminaires à celui-ci, et c'est donc le Conseil d'Etat qui a reconnu sa compétence à l'égard des actes détachables de ces opérations. En revanche, bien sûr, le Conseil constitutionnel retrouve toute sa compétence après la proclamation du résultat, bien que son contrôle porte en réalité sur l'existence même de la loi et non sur sa conformité à la Constitution, au sujet de laquelle ni la lettre des textes, ni surtout l'esprit de la Constitution ne lui attribuent la moindre compétence.

C. Le contrôle sur la loi référendaire

Les lois référendaires ne peuvent en effet pas être l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Cette solution résulte de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 6 novembre 1962 (décision 62-20 DC, Loi référendaire, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, p. 170 et Rec. p. 27). La loi référendaire est un texte de nature législative qui ne peut pas être assimilé aux lois organiques qui sont automatiquement déferées au Conseil constitutionnel, ni non plus à une loi ordinaire, puisqu'elle est votée par le peuple et non pas par les assemblées parlementaires. La loi organique du 7 novembre 1958, relative au Conseil constitutionnel, ne prévoit que le contrôle des lois votées par le Parlement et il résulte de l'esprit de la Constitution interprété par la juridiction constitutionnelle qu'il ne lui est pas possible de contrôler la constitutionnalité d'une loi qui est l'expression directe de la volonté du peuple.

L'argumentation du Conseil constitutionnel s'appuie principalement sur le fait que ni la Constitution ni la loi organique relative au Conseil constitutionnel ne font mention de la loi référendaire parmi les textes qui peuvent être soumis au contrôle de constitutionnalité, mais qu'en utilisant la notion de «lois adoptées par le Parlement» et en faisant référence au fait que le Président de la République puisse «soit promulguer la loi à l'exception de cette disposition» (la disposition déclarée non conforme à la Constitution), soit demander aux chambres une nouvelle lecture, le constituant a implicitement, mais nettement, exclu les lois référendaires du champ d'application de l'article 61 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel souligne que la loi référendaire est «l'expression directe de la souveraineté nationale» et que cette nature interdit qu'en l'absence de dispositions expresses de la Constitution, la juridiction qui est un «organe régulateur de

l'activité des pouvoirs publics» puisse se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi votée directement par le peuple souverain.

La question du contrôle de la conformité à la Constitution d'une loi référendaire a été à nouveau posée lors de l'adoption de la loi référendaire portant autorisation de ratifier le Traité sur l'Union européenne, qui a été adopté par le référendum du 20 septembre 1992. Dans sa décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, le Conseil constitutionnel conclut qu'il n'a pas compétence pour se prononcer sur la demande qui lui était faite et confirme donc la décision de 1962.

Comme en 1962, le Conseil constitutionnel justifie son incompétence par le fait que les lois référendaires «constituent l'expression directe de la souveraineté nationale». Il serait illogique qu'un organe institué puisse juger de la conformité à la Constitution d'une loi exprimant directement la souveraineté populaire. En outre, le Conseil constitutionnel ne se caractérise plus comme «un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics», ce qu'il a cessé d'être depuis 1971 où il contrôle le respect par le législateur du bloc de constitutionnalité, mais comme étant chargé d'assurer «l'équilibre des pouvoirs publics établis par la Constitution». Le Conseil constitutionnel reprend également l'argument selon lequel sa compétence «est strictement délimitée par la Constitution».

On aura compris l'ambiguïté du «dialogue» qui s'établit nécessairement □ parce qu'il le faut bien pour respecter l'ordonnancement juridique □ entre l'opération référendaire et le juge constitutionnel.

Le juge constitutionnel a la préoccupation majeure d'exercer les compétences que les textes □ constitutionnels et organiques □ lui attribuent mais il a le constant souci de ne pas donner à ces textes une interprétation extensive qui le ferait sortir de son rôle premier.

Par ailleurs, il est parfaitement conscient que son intervention ne saurait en aucune manière empiéter sur la volonté du peuple souverain. Plus qu'un autre, il sait que c'est le peuple qui, en définitive, tranche, et que sa propre légitimité de juge constitutionnel trouve précisément sa source dans cette totale soumission au seul souverain.

V. Les référendums et la Cour constitutionnelle en Italie - Rapport de M. Sergio BARTOLE, Professeur, Université de Trieste

1. Lors du choix du type de gouvernement du nouvel ordre constitutionnel italien, l'Assemblée constituante italienne a opté pour le système parlementaire.

Personne n'a imaginé que le nouveau gouvernement fonctionnerait d'après l'expérience britannique du modèle de Westminster, abandonnant ainsi à la seule alternance des partis politiques au pouvoir la garantie de la stabilité du cabinet et la limitation des crises liées au règlement des affaires publiques par les partis politiques. Il appartient plutôt au président du Conseil des ministres de contrebalancer, par son autorité, les influences morcelantes et centrifuges des différents intérêts et groupes politiques, même au sein de sa propre majorité, selon un modèle rationnel de relations entre les autorités de l'Etat. Pour éviter les initiatives imprudentes et à courte vue provenant de majorités occasionnelles, une procédure particulière a prévu le retrait de la confiance du parlement au cabinet, et le chef de l'Etat s'est vu confier la tâche d'assurer le respect de la Constitution. Présumé disposer d'un pouvoir plus important que celui du «roi qui règne mais ne gouverne pas», il a été appelé à devenir le premier conseiller du cabinet et le modérateur de la vie constitutionnelle. Toutefois, les commentateurs partagent l'opinion selon laquelle il ne peut interférer dans la définition des politiques générales de l'Etat, qui doit être issue de la coopération entre le cabinet et le parlement, à partir des propositions soumises par le premier au second.

Parallèlement, le mécanisme d'élection des membres du parlement et les dispositions relatives à leur responsabilité politique ont été conçues afin d'assurer l'adhésion et la réponse des organes titulaires du pouvoir aux attentes politiques de la population. Un gouvernement représentatif devrait être soucieux d'éviter de prendre des décisions inspirées par les passions et les émotions provoquées par les événements politiques et sociaux. Les membres des assemblées parlementaires sont présumés capables de prendre leurs décisions après avoir pleinement pris en considération leur programme, et en tenant compte des intérêts généraux de l'Etat ainsi que de l'ensemble des questions qui y sont liées. L'article 67 de la Constitution énonce le principe général de l'activité parlementaire, selon lequel les membres de parlement sont les représentants de l'ensemble de la nation, et ne sauraient être liés par des ordres ou des instructions.

Malgré son attachement au gouvernement représentatif, l'Assemblée constituante a introduit le référendum dans l'ordre constitutionnel italien. L'objectif n'était pas de transformer la démocratie indirecte en démocratie directe, c'est-à-dire de passer d'un mode de gouvernement fondé sur des assemblées parlementaires à une démocratie reposant sur les décisions adoptées par le peuple lui-même. L'idée était de donner au référendum le rôle de mode de contrôle de décisions individuelles et spécifiques du pouvoir législatif. Il ne devait pas constituer un mécanisme d'adoption de décisions provenant de la population en matière de politique nationale générale. Son objet était présumé restreint, et le demeure. Si le peuple souhaite modifier la politique de l'Etat, il ne peut le faire par référendum, mais doit attendre l'échéance des élections législatives, afin de modifier la majorité politique au sein des assemblées.

La Constitution prévoit trois types de référendum différents: le référendum législatif, le référendum constitutionnel et le référendum consultatif, qui concerne les limites territoriales des régions, provinces et municipalités. Les référendums législatifs sont organisés sur la base d'une proposition émanant de la population, pour régler une question relative à l'abrogation d'une disposition d'ordre parlementaire. Les référendums consultatifs constituent une étape nécessaire de la procédure de modification des limites territoriales des régions, provinces et municipalités. Les référendums constitutionnels sont organisés sur le fondement d'une proposition émanant de la population, lorsqu'une disposition d'ordre constitutionnel est adoptée sans avoir pu recueillir la majorité spéciale des deux tiers des membres des deux assemblées parlementaires.

Nous ne traiterons ici que des référendums législatifs, parce qu'ils concernent des questions de droit positif. En outre, ils exigent une décision spécifique et particulière de la Cour constitutionnelle, tandis que les autres référendums n'appellent pas son intervention. Certes, lorsqu'une disposition est critiquée comme anticonstitutionnelle au motif qu'elle a été adoptée sans que le référendum constitutionnel ou consultatif requis ait eu lieu, l'affaire peut être portée devant la Cour constitutionnelle, mais, dans ce cas, la décision de la Cour ne diffère pas des décisions ordinaires portant sur la conformité des textes à la Constitution.

Selon l'article 75 de la Constitution, un référendum peut être organisé en vue de l'abrogation totale ou partielle d'une disposition, si une proposition officielle obtient l'adhésion de 500 000 électeurs, ou est adoptée par cinq assemblées régionales. Ces propositions ne peuvent avoir trait à la réglementation fiscale, au budget de l'Etat, aux dispositions d'amnistie ou à la ratification des conventions internationales. La Cour constitutionnelle est chargée de la vérification des propositions populaires et de statuer sur leur conformité à cette règle. Ceci constitue un aspect très important des dispositions constitutionnelles relatives aux référendums. Si la population s'était vu accorder le droit de demander un référendum pour régler des questions relevant de la politique générale de l'Etat, il aurait été incohérent de soumettre les propositions populaires à un contrôle de ce type, et de restreindre ainsi la liberté d'initiative politique du peuple lui-même. La compétence particulière de la Cour constitutionnelle n'apparaît acceptable et rationnelle que si l'on tient compte du fait que les pouvoirs du peuple sont limités: dans un ordre constitutionnel, où les décisions politiques à vocation générale les plus importantes seraient adoptées directement par le peuple, une ingérence de la cour dans le processus de prise de décision serait impensable. La cour doit être le juge des décisions finales du législateur, terme générique susceptible de comprendre le peuple, mais doit s'abstenir d'entrer dans la mêlée politique.

En fait, la nature particulière de la compétence de la cour dans ce domaine est confirmée par le fait qu'elle ne lui a pas été attribuée par la Constitution, mais par une disposition constitutionnelle ultérieure, adoptée en 1953. Ce qui était au départ, de manière évidente, une doctrine très restrictive et traditionaliste de la justice constitutionnelle, en est venu à reconnaître au fil du temps que l'objet des fonctions d'une Cour constitutionnelle pourrait être étendu aux relations constitutionnelles entre les autorités de l'Etat. Certes, l'Assemblée constituante a attribué à la cour, par l'article 134 de la Constitution, la compétence relative à la résolution des différends entre les autorités de l'Etat, mais sans la détailler. Son travail a donc été complété, dans les années qui ont suivi, par le parlement, qui a étendu la compétence de la cour aux référendums.

2. Les dispositions constitutionnelles relatives aux référendums n'étaient pas exécutoires. Elles ont dû être mises en œuvre par le parlement, c'est-à-dire qu'une loi supplémentaire a été nécessaire pour attribuer aux électeurs le pouvoir de transmettre des propositions en vue de l'organisation de référendums. Cette loi n'a été adoptée qu'en 1970, à la suite d'une tractation politique entre les partis qui souhaitaient l'introduction du divorce en Italie, et ceux qui désiraient consulter la population à propos de cette réforme. Mais l'attention du législateur a davantage porté sur la procédure de demande de référendum que sur les pouvoirs de la Cour constitutionnelle en matière de contrôle de l'initiative populaire. Si l'on examine la loi de 1970, on a l'impression que les parlementaires partageaient l'opinion selon laquelle les référendums n'étaient limités que par les dispositions explicites de l'article 75 de la Constitution, et que la loi elle-même ne pouvait pas limiter, de manière expresse ou implicite, une possibilité de référendum prévue par la Constitution.

Par exemple, le problème de la formulation des questions pouvant être soumises au peuple n'a pas été abordé dans la loi, pas plus qu'il ne l'avait été dans la Constitution elle-même. Rien n'est mentionné du pouvoir de la Cour constitutionnelle d'interdire une demande de référendum relatif à l'abrogation d'un texte, alors que cette abrogation serait susceptible d'avoir des effets anticonstitutionnels. Enfin, la loi demeurait silencieuse à propos de la possibilité de soumettre au peuple une décision portant non seulement sur une loi complète ou une partie de loi, mais aussi sur une disposition ou partie de disposition. Lorsque des propositions de référendums ont été effectuées, la Cour constitutionnelle a donc dû rechercher la solution à de nombreux problèmes nouveaux.

Dans le même temps, les développements au sein du régime politique italien n'ont pas offert de solutions de rechange concrètes aux propositions

relatives à de nouvelles ou inhabituelles demandes d'ordre économique ou social. Certaines forces politiques ont commencé à penser que les référendums pouvaient constituer un moyen d'introduire de nouvelles initiatives dans la vie politique italienne. Ils pensaient que, alors que le gouvernement avait perdu son pouvoir d'initiative, le parlement n'était pas en phase avec les nouveaux intérêts politiques du peuple, et que la législation ne réagissait pas assez vite et efficacement aux nouvelles exigences de la société contemporaine. D'après eux, les référendums pouvaient avoir une double fonction, d'une part celle d'abroger les textes anciens dépassés par les réalités, et d'autre part celle d'obliger le législateur à combler les lacunes législatives par des textes plus adaptés et plus pratiques. Mais il existe une autre possibilité, encore inexplorée: les référendums peuvent être orientés vers un autre objectif, en l'espèce la réforme complète ou partielle de la législation par l'abrogation de certaines dispositions d'une seule loi et, de ce fait, par le référendum lui-même. Par exemple, si un texte prévoit qu'«une femme ne peut se faire avorter après trois mois de grossesse», on peut transformer cette interdiction en autorisation, en demandant la seule abrogation du terme «ne». Ainsi, la nouvelle disposition indiquera qu'«une femme peut se faire avorter après trois mois de grossesse». Evidemment, une telle nouveauté peut avoir des conséquences plus importantes, si l'on modifie par référendum d'autres dispositions, en changeant de la même manière leur signification.

Chacun peut comprendre que cet emploi imprévisible du référendum modifie sa fonction: conçu à l'origine comme un instrument juridique capable d'effets limités et négatifs, il s'est transformé en un instrument susceptible d'être utilisé pour obtenir des résultats positifs. Mais une autre facette de la pratique mérite d'être mentionnée. Les propositions de référendums sont présentées, et les signatures des électeurs sont collectées, non plus pour un seul référendum, mais, très souvent, pour plusieurs référendums simultanés, distincts d'un point de vue juridique, mais liés par la poursuite d'objectifs politiques communs: par exemple, la réforme de la législation électorale, l'élargissement des compétences des régions, une approche plus libérale des rapports entre autorités et citoyens, et ainsi de suite.

Toutes ces tendances de la vie politique ont mis la Cour constitutionnelle dans une situation délicate, dans la mesure où elle risque de se retrouver au cœur des luttes politiques, alors qu'elle doit tenter d'assurer à la fois sa neutralité et la régularité de la procédure de référendum.

Il convient également de garder à l'esprit que la cour ne décide pas de la légalité des propositions de référendums tout au début de la procédure, avant que leurs promoteurs commencent à recueillir les signatures des électeurs: elle intervient à un stade ultérieur, après que les signatures ont été recueillies et que le bureau du référendum de la Cour de cassation a constaté l'existence du nombre de

signatures requis par la loi. De ce fait, la Cour constitutionnelle doit décider de la question, après que le peuple a exprimé son approbation à la demande de référendum. L'importance politique de sa décision est certainement plus élevée que si la cour avait dû la prendre avant la récolte des signatures. Cela constitue un aspect très irrationnel des dispositions régissant les référendums, mais, malheureusement, le parlement n'a pas encore approuvé les propositions visant à les modifier.

La position particulière de la décision de la cour au sein de la procédure de demande de référendums présente un réel danger. La population peut avoir l'impression que, lorsqu'elle décide de la légalité d'un référendum, la cour prend le parti des promoteurs ou des opposants de ce référendum. La jurisprudence a, dans ce domaine, été souvent critiquée non seulement par des commentateurs érudits, mais aussi par des gens du monde politique. La crédibilité de la cour elle-même est de ce fait mise en question. De plus, le fait que la jurisprudence de la cour comble, dans ce domaine, des vides juridiques, apporte apparemment de l'eau au moulin de ceux qui affirment que la cour suit, en la matière, sa propre politique.

3. Si l'on examine la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de référendums, on peut distinguer au moins quatre axes dans les arguments qu'elle développe:

a. *Les référendums et l'ordre constitutionnel*

Selon l'opinion de la cour, les référendums doivent être considérés comme des sources du droit en ce qui concerne leur position dans l'ensemble de l'ordre juridique. La cour doit donc définir l'étendue de sa compétence par rapport aux autres sources du droit: les dispositions de l'article 75 de la Constitution sont insuffisantes, car il existe d'autres limites implicites aux référendums, que l'on peut faire apparaître par le biais d'une analyse systématique de la Constitution.

En outre, le référendum est un instrument de démocratie directe, qui ne peut être utilisé - dans une démocratie représentative - pour obtenir un plébiscite relatif aux orientations de politique générale des promoteurs du référendum. Malgré le fait que les propositions de référendum sont susceptibles de couvrir un texte entier, une partie ou une seule disposition de ce texte, les promoteurs ne disposent pas d'une liberté complète dans la rédaction des questions qu'ils souhaitent soumettre au peuple. Par exemple, il doit exister un lien rationnel entre les différentes parties de la proposition. Nous verrons que l'abrogation de dispositions différentes ne devrait pas être proposée simultanément, si cela doit obliger les électeurs à accepter l'abrogation d'une disposition (à laquelle ils ne sont pas opposés), afin d'obtenir l'abrogation d'une autre disposition (à laquelle ils sont opposés).

Par le passé, mais encore récemment, la cour a accordé aux promoteurs d'un référendum la position d'autorité d'Etat, en leur permettant d'être partie à un procès constitutionnel relatif à la séparation des fonctions entre eux-mêmes et un organe de l'ordre judiciaire. Une autorité d'Etat peut donc être une structure située - comme un groupe de promoteurs - en dehors des organes de l'Etat, mais dont les fonctions sont fondées sur des dispositions constitutionnelles.

b. *La compétence du référendum en tant que source du droit*

La jurisprudence de la cour indique la portée du référendum législatif vis-à-vis de l'ordre juridique dans son ensemble. On en retire la conclusion qu'il est non seulement limité par l'article 75 de la Constitution, mais aussi par d'autres limites implicites provenant de l'interprétation du texte de la Constitution.

Malgré le silence de la Constitution en la matière, l'organisation d'un référendum n'est pas autorisée en matière d'abrogation de dispositions constitutionnelles, car leur approbation et leur modification exigent une procédure particulière. Mais cette règle judiciaire doit s'appliquer également aux propositions de référendums concernant des dispositions d'ordre parlementaire ordinaires réclamant, pour leur approbation, une procédure spécifique comme, par exemple, celles concernant les relations entre l'Etat et l'Eglise catholique ou les autres Eglises ou religions; ces dispositions ne peuvent en effet être approuvées que sur la base d'un accord avec l'église ou la religion intéressée, mesure de sauvegarde qui est absente de la procédure de référendum.

Lorsque le contenu d'une disposition est intégralement défini par la Constitution, sans laisser aucune marge de manœuvre au législateur, une proposition de référendum ne peut être présentée: le législateur ne pouvant en rien modifier le contenu de la disposition, le peuple ne peut pas non plus la modifier ou l'abroger. Mais si le législateur possède une certaine marge de manœuvre, un référendum peut être demandé, car le peuple dispose de la possibilité de rejeter la solution adoptée par le législateur en matière de pratique constitutionnelle, ainsi que de la possibilité d'obliger le parlement à rechercher une solution différente.

Cela ne s'applique pas à une disposition nécessaire pour assurer un fonctionnement de l'Etat conforme à la Constitution elle-même. Même si le législateur possède une certaine marge de manœuvre dans l'établissement des règles s'appliquant au domaine considéré, un référendum ne peut dans ce cas être envisagé, parce qu'un vide juridique serait, dans ce domaine, anticonstitutionnel. Seul le législateur parlementaire est susceptible d'abroger une telle disposition par l'adoption d'une nouvelle règle: si le référendum est autorisé à ne produire que des effets négatifs, le législateur parlementaire est en mesure de substituer une

nouvelle disposition à celle qui a été abrogée, et donc d'éviter cette lacune interdite. Mais, sur ce point, deux précisions doivent être apportées. La difficulté peut être contournée si la question du référendum est formulée de telle manière que l'abrogation ne s'appliquera qu'à une partie de la disposition, la partie restante de la disposition permettant de respecter la nécessité d'assurer la conformité avec l'obligation constitutionnelle de prévoir une règle législative en la matière. Par exemple, la cour n'a pas contesté une proposition de référendum relatif au mode d'élection au Sénat, malgré le caractère obligatoire de cette disposition: la proposition ne visait en fait que l'abrogation de certains points de cette disposition, et évitait donc le risque d'une lacune complète dans le domaine, même si l'approbation de la proposition impliquait une modification du régime électoral propre au Sénat.

Dans ces cas, la cour a examiné les effets potentiels de l'approbation de la question soumise au peuple, mais ils sont relativement peu fréquents. Selon sa propre jurisprudence, la cour ne peut anticiper les résultats du référendum lorsqu'elle examine la question de la légalité d'une proposition de référendum. Les deux problèmes s'excluent mutuellement. La cour s'estime, avant le référendum, incapable d'apprécier toutes les implications potentielles de l'approbation de la question et de l'abrogation de la disposition, parce qu'elle devrait examiner les lacunes engendrées par l'abrogation de la disposition en tenant compte des éléments susceptibles de combler le vide qui apparaîtrait au sein du système juridique dans son ensemble.

La cour a également décidé, dans un autre cas, qu'un référendum ne pouvait être organisé, parce que l'abrogation de la disposition en question aurait engendré un vide interdit par la Constitution. La décision concernait certaines règles autorisant l'avortement lorsqu'il est justifié par l'état de santé de la mère: si la proposition avait été acceptée par le peuple, le droit de la mère à la santé n'aurait eu aucune protection juridique.

c. *Extension de l'esprit de l'article 75 de la Constitution*

Selon la cour, on ne peut organiser un référendum relatif à une disposition étroitement liée à celles exclues du champ référendaire par l'article 75 lui-même. Cette position a été adoptée dans des décisions concernant des propositions relatives à des dispositions traitant d'obligations internationales, ou de mise en place de fonds correspondant à des dépenses prévues au budget de l'Etat. Mais la cour a, par la suite, modifié sa position lorsque ses membres ont réalisé que la mise en œuvre d'obligations internationales et l'affectation d'argent correspondant au budget de l'Etat, pouvaient laisser une certaine marge de manœuvre au législateur, sous la forme de l'adoption de solutions ou d'approches différentes. Dans les deux cas, il a paru judicieux de distinguer entre les textes devant obéir à

certaines règles et ne laissant aucune marge de manœuvre au législateur, et les textes qui laissent, dans une certaine mesure, les mains libres au parlement. Dans ce dernier cas, l'organisation d'un référendum peut être autorisée, laissant au peuple le pouvoir de vérifier et d'abroger les décisions du législateur. Si, par le passé, la cour a décidé que l'organisation d'un référendum relatif aux sanctions pénales en matière de consommation de drogue n'était pas possible, en raison des obligations internationales de l'Italie dans ce domaine, elle s'est, en 1993, abstenue de rejeter une nouvelle proposition de référendum portant sur cette question, au motif que l'accord international visé laissait une importante marge de manœuvre aux législateurs nationaux. Dans le même ordre d'idées, un référendum relatif à la suppression du ministère de l'Agriculture a été autorisé, malgré la compétence de cette structure administrative dans la mise en œuvre de politiques européennes dans le domaine agricole. On a considéré que les obligations européennes n'excluaient pas la liberté de l'Etat de respecter leurs dispositions dans un cadre décentralisé, en confiant cette tâche, par exemple, aux régions.

Il convient de souligner que ce changement dans la jurisprudence de la cour est lié à la crise qu'a connue le système politique au cours des dernières années. La jurisprudence stricte qu'appliquait auparavant la cour en matière de référendums était probablement justifiée par l'idée implicite que le recours fréquent au référendum était susceptible de mettre en danger la stabilité du système politique, ce dernier devant conserver la possibilité de trouver la solution aux problèmes politiques les plus importants par le biais des mécanismes parlementaires, adaptés à un gouvernement représentatif. Seul, l'affaiblissement progressif des partis et leur incapacité à trouver des solutions aux problèmes sous-tendant les initiatives de référendums, a fait comprendre que cette approche devait être abandonnée, et qu'il fallait trouver une place pour la démocratie directe au sein du système politique italien. Cependant, la cour est récemment revenue à une approche limitative, et a rejeté une proposition de référendum concernant des dispositions juridiques étroitement liées au fonctionnement du budget de l'Etat, en dépit du fait que le législateur aurait pu adopter une solution différente, tout en recherchant le même résultat, et que la solution adoptée n'était donc pas obligatoire. En outre, dans une décision adoptée par la cour cet hiver, un référendum relatif aux règles juridiques prévoyant le paiement direct, par les salariés, de l'impôt sur le revenu par le biais de leurs employeurs, a été rejeté au motif qu'il s'agissait d'une question d'ordre fiscal.

d. *La formulation de la question*

La Constitution ne prévoit pas quelle doit être la formulation de la question soumise au peuple lors d'un référendum. Mais la cour estime que ce problème a des implications constitutionnelles et qu'il doit être compatible avec le cadre du système constitutionnel de droit. Elle a donc établi très tôt les critères auxquels

doivent se conformer les promoteurs de référendums, s'ils veulent voir leurs propositions acceptées par la cour. La cour a ainsi élargi les limites du référendum, et s'est elle-même considérée comme titulaire de la tâche consistant à écarter les questions qui ne satisfont pas aux critères de formulation élaborés à partir de la Constitution.

Tout d'abord, les questions doivent être homogènes, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas traiter simultanément de sujets différents. Par exemple, la cour a rejeté une proposition de référendum concernant une disposition traitant à la fois de chasse et de pêche. Les électeurs doivent être en mesure de comprendre le contenu réel des questions sans difficulté: lorsqu'une question concerne deux sujets différents, leur décision n'est pas entièrement libre. S'ils ont des opinions différentes sur les deux parties de la question, ils sont contraints de laisser dans l'ombre leur opinion sur une partie pour répondre, conformément à leur opinion, à la partie restante. Dans l'exemple cité, l'électeur qui souhaitait voir disparaître la chasse mais pas la pêche aurait été obligé de voter en faveur de la suppression de ces deux activités, ou de préférer voir survivre la chasse afin de sauvegarder également la pêche. La matrice rationnelle de toutes les parties d'une question doit être cohérente. Il s'ensuit que les questions doivent être claires, évidentes et éviter toute complication.

Le concept de base est qu'un référendum suppose une alternative entre le oui et le non, et que les électeurs doivent donc être en mesure de choisir librement la solution qu'ils préfèrent sans être tenus d'adopter l'une ou l'autre solution à cause du lien entre les parties d'une question. Cet aspect de la jurisprudence de la cour entraîne certaines difficultés dans le cas de propositions de référendums concernant l'ensemble d'une loi, et amène donc les promoteurs d'un référendum à une certaine division de leur proposition. Les propositions de référendums ne traitant que de certaines dispositions spécifiques respectent mieux les critères de la cour que les propositions de nature juridique organique et complexe.

Evidemment, le problème devient plus délicat lorsque le référendum est proposé comme instrument de législation positif, et plus seulement négatif. Dans ce cas, les critères de la cour sont respectés si l'approbation de la question par le peuple peut modifier la législation de manière claire et rationnelle. Les référendums qui entraîneraient l'entrée en vigueur de textes obscurs et ambigus ne sont pas admis; dans ce cas, la liberté de choix des électeurs ne serait en effet pas garantie.

Le raisonnement servant de base à cette jurisprudence est sujet à critique, car l'usage par la cour de la rationalité en tant que critère d'appréciation de la légalité des propositions de référendum, est susceptible d'entraîner la substitution de la rationalité de la cour à celle des promoteurs du référendum. Ainsi, si l'on

reprend l'exemple précédent, la cour a probablement mal apprécié la rationalité de la proposition visant à abroger la disposition concernant à la fois la chasse et la pêche. Il est évident que les promoteurs pensaient soumettre aux électeurs une question traitant de ces deux activités. La cour les a donc empêchés d'atteindre leurs objectifs en déclarant que la question n'était pas homogène.

En tout état de cause, la cour n'a pas le droit de reformuler la question présentée. Ce n'est pas sa fonction. Seul le bureau du référendum de la Cour de cassation peut intervenir sur le texte des propositions. Ce bureau a pour tâche de concentrer en une seule question les propositions différentes ayant un objet commun. De plus, son intervention peut être exigée lorsque la proposition entraîne une modification de la législation. La soumission d'une proposition visant à abroger une disposition n'empêche pas le législateur de modifier ou d'abroger cette disposition. Ainsi, le parlement peut éviter l'organisation d'un référendum en répondant directement aux demandes présentées. Dans un cas, le législateur a essayé de tirer profit de cette possibilité de contournement du référendum, en adoptant un nouveau texte modifiant et abrogeant la forme de la disposition en question, mais qui ne modifiait pas de manière substantielle les principes et le contenu du texte. La cour a déclaré que ce comportement relevait de la fraude. Si elle l'avait accepté, cela aurait signifié que le parlement aurait pu éviter un référendum, en ne modifiant que la forme des textes. Il a été décidé que le référendum devait être reporté sur le nouveau texte, et le bureau du référendum de la Cour de cassation a été chargé de formuler la nouvelle question devant être soumise au peuple. Ce précédent est devenu un pilier de la jurisprudence de la cour en la matière. En conséquence, on peut affirmer que, d'une certaine manière, la présentation d'une proposition de référendum limite les pouvoirs du législateur, qui peut modifier et abroger la disposition en question, mais ne peut le faire dans le seul but d'éviter le référendum, en substituant un nouveau texte à l'ancien, tout en gardant les règles et principes contenus dans l'ancien texte.

4. Un référendum peut avoir deux résultats: l'approbation de la proposition par le peuple, ou son rejet.

Si la proposition a été rejetée, on ne peut présenter une nouvelle proposition au contenu identique avant cinq ans. Son approbation, par contre, ne produit pas d'effets immédiats, mais doit être promulguée par décret du Président de la République, et entre en vigueur le lendemain de sa publication dans la *Gazzetta Ufficiale*.

Le Président de la République peut retarder l'entrée en vigueur de la décision, sur recommandation du Conseil des ministres. Le délai maximum est de soixante jours. Il est intéressant d'observer que la cour ne considère pas ce délai comme suffisant pour permettre l'organisation de référendums relatifs à des

dispositions obligatoires selon la Constitution. Dans l'abstrait, soixante jours devraient suffire pour remplacer le texte abrogé par un nouveau, mais il n'existe aucune garantie quant à la capacité du parlement à remplir ses obligations dans ce délai de soixante jours. En revanche, la cour elle-même n'a ni le pouvoir de suspendre les effets de décisions populaires établies au préalable par la loi, ni celui de retarder l'entrée en vigueur de ces décisions jusqu'à l'adoption par le parlement d'un nouveau texte destiné à combler les vides interdits par la Constitution. C'est la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle applique sa jurisprudence, et n'autorise pas les référendums relatifs aux textes exigés par la Constitution.

Les décisions de la cour portant sur la légalité de propositions de référendums évoquées plus haut, ne l'empêchent pas d'examiner la législation issue de l'approbation des propositions elles-mêmes. Une décision de la cour autorisant l'organisation d'un référendum ne constitue pas un précédent inattaquable, et la légitimité des résultats d'un référendum peut toujours être contestée, et la cour être saisie de l'affaire. L'objet des deux décisions sera différent, car la première vise à assurer la légalité de la procédure de référendum, tandis que la seconde traite de la conformité à la Constitution des règles qui doivent être respectées, après approbation par le peuple de la proposition qui lui a été soumise. Il est évident que la cour n'est pas, à l'avance, en mesure d'apprécier tous les effets potentiels de la décision du peuple. Seuls, les développements pratiques et l'expérience qui en est issue, permettent de découvrir l'ensemble des effets potentiels du référendum.

Il existe un dernier argument, selon lequel on peut objecter que la compétence générale de la cour ne vise que les actes législatifs de l'Etat, alors que les référendums sont des actes du peuple, c'est-à-dire d'une entité distincte de la structure de pouvoir de l'Etat. La réponse de la doctrine est que, une fois adoptée par décret du Président de la République, la décision du peuple est transformée en un acte législatif de l'Etat. Une décision de la cour sur la législation résultant d'un référendum est donc admissible. Mais l'on ne dispose pas de jurisprudence pertinente en la matière.

VI. Le référendum et son contrôle en Suisse - Rapport de M. Ulrich HÄFELIN

Professeur, Zurich

A. REFERENDUM ET INITIATIVE POPULAIRE

I. Historique

Les institutions de la démocratie ont en Suisse une longue histoire. Depuis le XIX^e siècle, les instruments de la démocratie directe et semi-directe sont devenus de plus en plus importants. Lorsqu'en 1848 la Confédération de structure très

lâche a laissé la place à un véritable Etat fédéral, le référendum a été instauré pour toutes les réformes de la Constitution fédérale. Le référendum concernant les lois fédérales a été introduit en 1874 et l'adoption de l'initiative populaire pour les réformes de la Constitution fédérale a suivi à la fin du XIX^e siècle.

Dans les cantons, c'est-à-dire les Etats membres de la Confédération suisse, le référendum et l'initiative populaire pour la Constitution et pour les lois ordinaires étaient déjà établis depuis le milieu du XIX^e siècle. Depuis lors, le domaine du référendum s'est encore élargi.

II. Les différentes sortes de référendums

Le droit constitutionnel suisse □ tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal □ a prévu différentes formes de référendums.

1. Référendum obligatoire

Dans le cas du référendum obligatoire, une loi adoptée par le parlement a besoin, pour entrer en vigueur, du consentement exprès de la population, c'est-à-dire de la majorité des citoyens qui participent au vote. Pour modifier la Constitution fédérale suisse, le système prévu combine les principes de la démocratie directe et du fédéralisme: un amendement ne peut entrer en vigueur que s'il a été approuvé par la majorité des citoyens suisses ayant participé au vote et par la majorité des cantons, le résultat du vote populaire dans chaque canton étant considéré comme le vote dudit canton. Plusieurs cantons exigent aussi le référendum obligatoire pour les lois ordinaires ainsi que pour certaines questions financières.

2. Référendum facultatif

Le référendum facultatif est celui qui n'a lieu que lorsqu'un certain nombre de signatures, prévu par la Constitution, a été recueilli dans un certain délai ou lorsque la Constitution donne à une autre autorité, par exemple au parlement ou à une certaine partie de ses membres, le droit de demander un référendum.

Au niveau fédéral, ce type de référendum est prévu pour les lois ordinaires: 50 000 citoyens ou □ ce qui ne s'est jamais produit jusqu'à présent □ huit cantons peuvent demander une «votation». On trouve le référendum facultatif dans plusieurs constitutions cantonales pour les lois ordinaires et pour les dépenses qui dépassent un certain montant. En outre, dans certains cantons, le parlement est habilité à demander qu'un texte qu'il a adopté soit soumis à l'approbation expresse des électeurs.

3. Référendum d'initiative populaire

En Suisse, les citoyens peuvent, à condition d'être un certain nombre, proposer un amendement de la Constitution ou l'adoption d'une loi ordinaire. Contrairement à l'initiative populaire en Autriche et en Italie, il peut y avoir en Suisse un vote populaire au sujet d'un projet d'amendement de la Constitution ou de la loi, que le parlement soit d'accord ou non.

Au niveau fédéral, 100 000 citoyens ont le droit de proposer un amendement de la Constitution fédérale. Les cantons reconnaissent une forme analogue d'initiative populaire, mais avec un champ d'application plus large: elle s'applique à la fois aux réformes constitutionnelles et aux lois ordinaires.

4. Référendum constructif

Dans le canton de Berne, un nouveau type de référendum a été instauré en 1993. La nouvelle Constitution de ce canton permet à 10 000 citoyens de demander un vote populaire concernant une loi adoptée par le parlement et de proposer en même temps une solution de rechange pour certains articles de cette loi. C'est ainsi que la population, en se prononçant sur la loi, peut choisir entre le projet établi par le parlement et le projet proposé à sa place. Cette forme de référendum supprime les effets purement négatifs qu'a souvent le référendum; la population n'est pas contrainte d'approuver ou de rejeter une loi, elle peut l'améliorer.

5. Référendum consultatif et référendum sur les principes fondamentaux d'une future loi

Certains cantons permettent un référendum qui invite la population à se prononcer sur une question fondamentale à titre consultatif sans que cela s'impose au parlement. De manière analogue, une constitution cantonale donne la possibilité de demander à la population de voter au sujet d'un principe fondamental qui doit régir l'élaboration d'une loi prêtant à controverse; dans ce cas, la réponse des citoyens devra s'imposer au parlement pour la suite des travaux préparatoires de la loi.

6. Référendums postérieurs concernant des arrêtés urgents

La Constitution fédérale (article 89 *bis*) autorise le parlement à adopter des arrêtés urgents dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard. L'urgence n'exclut pas le référendum, mais en pareil cas le référendum est postérieur: si l'arrêté n'est pas approuvé à l'occasion d'un vote demandé par 50 000 citoyens, il perd sa validité un an après son adoption par le parlement. Les arrêtés urgents qui dérogent à la Constitution fédérale sont soumis au référendum obligatoire postérieur qui

requiert l'approbation du peuple et des cantons dans l'année qui suit leur adoption par l'Assemblée fédérale.

III. Les questions qui peuvent être soumises à référendum

En Suisse, le référendum, tel qu'il est établi au niveau de la Confédération, des cantons et des communes, concerne une quantité considérable de décisions du parlement. Non seulement les amendements de la Constitution, les lois ordinaires et les arrêtés, mais aussi des décisions administratives □ telles que, par exemple, l'octroi de concessions pour l'exploitation de l'énergie hydraulique □ et des décisions financières □ surtout pour les dépenses qui dépassent un certain seuil □ doivent, dans les cantons et dans les communes, être approuvés par le peuple. Le référendum fédéral — sous les formes du référendum obligatoire et du référendum facultatif — concerne aussi certains traités internationaux (CF article 89 al. 2-5). En outre, le référendum cantonal touche souvent aussi les traités entre deux ou plusieurs cantons. C'est ainsi que de nombreux référendums ont lieu à l'occasion des (généralement quatre) dates annuelles de «votation». Par exemple, le 12 mars de cette année, les citoyens de la ville de Zurich ont dû voter au sujet de quatre questions fédérales, cinq questions cantonales et trois questions locales.

IV. Dispositions concernant la procédure et la forme

Dans le cas du référendum obligatoire, il ne se pose aucun problème particulier concernant la procédure et la forme, car les décisions du parlement □ les réformes de la Constitution, les lois ou les autres décisions □ doivent être soumises automatiquement au vote populaire.

1. Collecte de signatures dans un certain délai pour le référendum facultatif et l'initiative populaire

Lorsque le référendum résulte d'une demande de la population ou d'une initiative populaire, la Constitution exige qu'un certain nombre de signatures de citoyens soient réunies dans un certain délai.

Avant la collecte des signatures, le texte de l'initiative populaire réclamant une réforme de la Constitution fédérale doit être présenté à la Chancellerie fédérale qui vérifie, à l'occasion d'un examen préliminaire, si le texte est clair et ne prête pas à confusion. Celui-ci est alors publié dans la Feuille fédérale, le Journal officiel fédéral (LDP [loi sur les droits politiques], article 69). Pour être valable, l'initiative doit être revêtue de 100 000 signatures de citoyens, qui doivent être soumises à la chancellerie fédérale au plus tard dix-huit mois après la publication du texte (CF

[Constitution fédérale], article 121 paragraphe 2). La Chancellerie fédérale contrôle alors les listes de signatures et déclare, le cas échéant, que l'initiative a réuni le nombre requis de signatures (LDP, articles 71 et 72).

Pour le référendum facultatif concernant les lois fédérales, 50 000 signatures doivent être réunies dans les 90 jours qui suivent la publication de la loi. Dans ce cas aussi, la Chancellerie fédérale est chargée de vérifier si les conditions requises pour demander un référendum sont réunies (LDP, article 66).

Dans les cantons et les communes, des dispositions analogues régissent l'initiative populaire et le référendum facultatif. Par exemple, le canton de Zurich, où 770 000 citoyens ont le droit de vote, exige la récolte de 10 000 signatures d'électeurs dans un délai de 6 mois.

2. Forme de l'initiative populaire

Conformément à la Constitution fédérale (article 121 paragraphe 4), l'initiative populaire qui a pour objet une révision de la Constitution fédérale peut choisir entre deux formes. Elle peut revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux, qui ne constitue que la base de la réglementation détaillée qu'élaborera ultérieurement l'Assemblée fédérale. L'initiative populaire peut aussi revêtir la forme d'un projet complet et détaillé qui, une fois approuvé par le peuple, peut entrer en vigueur immédiatement. Le principe de l'«unité de forme» interdit à l'initiative populaire de combiner les deux formes; le texte tout entier de l'initiative doit revêtir l'une ou l'autre des deux formes.

Aux niveaux cantonal et local, on trouve des règles analogues concernant la forme de l'initiative populaire.

3. Garantie constitutionnelle de la liberté qu'ont les citoyens de forger leur volonté politique et de l'exprimer

Une particularité de la loi fédérale suisse sur les droits politiques est le droit non-écrit des citoyens à la liberté de vote.

Dans la pratique que l'on observe depuis de nombreuses années, le Tribunal fédéral reconnaît le droit qu'ont les électeurs de se forger librement leur opinion politique. Cela signifie qu'ils ont le droit de ne pas être gênés ni influencés abusivement dans leur liberté de concevoir et de formuler leur choix politique. Ce droit est reconnu comme étant une garantie non écrite du droit constitutionnel fédéral suisse. Il est important surtout en ce qui concerne les votes et les élections dans les cantons et les communes.

Parmi les diverses conséquences de ce droit, la plus importante réside dans la protection des électeurs contre la propagande politique du gouvernement. La liberté de choix politique des électeurs n'interdit pas au gouvernement de publier

des informations et des recommandations concernant la question politique soumise à l'approbation du peuple. Cependant, toutes ces informations ne doivent pas être partisans; elles doivent non seulement reproduire l'opinion du gouvernement, mais encore s'appuyer solidement sur des faits et donner aussi les arguments des adversaires de la proposition gouvernementale ou parlementaire.

L'Etat n'a pas le droit d'accorder un soutien — par exemple financier — à un camp lors de la campagne précédant le vote. Un arrêt du Tribunal fédéral de 1988 nous en donne un bon exemple. Les citoyens d'un district du canton de Berne devaient décider par un plébiscite si leur district devait être rattaché au canton voisin de Bâle-Campagne. Le Gouvernement du canton de Berne alloua secrètement une somme d'argent aux opposants au changement. Après le vote — au cours duquel une très faible majorité rejeta le changement —, l'existence de ce soutien financier fut connue et un groupe de citoyens déclara avoir été atteint dans sa liberté de vote; il fit recours au Tribunal fédéral, qui annula le vote. Lors d'un nouveau plébiscite, une assez faible majorité d'électeurs accepta le rattachement du district au canton voisin.

V. Restrictions concernant le contenu des initiatives populaires

1. Initiatives populaires au niveau fédéral

a. Homogénéité (unité) de la proposition

Le droit constitutionnel fédéral ne contient □ en dehors du principe de l'unité de forme (voir IV/2) □ qu'une seule restriction expresse de l'initiative populaire. La Constitution fédérale (article 121 paragraphe 3) stipule que le texte d'une initiative doit avoir un contenu homogène: «Si, par la voie de l'initiative populaire, plusieurs dispositions différentes sont présentées pour être révisées ou pour être introduites dans la constitution fédérale, chacune d'elles doit former l'objet d'une demande d'initiative distincte.» La loi sur les droits politiques (LDP article 75 paragraphe 2) s'efforce de définir de manière positive cette exigence en disant qu'il doit exister un rapport intrinsèque entre les différentes parties d'une initiative populaire.

Cette condition d'homogénéité a pour but de garantir aux citoyens la possibilité d'exprimer leur véritable volonté politique. Si une initiative associe différentes questions, les électeurs peuvent seulement rejeter ou approuver la proposition dans son ensemble. S'ils veulent obtenir la réalisation d'une partie de la demande, ils doivent accepter la totalité de l'amendement, même s'ils ne sont pas d'accord avec une autre partie de celui-ci. Une initiative populaire qui ne respecte pas le principe d'homogénéité doit être déclarée non valable. Elle ne peut pas être soumise au vote populaire, pas même partiellement ni en étant divisée en différentes parties faisant l'objet de votes distincts.

Les dispositions constitutionnelles qui concernent l'initiative populaire fédérale sont en vigueur depuis plus de cent ans. Pendant toute cette période, l'Assemblée fédérale □ à qui il incombe de se prononcer sur la validité des initiatives (voir ci-dessous B.II.4.c) □ a interprété de manière très généreuse le principe d'homogénéité. Jusqu'à cette année, une initiative a été déclarée non valable une fois seulement, en 1977; en l'occurrence, l'initiative portait sur des mesures économiques nombreuses et très disparates entre lesquelles il n'existait aucun lien ou seulement des liens très lâches. Cette année, le Parlement a modifié sa pratique précédente et a suivi une interprétation plus restrictive. L'Assemblée fédérale devait se prononcer sur la validité d'une initiative populaire qui proposait de réduire fortement les dépenses militaires et d'utiliser l'argent épargné pour soutenir des mesures de maintien de la paix internationale et de sécurité sociale interne. L'Assemblée fédérale déclara que le projet visait simultanément des buts complètement différents, et déclara l'initiative invalide; elle ne sera donc pas soumise au vote du peuple et des cantons.

b. Pas de mesures impossibles ou irréalisables

Bien qu'aucune disposition constitutionnelle ou législative ne le précise, il est généralement admis qu'une initiative populaire ne doit pas être soumise au vote populaire si ce qu'elle propose est, en fait, irréalisable. Une initiative présentée en décembre 1954 demandait une réduction considérable de certaines parties du budget fédéral pour l'année 1955. Elle a été déclarée nulle. En vertu des règles de procédure, le vote aurait eu lieu si tard que même un résultat positif n'aurait eu aucune influence sur la procédure budgétaire déjà achevée.

c. Conformité avec le droit international

La Constitution fédérale ne dit pas un mot en ce qui concerne la primauté du droit international sur le droit interne. Toutefois, dans la pratique, le droit interne est, en général, interprété conformément au droit international. Il faut néanmoins reconnaître qu'il y a aussi des cas dans lesquels le texte d'une initiative ne correspond pas, en partie, à une obligation internationale. Cependant, cette année, l'Assemblée fédérale a eu l'occasion de déclarer clairement qu'une initiative populaire contraire à un principe fondamental du droit international n'est pas valable. L'une des deux chambres a déjà déclaré nulle une initiative concernant les demandeurs d'asile, parce qu'elle porte atteinte à l'important principe international du non-refoulement. L'autre chambre sera sûrement du même avis.

d. La question des mesures rétroactives

Malgré certaines objections, il est généralement admis qu'une initiative populaire qui instaure de nouvelles dispositions pour régir telle ou telle question peut prévoir des mesures ayant un effet rétroactif. Par le passé, nous avons voté à propos d'une initiative qui prévoyait notamment le retrait d'une concession

accordée légalement pour l'exploitation de l'énergie hydraulique et d'une initiative demandant l'annulation partielle de la décision relative à la construction d'un centre d'entraînement militaire.

e. La question des principes fondamentaux de la démocratie et de l'Etat de droit

En doctrine, on trouve, en ce qui concerne le droit constitutionnel suisse, des auteurs qui déclarent que les principes fondamentaux de la démocratie, de l'Etat de droit et du fédéralisme limitent les initiatives populaires. Il s'agit cependant de restrictions qui, en raison de leur caractère vague, poseraient des problèmes en pratique et qui ne font pas l'unanimité.

La Constitution fédérale suisse □ contrairement à la Constitution française et à la Constitution italienne □ ne contient aucune disposition interdisant toute réforme constitutionnelle destinée à modifier la forme républicaine de gouvernement.

2. Initiatives populaires au niveau des cantons

Les constitutions de tous les cantons suisses autorisent les citoyens à présenter des initiatives pouvant concerner des réformes de la constitution cantonale tout comme des lois ordinaires du canton.

Les restrictions apportées aux initiatives populaires au niveau fédéral, comme par exemple la primauté des principes fondamentaux du droit international, s'appliquent aussi aux initiatives au niveau cantonal.

La condition d'homogénéité (unité) du contenu de la proposition est reconnue par le Tribunal fédéral comme étant un élément essentiel de la garantie constitutionnelle non écrite de la liberté qu'ont les citoyens de forger leur volonté politique (voir ci-dessus IV.3). Cette condition doit donc être respectée aussi par les cantons; certains d'entre eux la prévoient expressément dans leur constitution. La question de savoir si une initiative cantonale respecte suffisamment la condition d'homogénéité joue, en pratique, un rôle considérable et le Tribunal fédéral en est souvent saisi.

En vertu de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal, toutes les initiatives populaires présentées dans les cantons doivent être conformes à toutes les dispositions de la Constitution fédérale, des lois fédérales et des arrêtés fédéraux. Dans la pratique, les droits civiques reconnus expressément ou implicitement par la Constitution fédérale revêtent une importance particulière. Les initiatives cantonales doivent aussi respecter les limites apportées par les lois cadres fédérales à la législation cantonale. Ces lois cadres fédérales établissent seulement les principes généraux applicables à un certain domaine □ comme, par exemple, la loi fédérale relative à la construction et à l'aménagement du territoire □ en laissant à la législation des cantons le soin de préciser les détails de la réglementation.

Enfin, les initiatives populaires qui proposent de modifier ou d'adopter une loi cantonale doivent se conformer aux dispositions de la constitution cantonale.

B. LE CONTRÔLE DU RÉFÉRENDUM ET DE L'INITIATIVE POPULAIRE

I. Les instruments du contrôle juridictionnel en Suisse

1. *Le Tribunal fédéral en tant que juridiction constitutionnelle*

La Confédération suisse n'a pas de juridiction constitutionnelle jouissant d'un statut spécial, distinct de celui des autorités judiciaires ordinaires. Le Tribunal fédéral suisse est la plus haute instance judiciaire en matière civile, pénale et administrative. En plus de ces compétences, il exerce aussi des fonctions importantes en tant que juridiction constitutionnelle. Il tranche les litiges entre la Confédération et les cantons ou entre cantons, et il se prononce sur les plaintes déposées par des citoyens pour violation de leurs droits constitutionnels.

Il y a cependant deux restrictions. D'une part, le Tribunal fédéral n'a aucun pouvoir lui permettant d'exercer son contrôle sur les lois et arrêtés fédéraux adoptés par l'Assemblée fédérale. D'autre part, au moyen du recours constitutionnel, les citoyens ont seulement le droit de contester les actes des autorités cantonales, mais pas ceux des autorités fédérales. La première restriction mentionnée résulte du fait que l'Assemblée fédérale □ sous réserve des droits du peuple et des cantons □ exerce l'autorité suprême, en vertu de la Constitution. On vient cependant d'élaborer cette année une proposition de réforme constitutionnelle qui devrait donner au Tribunal fédéral le droit d'exercer son contrôle sur les lois et arrêtés fédéraux adoptés par l'Assemblée fédérale lorsqu'il se prononce sur une mesure concrète prise en application de cette loi fédérale ou de cet arrêté fédéral.

Le Tribunal fédéral joue en principe un rôle très important en ce qui concerne la protection des droits politiques dans les cantons.

2. *Les autorités compétentes dans les cantons*

A deux exceptions près, les cantons n'ont pas leur propre juridiction constitutionnelle. Dans pratiquement tous les cantons, c'est aux autorités politiques, surtout au gouvernement cantonal et en dernier lieu au parlement cantonal, qu'il incombe de trancher les litiges concernant l'exercice des droits politiques cantonaux, comme par exemple la validité d'une initiative populaire, l'organisation correcte ou les résultats d'un référendum. Cela n'offre pas de graves inconvénients pour les citoyens, parce que ceux-ci peuvent faire appel de la

décision cantonale devant le Tribunal fédéral et que, par conséquent, les autorités cantonales suivent en général les principes posés par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Un canton, le canton du Jura, a une juridiction constitutionnelle qui est compétente pour trancher les litiges concernant la mise en œuvre des droits politiques.

II. Le référendum et l'initiative populaire au niveau fédéral

1. L'Assemblée fédérale en tant qu'«autorité suprême de la Confédération»

Conformément à la primauté du principe de démocratie qui régit tout le système constitutionnel suisse, la Constitution fédérale affirme expressément que, sous réserve des droits du peuple et des cantons, «l'autorité suprême de la Confédération» est exercée par l'Assemblée fédérale (article 71). C'est en vertu de cela que le Tribunal fédéral est lié par les lois et arrêtés adoptés par l'Assemblée fédérale et qu'il n'a aucun pouvoir lui permettant d'exercer son contrôle à leur égard (CF article 113 paragraphe 3).

2. Référendum obligatoire

En général, l'organisation d'un référendum obligatoire ne donne pas lieu à des litiges qui auraient besoin d'être tranchés par une autorité de contrôle. Le Conseil fédéral, c'est-à-dire le gouvernement fédéral, est chargé de valider et de publier les résultats du scrutin (LDP article 15); cette validation est définitive et sans appel.

Si un citoyen se plaint d'une atteinte à son droit de vote à l'occasion de l'organisation du référendum, il peut déposer un recours auprès du gouvernement du canton dans lequel il réside. Il est possible de faire appel de la décision du gouvernement cantonal auprès du Tribunal fédéral (LDP article 77 et article 80 paragraphe 1).

3. Référendum facultatif

La chancellerie fédérale □ qui, hormis quelques fonctions pour l'Assemblée fédérale, constitue le secrétariat du Conseil fédéral □ vérifie, d'une part, si le nombre requis de signatures nécessaires pour qu'un référendum puisse avoir lieu a été atteint et, d'autre part, si les autres conditions de procédure (voir ci-dessus A.IV.1) ont été respectées. A l'encontre de sa décision, les citoyens ont la possibilité de déposer un recours devant le Tribunal fédéral (LDP article 80 paragraphe 2).

Dans le cas du référendum facultatif aussi, la validation et la publication des résultats du scrutin sont de la compétence exclusive du Conseil fédéral (LDP article 15). Les citoyens qui se plaignent d'une violation de leur droit de vote ont

la possibilité de saisir le gouvernement cantonal et, en dernier ressort, le Tribunal fédéral (LDP article 77 et article 80 paragraphe 1).

4. *Initiative populaire*

a. Examen préliminaire du texte de l'initiative

La chancellerie fédérale détermine, à l'occasion d'un examen préliminaire, si le texte d'une initiative populaire est clair et ne prête pas à confusion; elle publie alors celui-ci (LDP article 69). Il est possible de former un recours contre sa décision devant le Tribunal fédéral (LDP article 80 paragraphe 3).

b. Déclaration indiquant si la collecte de signatures a été ou non couronnée de succès

C'est la chancellerie fédérale qui déclare que les 100 000 signatures nécessaires ont été ou non réunies et présentées dans le délai de dix-huit mois à compter de la publication du texte de la proposition (LDP article 71). Cette décision peut être contestée devant le Tribunal fédéral (LDP article 80 paragraphe 2).

c. Décision concernant la validité du contenu de l'initiative

L'Assemblée fédérale peut recommander l'adoption ou le rejet de l'initiative populaire. Si elle n'est pas d'accord, elle peut élaborer un contre-projet distinct dans la matière couverte par l'initiative. L'Assemblée fédérale soumet alors à la décision du peuple et des cantons la proposition émanant de l'initiative populaire ainsi que la recommandation parlementaire et éventuellement le projet du parlement (CF article 121 paragraphe 6).

Outre le pouvoir de recommander un projet alternatif, le Parlement fédéral jouit, en matière de contrôle des initiatives populaires, de la fonction la plus importante: l'Assemblée fédérale est chargée de se prononcer sur la validité du contenu d'une initiative populaire. Il n'y a pas de recours judiciaire contre la décision parlementaire. Ce rôle prédominant s'accorde avec la disposition constitutionnelle selon laquelle l'Assemblée fédérale exerce «le pouvoir suprême de la Confédération» (voir *supra* II.1).

Conformément à la loi sur les droits politiques (article 75), avant de soumettre l'initiative au vote, l'Assemblée fédérale doit déterminer si le texte de l'initiative satisfait à la condition d'«unité de la forme» (voir ci-dessus A.IV.2) et à la condition d'homogénéité (unité) de son contenu (voir ci-dessus A.V.1.a). Si l'initiative ne satisfait pas à l'une de ces deux conditions, l'Assemblée fédérale doit déclarer qu'elle n'est pas valable et qu'elle ne peut pas être soumise au vote.

Bien que la loi ne parle que des deux conditions mentionnées ci-dessus, l'usage veut que l'Assemblée fédérale soit considérée comme compétente pour se

prononcer dans tous les cas de nullité d'initiatives populaires. Il est arrivé que l'Assemblée fédérale déclare nulle une initiative parce qu'elle était impossible à mettre en œuvre. Cette année, l'Assemblée fédérale a déclaré une initiative invalide pour violation du principe de l'unité de la matière (voir *supra* A.V.1.a). Prochainement, le Parlement fédéral va probablement annuler aussi une initiative en claire contradiction avec un principe fondamental du droit international (voir *supra* A.V.1.c).

d. Déclaration relative aux résultats du référendum

C'est le Conseil fédéral qui dit officiellement si la proposition émanant de l'initiative populaire □ voire le projet du parlement □ a été approuvée par la majorité des citoyens participant au vote et par la majorité des cantons et peut ainsi entrer en vigueur (LDP, article 15).

5. *Evaluation critique*

Les nombreux référendums et initiatives populaires fédéraux organisés en Suisse ces dernières décennies se sont déroulés sans créer de problèmes notables. Le fait que les décisions relevant de la compétence du Conseil fédéral ne puissent pas être contestées en justice s'est avéré sans grande importance; ces décisions ne sont, pour une large part, que des déclarations officielles.

Il y a cependant deux points faibles dans notre système. En premier lieu, les motifs pour lesquels une initiative populaire peut être déclarée nulle devraient être clairement définis par la Constitution fédérale et non pas confiés au parlement. En second lieu, il n'est pas bon que ce soit le parlement qui soit compétent pour se prononcer sur la validité des initiatives populaires. Cette question juridique ne devrait pas relever d'une autorité politique; elle devrait être confiée à une autorité judiciaire indépendante qui puisse rendre une décision officielle et motivée.

Dans le cadre des travaux préparatoires d'une révision de la Constitution fédérale suisse, qui sont officiellement en cours, on trouve une saine proposition selon laquelle, à l'avenir, l'Assemblée fédérale devrait conserver sa capacité pour statuer sur la validité des initiatives populaires, mais seulement après avoir demandé au Tribunal fédéral de donner son avis sur cette question. L'avis du tribunal n'aura le poids nécessaire que s'il a un caractère contraignant.

III. Référendum et initiative populaire au niveau cantonal

1. *Contrôle par les autorités cantonales*

Il existe dans les cantons des réglementations très différentes concernant la protection des droits politiques des citoyens et le contrôle du référendum. Dans la plupart des cantons, la Constitution déclare que le gouvernement et le parlement du canton doivent trancher les litiges concernant les droits des électeurs. C'est

souvent le parlement cantonal qui statue sur la validité des initiatives cantonales. Dans certains cantons, les autorités judiciaires □ par exemple, le tribunal administratif cantonal □ sont également compétentes pour statuer sur les litiges concernant les droits politiques. Dans un canton, le canton du Jura, la juridiction constitutionnelle cantonale est la seule autorité compétente pour tous ces cas.

2. *Contrôle par le Tribunal fédéral*

Il n'y a pas lieu d'insister sur les différences susmentionnées entre les dispositions cantonales, parce que les citoyens peuvent dans tous les cas exercer un recours contre les décisions cantonales devant le Tribunal fédéral. Comme nous l'avons vu (*supra* A/IV/3), le droit constitutionnel fédéral garantit — sous forme de droit non écrit — aux citoyens la possibilité de discuter et d'exprimer librement leur volonté politique. Le Tribunal fédéral a pour fonction de protéger cette liberté en ce qui concerne les référendums et initiatives cantonaux. D'après l'article 113 de la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral connaît des «réclamations pour violation de droits constitutionnels des citoyens». Ainsi, le Tribunal fédéral a une compétence générale pour se prononcer sur tous les litiges relatifs à la préparation du vote et à la procédure, aux initiatives populaires, à leurs restrictions et à leur contenu acceptable.

Si le recours est présenté suffisamment tôt et que le Tribunal fédéral décide de lui accorder l'effet suspensif, la votation sera reportée. Si cela n'est pas le cas et que le Tribunal fédéral admet le recours, la votation sera annulée et devra être répétée.

Le Tribunal fédéral contrôle, dans ces procédures, l'application du droit fédéral et cantonal. Toutefois, nous devons nous rappeler que la protection du Tribunal fédéral s'applique seulement aux initiatives et référendums cantonaux, et non fédéraux.

La compétence générale du Tribunal fédéral a une influence favorable non seulement sur la pratique suivie par les autorités cantonales □ telles que, par exemple, les parlements cantonaux □ mais indirectement aussi sur la pratique suivie par les autorités politiques de la Confédération, dans la mesure où elles se prononcent sur l'exercice des droits politiques fédéraux.

C. CONCLUSION

Le principe de démocratie occupe □ à côté du principe du fédéralisme □ une position absolument prédominante dans le système constitutionnel de la Suisse. Les citoyens jouissent de nombreux droits politiques de nature diverse. Aux niveaux fédéral, cantonal et local, ils ont depuis longtemps la possibilité de se prononcer sur des questions constitutionnelles, législatives, voire administratives et financières.

Le bon fonctionnement des institutions de démocratie directe en Suisse est dû à plusieurs motifs. Tout d'abord, une longue tradition, depuis la première moitié du XIX^e siècle, a permis de développer lentement et pas à pas le système de démocratie directe. Deuxièmement, la culture politique suisse présente une certaine homogénéité et est portée par un système fédéral qui accorde une certaine autonomie aux collectivités locales et régionales et aux minorités. En troisième lieu, les groupes de pression ont bien sûr une certaine influence sur le vote populaire en Suisse également, mais la discussion publique n'est pas le plus souvent dominée par eux, et le peuple prouve souvent qu'il est capable d'exprimer une opinion indépendante.

Eu égard au système fédéral et à l'évolution historique, les dispositions relatives à la procédure et au contrôle ne sont pas homogènes et elles sont, pour partie, assez complexes. Elles fonctionnent depuis longtemps avec des résultats que l'on peut considérer comme satisfaisants. Néanmoins, le contrôle de la validité de l'initiative populaire fédérale a besoin d'être amélioré.

Le contrôle judiciaire du référendum et de l'initiative populaires sur le plan cantonal est excellent, du fait de l'existence d'une voie de recours au Tribunal fédéral. Le contrôle des initiatives fédérales par l'Assemblée fédérale est le résultat de la prédominance du principe démocratique, mais doit être considéré comme une limitation de l'Etat de droit. Les efforts pour charger le Tribunal fédéral — qui a joué un rôle si constructif pour la protection des droits politiques des citoyens sur le plan cantonal — du contrôle des initiatives populaires fédérales sont de plus en plus pressants et seront, je l'espère, couronnés de succès.

Abréviations

CF Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874 (avec ses modifications jusqu'en 1995)

LDP Loi fédérale sur les droits politiques, du 17 décembre 1976

VII. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire aux Etats-Unis - Rapport de M. Julian N. EULE

Vice-Doyen et Professeur de droit constitutionnel, UCLA School of Law

Introduction: Les origines et le champ d'application de la démocratie référendaire aux Etats-Unis

Il n'existe aux Etats-Unis aucune possibilité d'introduire la démocratie référendaire au niveau national. Ceux qui ont rédigé la Constitution des Etats-Unis en 1787 ont choisi une forme de gouvernement exclusivement représentative, en refusant d'accepter la démocratie directe à quelque titre que ce soit. La vraie différence entre les «démocraties pures» de la Grèce antique et le gouvernement américain, selon l'explication de James Madison, le principal architecte de la Constitution américaine, réside «en l'exclusion complète de toute participation législative de la

collectivité du peuple». C'est dans cette distinction que les constituants espéraient trouver la solution qui permettrait au gouvernement américain de réussir là où d'autres démocraties avaient échoué. Le fait de confier le pouvoir législatif ordinaire exclusif à des gouvernants tout à fait séparés des gouvernés, disait Madison, aurait pour effet de filtrer l'opinion publique, en l'épurant et l'élargissant, «en la faisant passer par un corps choisi de citoyens» dont la sagesse, le patriotisme et l'amour de la justice étaient tels qu'ils seraient peu enclins à sacrifier l'intérêt du pays à des «considérations temporelles ou partiales». Les organes représentatifs offraient de plus larges possibilités aux délibérations et aux débats. Il semblait aux constituants que la grande masse du peuple était trop susceptible de former des idées préconçues, en négligeant bien souvent de tenir compte de l'intérêt d'autrui et en se laissant trop facilement dominer par ses passions collectives.

Les partis-pris de James Madison se reflètent non seulement dans les dispositions de la Constitution mais aussi dans ses silences. L'article IV impose de manière explicite que les Etats-Unis «garantiront à chaque Etat de cette Union une forme républicaine de gouvernement», ce qui offre une preuve convaincante de l'existence d'un parti pris constitutionnel en faveur de la législation par la représentation et non par la participation directe. Comme Madison l'a souligné lui-même, le mot clé dans ce contexte est «républicaine», terme à distinguer de «démocratique». La démocratie, affirmait Madison, consiste en une participation publique continue à la gestion et au déroulement des délibérations du gouvernement. Une «république», au contraire, est «un gouvernement mettant en œuvre une structure de représentation». Malgré des tentatives d'accorder au peuple dans le texte du Premier Amendement le droit «de contrôler ses représentants», Madison essaya de juguler ces tentatives — et ses efforts en ce sens furent couronnés de succès.

Malgré des sondages périodiques qui semblent démontrer l'existence d'un désir de voir créer l'initiative populaire au niveau national¹, tout effort ultérieur visant à instituer une démocratie basée sur la consultation du peuple au niveau national a échoué. En 1977, une tentative de modifier la Constitution afin de prévoir des plébiscites nationaux s'est évanouie au niveau de la Commission Judiciaire du Sénat, malgré le soutien exprimé par plus de cinquante membres du Congrès et les déclarations favorables émanant d'un large éventail de personnalités aussi bien conservatrices que libérales. L'appel lancé par Ross Perot, lors de sa candidature indépendante à la Présidence en 1992, préconisant l'institution de la consultation directe de l'électorat sur des questions importantes, n'a pas non plus provoqué le moindre changement en ce sens.

¹ Une enquête nationale réalisée en 1977 a démontré que 57 % des personnes interrogées préconisaient un amendement constitutionnel afin de permettre une initiative nationale ; seulement 25 % y étaient opposés. D'autres sondages menés en 1978 et 1981 par d'autres organismes ont abouti à des conclusions semblables.

L'historique de ce débat au niveau des Etats fédérés est tout à fait différent. Au début du siècle, un groupe de populistes connus sous le nom de Progressistes ont pu faire modifier la Constitution de plusieurs Etats afin d'y incorporer des amendements prévoyant une participation législative directe de la part des citoyens. C'est dans l'Athènes de la Grèce antique et la Suisse au XIX^e siècle que ces défenseurs américains de la législation directe trouvaient leur inspiration. Les réformes innovatrices des Progressistes, maintenant intégrées aux procédures législatives de plus de la moitié des cinquante Etats¹ □ il s'agit, pour l'essentiel, des nouveaux Etats de l'Ouest □ constituaient une réaction contre une perception très largement partagée selon laquelle la corruption était largement répandue parmi les législateurs, eux-mêmes manipulés par des groupes d'intérêt disposant d'importantes ressources financières. Les Progressistes tentaient ainsi d'imposer des contraintes aux Parlements des Etats en confiant un pouvoir correctif aux citoyens. Peu de temps après la mise en œuvre des plébiscites dans de nombreux Etats, leur validité constitutionnelle fut mise en question. La Cour suprême des Etats-Unis fut saisie en 1912 afin de déterminer la compatibilité de la démocratie référendaire, sous quelque forme que ce soit, avec la «forme républicaine de gouvernement» garantie à chaque Etat par l'article IV de la Constitution des Etats-Unis. Le demandeur affirmait que le caractère représentatif de la forme républicaine de gouvernement excluait la possibilité pour le peuple de s'arroger les fonctions législatives. La Cour suprême n'a jamais statué sur le fond, déclarant dans l'affaire *Pacific States Telephone c/Etat d'Oregon* que la question de savoir si le gouvernement d'un Etat fédéré était de forme «républicaine» ou non était en fait une question d'ordre politique ne relevant pas de la compétence des tribunaux. La résolution de ce problème □ pour autant qu'elle soit possible □ relevait de la responsabilité du Congrès ou du Président des Etats-Unis. Bien que ce jugement reste solidement ancré, excluant par son existence toute opposition d'ordre GENERAL visant la participation législative des citoyens en tant que telle sur la base des dispositions de la Constitution des Etats-Unis, les applications spécifiques de ce principe sont tout à fait sujettes à révision judiciaire.

I. PREMIERE SEANCE DE TRAVAIL:

Le contrôle de la recevabilité du référendum par le juge constitutionnel

A. Définitions

Une mise en garde s'impose d'emblée. Les généralisations s'avèrent risquées en raison de l'absence de toute procédure plébiscitaire au niveau national ainsi que des variations importantes dans leur mise en œuvre dans les différents Etats. Dans

¹ Les plébiscites au niveau de l'Etat ne représentent qu'une petite partie de la production législative populaire aux Etats-Unis. Au niveau local, il y a pléthore de plébiscites dans les comtés et les grandes villes, bien souvent même là où les plébiscites ne sont pas autorisés au niveau de l'Etat en tant que tel.

la mesure du possible, je me suis efforcé dans les pages qui suivent de présenter les pratiques existantes en exposant certaines différences significatives lorsque l'espace dont je dispose me le permet.

Aucune analyse de la démocratie référendaire aux Etats-Unis n'est possible sans faire la distinction entre deux concepts fondamentalement différents: l'initiative et le référendum.

L'Initiative populaire correspond à la démocratie directe sous sa forme la plus pure. Elle implique la *présentation par les électeurs* de l'acte devant être soumis au vote populaire, contournant ainsi les branches législative et exécutive du gouvernement. Les Constitutions de vingt-six Etats autorisent les initiatives proposées par l'électorat □ précisons toutefois que les vingt dernières années n'ont vu aucun autre Etat se joindre au nombre de ceux qui autorisent cette pratique.

Les électeurs n'ont besoin ni d'une autorisation ni d'une assistance législative pour exercer cette option. Une question peut être soumise au vote par tout citoyen ayant récolté un pourcentage déterminé de signatures apposées à une pétition qu'il aura fait circuler. Ce pourcentage est normalement défini par rapport aux voix comptées lors des dernières élections générales. Les vingt-six Constitutions d'Etat prévoyant les initiatives de ce type ont des exigences variables quant au nombre de signatures, allant du chiffre le plus bas □ 2 % (le Dakota du Nord exige que 2 % de la population en âge de voter signent la pétition) jusqu'au plus élevé □ 15 % (le Wyoming exige le soutien d'au moins 15 % des électeurs ayant voté à la dernière élection pour le poste de gouverneur¹), la moyenne des Etats se situant aux alentours de 8 %. Les citoyens souhaitant proposer des «initiatives» doivent non seulement satisfaire au critère du nombre de signatures, mais doivent également s'y conformer selon un délai déterminé². Les délais imposés sont variables, allant de seulement 90 jours (dans l'Oklahoma) jusqu'à un maximum de 4 ans (en Floride). La Californie, l'Etat qui a usé le plus des initiatives, exige que les signatures soient obtenues sous 150 jours. Onze Etats permettent que la pétition continue à circuler pendant un an ou plus. Afin de contrôler le respect de ces délais, les autorités obligent les demandeurs à déposer le projet de résolution auprès d'un service administratif désigné avant la mise en circulation de la

¹ *Le pourcentage élevé de signatures exigé dans le Wyoming explique vraisemblablement la rareté des initiatives soumises aux électeurs de cet Etat. Alors qu'il a modifié sa constitution en 1968 afin de prévoir cette possibilité, seize ans se sont écoulés sans qu'une seule «initiative» soit recevable dans l'Etat de Wyoming. Plusieurs études portent à croire — confortant ainsi un jugement purement intuitif — que les Etats qui imposent un nombre de «signatures» moins strict sont ceux qui voient le plus grand nombre de questions soumises à l'électorat par cette voie. Néanmoins, d'autres travaux laissent penser que la tradition historique et la culture politique de l'Etat concerné, plutôt que le caractère plus ou moins exigeant des critères d'admissibilité, sont peut-être les facteurs vraiment déterminants pour la fréquence du recours à cette procédure.*

² *Un très petit nombre d'Etats — Arkansas, Nevada, Ohio, Oregon et Utah — n'impose aucune obligation d'obtenir les signatures requises dans un délai déterminé.*

pétition. Il est souvent nécessaire de verser une taxe d'enregistrement minimale. La Californie demande 200 dollars. Le représentant des autorités de l'Etat □ habituellement l'Attorney General □ prépare l'intitulé du référendum et rédige un résumé concis de l'initiative proposée au vote. Cet intitulé et le résumé doivent figurer sur chaque formulaire de la pétition. En général, le délai imparti pour la récolte des signatures est calculé à partir de la date d'attribution de l'intitulé.

A la différence du système suisse, le critère d'admissibilité n'est exprimé par aucun Etat sous forme d'un nombre minimal absolu de signatures □ l'on préfère procéder sur la base de pourcentages. L'accroissement rapide de la population américaine a entraîné une évolution correspondante du pourcentage requis ainsi que du nombre de signatures qu'il implique. En Californie par exemple, des centaines de milliers de signatures sont actuellement nécessaires pour qu'une résolution soit soumise au vote. Etant donné que les campagnes menées autour des initiatives électorales sont parmi les mieux financées au niveau de l'Etat, des groupes d'intérêt ont recours de plus en plus fréquemment aux services de firmes spécialisées afin de récolter le nombre requis de signatures dans le délai imposé. Ces firmes embauchent à leur tour du personnel afin d'assurer la circulation des pétitions, les personnes employées recevant une somme d'argent □ environ 25 cents □ pour chaque signature obtenue. L'évolution rapide de cette «industrie de l'initiative électorale» constitue le facteur principal à l'origine de la prolifération des actes référendaires dans de nombreux Etats. Si le critère du nombre de signatures a été imposé à l'origine afin de s'assurer que la population était suffisamment préoccupée par un problème déterminé pour qu'un scrutin soit justifié, l'expérience de ces dernières années laisse penser que l'aboutissement d'une initiative dépend plus de la disponibilité de ressources financières que du soutien populaire. Tentant de désamorcer cette tendance, un petit nombre d'Etats ont essayé d'interdire l'embauche de «diffuseurs de pétitions» rémunérés, rendant illégal le fait d'accepter une contrepartie pécuniaire pour l'obtention de signatures. Cependant, en 1988, la Cour suprême des Etats-Unis, dans l'affaire *Meyer c/Grant*, a arrêté à l'unanimité que l'interdiction de l'Etat du Colorado allant dans ce sens constituait une limitation de la liberté d'expression garantie par le premier amendement de la Constitution. Statuant que cette interdiction avait pour effet de limiter la capacité des citoyens à attirer sur des sujets dignes de débat l'attention de la population entière de l'Etat en question, la Cour a rejeté l'argument avancé par le Colorado selon lequel cette interdiction se justifiait dans la mesure où elle visait à obtenir la certitude que la résolution proposée jouissait d'un soutien populaire suffisant pour qu'elle soit soumise au vote. «Une inquiétude à l'égard de la possibilité qu'auraient certaines personnes de rémunérer des «diffuseurs de pétition» afin de pouvoir soumettre une résolution au vote populaire là où, autrement, elles auraient peut-être échoué», déclara la Cour, «ne justifie nullement une suppression des droits garantis par le premier amendement».

Lorsque le nombre de signatures requis a été obtenu, la pétition est déposée auprès du représentant désigné des autorités de l'Etat. Celui-ci vérifie un échantillon

aléatoire des signatures et certifie que la proposition est admissible au vote¹. La proposition de l'initiative est ensuite promulguée en tant que loi si une simple majorité des voix indique l'approbation de son contenu lors du vote qui suit.

Le *référendum*, au contraire de l'initiative, trouve sa source dans les instances législatives². Dans ce cas, le Parlement *soumet* la proposition à l'électorat afin que celui-ci la ratifie. Le passage de la résolution par les procédures législatives est une nécessité préalable, mais ne suffit pas en soi. Sans la ratification des électeurs, une proposition législative perd sa validité, mais si les législateurs n'adoptent pas la proposition, il n'y a pas lieu que l'électorat se prononce. Il existe trois sortes de référendum, qui se distinguent en fonction de la provenance de la décision de soumettre une question au vote. S'agissant du premier type, le référendum dit obligatoire, la Constitution de l'Etat impose que certains actes législatifs □ l'autorisation d'endettement, par exemple □ soient soumis aux électeurs. Dans le deuxième cas, le référendum souvent caractérisé de «volontaire», le Parlement a la faculté de décider de soumettre une résolution aux électeurs. La circulation d'une pétition afin de récolter un certain nombre de signatures n'est requise dans aucun de ces deux premiers cas. En ce qui concerne le dernier type de référendum, rarement utilisé et généralement connu sous le nom de «référendum populaire», les citoyens ont la possibilité de déposer une pétition afin d'obliger les organes législatifs à soumettre au vote populaire une loi déjà votée mais non encore promulguée. Certains experts considèrent que ce troisième type de référendum est en fait une variante de l'initiative électorale. Sur le plan du jugement intuitif, l'on peut trouver attrayante une telle analyse, mais elle présente toutefois des lacunes. En effet, les électeurs agissent dans ce cas afin d'imposer leur veto pour empêcher la promulgation d'une loi □ ils ne créent pas de loi eux-mêmes. En tous cas, étant donné le délai très court auquel est soumise la récolte des signatures pour un référendum populaire, ce type de référendum est devenu une espèce en voie de disparition aux Etats-Unis.

B. Le contrôle judiciaire *a priori*

La contestation des propositions référendaires par recours judiciaire revêt souvent la forme d'une mise en question de la validité matérielle de leur contenu en vertu d'«une loi supérieure» □ la Constitution de l'Etat, les lois fédérales ou la

¹ En général, les tribunaux s'inclinent devant ces arrêtés administratifs, n'acceptant que rarement d'examiner la validité de la certification des signatures.

² La terminologie n'est pas normalisée et n'est que rarement précise. Le terme de «référendum» est utilisé souvent en tant que synonyme de «plébiscite» afin de décrire tout acte proposé aux électeurs, quitte à distinguer parfois entre les résolutions initiées par les citoyens au moyen de l'expression «référendum populaire» et celles initiées par le Parlement, en appelant «référendum législatif» le scrutin qui s'ensuit. Mais compte tenu du fait que le mécanisme est radicalement différent dans chacun des deux cas définis dans ces pages, je crois que l'utilisation d'une terminologie plus précise facilitera la compréhension.

Constitution des Etats-Unis (voir la Section II ci-dessous). Bien plus rares sont les recours fondés sur la validité formelle: les exigences en matière d'intitulé et de signatures, la restriction selon laquelle un plébiscite ne peut traiter qu'«un objet unique», ainsi que les critères de l'admissibilité de l'objet des résolutions proposées¹. A de rares exceptions près, de telles restrictions ne s'appliquent qu'aux initiatives. Les controverses les plus importantes en matière de validité formelle ont porté sur le choix de l'étape à laquelle le contrôle judiciaire doit intervenir.

Les tribunaux américains n'interviennent jamais afin de contrôler la recevabilité d'une loi ordinaire avant qu'elle ne soit entérinée par les deux chambres législatives et l'apposition de la signature du Gouverneur. Que ce soit en raison de l'impossibilité constitutionnelle de rendre des «avis consultatifs», ou motivés par un sentiment de prudence qui dicterait comme objectif la conservation des ressources et du capital politique du système judiciaire, les juges se refusent, à juste titre, à tout contrôle de la validité des projets de loi avant que ceux-ci ne soient votés. Leur démarche en matière de résolutions référendaires, bien que moins homogène, témoigne le plus souvent de la même attitude. Leur réaction la plus compréhensible est la réticence devant l'idée d'une révision *a priori* des référendums. A l'instar de la législation ordinaire, qui n'entre pas en vigueur avant que le gouverneur ne signe l'acte, une loi «soumise au corps électoral» n'est pas applicable avant la ratification par les électeurs. Il apparaît que cette réticence devant l'application d'un contrôle judiciaire prématuré est indépendante de la nature de l'étape qui reste à franchir. Dans un cas comme dans l'autre, la procédure législative reste inachevée et le contrôle judiciaire est jugé inopportun.

La résistance de la magistrature au concept de la révision *a priori* des initiatives électorales est légèrement moins intransigeante². De l'avis de la majorité, une révision intervenant avant le référendum est en général peu souhaitable et difficile à mettre en œuvre. Un tel contrôle augmente les coûts associés à la circulation de la pétition, il oblige les magistrats à rendre leur jugement dans un délai très court, les soumettant ainsi à des contraintes d'ordre pratique extrêmement sévères, et □ compte tenu du pourcentage très élevé des initiatives qui échouent lors du scrutin³ □ serait à l'origine d'un accroissement inutile de la charge de travail de la magistrature et d'une saturation du dispositif judiciaire. Par ailleurs, une intervention des tribunaux au cours d'une campagne passionnée menée autour d'une initiative électorale ou quelques semaines, ou bien quelques jours avant le

¹ Par exemple, le Massachusetts exclut d'avance l'utilisation de l'initiative électorale afin de débattre de questions religieuses, et la Californie interdit de nommer qui que ce soit à un poste de l'administration publique par voie référendaire.

² Au cours des quatre-vingt-quatre ans depuis l'institution en Californie de la démocratie référendaire, sept initiatives seulement ont été jugées irrecevables avant le vote.

³ Par exemple, en Californie, moins de dix pour cent des initiatives électorales enregistrées par l'Attorney General de l'Etat sont admissibles au vote et le tiers seulement des initiatives admises est approuvé par l'électorat.

scrutin, provoquerait une réaction cynique et mettrait en danger le soutien du public à la magistrature. Comme la Cour suprême de la Californie l'a fait remarquer en 1982: «il est généralement plus opportun d'examiner [...] un recours contre une proposition référendaire ou une initiative électorale après le vote, plutôt que de perturber le déroulement de la procédure en empêchant le peuple d'exercer son droit de vote sans qu'il y ait quelque cause manifeste d'invalidité». Cette réticence judiciaire va plus loin que les questions de validité constitutionnelle (voir la section II ci-dessous) et exclut souvent l'examen *a priori* de la régularité de la procédure ou de la validité formelle. S'agissant de la validité formelle, toutefois, le contrôle *a priori* des initiatives proposées est appliqué plus fréquemment. De temps en temps, une action en justice aboutit à la suppression d'une proposition en raison d'un vice de forme ou d'un intitulé trompeur. Certains analystes constatent une tendance récente vers une volonté plus marquée de la part des tribunaux de supprimer les propositions défectueuses. Cette tendance paraît bien incertaine et il n'est pas clair qu'une série récente de décisions constitue un changement d'attitude plutôt qu'une série de jugements aberrants¹.

Il existe maintenant un Etat, la Floride, où la Constitution *exige* que la Cour suprême de l'Etat contrôle l'ensemble des initiatives électorales avant que celles-ci ne soient soumises au vote, afin de garantir la conformité à la règle constitutionnelle de l'Etat selon laquelle une initiative ne peut avoir qu'un «objet unique». Aucun autre Etat n'a fait ce choix. Bien que six autres Constitutions d'Etat prévoient cette limitation à l'«objet unique», le contrôle judiciaire *a priori* invoquant cette limitation a été rarement pratiqué par le passé. Inversement, la révision judiciaire *a posteriori* fondée sur cette restriction est devenue presque monnaie courante ces derniers temps. Les infractions à la règle de l'«objet unique» sont souvent proposées en tant que premier moyen dans les recours institués par ceux qui se sont opposés à la résolution référendaire pendant la campagne, ceci parce que la récompense d'une victoire devant les tribunaux est de taille, la résolution étant alors déclarée absolument nulle. Bien que la démarche des tribunaux définissant le sens de l'«objet unique» ait été assez libérale², cette souplesse est devenue difficile à maintenir au fur et à mesure que ces initiatives gagnaient en complexité. L'élasticité de la définition a atteint ses limites dans deux affaires récentes en Californie et les tribunaux ont dû invoquer la règle et invalider les initiatives concernées. Un des jugements a été rendu après le vote, l'autre avant.

II. DEUXIEME SEANCE DE TRAVAIL:

¹ Il existe un paradoxe assez étrange dans les dispositions de la Constitution du Montana et de l'Ohio, qui interdit de contester la validité de la pétition après le scrutin. Dans ces Etats, le contrôle *a priori* n'est pas seulement autorisé, il constitue même la seule possibilité de recours en ce sens.

² Par exemple, les tribunaux californiens considèrent que toute initiative électorale dont tous les éléments sont «raisonnablement apparentés» est conforme à ce critère d'«objet unique».

Les plébiscites législatifs et le contrôle de constitutionnalité

Les plébiscites législatifs promulgués par les citoyens d'un Etat sont susceptibles d'être attaqués en alléguant une incompatibilité avec l'un des trois instruments suivants: la Constitution de l'Etat, les lois fédérales ou la Constitution des Etats-Unis. Comme nous l'avons suggéré ci-dessus, une telle révision n'intervient que rarement avant le scrutin. La capacité des magistrats à s'assurer le soutien de la population n'est pas illimitée et cette capacité n'est que rarement utilisée à mauvais escient afin de corriger quelque transgression constitutionnelle hypothétique. Mais dès que la résolution plébiscitaire a été adoptée et promulguée, les recours en justice suivent en général juste après. Compte tenu du fait que les propositions devant être soumises au scrutin traitent de questions susceptibles d'être source de controverse bien plus qu'à l'ordinaire, les «perdants» du référendum ne perdent pas de temps avant de chercher la solution devant les tribunaux¹.

A. La révision judiciaire dans le cadre de la Constitution de l'Etat fédéré

La Constitution de l'Etat est la chasse gardée des tribunaux de l'Etat. Selon l'opinion de la Cour suprême de Californie exprimée en 1983, une «initiative électorale législative est régie par des limitations constitutionnelles au niveau de la Constitution de l'Etat en tous points semblables à celles imposées au Parlement et aux lois qu'il promulgue». Néanmoins, tout en déclarant un respect purement verbal de ce principe, les tribunaux des Etats ne se précipitent pas pour invalider les plébiscites législatifs en invoquant les textes constitutionnels de leur Etat. Deux facteurs majeurs expliquent cette réticence des magistrats: la peur de perdre leur poste et celle de perdre leur temps.

Les juges des cours supérieures de tous les Etats autorisant les initiatives référendaires □ sauf deux □ répondent à terme directement devant l'électorat des décisions qu'ils prennent. Environ la moitié de ces Etats prévoient un mandat d'une durée limitée pour leurs juges, ces derniers devant se présenter aux urnes afin d'être réélus. Les autres Etats demandent régulièrement aux électeurs si un juge doit être maintenu en poste. Cette responsabilité des juges des tribunaux

¹ Dans certains cas, il se peut aussi que les perdants cherchent une solution législative. Toutefois, les Parlements des Etats n'ont souvent qu'une faculté limitée d'amender ou même d'abroger les initiatives législatives (les initiatives constitutionnelles de l'Etat ne sont jamais, bien entendu, sujettes à de telles modifications législatives). Certains Etats protègent les initiatives législatives pendant une période déterminée — l'Alaska par exemple impose une interdiction de deux ans — tandis que d'autres exigent une «surmajorité» législative. Un Etat, la Californie, interdit toute modification législative sans l'accord des électeurs quelle que soit la période écoulée depuis le référendum et quel que soit le pourcentage des élus qui préconisent une telle modification. Bien sûr, même dans les Etats où l'amendement législatif est possible, il est certain que les membres du corps législatif hésiteraient longtemps avant de contrecarrer la volonté populaire, ceci par crainte de représailles lors des prochaines élections.

d'Etat devant le corps électoral soulève un doute important quant à leur désir de prendre les devants afin de poser des limites au pouvoir législatif direct des électeurs. Le risque de révocation encouru par un juge n'est jamais plus grand que lorsque celui-ci s'avise de déclarer nul le résultat d'un plébiscite. Les annulations judiciaires des résolutions référendaires sont des décisions qui, le plus souvent, ne passent nullement inaperçues □ elles sont décrites par un magistrat californien aujourd'hui révoqué comme des «questions politiques auxquelles on se brûle les doigts».

Les électeurs de Californie ont récemment approuvé une initiative référendaire (la «Proposition 187») refusant aux immigrants clandestins le droit à la plupart des prestations des services sociaux, du système de santé et de l'enseignement publics. Des injonctions émanant de plusieurs tribunaux ont eu pour effet de suspendre provisoirement l'exécution de cette Proposition 187 en attendant la vérification de sa constitutionnalité. Les électeurs sont furieux. Un sondage mené par le quotidien *Los Angeles Times* en mars 1995 indique qu'une majorité écrasante condamne ce type d'intervention judiciaire. Cette hostilité à l'égard des décisions des magistrats semble si profonde que même 30 % de ceux qui ont voté *contre* cette proposition très controversée considéraient qu'il était inopportun de censurer l'expression de la volonté populaire. «Les électeurs ont voté pour cela et si c'est ce que le peuple souhaite, c'est ce qu'il faut faire», a déclaré une personne qui a voté contre la proposition en automne dernier.

Si le public considère qu'invalider un plébiscite revient à contrecarrer la volonté du peuple, les rivaux du juge ne manqueront pas d'exploiter cet aspect des choses lors de l'élection suivante. De plus, le tapage qui accompagne tout contrôle des initiatives référendaires par le juge constitutionnel n'est pas la seule source de danger dans ces dossiers pour tout magistrat élu. Les plébiscites obtiennent un résultat positif grâce à des associations dont l'organisation □ et le plus souvent le financement □ est efficace. Ces mêmes groupes sont bien placés pour monter des campagnes visant la révocation d'un juge qui contrarie leurs efforts. Un groupe de pression qui a englouti des moyens financiers importants dans une tentative de faire approuver par l'électorat une proposition référendaire sera éventuellement prêt à dépenser encore plus afin de faire destituer un juge qui bloque la promulgation définitive d'une proposition ayant été adoptée. Les juges des tribunaux d'Etat qui ont à statuer sur la constitutionnalité des propositions référendaires suscitées par la passion populaire et par des vues purement égoïstes sont peu susceptibles de méconnaître le danger représenté par un groupe de pression qui serait tout à fait prêt à monter avec grand enthousiasme le même type de campagne électorale pour obtenir la destitution d'un juge «fautif» que celle qu'il a déjà montée afin de faire voter la résolution référendaire.

L'engagement de sa responsabilité par le juge, lorsqu'il invalide la législation directe des électeurs, n'est certainement pas intentionnel de la part de ceux qui se sont faits les premiers champions de la démocratie directe. Le mouvement

progressiste qui a introduit l'initiative électorale et le référendum dans la Constitution de tant d'Etats fédérés craignait la mainmise des groupes d'intérêt sur les tribunaux comme sur les Parlements des Etats. Il n'est donc pas surprenant que le concept des élections de renouvellement du mandat de juge ait été développé à la même époque □ et dans les mêmes Etats □ que l'initiative électorale et le référendum. La restriction de l'indépendance des magistrats faisait partie intégrante de ce programme, préconisant le gouvernement par le peuple en s'éloignant du gouvernement représentatif. Sans le pouvoir de destituer un juge, selon l'argument des réformateurs, référendum ou initiative seraient rendus «inopérants» par le désir des juges de revenir au statu quo. Selon la déclaration d'un des partisans d'une initiative: «dans un monde idéal, la seule expression de sa volonté par le peuple mettrait fin à toute discussion». De tels sentiments ont en effet incité deux Etats, le Colorado et le Nevada, à modifier leur Constitution afin de prohiber toute invalidation judiciaire de la législation directe. Bien que cette disposition constitutionnelle de l'Etat du Colorado ne soit plus en vigueur et même compte tenu du fait que les tribunaux du Nevada seraient peu enclins aujourd'hui à appliquer cette interdiction au pied de la lettre, il n'en reste pas moins que ces possibilités de contrôle de la magistrature de l'Etat gardent une efficacité redoutable.

Il ne fait aucun doute qu'il est difficile de démontrer que la crainte d'éventuelles représailles de la part des électeurs influence le comportement des magistrats de l'Etat. Jusqu'à une date récente, nous n'en avons que peu d'indications, à part de rares anecdotes □ tel l'aveu d'un ancien juge de la Cour suprême de Californie selon lequel sa décision de voter en faveur de la validité constitutionnelle d'une initiative référendaire a pu être forcée, inconsciemment, par l'imminence de l'élection qui devait déterminer son maintien en poste ou sa révocation. Par coïncidence, l'on vient de publier un sondage auprès des juges de dix Etats fédérés prévoyant un système d'élection de renouvellement de mandat. Selon la conclusion la plus importante de cette enquête, un pourcentage important des juges des tribunaux d'Etat reconnaît que leur comportement est influencé dans une très large mesure par ces élections. Il semble donc loin d'être fantaisiste d'en tirer la conclusion que même le magistrat le plus intègre pourrait hésiter avant d'annuler un mandat émanant de l'électorat juste avant une élection imminente. Le juge peut espérer que sa conscience aura raison de son angoisse devant la possibilité de se voir destituer mais, comme l'a si bien exprimé un magistrat, ne pas penser aux conséquences politiques de ces décisions hautement publiques, «c'est comme si on essayait de ne pas faire attention à un crocodile dans sa baignoire». Sans oublier que même si nous partons de l'hypothèse selon laquelle certains magistrats seront en fait capables d'ignorer la perspective de représailles éventuelles, c'est l'électorat qui aura le dernier mot. Les juges qui ne sont pas à l'écoute du message des électeurs sont susceptibles de se voir remplacés par d'autres à l'ouïe plus sûre.

L'annulation d'une initiative législative en invoquant la Constitution de l'Etat n'est pas seulement risquée; il est vrai aussi qu'une telle démarche semble être bien souvent une perte de temps et d'efforts. Seize Etats parmi ceux autorisant les initiatives législatives autorisent également l'amendement de la Constitution de l'Etat par la voie de l'initiative référendaire. Bien que de telles mesures nécessitent des pourcentages de signatures plus élevés pour que la proposition soit admissible au vote (voir la section III ci-dessous), une simple majorité suffit à l'adoption d'une telle proposition d'amendement, c'est-à-dire la même majorité simple qui suffit pour les propositions des initiatives simplement législatives. Si un tribunal annule un acte législatif voté par l'électorat comme étant incompatible avec les textes constitutionnels de l'Etat, la même majorité électorale peut se recréer pour amender ces dispositions. Les initiatives constitutionnelles sont souvent proposées en réaction contre certains jugements rendus par les tribunaux de l'Etat. Les électeurs semblent peu enclins à agir avec une plus grande circonspection ou avec mesure lorsqu'ils ont à voter sur un amendement de la Constitution. Il y a peu d'écart dans les taux de réussite entre initiatives constitutionnelles et législatives. Le recours à la Constitution de l'Etat comme bouclier contre la volonté législative du peuple attache une grande importance à la formulation exacte retenue par les partisans du plébiscite. Compte tenu de la facilité avec laquelle la Constitution de l'Etat peut être modifiée et du peu de cas que les électeurs semblent faire de la formulation exacte de la proposition référendaire, il est peu probable que l'invalidation par un tribunal d'un plébiscite législatif en raison de son incompatibilité avec les dispositions de la Constitution de l'Etat reste en place très longtemps.

B. Le contrôle judiciaire dans le cadre fédéral: les lois fédérales et la Constitution des Etats-Unis

Toute résolution votée par les électeurs d'un Etat □ comme toutes les lois de ce même Etat □ peut être annulée si elle s'avère incompatible avec la législation fédérale ou la Constitution des Etats-Unis. Bien que les tribunaux de l'Etat soient le plus souvent compétents en ce qui concerne l'examen de recours fondés sur ce moyen de droit, les demandeurs sont presque toujours obligés de s'adresser aux tribunaux fédéraux s'il s'agit d'une annulation dans le cadre du droit fédéral □ et ce pour deux raisons. Tout d'abord, les juges fédéraux sont nommés à vie et sont par conséquent protégés des pressions politiques dont il est question dans la section précédente. Ensuite, l'historique des jugements rendus par la magistrature fédérale témoigne d'une attitude plus positive à l'égard des dossiers fondés sur le principe de la suprématie du droit fédéral.

Selon l'article VI de la Constitution des Etats-Unis, qui exprime le principe de la suprématie du droit fédéral, c'est le droit de l'Etat qui cède en cas de contradiction entre ses dispositions et celles des textes promulgués par le Congrès des Etats-Unis. Le droit fédéral jouit d'un pouvoir «*préemptif*» dans les cas suivants: i. si le Congrès a exclu d'avance et de manière explicite toute réglementation au niveau

de l'Etat dans un domaine déterminé; ii. si le droit fédéral dans un domaine est si complet ou concerne un point où l'intérêt fédéral est si engagé que l'on ne peut qu'en tirer la conclusion qu'il ne reste aucune marge à l'Etat fédéré pour y ajouter ses propres dispositions légales; iii. lorsqu'une contradiction matérielle entre les obligations légales imposées par l'Etat et le droit fédéral est telle que le respect des deux est impossible; ou iv. si la législation de l'Etat empêche la réalisation des objectifs fédéraux. Il n'existe aucune indication, ni dans la jurisprudence ni dans les commentaires des juristes, qui laisserait croire que les litiges fondés sur le caractère préemptif du droit fédéral aboutissent à des jugements différents selon l'origine de la loi de l'Etat fédéré □ que ce soit par l'intermédiaire des procédures législatives ordinaires, par voie référendaire ou par initiative électorale. Ceci n'a rien d'étonnant. La question essentielle pour la plupart des demandes fondées sur l'argument de la primauté du droit fédéral est de savoir quelle était *l'intention du Congrès*: autrement dit, le Congrès avait-il l'intention d'exclure d'avance toute réglementation de l'Etat dans ce même domaine? La nature ou le bien-fondé de l'intérêt de l'Etat sont secondaires par rapport à cette interrogation primordiale. Ainsi, pendant que les tribunaux fédéraux s'efforcent de trancher la question de savoir si oui ou non la Proposition 187, l'initiative référendaire récemment votée en Californie qui refuserait aux immigrés clandestins le droit aux prestations des services sociaux, du système de santé et de l'enseignement publics, doit céder devant la primauté des textes fédéraux traitant du statut des ressortissants étrangers et de l'immigration, il est peu probable que l'on regarde de près la méthode par laquelle cette législation a été promulguée au niveau de l'Etat.

Il en va tout autrement de la contestation de la validité des résolutions référendaires fondée sur les principes de la Constitution des Etats-Unis. Dans ce cas, l'étendue précise de l'obligation des magistrats de s'incliner devant ces principes a fait l'objet ces dernières années d'un débat entre théoriciens.

Depuis au moins l'arrêt *Marbury c/Madison* en 1803, juges et juristes américains sont obsédés par les rapports contradictoires entre la révision judiciaire et la démocratie par la majorité (ce qu'on a appelé le «problème anti-majoritaire»). Une nation qui trouve la source de tout pouvoir dans la volonté du peuple a tendance à mal digérer le fait que sa magistrature puisse refuser à la «populace» ce que la majorité d'entre elle semble souhaiter. Mais le contrôle judiciaire sous sa forme habituelle n'implique nullement une contradiction entre le pouvoir judiciaire et celui du peuple. C'est plutôt la volonté d'un Parlement qui est contrecarrée lorsque les dispositions de la Constitution nationale sont invoquées. En effet, c'était précisément cette distinction entre le peuple et ceux qui le représentent qui était le fondement de la défense, par Alexander Hamilton, du contrôle judiciaire au XVIII^e siècle: «Lorsque la volonté législative, affirmée par les lois, se trouve en opposition avec celle du peuple, déclarée dans la Constitution, les juges doivent régler leurs décisions sur cette dernière». Si nous entretenons habituellement l'illusion selon laquelle les textes promulgués par les législateurs correspondraient à la volonté de la majorité, c'est également une fiction que nous abandonnons lorsque les tribunaux jugent que les mandataires du peuple ont outrepassé les

pouvoirs qui leur sont délégués par le «Peuple» par l'intermédiaire du texte constitutionnel.

Le conflit entre le législateur et le juge devrait-il se dérouler d'une manière différente si le peuple exprimait sa volonté directement plutôt que par l'intermédiaire d'un mandataire? Les arrêts rendus par les juges dans les affaires où la constitutionnalité d'une loi fondée sur un plébiscite est contestée n'offrent que rarement une analyse explicite de la question de savoir quels critères il y a lieu d'appliquer dans le cadre du contrôle juridictionnel. C'est à peine si la trentaine d'affaires jugées par la Cour suprême des Etats-Unis impliquant le contrôle de la validité matérielle du texte soumis à référendum font référence à ce sujet. Dans les cas très rares d'une allusion explicite au fait que la loi attaquée résulte d'une démarche des électeurs eux-mêmes, cette reconnaissance est suivie le plus souvent d'une déclaration «passe-partout» telle que celle du Chief Justice Burger en 1981: «Le fait que les électeurs aient promulgué cette loi plutôt qu'un organe législatif n'a aucune pertinence, car les électeurs n'ont pas plus le droit de violer la Constitution en approuvant une proposition référendaire que les législateurs en approuvant un projet de loi».

Sur le plan intuitif, cette prise de position du Chief Justice Burger semble erronée. Si le peuple constitue la source souveraine de tous les pouvoirs, pourquoi l'expression de sa volonté n'aurait-elle pas plus de poids que les ébauches approximatives de cette volonté émanant du Parlement?¹ Si la difficulté essentielle du contrôle judiciaire est liée à sa nature anti-majoritaire, pourquoi le caractère légitime de ce contrôle ne s'estompe-t-il pas à mesure que le souhait de cette majorité gagne en clarté? Cet argument a suscité une réaction positive de la part de Hugo Black, juge de la Cour suprême. Au cours d'un débat qui a eu lieu pendant une audience de la Cour, Thurgood Marshall, Solicitor General à cette époque et lui-même futur juge de la Cour suprême, a fait remarquer que l'autorisation en Californie d'une politique de discrimination dans le secteur de l'immobilier résidentiel privé avait été promulguée par voie référendaire, au moyen d'une initiative des électeurs. «Votre moyen de droit ne serait-il pas identique», demanda-t-on à Marshall, «si cette disposition avait été le fait du Parlement de l'Etat de Californie»? «Oui, le moyen est le même» rétorqua Marshall, «mais cela donne plus de force à mon argument». Le juge Black est intervenu en disant: «Non. Il me semble qu'il en a moins en fait, car dans ce cas il s'agit de faire un pas vers une situation où le peuple de l'Etat □ les électeurs de l'Etat □ aurait la possibilité de définir sa propre politique, ce qui se rapproche au maximum de la vraie démocratie».

¹ Afin de simplifier l'argument, je passe sous silence un problème essentiel ici: à savoir que le pouvoir souverain réside dans l'ensemble du Peuple des Etats-Unis et non dans la population de chacun des Etats fédérés. Si l'électorat à l'origine des lois dans un Etat fédéré peut être considéré comme étant souverain pour les besoins de la Constitution de cet Etat, ceci ne saurait être le cas dans le contexte plus large de la Constitution des Etats-Unis.

Comme nous l'avons déjà dit, le contrôle judiciaire de la législation promulguée par l'électorat revêt un caractère à part pour des raisons autres que celles relevant des théories abstraites du pouvoir souverain et de la nature de la démocratie. Un arrêt judiciaire annulant un souhait des électeurs risque d'être interprété par ces derniers comme le rejet de la volonté du peuple.

Dans un article publié en 1990 dans le *Yale Law Journal*, j'ai proposé un critère différent dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des initiatives de l'électorat. Contrairement au juge Hugo Black, et dans un sens opposé à celui qui serait dicté par la seule intuition, j'ai conclu que le contrôle judiciaire de la démocratie directe requiert plus, et non moins, de vigilance de la part des tribunaux. Il est tout à fait possible que Hugo Black ait raison lorsqu'il dit que la législation «directe» par l'électorat est plus proche de la «vraie démocratie» que celle qui résulte des efforts des organes législatifs. Mais son point de vue ne tient pas compte de la distinction parfaitement voulue entre la vraie démocratie et la «forme républicaine de gouvernement» garantie par les rédacteurs de la Constitution des Etats-Unis, c'est-à-dire une structure conçue pour veiller à ce que les intérêts de la minorité soient pris en compte et non seulement la préférence de la majorité.

Le résumé approximatif de ma thèse serait le suivant: la Constitution cherche un équilibre entre le pouvoir souverain de la majorité et les droits des minorités. Elle assure le respect de l'obligation imposée au gouvernement d'écouter la majorité en exigeant des élections fréquentes. Les mandataires législateurs se présentent périodiquement devant le peuple afin de lui demander le renouvellement de leur mandat provisoire. Ils sont tenus pour responsables de leurs actions passées et ils sont exposés aux fluctuations du sentiment populaire. Cependant, le gouvernement est obligé d'écouter *tous* ses citoyens: les droits des individus et des groupes minoritaires doivent être protégés contre les agissements de la majorité. La Constitution tente d'assurer le respect de cette obligation i. en conférant le pouvoir législatif principal à des représentants empreints de «civisme» plutôt que directement au peuple, ii. en fractionnant le pouvoir législatif au moyen d'un système dit de «poids et contrepoids» afin de veiller à ce que l'intégralité du pouvoir ne soit pas confiée à une seule entité ou personne, iii. en plaçant certains principes à l'abri d'une simple majorité des voix. L'efficacité de ces protections est assurée par le contrôle constitutionnel effectué par des magistrats indépendants nommés à vie. La proposition selon laquelle la magistrature devrait faire preuve d'une grande attitude de réserve dans l'exercice de ses fonctions suscite l'approbation générale. Cependant, l'argument qui soutient que le juge doit se soumettre à la volonté populaire repose sur la supposition que la structure elle-même □ voir i. et ii. ci-dessus □ garantit le respect des intérêts des groupes minoritaires. Les Pères fondateurs pensaient qu'il allait de soi que les délibérés législatifs et que la séparation et le cloisonnement du gouvernement pouvaient augmenter le degré de protection des minorités confrontées à la tyrannie de la

majorité. Les initiatives électorales (mais non les référendums¹) contournent les barrières internes censées contrer ou filtrer l'esprit de faction, l'intolérance, la tyrannie et les vues purement égoïstes. C'est la magistrature qui doit remédier à ces défauts de la procédure. Là où les législateurs agissent, les «filtres» sont nombreux et dans ce cas le rôle protecteur des juges n'est que secondaire. Là où le parti pris de la majorité est exprimé sans être filtré, comme c'est le cas d'une initiative référendaire, la tâche des juges est d'assurer une première barrière de sécurité afin de protéger les intérêts minoritaires. L'absence de ces barrières de sécurité dans le dispositif nécessite que le contrôle judiciaire soit plus sévère.

J'oserais affirmer que cette thèse fonctionne bien en tant que proposition mais aussi en tant qu'explication. L'étude de la trentaine d'arrêts rendus par la Cour suprême des Etats-Unis dans des affaires concernant des initiatives électorales démontre qu'un nombre disproportionné de ces initiatives ont été invalidées comme étant anticonstitutionnelles. Qui plus est, l'attention accordée au détail des raisonnements impliqués par celles-ci laisse penser que la révision judiciaire revêt dans ces cas une forme plus rigoureuse que celle appliquée aux textes adoptés après un passage par les mécanismes législatifs ordinaires. J'irais trop loin en disant que la Cour a exprimé de telles considérations de manière explicite. Les arrêts rendus dans le cadre des contestations constitutionnelles à l'encontre de lois promulguées par voie plébiscitaire ne traitent que très rarement de la question des critères à adopter aux fins de la révision judiciaire. En effet, la réaction de la plupart des juges à mon explication serait certainement de nier l'existence d'une différence d'approche selon le type de cas. Cependant, le fait que la Cour suprême est consciente de cette logique, qui justifierait un niveau de suprématie législative variable selon la source de l'acte examiné, est confirmé par une indication que nous trouvons dans un contexte très différent mais qui présente néanmoins des similitudes surprenantes. Dans un arrêt datant de 1990, *Metro Broadcasting c/ Federal Communications Commission*, la Cour a examiné la politique d'intégration positive des minorités adoptée par le Congrès avec une rigueur moindre que l'année précédente dans le cas d'un programme semblable adopté par une municipalité de la Virginie. Afin de justifier cette différence de position, la Cour a affirmé que «eu égard aux réalités sociales et à la théorie du pouvoir gouvernemental, le Gouvernement fédéral est peu susceptible de se placer sous le joug de factions politiques ni d'être exploité en tant qu'outil de discrimination au préjudice des minorités». Les entités politiques de moindre envergure, telles que les Etats et les municipalités, en raison du risque accru de comportements oppressifs qu'elles présentent, justifient une attitude plus critique de la part des

¹ Etant donné que les référendums sont le fruit de l'initiative du Parlement, ils doivent passer par un système de «filtres» très complexe. La formulation d'une proposition bénéficie de l'intervention d'une plume expérimentée, l'on consulte des Commissions etc. Le vote est généralement précédé de séances en commission. Point encore plus important, le résultat final correspond très souvent à un compromis. Dans le cas du référendum, le rôle des électeurs est complémentaire au dispositif législatif. Dans celui de l'initiative, ils le contournent complètement.

tribunaux. La Cour a admis ainsi un rapport inversement proportionnel entre la déférence des magistrats¹ et le risque d'oppression par la majorité². Eu égard aux réalités sociales et à la théorie du pouvoir gouvernemental, l'argument qui préconise une approche juridique variable selon l'origine du texte promulgué □ initiative ou législation ordinaire □ s'avère encore plus convaincant.

La demande d'un contrôle plus rigoureux pour les initiatives référendaires a fait l'objet de trois critiques majeures. La première met en doute le caractère «idéaliste» de la procédure législative comparée à celle de l'initiative. La réalité, dit-on, est bien loin du modèle préconisé par les constituants. La deuxième défend les initiatives en prétendant qu'elles sont plus réfléchies, plus disciplinées, plus éclairées et moins tyranniques que ne le suggèrent les partisans des contrôles judiciaires renforcés. Ces deux premières critiques émanent d'experts universitaires et je crois qu'elles sont faciles à réfuter. Le fait que le comportement du Parlement est souvent loin d'être à la hauteur du modèle idéal n'est pas contesté. Les débats éclairés et les «vertus civiques» se rencontrent bien trop rarement dans l'enceinte de nos institutions législatives. Les législateurs sont largement autant motivés par le désir de préserver leurs sièges que par le désir de promouvoir le «bien public». Cependant, cette triste réalité ne compromet nullement le caractère privilégié du gouvernement représentatif. Les hésitations de nos législateurs aboutissent plus souvent à des échecs qu'à de mauvaises lois. La prétention essentielle de l'argument n'est pas que les législateurs soient des êtres humains intrinsèquement plus justes que ceux qui les choisissent dans l'isoloir. La différence est en fait que les barrières de sécurité incorporées au mécanisme législatif □ les «poids et contrepoids» et la séparation des pouvoirs □ posent des limites au préjudice qu'un législateur intolérant peut faire aux minorités. La deuxième critique, selon laquelle les initiatives sont moins imparfaites que l'on voudrait bien le dire, est en général celle des résidents des Etats qui n'autorisent pas les initiatives électorales. L'image qu'ils donnent d'électeurs bien informés débattant, à la mairie ou en faisant la queue à la caisse du supermarché, sur des propositions référendaires bien formulées sans faire preuve de la moindre

¹ Dans une décision très récente, cinq juges de la Cour suprême ont rejeté l'approche dichotomique de *Metro Broadcasting*, et ont considéré que les programmes de normes positives fédérales et étatiques ne sont admissibles que s'ils répondent aux critères de contrôle judiciaire les plus rigoureux. Voir *Adarand Constructors Inc. v. Peña* (Cour suprême des Etats-Unis □ 12 juin 1995). Les quatre juges dissidents restent fortement attachés à l'application de critères moins stricts pour la législation fédérale. L'opinion qui prévaudra à long terme dépendra entre autres du résultat de l'élection présidentielle de 1996 et des futures nominations à la Cour.

² Cette logique est assez semblable à la pratique constitutionnelle parfaitement admise selon laquelle les juges constitutionnels se montrent plus sévères dans leur examen d'actes législatifs visant une minorité religieuse, nationale ou raciale. Depuis l'arrêt de la Cour suprême en 1938 dans l'affaire *Carolene Products*, ces dispositions sont considérées comme relevant de «circonstances de nature exceptionnelle qui tendent vers une diminution de l'efficacité des mécanismes politiques censés en temps normal assurer la protection des minorités ; ces circonstances impliquent par conséquent un examen judiciaire plus critique».

intolérance à l'égard des minorités, ne nous semble pas véridique. Il se peut que je sois devenu plus cynique à la suite de ma propre expérience de la démocratie directe pendant les années où j'ai vécu en Californie, mais je ne peux m'empêcher de penser que ce que la Californie a vécu nous impose une plus grande prise de conscience des dangers. Depuis quelques années, les initiatives des électeurs jouent un rôle non négligeable dans la limitation des droits civiques des immigrés, des homosexuels, des minorités raciales et de ceux dont la langue maternelle est autre que l'anglais. La crainte de James Madison que la grande masse du peuple tienne trop peu compte des intérêts des autres et qu'elle soit trop vulnérable à la contagion des passions et à la malhonnêteté de dirigeants éloquentes et ambitieux, n'a rien perdu de sa pertinence avec le passage des années.

La troisième critique est plus problématique. Ce n'est peut-être pas un hasard qu'elle soit formulée par le public. Bon nombre de personnes aux Etats-Unis semblent croire que ni la structure définie par la Constitution, ni la vision de ses fondateurs n'a pu résister à l'épreuve des siècles. Nombreux sont nos concitoyens qui sont mal servis par l'appareil gouvernemental. Le plébiscite agit comme une soupape de sécurité à la frustration ressentie par les citoyens dans leurs contacts quotidiens avec des bureaucraties anonymes, impassibles et oppressives. Si les tribunaux adoptent une attitude peu généreuse envers ces accès de colère et si nous ne rendons pas les juges responsables de leurs décisions en confiant la mission à haut risque de la révision judiciaire aux juges fédéraux non élus et non tenus personnellement responsables de leurs arrêts, contre quoi pourra se diriger la colère des citoyens? Serait-il possible qu'elle se mue en une diminution du respect de la magistrature et de ses jugements, en ressentiment à l'égard du gouvernement national éprouvé par un peuple de plus en plus désabusé, ou peut-être en démission découragée devant les obligations de la responsabilité civique? Le niveau de participation du corps électoral dans la vie politique des Etats-Unis est déjà le plus faible de toutes les nations occidentales. Il existe un réel danger que la minorité de citoyens qui vote encore cesse de le faire quand elle aura compris que toutes les décisions fondamentales sont prises par de petites élites qui détiennent le pouvoir, que les élections ne changent rien, ou presque, et que le gouvernement fait peu de cas de ce que peut penser «l'homme de la rue». Sonny Bono, ancienne vedette de la chanson populaire et actuellement membre du Congrès nouvellement élu pour représenter la Californie, a récemment déposé un projet de loi qui rendrait plus difficile l'annulation des initiatives référendaires des électeurs de l'Etat par les tribunaux fédéraux. Ce projet vise la suppression d'un système qui permet à un seul juge fédéral de bloquer, par une injonction, une résolution que les électeurs ont choisi d'adopter. Le texte proposé exigerait que la contestation d'une telle résolution soit entendue par trois juges fédéraux. Il est peu probable que ce projet soit adopté un jour et sa constitutionnalité est loin d'être sûre, mais l'on peut difficilement douter de la joie ressentie par la majorité des électeurs de Californie le jour où il a été proposé. De nombreuses questions relatives aux initiatives référendaires suscitent un intérêt très vif parmi la population et le rôle actif joué par les juges fédéraux est de plus en plus source de frustration et de colère parmi les électeurs.

A l'automne, la Cour suprême des Etats-Unis, dans l'affaire *Romer c/Evans*, procédera à l'examen de la constitutionnalité d'une initiative du Colorado interdisant la promulgation de toute loi d'Etat ainsi que de toute réglementation locale ayant pour objet la protection des homosexuels et des lesbiennes contre les pratiques discriminatoires. Cette initiative, dont l'adoption s'explique en réaction à celle de lois anti-discriminatoires de ce type par de nombreuses municipalités du Colorado, telles que Vail et Aspen, a été déclarée anticonstitutionnelle par la Cour suprême du Colorado. En invoquant le droit à l'égale protection des lois consacré par la Constitution des Etats-Unis, il est clair que la Cour du Colorado a fait preuve d'une attitude bien plus critique à l'égard de la volonté du peuple que celle qui est de mise dans son examen des textes émanant d'organes législatifs. Cette décision doit être contestée devant deux juridictions. La Cour suprême des Etats-Unis se penchera dans un avenir proche sur cette prise de position des juges du Colorado et nombreux sont les observateurs qui s'attendent à ce que le jugement soit réformé. A plus long terme □ et peu importe en fait l'arrêt rendu par la Cour suprême □ il se peut que les électeurs appliquent leur propre procédure de révision. Plusieurs juges de la Cour du Colorado doivent se présenter bientôt à des élections de renouvellement de mandat. Il ne fait aucun doute que la volonté de protéger l'esprit républicain peut se payer cher. Le caractère extrêmement volatil de ces passions passagères qui, selon bien des experts, nécessiterait un examen plus rigoureux, rend cette tâche sans aucun doute très périlleuse pour la magistrature.

III. TROISIEME SEANCE DE TRAVAIL: L'amendement de la Constitution par voie plébiscitaire

A. L'amendement de la Constitution d'un Etat fédéré

Dans tous les Etats fédérés, à l'exception d'un seul, le corps électoral est appelé à faire partie intégrante de toute révision de la Constitution de l'Etat. Seul le Delaware exclut la participation directe des électeurs au processus de révision. Dans quarante-neuf Etats, les amendements sont habituellement proposés par le Parlement mais nécessitent une ratification par l'électorat □ en général à la majorité simple. Parmi ces Etats, seize prévoient une autre méthode pour changer la Constitution. Les électeurs ont la possibilité de contourner totalement le Parlement en «initiant» un amendement à incorporer à la Constitution. Le contrôle de cet amendement par l'assemblée n'est pas nécessaire. Cette assemblée ne jouit d'aucun droit de veto. Plusieurs de ces Etats limitent l'effet des initiatives constitutionnelles en distinguant l'«amendement de la Constitution», pouvant être opéré par l'intermédiaire d'une initiative référendaire, et la «révision de la Constitution», qui nécessite l'accord préalable d'une «surmajorité» des membres du Parlement ou la convocation d'une Convention constituante par le Parlement et l'électorat. La frontière entre l'«amendement de la Constitution» et la «révision de la Constitution» est parfois difficile à cerner et ce sujet fait couler beaucoup

d'«encre» judiciaire. Par exemple, en 1978, la Cour suprême de la Californie déclara qu'un texte promulgué dont les effets sont si étendus qu'il opère des «modifications de grande envergure dans la nature même du programme fondamental de gouvernement» ou modifie «l'essentiel» de ce programme peut constituer une révision inadmissible de la Constitution.

La modification directe de la Constitution de l'Etat par les électeurs est souvent critiquée en alléguant sa facilité. Bien que les initiatives constitutionnelles, pour que la proposition soit soumise au vote, nécessitent en général un plus grand nombre de signatures que les initiatives législatives (par exemple, en Californie, la signature de 5 % des électeurs ayant voté lors de l'élection précédente est exigée pour les initiatives législatives et celle de 8 % pour les initiatives constitutionnelles), une simple majorité des voix suffira pour l'adoption de la résolution dans un cas comme dans l'autre. L'exigence d'un plus grand nombre de signatures ne semble pas agir comme un frein efficace dans ce contexte. Dans les Etats qui autorisent à la fois les initiatives législatives et constitutionnelles, ces dernières sont presque aussi nombreuses que les premières. Et dans huit Etats, les initiatives constitutionnelles ont été plus nombreuses que les initiatives législatives. Il n'est même pas possible d'arguer que les électeurs ont témoigné d'une circonspection accrue et d'une plus grande réserve envers les amendements constitutionnels. Le taux de réussite des initiatives constitutionnelles ne présente aucun écart significatif par rapport au pourcentage des initiatives législatives adoptées. Une étude démontre que, de 1898 à 1979, le taux de réussite des initiatives législatives était de 38 % contre 34 % pour les initiatives constitutionnelles.

Il va pratiquement sans dire que la validité matérielle d'un amendement de la Constitution de l'Etat émanant de son électorat ne peut être contrôlée en temps normal en invoquant les dispositions de cette même Constitution. Comme la Cour suprême du Massachusetts l'a fait remarquer: «il est difficile de voir comment un amendement de la Constitution pourrait être anticonstitutionnel selon cette même Constitution de l'Etat». Aucune contradiction matérielle ne pourrait fonder de manière logique un recours en justice. La contradiction constitue la raison précise de la nécessité d'un amendement plutôt que d'une loi. Cependant, les initiatives constitutionnelles sont susceptibles d'être contestées dans le cadre de la Constitution de l'Etat en raison de vices de forme ou parce qu'elles dépassent les limites régissant l'admissibilité des amendements proposés par l'électorat □ par exemple, si l'initiative constitue une «révision» ou si elle n'est pas conforme au critère de l'«objet unique».

Bien sûr, un amendement proposé par l'électorat peut être attaqué en alléguant son incompatibilité avec une loi fédérale ou avec la Constitution des Etats-Unis. Les tribunaux et les experts semblent considérer à l'unanimité que le statut du «texte» contesté □ simple loi ou disposition constitutionnelle de l'Etat fédéré □ est indifférent dans ce contexte. Les critères d'examen sont identiques dans les deux

cas. L'article VI de la Constitution des Etats-Unis, qui établit le principe de la suprématie de la loi fédérale, dispose que «La Constitution et les lois des Etats-Unis qui serviront à sa mise en œuvre [...] constitueront la loi suprême du pays [...] s'imposeront aux juges de chaque Etat, en dépit de toute disposition contraire dans la *Constitution ou les lois de l'Etat*» (expression mise en italiques par l'auteur).

B. L'amendement de la Constitution fédérale

Après l'adoption des Articles de la Confédération par le Congrès Continental □ faisant suite à la Révolution américaine □, ces derniers ont été soumis pour ratification aux Parlements des Etats. Quelques années plus tard, en 1787, lors de l'établissement de la version actuelle de la Constitution, ses fondateurs cherchaient à créer un lien plus direct avec le peuple, apparemment parce qu'ils croyaient que la légitimité d'une Constitution était proportionnelle au degré de participation des citoyens au processus de son adoption. «L'édifice de l'Empire américain», déclare Alexander Hamilton, «doit reposer sur la base solide du consentement du peuple». Au lieu de soumettre leur projet aux Parlements des Etats fédérés, des Conventions dont la composition était déterminée par vote populaire furent convoquées dans chaque Etat.

Compte tenu du souhait explicite des constituants de créer un lien plus direct avec le peuple, les dispositions qui prévoient la possibilité d'amendements ultérieurs sont extrêmement étranges. L'article V de la Constitution des Etats-Unis, qui régit les modalités des amendements de son texte, autorise les amendements émanant de deux sources □ le Congrès (à la majorité des deux tiers des membres de chaque chambre) ou la demande des Parlements des deux tiers des Etats fédérés de convoquer une Convention constituante. Ce dernier procédé n'a jamais été utilisé avec succès. Les vingt-sept amendements de la Constitution américaine ont tous été élaborés sans exception par le Congrès. Les dispositions de l'article V ne contiennent aucune possibilité pour les électeurs d'introduire directement un tel amendement.

La procédure de ratification exclut tout autant les électeurs. Une fois qu'une modification des dispositions constitutionnelles a été proposée, elle doit être ratifiée par les trois quarts des Parlements des Etats fédérés. Le Congrès a la faculté, selon son libre choix, de contourner ces assemblées en passant par des conventions constituantes au niveau des Etats¹. Il faut remarquer cependant que le Congrès n'a pas le pouvoir de soumettre l'amendement proposé au vote populaire par voie référendaire.

¹ *Le Congrès n'a eu recours à cette méthode qu'une seule fois — afin d'abroger la prohibition — et l'on peut être certain qu'il sera peu susceptible de l'utiliser à l'avenir.*

On retrouve un concentré de ce qui précède dans le jugement de la Cour suprême de Californie, rendu dans l'affaire *AFL-CIO c/Eu* en 1984. Statuant que l'initiative du corps électoral exigeant que le Parlement de Californie demande au Congrès la convocation d'une Convention constituante (afin d'étudier un amendement visant l'établissement d'un budget équilibré) ne présentait aucun caractère impératif, la Cour a exprimé sans ambages la conclusion suivante: «Les rédacteurs de la Constitution ont choisi de s'abstenir d'accorder aux électeurs la possibilité d'une participation directe à l'amendement de ses dispositions».

BIBLIOGRAPHIE

Cronin, Thomas, *DIRECT DEMOCRACY: THE POLITICS OF INITIATIVE, REFERENDUM, AND RECALL* (1989).

DEMOCRACY BY INITIATIVE (Shaping California's Fourth Branch of Government), Report and Recommendations of the California Commission on Campaign Financing (1992).

Eule, Julian, *Crocodiles in the Bathtub: State Courts, Voter Initiatives and the Threat of Electoral Reprisal*, 65 U. COLO. L.REV. 733 (1994).

Eule, Julian, *Judicial Review of Direct Democracy*, 99 YALE L.J. 1503 (1990).

Eule, Julian, *Representative Government: The People's Choice*, 67 CHI-KENT L. REV. 777 (1992).

Gordon & Magleby, *Pre-Election Judicial Review of Initiatives and Referendums*, 64 NOTRE DAME L. REV. 298 (1989).

Magleby, David, *DIRECT LEGISLATION: VOTING ON BALLOT PROPOSITIONS IN THE UNITED STATES* (1984).

VIII. Les référendums au Canada (niveau fédéral) et au Québec - Intervention de M. José WOEHLING

Professeur, Université de Montréal

Au Canada, la technique référendaire a longtemps été considérée comme incompatible avec le système de gouvernement représentatif hérité de l'Angleterre. A l'heure actuelle, il existe respectivement au niveau fédéral¹ et au Québec² (ainsi que dans certaines autres provinces, dont nous ne traiterons cependant pas), une loi-cadre permettant la tenue de référendums destinés à obtenir l'avis de la population sur des questions constitutionnelles (aux deux niveaux) ou, au Québec, sur toute autre question ainsi que sur des projets de loi. Cependant, dans tous les

¹ *Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30.*

² *Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., c. C-64.1.*

cas, le résultat du référendum reste juridiquement facultatif pour les pouvoirs publics: il s'agit donc de référendums purement consultatifs (sur le plan politique, bien sûr, le gouvernement en place hésitera à contredire la volonté, exprimée par référendum, de la population). Par ailleurs, le référendum a également été rejeté, dans les textes constitutionnels, comme instrument dans le processus de révision de la Constitution. Celle-ci n'impose en aucun cas le recours au référendum pour sa propre modification. Cependant, lors de la dernière tentative de réforme constitutionnelle en 1992, qui s'est soldée par un échec, les gouvernements fédéral et provinciaux ont volontairement décidé de soumettre le projet à la population, qui l'a rejeté. On peut penser que ce précédent a fait naître une convention constitutionnelle, en marge du processus formel, dont la force contraignante au plan politique semble désormais incontestable.

1. La tradition constitutionnelle canadienne et l'hégémonie parlementaire: rejet de la technique référendaire comme mode d'expression de la souveraineté

L'absence de tradition référendaire constitue un des éléments caractéristiques du régime constitutionnel anglais. Cela semble, en partie du moins, liée aux fondements historiques du pouvoir du Parlement dans la tradition britannique. A l'origine représentant des trois Etats, le Parlement réussit à imposer son autorité à travers deux révolutions qui ne furent pas des révolutions populaires, mais bien parlementaires. D'ailleurs, selon Dicey, le Parlement puise son autorité «en lui-même», et non d'une quelconque souveraineté populaire qui lui aurait été déléguée. Il écrit:

«[I]n a legal point of view Parliament is neither the agent of the electors nor in any sense a trustee for its constituents. It is legally the sovereign legislative power in the state [...].»

En ce sens, dans la tradition britannique, la souveraineté est celle des représentants du peuple, et non celle du peuple par ses représentants. Cette conception de la souveraineté se traduit de diverses façons en droit constitutionnel britannique et canadien, notamment par un désintérêt pour la technique référendaire comme mécanisme législatif. Dans l'arrêt *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, le Comité judiciaire du Conseil privé ira même jusqu'à déclarer invalide un mécanisme de démocratie directe mis en place par la législature du Manitoba. Bien que formellement fondés sur le maintien des pouvoirs du lieutenant-gouverneur relatifs à la sanction royale des projets de lois, les motifs du Vicomte Haldane laissent entendre qu'un mécanisme référendaire contraignant serait, par sa nature, incompatible avec la démocratie parlementaire mise en place par la loi constitutionnelle de 1867.

Par ailleurs, dès les premières années de la fédération, le Canada a fait l'expérience — infructueuse — du référendum comme accessoire du processus de modification de la Constitution. Spécifions qu'entre 1867 et 1982, une modification

constitutionnelle exigeait l'intervention du Parlement anglais. En 1868, la Nouvelle-Ecosse demanda ainsi à Londres de légiférer pour lui redonner son indépendance à l'égard du Canada. Bien que cette proposition n'ait pas formellement fait l'objet d'un référendum dans la province, elle avait néanmoins été accompagnée d'une pétition signée par 31 000 électeurs sur un total de 48 000, soit une majorité considérable. Le Parlement impérial refusa néanmoins d'accéder à la demande de la province, au motif que la requête n'avait pas obtenu l'appui de l'autorité fédérale.

Par la suite, à une exception près, aucune modification de la Constitution ne se fit par le recours à une procédure référendaire. Cette unique exception a trait à l'entrée de Terre-Neuve dans la fédération canadienne en 1949, qui avait été précédée d'un référendum provincial. Il faut toutefois noter que cet exemple ne constitue pas, au sens strict, un précédent canadien. D'ailleurs, du côté canadien, l'insertion de Terre-Neuve dans la fédération ne fit l'objet d'aucune procédure d'approbation populaire.

2. Le contrôle de la légalité référendaire par les tribunaux canadiens et québécois

Il existe un double niveau de contrôle, soit un contrôle de la conformité des référendums à la loi-cadre en vertu de laquelle ils sont tenus, et un contrôle général de conformité à la Constitution, qui ne servira cependant qu'à vérifier si le processus de consultation référendaire a respecté les droits et libertés applicables en la matière.

A. Conformité à la loi

a. Les conditions de validité

1. L'organe compétent pour recourir au référendum

Tant pour le référendum fédéral que pour le référendum québécois, l'initiative est réservée au gouvernement (article 3 de la loi référendaire et article 7 de la loi sur la consultation populaire). Dans les deux cas, également, la participation de l'organe législatif est prévue. Cependant, alors que la loi provinciale exige la participation de l'Assemblée à la formulation de la question référendaire (article 7), la loi fédérale laisse planer une ambiguïté. On y prévoit en effet que les deux chambres peuvent être appelées à se prononcer tour à tour sur le texte de la question, si une motion en ce sens est initiée par un ministre en Chambre des communes (article 5). Dans ce cas, la motion pourra être approuvée avec ou sans modifications (*idem*). On remarquera que rien dans le texte de l'article 5 n'indique que cette approbation en chambre soit nécessaire, ni même, le cas échéant, que la motion soit formellement contraignante. Cependant, la définition de la «période référendaire» (article 2) suggère implicitement que l'approbation de la question est effectivement nécessaire.

2. La question référendaire: l'objet et la forme

C'est sur l'objet du référendum que la loi fédérale et la loi québécoise divergent le plus. En effet, au niveau fédéral, la question doit nécessairement être de nature constitutionnelle (article 3), tandis que la loi québécoise permet une consultation populaire sur toute question ou tout projet de loi contenant une disposition à cette fin (articles 7 et 10), à condition que la question n'ait pas déjà fait l'objet d'une consultation au cours de la même législature (article 12). Notons cependant que la loi fédérale ne définit aucunement le sens de l'expression «question relative à la Constitution du Canada». Il est alors difficile de déterminer si le sens de l'expression doit être limité aux questions constitutionnelles d'un point de vue formel, ou si un référendum pourrait être tenu relativement à des questions qui, bien que constitutionnelles par leur objet (matériellement), ne font pas présentement l'objet d'une disposition de la Constitution formelle.

Quant à la forme de la question, le référendum fédéral doit nécessairement présenter une alternative, c'est-à-dire permettre un choix de type binaire exprimé par l'apposition d'une marque à côté du mot «oui» ou du mot «non» [paragraphe 3(1) et 3(3)]. Ce choix pourra alors porter, soit sur un ensemble de propositions constitutionnelles soumises globalement, soit sur une série de questions distinctes, une pour chaque proposition [paragraphe 3(2)].

La question référendaire québécoise, quant à elle, n'est soumise à aucune exigence de forme.

3. La procédure référendaire

i. le référendum fédéral

L'émission de brefs référendaires par le directeur général des élections fait immédiatement suite à la proclamation gouvernementale déclenchant le référendum. Celui-ci a lieu à la date fixée par le gouvernement. Les brefs ne pourront toutefois être émis pendant une élection générale, et une période minimale de trente-cinq (35) jours doit séparer le scrutin référendaire de la date des brefs (article 6).

Il est à noter que l'article 3 de la loi référendaire autorise expressément la tenue d'un référendum dans certaines provinces seulement. Celui-ci, pour être valide, ne doit donc pas nécessairement avoir lieu à l'échelle nationale.

ii. le référendum québécois

Le référendum est déclenché par un décret du gouvernement adressé au directeur général des élections (article 13). Le décret ne peut être émis avant l'écoulement d'une période de 18 jours suivant la date où l'Assemblée a été saisie de la question

référendaire (article 14). Comme pour le référendum fédéral, il ne peut y avoir de référendum pendant le déroulement d'élections générales (article 15).

Quant à la période référendaire, elle est d'une durée approximative de cinq semaines, le scrutin devant nécessairement avoir lieu le cinquième lundi suivant la prise du décret (appendice 2 de la loi sur la consultation populaire, modifiant l'article 131 de la loi électorale). Il s'agit donc d'une période comparable à celle prévue pour le référendum fédéral (35 jours).

b. Le contrôle de la conformité

1. Le référendum fédéral

D'une part, la loi référendaire prévoit l'éventualité d'un recomptage judiciaire, qui pourra avoir lieu sur initiative, soit du gouvernement fédéral ou provincial, soit d'un électeur (article 29). Par ailleurs, en ce qui concerne les autres dispositions de la loi (par exemple, les dépenses référendaires, la répartition du temps d'antenne), le directeur général des élections est chargé de veiller à l'application de la loi (article 7). Ses décisions pourront alors être révisées en cour fédérale en vertu de la loi sur la cour fédérale. De la même manière, on pourra le forcer à exercer ses devoirs ou appliquer une disposition particulière de la loi par voie de *mandamus*.

2. Le référendum québécois

La loi sur la consultation populaire prévoit la création d'un «conseil du référendum», tribunal spécial composé de trois juges de la cour du Québec (article 2). Ce tribunal a «juridiction exclusive pour connaître de toute procédure relative à une consultation populaire et à l'application de la présente loi» (article 3), incluant le recomptage (article 41). Ses décisions sont sans appel, sauf celles relatives à un recomptage (article 41) ou une contestation de la validité même du référendum (article 42), auquel cas un appel d'urgence est prévu en cour d'appel (article 3).

B. Conformité à la Constitution

Les référendums n'étant pas spécifiquement envisagés dans la Constitution, ils ne font l'objet d'aucune disposition particulière. Toutefois, à titre de manifestations étatiques, les procédures référendaires, ainsi que les lois qui les autorisent, sont soumises aux exigences de la Charte canadienne des droits et libertés. Soulignons à cet égard que le droit de vote, reconnu à l'article 3, n'a d'incidence qu'en matière proprement électorale, et non référendaire. Néanmoins, certaines garanties, on pense en particulier à la liberté d'expression [article 2(b)] et au droit à l'égalité [paragraphe 15(1)] sont susceptibles d'avoir un impact sur la procédure référendaire.

Sans procéder à une spéculation quant à l'éventail des contestations possibles, soulignons, à titre d'exemple, les difficultés constitutionnelles susceptibles d'être

engendrées par les dispositions de la loi québécoise relatives aux «comités nationaux» (articles 22 et suivants). Celles-ci, en regroupant obligatoirement l'ensemble des intervenants pendant la campagne référendaire en deux comités¹, et en soumettant ces intervenants à l'autorité réglementaire de ces comités, limitent considérablement le débat public et prêtent ainsi le flanc à une contestation au nom de la liberté d'expression. Il est à noter que la loi référendaire fédérale, qui prévoit la création de comités analogues, est beaucoup moins restrictive en ne limitant pas le nombre de comités (articles 13 et suivants). Ceux-ci se trouvent alors, quant au financement et au contrôle des dépenses, dans une position analogue à celle des partis politiques sous le régime de la loi électorale du Canada.

Il n'existe pas de tribunal unique en ce qui a trait au contrôle de la conformité des procédures référendaires à la Constitution. Une contestation relative à un référendum fédéral pourra être formulée en cour fédérale ou en cour supérieure. Par ailleurs, sous le régime de la loi québécoise, le conseil référendaire ayant, en vertu de l'article 3 de la loi sur la consultation populaire, juridiction exclusive «pour connaître de toute procédure relative à une consultation populaire», il pourra vraisemblablement être saisi d'une question constitutionnelle afférente à un référendum provincial. Toutefois, suivant la jurisprudence, la cour supérieure jouira à cet égard d'une juridiction concurrente. Le recours à ce tribunal pourra d'ailleurs s'avérer avantageux, étant donné l'éventail plus large de remèdes dont il dispose.

**IX. Remarques sur les référendums en Finlande - Intervention de M. Matti NIEMIVUO
Directeur du Département de la législation, Ministère de la Justice, Helsinki**

En Finlande, la démocratie représentative est l'un des principes de base de la Constitution. La Constitution finlandaise considère la possibilité du recours au référendum comme une forme de démocratie directe. Cependant, un référendum peut n'être que consultatif. Son rôle principal est donc de suppléer à la démocratie représentative. En même temps, parce qu'il donne aux citoyens la possibilité d'exercer une plus grande influence sur la prise de décisions publiques, le référendum renforce la légitimité de ces décisions. Quant à l'institution de l'initiative populaire, par laquelle un certain nombre de citoyens peut proposer un référendum ou l'examen d'un projet de loi par le Parlement, elle n'existe pas dans la Constitution finlandaise.

Dans cette présentation, je décrirai d'abord les réglementations et la pratique relatifs aux référendums nationaux. Puis je parlerai du cas des référendums au niveau municipal et enfin, j'exposerai brièvement la teneur de la révision

¹ Dans un but de contrôle des dépenses référendaires, lié au souci d'intégrité et d'équité du processus, la loi prévoit l'établissement de comités nationaux limités, quant au nombre, par les options soumises à la population (article 22). Ainsi, dans l'éventualité d'une question typique permettant un choix entre deux options, il n'y aura que deux comités nationaux.

constitutionnelle en cours en Finlande, et, parallèlement, l'évolution de l'institution du référendum.

1. La Constitution finlandaise de 1919 a été amendée en 1987 par l'ajout de dispositions concernant les référendums consultatifs nationaux. En vertu de cette disposition (nouvel article 22a), l'organisation d'un référendum consultatif est fixée par une loi du Parlement. Cette loi stipule la date du scrutin et les termes de l'alternative à soumettre au suffrage des électeurs. L'Etat informe les électeurs des termes de la question soumise à leur vote et veille à la diffusion de l'information y afférant. Une loi spéciale, promulguée en 1987, définit les dispositions procédurales et précise les dispositions constitutionnelles concernant les référendums consultatifs.

A ce jour, il ne s'est tenu en Finlande qu'un seul référendum consultatif selon la législation de 1987. Ce référendum portait sur la question de l'entrée de la Finlande dans l'Union européenne. Conformément à une loi datant de 1994, les citoyens devaient répondre par "oui" ou par "non". Bien qu'il se fût agi d'un référendum consultatif, la Commission constitutionnelle du Parlement a insisté sur l'importance qui serait donnée au résultat du référendum lors de la décision finale du Parlement. Le référendum s'est tenu le 16 octobre 1994 et près de 71 % des électeurs inscrits se sont exprimés. Un peu moins de 57 % ont voté pour l'entrée dans l'Union et un peu plus de 43 % contre. Un peu plus tard au cours de l'automne, le Parlement a approuvé l'entrée de la Finlande dans l'Union Européenne par 152 voix contre 45.

Un référendum séparé sur l'entrée dans l'Union européenne a été organisé dans la province d'Åland, qui jouit d'une grande autonomie. Une loi provinciale spéciale a dû être promulguée à cet effet, l'institution du référendum n'existant pas dans la loi de 1991 sur l'Autonomie d'Åland. Le référendum d'Åland s'est tenu le 20 novembre 1994, c'est-à-dire après celui de la Suède, le 13 novembre 1994. Les questions posées et les procédures étaient semblables à celles du référendum national, auquel les Ålandais avaient également participé. Le résultat a été encore plus net que pour le référendum national : 73,7 % pour et 26,3 % contre l'entrée dans l'Union européenne, avec un taux de participation légèrement inférieur à 50 %.

Un seul référendum national avait déjà eu lieu en Finlande : c'était, en 1931, un référendum consultatif sur la loi sur la Prohibition, basé sur une loi spéciale. Mais l'idée d'organiser un référendum revient de temps en temps à l'ordre du jour, à l'initiative des membres du Parlement, sur des questions spécifiques comme par exemple le bilinguisme, le financement des partis politiques et l'énergie nucléaire.

Il est important de noter qu'il n'existe pas, en Finlande, de Cour constitutionnelle qui contrôle la constitutionnalité des lois relatives aux référendums. La conformité à la Constitution des lois votées par le Parlement est examinée lors de leur

promulgation. La Commission constitutionnelle, au sein du Parlement, joue un rôle central dans le contrôle préalable de l'ordre de promulgation des lois.

2. L'autonomie locale est une vieille tradition en Finlande et son importance se reflète dans l'administration. Aujourd'hui, le pays compte 455 municipalités qui diffèrent beaucoup de par leur taille, leur population et leurs ressources financières. L'instance de décision la plus élevée au niveau municipal est le Conseil municipal, dont les membres sont élus au suffrage direct tous les quatre ans. Toutes les autres instances élues sont élues par lui. La démocratie dans l'administration des municipalités est par conséquent indirecte et représentative.

Le recours à la démocratie directe est également possible au niveau municipal. Des dispositions sur le référendum municipal ont été données pour la première fois dans les lois sur les Gouvernements Locaux de 1917. La possibilité du recours au référendum a cependant été supprimée un an plus tard. Seul un référendum municipal avait pu être organisé entre-temps. Il s'agissait de former une nouvelle municipalité à partir de plusieurs parties d'une ancienne municipalité.

Ce n'est qu'en 1990 que des dispositions relatives au référendum municipal ont été incluses dans la loi sur les Gouvernements Locaux de 1976. Une loi séparée contenant des dispositions sur les procédures référendaires a été promulguée la même année. En vertu de cette loi, le référendum municipal n'avait, tout comme le référendum national, qu'une valeur consultative. Dans les années 1990 à 1994 se sont tenus au total 12 référendums municipaux. Dix d'entre eux portaient sur la réunion de municipalités, deux sur des projets de routes. Suite à ces scrutins, les instances de décision, c'est-à-dire les conseils municipaux, ne se sont pas toujours strictement conformées au résultat de la consultation, mais elles en ont tenu compte dans leurs décisions.

Une nouvelle loi sur les Gouvernements Locaux est entrée en vigueur en Finlande au début de juillet 1995. Cette loi contient également une disposition sur les référendums municipaux (article 30), qui restent consultatifs. Il avait été suggéré dans le projet de loi gouvernemental que le résultat du référendum devrait s'imposer au Conseil, lorsque celui-ci le décide et aux conditions qu'il définit. Cette possibilité d'effet contraignant a cependant été abandonnée lors des débats du Parlement. En effet, le principe en a été considéré comme contraire à la démocratie représentative. De plus, certains problèmes d'interprétation étaient liés à la notion d'effet contraignant. Selon la loi, les décisions concernant la tenue des référendums relèvent du Conseil municipal. C'est lui qui décide d'organiser ou non un référendum et qui fixe les termes de la question soumise au vote.

Contrairement au référendum national, l'initiative du référendum peut, en vertu de l'article 31 de la loi sur les Gouvernements locaux, être prise par au moins 5 % de la population de la municipalité. Dans ce cas, le Conseil municipal doit décider immédiatement de tenir ou non le référendum proposé.

Il n'est pas possible de faire appel à la décision du Conseil municipal sur la tenue d'un référendum. Cette prohibition est fondée sur le fait que si l'appel était autorisé, la tenue du référendum municipal pourrait être ajournée jusqu'à ce que la question ne soit plus d'actualité.

3. La loi constitutionnelle la plus importante en Finlande est la Constitution de 1919. Il en existe trois autres. Depuis 1970, une révision constitutionnelle est en préparation de manière quasi ininterrompue. A l'origine, il était question d'une refonte complète de la Constitution, mais le projet a été abandonné, essentiellement en raison de désaccords politiques, et les lois constitutionnelles ont simplement été amendées par des réformes partielles.

L'institution du référendum, instaurée en 1987, a été l'une des premières réformes partielles. Au cours des dernières années, les changements se sont accélérés. Ainsi, seuls 37 articles de la Constitution conservent leur forme originale de 1919. 54 articles ont été amendés, 17 sont entièrement nouveaux et 4 ont été annulés.

En raison de certains points de vue adoptés par le Parlement, le programme du gouvernement de Monsieur Paavo Lipponen, qui a commencé ses travaux au printemps 1995, contient une déclaration selon laquelle le besoin d'unification et de mise à jour des lois constitutionnelles sera examiné et la législation modifiée en conséquence. De plus, il est prévu de poursuivre la révision constitutionnelle pour aboutir à une nouvelle constitution cohérente. Le ministère de la Justice a donc entamé la préparation d'une constitution cohérente qui devrait entrer en vigueur au cours de l'année 2000. Dans ce contexte, il est nécessaire d'examiner également la nécessité d'une révision de l'institution référendaire. Il semble que l'avis général en Finlande soit de conserver la possibilité du recours au référendum consultatif, mais en l'assortissant de restrictions et de précautions. Une des questions qui se posent est celle de l'effet contraignant des référendums sur les membres individuels du Parlement. Du point de vue juridique, les preneurs de décision ne sont pas liés par le résultat d'un référendum. Toutefois, le problème de l'obligation morale et politique est une question plus complexe qui ne se prête guère aux solutions légales.

X. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire en Hongrie - Intervention de M. János ZLINSZKY et de Mme Magdolna SIK

M. János ZLINSZKY Membre de la Commission européenne pour la Démocratie par le Droit, Membre de la Cour constitutionnelle hongroise et Mme Magdolna SIK Docteur en droit

L'institution du référendum n'est pas réglementée dans les détails dans la Constitution hongroise. L'article 2 de la Constitution déclare seulement que «Dans la République de la Hongrie tout pouvoir appartient au peuple qui exerce la souveraineté du peuple par ses représentants élus, ainsi que directement».

La Constitution ne détermine ni les domaines qui peuvent être soumis à un référendum, ni les domaines exclus du référendum. Elle laisse entièrement au Parlement la réglementation du référendum. Le paragraphe 5 de l'article 19 dit: «Le référendum national est ordonné par l'Assemblée nationale. L'adoption de la loi sur le référendum requiert la majorité des deux tiers des voix des députés présents».

La loi sur le référendum (la loi n° XVII de 1989) a été adoptée avant la modification de la Constitution et elle était conforme à l'ordre constitutionnel d'avant la modification de la Constitution.

A l'origine, cette loi contenait les règles sur les référendums national et local. Depuis septembre 1990, cette loi traite seulement du référendum national, le plébiscite local est réglementé d'une part par la loi sur les autonomies locales (la loi n° LXV de 1990), d'autre part par les décrets des autonomies locales.

En Hongrie, la réglementation du référendum national rentre dans les attributions de l'Assemblée nationale. On connaît deux types de référendums:

- le référendum ayant pour but de prendre une décision dont le résultat lie l'Assemblée nationale; et
- le référendum ayant pour but de manifester l'opinion du peuple, assurant la participation des citoyens à la prise de décision du parlement, mais dont le résultat n'a pas de force obligatoire (référendum indicatif).

L'objet d'un référendum peut être toute question incombant aux attributions du parlement, sauf les exceptions prévues par la loi.

Un référendum peut être ordonné pour l'approbation d'une loi adoptée par le parlement ou bien au sujet des décisions qui sont de la compétence du parlement. Par exemple: au sujet de la détermination des principes d'une loi ou au sujet des questions d'intérêt national qui ne nécessitent pas de forme de loi.

Les domaines qui ne peuvent pas être l'objet d'un référendum sont les suivants:

- a. les lois sur le budget national, les espèces d'impôts et de taxes nationales, ainsi que les conditions déterminées au niveau national pour la perception des impôts locaux,
- b. les décisions sur les questions de nomination, incombant aux attributions du parlement,
- c. l'exécution des obligations résultant d'engagements de droit international ou les lois promulguant ces traités ou conventions internationaux.

La loi définit un seul domaine où le référendum national est obligatoire: la nouvelle constitution devra être approuvée par un référendum national.

L'initiateur d'un référendum peut être:

- a. le Président de la République,
- b. le gouvernement,
- c. au moins 50 députés,
- d. au moins 50 000 citoyens.

L'initiative doit être déposée auprès du président de l'Assemblée nationale. Le président de l'Assemblée nationale rejette les initiatives soumises par des personnes ou par des institutions qui ne sont manifestement pas autorisées à les déposer. Il rejette aussi les initiatives qui sont signées par moins de 50 000 personnes.

Le référendum est ordonné par l'Assemblée nationale. Cette décision requiert la majorité des deux tiers des voix des députés. Le parlement prend sa décision sous forme de décret, même s'il refuse le recours au référendum.

L'Assemblée nationale est obligée d'ordonner le référendum dans le cas où l'initiative est signée au moins par 100 000 personnes.

Si une question a déjà été l'objet d'un référendum, l'Assemblée nationale ne doit pas ordonner un nouveau référendum dans les deux ans suivant la décision référendaire.

Si le référendum rejette la nouvelle constitution, l'Assemblée est obligée d'ordonner un nouveau référendum dans un délai d'un an.

En matière de modification d'une loi référendaire par une loi parlementaire, la Constitution hongroise impose un délai d'attente de deux ans: l'Assemblée nationale ne peut modifier une loi approuvée par un référendum que deux ans après l'entrée en vigueur de la loi référendaire.

Ce sont les règles les plus importantes concernant le référendum national en Hongrie. Comme on peut le voir, la Constitution ne fixe expressément ni d'une manière positive, ni d'une manière négative les domaines pouvant être soumis à un référendum. Cette question n'est réglée que par une loi spéciale, qui rend très largement possible le recours au référendum national.

Dans le système juridique hongrois, le contrôle de la recevabilité matérielle du référendum ne rentre pas directement dans les attributions de la cour constitutionnelle. C'est par la voie indirecte de l'interprétation de la constitution que la cour constitutionnelle peut exprimer son opinion concernant la recevabilité matérielle d'une initiative référendaire.

Selon l'article 32 de la loi sur le référendum, une plainte constitutionnelle peut être déposée — par au moins 500 citoyens — à la cour constitutionnelle dans les cas suivants:

1. pour cause de refus du recours au référendum national, fondé sur l'absence de succès de la certification des signatures;
2. pour cause de violation des règles légales concernant l'exécution du référendum ou concernant la constatation du résultat du référendum.

La cour constitutionnelle a une compétence équivalente en matière de plébiscite local: une plainte constitutionnelle peut être déposée:

1. pour cause de refus — violant la loi — du recours au plébiscite local ou,
2. pour cause de violation des règles légales concernant l'exécution du plébiscite.

Dans ce cas, la cour constitutionnelle contrôle la régularité formelle du référendum, elle examine les questions de procédure, mais elle n'est pas compétente pour examiner la validité matérielle du texte soumis au référendum. Ces cas sont très nombreux dans la pratique de la cour, en rapport avec des plébiscites locaux.

La cour constitutionnelle procède à l'examen préalable de l'inconstitutionnalité d'un projet de loi ou d'une loi adoptée mais pas encore promulguée sur la base de la proposition de l'Assemblée nationale, d'une de ses commissions permanentes, de 50 députés, du Président de la République ou du gouvernement.

La cour constitutionnelle examine la constitutionnalité d'un texte référendaire dans le cas où elle reçoit une demande relative à l'interprétation de certaines dispositions de la constitution qui sont en rapport avec les questions à poser par référendum.

La première décision de la cour constitutionnelle concernant un référendum national a été posée en 1990 quand l'Assemblée nationale a demandé à la cour constitutionnelle d'interpréter l'article 29/A (1) de la Constitution qui réglait la durée du mandat du Président de la République. Le problème était qu'en 1989 un référendum national avait été organisé sur plusieurs questions et que quatre décisions référendaires avaient été prises, dont l'une concernait le même article et

notamment la façon d'élire le Président de la République (le peuple a voté pour l'élection indirecte du Président).

En 1990, la question était de savoir si l'Assemblée nationale pouvait modifier la durée du mandat du Président, ou bien si elle était empêchée pendant deux ans de modifier la règle concernée.

Dans son arrêt n° 1/1990 (II.12.) la cour constitutionnelle a constaté que la décision prise par le peuple n'avait pas été un référendum en ce qui concernait la durée du mandat, mais seulement en ce qui concernait le système de l'élection du Président. Dès lors, l'Assemblée nationale ne devait pas attendre deux ans pour pouvoir modifier cet article concernant la durée du mandat du Président.

Pour la deuxième fois, en 1993, une commission permanente du parlement a demandé à la cour constitutionnelle d'interpréter trois articles de la Constitution et — dans le cadre de l'interprétation — de prendre position concernant les questions suivantes :

- est-ce que le parlement pouvait être contraint par voie de référendum à déclarer sa dissolution avant l'expiration de son mandat?
- un tel recours au référendum devait-il être considéré comme une révocation collective et n'était-il pas contraire aux principes du droit électoral et de la représentation?
- existait-il d'autres cas où l'exigence de l'Etat de droit prohibait le référendum du point de vue de la constitutionnalité, en dehors des cas prévus par la loi sur le référendum?

Dans son arrêt n° 2/1993 (I.22.), la cour constitutionnelle a constaté que, dans l'ordre constitutionnel hongrois, la forme essentielle de l'exercice de la souveraineté du peuple était la représentation. La prise de décision par voie de référendum n'était qu'exceptionnelle et c'était au parlement de déterminer dans quels domaines il admettait l'exercice du pouvoir par voie de référendum.

La cour constitutionnelle a souligné aussi qu'une question soumise au référendum ne pouvait pas contenir une modification déguisée de la Constitution. Etant donné que la Constitution énumère exhaustivement les cas de dissolution du parlement, le parlement ne peut pas être contraint à déclarer sa dissolution. Vu que le parlement est lié par le résultat du référendum, la soumission au référendum de cette question signifierait un nouveau moyen de cessation du mandat du parlement, elle équivaldrait alors à une modification déguisée de la Constitution.

La cour constitutionnelle a rappelé en même temps que, bien qu'un référendum puisse trancher avec force obligatoire une question incombant aux attributions du

parlement — au lieu du parlement —, il ne pouvait pas prescrire à l'Assemblée comment elle devait décider une question. Dans un cas pareil, le référendum ne pouvait que manifester une opinion obligatoire pour le parlement.

La cour constitutionnelle a refusé d'identifier — par l'interprétation de la Constitution — d'autres domaines exclus du référendum, en dehors des cas précisés par la loi sur le référendum. L'opinion de la cour était que c'était en premier lieu le parlement qui avait la compétence de fixer les domaines pouvant faire l'objet du référendum et ceux qui en étaient exclus.

La cour constitutionnelle a constaté en même temps qu'une omission inconstitutionnelle avait été provoquée par le fait que le parlement avait omis d'harmoniser la loi sur le référendum avec la constitution en vigueur. La cour a invité l'Assemblée nationale à accomplir sa tâche de législateur avant le 31 décembre 1993.

En 1995, l'Assemblée nationale a demandé une interprétation de la constitution en rapport avec une initiative référendaire. La cour constitutionnelle a constaté de nouveau que la loi en vigueur sur le référendum n'était pas conforme à la Constitution modifiée et que la situation inconstitutionnelle n'était pas supprimée: l'harmonisation de la loi avec la constitution n'était pas encore effectuée.

Par conséquent, la cour constitutionnelle a renvoyé à l'Assemblée nationale la tâche de dénouer les difficultés résultant de ce défaut de conformité.

Dans cette situation, plusieurs questions se posent. Par exemple: quels sont les sujets qui pourraient être soumis au référendum et qui devraient être exclus du référendum, par une nouvelle loi sur le référendum?

Une autre question controversée est celle de savoir si les dispositions de la Constitution peuvent être modifiées par un référendum. La cour constitutionnelle a affirmé dans son arrêt n° 2/1993 qu'une question soumise au référendum ne devait pas contenir de modification déguisée de la Constitution. Mais est-ce qu'elle peut contenir une modification manifeste?

Selon un avis: oui, parce que l'objet d'un référendum peut être toute question incombant aux attributions du parlement (sauf les exceptions prévues par la loi).

Selon un avis contraire: non, la Constitution ne peut être modifiée que par l'Assemblée nationale et, après, la modification doit être approuvée par référendum, parce que l'exercice des deux formes de la souveraineté ensemble peut modifier la Constitution.

A mon avis, si on accepte que la Constitution peut être modifiée par un référendum, la même proportion (les deux tiers des voix des électeurs) devrait être exigée, tout comme dans le cas où le parlement modifie la Constitution.

Un autre problème de la réglementation actuelle est que, selon la loi en vigueur sur le référendum, la nouvelle constitution (que le gouvernement est en train de préparer) devra être approuvée par un référendum.

Mais comment est-ce qu'on peut dire oui ou non à une loi qui contient environ 80 articles? A mon avis, il serait utile d'organiser un référendum seulement sur les principes de la nouvelle constitution.

Une autre question se pose encore: quelle serait l'institution la plus adéquate pour exercer le contrôle de la recevabilité matérielle (la légalité, la constitutionnalité et la conventionnalité) des initiatives référendaires?

Le parlement est dans un certain sens hostile au référendum, parce que le référendum le dessaisit de son droit de décision. A mon avis, la cour constitutionnelle devrait exercer le contrôle préalable de la recevabilité matérielle des initiatives, comme elle le fait dans le cas des plébiscites locaux.

XI. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire en Irlande Intervention de M. James CASEY, Professeur, University College, Dublin

Introduction

La Constitution irlandaise envisage le référendum dans deux situations bien distinctes:

- a. en vue de l'approbation, ou du rejet, d'une proposition de révision constitutionnelle déjà adoptée par le parlement. Etant donné qu'il s'agit de la seule procédure instituée par la Constitution, une révision implique toujours la tenue d'un référendum¹;
- b. en vue de l'approbation, ou du rejet, d'un projet de loi qui a été adopté par le parlement, mais que le Président refuse de signer et de promulguer pour en faire une loi tant que l'on ne s'est pas assuré du consentement populaire.

Le Président ne peut agir de la sorte que dans des conditions très limitées, qui pour l'heure n'ont jamais été réunies². C'est pourquoi aucun référendum de ce second type n'a jamais été organisé.

¹ *Onze référendums distincts, dont certains ont été tenus le même jour, ont eu lieu depuis 1937, année où la Constitution est entrée en vigueur. L'électorat a rejeté quatre projets de révision, dont deux □ en 1986 et 1992 respectivement □ concernaient l'avortement et l'introduction du divorce, thèmes qui suscitent toujours la controverse.*

² *La condition préalable à l'exercice de ce pouvoir par le Président est qu'il y ait une motion, signée par la majorité des sénateurs et au moins un tiers des membres du Dáil, contre la signature du projet de loi. Cette motion doit affirmer que le projet de loi contient une proposition d'une importance telle, sur le plan national, qu'il faudrait s'assurer du consentement*

Contrôle de la recevabilité du référendum par le juge constitutionnel

Un seul organe □ le parlement □ est compétent pour mettre en place un référendum portant sur la révision de la Constitution. Tout projet de révision doit d'abord faire l'objet d'un projet de loi soumis au Dáil Éireann □ la chambre élue par le peuple □ et être accepté, ou être considéré comme accepté¹, par les deux chambres. Le projet est ensuite soumis par référendum à la décision du peuple.

populaire. Mais le gouvernement bénéficie habituellement de la majorité au Sénat, d'autant qu'onze sénateurs, sur un total de soixante, sont nommés par le Premier ministre.

Même si le président se voyait adresser une telle motion et décidait d'y accéder, un référendum ne suivrait pas forcément. L'article 27 propose deux méthodes pour s'assurer du consentement populaire à un projet de loi □ la tenue d'un référendum ou l'organisation d'élections générales □ et le choix en faveur de l'une ou l'autre semble revenir au «Taoiseach» (Premier ministre), et non pas au Président.

¹ *Si le Sénat n'a pas le pouvoir d'empêcher l'adoption d'une loi, il peut en revanche la retarder. S'il rejetait un projet de loi, le Dáil pourrait décider que celui-ci est considéré comme ayant été accepté par les deux chambres (article 23, paragraphe 1 de la Constitution).*

En ce qui concerne la forme, la Constitution exige que tout projet de révision soit présenté comme «une loi portant révision de la Constitution»¹. Elle stipule également qu'un projet de loi contenant un ou plusieurs projets de révision constitutionnelle ne doit comporter aucune autre proposition².

Contrairement aux constitutions de certains autres pays européens □ notamment la France, l'Allemagne, la Grèce et le Portugal³ □ la Constitution irlandaise n'impose aucune restriction quant à l'objet de la révision. L'article 46, paragraphe 1 précise que:

«Toute disposition de la présente Constitution peut être amendée par voie de modification, d'addition ou d'abrogation, de la manière prévue par cet article.»

Dans l'affaire *Finn c/Procureur général*⁴, le requérant demandait l'interdiction de la tenue d'un référendum concernant le projet de loi sur la huitième révision de la Constitution (1983). Il arguait que la modification proposée était superflue et interdite par la Constitution, puisque le droit à la vie de l'enfant à naître □ que la révision avait pour objet de protéger □ était déjà garanti par la Constitution⁵. Mais le juge Barrington rejeta la demande, en déclarant qu'au travers de l'article 46, paragraphe 1, le peuple entendait se donner toute latitude de modifier n'importe quelle disposition de la Constitution, et que cela incluait le pouvoir de clarifier ou de rendre plus explicite tout ce qui figurait déjà dans la Constitution. Par un arrêt de douze lignes, la Cour suprême rejeta un recours contre cette décision. Avec l'opinion concordante des juges Walsh, Henchy, Griffin et Hederman, le juge O'Higgins, président de la cour, déclara ce qui suit⁶:

«Le pouvoir de contrôler la constitutionnalité d'un texte de loi se limite (sauf dans les cas où s'applique l'article 26 de la Constitution) aux lois déjà adoptées. Hormis dans ces cas, aucun organe n'est compétent pour interpréter ou contrôler la constitutionnalité d'une loi, quelle que soit sa nature. Les juridictions n'ont aucun pouvoir de s'immiscer dans le processus législatif. C'est pourquoi le requérant n'est plus fondé à

¹ Article 46, paragraphe 3.

² Article 46, paragraphe 4.

³ Constitution française, article 89; loi fondamentale allemande, article 79, paragraphe 3; Constitution grecque, article 110, paragraphe 1; Constitution portugaise, article 290.

⁴ (1983) I.R. 154.

⁵ Le projet de loi fut plus tard approuvé par référendum et devint l'article 40, paragraphe 3, alinéa 3 de la Constitution.

⁶ (1983) I.R. 154 à 164.

poursuivre cette procédure et n'a plus de motif d'action. Etant donné que la procédure ne peut se poursuivre, il apparaît inutile à la cour de réexaminer les points déjà traités dans la décision du juge Barrington.»

Une autre initiative visant à bloquer la tenue du même référendum avait également échoué quelque temps plus tôt devant la High Court, dans l'affaire Roche c/Irlande¹. Le requérant prétendait que le projet de révision était libellé de manière si vague qu'il ignorait dans quel sens voter et serait contraint de s'abstenir, ce qui le priverait du droit que lui conférait la Constitution de prendre part au référendum. Le juge Carroll rejeta cette argumentation, mais fit observer qu'en tout état de cause, la révision de la Constitution impliquait «un processus législatif particulièrement solennel», auquel prenaient part non seulement le parlement, mais également le peuple. Elle ajouta qu'il n'entraînait pas dans la compétence des organes juridictionnels de s'ingérer dans ce processus, et que la Constitution interdisait d'ailleurs une telle intervention, eu égard au principe de séparation des pouvoirs. Elle déclara par ailleurs que la décision prise par la Cour suprême dans l'affaire Wireless Dealers' Association c/ Fair Trade Commission (1956)², montrait que les organes juridictionnels ne pouvaient intervenir dans le processus législatif normal, ni, *a fortiori*, dans le processus législatif encore plus solennel d'une révision constitutionnelle.

Cette jurisprudence pourtant peu engageante ne dissuada pas d'autres requérants de tenter de bloquer le référendum portant sur une révision qui devait permettre la ratification du Traité de Maastricht³. Dans l'affaire Slattery c/An Taoiseach⁴, le requérant sollicitait l'interdiction du référendum, en arguant notamment que la portée de la modification proposée pouvait permettre aux institutions communautaires de passer outre à la protection que l'article 40, paragraphe 3, alinéa 3 de la Constitution accorde à l'enfant à naître. Cette demande fut rejetée par la High Court, de même que le recours en appel par la Cour suprême. Au nom de cette dernière juridiction, le juge Hederman déclara⁵:

«Le véritable objet de cette affaire est de demander à cette cour d'entraver le cours des procédures législative et constitutionnelle, ce qui ne relève pas de sa compétence. Les intimés ne font qu'appliquer la décision du Dáil et

¹ (Décision non publiée), High Court (juge Carroll), 16 juin 1983.

² (Décision non publiée), Cour suprême, 14 mars 1956.

³ Il était clair que la ratification du traité exigeait une révision constitutionnelle, étant donné la décision de la Cour suprême dans l'affaire Crotty c/An Taoiseach (1987) I.R. 713), qui concernait la ratification de l'Acte unique européen.

⁴ (1993) 1 I.R. 286.

⁵ Paragraphe 299.

du Seanad; ils ne contrôlent pas le référendum. Ils ne sont tenus par aucune obligation d'ordre constitutionnel ou juridique de fournir des fonds à ceux qui veulent s'opposer au référendum.»

En outre, le juge McCarthy fit la déclaration suivante¹:

«A mon sens, la demande des requérants n'est absolument pas fondée; rendre une ordonnance telle que celle qui est demandée constituerait une intervention totalement injustifiée et injustifiable de la part du pouvoir judiciaire dans un domaine manifestement législatif et populaire (...).»

Enfin, le juge Egan se prononça dans le même sens²:

«A mon avis, une intervention des organes juridictionnels dans une procédure qui est autorisée par la Constitution serait totalement illicite³.»

Juridiction constitutionnelle et contrôle de la validité matérielle des textes soumis à référendum

Comme nous l'avons expliqué plus haut, les seuls textes jusqu'à présent soumis à référendum en Irlande sont des projets de révision constitutionnelle. La seule possibilité de contrôler ces textes serait de les faire examiner par le juge; or, comme nous l'avons indiqué, les organes juridictionnels sont peu réceptifs à cette idée.

Si un projet de loi ordinaire (c'est-à-dire un amendement non constitutionnel) était approuvé par l'électorat à l'issue d'un référendum⁴, il ne serait pas pour autant à l'abri d'un contrôle de constitutionnalité postérieur. A l'instar de tout texte législatif, la loi qui résulterait d'un référendum favorable bénéficierait d'une

¹ Paragraphe 301.

² Paragraphe 304.

³ Dans l'affaire *McKenna c/An Taoiseach* (décision non publiée, High Court, 8 juin 1992), la requérante demandait l'interdiction de la tenue du même référendum. Elle affirmait notamment que le gouvernement s'apprêtait à agir de manière contraire à la Constitution, puisqu'il proposait de monter une «campagne partisane», financée par des fonds publics, en faveur d'un vote positif. Le juge Costello rejeta cet argument, en affirmant qu'il soulevait une question politique non susceptible d'un recours judiciaire.

⁴ L'article 47, paragraphe 2, alinéa 1 de la Constitution soumet les référendums de ce type à une règle spéciale. Le projet de loi sera considéré comme ayant fait l'objet d'un veto si la majorité des suffrages s'oppose à son adoption et si ces suffrages correspondent à au moins 33,33 % des électeurs inscrits sur les listes électorales. (L'article 47, paragraphe 1 précise que, pour les projets de révision constitutionnelle, la majorité simple favorable suffit, et ne mentionne aucun taux de participation minimum.)

présomption de conformité à la Constitution, qui pourrait toutefois être contestée. Cette loi serait donc en principe susceptible d'être contrôlée et invalidée postérieurement si, par exemple, elle violait la Constitution en portant atteinte au principe de séparation des pouvoirs ou aux dispositions relatives aux droits fondamentaux qui y figurent.

Une telle loi ne pourrait faire l'objet d'un contrôle de conformité avec le droit international que dans des circonstances limitées. La Constitution irlandaise a adopté une position manifestement ambiguë à l'égard du droit international. En effet, aucun accord international ne fait partie du droit interne si le parlement n'en a pas décidé ainsi (article 29, paragraphe 6). La Cour suprême a toujours considéré qu'un texte de loi par ailleurs valable ne pouvait être attaqué sur la base d'un accord international qui ne fait pas partie du droit interne¹. Ainsi, il serait impossible d'attaquer une loi qui a été approuvée par l'électorat en se fondant sur le fait qu'elle viole la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Pourtant, l'article 29, paragraphe 3 de la Constitution dispose que:

«L'Irlande accepte les principes de droit international généralement reconnus comme règles de conduite dans ses rapports avec les autres Etats.»

Donc, si l'on pouvait arguer que la loi approuvée par l'électorat portait atteinte à un principe de droit international coutumier, le contrôle postérieur semblerait possible².

Il est peu probable qu'une loi approuvée par l'électorat serait davantage respectée qu'une loi simplement adoptée par le parlement. Le peuple a le pouvoir de réviser la Constitution, mais, lorsqu'il est invité à prendre part au processus législatif ordinaire, il n'est pas plus en droit de faire fi de la Constitution que l'organe législatif lui-même.

Juridiction constitutionnelle et contrôle par voie référendaire de la validité matérielle des textes portant révision de la Constitution

Contrôler par voie référendaire la validité matérielle des textes portant révision de la Constitution semble totalement exclu. Comme nous l'avons observé, l'article 46, paragraphe 1 n'impose aucune restriction à la révision de la Constitution³. Et

¹ *Affaire Ó Laighléis (1960) I.R. 93; Requête Woods (1970) I.R. 154.*

² *Voir aussi James Casey, Constitutional Law in Ireland (2^e édition, Londres 1992), chapitre 8.*

³ *Il existe à cela une exception d'ordre technique, en ce sens qu'il n'est pas possible de réviser le préambule. L'article 46 se réfère à la révision de «la présente Constitution». Or, le préambule*

l'article 26, qui autorise le président à soumettre des projets de lois à la Cour suprême afin qu'elle juge de leur conformité à la Constitution, exclut tout «projet qualifié comme contenant un amendement à la Constitution». Dans l'affaire Finn, le juge Barrington fit observer que¹:

«La logique qui sous-tend (cet article) est évidente, car un projet de loi tendant à modifier la Constitution peut très bien contenir une proposition contraire à une disposition qui figure déjà dans la Constitution. Demander à la Cour suprême de déterminer si le projet de loi est incompatible ou non avec les dispositions existantes de la Constitution serait un exercice absurde.»

Et dans l'affaire Slattery, le juge Hederman déclara²:

«Un projet de révision de la Constitution ne peut en soi être inconstitutionnel, et la procédure engagée aux fins de révision ne peut être contraire à la Constitution dès lors qu'elle répond aux exigences qui y sont fixées.»

Le seul motif de contestation possible aurait donc trait à la procédure, dans les cas où le projet de loi, en violation de l'article 46, paragraphe 3, ne serait pas qualifié comme une loi contenant un amendement à la Constitution, ou si, en contradiction avec l'article 46, paragraphe 4, le projet contenait une autre proposition.

Il n'est pas clairement établi si le contrôle est possible dans l'hypothèse d'une révision constitutionnelle prétendument en contradiction avec des restrictions extrinsèques. Si le grief se fondait sur le fait que la révision est contraire à un accord international qui a été ratifié par l'Etat mais ne fait pas partie de son droit interne, il serait presque à coup sûr rejeté, étant donné l'ambiguïté de la Constitution à cet égard. L'argument selon lequel le nouveau texte est contraire à un principe issu du droit international coutumier serait également dérisoire, car les juridictions affirmeraient probablement que ce texte modifie la reconnaissance, par l'Etat, des principes de droit international généralement reconnus (article 29, paragraphe 3).

Un problème plus délicat encore se présenterait s'il était allégué que la révision envisagée porte atteinte aux traités régissant l'activité des Communautés européennes. Lesdits traités ont bien évidemment été intégrés au droit interne de

indique que c'est uniquement ce qui suit qui est désigné par «la présente Constitution»; le pouvoir de réviser la Constitution ne peut donc s'étendre au préambule.

¹ (1983) I.R. 154 à 161.

² (1993) 1 I.R. 286 à 300.

l'Etat, et peuvent être assimilés à des normes constitutionnelles¹. La High Court, face à un tel argument, pourrait probablement invoquer l'article 177 du traité de la CEE afin de déterminer si la révision constitutionnelle est véritablement contraire aux traités. Et si la High Court n'en faisait rien, la Cour suprême, pour autant qu'elle soit saisie en tant que juridiction d'appel, serait sans doute obligée de le faire².

XII. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire au Japon - Intervention de M. Yoichi HIGUCHI

Professeur

Il peut paraître un peu paradoxal d'entendre parler de «Justice constitutionnelle et démocratie» un participant venant d'un pays où la Constitution prévoit certes ces deux institutions, mais où il n'existe pas encore de précédent de la combinaison de ces deux mécanismes.

Il n'en reste pas moins que, quant à notre grand sujet qui est la «Démocratie par le droit», il convient de rappeler que les Japonais avaient commencé, il y a cent-quarante ans, un apprentissage de la démocratie, en prenant leurs modèles sur les droits européo-atlantiques et qu'à la suite de bien des tâtonnements qui s'accompagnèrent d'événements tragiques, ils se sont engagés, cette fois définitivement, sous l'actuelle Constitution de 1946, dans la voie du constitutionnalisme démocratique. J'ai dit leurs modèles au pluriel, parce que, comme nous pouvons le savoir à travers d'excellents rapports ici présentés, il n'y a pas qu'une version possible de la démocratie, et je reviendrai sur ce point tout à l'heure.

I. Esquissons d'abord, très brièvement, un tableau de la situation japonaise concernant la démocratie référendaire, d'une part, et la justice constitutionnelle, d'autre part.

S'agissant du référendum, et plus généralement, des procédés de la démocratie directe, la Constitution de 1946 exige, pour une révision constitutionnelle, un référendum obligatoire qui doit avoir lieu à la suite de la décision prise par les deux tiers des membres de chacune des deux chambres du Parlement. Nous n'avons pourtant pas eu de révision constitutionnelle depuis presque cinquante ans. Aussi curieux que cela puisse paraître, il faut tout de suite dire que la Constitution de 1946, symbole même de la démocratie d'après-guerre, doit être

¹ Dans l'affaire *Campus Oil Ltd. c/ ministre de l'Industrie* (1983) I.R. 82, la Cour suprême considéra que l'article 177 du Traité de la CEE faisait dire à l'article 34 de la Constitution qu'il n'était nullement possible de faire appel d'une décision rendue par la High Court en vue d'obtenir une décision sur renvoi préjudiciel en vertu de l'article 177.

² Voir aussi Casey, *op. cit.*, p. 171-172.

regardée plutôt comme la Déclaration des droits de l'homme de 1789 que comme une Constitution des énièmes Républiques.

Quant au référendum législatif, il n'est pas prévu par la Constitution, qui reste essentiellement représentative. Il faut pourtant ajouter que la loi portant sur l'autonomie locale permet de recourir, pour la gestion des collectivités locales, à une série de procédés de démocratie directe parmi lesquels figure la technique de l'initiative populaire concernant l'adoption, la révision et l'abrogation d'un règlement local. Il est à noter qu'un arrêt de la cour d'appel de Tokyo a nié, du moins en principe, la possibilité d'un examen préalable par le maire d'une proposition de règlement issue d'une initiative populaire.

Quel est l'autre élément de notre sujet: la justice constitutionnelle? Nous avons un système de contrôle de la constitutionnalité de type américain, contrôle *a posteriori* exercé par voie d'exception par les tribunaux et cours ordinaires au sommet de la hiérarchie desquels se trouve la Cour suprême.

Voilà les deux institutions concernant notre sujet. Faute de précédent juridictionnel au niveau de la justice constitutionnelle, nous avons peu de matériaux à apporter à notre discussion. Au plan théorique, pourtant, les constitutionnalistes ont été, et sont toujours, assez attentifs à l'actualité de notre problème. Je cite donc ici un controverse théorique qui se pose parmi les constitutionnalistes japonais, et cela nous amène à une réflexion d'un ordre plus général.

II. Il s'agit d'arguments sur la possibilité d'une sanction juridictionnelle de l'éventuelle révision constitutionnelle qui devrait nécessairement être ratifiée par un référendum.

La thèse affirmative présuppose la théorie de la limite du pouvoir de révision constitutionnelle selon laquelle on ne peut pas toucher, par voie de révision constitutionnelle, à l'un ou l'autre des principes fondamentaux d'une Constitution. La majorité des théoriciens s'alignent plutôt sur cette théorie, mais ils hésitent à en déduire la compétence du juge à sanctionner l'inconstitutionnalité d'une disposition constitutionnelle ratifiée par référendum.

La thèse négative peut invoquer, en effet, deux raisonnements différents, voire contradictoires entre eux: un raisonnement positiviste selon lequel il ne peut y avoir qu'une catégorie de normes constitutionnelles auxquelles s'applique simplement la règle *lex posterior derogat priori*, d'une part, et un raisonnement volontariste selon lequel la volonté du peuple souverain s'impose, d'autre part. Si, au Japon, la thèse négative est majoritaire, c'est parce que, finalement, le raisonnement volontariste freine le rôle du juge en cette matière.

Dans ce contexte, deux rapports, qui présentent respectivement les deux points de vue, nous incitent surtout à la réflexion.

Le Président Jacques Robert présente une version de la démocratie somme toute fidèle à la tradition française de primauté de la volonté générale exprimée sous forme de démocratie référendaire. Le Doyen Julien Eule souligne plutôt, quant à lui, la vertu du principe républicain au sens américain du mot, à savoir l'importance du contrepoids judiciaire à la passion démocratique.

Chacune des deux versions, en même temps qu'une légitimité incontestable, comporte un risque. Risque d'une déviation plus ou moins populiste d'une part, et risque d'une démocratie sous tutelle des sages d'autre part. Entre ces deux versions, nous sommes peut-être contraints de poursuivre un dialogue perpétuel comme la toile de Pénélope. Si j'évoque ce mythe grec, ce n'est pas pour exprimer une vanité, mais au contraire la vertu du dialogue qui caractérise la démocratie par le droit.

XIII. Le référendum dans la pratique constitutionnelle lituanienne - Intervention de M. Kestutis LAPINSKAS

Membre de la Commission européenne pour la Démocratie par le Droit, Juge à la Cour constitutionnelle, Vilnius

I. La Constitution de la République de Lituanie (1992), tout en consacrant la souveraineté du peuple, et le droit naturel de celui-ci à disposer de lui-même, énonce également qu'il exerce son pouvoir souverain directement ou par l'intermédiaire de ses représentants démocratiquement élus. Cette disposition est précisée dans le Chapitre 2 de la Constitution, intitulé «L'individu et l'Etat», où il est stipulé à l'article 33 que les citoyens sont en droit de prendre part au gouvernement de leur Etat de façon directe et au travers des représentants qu'ils ont librement choisis. Ainsi, les dispositions constitutionnelles consacrent les formes de démocratie aussi bien directe que représentative en Lituanie. Un examen de la Constitution nous amène à conclure qu'indubitablement, la forme dominante, celle qui est ordinairement pratiquée, est la démocratie représentative, ce qui définit le régime lituanien comme étant de type parlementaire.

II. Le référendum, en tant que forme de principe de la démocratie, est spécifiquement évoqué à l'article 9 de la Constitution, ainsi libellé:

[«Les questions essentielles relatives à la vie de l'Etat et du peuple sont décidées par voie référendaire»].

Dans les cas prévus par la loi, l'initiative des opérations référendaires appartient à la Seimas [Assemblée].

Un telle procédure est également déclenchée si 300 000 électeurs au moins en font la demande.

Les modalités d'initiative et de mise en oeuvre d'un référendum sont déterminés par la loi.»]

Certains points relatifs au référendum sont régis par cinq autres articles de la Constitution. En outre, ce sujet apparaît également dans les dispositions finales, qui fixent les modalités du référendum constituant permettant d'adopter la Constitution, ainsi que la procédure de mise en application.

Le même dispositif figurait déjà dans la loi fondamentale provisoire de la République de Lituanie (1990).

La loi sur le référendum a été votée en Lituanie le 3 novembre 1989 déjà. C'était la première fois qu'un texte de ce genre était adopté sur le territoire de l'ex-URSS. Elle a joué un rôle essentiel dans la lutte pour l'indépendance en Lituanie. On a ultérieurement modifié et complété cette loi, afin de la mettre en conformité avec les règles de la loi fondamentale provisoire et les dispositions de la nouvelle Constitution (1992).

La loi sur le référendum énonce les principes communs qui doivent être observés pendant la phase d'organisation, de déclenchement et de préparation des référendums, ainsi que lors du déroulement du scrutin et de la proclamation des résultats.

Les projets de lois et autres objets soumis au vote sont réputés adoptés si la majorité des électeurs de Lituanie approuve par référendum un tel projet ou objet. Mais si moins de la moitié des citoyens de Lituanie titulaires du droit de vote prend part au référendum, celui-ci est alors frappé de nullité.

III. Le référendum prévu par la Constitution de la République de Lituanie a une valeur décisionnelle. Aucun de ses articles ne mentionne expressément un référendum consultatif, ce qui ne signifie pas qu'en cas de nécessité une telle consultation ne puisse pas être organisée, d'autant qu'un référendum de ce type n'a aucune conséquence légale.

Le domaine réservé du référendum (c'est-à-dire l'ensemble des questions relevant spécifiquement de la voie référendaire) n'est pas exactement défini. Les rédacteurs de la Constitution ont employé une formulation abstraite, à savoir «les questions essentielles relatives à la vie de l'Etat et du peuple». L'examen des règles constitutionnelles permet de conclure qu'en Lituanie, deux sortes de référendums sont possibles: des référendums de nature constitutionnelle ou législative (pour l'adoption des lois).

Ainsi, outre les cas de modifications de la Constitution ou d'amendements apportés à des projets de lois, c'est la loi sur le référendum qui doit définir (ou, du

moins, énumérer sommairement) les autres domaines pour lesquels la voie référendaire est obligatoire. C'est ce que l'on peut déduire de certaines dispositions constitutionnelles telles que celle qui énonce que «dans les cas prévus par la loi, l'initiative des opérations référendaires appartient à la Seimas». Cette disposition a restreint les pouvoirs de la Seimas - elle n'a pas le pouvoir de déclencher une telle consultation en l'absence de base légale.

IV. Les principes régissant le référendum constituant sont inscrits dans la Constitution. L'article 148 dispose ce qui suit:

«La disposition de l'article 1 de la Constitution, qui énonce que l'Etat de Lituanie est une république démocratique indépendante, ne peut être modifiée que par voie de référendum, si les trois quarts au moins des électeurs inscrits en Lituanie se déclarent en faveur de la révision proposée».

«Les dispositions du Chapitre 1 («l'Etat de Lituanie») et du Chapitre 14 («Modification de la Constitution») ne peuvent être révisées que par la voie référendaire».

On peut considérer que les cas mentionnés ci-dessus relèvent obligatoirement du référendum, la procédure référendaire constituant la seule voie de résolution possible.

Par ailleurs, pour trancher la question, la Seimas elle-même peut toujours procéder à des modifications d'autres chapitres de la Constitution, après lecture et double vote, un intervalle de trois mois au moins devant être respecté entre chaque vote. Un projet de révision constitutionnelle est réputé adopté par la Seimas si les deux tiers au moins de ses membres expriment un vote favorable à chacun des deux scrutins.

Par décision de la Seimas, de telles modifications peuvent être soumises à référendum; il est donc possible d'organiser une procédure référendaire sur une base optionnelle (facultative).

V. Les dispositions constitutionnelles sur le référendum législatif prêtent beaucoup à controverse (en raison de leur caractère contradictoire). L'article 69 alinéa 4 stipule que «les lois de la République de Lituanie peuvent être adoptées également par référendum». On en déduit que la Constitution ne prévoit rien en matière d'adoption de lois référendaires.

Cependant, l'article 71 alinéa 3 de la Constitution dispose que «le Président de la République doit, dans un délai de cinq jours, signer et promulguer par la voie officielle les lois et autres textes adoptés par référendum». Ainsi, on peut supposer en vertu de cet article que la voie référendaire permet d'adopter aussi bien des lois (ou leurs textes d'application) que d'autres textes juridiques. La pratique de l'organisation des référendums en Lituanie vient corroborer cette supposition: le

25 octobre 1992 ont été approuvés par ce moyen la Constitution de la République de Lituanie actuellement en vigueur, ainsi que la «loi sur la procédure de mise en oeuvre de la Constitution de la République de Lituanie».

VI. L'initiative référendaire appartient à la Seimas et à une minorité qualifiée de citoyens de la République de Lituanie titulaires du droit de vote (au moins 300 000). Dans chaque cas, la procédure est déclenchée par une résolution spéciale de la Seimas adoptée à la majorité des membres participant à la session. Avant qu'une telle résolution ne soit votée, la Seimas doit examiner si la question proposée au référendum est conforme à la règle constitutionnelle imposant la voie référendaire pour trancher «les questions essentielles relatives à la vie de l'Etat et du peuple». Quand la Seimas prend une telle initiative, la question soumise à référendum doit être conforme à l'énumération des domaines suggérés par la loi sur le référendum.

VII. En Lituanie, depuis la restauration de l'Etat indépendant (le 11 mars 1990), quatre référendums et un plébiscite ont été organisés. Tous n'ont pas abouti, bien que chacun d'entre eux ait porté sur une question essentielle. Le plébiscite et deux des référendums ont connu une issue favorable. Quant aux deux autres référendums, l'un était nul (en raison d'une trop forte abstention) et l'autre a échoué car le nombre des votants était inférieur au minimum requis par la loi sur le référendum pour permettre une décision.

Ces consultations peuvent être résumées comme suit:

A l'initiative du Conseil suprême de la République de Lituanie a eu lieu le 9 février 1991 en Lituanie une votation populaire (plébiscite) sur la disposition constitutionnelle selon laquelle «l'Etat de Lituanie est une république indépendante et démocratique». La participation a atteint 84,7%, et 90,5% des votants (soit plus des trois-quarts des électeurs inscrits en Lituanie) se sont prononcés à l'issue d'un vote à bulletins secrets en faveur de cette déclaration. Au vu des résultats du plébiscite, le Conseil suprême, le 11 février 1991, a promulgué la loi constitutionnelle «sur l'Etat de Lituanie». En vertu de cette loi, la formule «l'Etat de Lituanie est une république indépendante et démocratique» est devenue une norme constitutionnelle de la République de Lituanie et un principe fondamental de l'Etat. Il a été ensuite stipulé que cette norme constitutionnelle pourrait être modifiée à l'avenir exclusivement par une autre votation populaire, à l'issue de laquelle les trois quarts au moins des électeurs de Lituanie auraient exprimé un vote favorable.

Le 23 mai 1992 a été organisé un référendum «sur le rétablissement de l'institution de la Présidence», à l'initiative de citoyens qui ont soumis des projets de loi élaborés au sein du parti *Lithuanian Sąjūdis* (le mouvement politique le plus important pour l'indépendance de la Lituanie). La participation a été suffisante

(57,6% des inscrits se sont rendus aux urnes), mais les textes n'ont pas été adoptés car seuls 42,8% des votants ont exprimé un vote favorable.

Le 14 juin 1992 a eu lieu un autre référendum, déclenché au sein du même parti. La question posée lors de cette votation populaire portait «sur le retrait immédiat, au cours de l'année 1992, et sans conditions, de l'armée de l'ex-URSS - passée sous le contrôle de la République fédérative de Russie - du territoire de la République de Lituanie, et la réparation des dommages causés à la Lituanie». La participation a été suffisante et le résultat positif: plus de 76% des électeurs inscrits se sont rendus aux urnes et 68,95% ont voté en faveur du retrait immédiat des troupes russes de Lituanie et de la réparation des dommages causés.

Le 25 octobre 1992, sur une initiative parlementaire, un référendum de nature constitutionnelle a été organisé en vue de l'adoption du projet de Constitution, élaboré et approuvé préalablement par le Parlement lituanien. 75,3% des citoyens titulaires du droit de vote ont participé au référendum, et 56% se sont prononcés en faveur de l'adoption de la nouvelle Constitution. C'est le premier et le seul référendum constituant qui a été organisé en Lituanie.

A l'instigation de citoyens (appartenant au parti de droite - *Union pour la patrie/Conservateurs lituaniens*) a été annoncé le 27 août 1994 un référendum sur «les privatisations illégales, la dévaluation des liquidations et actions, et autres transgressions de la protection juridique». Sur la base des projets de loi élaborés en vue du référendum, sept questions originales ont été formulées et soumises au vote des électeurs. Mais l'intérêt des citoyens a été faible: seuls 36,8% des électeurs lituaniens ont participé au référendum, et 30,8% d'entre eux se sont prononcés en faveur des projets de loi qui leur étaient présentés. Conformément à la loi sur le référendum, ces textes n'ont pas été adoptés (les votes favorables étaient trop peu nombreux). En raison d'une participation trop faible des électeurs, le même référendum a été annulé.

VIII. La Cour constitutionnelle de la République de Lituanie s'est prononcée par deux fois sur des lois référendaires. Le premier cas lui a été soumis par un groupe de membres de la Seimas, qui demandaient un examen de la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi «modifiant et complétant la loi sur le référendum de la République de Lituanie». La Cour constitutionnelle, dans une décision du 22 juillet 1994, a reconnu que certaines des dispositions (quatre sur huit) de la loi controversée n'étaient pas conformes à la Constitution de la République de Lituanie. Elles ont donc été annulées.

Le deuxième cas de référendum examiné par la Cour constitutionnelle lui a été présenté sous la forme d'une pétition d'un groupe de membres de la Seimas. Ils demandaient à ce que soit examinée la constitutionnalité de certaines lois parlementaires relatives à l'organisation de référendums. Dans une décision du 1er

décembre 1994, la Cour constitutionnelle a déclaré les lois en question conformes à la Constitution de la République de Lituanie.

A noter que des informations supplémentaires sur les cas évoqués ci-dessus ont été publiés dans le «Bulletin de jurisprudence constitutionnelle», publié par la Commission de Venise.

IX. Les cas de référendums à valeur décisionnelle, particulièrement s'ils sont utilisés très souvent en pratique, soulèvent des problèmes qui concernent les relations entre la démocratie représentative et la démocratie directe. Les deux ont le même objet (l'activité législative et la résolution des questions essentielles relatives à la vie de l'Etat). En fait, ces deux formes de démocratie ont le même instigateur - le peuple souverain. Celui-ci agit généralement par l'intermédiaire de ses représentants élus - le Parlement. Mais il exerce quelquefois de lui-même son pouvoir souverain - au moyen d'un référendum à valeur décisionnelle. On peut considérer qu'il existe une situation de concurrence et une certaine contradiction entre ces deux modalités. On peut également se demander laquelle a la priorité sur l'autre.

Sans aucun doute, la concurrence et la contradiction entre la démocratie directe et la démocratie représentative est vaine, inutile et indésirable. Un référendum à valeur décisionnelle ne doit pas être mis en pratique trop souvent, et seulement dans des cas nécessaires et très graves. Il faut le traiter comme une méthode de réserve (ou d'urgence) pour apporter une solution aux questions essentielles, de nature législative ou autre.

XIV. Le référendum dans le droit et la pratique polonais - Intervention de M. Piotr WINCZOREK

Professeur Université de Varsovie

1. Pendant la période de l'entre-deux-guerres, le référendum était une pratique inconnue en Pologne. Le premier référendum national y fut tenu en 1946. Officiellement, il avait pour objet de permettre aux citoyens de se prononcer sur les réformes révolutionnaires engagées dans les domaines politique et social. Officieusement, cependant, il visait à pronostiquer le comportement du peuple lors de l'élection du parlement, prévue pour 1947. Le résultat du référendum fut falsifié par les autorités communistes de l'époque. Le référendum suivant □ le dernier en date □ eut lieu en 1987. Il portait sur des projets de réforme politique et économique formulés par le gouvernement en place. En raison d'un taux de participation relativement faible, ce référendum n'eut pas de résultat clair et décisif. Le changement en profondeur souhaité par des forces politiques d'inspiration anticomuniste débuta deux ans plus tard. On peut dire globalement que l'expérience de la Pologne en matière de référendum est plutôt pauvre et décourageante. Pourtant, les sondages d'opinion effectués au cours des six derniers

mois attestent un très grand intérêt des Polonais (80 %) pour les référendums nationaux et constitutionnels.

2. L'institution du référendum est inscrite dans le droit polonais en vigueur.

a. Au niveau des lois constitutionnelles générales, le référendum est prévu à l'article 2, paragraphe 2, de la Constitution de décembre 1989 □ toujours en vigueur □ qui dispose que «le pouvoir suprême de la République de Pologne appartient au peuple. Le peuple exerce son pouvoir par l'intermédiaire des représentants élus au Sejm et au Sénat. L'exercice de ce pouvoir peut se faire au moyen du référendum [...]». Par ailleurs, l'article 19 de la «petite constitution», adoptée le 17 octobre 1992, prévoit qu'«un référendum peut être tenu lorsque l'intérêt de l'Etat est en jeu. L'initiative du référendum appartient: 1. au Sejm, lorsqu'il en décide ainsi à l'issue d'un vote à la majorité absolue; 2. au Président, avec le consentement du Sénat, obtenu à la suite d'un vote à la majorité absolue. Le résultat du référendum est contraignant lorsque plus de la moitié des personnes jouissant du droit de vote ont participé au scrutin. Les principes et les méthodes relatifs à la tenue du référendum sont fixés par la loi».

b. La loi susmentionnée date de mai 1987, mais ne peut être appliquée, en raison de son incompatibilité avec la situation politique actuelle et avec les dispositions constitutionnelles contraignantes.

c. Le droit polonais prévoit également la possibilité d'organiser des référendums au niveau municipal. En effet, la «petite constitution» dispose à l'article 72, paragraphe 2, que «les habitants peuvent prendre des décisions par la voie du référendum. Les conditions et les procédures relatives à la tenue d'un référendum local sont fixées par la loi». La loi sur le référendum local a été adoptée en 1990 et propose deux types de référendums: le premier peut porter sur une question importante concernant la municipalité (par exemple, les impôts locaux); le second donne aux électeurs la possibilité de dissoudre le conseil municipal. Des référendums relevant de cette seconde catégorie ont eu lieu souvent en Pologne.

d. Un référendum sera indispensable pour l'adoption de la nouvelle Constitution de la République de Pologne. En effet, la loi constitutionnelle du 23 avril 1992 sur l'élaboration et l'adoption de la Constitution de la République de Pologne dispose que la Constitution doit être adoptée par l'Assemblée nationale (Sejm et Sénat réunis) et approuvée par le peuple au moyen d'un référendum. Un référendum préliminaire et partiel peut être organisé si des problèmes importants d'ordre constitutionnel doivent être résolus par le peuple avant que le texte intégral de la nouvelle Constitution ne soit soumis à son approbation lors du référendum national définitif. C'est au Sejm qu'il appartient de spécifier la nature des questions concernées. Ce type de référendum est toutefois facultatif. Les méthodes relatives à la tenue du référendum constitutionnel sont fixées par la loi.

e. La loi de 1987 sur le référendum ne pouvant être appliquée, les membres du parlement ont entrepris l'élaboration d'une nouvelle loi, dont le projet est actuellement débattu au parlement. Cette nouvelle loi devrait porter aussi bien sur les référendums constitutionnels que sur les référendums nationaux, mais ne concernera pas les référendums locaux. Le projet de loi prévoit qu'un référendum pourra être organisé non seulement à l'initiative des organes déjà habilités à le faire, mais également sur requête d'au moins 500 000 citoyens, cette demande pouvant toutefois être rejetée par le Sejm. Certaines questions, telles que l'amnistie ou le budget, seront exclues du domaine référendaire, mais d'autres pourraient y être ajoutées, comme l'approbation de la ratification de certains traités internationaux par le Président.

f. La loi sur les référendums locaux ainsi que le projet de loi sur les référendums nationaux prévoient le contrôle de leur régularité. S'agissant des référendums locaux, ce contrôle est exercé par les juridictions régionales. Quant au contrôle des référendums nationaux, il doit être exercé par la Cour suprême. En revanche, la Cour constitutionnelle n'est pas censée jouer un rôle actif, quel qu'il soit, à cet égard. La proposition tendant à transférer à la Cour constitutionnelle le pouvoir d'exercer un contrôle préliminaire de la constitutionnalité des textes soumis à référendum a été rejetée à ce stade du débat parlementaire.

3. La date précise du futur référendum constitutionnel n'est pas encore connue. Cela s'explique du fait que les travaux préparatoires effectués au sein de la Commission constitutionnelle de l'Assemblée nationale ne sont pas encore achevés. La campagne et le résultat des élections présidentielles qui auront lieu cette année pourraient avoir une incidence importante sur la suite des événements.

XV. Le référendum et la justice constitutionnelle dans la Fédération de Russie - Intervention de M. Nikolai VITROUK

Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Juge à la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie

La Constitution de la Fédération de Russie approuvée par le référendum national du 12 décembre 1993, stipule à l'article 3(3): «Le référendum et les élections libres sont l'expression directe suprême du pouvoir du peuple». L'article 32(2) du chapitre 2 «Les droits et libertés de l'homme et du citoyen» proclame: «Les citoyens de la Fédération de Russie ont le droit d'élire et d'être élus dans les organes du pouvoir d'Etat et les organes de l'auto-administration locale ainsi que de participer au référendum». Conformément aux prescriptions du paragraphe c) de l'article 84 de la Constitution, «le Président de la Fédération de Russie décide de l'organisation du référendum selon la procédure fixée par la loi constitutionnelle fédérale». L'article 92(3) de la Constitution prévoit une restriction pour le Président par intérim de la Fédération de Russie (dans les cas où le Président de la Fédération de Russie n'est pas en état d'exercer ses obligations),

qui n'a pas le droit de décider d'un référendum. L'article 130(2) de la Constitution de la Fédération de Russie prévoit que «l'auto-administration locale est exercée par les citoyens par la voie du référendum, des élections, des autres formes d'expression directe de leur volonté, par les organes élus et les autres organes de l'auto-administration locale».

Le chapitre 9 «Les amendements constitutionnels et la révision de la Constitution» contient des dispositions relatives à la votation populaire. L'article 135 prévoit la procédure de révision des dispositions des chapitres 1, 2 et 9 réglementant les fondements du régime constitutionnel, les droits et les libertés de l'homme et du citoyen ainsi que les amendements constitutionnels et la révision de la Constitution. Lorsque la proposition de révision des dispositions sus-mentionnées a été soutenue par les trois cinquièmes des voix de l'ensemble des membres du Conseil de la Fédération et des députés à la Douma d'Etat, conformément à la loi constitutionnelle fédérale, une Assemblée constitutionnelle est convoquée. L'Assemblée constitutionnelle, soit confirme l'intangibilité de la Constitution de la Fédération de Russie, soit élabore le projet d'une nouvelle constitution de la Fédération de Russie qui est adopté par l'Assemblée constitutionnelle à la majorité des deux tiers des voix de l'ensemble de ses membres, ou est soumis à la votation populaire. Dans ce dernier cas, la Constitution de la Fédération de Russie est considérée comme adoptée si plus de la moitié des électeurs ayant pris part au vote ont voté en sa faveur, à condition que plus de la moitié des électeurs aient pris part au vote.

Il découle de l'esprit de la Constitution de la Fédération de Russie que les questions liées à l'organisation et à la tenue du référendum doivent être réglementées par la loi constitutionnelle fédérale, qui doit être approuvée à la majorité d'au moins trois quarts des voix de l'ensemble des membres du Conseil de la Fédération et de deux tiers au moins des voix de l'ensemble des députés à la Douma d'Etat. Une fois adoptée, la loi constitutionnelle fédérale est soumise dans les quatorze jours à la signature du Président de la Fédération de Russie et est promulguée. Le projet de loi constitutionnelle fédérale «sur le référendum de la Fédération de Russie» a été élaboré et adopté par la Douma d'Etat lors de la première lecture le 22 décembre 1994.

La Constitution de la Fédération de Russie et la loi constitutionnelle fédérale «sur la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie»¹, entrée en vigueur le 23 juillet 1994, ne prévoient pas, parmi les pouvoirs de la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, le droit d'exercer le contrôle constitutionnel du respect de la procédure d'organisation et de la tenue des référendums ou de confirmer leurs résultats comme cela est prévu dans certaines nouvelles démocraties (en Roumanie et en Moldova).

¹ *Recueil de la législation de la Fédération de Russie, 1994, n° 13, article 1447.*

Cependant, l'absence d'une indication expresse du pouvoir de la cour constitutionnelle d'exercer un contrôle constitutionnel en matière d'organisation et de tenue des référendums et de reconnaissance des résultats du référendum, ne signifie pas que la solution d'une partie de ces questions ne peut être trouvée dans le cadre de l'exercice d'autres types de juridiction constitutionnelle, et dans l'emploi des procédures d'examen leur correspondant devant la cour constitutionnelle. Ce contrôle pourrait être réalisé, en premier lieu, lors de l'exercice par la cour constitutionnelle de ses pouvoirs dans le cadre des recours sur la conformité à la Constitution de la Fédération de Russie des lois fédérales, des actes normatifs du Président de la Fédération de Russie, du Conseil de la Fédération, de la Douma d'Etat, du Gouvernement de la Fédération de Russie ainsi que des Constitutions des Républiques, des statuts, lois et autres actes normatifs des sujets de la Fédération de Russie relatifs, avant tout, aux questions de protection des droits et libertés de l'homme et du citoyen; ou encore à l'occasion du règlement des conflits de compétence, notamment entre les organes fédéraux du pouvoir d'Etat; ou lors de recours pour violation des droits et libertés constitutionnels des citoyens et de demandes des tribunaux de contrôler la constitutionnalité de la loi appliquée ou à appliquer dans une affaire précise; lors de l'interprétation de la Constitution de la Fédération de Russie; et enfin lors de l'exercice des autres pouvoirs accordés à la cour constitutionnelle par la Constitution de la Fédération de Russie, par le traité fédéral ou par les lois constitutionnelles fédérales.

A l'occasion d'une éventuelle utilisation des types sus-mentionnés de juridiction constitutionnelle et des procédures correspondantes touchant les questions de référendum, la cour constitutionnelle pourrait exercer par ce biais un contrôle indirect de la constitutionnalité de l'organisation et de la tenue du référendum et de la détermination des résultats du vote.

Le projet de loi constitutionnelle fédérale «sur le référendum de la Fédération de Russie» prévoit l'extension des pouvoirs de la cour constitutionnelle en matière de contrôle de la constitutionnalité de certains aspects de l'organisation et de la tenue du référendum. Par exemple, on propose d'attribuer à la cour constitutionnelle le droit de contrôle du respect de la procédure, fixée par la loi, d'initiative des sujets de la Fédération en matière de référendum (il y a des objections sérieuses contre cette proposition, qui visent à ce que la cour constitutionnelle procède au contrôle de la constitutionnalité et non pas de la légalité du respect de la procédure de la tenue du référendum). D'autres innovations concernent le droit de la cour constitutionnelle de contrôler, à la demande du Président de la Fédération de Russie, la conformité à la Constitution de la Fédération de Russie d'un projet de loi, d'un amendement, ou bien de l'abrogation d'une loi en vigueur ou de la formulation d'une autre question. Dans ces cas, les conséquences juridiques des décisions correspondantes de la cour constitutionnelle doivent être définies.

De même, dans le passé, la cour constitutionnelle n'a pas exercé de contrôle constitutionnel direct en matière de référendum sur la base de la Constitution (loi fondamentale) de la RSFSR, et de la loi de la RSFSR «sur la cour constitutionnelle de la RSFSR» adoptée par le cinquième Congrès des députés du peuple de la RSFSR le 12 juillet 1991¹.

En Russie indépendante, le référendum national a eu lieu pour la première fois le 17 mars 1991 sur la question de l'institution du poste de Président de la RSFSR élu au suffrage universel.

Par arrêté du septième Congrès des députés du peuple de la Fédération de Russie du 12 décembre 1992 «sur la stabilisation du régime constitutionnel de la Fédération de Russie»², la tenue du deuxième référendum national sur le projet de dispositions fondamentales de la nouvelle Constitution (Loi fondamentale) de la Fédération de Russie, a été fixée au 11 avril 1993. Il est à noter que le Congrès a en même temps chargé le Soviet Suprême de la Fédération de Russie d'approuver le texte du projet, soumis au référendum, des principales dispositions de la nouvelle Constitution de la Fédération de Russie arrangé avec le Président de la Fédération de Russie et la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie. Cependant, ce référendum n'a pas eu lieu à la suite d'une confrontation rigide entre le Président de la Fédération de Russie et le Congrès des députés du peuple et le Soviet Suprême de la RSFSR, et d'une crise politique et constitutionnelle acérée qui a eu lieu en Russie.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution de la Fédération de Russie de 1993, la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie a exercé le contrôle constitutionnel indirect de la tenue des référendums dans la Fédération de Russie. C'est ce dont témoignent deux affaires examinées par la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie.

Les 12 et 13 mars 1992, la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie a examiné l'affaire du contrôle de la constitutionnalité de la Déclaration sur la souveraineté d'Etat de la RSS de Tatarie de 1990, de la loi de la RSS de Tatarie sur les amendements et les compléments de la Constitution (Loi fondamentale) de la RSS de Tatarie, de la loi de la RSS de Tatarie de 1991 «sur le référendum de la RSS de Tatarie», et de l'arrêté du Soviet Suprême de la République du Tatarstan

¹ *Vedomosti du Congrès des députés du peuple de la RSFSR et du Soviet Suprême de la RSFSR, 1991, n° 19, article 621.*

² *Vedomosti du Congrès des députés du peuple de la Fédération de Russie et du Soviet Suprême de la Fédération de Russie, 1992, n° 31, article 3016.*

sur la tenue du référendum en ce qui concerne le statut étatique de la République du Tatarstan de 1992¹.

Il faut noter tout d'abord que la cour constitutionnelle a reconnu que la République du Tatarstan possède le droit de convoquer et de tenir ses référendums, ainsi que de déterminer les motifs et la procédure de la tenue des référendums dans les limites de sa compétence. Ce faisant, a été rejeté l'argument de la partie requérante, suivant lequel, en cas de divergence de telles ou telles dispositions de la loi de la République du Tatarstan avec la loi de la Fédération de Russie sur le référendum, cette dernière gardera son effet.

Le Soviet Suprême de la République du Tatarstan, par son arrêté du 21 février 1992 «sur la tenue du référendum de la République du Tatarstan portant sur le statut étatique de la République du Tatarstan», a convoqué pour le 21 mars 1992 dans la république le référendum avec la question: «Êtes-vous d'accord que la République du Tatarstan est un Etat souverain, un sujet de droit international fondant ses rapports avec la Fédération de Russie, les autres républiques et les autres Etats sur des traités basés sur l'égalité des droits? ("oui" ou "non")». La cour constitutionnelle de la Fédération de Russie a reconnu cet arrêté du Soviet Suprême de la République du Tatarstan comme n'étant pas conforme à la Constitution de la RSFSR en ce qui concerne la rédaction de la question prévoyant que la République du Tatarstan est un sujet du droit international et fonde ses rapports avec la Fédération de Russie, les autres républiques et les autres Etats sur des traités basés sur l'égalité des droits, car cela implique un changement unilatéral de l'organisation nationale et étatique de la Fédération de Russie et signifie que la République du Tatarstan ne fait pas partie de la Fédération de Russie. La position de la direction de la République du Tatarstan a été confirmée par l'interprétation de la formule et des objectifs du référendum, qui a été donnée dans l'Appel au peuple de la République du Tatarstan lancé le 6 mars 1992 par le Présidium du Soviet Suprême de la République du Tatarstan. Dans cet appel et dans d'autres documents et déclarations officiels des dirigeants de la République du Tatarstan, cette dernière a été présentée comme un Etat souverain édifiant ses rapports avec les pays de la Communauté des Etats Indépendants, y compris avec la Fédération de Russie, conformément aux règles internationales.

Suite à la décision de la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, qui est entrée en vigueur immédiatement après son prononcé, la tenue du référendum n'a pas été annulée, la rédaction de la question soumise au référendum n'a pas été modifiée. Le 16 mars 1992, le Soviet Suprême de la République de Tatarstan a adopté l'arrêté «sur l'explication de la rédaction de la question soumise au

¹ *Arrêt de la cour constitutionnelle et autres documents sur cette affaire; Le Bulletin de la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, 1993, n ° 1, pp. 40-57.*

référendum de la République du Tatarstan fixé pour le 21 mars 1992», qui témoignait d'une réaffirmation, par les autorités officielles de la République, de la tenue du référendum. Ainsi, les autorités de la République du Tatarstan n'ont pas exécuté la décision de la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie en ce qui concerne la tenue du référendum. Mais cela ne signifie pas que ladite décision de la cour constitutionnelle a perdu sa force juridique. Elle reste en vigueur actuellement en ce qui concerne la définition du statut de la République du Tatarstan dans le cadre de la Fédération de Russie. Cela n'exclut pas la possibilité d'avoir des liens internationaux des républiques, dont la République du Tatarstan, au sein de la Fédération de Russie.

Les 20 et 21 avril 1993, la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie a examiné l'affaire sur le contrôle de la constitutionnalité de l'arrêté du 29 mars 1993 du neuvième Congrès extraordinaire des députés du peuple de la Fédération de Russie «sur le référendum national de Russie du 25 avril 1993, la procédure du recensement de ses résultats et le mécanisme de la réalisation des résultats du référendum»¹.

Dans le but d'éliminer la crise politique dans la Fédération de Russie, compte tenu des propositions du Président de la Fédération de Russie de tenir un référendum sur la confiance envers le Président de la Fédération de Russie, une votation populaire a été convoquée par l'arrêté sus-mentionné sur les questions suivantes:

1. «Faites-vous confiance au Président de la Fédération de Russie B.N. Eltsine?»;
2. «Approuvez-vous la politique sociale et économique pratiquée par le Président de la Fédération de Russie et le Gouvernement de la Fédération de Russie depuis 1992?»;
3. «Pensez-vous qu'il est nécessaire d'organiser des élections du Président de la Fédération de Russie?»;
4. «Pensez-vous qu'il est nécessaire d'organiser des élections anticipées des députés du peuple de la Fédération de Russie?».

La deuxième partie du point 2 de l'arrêté du Congrès a établi que les décisions sur toutes les questions soumises au référendum seraient considérées comme adoptées si plus de la moitié des citoyens ayant le droit d'être portés sur les listes de vote votaient en leur faveur.

¹ Voir l'arrêt de la cour constitutionnelle et d'autres documents sur cette affaire dans le *Bulletin de la cour constitutionnelle de la Fédération de Russie*, 1991, n^{os} 2-3, pp. 33-52.

La cour constitutionnelle de la Fédération de Russie a reconnu que la deuxième partie du point 2 de l'arrêté du Congrès, en ce qui concerne la détermination des résultats du référendum pour les deux premières questions, n'était pas conforme à l'article 4 et à l'article 5 de la loi de la RSFSR du 16 octobre 1990 «sur le référendum de la RSFSR»¹, conformément à la Constitution et aux lois, y compris celles qui définissent la procédure de la tenue des référendums que toutes les organisations étatiques et sociales et tous les fonctionnaires sont tenus de respecter.

La cour constitutionnelle a estimé que la deuxième et la troisième questions soumises au référendum avaient une portée constitutionnelle et se rapportaient aux questions de l'approbation, du changement et du parachèvement de la Constitution, car il s'agissait dans ces questions pratiquement de nouvelles causes de la cessation anticipée des pouvoirs du Président de la Fédération de Russie et de l'ensemble du corps des députés du peuple formant le Congrès ou le Soviet Suprême, qui ne sont pas prévues par la Constitution de la RSFSR. Pour cette raison, conformément au quatrième paragraphe de l'article 35 de la loi de la RSFSR «sur le référendum de la RSFSR», l'adoption par référendum de la décision sur la troisième et la quatrième questions nécessite le vote favorable de plus de la moitié des citoyens portés sur les listes de vote au référendum (conformément au troisième paragraphe de l'article 27 de cette loi, tous les citoyens ayant le droit de participer au référendum sont portés sur les listes). C'est pourquoi la deuxième partie du point 2 de l'arrêté du Congrès relatif à la détermination des résultats du référendum sur la deuxième et la troisième questions soumises au référendum a été reconnue par la cour constitutionnelle conforme à la Constitution de la Fédération de Russie.

XVI. Le référendum dans la Constitution de la République Slovaque et les pouvoirs de la Cour Constitutionnelle en République Slovaque Intervention de M. Ján KLU_KA

Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Juge à la Cour constitutionnelle, Kosi_e

La réglementation des questions relatives aux référendums est définie aux articles 93-100 du Chapitre 5, 2^e partie (pouvoirs législatifs) de la Constitution de la République slovaque (n° 460/1992). Au niveau constitutionnel, la réglementation ne porte que sur les points essentiels de l'organisation des opérations de référendum et de leur mise en application et définit les procédures légales régissant la tenue de référendums (article 100 de la Constitution). A l'heure actuelle, c'est la loi n° 564/1992 du Conseil national de la République slovaque, telle qu'amendée par la loi n° 564/1992, qui régit la procédure d'organisation des référendums.

¹ *Vedomosti du Congrès des députés du peuple de la RSFSR et du Soviet Suprême de la RSFSR, 1990, n° 21, article 230.*

I.

1. Types de référendums définis par la Constitution de la République slovaque

La Constitution de la République slovaque distingue deux types de référendums: obligatoire et facultatif. Selon l'article 93, alinéa 1, de la Constitution: «Toute loi constitutionnelle sur la formation d'une union de la République slovaque avec d'autres Etats ou sur la rupture d'une telle union doit être confirmée» par voie de référendum obligatoire.

Un référendum facultatif peut être organisé soit sur résolution du Conseil national de la République slovaque, soit sur pétition signée par au moins 350 000 citoyens de la République slovaque. Conformément à l'article 95 de la Constitution, le référendum doit être annoncé publiquement par le Président de la République slovaque.

2. Réglementation constitutionnelle sur les décisions pouvant être soumises à référendum

En ce qui concerne le référendum obligatoire, la Constitution de la République slovaque stipule sans ambiguïté que seule la confirmation (ou le rejet) d'une loi constitutionnelle sur la formation d'une union de la République slovaque avec d'autres Etats ou sur la rupture d'une telle union peut être décidée par voie de référendum public. Pour ce qui est du référendum facultatif, la Constitution définit d'une part les domaines exclus de la voie référendaire (c'est-à-dire les décisions qui ne peuvent être soumises à référendum) et d'autre part, d'une manière générale, les domaines qui peuvent faire l'objet d'un référendum.

En ce qui concerne les questions qui ne peuvent faire l'objet d'une décision par voie de référendum, l'article 93, alinéa 3 de la Constitution stipule que: «Aucune question touchant aux droits et aux libertés fondamentaux, aux impôts, aux taxes ou au budget national ne peut être décidée par voie de référendum public».

Les questions qui peuvent être soumises à référendum sont définies à l'article 2 de la Constitution: «Le référendum peut également être utilisé pour statuer sur d'autres points essentiels à l'intérêt public».

3. Pouvoirs du Président de la République slovaque concernant la publication d'un référendum

Comme nous l'avons dit, le Président de la République slovaque est habilité à déclarer un référendum facultatif:

1. Sur résolution du Conseil national de la République slovaque, conformément à l'article 86, section d) de la Constitution de la République slovaque. La proposition du Conseil national de solliciter du Président le recours au référendum peut être présentée par des membres du Conseil national ou du Gouvernement de la République slovaque (article 96, alinéa 1 de la Constitution).

2. Un référendum (le recours au référendum) peut être sollicité sous forme de pétition au Président par au moins 350 000 citoyens de la République slovaque. Le droit de pétition est garanti par l'article 27, alinéa 1 de la Constitution de la République slovaque en vertu duquel «toute personne a le droit de s'adresser aux autorités gouvernementales... pour affaires individuelles ou publiques...». Les conditions légales de recevabilité des pétitions sont définies par la loi n° 85/1990 sur le droit de pétition en général et en particulier sur les pétitions visant la déclaration d'un référendum sous forme de «lex specialis» dans la loi n° 158/1994, qui amende la loi n° 564/1992 sur les procédures d'organisation des référendums. Le Président de la République ne recourt au référendum qu'après avoir reconnu la constitutionnalité et éventuellement la légalité du texte soumis à référendum.

Lorsqu'une proposition de recours au référendum est présentée au Président sur résolution du Conseil national de la République slovaque, le Président examine si les conditions stipulées à l'article 93, alinéa 2 («un référendum peut également être organisé pour statuer sur d'autres points essentiels à l'intérêt public»), sont remplies, c'est-à-dire si la question soumise à référendum est effectivement «essentielle à l'intérêt public». En cas de doute, le Président de la République peut consulter la Cour constitutionnelle de la République slovaque comme il est dit plus bas.

Lorsqu'au moins 350 000 citoyens ont signé une pétition sollicitant le recours au référendum, le Président examine si, par son contenu, la pétition remplit les critères constitutionnels (article 93, alinéa 2, et les conditions légales du droit de pétition, loi n° 85/1990 sur le droit de pétition).

Si le Président de la République juge que soit les critères constitutionnels, soit les conditions légales ne sont pas remplis dans les cas ci-dessus, il refuse de recourir au référendum. L'exercice de ce pouvoir du Président de la République est important car il permet d'exclure toute décision par voie référendaire qui vio lerait les obligations internationales de la République slovaque.

II.

1. **Pouvoirs de la Cour constitutionnelle relatifs aux référendums**

La Cour constitutionnelle de la République slovaque peut, dans le cadre de ses attributions, traiter de problèmes relatifs aux référendums, soit en cas de non-déclaration, soit après la tenue du référendum, quelle qu'en soit l'issue.

2. Débats sur l'interprétation des lois constitutionnelles en cas de désaccord (article 128, alinéa 1 de la Constitution de la République slovaque)

Le premier type de débat qui peut être pris en considération dans le domaine des référendums porte sur l'interprétation des lois constitutionnelles en cas de désaccord. Le Conseil national et le Président de la République sont également habilités à soumettre de tels cas à la Cour constitutionnelle. Lorsque le Conseil national soumet au Président de la République une résolution en vue du recours au référendum conformément à l'article 93, alinéa 2 de la Constitution portant sur «d'autres points essentiels à l'intérêt public», et que le Président conteste le caractère essentiel à l'intérêt public du texte proposé, il s'ensuit un litige sur l'interprétation de la loi (interprétation à effet contraignant) entre le Conseil national et le Président de la République. Après soumission d'une proposition d'interprétation de cette loi à la Cour constitutionnelle, celle-ci en donne une interprétation à effet contraignant et, selon cette interprétation, le Président recourt ou non au référendum. A ce jour cependant, la Cour constitutionnelle de la République slovaque n'a jamais eu à trancher de litige sur l'interprétation des lois constitutionnelles.

Lorsqu'au moins 350 000 citoyens de la République slovaque soumettent au Président une pétition en vue du recours au référendum, tout contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'interprétation des lois constitutionnelles en cas de désaccord est exclu. En effet, une tel contrôle suppose que la loi constitutionnelle faisant l'objet du litige est interprétée différemment par les autorités de l'Etat de la République slovaque. Or, le groupe de citoyens ne saurait être assimilé aux autorités de l'Etat. C'est le Président de la République lui-même qui détermine si oui ou non le texte proposé par les citoyens pour être soumis à référendum est conforme à l'article 93, alinéa 2 de la Constitution de la République slovaque, puisqu'en vertu de l'article 1, section c) de la loi n° 158/1994 du Conseil national de la République slovaque: «Le Président de la République examine si la pétition, par son contenu, est conforme à la lettre de la Constitution». Selon sa conclusion sur ce point, le Président recourt ou non au référendum.

3. Débats relatifs aux pétitions conformément à l'article 130, alinéa 3 de la Constitution de la République slovaque

«Le droit de prendre part à l'administration des affaires publiques directement ou par l'intermédiaire de représentants librement élus» est garanti aux citoyens de la République slovaque au Chapitre 2 de la Constitution intitulé: «droits et libertés fondamentaux», article 30, alinéa 1. Le droit de prendre directement part à

l'administration des affaires publiques est également assuré par la participation des citoyens aux référendums. Aux termes de l'article 94 de la Constitution de la République slovaque: «tout citoyen de la République slovaque qualifié pour élire les membres du Conseil national est habilité à voter lors d'un référendum».

Lorsqu'au moins 350 000 citoyens de la République slovaque soumettent au Président une pétition en vue du recours au référendum et que le Président la rejette parce qu'elle n'est pas conforme aux exigences de la Constitution ou de la loi, les signataires peuvent saisir la Cour constitutionnelle de la République slovaque par voie de requête en vertu de l'article 130, alinéa 3 de la Constitution.

Dans leur acte de saisine, les signataires peuvent invoquer la violation de l'article 30, alinéa 1, de la Constitution de la République slovaque. La Cour constitutionnelle de la République slovaque a eu à se prononcer, suite à une telle requête (I. US 38/94) relative à une pétition soumise par les représentants du Comité des Pétitions le 18 février 1994, qui sollicitait du Président le recours au référendum. Après avoir examiné la conformité de ladite pétition à la Constitution de la République slovaque (article 93, alinéa 1) et à la loi sur le droit de pétition (loi n° 85/1990), le Président de la République avait refusé de recourir au référendum parce que cette pétition n'était pas conforme aux exigences légales relatives au droit de pétition. La Cour constitutionnelle a examiné la décision du Président de la République et établi que son refus de recourir au référendum avait été bien fondé. La Cour n'a donc pas accédé à la requête du Comité des Pétitions et n'a pas considéré qu'il y avait violation de son droit fondamental à «prendre directement part à l'administration des affaires publiques» (article 30, section 1 de la Constitution) de la part du Président de la République slovaque.

4. Débats sur la contestation du résultat d'un référendum public

Le troisième type de débat de la Cour constitutionnelle concerne les cas où le recours au référendum a été décidé. Aux termes de l'article 129, alinéa 3, de la Constitution de la République slovaque: «La Cour constitutionnelle examinera les contestations sur le résultat d'un référendum public».

La contestation du résultat d'un référendum public (qu'il soit recevable ou non) peut être portée devant la Cour constitutionnelle par: au moins un cinquième des membres du Conseil national de la République slovaque; le Président de la République slovaque; le gouvernement de la République slovaque; toute juridiction; le Procureur Général de la République slovaque; ou un groupe d'au moins 350 000 citoyens de la République slovaque (article 66, alinéa 2 de la loi n° 38/1993 du Conseil national de la République slovaque sur les attributions de la Cour constitutionnelle de la République slovaque et la compétence de ses juges).

Au cas où elle établit que «la non-constitutionnalité a influé ou peut avoir influé sur le résultat du référendum de manière déterminante, la Cour constitutionnelle de la République slovaque prononce l'irrecevabilité du référendum» (article 70 de la loi n° 38/1993 du Conseil national de la République slovaque).

A ce jour, un seul référendum public s'est tenu en République slovaque. Il a été ordonné par décision du Président de la République le 10 août 1994 (publication au Journal Officiel comme loi n° 205/1994). L'objet du référendum était la question: «A votre avis, la loi sur la transparence des financements destinés aux enchères et aux privatisations doit-elle être approuvée?»

Ce référendum s'est tenu le 22 octobre 1994, mais son résultat était irrecevable. En effet, aux termes de l'article 98, section 1, de la Constitution de la République slovaque: «le résultat d'un référendum est recevable si plus de la moitié des électeurs inscrits a pris part au scrutin et si la décision a été approuvée à la majorité des voix». La participation à ce référendum ayant été de 26% des électeurs inscrits, le résultat en était irrecevable. A ce jour, aucune personne habilitée n'a contesté le résultat d'un référendum et la Cour constitutionnelle n'a donc pas eu à se prononcer sur un tel cas.

XVII. Le contrôle de la recevabilité du référendum par le juge constitutionnel en Slovénie - Intervention de M. Franc GRAD

Professeur, Université de Ljubljana

1. La possibilité d'organiser un référendum est prévue, sous une forme ou sous une autre, par les dispositions constitutionnelles de la Slovénie (qui, jusqu'au 25 juin 1991, faisaient partie des lois constitutionnelles de la Yougoslavie) depuis la Seconde Guerre Mondiale, mais n'a jamais été appliquée. Durant la période qui suivit la promulgation de la dernière Constitution yougoslave (1974), des référendums exceptionnellement nombreux furent organisés, en raison des caractéristiques du système d'autogestion mis en place. Cependant, ces référendums portèrent moins sur des questions politiques que sur des problèmes entrant dans le cadre de la prise de décision autonome.

2. La nouvelle Constitution slovène, qui a été adoptée en décembre 1991, a réglementé l'institution du référendum en termes concis et généraux. Elle envisage deux types de référendums: les référendums sur la révision de la Constitution (article 170) et les référendums législatifs (article 90). De plus, elle précise qu'il y a lieu de tenir un référendum avant l'établissement d'un conseil municipal, afin de cerner la volonté des personnes résidant dans le secteur concerné. Ce référendum n'a toutefois qu'une valeur consultative.

La Constitution dispose spécifiquement que les référendums législatifs font l'objet de lois qui, contrairement aux autres lois, ne peuvent être adoptées qu'à la majorité

des deux tiers de l'Assemblée nationale. En mars 1994, l'Assemblée nationale, en sa qualité d'organe législatif, a adopté une loi qui régit toutes les questions liées aux référendums □ constitutionnels ou législatifs □ et aux initiatives populaires.

3. Les référendums sur la révision de la Constitution n'ont lieu qu'a posteriori. Autrement dit, ils sont organisés en vue de l'approbation des textes portant révision de la Constitution déjà adoptés par l'Assemblée nationale. Etant donné que la Constitution n'impose aucune restriction, un référendum peut porter sur n'importe quelle modification de la Constitution. Un tel référendum n'est pas obligatoire, mais doit être organisé s'il est demandé par au moins trente députés de l'Assemblée nationale. Ceux-ci peuvent déposer une demande postérieurement à l'adoption des dispositions constitutionnelles par l'Assemblée nationale, mais ils doivent le faire avant leur promulgation par l'Assemblée nationale. L'Assemblée nationale est alors tenue de proposer le référendum dans les sept jours qui suivent le dépôt de la demande. Le texte portant révision de la Constitution est adopté par référendum à la majorité des suffrages, à condition toutefois que le taux de participation excède 50 % des inscrits. Le résultat du référendum s'impose à l'Assemblée nationale, qui ne peut, dans les deux années qui suivent, adopter une loi constitutionnelle contraire à celui-ci.

4. Le référendum législatif est défini en des termes assez généraux par la Constitution, qui ne précise pas s'il doit précéder ou suivre l'adoption de la loi. C'est une loi qui en décide. Elle autorise les deux types de référendums □ antérieurs et postérieurs à l'adoption de la loi. L'Assemblée nationale prend l'initiative des référendums législatifs, dont les résultats s'imposent à elle. La Constitution ne formule aucune restriction à l'égard des questions pouvant faire l'objet d'un référendum. En revanche, la loi sur les référendums dispose que les catégories de lois suivantes ne peuvent être soumises à une décision référendaire: les lois qui ont été adoptées sans suivre entièrement la procédure normale (si elles visent à répondre à des besoins exceptionnels de l'Etat, en matière de défense ou dans l'hypothèse d'une catastrophe naturelle); les lois de finances déjà adoptées; et les lois adoptées en vue de l'exécution des obligations découlant de la ratification de traités internationaux. Ces dispositions ont été contestées et abrogées par la Cour constitutionnelle, au motif que de telles limitations auraient déjà dû figurer dans la Constitution, étant donné qu'elles limitent le droit des électeurs de prendre des décisions par référendum. La loi ne peut pas introduire de restrictions, puisqu'elle n'a pas de fondement constitutionnel. L'Assemblée nationale peut proposer un référendum de sa propre initiative, mais elle est également tenue de soumettre à référendum toute question qui a fait l'objet du vote d'un tiers de ses membres (cette mesure vise à protéger les minorités qui siègent à l'Assemblée nationale), d'une décision du Conseil national ou d'une pétition signée par au moins 40 000 électeurs inscrits sur les listes électorales. Ainsi, une proposition de référendum peut émaner de l'Assemblée nationale, organe représentant le peuple, du Conseil national, qui défend certains intérêts spécifiques (économiques,

sociaux, professionnels et locaux), ou directement du peuple. Une proposition de référendum doit être motivée et formuler de manière précise la question posée. S'il n'est pas satisfait à toutes ces exigences, l'Assemblée nationale peut décider que le référendum n'aura pas lieu. Si l'Assemblée nationale juge le fondement de la demande contraire à la Constitution, la Cour constitutionnelle statue en dernier ressort dans un délai de trente jours.

La Cour constitutionnelle a débattu de la loi sur les référendums et les initiatives populaires et a examiné les dispositions législatives susmentionnées, qui permettaient à l'Assemblée nationale de rejeter une demande de référendum au motif qu'elle ne répondait pas aux exigences fixées par la loi. Celles-ci ont été abrogées, car on a estimé qu'il fallait dans ce cas protéger l'auteur de la proposition, en lui permettant de s'adresser à la Cour constitutionnelle, qui prendrait alors une décision définitive quant au rejet de cette proposition. Tous les électeurs inscrits ont le droit de prendre part à un référendum. La proposition est adoptée à la majorité des suffrages.

5. S'agissant de la possibilité de prendre une décision par référendum, du mode de scrutin et de la validité, les référendums antérieurs et postérieurs à l'adoption de la loi ne se distinguent en rien. En revanche, ils se différencient par leur fondement et par les procédures relatives au dépôt de la demande.

On ne peut proposer un référendum *ante legem* qu'au sujet d'un projet de loi faisant déjà l'objet d'une procédure législative. Des électeurs inscrits commencent par présenter leur initiative, de manière à avoir le temps de recueillir le nombre de signatures requis. La demande ou l'initiative portant sur un référendum *ante legem* peut être présentée entre le jour où le projet de loi est soumis à l'Assemblée nationale et le jour où il entame la troisième et dernière étape de la procédure. Si elle est présentée avant la première étape de la procédure, le délai imparti pour la récolte des signatures doit être compris entre quarante-cinq et soixante jours; si elle est présentée après la première étape de la procédure, le délai est compris entre trente et quarante-cinq jours. Dans l'intervalle, les électeurs inscrits doivent déposer une demande de référendum. L'Assemblée nationale est tenue de proposer le référendum dans les trente jours suivant le dépôt de cette demande.

Une demande de référendum *post legem* doit être déposée dans les sept jours qui suivent l'adoption d'une loi par l'Assemblée nationale. Ce délai, qui est extrêmement bref pour tous ceux qui pourraient envisager une telle démarche, résulte d'une disposition constitutionnelle en vertu de laquelle le Président de la République de Slovénie est tenu de promulguer une loi dans les huit jours qui suivent son adoption. Ce délai étant vraiment trop court dans l'hypothèse où le référendum est demandé par des citoyens, la loi a spécifié que le président de l'Assemblée nationale devait être informé de l'initiative dans les sept jours suivant l'adoption du texte, et que la demande elle-même devait être déposée dans les trente jours suivant l'adoption. Dans ce cas de figure, l'Assemblée nationale

retarde donc de trente jours □ c'est-à-dire jusqu'au terme du délai □ la publication de la loi au Journal officiel.

Le domaine du référendum *ante legem* est plus vaste que celui du référendum *post legem*. Un référendum *ante legem* peut par exemple viser à déterminer si un problème spécifique peut faire l'objet de dispositions législatives, ou s'il doit être traité comme prévu, voire différemment, et, le cas échéant, de quelle manière.

Un référendum *post legem* permet seulement d'approuver ou de rejeter intégralement une loi déjà adoptée par l'Assemblée nationale. Un référendum législatif ne peut porter sur une loi qui est déjà en vigueur; autrement dit, on ne peut tenir un référendum tendant à faire annuler une loi. Même cette dernière disposition a été vivement critiquée par la Cour constitutionnelle, qui a cependant jugé qu'elle n'était pas contraire à la Constitution.

En tout état de cause, l'Assemblée nationale est liée par le résultat d'un référendum législatif, dont le caractère contraignant varie toutefois selon que le référendum en question est un référendum *ante legem* ou *post legem*. Dans le premier cas, l'Assemblée nationale est tenue de prendre en considération le résultat lorsqu'elle adopte une loi; dans le second cas, elle ne peut, dans l'année qui suit le référendum, ni adopter une loi contraire à ce résultat, ni proposer un autre référendum portant sur la même loi. Indépendamment du type de référendum, il est établi qu'une loi adoptée à la suite d'un référendum ou approuvée par référendum possède la même validité que toute autre loi. Il découle de cette parité qu'elle est également assujettie au contrôle de la Cour constitutionnelle.

XVIII. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire en Espagne - Intervention de M. Luis AGUIAR DE LUQUE

**Membre de la Commission européenne pour la Démocratie par le Droit, Directeur du
Centre d'Etudes constitutionnelles, Madrid**

1. Présentation du problème

Probablement, parmi les institutions du constitutionnalisme de l'entre-deux-guerres, deux ont acquis une présence plus grande dans les textes constitutionnels postérieurs à la Seconde Guerre Mondiale, le contrôle de constitutionnalité concentré et la consultation populaire de type référendaire. Il n'est donc pas si étrange que le constituant espagnol de 1978, qui a intégré très tard le système institutionnel espagnol au constitutionnalisme libéral et démocratique européen caractéristique de la deuxième moitié du siècle, ait incorporé ces deux institutions malgré, selon la conception classique, leur difficile compatibilité sur le plan théorique, et, probablement, leur fort ancrage dans les conceptions traditionnelles de l'organisation politique.

En effet, sous cette perspective, la justice constitutionnelle est le point culminant du modèle de rationalisation du pouvoir le plus achevé, c'est-à-dire l'Etat constitutionnel de Droit qui situe au coeur du fonctionnement du pouvoir public la Constitution, texte se réclamant de la considération de norme rationnelle et surtout rationalisatrice et à la base de tout le fonctionnement du système politique; comme norme supérieure de l'ordre juridique elle ne tolère point de pouvoir ni supérieur, ni situé hors d'elle. Par contre, le référendum, en principe, représente la matérialisation au niveau constitutionnel du radicalisme démocratique d'origine rousseauienne qui situe la volonté populaire, matérialisée dans la somme des volontés individuelles qui s'expriment et s'explicitent à travers la consultation référendaire, comme le fondement de tout pouvoir (et bien entendu, du pouvoir souverain). Evidemment, l'une et l'autre conception jouissent d'une élaboration conceptuelle et théorique beaucoup plus achevée que nous n'allons pas ici développer; de plus, il s'agissait uniquement de montrer qu'il existe une certaine incompatibilité dans le cadre des principes, que la pratique constitutionnelle et politique s'est chargée de surmonter, tout en montrant certains problèmes d'emboîtement de ces institutions, qui justifient l'organisation de ce séminaire dans le cadre d'UniDem.

Donc, le constituant espagnol de 1978 s'est situé dans cette perspective, même dans le cadre des principes, par rapport aux deux positions signalées précédemment. Effectivement, le constituant proclame, à l'article 1^{er}, en suivant le modèle de la Loi fondamentale de Bonn, que l'Espagne se constitue en un Etat social et démocratique de Droit, où la souveraineté réside dans le peuple espagnol, dont émanent tous les pouvoirs de l'Etat, notion d'Etat de Droit qui est concrétisée par l'article 9.1, qui déclare que «les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et aux autres règles de l'ordre juridique».

Pour ce qui est du sujet ici signalé, d'un côté, la notion d'Etat démocratique, tout comme les autres matérialisations qui ne viennent pas à propos, se traduit par une large reconnaissance de formules de participation populaire, et, concrètement, dans l'établissement de plusieurs modalités de référendum. D'un autre côté, la force spéciale inaliénable de la Constitution, pour sa part, trouve probablement sa principale garantie juridique dans le Titre IX de la Grande Charte, qui institutionnalise un Tribunal constitutionnel doté de larges compétences. Néanmoins, le constituant n'a établi aucun lien entre les deux figures, aucune relation entre la démocratie référendaire et la justice constitutionnelle, surtout si on considère que, parmi les larges fonctions du Tribunal constitutionnel espagnol, ne figure pas, comme dans d'autres ordres juridiques (par exemple, dans le système français), la fonction de l'organe de justice constitutionnelle comme la juridiction suprême en matière de consultations populaires au sens strict, nonobstant les fonctions qui relèvent de cet organe, considéré comme le garant suprême des droits fondamentaux parmi lesquels figure le droit de suffrage.

Sur la base de ces prémisses, on examinera successivement les modalités de référendum prévues par l'ordre juridique espagnol, les traits généraux des fonctions du Tribunal constitutionnel et, finalement, les liens inextricables qui peuvent être établis entre l'une et l'autre institution.

2. Le référendum dans l'ordre constitutionnel espagnol

La Constitution Espagnole (CE) consacre, comme il a été énoncé, diverses modalités de référendum pouvant être classées selon quatre grands groupes: référendum constitutionnel (articles 167.3 et 168.3 CE), consultatif pour des décisions d'une importance spéciale (article 92 CE), dans le cadre des Communautés autonomes (articles 149.1.32 et 151.2 CE) et municipal. Le développement législatif de ces diverses modalités est l'objet de la loi organique L.O. 2/1980 du 18 janvier (modifiée par la L.O. 12/1980 du 16-XII) et par l'article 71 de la loi de base du régime local (ci-après LBRL), citée en dernier lieu; plusieurs statuts d'autonomie et plusieurs lois des Communautés autonomes relatives au régime local complètent la réglementation relative à cette dernière modalité de référendum. Examinons séparément chacune d'elles.

a. Référendum constitutionnel

L'institution du référendum insérée dans la procédure de réforme constitutionnelle est le mécanisme référendaire le moins discuté par la doctrine et le plus généralisé dans le droit comparé. D'autre part, il convient de rappeler que la CE elle-même a été adoptée par référendum le 6 décembre 1978 (électeurs: 26 632 180; votants: 17 873 301; favorables: 15 706 078; défavorables: 1 400 505; blancs 632 902; nuls: 133 786. BOE 22-XII-78). En bref, le Titre X de la Constitution, consacré à la réforme constitutionnelle, prévoit deux modalités de référendum.

Dans le cadre de la réforme constitutionnelle ordinaire, la convocation d'une consultation populaire a lieu si la demande en ce sens a été faite par un dixième des membres de l'une des deux Chambres; la finalité de cette institution est, évidemment, la protection des minorités dans le cas d'une éventuelle réforme constitutionnelle défendue par des majorités parlementaires plus ou moins significatives; néanmoins, un auteur a constaté que le bas pourcentage fixé pour la demande de convocation transforme dans la pratique le caractère facultatif du référendum en une formalité obligatoire pour toute réforme, sauf pour celles ayant un caractère strictement technique; une opinion qui, bien que probablement pertinente, ne doit nullement être considérée comme une critique vis-à-vis de l'oeuvre du constituant, car ce dernier poursuivait avec cette institution la permanence du binôme Constitution-volonté populaire, à l'origine du texte constitutionnel de 1978.

Dans le cas des réformes constitutionnelles plus larges ou profondes (article 168), la CE prévoit le référendum comme obligatoire pour la ratification définitive des

projets de réforme, et n'exige pas de majorités spéciales pour que la réforme soit adoptée.

Formellement, la convocation, dans les deux cas, appartient au roi, par décret royal adopté au Conseil des ministres et contresigné par le Président du gouvernement; toutefois, dans la pratique, on en déduit que l'initiative est adoptée par le Parlement. Le Président du gouvernement doit présenter au roi le décret de convocation dans un délai de trente jours.

b. *Référendum consultatif pour des décisions d'une importance spéciale*

Parmi les modalités de référendum prévues dans la Constitution espagnole, c'est la plus caractéristique et la plus significative, de même qu'il s'agit d'une consultation ayant une portée nationale et un caractère exceptionnel qui a, selon une disposition constitutionnelle spécifique, des effets purement consultatifs, et dont la régulation est assez ambiguë et contradictoire.

Le caractère exceptionnel se déduit de l'objet de la consultation (décisions d'une importance spéciale) et de l'imbrication des principaux organes de direction politique impliqués (gouvernement, Congrès des députés et roi); en dépit de cela, il convient de rappeler que, le 12 mars 1986, une consultation populaire a eu lieu selon l'article 92 CE sur le maintien de l'Espagne dans l'OTAN; ses résultats, au sein d'un corps électoral de 22 024 494 électeurs et sur un total de 17 246 880 votants, ont été de 9 054 509 votes favorables contre 6 872 421 défavorables (BOE 2-IV-1986).

En effet, l'initiative appartient au Gouvernement, mais sa mise en oeuvre requiert l'autorisation préalable et expresse du Congrès des Députés, et, dans ce cas, la convocation formelle appartient également au roi, par décret royal.

L'ambiguïté de la législation réside dans le caractère consultatif déjà proclamé du référendum (les résultats du référendum constitutionnel, qui est une décision plus importante du point de vue formel, ont un caractère inaliénable), ainsi que dans la nature formelle de l'objet de la consultation: «décisions politiques d'importance spéciale». La doctrine s'est montrée unanime sur le fait que cela exclut la soumission au verdict populaire de textes normatifs, mais, probablement, peu d'autres choses peuvent être dites en ce qui concerne la tentative de doter cette notion de profils plus définis.

En tout cas, si nous combinons les deux traits les plus significatifs de l'institution traitée par l'article 92 CE, il s'ensuit que l'objet de la consultation doit être une décision gouvernementale (étant donné que l'initiative de la convocation, telle qu'elle est présentée, appartient au Gouvernement) d'une importance spéciale et ayant un caractère fondamental (c'est-à-dire que sa mise en pratique peut impliquer aussi bien une politique législative de développement que des mesures

concrètes du gouvernement, mais non des projets législatifs déjà perfectionnés) pour que celui-ci, en tenant compte et en examinant les résultats de la consultation populaire (qui sont, du point de vue juridique, consultatifs, bien que d'une grande importance du point de vue politique), prenne l'initiative des mesures nécessaires pour que le verdict populaire soit formalisé, et les adopte.

c. *Le référendum dans les Communautés autonomes*

Le référendum limité au territoire d'une communauté autonome est sans doute le référendum qui a eu le plus grand écho formel dans le texte constitutionnel espagnol. Celui-ci cite cette institution à plusieurs reprises tout au long du processus de configuration de l'Etat des autonomies. En ce sens, la CE exige des territoires qui, dans le passé, n'auraient pas adopté des projets d'autonomie par le moyen du plébiscite, la convocation d'un référendum (avec un résultat favorable évidemment) pour accéder à l'autogouvernement par la voie de l'article 151, afin d'atteindre directement un niveau d'autonomie majeur; ce mode d'accès à l'autonomie a été utilisé dans l'actuelle Communauté Autonome de l'Andalousie pour la tenue du référendum correspondant le 28 février 1980. D'autre part, la Constitution exige également un référendum populaire pour l'adoption des statuts d'autonomie élaborés selon l'article 151, soit lorsqu'il s'agit de nationalités historiques qui avaient déjà joui d'autonomie dans le passé, soit après la manifestation d'une volonté d'autonomie au cours de la votation populaire décrite auparavant. Le Pays basque (25-X-1979), la Catalogne (25-X-1979), la Galice (21-XII-80) et l'Andalousie (20-X-81) ont aussi ratifié par un vote populaire leurs statuts d'autonomie respectifs en vigueur actuellement. Troisièmement, l'article 152.2 de la Constitution indique que la réforme des Statuts d'autonomie conçue par la procédure qui vient d'être décrite doit être aussi ratifiée par référendum, une exigence confirmée et développée par les statuts d'autonomie correspondants (Article 46 du S. Basque, article 56 du S. de la Catalogne, article 56 du S. de la Galice et articles 74 et 75 du S. de l'Andalousie). Finalement, la disposition transitoire 4^o exige aussi une ratification populaire pour l'incorporation de la Navarre à la communauté autonome du Pays basque, une possibilité qui n'a pas été développée ni par la loi organique 2/1980, ni par la loi organique d'amélioration du régime foral de la Navarre.

Cependant, malgré cette large prévision des modalités de référendum dans le cadre territorial des Communautés autonomes pour l'implantation ou la réforme des institutions d'autogouvernement, les allusions à l'institution référendaire dans le domaine du fonctionnement ordinaire des structures des Communautés autonomes sont rares; la Constitution, par prudence, face à la potentialité centrifuge que cette institution pourrait exercer sur le cadre des Communautés autonomes, réserve comme une compétence exclusive de l'Etat l'autorisation de sa convocation (article 149.1.32); néanmoins, la consolidation du système espagnol comme démocratie des partis a impliqué un manque total de références à ce type de consultations populaires, aussi bien dans la loi organique 2/1980 que dans la

grande majorité des statuts d'autonomie adoptés, qui font référence très souvent aux consultations populaires de portée municipale, mais pas aux référendums dans le cadre des Communautés autonomes; les statuts d'autonomie des Asturies, d'Extrémadure et de Murcie sont une exception en ce sens, puisque, dans l'énumération qu'ils effectuent de l'augmentation possible de compétences qui pourrait avoir lieu une fois écoulées cinq années d'autonomie, ils énoncent la convocation de consultations populaires par la voie du référendum sans aucune objection, ce qui permettra peut-être à l'avenir l'établissement de cette modalité de référendum propre aux Communautés autonomes.

d. *Référendum municipal*

La dernière des modalités de référendum qui a été signalée est la consultation populaire au niveau municipal. En principe, la CE ne cite pas concrètement cette modalité de participation directe, bien que, dans la mesure où cette interprétation a dominé dans le cadre de l'article 149.1.32 du texte constitutionnel déjà cité, la législation ultérieure de mise en oeuvre lui ait donné ses contours précis. La L.O. 2/1980 a réitéré la compétence exclusive de l'Etat pour son autorisation et a renvoyé à la législation du régime local; plusieurs statuts d'autonomie l'ont prévu aussi et la loi de base du régime local, à son article 71, a réglementé la procédure de convocation (initiative des maires après l'accord à la majorité absolue de la corporation municipale réunie en séance plénière, autorisation par le Gouvernement de la Nation et convocation formelle par le maire), sauf pour les matières relatives aux Finances Locales.

3. La justice constitutionnelle en Espagne

Le constituant espagnol, en suivant le modèle de la Loi fondamentale de Bonn, et, plus loin dans le temps, de la Constitution espagnole de 1931, s'est prononcé pour un système de justice constitutionnelle concentrée représenté par le Tribunal constitutionnel, qui fait l'objet du Titre IX de la Constitution.

Le Tribunal constitutionnel, véritable organe juridictionnel si l'on considère le mode et les critères guidant sa procédure, et exerçant sa juridiction sur tout le territoire espagnol, est composé de douze magistrats nommés pour neuf ans par le roi, quatre sur proposition du Congrès (à la majorité des trois cinquièmes), le même nombre sur proposition du Sénat à la même majorité, deux sur proposition du gouvernement et deux sur proposition du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire. Le décret royal de nomination est contresigné par le Président du gouvernement.

En tout cas, la question qui suscite le plus d'intérêt concernant le Tribunal constitutionnel est celle des fonctions, affaire dans laquelle, d'autre part, le modèle est considéré comme un exemple, car l'organe de contrôle de la constitutionnalité exerce dans toute leur ampleur les fonctions les plus authentiques de la juridiction

espagnole contemporaine (contrôle de constitutionnalité, résolution des conflits territoriaux et protection des droits fondamentaux), mais ne dispose d'aucune fonction accessoire que le droit comparé réserve à ce type d'organes (l'examen des accusations dirigées contre les institutions de l'Etat ou portant sur la régularité des consultations électorales). En ce sens, il convient de souligner l'absence de compétences en matière électorale, qui empêche de considérer formellement le Tribunal constitutionnel comme l'organe suprême de contrôle dans ce domaine; en conséquence, le contrôle sur les actes qui ont lieu pendant l'organisation d'un référendum pourrait être exercé indirectement par la procédure ordinaire. Examinons brièvement ces instruments de manière générale, avant d'analyser dans quelle mesure ils peuvent représenter un moyen qui assure la régularité des différentes modalités de référendum.

Le Tribunal constitutionnel exerce le contrôle d'inconstitutionnalité à travers le recours d'inconstitutionnalité (présenté par le Président du gouvernement, le défenseur du peuple, cinquante députés, cinquante sénateurs ou par les organes collégiaux supérieurs des communautés autonomes) et la question d'inconstitutionnalité, qui habilite les juges ordinaires, au cours de la procédure d'application d'une norme, à porter devant le Tribunal constitutionnel des vices de constitutionnalité possibles. L'objet du contrôle d'inconstitutionnalité (recours et question) est en tout constitué par les normes ayant rang de loi, et le modèle de constitutionnalité à suivre est la Constitution dans son ensemble; c'est pour cela que, aussi bien les dispositions générales de cette dernière que les normes les plus précises ou les plus concrètes peuvent donner lieu à une déclaration d'inconstitutionnalité.

En somme, on peut affirmer que le modèle espagnol de contrôle de constitutionnalité répond aux critères du contrôle juridictionnel *a posteriori*, surtout depuis la suppression du recours préalable d'inconstitutionnalité contre les statuts d'autonomie et contre les lois organiques, qui a été exercé pendant les premières années de la Constitution à l'abri d'une version initiale de la loi organique du Tribunal constitutionnel (LOTC), en vigueur jusqu'en juin 1985 (avec l'exception des traités internationaux qui font encore l'objet d'un contrôle préalable de constitutionnalité).

Le second grand groupe de fonctions que la Constitution octroie au Tribunal constitutionnel est la résolution des conflits de compétence entre l'Etat et les Communautés autonomes ou de celles-ci entre elles (article 161.1.c) CE), sur recours du Gouvernement de la Nation ou de l'organe de la Communauté autonome concernée contre des actes ou des dispositions qui sont présumés envahir le cadre constitutionnel ou statutaire des compétences. Il y faut ajouter «les conflits d'attributions» entre des organes de l'Etat ayant un rang constitutionnel, à travers une procédure créée par le chapitre III, Titre IV de la loi organique du Tribunal constitutionnel (jusqu'à présent s'est posé un seul conflit entre le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire et les Cortès). Son importance dans

la question qui est examinée, aussi bien dans les conflits de compétences que dans les conflits d'attributions, est minime, comme nous aurons l'occasion de le voir plus tard.

Finalement, le Tribunal constitutionnel assure la garantie des droits fondamentaux à travers le recours individuel de protection (*recurso de amparo*), qui est une procédure à travers laquelle le Tribunal devient le suprême garant des positions juridiques subjectives ayant un rang fondamental consacrées par les articles 14 à 30 de la Constitution (parmi ceux-ci se trouve le droit de suffrage).

Sont habilités à présenter un recours d'*amparo* toute personne physique ou morale invoquant une lésion présumée d'un droit fondamental reconnu dans les articles 14 à 30 de la Constitution (partie de la Constitution qui d'autre part est spécialement protégée), le défenseur du peuple ou le ministère public. Mais, étant donné la nature ultime et subsidiaire de ce recours, il peut être uniquement présenté une fois les voies juridictionnelles pertinentes épuisées.

L'objet du recours est la protection des citoyens contre les violations des droits nés de dispositions, d'actes juridiques ou de simples voies de fait des pouvoirs publics (le législatif, l'exécutif ou le judiciaire), de l'Etat ou des communautés autonomes (article 41.2 de la LOTC). Il n'empêche que, dans certaines circonstances, le Tribunal constitutionnel puisse être saisi des actes de personnes physiques, permettant un certain degré d'efficacité des droits fondamentaux dans les relations privées.

4. Référendum et justice constitutionnelle: les points de contact

De ce qui a été dit jusqu'à présent, il peut être déduit que les points de contact entre la justice constitutionnelle et l'institution du référendum dans l'ordre juridique espagnol en vigueur sont très rares. La pratique le confirme dans la mesure où, après quinze années de fonctionnement du Tribunal constitutionnel espagnol, aucune procédure devant le Haut Tribunal n'a analysé la question du référendum, qui n'a fait l'objet de commentaire dans aucun arrêt. Néanmoins, étant donné les diverses modalités de référendum que la Constitution espagnole prévoit, et les larges fonctions de contrôle confiées au Tribunal constitutionnel, il est probable que, à l'avenir, un type d'interaction puisse avoir lieu. Les lignes qui suivent examinent cette possibilité.

A cet effet, trois moments au cours du processus d'organisation d'un référendum sont à distinguer:

- a. La possibilité de contrôler toutes les mesures préalables à l'adoption de la décision de convoquer un référendum.

- b. Les possibilités de contrôle de l'organisation d'un référendum au sens strict, en considérant sous ce nom l'ensemble des actes qui ont lieu depuis la convocation formelle de la consultation jusqu'à la proclamation des résultats.
- c. La possibilité d'un contrôle ultérieur par l'organe constitutionnel de la décision formellement adoptée par référendum.

Examinons-les séparément.

a. D'après ce qui a été indiqué dans les alinéas précédents, il est certain qu'au cours du processus de convocation d'un référendum, quelles que soient ses modalités, il est impossible pour la Cour constitutionnelle d'analyser les différents actes et sous-actes qui sont produits dans le cadre d'un processus de contrôle de constitutionnalité, pour deux types de raisons. D'une part, parce que ni la décision même de convoquer un référendum, ni les actes antérieurs à la convocation, ni l'acte formel qui est soumis au vote populaire (peu importe la modalité de référendum dont il est question) n'ont la catégorie de loi, seul type d'acte qui peut être soumis au contrôle de constitutionnalité. D'autre part, comme déjà dit, le contrôle de constitutionnalité en Espagne est systématiquement un contrôle *a posteriori* (sauf dans le cas des traités internationaux), ce qui ferme la voie d'un contrôle préalable du référendum, qui est le sujet abordé.

Au contraire, aussi bien dans le cas du référendum constitutionnel que, surtout, dans ce qui est défini plus tard comme un référendum consultatif ou dans le référendum des Communautés autonomes, étant donné la pluralité d'organes et d'instances du pouvoir public qui participent à la phase de convocation, il n'est pas impossible qu'il puisse se produire un conflit, aussi bien d'attributions entre les différents organes constitutionnels, que de compétences entre l'Etat et une communauté autonome. A titre d'exemple, pensons à une hypothétique convocation d'un référendum par le Conseil du gouvernement d'une Communauté autonome sans l'autorisation préalable du Gouvernement de la nation, autorisation que l'article 149.1.32 CE réserve à l'Etat de façon exclusive, ou, en sens contraire, à la non autorisation d'une convocation par le Gouvernement basée sur des critères d'opportunité politique que les autorités des Communautés autonomes qui ont demandé la convocation considèrent non valables; le problème dans cette dernière hypothèse est la portée de la faculté d'autorisation des pouvoirs de l'Etat, s'ils peuvent fonder leur décision sur des raisons strictement d'opportunité, mais résoudre cette question exige le glissement vers le problème complexe de la répartition des compétences entre l'Etat et les communautés autonomes dans l'ordre juridique espagnol, une question qui déborde amplement les prétentions de la présente note.

Finalement, compte tenu du large contenu que la jurisprudence constitutionnelle espagnole octroie au droit de participation politique, il est possible que la phase

préalable de convocation d'un référendum donne lieu à un recours d'*amparo*, en particulier dans le cas du référendum constitutionnel ayant un caractère facultatif. En effet, d'après une jurisprudence constitutionnelle constante, le droit de participation politique que consacre l'article 23 comprend non seulement les droits de suffrage et de libre et égal accès aux postes et fonctions publics mais aussi le droit au libre et égal exercice des facultés liées à l'exercice du poste public; ainsi, une limitation du droit d'amendement des parlementaires dans la procédure législative, au-delà des hypothèses fixées par le règlement, ou une restriction du droit des parlementaires à obtenir une information du gouvernement ou de ses services (article 109 CE), ont été considérées par le Tribunal constitutionnel comme des violations du droit consacré par l'article 23 CE déjà cité; par conséquent, on ne peut exclure par principe qu'une restriction des facultés parlementaires ou encore un obstacle dans la convocation d'un référendum puisse donner lieu à la présentation d'un recours d'*amparo*.

b. La deuxième des phases précitées, c'est-à-dire le contrôle de la régularité de la consultation référendaire elle-même, est moins compliquée, d'autant plus que sont exclus évidemment le contrôle de constitutionnalité et les conflits d'attributions et de compétences, et, au contraire, le recours d'*amparo* a ici une signification très particulière, et est considéré comme une voie dans la procédure qui assure les positions subjectives individuelles, qui sont les plus souvent concernées tout au long de la campagne référendaire. Pensons à la liberté d'expression ou de réunion et, en particulier, au droit de suffrage avec les conditions de liberté, d'égalité et de secret qui lui sont complémentaires. Il faut rappeler en ce sens que, dans le cas des consultations électorales, la législation en vigueur considère spécifiquement le recours d'*amparo* comme la voie de réfutation des arrêts des tribunaux ordinaires dans les procédures du contentieux électoral (article 114.2 de la loi électorale), et rien ne nous empêche d'étendre cette règle au référendum. En tout cas, il doit s'agir de violations des droits individuels et subjectifs.

c. Pour ce qui est d'une réfutation *a posteriori*, non pas des résultats en soi, mais de la décision définitivement adoptée, considérant à la marge la difficulté «politique» que pourrait représenter l'annulation par le Tribunal constitutionnel d'une décision ratifiée par la majorité de l'électorat (rappelons ici l'exemple français de 1962), on ne peut pas non plus examiner cette éventualité sur la base de critères strictement techniques, excepté un cas concret qui sera signalé plus tard.

Pour ce qui est du référendum constitutionnel, le Tribunal constitutionnel ne peut être saisi de la réforme hypothétiquement acceptée par votation populaire puisque, bien que la Constitution espagnole consacre diverses procédures de réforme, on ne peut en déduire un lien hiérarchique entre les différentes dispositions constitutionnelles. Une différence de rang entre les dispositions constitutionnelles est définitivement rejetée et, par conséquent, si l'on considère comme impensable

l'existence de dispositions formellement constitutionnelles qui puissent être considérées comme inconstitutionnelles (en particulier, l'article 27.2 de la loi organique du Tribunal constitutionnel qui détermine les actes qui font l'objet de recours d'inconstitutionnalité n'inclut pas les réformes constitutionnelles, absence qui a été critiquée par un auteur), le contrôle de constitutionnalité de ces actes de réforme constitutionnelle adoptés par référendum n'est pas admis.

Bien que pour des raisons différentes, on ne peut considérer comme susceptibles de contrôle de constitutionnalité les décisions adoptées par consultation populaire à travers un référendum consultatif. Ni en considérant la nature formelle de l'acte («décisions politiques d'importance spéciale»), ni en considérant la valeur des résultats de la consultation («consultatifs») le verdict populaire n'a les formes requises précises pour être présenté devant le Tribunal constitutionnel à travers le contrôle de constitutionnalité qui, nous le rappelons encore une fois, est réservé aux normes ayant force de loi. Tout ce qui vient d'être énoncé doit s'étendre, pour les mêmes raisons, au référendum municipal.

Il reste pour terminer l'analyse de la possibilité de soumettre au contrôle de constitutionnalité les décisions adoptées dans le cadre d'un référendum d'une Communauté autonome. Le caractère peu abondant des règles sur l'institution référendaire dans les statuts d'autonomie des communautés autonomes a réduit les possibilités de l'institution dans ce domaine aux processus de réforme du statut lui-même, une possibilité prévue dans la norme institutionnelle et de base de plusieurs communautés autonomes (Andalousie, Aragon, Catalogne, Galice et Pays basque). Donc, c'est là le seul cas où théoriquement peut se produire un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sur les décisions adoptées par référendum populaire; de plus, dans ces réformes statutaires, l'intervention populaire est le point culminant du processus législatif qui, entre autres moments, a une phase qui est l'adoption de la réforme par l'Assemblée législative respective de la Communauté autonome et son examen comme loi organique par les Cortès. Si l'on considère le large processus législatif et les instances très différentes qui y participent, il paraît difficile qu'il soit nécessaire de poser la question en dernière instance devant le Tribunal constitutionnel, donc, cette éventualité peut être qualifiée de cas purement académique, mais une analyse qui prétend considérer exhaustivement toutes les interventions possibles du Tribunal constitutionnel dans les institutions propres de la démocratie référendaire méritait en tout cas une référence.

XIX. La constitutionnalité des référendums en Ukraine - Intervention de M. Petro MARTINENKO

Professeur, Institut ukrainien des relations internationales

1. L'ordre juridique de l'Ukraine indépendante prévoit divers procédés de démocratie directe: l'initiative populaire, le mandat impératif, le référendum, le plébiscite, etc. La Constitution ukrainienne en vigueur est un héritage de l'Ukraine

soviétique. Aux termes de celle-ci, les élections et les organes représentant le peuple (les congrès des députés du peuple) sont les seuls moyens dont dispose le peuple pour exercer son pouvoir (article 2 de la Constitution), et le référendum n'est qu'un instrument auquel ces organes peuvent recourir accessoirement (article 5 de la Constitution). Toutefois, la loi ukrainienne du 3 juillet 1991 sur les référendums locaux et nationaux définit le référendum comme un procédé du pouvoir législatif totalement indépendant des autorités nationales et comme un instrument de décision des collectivités locales (article premier). Divers projets relatifs à une nouvelle Constitution vont plus loin encore, puisqu'ils présentent pratiquement le référendum comme le seul mode d'expression de la «volonté souveraine du peuple», ou du «pouvoir du peuple» en Ukraine (alors qu'il était traditionnellement considéré comme un accessoire de la démocratie représentative).

Cette tendance actuelle s'explique tout d'abord par l'inefficacité des organes de représentation du peuple, au sein desquels les députés œuvrent de manière non professionnelle, et, ensuite, par les vestiges du totalitarisme, les tentations populistes et une certaine conception de la démocratie, identifiée au «pouvoir du peuple» et à la «souveraineté populaire».

2. La législation ukrainienne en vigueur prévoit trois types de référendums:
 - a. les référendums nationaux;
 - b. les référendums organisés en Crimée;
 - c. les référendums locaux.

Ces trois types de référendums peuvent être d'ordre normatif (c'est-à-dire tendre à la création d'une règle de droit ou d'un texte législatif qui ne requiert pas d'autre approbation) ou consultatif. Les référendums nationaux sont organisés sur décision du Rada suprême d'Ukraine (le Parlement ukrainien); les référendums de Crimée ont lieu à l'initiative du Rada suprême de la République autonome de Crimée (la RAC); les référendums locaux sont proposés par les conseils locaux (au niveau de la région, du district ou de la municipalité). Tous ces référendums obéissent à des conditions de recevabilité similaires. Les lois et autres textes adoptés à l'issue d'un référendum national ont une valeur juridique supérieure à celle des textes législatifs adoptés par le Parlement ukrainien. De même, les lois adoptées à l'issue d'un référendum organisé en Crimée et les décisions adoptées à la suite d'un référendum local priment respectivement les lois du Parlement de la RAC et les décisions prises par les conseils locaux.

Les textes qui font l'objet d'un référendum doivent être adoptés sous forme de résolutions par les organes concernés (Rada suprême d'Ukraine, Rada suprême de la RAC et conseils locaux). Le droit ukrainien en vigueur ne confère pas à ces résolutions le statut de loi et, du reste, ne définit nullement leur nature. La doctrine et la pratique constitutionnelles d'Ukraine les assimilent en fait à des textes à

caractère non législatif adoptés par les organes représentant le peuple sur des questions □ de procédure par exemple □ qui relèvent de leurs compétences autres que législatives. L'Ukraine n'ayant pas encore proclamé une véritable séparation des pouvoirs, le Rada suprême d'Ukraine a *de facto* étendu ses résolutions au thème de l'application de la législation. Mais, en tout état de cause, ces résolutions doivent être adoptées par la majorité des membres de l'organe en question.

3. Seule une résolution du Rada suprême d'Ukraine permet d'inscrire une loi au programme de l'un des référendums nationaux suivants:

a. le référendum législatif (en vue de l'adoption, de l'amendement ou de l'abrogation d'une loi ukrainienne);

b. le référendum de ratification (en vue de l'approbation d'un traité international signé par l'Ukraine);

c. le référendum de consultation.

Marqué par l'ancien régime totalitaire, l'ordre législatif ukrainien, qui ne prévoit pas le pouvoir constituant et se fonde sur ce que l'on appelle la «duplication fonctionnelle», considère que l'adoption de la Constitution entre en toute logique dans les attributions législatives du Rada suprême d'Ukraine. C'est ainsi que le Parlement ukrainien adopte, par le biais de résolutions, les lois qui font l'objet de référendums constitutants (c'est-à-dire qui concernent l'adoption ou la révision de la Constitution).

Les référendums nationaux sont généralement facultatifs. Ils ne sont obligatoires que dans les hypothèses suivantes:

a. autodétermination du peuple ukrainien;

b. adhésion de l'Ukraine à des unions internationales de type fédéral ou confédéral (article 5 de la loi sur les référendums locaux et nationaux);

c. modifications apportées au territoire national et aux frontières (article 70 de la Constitution).

4. Aux termes de la loi du 3 juin 1992 sur la Cour constitutionnelle d'Ukraine, la constitutionnalité des référendums est du ressort d'une juridiction constitutionnelle. Les questions suivantes relèvent de cette juridiction:

a. la validité formelle des lois soumises à référendum (article 14, paragraphe 3), c'est-à-dire la constitutionnalité de la procédure d'adoption du référendum (sa tenue doit être décidée par l'organe approprié, dans les délais impartis et dans les limites que fixe la Constitution aux attributions de cet organe);

b. la validité matérielle des lois soumises à référendum (y compris les projets de révision de la Constitution), c'est-à-dire leur conformité à la Constitution ukrainienne et à ses dispositions fondamentales, et ce, indépendamment des conditions formelles relatives à leur adoption.

Dans la mise en œuvre de ses attributions constitutionnelles, la Cour constitutionnelle peut exercer le contrôle préliminaire prévu à l'article 14, paragraphe 1 de la loi de 1992 et invalider une résolution adoptée par le Rada suprême d'Ukraine ou un autre organe de représentation, qui n'a pas encore été appliquée.

Soulignons toutefois que le Rada suprême d'Ukraine n'a pas encore déterminé la composition de la Cour constitutionnelle, et qu'en conséquence, le contrôle de constitutionnalité s'opère actuellement selon des modalités quelque peu différentes.

5. Pour l'heure, la constitutionnalité d'une loi adoptée par le Rada suprême d'Ukraine et soumise à un référendum national est contrôlée de manière non juridictionnelle par i. le Parlement ukrainien lui-même et par ii. le Présidium du Parlement ukrainien. D'une part, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, alinéa 6 du Règlement interne du Rada suprême d'Ukraine, ce dernier ne peut adopter aucune décision visant à l'application d'une de ses résolutions tant que les modifications adéquates n'ont pas été apportées au texte de la Constitution. D'autre part, comme l'ex-URSS était dépourvue de juridiction constitutionnelle, le Présidium du Soviet suprême d'URSS avait le pouvoir d'exercer un contrôle constitutionnel à caractère non juridictionnel; or, le même principe figure dans la Constitution ukrainienne en vigueur, puisque l'article 106, paragraphe 6 confère au Présidium du Rada suprême d'Ukraine le pouvoir de vérifier la conformité à la Constitution ukrainienne. Cependant, les modalités et les conséquences pratiques de ce contrôle restent imprécises, car ces questions n'ont pas encore été résolues de manière définitive par la législation ukrainienne. L'interdiction du parti communiste en Ukraine, survenue en 1991 et toujours controversée, est pratiquement le seul épisode où le Présidium du Rada suprême d'Ukraine ait fait usage de ce pouvoir de contrôle. Le système actuel de contrôle constitutionnel non juridictionnel est inefficace et ne saurait se substituer à une juridiction constitutionnelle.

6. Dans les situations où il n'y a pas de contrôle juridictionnel efficace, le Procureur général d'Ukraine peut vérifier la conformité à la Constitution ukrainienne i. des lois adoptées par le Rada suprême de la RAC qui sont soumises à référendum en Crimée et ii. des décisions émanant des conseils locaux qui font l'objet de référendums locaux. Il peut attaquer une résolution adoptée par l'un des organes concernés sur la base de i. son invalidité formelle ou de ii. son invalidité matérielle. Néanmoins, cette contestation ne suffit pas à annuler le texte qui

s'avère non conforme à la Constitution. Dans les situations les plus complexes, le Rada suprême d'Ukraine est appelé à intervenir.

L'épisode suivant, survenu en Crimée, est à cet égard significatif. Le bureau du Rada suprême de la RAC est passé sous le contrôle de partis nationalistes menés par des députés d'origine russe de la région. Le 25 avril 1995, il a poussé, avec succès, le Parlement de la RAC à adopter une résolution demandant la tenue d'un référendum en Crimée aux fins de l'approbation de la Constitution de Crimée du 6 mai 1992. Or, cette Constitution avait été invalidée par le Rada suprême d'Ukraine parce que le Rada suprême de la RAC, ignorant ses nombreux appels, ne l'avait pas rendue conforme à la Constitution et aux lois ukrainiennes, se mettant ainsi au ban de l'ordre juridique ukrainien. En conséquence, le Parlement de la Crimée s'était vu assigner la tâche d'élaborer une nouvelle Constitution, puis de la soumettre au Parlement ukrainien pour approbation à la date du 15 mai 1995. Mais le Parlement de la RAC a passé outre à cette injonction et en a appelé à l'«arbitrage» du «peuple de Crimée». Le Procureur général d'Ukraine a protesté contre cette initiative, en arguant qu'elle était absolument contraire à la Constitution et aux lois ukrainiennes. En effet, l'Ukraine prévoit une procédure tout à fait différente pour l'adoption de la Constitution de Crimée: celle-ci doit être adoptée par le Rada suprême de la RAC, puis être approuvée par le Rada suprême d'Ukraine. Ce conflit à caractère constitutionnel est en cours de règlement, mais, en attendant, il se politise de plus en plus.

XX. La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire - Rapport de synthèse de M. Andreas AUER

Professeur à la Faculté de droit de l'université de Genève, directeur du Centre d'étude et de documentation sur la démocratie directe (C2D)

Introduction

1. Comparaison n'est pas raison. Le choix du sujet de ce séminaire UniDem a de quoi surprendre. Comparer dans une poignée d'Etats le rôle et la fonction du juge constitutionnel dans la mise en oeuvre des institutions de démocratie directe que ces Etats consacrent paraît une tâche à la fois hardie et frustrante. Hardie, parce que les différences connues qui caractérisent les systèmes de justice constitutionnelle, la structure étatique et la tradition juridique dans les pays concernés se cumulent avec les énormes différences dans les institutions de démocratie directe et leur aménagement concret, de sorte que l'on ne voit guère ce qu'il y a à comparer entre des structures et des pratiques que rien, ou presque, ne semble réunir. Tâche frustrante surtout, parce que et la justice constitutionnelle et la démocratie directe sont pour elles-mêmes bien plus vastes et plus riches que cette petite partie de chacune qui se rapporte à l'autre, de sorte que l'essentiel, pour les deux, paraît se trouver ailleurs que dans la comparaison qui nous occupe aujourd'hui.

2. Il convient donc d'être modeste. Des conclusions spectaculaires et fracassantes, il n'y en aura pas. Des propositions concrètes, il faut les oublier. Cinq pays seulement sont pris en considération, à savoir la France, la Suisse, l'Irlande, l'Italie et les Etats-Unis et ceci à travers les rapports établis par les Professeurs Jacques Robert (Paris), Ulrich Häfelin (Zurich), James Casey (Dublin), Sergio Bartole (Trieste) et J. N. Eule (Los Angeles). Je saisis l'occasion pour remercier ces éminents collègues de leur précieuse participation à ce colloque. Je remercie aussi les organisateurs, à savoir La Commission de Venise du Conseil de l'Europe et son Secrétaire Gianni Buquicchio, le Professeur Jean-François Flauss (Strasbourg) et l'Union européenne d'avoir pris l'initiative de cette rencontre scientifique et de m'avoir fait l'honneur de me confier la rédaction de ce rapport de synthèse.

3. Je commencerai par un bref rappel des principales institutions qui caractérisent ce que l'on appelle la démocratie directe et par un résumé de ce qui fait sa spécificité (I). C'est peut-être fastidieux, mais indispensable. En revanche, je pars de l'idée que l'aménagement concret de la démocratie directe dans les cinq Etats pris en considération, de même que les systèmes de justice constitutionnelle qu'ils consacrent, sont connus. C'est peut-être prétentieux, mais tout aussi indispensable. J'essayerai ensuite de montrer que, tout en étant inévitable, la rencontre entre la justice constitutionnelle et la démocratie directe peut poursuivre des finalités et produire des effets différents, voire contradictoires (II). Je prendrai enfin une série de points communs mentionnés dans les rapports nationaux pour essayer de comparer les résultats parfois convergents, parfois contradictoires des jurisprudences constitutionnelles en cause (III).

I. La démocratie directe

4. Pour les besoins de ce colloque, le terme de démocratie directe me paraît préférable à celui de démocratie référendaire. De façon générale, un système démocratique peut être considéré comme une démocratie directe lorsque le peuple, en tant qu'organe de l'Etat, se voit attribuer d'autres compétences que celles qui consistent à élire périodiquement ses représentants et/ou le chef de l'Etat. Ces autres compétences peuvent consister, d'une part, à sanctionner par un vote un acte étatique adopté par un autre organe de l'Etat: c'est le référendum qui peut être obligatoire lorsque la sanction populaire est une condition indispensable de l'entrée en vigueur de l'acte en question, ou facultatif lorsque la sanction populaire n'intervient que sur demande, une demande qui peut émaner soit d'un autre organe de l'Etat, à savoir le parlement, une minorité de députés, le gouvernement ou le chef de l'Etat, soit d'une fraction du corps électoral lui-même. Dans les deux cas, le référendum, selon la nature juridique de l'acte qui y est soumis, peut être constitutionnel, législatif, financier, conventionnel ou administratif. Le référendum est constitutif lorsque le résultat du vote populaire s'impose juridiquement à tous les autres pouvoirs; il est consultatif lorsque l'avis du peuple ne lie pas juridiquement les autres organes. Le référendum facultatif est

suspensif lorsque l'aboutissement d'une demande de référendum suspend l'entrée en vigueur de l'acte visé; il est abrogatif ou résolutoire lorsque le vote du peuple met fin à la validité de l'acte qui y est soumis. D'autre part, les compétences autres qu'électorales du peuple peuvent consister à pouvoir déclencher le processus qui peut conduire à l'adoption d'un acte étatique: c'est l'initiative populaire qui peut, elle aussi, être constitutionnelle, législative, financière ou administrative.

5. La démocratie directe se caractérise ainsi par le fait que le peuple est un organe de l'Etat qui exerce, en plus de la compétence électorale classique, des attributions spécifiques en matière constitutionnelle, conventionnelle, législative ou administrative. Elle est dépendante ou «domestiquée» lorsque l'exercice de ces attributions dépend de l'intervention ou de la volonté d'un autre organe de l'Etat, parlement ou chef de l'Etat. Elle est indépendante ou «propre» lorsque la question de savoir à quel moment et sur quoi le peuple intervient ne dépend que de la volonté de ce dernier, ou alors d'un critère objectif sur lequel les autres organes de l'Etat n'ont pas de prise.

6. Ainsi définie, la démocratie directe ne s'oppose pas, mais complète la démocratie représentative. C'est dire que le rapport de représentation classique entre le peuple et ses députés subsiste nécessairement dans une démocratie directe, qui l'enrichit cependant d'autres rapports de représentation, notamment celui entre la fraction du peuple qui peut demander le référendum ou lancer une initiative et le corps électoral dans son ensemble. Si donc la démocratie représentative peut se passer de tout élément de démocratie directe — encore que l'élection des députés et/ou du chef de l'Etat soit, le plus souvent, une compétence «directe» du peuple —, l'inverse n'est pas vrai: la démocratie directe ne peut ni se concevoir ni se construire sans le rapport élémentaire entre le peuple et ses députés. Cela étant, il est vrai que l'existence des institutions de démocratie directe affecte et modifie le rapport de représentation classique, en ce sens que le parlement est contraint de partager avec le peuple l'exercice de ses fonctions constituante, législative, financière ou administrative. D'où la méfiance, voire l'hostilité, qu'éprouvent souvent, sinon régulièrement les représentants du peuple à l'égard de ces institutions.

II. Les points de rencontre de la justice constitutionnelle et de la démocratie directe

7. D'un côté donc, l'expression directe de la volonté populaire sous forme d'acte référendaire ou d'initiative du peuple; de l'autre, le juge constitutionnel, suprême arbitre de l'équilibre des pouvoirs, garant de la hiérarchie des normes et protecteur des libertés. Quand ces deux piliers de l'ordre constitutionnel se touchent, ça fait des étincelles. Il se peut alors que l'un doive céder face à l'autre; mais il se peut aussi que les deux se renforcent mutuellement.

1. La démocratie directe contre la justice constitutionnelle

8. En Suisse, les lois fédérales et les traités approuvés par le parlement échappent à tout contrôle de constitutionnalité (article 113 al. 3 Cst.; *supra* p. 70). Cette immunité est souvent interprétée comme une victoire de la démocratie sur le libéralisme. Les auteurs de la règle, dit-on, ont voulu éviter qu'une poignée de juges défassent l'oeuvre du peuple lorsque ce dernier a expressément approuvé une loi contre laquelle le référendum a été demandé. Il n'est pas certain que cette interprétation soit historiquement correcte, dans la mesure où l'existence du référendum législatif facultatif n'a pas, à l'origine, été invoquée à l'appui de la règle constitutionnelle de l'immunité. Celle-ci semblait bien plutôt aller de soi dans le contexte politique de la deuxième moitié du siècle dernier où un seul parti — le parti radical et ses alliés — exerçait une domination incontestée sur l'ensemble des institutions fédérales. Il n'en reste pas moins que lors des tentatives ultérieures de modification de la règle constitutionnelle mentionnée, l'existence et l'importance du référendum législatif ont souvent été considérés comme un obstacle de poids à l'introduction d'un contrôle de la constitutionnalité des lois au plan fédéral.

9. Dans le même contexte, il convient de citer la sanction populaire qui menace, dans les Etats américains, les juges étatiques qui ont exercé une censure stricte sur les propositions émanant du peuple, pour non-conformité aux Constitutions d'Etats (*supra* pp. 84-85). Soumis à réélection périodique ou exposés à révocation (*recall*), les juges des Cours Suprêmes d'Etat risquent ainsi de payer par la perte de leur fonction un exercice scrupuleux et rigoureux de cette dernière. Pas étonnant alors qu'ils s'imposent une retenue qui laisse un arrière-goût de parti-pris dans le vrai sens du terme. Ici, c'est donc l'élection populaire des juges, pour une période limitée, et l'institution du *recall*, qui ont pour effet de freiner l'élan du juge constitutionnel face aux initiatives d'une constitutionnalité douteuse.

10. Aux Etats-Unis toujours, l'initiative populaire tendant à la révision de la Constitution d'Etat peut servir d'arme contre des décisions judiciaires trop libérales en matière d'interprétation de cette Constitution (*supra* p. 87). En Californie, au Massachusetts et en Oregon, notamment, les électeurs ont ainsi réintroduit, à la suite d'une initiative constitutionnelle, la peine de mort que les juges avaient déclarée contraire à la Constitution. En matière de déségrégation scolaire aussi, des initiatives constitutionnelles ont servi à limiter, voire à interdire, les moyens parfois radicaux (*busing*) que les juges ont imposés aux autorités scolaires récalcitrantes. Même chose pour la législation et la jurisprudence anti-discriminatoires (*supra* p. 94). Ici, c'est donc typiquement un instrument de démocratie directe, à savoir l'initiative populaire tendant à la révision de la Constitution d'Etat, qui sert de correctif à la justice constitutionnelle. A noter cependant que celle-ci parvient parfois à corriger ce correctif, dans la mesure où il lui appartient d'interpréter et de concrétiser les normes constitutionnelles étatiques issues de telles initiatives populaires.

11. En France aussi, la démocratie référendaire fait obstacle à la justice constitutionnelle. Selon une jurisprudence inaugurée en 1962 et confirmée trente ans plus tard dans la décision «Maastricht III», les actes que le Président de la République soumet, pour adoption, au peuple, ne sont pas susceptibles d'être déferés au Conseil constitutionnel parce qu'ils constituent, aux yeux de ce dernier, «l'expression directe de la souveraineté nationale» (*supra* pp. 47-48). Cette jurisprudence restrictive qui, à défaut de pouvoir se fonder sur la lettre de l'article 61 al. 2 Cst., s'appuie expressément sur «l'esprit de la Constitution», établit donc une différence de nature entre les lois votées par le parlement et celles adoptées par le peuple, alors même que l'article 3 al. 1 Cst. met explicitement la souveraineté exercée par les représentants du peuple et celle que le peuple assume par la voie du référendum sur un pied d'égalité. Dans la mesure où une loi référendaire adoptée selon la procédure prévue à l'article 11 Cst. peut être modifiée par une loi parlementaire (décision de 1985 «Nouvelle Calédonie»), la retenue du juge constitutionnel français peut d'ailleurs paraître quelque peu contradictoire. S'il est vrai que «la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution», on ne voit guère pourquoi le juge constitutionnel refuserait d'imposer ce respect y compris au législateur référendaire, dont la «souveraineté» peut de toute façon être contestée non seulement par le législateur parlementaire ultérieur, mais aussi par le juge ordinaire, au nom du respect des droits et des libertés garantis par la CEDH (arrêt Nicolo de 1992). Bref, la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le contrôle des lois référendaires équivaut à une démission difficilement compatible avec la nature de la démocratie directe et, plus encore, avec les exigences d'un Etat fondé sur le droit.

2. La justice constitutionnelle contre la démocratie directe

12. La démocratie directe a pour but de permettre au peuple d'initier et/ou de clore une procédure d'édition de normes. Quant à la justice constitutionnelle, elle a pour tâche essentielle de procéder au contrôle des normes quant à leur conformité avec l'ordre juridique national ou international. Pas étonnant que la plupart des pays qui font l'objet de la présente comparaison confient au juge constitutionnel la tâche de contrôler la régularité des actes initiés et/ou adoptés par le peuple. Certes, les modalités, l'objet et les limites de ce contrôle peuvent varier considérablement d'un pays à l'autre. Mais il semblerait que plus la démocratie directe est développée et utilisée, plus le juge constitutionnel est appelé à rappeler au peuple les limites de son pouvoir normatif. Comme si, à partir d'une certaine intensité, la démocratie directe avait besoin de la justice constitutionnelle. L'enjeu, en effet, est de taille: il en va du respect de la répartition des compétences au sein de l'Etat, de la supériorité du droit fédéral sur le droit des Etats membres, de la garantie des droits fondamentaux, du respect des normes et coutumes du droit international et, en dernière analyse, de la cohérence de l'ordre juridique dans son ensemble.

13. Le contrôle que le juge constitutionnel exerce sur les instruments de démocratie directe peut porter d'abord sur les conditions formelles de mise en oeuvre de ceux-ci: respect des délais; nombre, validité et répartition géographique des signatures appuyant une demande de référendum ou une initiative populaire; unité de la forme, titre et formulation de la demande, etc. Cependant, le contrôle de la régularité formelle des initiatives et des référendums est souvent confié aux autorités administratives, le juge n'intervenant que sur recours. Il en est ainsi notamment en Suisse où les décisions de la Chancellerie fédérale relatives à l'aboutissement des initiatives et des demandes de référendum sont susceptibles de recours de droit administratif au Tribunal fédéral (*supra* pp. 71-72), une réglementation semblable existant dans les cantons. Il en va de même en Italie où le respect des conditions formelles de la procédure du référendum abrogatif de l'article 75 Cst. est contrôlé par le Bureau de contrôle des référendums rattaché à la Cour de cassation (*supra* p. 54). Aux Etats-Unis cependant, les tribunaux d'Etats jouent un rôle plus actif dans cette vérification des conditions formelles d'aboutissement des initiatives populaires (*supra* p. 81).

14. En ce qui concerne le contrôle de la validité matérielle des initiatives et des lois référendaires, le rôle du juge constitutionnel est central. Il lui appartient en effet de situer ces actes dans le cadre constitutionnel qui s'impose à tous, y compris au corps électoral. C'est à lui qu'incombe souvent la tâche délicate mais essentielle de rappeler au peuple qu'il n'est pas délié de l'obligation de respecter la Constitution et que, aussi souverain qu'il soit, il ne peut pas restreindre comme bon lui semble, ou violer, les droits fondamentaux. Même doté de compétences législatives, le peuple n'est qu'un organe de l'Etat qui tire ses pouvoirs de la Constitution et qui ne saurait donc ni empiéter sur les attributions que la même Constitution réserve aux autres organes de l'Etat, ni violer les droits et les libertés des citoyens. En Italie, la Cour constitutionnelle intervient d'office pour contrôler le respect des limites matérielles que l'article 75 al. 2 Cst. impose au référendum législatif. Dans l'exercice de cette tâche, elle est allée bien au-delà de la lettre de la Constitution pour déduire du système constitutionnel dans son ensemble un certain nombre de limites implicites à l'admissibilité des référendums: l'exigence d'homogénéité et de rationalité, l'exclusion du référendum contre les lois portant révision de la Constitution et les autres lois constitutionnelles, de même que contre les dispositions législatives dont le contenu est directement imposé par la Constitution (*supra* pp. 55-60). En Suisse, si le juge constitutionnel fédéral n'a, en droit positif, rien à dire sur les initiatives populaires fédérales, il appartient au parlement fédéral de veiller au respect de la règle de l'unité de la matière et, selon la pratique récente, de s'assurer, sous peine d'invalidité, que les initiatives populaires fédérales se conforment aux obligations impératives découlant du droit international (*ius cogens*). Quant au Tribunal fédéral, son rôle en matière de contrôle préventif de la validité matérielle des initiatives populaires cantonales, se superposant à celui qu'exercent dans presque tous les cantons les parlements, est primordial (*supra* pp. 74-75). Il se double d'ailleurs d'un libre contrôle de la constitutionnalité, abstrait aussi bien que concret, des actes législatifs cantonaux

adoptés par le peuple. Aux Etats-Unis, les juges exercent, après le scrutin, un contrôle matériel plein et entier sur les actes que le peuple a initiés ou adoptés et certains voudraient même que ce contrôle soit plus strict encore en raison même de l'origine populaire de ces actes (*supra* pp. 90 ss.; *infra* n° 34). En Irlande, si un jour le peuple adopte une loi par la voie du référendum comme le lui permettrait l'article 47 Cst., celle-ci serait sujette au contrôle judiciaire de sa conformité avec le droit international coutumier (*supra* pp. 120-121).

15. On aura remarqué que ce contrôle judiciaire matériel des propositions émanant du peuple, ou ratifiées par ce dernier, joue pleinement lorsque cette proposition vise un niveau structurel ou normatif qui est «encadré» par des règles de fond et de procédure énoncées par le droit supérieur, à savoir surtout la Constitution. C'est parce que, en Italie, le référendum abrogatif ne peut viser que les lois que la Cour constitutionnelle vérifie qu'il respecte les limites matérielles fixées expressément ou implicitement par la Constitution. C'est parce que, dans un Etat fédéral, l'ordre juridique décentralisé doit être conforme au droit fédéral que le Tribunal fédéral suisse et la Cour suprême américaine examinent si les initiatives et les référendums cantonaux respectivement étatiques se conforment au droit fédéral respectivement au droit de l'Union. Lorsqu'en revanche la démocratie directe affecte la formation de la volonté du constituant, le juge constitutionnel est, en principe, condamné à se taire, tant il est vrai que la question de la conformité d'une proposition de révision de la Constitution avec cette même Constitution ne se pose pas. Voici pourquoi le juge irlandais estime «qu'une proposition de révision de la Constitution ne peut pas, *per se*, être inconstitutionnelle» (*supra* pp. 121-122) et la Cour suprême du Massachusetts avoue ne pas comprendre en quoi et pourquoi «un amendement constitutionnel peut être inconstitutionnel» (*supra* pp. 95-96).

16. C'est précisément le caractère directement démocratique du processus de révision de la Constitution qui constitue un argument de poids contre la vision théorique d'une différence de qualité, ou de nature, entre le constituant originaire et le constituant dérivé et contre la construction abstraite qui voudrait que le second — du moins en l'absence de limites matérielles à la révisibilité de la Constitution — soit lié par le premier. Tel est le cas en Suisse où le peuple dispose non seulement de l'initiative en matière constitutionnelle mais apparaît, avec les cantons, comme organe constituant: quel autre organe de l'Etat et au nom de quel principe ou de quelle valeur pourrait empêcher le peuple de proposer, et le peuple et les cantons d'accepter, une révision, aussi massive ou aussi légère qu'elle soit, de la Constitution?

17. S'agissant de la conformité des lois référendaires et des actes issus d'initiatives populaires avec les droits de l'homme, les éventuelles carences de la justice constitutionnelle nationale sont parfois comblées par la justice constitutionnelle internationale, surtout régionale. Ainsi, rien n'empêche le cas échéant la Cour européenne des droits de l'homme de déclarer qu'une loi fédérale

(suisse) expressément acceptée par le peuple, ou une loi référendaire française — toutes deux incontrôlables au niveau national — sont contraires à une liberté garantie par la CEDH. On a même vu la Cour sanctionner, pour violation de la liberté d'expression, une interprétation judiciaire d'une disposition constitutionnelle acceptée par le peuple irlandais qui traduit indubitablement la conception morale dominante du pays en matière d'avortement (arrêt *Open Door* de 1992).

3. La justice constitutionnelle pour la démocratie directe

18. Le juge constitutionnel n'intervient pas que pour limiter l'exercice, par le peuple, de ses attributions constitutionnelles, législatives ou administratives. Il lui arrive aussi de défendre la démocratie directe contre des actes étatiques qui la limitent indûment. Tout comme le peuple peut être tenté de dépasser les limites que la Constitution ou le droit international fixent à l'exercice de ses pouvoirs, les autres organes de l'Etat, ou des collectivités publiques inférieures, peuvent être tentés de restreindre les droits que la Constitution réserve expressément au peuple. Dans les deux cas, il appartient au juge constitutionnel, sur recours, de rétablir une situation conforme à la Constitution.

19. Ainsi en Suisse, le Tribunal fédéral peut être saisi par les citoyens qui estiment qu'un acte cantonal — une loi, un règlement du pouvoir exécutif, une décision administrative ou un jugement — portent atteinte aux droits politiques que la Constitution cantonale réserve au corps électoral. A chaque fois qu'une autorité cantonale soustrait une initiative populaire au vote du peuple pour non respect du droit supérieur, vote une dépense qui est soumise au référendum financier, restreint la liberté de vote par une intervention illicite dans la campagne référendaire ou électorale ou par une interprétation erronée du principe de l'unité de la matière, viole une règle d'incompatibilité, etc., le Tribunal fédéral est là pour défendre les institutions de la démocratie directe et rappeler aux autorités cantonales ou communales qu'elles ne peuvent empiéter sur les attributions du corps électoral. Il exerce ainsi, à la demande des citoyens, une surveillance ponctuelle et efficace sur la façon dont les autorités cantonales manient les institutions de démocratie directe, piliers de l'ordre constitutionnel cantonal.

20. Aux Etats-Unis, ce rôle de protection des droits démocratiques est assumé surtout par les tribunaux d'Etat qui, tout en veillant à ce que les propositions issues du peuple respectent les limites que leur impose la Constitution étatique, protègent les institutions démocratiques contre tout empiètement de la part des pouvoirs exécutif et législatif. C'est surtout le droit d'initiative, fleuron du mouvement progressiste, qui bénéficie de cette protection judiciaire accrue. «It has long been — répète inlassablement la Cour suprême de Californie — our judicial policy to apply a liberal construction to this power wherever it is challenged in order that the right be not improperly annulled». S'agissant en revanche des restrictions particulières que les Constitutions d'Etat imposent au droit de référendum —

exclusion des lois de finances, de police, des lois urgentes, etc. — et que les autorités politiques ont tendance à interpréter largement, les tribunaux d'Etat refusent généralement d'en connaître, estimant qu'il s'agit là de questions non-justiciables. Quant aux tribunaux fédéraux et à la Cour suprême de Washington, en l'absence d'une garantie fédérale des institutions de démocratie directe dans les Etats, ils interviennent exclusivement pour limiter, au nom surtout de la *Supremacy Clause* de l'article VI Cst., et non pour protéger, les droits de référendum et d'initiative populaires.

21. Alors même que sa tâche essentielle consiste à vérifier d'office que les référendums s'en tiennent aux limites spécifiques que leur impose l'article 75 al. 2 Cst., la Cour constitutionnelle italienne a développé une intéressante jurisprudence qui a pour effet de protéger ce droit. Ainsi, elle a interdit au parlement, suite à l'aboutissement d'un référendum abrogatif, de contourner ce dernier en abrogeant formellement la loi visée pour la remplacer par une nouvelle, à contenu identique (*supra* p. 60). Ainsi, le parlement est empêché d'abuser du droit que lui réserve la loi de donner satisfaction aux auteurs du référendum en supprimant à une majorité qualifiée les dispositions législatives dont le référendum demande l'abrogation. Dans le même ordre d'idées, la Cour a ouvert de nouveaux espaces pour le référendum abrogatif en jugeant que ce dernier est admissible même à l'égard d'une loi prise en exécution d'un traité international lorsque le législateur dispose en cette matière d'une certaine marge d'appréciation (*supra* p. 57).

4. La démocratie directe pour la justice constitutionnelle?

22. On ne mentionnera que par souci d'être complet cette opinion qui voit dans l'exercice du référendum législatif un moyen, pour le peuple, de sanctionner une loi qui serait contraire à la Constitution et qui considère ainsi que cet instrument de démocratie directe participe et complète le système de justice constitutionnelle. Elle se fait entendre parfois en Suisse pour expliquer et justifier la règle de l'incontrôlabilité des lois fédérales (*supra* n° 8): l'incompétence du juge de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales serait ainsi compensée par le pouvoir du peuple de lancer le défi contre, et de rejeter, les lois inconstitutionnelles. L'opinion ne vaut rien, ni en droit, ni dans la pratique constitutionnelle. Les dispositions constitutionnelles consacrant l'institution du référendum législatif ne mentionnent en rien l'inconstitutionnalité comme motif — possible ou nécessaire — de déclenchement de la procédure référendaire. Il est vrai que l'argument d'inconstitutionnalité est parfois invoqué dans la campagne référendaire contre des lois qui sont d'une constitutionnalité douteuse, et il y en a! Mais il n'est jamais déterminant, étant donné surtout que le citoyen se prononce en fonction de l'opportunité politique, économique ou sociale de la mesure et non en fonction de sa conformité avec la Constitution ou avec une norme du droit international. C'est là un débat qui passionne peut-être les juristes — encore qu'ils soient rarement unanimes — mais certainement pas le peuple.

III. Problèmes choisis de la jurisprudence constitutionnelle relative à la démocratie directe

23. Les différentes jurisprudences constitutionnelles relatives à la démocratie directe se prêtent, sur quelques points précis, à une comparaison qui n'est pas dénuée d'intérêt. J'en choisirai trois, à savoir le moment où intervient le contrôle formel ou matériel des actes populaires, la possibilité et l'intensité du contrôle que le juge exerce sur les actes adoptés par le peuple et la règle de l'homogénéité des propositions populaires.

1. Les moments du contrôle

24. Lorsqu'un ordre juridique consacre la possibilité, pour une fraction du peuple, de demander l'adoption ou la révision d'un acte déterminé (initiative populaire ou référendum abrogatif), tout en soumettant cette demande à un ensemble de conditions à la fois formelles (nombre de signatures, délais, etc.) et matérielles (conformité au droit supérieur) qu'il appartient au juge constitutionnel de vérifier, la question se pose de savoir à quel moment cette vérification intervient. Trois stades de la procédure entrent en considération: avant la récolte des signatures, avant le vote du peuple, après le vote du peuple. Dans le premier cas, la demande n'a pas encore abouti; dans le second, elle a abouti, mais le peuple ne s'est pas encore prononcé sur l'acte en question; dans le troisième, le peuple a accepté cet acte qui est donc entré en vigueur.

25. Aucun des ordres juridiques comparés ici n'institue un contrôle complet préalable à l'aboutissement de la demande. Ce n'est pas bien étonnant, car à ce stade, l'initiative ou la demande de référendum, n'ayant pas encore abouti, ne peuvent se targuer de cette légitimité populaire qui fait leur force et n'ont pas d'autre effet juridique que celui d'ouvrir la phase de la récolte des signatures. Il est vrai qu'en Italie, où le contrôle intervient dans la deuxième phase, la proposition a été faite de contrôler la validité d'une demande de référendum avant la récolte des signatures (*supra* p. 54) et qu'en Suisse aussi, la question de l'opportunité d'un tel contrôle préalable des initiatives populaires est parfois posée, surtout par des promoteurs déçus par une annulation ultérieure de leur demande. En vain. Les inconvénients de cette solution — intervention judiciaire officielle et formelle sur un simple projet de demande populaire, banalisation de la justice constitutionnelle — l'emportent en effet sur ses avantages, à savoir éviter une récolte inutile des signatures.

26. Entre le moment où une demande a été formellement déposée auprès de l'autorité compétente et celui où elle est soumise au peuple intervient en règle générale le contrôle de sa validité formelle, par l'autorité administrative d'abord, judiciaire ensuite. Munie du nombre requis de signature, la demande jouit maintenant d'une légitimation démocratique partielle, fruit de l'effort fourni par les promoteurs pour convaincre les citoyens d'appuyer leur projet. Le non-respect

d'une des conditions formelles posées par le droit applicable entraîne l'invalidité de la demande, qui n'est alors pas soumise au vote du peuple.

27. Faut-il, à ce stade, vérifier aussi si la demande est matériellement conforme au droit supérieur? Les droits suisse, américain et irlandais donnent à cette question une réponse, en principe, radicalement différente. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse relative au droit d'initiative dans les cantons, savoir si ce contrôle est nécessaire ou possible dépend exclusivement du droit cantonal: le droit fédéral permet à l'autorité cantonale compétente — le plus souvent le parlement — de vérifier si l'initiative est conforme au droit fédéral, mais il ne l'oblige pas à le faire. Lorsque le droit cantonal prévoit une telle obligation, la décision du parlement — positive ou négative — est susceptible d'un recours au Tribunal fédéral, qui a le dernier mot et qui peut donc soustraire ou soumettre une initiative au vote du peuple. En d'autres termes, seul le droit cantonal peut conférer au citoyen un droit à ce que l'on ne lui soumette pour approbation que les initiatives qui sont conformes au droit supérieur. Lorsqu'en revanche le droit cantonal est muet sur la question et n'impose pas un tel contrôle matériel, tout dépend de la décision du parlement cantonal: s'il décide de procéder au contrôle et de soustraire une initiative au vote du peuple, le recours au Tribunal fédéral est possible. Mais s'il renonce à exercer ce contrôle ou si, l'ayant exercé, il décide néanmoins de soumettre au vote une initiative non conforme au droit supérieur, la voie du recours au Tribunal fédéral est fermée, car le principe de la force dérogatoire du droit fédéral n'interdit pas au peuple de se prononcer le cas échéant sur une initiative non conforme au droit supérieur. Cette jurisprudence, compliquée et critiquée, est motivée notamment par l'autonomie organisationnelle quasi totale des cantons en matière de consécration et d'aménagement des institutions de démocratie directe et aussi par l'existence d'un contrôle ultérieur plein et entier sur la conformité avec le droit supérieur de la norme adoptée par le peuple. Dans la pratique, la plupart des cantons consacrent pourtant dans leur Constitution l'obligation du contrôle préalable de la validité matérielle des initiatives populaires, de sorte que le juge constitutionnel fédéral est compétent pour en connaître.

28. Aux Etats-Unis en revanche, la réponse des tribunaux et la pratique sont différentes. Les premiers refusent en effet, sauf exception, de se prononcer sur

la conformité des initiatives populaires au droit supérieur avant que le peuple ne se soit prononcé (*supra* p. 82) et ce refus n'est pas compensé, comme en Suisse, par l'intervention d'un autre organe. Les quelques exceptions que connaissent un certain nombre d'Etats — notamment en cas de violation manifeste d'une règle supérieure ou lorsque la Constitution d'Etat impose aux initiatives législatives du peuple des limites matérielles spécifiques — ne font que confirmer la règle de la non-intervention du pouvoir judiciaire dans la phase pré-référendaire, qui apparaît ainsi comme l'une des caractéristiques de la justice constitutionnelle américaine en matière de démocratie directe. L'idée de base est, d'une part, qu'il n'appartient pas

aux juges de restreindre le libre exercice, par le peuple, de son droit autonome de légiférer et, d'autre part, que le conflit avec le droit supérieur ne devient actuel que suite à l'adoption et à l'entrée en vigueur de l'initiative. La justice constitutionnelle et la pratique nord-américaines n'empêchent donc pas que le citoyen soit appelé, le cas échéant, à se prononcer sur une initiative inconstitutionnelle.

29. L'attitude des juges irlandais ressemble en tous points à celle de leur collègues américains. Appelés à plusieurs reprises à empêcher des référendums portant révision de la Constitution, au nom de la prétendue intangibilité de l'interdiction constitutionnelle de l'interruption de la grossesse, les tribunaux irlandais ont à chaque fois refusé de le faire, estimant qu'il ne leur appartenait pas d'interrompre le processus de révision constitutionnelle (*supra* pp. 118-119).

30. L'existence d'un contrôle post-référendaire dépend, à nouveau, des particularités de la justice constitutionnelle en matière de démocratie directe. Aussi bien aux Etats-Unis qu'en Suisse, le juge constitutionnel contrôle librement la validité matérielle des lois adoptées par le peuple en référendum (*supra* pp. 69, 84 ss). En Suisse, la validité matérielle des initiatives populaires cantonales peut donc faire l'objet d'un contrôle «à triple détente», à savoir celui qui est exercé, avant le vote, par l'autorité politique et éventuellement judiciaire, le contrôle abstrait et le contrôle concret que peut exercer le Tribunal fédéral après le vote. En Italie et en Irlande, la doctrine admet aussi la possibilité, pour le juge constitutionnel, de censurer une loi issue d'un référendum même si, dans la pratique, il ne semble pas y avoir de précédent (*supra* pp. 61, 120-121). Il n'y a qu'en France où le Conseil constitutionnel refuse d'emblée d'exercer un tel contrôle, qu'il s'agisse d'une loi référendaire ou d'une loi portant révision de la Constitution (*supra* n° 11; pp. 47-48).

2. La censure judiciaire des actes adoptés par le peuple

31. L'attitude des juges constitutionnels face aux lois adoptées par le peuple en référendum varie entre le respect et la méfiance absolus, en passant par l'indifférence totale.

32. Le respect absolu du vote populaire est donc caractéristique pour la France où le juge constitutionnel — à la différence du juge ordinaire — s'estime lié par «l'expression directe de la souveraineté populaire» qu'exprime, à son avis, la loi référendaire. Cette prosternation du Conseil constitutionnel devant la volonté populaire est d'autant plus paradoxale que l'intervention du peuple dans la procédure législative et dans le processus de révision de la Constitution n'est, en France, jamais directe et spontanée, mais dépend toujours de la volonté d'un autre organe de l'Etat, et notamment du Président de la République. Il n'est pas interdit de penser que cette mainmise du Président de la République sur l'institution du référendum a transformé la question du contrôle judiciaire des lois référendaires en véritable *hot potato* pour le Conseil constitutionnel. En contrôlant la loi référendaire, il se mettrait à censurer celui qui l'a initiée, à savoir le Président de la République... Dès lors, c'est davantage la référence implicite à la doctrine de l'acte

de gouvernement que le souci de préserver la prétendue souveraineté populaire qui expliquerait la timidité du juge constitutionnel.

33. L'indifférence caractérise à la fois l'attitude des juges suisses, américains et irlandais en cette matière. Il arrive relativement souvent que le Tribunal fédéral suisse annule ou refuse d'appliquer une loi cantonale pour non-conformité avec le droit supérieur. Que cette loi ait été expressément acceptée par le peuple, ou ait été initiée par ce dernier, ne constitue en aucun cas un argument que les juges ont à prendre en considération. La retenue qu'ils s'imposent en pareille circonstance en s'efforçant de conférer à la loi un sens qui la met en harmonie avec le droit supérieur (principe dit de l'interprétation conforme à la Constitution) s'explique par les particularités de la procédure de contrôle abstrait des normes et non par une soumission à la volonté exprimée directement par le peuple. Preuve en est que les actes réglementaires — qui ne sont jamais soumis au référendum — bénéficient du même traitement de faveur. Il est significatif que, dans le pays qui accorde à la démocratie directe une place privilégiée, sinon sacrée, à tous les niveaux des structures d'Etat, la justice constitutionnelle exerce ses attributions sans se prosterner devant la volonté du peuple. La démocratie directe, en d'autres termes, n'y constitue pas un frein au libéralisme. Aux Etats-Unis aussi, il arrive relativement souvent que les juges, et en dernière instance la Cour suprême, refusent d'appliquer des lois étatiques adoptées ou proposées par le peuple parce qu'elles violent la Constitution. L'origine populaire de ces lois n'affecte point l'efficacité du contrôle de leur constitutionnalité. «Les électeurs n'ont pas plus le droit de violer la Constitution en se prononçant sur une loi que le parlement lorsqu'il légifère» affirme laconiquement le Chief Justice Burger en 1981 (*supra* p. 89), reprenant là une idée énoncée par son prédécesseur Earl Warren en 1964 déjà, selon laquelle «les droits constitutionnels des citoyens ne peuvent pas être violés simplement parce qu'une majorité du peuple en a décidé ainsi». A nouveau donc, la fréquence et l'intensité de la démocratie directe dans une bonne moitié des Etats américains ne limite pas l'efficacité du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Enfin, si les juges irlandais refusent de contrôler la validité matérielle des révisions constitutionnelles acceptées par le peuple (*supra* pp. 121-122), ce n'est pas en raison de l'existence du référendum constitutionnel obligatoire, mais simplement en raison de l'absence de toute limite matérielle à la révisibilité de la Constitution.

34. La méfiance en revanche caractérise typiquement l'attitude de la doctrine américaine, qui préconise que les lois d'origine populaire fassent l'objet d'un contrôle particulièrement strict de la part des juges constitutionnels (*supra* p. 90). La méfiance ce double ici d'une confiance absolue en les vertus de la démocratie représentative. Non seulement les initiatives populaires constituent-elles par définition un danger pour les libertés et les minorités, mais encore les garanties structurelles du processus législatif ordinaire parviennent-elles à écarter d'emblée ce danger pour les lois parlementaires. Cette approche traditionnelle, qui peut se réclamer des *Founding Fathers*, considère donc que la démocratie directe

nécessite une justice constitutionnelle particulièrement sévère et stricte. Il est vrai que la pratique récente ne manque pas d'exemples de lois d'origine populaire qui menacent parfois gravement les libertés et les droits des minorités. C'est que dans ce pays l'on assiste depuis quelques années à une redéfinition du rôle et de la responsabilité de l'Etat dans les relations inter-raciales et dans la mise en oeuvre des libertés. Les législateurs et les tribunaux ne parviennent d'ailleurs pas toujours à résister à cette remontée spectaculaire de la «pensée unique», qui préconise des solutions simples pour résoudre les problèmes fort complexes que pose à l'Etat une société à la fois fortement individualiste et intrinsèquement pluraliste et hétérogène. Mais réclamer un pouvoir de contrôle accru des juges sur les initiatives populaires revient davantage à affaiblir qu'à renforcer leur position et leur prestige dans ce débat navrant, car s'ils se mettaient à assumer ce rôle de censeurs stricts, ils ne manqueraient pas de s'attirer la foudre du courant anti-égalitaire et liberticide (*supra* pp. 93-94). Ce n'est probablement pas un hasard que les tribunaux américains n'ont, sauf erreur, jamais accepté cette vision abstraite de l'esprit doctrinal qui aurait pour effet de restreindre l'exercice de la démocratie directe en même temps que de miner la légitimité de la justice constitutionnelle.

3. L'homogénéité des propositions populaires

35. La règle de l'unité de la matière (Suisse), appelée aussi *single-subject rule* (Etats-Unis) ou *univocità* (Italie), constitue à la fois une limite et une garantie pour l'exercice de la démocratie directe. Elle est une conséquence d'un droit constitutionnel tout à fait spécifique à cette forme de démocratie, à savoir le droit de chaque citoyen à ce que son vote pour ou contre la loi traduise correctement sa libre volonté. Or, lorsqu'une loi contient plusieurs propositions qui n'ont entre elles aucun rapport de connexité, de sorte que le citoyen puisse en vouloir une sans approuver l'autre, et inversement, sa volonté risque d'être faussée, ce qui se concilie mal avec les exigences de la démocratie directe. D'où cette exigence de l'homogénéité des propositions populaires qui est souvent explicitement requise par l'ordre juridique (Suisse au niveau fédéral et dans la plupart des cantons; Etats-Unis), mais qui est parfois aussi implicitement déduite par le juge constitutionnel (Suisse, pour les cantons qui ne connaissent pas la règle; Italie). Elle illustre bien que, pour protéger la démocratie directe, il faut parfois la limiter. Elle est particulière à plusieurs égards:

36. Elle est particulière parce qu'elle constitue à la fois une condition formelle de la recevabilité des initiatives populaires et une exigence qui porte sur le rapport des propositions matérielles que celles-ci peuvent contenir. Faisant partie des conditions formelles, son respect doit typiquement être contrôlé dans la phase préréférendaire. Car la violation de la règle de l'homogénéité se consomme non pas par l'acceptation d'une loi qui, par hypothèse, ne la respecte pas, mais par l'organisation d'un référendum sur une initiative hétérogène. Elle doit donc entraîner, en principe, non pas la censure d'une norme, mais empêcher la tenue d'un scrutin référendaire. Il est vrai qu'aux Etats-Unis, cette question est examinée

par les juges de préférence après le vote (*supra* p. 83), ce qui arrive aussi parfois en Suisse. Cependant, pour effectuer ce contrôle, le juge constitutionnel doit se pencher sur le contenu de la proposition du peuple, non pas pour en apprécier la conformité avec le droit matériel supérieur, mais pour vérifier si les différentes parties de cette proposition poursuivent un même but et sont reliées par un rapport logique de connexité qui permet à l'électeur d'émettre un vote cohérent. Aucune autre exigence constitutionnelle en matière d'initiatives populaires ne mélange à tel point la forme et le fond.

37. Elle est particulière, parce que la voie tracée au juge constitutionnel est étroite et périlleuse. S'il interprète trop largement les exigences de l'unité de la matière, il risque de fausser le jeu démocratique en empêchant le citoyen d'exprimer correctement sa volonté. Si en revanche il en déduit des conditions trop strictes, il risque de restreindre indûment le droit d'initiative populaire en soustrayant au vote référendaire une proposition signée par des milliers de citoyens. Pas étonnant que la règle de l'unité de la matière se prête, selon l'horizon et le contexte politique, à des interprétations fort différentes qui toutes se réclament de la démocratie directe. Les adversaires de l'initiative ont tout intérêt à faire du non-respect de l'homogénéité un argument de choc qui les fait apparaître comme les défenseurs de la volonté populaire; les partisans auront raison de brandir le spectre d'une démocratie bâillonnée par le juge. Quoi qu'il fasse et quelle que soit sa décision, ce dernier se verra reprocher une atteinte à la démocratie directe.

38. Elle est particulière, parce que si son fondement réside dans le droit à la libre expression de la volonté populaire, elle doit logiquement s'appliquer non seulement aux propositions d'origine populaire, mais aussi aux projets d'origine parlementaire qui sont sujets à référendum. Il n'y a aucune raison d'interdire au peuple ce que l'on permet aux autorités: une loi hétérogène n'est pas moins contraire à la liberté de vote parce qu'elle a été rédigée et proposée par celles-ci. En principe donc, toutes les normes soumises au référendum doivent respecter le principe de l'homogénéité. Les constitutions ne le prévoient cependant que pour les propositions d'origine populaire. Le Tribunal fédéral suisse l'impose en principe aussi aux autorités lorsqu'elles rédigent des projets à soumettre au vote du peuple. Mais que faire d'une loi comportant des centaines d'articles et paragraphes? d'un code civil? d'une disposition constitutionnelle détaillée ou même d'une révision totale de la Constitution? Impossible de donner aux citoyens le droit de se prononcer séparément sur chacune des dispositions composant ces normes. Dès lors, dans la pratique, et malgré les affirmations solennelles du contraire, force est de constater que la règle de l'homogénéité joue surtout au détriment de la démocratie directe. Elle n'échappe pas à la critique d'appliquer «deux poids — deux mesures» selon que la proposition émane du peuple ou des autorités.

39. Malgré, ou peut-être à cause de ces particularités, l'exigence de l'homogénéité est indéniablement d'actualité. En Suisse, où il appartient au parlement fédéral de veiller au respect de la règle de l'unité de la matière par les initiatives populaires fédérales, l'Assemblée fédérale vient d'annuler, en juin 1995, une initiative populaire qui demande de diminuer de moitié les dépenses militaires pour les affecter au domaine social ainsi qu'à la recherche sur la paix. En Italie, il n'y a pas longtemps que la Cour constitutionnelle a découvert les vertus, et les dangers, du principe de l'homogénéité (*supra* pp. 59-60). Aux Etats-Unis, la tendance judiciaire semble aussi aller dans le sens d'une interprétation plus stricte de la *single-subject rule* (*supra* p. 83).

40. Il y a pourtant, en cas de violation du principe de l'homogénéité, une autre sanction possible que l'annulation de l'initiative. Rien n'empêche l'ordre constitutionnel de prévoir que l'autorité compétente pour en vérifier le respect répare d'office une éventuelle violation en scindant en deux ou plusieurs parties, soumises séparément au vote, une initiative trop hétérogène. Quelques cantons suisses (St. Gall, Genève) prévoient expressément cette solution, qui permet de résoudre de façon simple et élégante cet épineux problème de l'homogénéité qui passionne peut-être les juristes, mais qui ennueie profondément le peuple. Le but principal de la règle, à savoir le respect de la liberté de vote des citoyens, sera atteint en toute hypothèse, car ces derniers pourront librement se prononcer sur autant de questions différentes que l'initiative comporte d'éléments indépendants. Et le droit d'initiative en sortira renforcé, car l'on évitera cette situation désagréable où, pour une raison purement formelle, le juge est amené à soustraire au vote du peuple une initiative qui rencontre peut-être au sein de celui-ci un écho considérable.

Conclusion

41. Les craintes que j'éprouvais en abordant ce rapport de synthèse se sont avérées fondées. Un peu comme dans un repas «nouvelle cuisine», il n'y a pas grand-chose dans l'assiette du comparatiste qui s'intéresse à la justice constitutionnelle relative à la démocratie directe. Rares sont les pays qui consacrent et qui pratiquent la démocratie directe avec ce minimum d'intensité qui fait que le juge constitutionnel est amené à s'y intéresser et, plus encore, à développer une jurisprudence autre qu'événementielle. Plus peut-être qu'ailleurs, il faut du temps et de la pratique pour que la justice constitutionnelle puisse prendre en main les institutions de démocratie directe, non pas seulement pour les limiter, mais aussi pour les protéger. Car il faut sans doute souhaiter que l'antagonisme entre la justice constitutionnelle et la démocratie directe se transforme peu à peu en complémentarité, au moins relative. Les expériences américaine, suisse et italienne indiquent en tout cas qu'elles sont faites aussi pour s'entendre et pas seulement pour se combattre.

42. Cela ne signifie pas que le sujet de notre comparaison n'ait de l'intérêt que pour une poignée de vieilles démocraties où la démocratie directe a pu se développer en parallèle avec la justice constitutionnelle. Il y a, dans bon nombre de pays qui ont trouvé — ou retrouvé — le chemin de la démocratie et de l'Etat fondé sur le droit une évolution qui est en cours et qui va dans la direction d'une concrétisation de certains éléments de la démocratie directe, combinés avec un système de justice constitutionnelle. Certes, l'évolution est encore récente et, s'agissant du référendum, plus théorique que pratique. Mais elle a lieu, et ce n'est pas un hasard. Dans ces pays dont la société civile était naguère écrasée par un Etat, ou un parti, totalitaires, l'une des questions essentielles est celle de la légitimité des nouvelles institutions. Or, en matière de légitimité, il est difficile de faire mieux que le référendum par lequel le peuple sanctionne directement les nouvelles orientations politiques et juridiques. En même temps, la justice constitutionnelle a déjà commencé, dans ces pays, à assumer un rôle essentiel dont il serait fort étonnant que les manifestations directes de la volonté populaire soient exclues. Ce sont donc bien les nouveaux Etats démocratiques qui sont susceptibles de donner un élan nouveau aux institutions de la démocratie directe et une responsabilité cruciale à la justice constitutionnelle.

XXI. Liste des participants

INSTITUT DES HAUTES ETUDES EUROPEENNES (IHEE) UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN

M. Jean-François FLAUSS, Directeur, Institut des hautes études européennes (IHEE), STRASBOURG

M. Vlad CONSTANTINESCO, Professeur, STRASBOURG - (Excusé)

M. Olivier COSTA, Assistant, STRASBOURG

M. Gabriel ECKERT, Assistant, STRASBOURG

Mme Sandrine FRANCFORT, Chargée de travaux dirigés, STRASBOURG

M. Jörg GERKARTH, Assistant, STRASBOURG

M. Eric METZ, Assistant, STRASBOURG

M. Norbert OLSZAK, Doyen de la Faculté de droit, STRASBOURG

M. Pierre ORSCHEIDT, Président de la Faculté de droit, STRASBOURG -
(Excusé)

Mme Anne PELISSIER, Maître de Conférences, STRASBOURG

Mlle Catherine SCHMITTER, Assistante, STRASBOURG

M. Guy SIAT, Directeur, Institut de préparation à l'administration générale,
STRASBOURG

Mme Olivia TAMBOU, Assistante, STRASBOURG

M. Jean WALINE, Professeur, STRASBOURG

M. Patrick WACHSMANN, Professeur, STRASBOURG - (Excusé)

BELGIQUE

M. Jean-Claude SCHOLSEM, Membre de la Commission européenne pour la
démocratie par le droit, Doyen de la faculté de Droit, Université de Liège, LIEGE

BULGARIE

M. Alexandre DJEROV, Membre de la Commission européenne pour la
démocratie par le droit, Avocat, Membre de l'Assemblée nationale, SOFIA

Mme Anna MILENKOVA, Membre suppléante de la Commission européenne
pour la démocratie par le droit, Membre de l'Assemblée nationale, SOFIA

CANADA

M. Gérald BEAUDOIN, Observateur auprès de la Commission européenne pour
la démocratie par le droit, Sénateur, Parlement du Canada, OTTAWA

M. José WOEHLING, Professeur, Faculté de Droit, Université de Montréal,
MONTREAL

CROATIE

Mme Ivana IMAMOVI_, Conseiller juridique, Département pour la coopération
internationale, Ministère de la Justice, ZAGREB

M. Jurica MAL_I_, Juge, Cour constitutionnelle, ZAGREB

CHYPRE

M. Michael TRIANTAFYLLIDES, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Avocat, Président du Conseil de l'Université de Chypre, ancien Président de la Cour suprême et ancien Procureur général, NICOSIE - (Excusé)

REPUBLIQUE TCHEQUE

M. Cyril SVOBODA, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, premier Vice-ministre de la Justice, PRAGUE

FINLANDE

M. Matti NIEMIVUO, Membre suppléant de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Directeur, Département de la législation, Ministère de la Justice, HELSINKI

FRANCE

M. Jacques ROBERT, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Membre du Conseil constitutionnel, PARIS - (Rapporteur)

Mme Anne CAMMILLIERI, Maître de Conférences, Université de Droit, PAU

M. Gérard CONAC, Directeur du Centre de Recherche de droit constitutionnel, Université de Paris I, PARIS - (Excusé)

M. Jean-Pierre DUPRAT, Professeur, Faculté de droit, Université de Bordeaux, BORDEAUX

M. Jean-Louis QUERMONNE, Professeur, IEP, GRENOBLE - (Excusé)

M. Dominique ROUSSEAU, Professeur, Faculté de droit et des Sciences économiques, MONTPELLIER - (Excusé)

M. José WOEHLING, Président, Tribunal Administratif, STRASBOURG

ALLEMAGNE

M. Georg RESS, Professeur, Universität des Saarlandes, SAARBRÜCKEN - (Excusé)

HONGRIE

M. János ZLINSZKY, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Juge, Cour constitutionnelle, BUDAPEST

IRLANDE

M. James CASEY, Professeur, Faculté de droit, University College, DUBLIN -
(Excusé)

ITALIE

M. Antonio LA PERGOLA, **Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit**, Avocat Général, Cour de Justice des Communautés européennes,

M. Sergio BARTOLE, Professeur, Université de Trieste, TRIESTE -
(Rapporteur)

JAPON

M. Masato ITO, Observateur auprès de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Consul, Consulat du Japon, STRASBOURG

M. Yoichi HIGUCHI, Professeur, Université de Sophia, premier Vice-président, Société internationale de droit constitutionnel, TOKYO

LITUANIE

M. Kestutis LAPINSKAS, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Juge, Cour constitutionnelle, VILNIUS

MOLDOVA

M. Eugen RUSU, Membre du Parlement, CHISINAU

PAYS-BAS

M. Godert W. MAAS GEESTERANUS, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, ancien Conseiller juridique au Ministre des affaires étrangères, LA HAYE

POLOGNE

M. Piotr WINCZOREK, Professeur, Université de Varsovie, VARSOVIE

ROUMANIE

M. Petru GAVRILESCU, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Conseiller, Ambassade de Roumanie, BRUXELLES
RUSSIE

M. Nicolai VITROUK, Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Juge, Cour constitutionnelle, MOSCOU

SLOVAQUIE

M. Jan KLUKA, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Juge, Cour constitutionnelle, KOSICE

M. Jan DRGONEC, Juge, Cour constitutionnelle, KOSICE

SLOVENIE

M. Franc GRAD, Professeur, Faculté de droit, Université de Ljubljana, LJUBLJANA

AFRIQUE DU SUD

M. Albie SACHS, Juge, Cour constitutionnelle, SANDTON

ESPAGNE

M. Luis AGUIAR DE LUQUE, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Directeur, Centro de Estudios Constitucionales, MADRID

SUISSE

M. Andreas AUER, Professeur, Faculté de droit, Université de Genève, GENEVE
- (Rapporteur)

M. Ulrich HÄFELIN, Professeur, ZURICH - (Rapporteur)

TURQUIE

M. Ergun ÖZBUDUN, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Vice-président, Fondation turque pour la démocratie, ANKARA

UKRAINE

M. Serhiy HOLOVATY, Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Président, Fondation juridique ukrainienne, KYIV

M. Petro MARTINENKO, Membre associé suppléant de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Professeur, Institut ukrainien des relations internationales, KYIV

ETATS-UNIS

M. Julian N. EULE, Vice-Doyen, UCLA School of Law, LOS ANGELES -
(Rapporteur)

ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE

M. Aivars ENDZINS, Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit au titre de la Lettonie, Président de la Commission juridique du Saeima, RIGA

M. René RHINOW, Conseiller aux Etats, BALE - (Excusé)

SECRETARIAT

M. Guy DE VEL, Directeur des Affaires Juridiques

M. Gianni BUQUICCHIO, Secrétaire de la Commission européenne pour la Démocratie par le droit

M. Christos GIAKOUMOPOULOS, Administrateur principal

M. Thomas MARKERT, Administrateur

M. Pierre GARRONE, Administrateur

Mlle Helen MONKS, Assistante administrative

Mlle Brigitte AUBRY, Assistante administrative

INTERPRETES

M. Stanislav BELIAEV

Mme Marie-Christine FARCOT

M. Nikita KRIVOCHEINE

Mme Christine MARCHAND-LONG

M. Derrick WORSDALE

La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire sont deux aspects du droit constitutionnel qui ont connu un important développement au cours des dernières décennies, et particulièrement depuis la chute du mur de Berlin. A travers la présentation de seize rapports nationaux, la présente publication vise à montrer les liens - et aussi les conflits - entre vote du peuple et contrôle de constitutionnalité.

La Commission européenne pour la démocratie par le droit (la Commission de Venise) est un organisme consultatif en matière de droit constitutionnel, créé au sein du Conseil de l'Europe. Elle est composée d'experts indépendants d'Etats membres du Conseil de l'Europe, ainsi que d'Etats non membres. Près de cinquante Etats participent aux travaux de la Commission.

La Commission a lancé le programme UniDem (Université pour la démocratie) de séminaires et de conférences, dans le but de consolider la conscience démocratique des générations futures de juristes et de politologues.