

Référendums, Minorités et Libertés individuelles

31 décembre 2016

By Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Search Director CNRS, Aix-Marseille Univ, Université de Toulon, Univ. Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

1) Introduction

Le référendum est souvent présenté comme un instrument dangereux pour les droits et libertés en particulier pour ceux des minorités (Bell, 1978, ; Gunn, 1981; Gamble, 1997 ; Haider-Markel et al., 2007). Ce danger proviendrait d'une tendance naturelle de la majorité à être tyrannique et discriminatoire envers les minorités. Cette crainte a d'ailleurs été un argument avancé par les pères fondateurs aux Etats-Unis pour proscrire le référendum au niveau fédéral (Magleby, 1995, 19-20) et c'est aux Etats-Unis que l'on trouve les études les plus nombreuses qui, statistiques à l'appui, montrent que dans les Etats dans lesquels les procédés de démocratie directe existent les risques d'atteinte aux droits des minorités sont les plus importants (Lewis, 2011). Pourtant l'hostilité supposée des procédures référendaires en matière de droits et libertés n'a pas toujours été de mise. Du *Contrat social* de Jean-Jacques Rousseau à une époque encore récente en France, par exemple, le peuple souverain a été perçu comme le mieux à même de protéger ses droits et libertés y compris par la voie référendaire (Fatin-Rouge Stefanini, 2003, 74). Cependant, et de manière plus générale, le risque liberticide des référendums fait partie des critiques récurrentes opposées aux procédés référendaires, critique qui s'est amplifiée avec la crise de la démocratie représentative et la montée des populismes. Par opposition, les décisions adoptées par les représentants seraient plus aptes à protéger les droits des minorités car les décisions sont prises après avoir été soumises à des discussions au cours desquelles les différents éléments du débat peuvent s'exprimer de manière contradictoire (Eule 1990, 1525). Les décisions prises par les représentants sont ainsi le résultat d'échanges et de compromis prenant en compte les différents intérêts en présence et, parmi ceux-ci, la protection des droits et des libertés, y compris ceux des minorités (Moeckli, 2011, 777). Les procédés référendaires, en revanche, ne favoriseraient pas cet équilibre car le débat n'existerait pas (par ex. : Lewis, 2011, 366). Ceci n'est pas toujours exact puisque parmi le panel important des référendums existant, certains peuvent intervenir après un débat au sein des assemblées soit pour donner un avis (ex. message des assemblées fédérales à propos des initiatives populaires proposées en Suisse), soit pour formuler la question (exemple du référendum portugais de l'article 115 de la Constitution), soit pour décider du contenu d'un texte (référendum français de l'article 89 de la Constitution). Toutefois, il est vrai qu'aucun débat ne peut être réellement organisé avec les citoyens, ou entre les citoyens, qui

auront le choix d'adopter ou de rejeter un texte, de répondre par l'affirmative ou la négative à une question, de faire le choix entre plusieurs alternatives mais sans possibilité de négocier le contenu des propositions. L'antagonisme supposé entre référendums et libertés est cependant révélateur d'une évolution de la notion même de démocratie. Ce débat oppose la conception traditionnelle de la démocratie qui est définie comme « le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple » et la conception moderne de la démocratie, appelée parfois « démocratie constitutionnelle », qui intègre à cette définition le respect de l'Etat de droit et des droits et libertés fondamentaux proclamés par les textes constitutionnels et internationaux. La conception classique conduit à sacrifier les choix politiques directement déterminés par la majorité des citoyens ; la conception moderne entend soumettre l'expression de la volonté majoritaire même exprimée par voie référendaire au respect du droit. La théorie de la souveraineté du peuple a pour effet d'amplifier cette divergence d'approche car le peuple souverain, détenteur originaire du pouvoir, est par nature illimité et ne pourrait d'autant moins se voir imposer de limites qu'il s'exprime directement par voie de référendum. Moeckli souligne ainsi : « Simply stated, this debate opposes, on the one hand, who depict the people as the absolute sovereign on whose will, finding its expression on direct democratic processes no limit can be imposed with, on the other hand, those who argued that in a state based on the rule of law, even the people must comply with certain fundamental rules, including respect for human rights » (2011, 775). Le respect des valeurs démocratiques actuelles supposerait donc que l'on ne puisse pas nuire aux droits et libertés fondamentaux, y compris par référendum. Ce thème est particulièrement d'actualité dans une période où l'on observe un retour en grâce des procédures référendaires notamment au nom de la nécessité de permettre au peuple de s'exprimer directement sur les sujets les plus importants pour l'avenir social, sociétal, politique ou économique des Etats. Les citoyens eux-mêmes souhaitent intervenir plus fréquemment dans les débats publics et la prise de décision politique, cette participation étant perçue comme un moyen de surmonter la défaillance réelle ou supposée de leurs représentants à répondre de manière adéquate à leurs préoccupations. Cela se traduit notamment par un développement des référendums d'initiative populaire dans le monde ces dernières années. Toutefois, ce développement n'est pas sans danger pour les droits et libertés, l'initiative étant un instrument puissant de contestation des choix politiques des représentants quels qu'ils soient. Si le risque liberticide des référendums est réel, particulièrement pour les minorités impopulaires, des garde-fous ont pu cependant être mis en place, par un certain nombre d'Etats, pour tenter de concilier les aspirations des citoyens avec les valeurs auxquelles aspirent les démocraties modernes.

2) Earlier research and the key literature regarding the probleme

De très nombreuses études ont été menées sur les dangers que peuvent représenter les référendums aux Etats-Unis et plus récemment, et de façon plus limitée, en Suisse pour les minorités. Au-delà de ces cas, des études récentes offrent un spectre d'analyse incluant quelques cas européens comme celui de la Hongrie, de l'Irlande ou encore du Lichtenstein (Marxer, 2012) ou même plus largement, les Etats membres du Conseil de l'Europe, l'Amérique Latine, l'Australie et la Nouvelle Zélande (Bochsler et Hug, 2009). Cependant, face au nombre peu élevé de référendums en dehors du cas des Etats-Unis et de la Suisse, les études se révèlent souvent soit très pointues (sur un scrutin en particulier), soient très générales, soient très théoriques. En effet, en dehors de ces deux Etats, les référendums sont si peu fréquents qu'une étude comparée sur le sujet des droits fondamentaux est en termes de pertinence scientifique difficile à mener¹, d'autant que le contexte national de chaque scrutin référendaire, et le contexte politique du moment où il est organisé, doivent être pris en considération.

Les études réalisées se concentrent sur les Etats-Unis et la Suisse car ce sont les pays dans lesquels le plus grand nombre de référendums est organisé, que ce soit au niveau des Etats fédérés pour les Etats-Unis, ou au niveau communal, cantonal et fédéral pour la Suisse, du fait de la possibilité offerte aux citoyens de déclencher un référendum par le biais de l'initiative populaire. En effet, lorsqu'une minorité de citoyens peut demander l'organisation de référendums, ces derniers sont statistiquement plus nombreux que lorsque le déclenchement de telles procédures réside entre les mains des gouvernants ou/et des représentants. Parmi les différentes classifications proposées par la doctrine en matière de référendum, sera d'ailleurs retenue pour cette étude une distinction fondée sur les modalités de déclenchement des procédures référendaires proposée par Francis Hamon (2012, 17). Cet auteur scinde les différents types de référendums en deux groupes : les référendums « d'en haut » déclenchés par les représentants (exécutif, législatif, minorités parlementaires, organes délibératifs des collectivités territoriales...) et les référendums « d'en bas » déclenchés par les citoyens eux-mêmes par le biais d'une initiative populaire. Cette classification a pour avantage d'englober sous le terme de référendum toute une série de procédures : référendums obligatoires ou facultatifs, référendums propositifs décidés discrétionnairement par les autorités institutionnelles ou par les citoyens, référendums abrogatifs (sur une loi ancienne) ou référendum veto (sur une loi nouvelle) déclenchés par une minorité de citoyens ou par une

minorité parlementaire. L'initiative populaire peut donc être considérée comme une modalité de déclenchement de référendum lorsqu'elle est « directe » c'est-à-dire lorsqu'elle aboutit obligatoirement à l'organisation d'un scrutin si les conditions de recevabilité sont réunies. Lorsque l'initiative n'aboutit qu'à un examen de la proposition par le parlement, elle est qualifiée d'indirecte² (Eule, 1990, 1511) et n'intéresse pas notre propos. Les Etats dans lesquels le nombre de référendum est le plus important sont ceux dans lesquels l'initiative populaire directe est présente et, plus généralement, ceux dans lesquels les citoyens peuvent directement déclencher un référendum qu'il soit propositif, abrogatif ou qu'il soit destiné à remettre en cause une loi qui vient d'être adoptée (référendum veto).

Or, ces référendums « d'en bas » sont soupçonnés de générer un risque liberticide plus élevé que les référendums « d'en haut ». Plusieurs remarques doivent cependant être faites avant d'en présenter le contenu. Tout d'abord, les études existantes portent majoritairement sur le caractère discriminatoire de certains référendums, plus que sur le caractère liberticide des référendums en général. Or, cette distinction est importante et mérite que l'on s'interroge sur chacun de ces termes. Les droits et libertés qui seront pris en considération sont les droits et libertés qualifiés de « fondamentaux ». D'après la définition de Louis Favoreu, sont fondamentaux « l'ensemble des droits et libertés reconnus aux personnes physiques comme aux personnes morales (de droit privé comme de droit public) en vertu de la Constitution mais aussi des textes internationaux et protégés tant contre le pouvoir exécutif que contre le pouvoir législatif par le juge constitutionnel ou le juge international » (1990, 581). Les droits et libertés fondamentaux pris en considération sont donc ceux que prévoient les Constitutions des Etats et les conventions internationales que les Etats se sont engagés à respecter.

Une atteinte à une liberté peut revêtir plusieurs degrés allant de la petite limitation jusqu'à la suppression ou la négation de la liberté. Le simple aménagement d'une liberté dans sa mise en œuvre ne peut pas être considéré comme liberticide dans la mesure où l'on ne constate pas de régression dans l'exercice de la liberté ou encore une atteinte disproportionnée à cette liberté par rapport à l'objectif visé. Or, la régression peut dans certains cas, affecter une minorité, mais elle peut aussi toucher l'ensemble des citoyens notamment lorsqu'un motif d'intérêt général ou d'ordre public est poursuivi et cela peut être décidé par référendum (ex. interdiction de fumer dans les lieux publics).

Par ailleurs, il est important de souligner que la portée des droits et libertés fondamentaux est relative puisqu'elle dépend des choix constitutionnels et conventionnels des Etats. Ce relativisme de la reconnaissance et de la protection des droits et libertés dits fondamentaux, est particulièrement présent sur des sujets sensibles considérés comme des choix de société tels

que l'avortement, la peine de mort, le suicide médicalement assisté, le mariage ou l'adoption pour les couples de même sexe. Sur ces questions où la frontière entre le *statu quo*, la restriction admissible et l'atteinte à droit fondamental est ténue, les référendums sont nombreux.

La discrimination constitue pour sa part une atteinte au droit à l'égalité, en ce qu'elle suppose une rupture d'égalité entre deux situations qui pourraient être traitées de manière égale. Plusieurs formes de discrimination existent. La discrimination dont traitent les textes internationaux³ ou constitutionnels⁴ sont des discriminations négatives et sont généralement interdites par ces textes. Certaines politiques de rattrapage des inégalités ont, en revanche, été qualifiées de discriminations positives, en ce qu'elles établissent un traitement préférentiel en vue de favoriser une égalité dans les faits (politique de l'« affirmative action »). Les discriminations auxquelles cette contribution fait référence sont avant tout les discriminations négatives subies par des minorités. Toutefois, les discriminations positives ont aussi un intérêt pour cette étude car certaines minorités ayant fait l'objet de politiques de discrimination positive, telles que les minorités noires aux Etats-Unis, les femmes ou les homosexuels, ont vu ces politiques contestées et soumises au vote populaire dans un certain nombre d'Etats membres des Etats-Unis⁵.

Les dernières précisions ont trait à la notion de minorité. Cette notion ne fait pas l'objet de définition unanimement admise puisqu'il peut s'agir selon les textes ou les études d'un groupe numériquement, socialement ou politiquement minoritaire. Ainsi, les minorités ethniques, religieuses, sexuelles sont numériquement minoritaires, alors que les femmes ont longtemps été socialement et politiquement minoritaires bien qu'elles soient parfois numériquement majoritaires. Pour cette étude, sera retenue la définition large de Marxer qui englobe « not only ethnic, national, linguistic and religious minorities, but also social and political marginal groups and people with specific identifying characteristics – such as non-dominant sexual orientation or disabilities » (2012, 8). Les personnes faisant l'objet d'une condamnation pénale peuvent également être considérées comme un groupe social marginal et donc minoritaire.

Les différentes études réalisées prennent en compte soit certaines minorités - par exemple, les minorités ethniques et raciales (Bell, 1978 ; Hajnal, Gerber, Lounch, 2002) religieuses (Christmann and Danaci, 2012), sexuelles (Donavan and Bowler, 1998 ; Haider-Markel and al., 2007 ; Lewis, 2011), les étrangers (Hainmueller and Hangartner, 2015) soit de manière plus vaste, plusieurs groupes socialement ou politiquement minoritaires (par exemple : Gamble 1997, Lazos Vargas 1999, Buchsler and Hug, 2009 ; Vatter and Danaci, 2010).

La plupart des études menées jusqu'aux années 2000, se sont concentrées sur les Etats-Unis et nombreuses sont celles qui ont dénoncé le caractère discriminatoire et conservateur des décisions adoptées par référendum, particulièrement ceux à l'initiative des citoyens, au niveau des Etats. La fin du XIXe et le XXe siècle ont été marqués par nombre d'initiatives populaires racistes ou xénophobes dont celles visant à exclure les colons noirs (Johnson, 1995, 632), à imposer un certain niveau d'éducation pour pouvoir exercer le droit de vote (« Grand-Father Clause » dans l'Oklahoma, 1910) ou encore à empêcher les personnes d'origine japonaise de devenir propriétaire terrien (Californie, 1920, Alien Land Law). A partir des années 1960, les politiques de désagrégation étaient visées par des scrutins référendaires s'opposant à une répartition équitable des logements entre blancs et noirs (anti-fair housing initiatives) ou à une répartition plus équitable de la population noire et blanche dans les écoles (anti-busing initiatives). Ces scrutins furent presque toujours défavorables aux minorités avant d'être remis en cause soit par la loi fédérale (Fair housing Act de 1968), soit par les juridictions (Lazos-Vargas, 1999, 426). Puis, à partir des années 1980, se tinrent des scrutins défavorables aux homosexuels, aux étrangers (Initiatives « English only » ou initiatives opposées à l'éducation bilingue) et aux immigrés en situation irrégulière (particulièrement dans les Etats du Sud), aux malades du SIDA et aux politiques de discriminations positives. Se sont également multipliées les propositions visant à durcir la législation relative à l'avortement, en exigeant notamment le consentement des parents pour les mineures. Enfin, ces dernières années, une série de scrutin a été organisée contre le mariage entre personnes de même sexe.

Au regard de l'ensemble de ces scrutins, et de résultats souvent positifs donc défavorables aux minorités, les Etats-Unis semblaient être le pays dans lequel les discriminations, ou la restriction des libertés par voie référendaire, étaient les plus importantes. De leur côté, les citoyens suisses, bien que notoirement conservateurs⁶ semblaient plus raisonnables du moins au niveau fédéral, en rejetant jusqu'en 2004, la quasi-totalité des référendums susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés, y compris des minorités. Avant 2004, seule l'initiative adoptée le 20 août 1893 interdisant « l'abattage du bétail sans l'avoir préalablement étourdi » était ouvertement discriminatoire envers les juifs et leur traditions religieuses (Moeckli, 2011, 779), minorité impopulaire du moment. En revanche, d'autres initiatives qui ont été proposées par la suite, visant les étrangers en particulier, n'ont soit pas recueilli suffisamment de signatures, soit été déclarées nulles (1995), soit été rejetées. Les études menées au niveau cantonal et local étaient par ailleurs moins alarmantes qu'aux Etats-Unis (Frey et Goette, 1998). La Suisse n'a attiré l'attention internationale qu'après les années 2000, à la suite d'une série d'initiatives populaires contraires aux droits fondamentaux protégés par certains traités et conventions internationaux.

Quatre référendums en particulier ont été sujets à critiques en raison de leurs résultats positifs et surtout des problèmes de compatibilité avec le droit international que cela a soulevé. Il s'agit de référendums organisés sur la base d'une initiative populaire proposant une révision de la Constitution puisqu'au niveau fédéral l'initiative populaire n'est autorisée que pour modifier partiellement ou totalement la Constitution⁷. La première initiative a été adoptée le 8 février 2004 et avait pour titre « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables ». Les assemblées fédérales avaient proposé aux citoyens le rejet de cette proposition au motif notamment que seule une interprétation large de ses dispositions, mais qui ne correspondait pas à la volonté de ses auteurs⁸, pouvait la rendre compatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle a, néanmoins, été adoptée à 56,2 % et introduite à l'article 123 a de la Constitution fédérale.

La deuxième initiative populaire a eu un écho international très important puisqu'elle visait à interdire la construction de minarets. Malgré une recommandation de rejet de la part des autorités fédérales⁹, cette proposition a été adoptée le 29 novembre 2009 avec une majorité de 57,5 %. Elle est entrée en vigueur immédiatement après avoir été introduite à l'article 72 alinéa 3 de la Constitution. Outre le fait que cette disposition entre en contradiction avec plusieurs dispositions de la Constitution suisse, mais ayant la même valeur juridique que l'interdiction introduite par l'initiative populaire, elle est directement incompatible avec les articles 9 de la CEDH qui garantit la liberté de religion et l'article 14 de la CEDH qui interdit toute discrimination. Cette disposition est également contraire aux articles 2, 18 et 27 du Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques.

La troisième initiative populaire acceptée avait pour titre « Pour le renvoi des criminels étrangers » et prévoyait l'expulsion automatique des étrangers ayant commis certaines infractions ou ayant perçu illégalement des prestations sociales ou des aides sociales. La proposition a été adoptée le 28 novembre 2010 avec 52,9 % des voix. La proposition était, comme les précédentes, également incompatible avec le droit international et, en particulier, la CEDH, le Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques, la Convention sur les droits de l'enfant et l'accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'Union européenne. Les autorités fédérales ont proposé le rejet de cette initiative et présenté un contre-projet visant à respecter la volonté des auteurs de l'initiative, tout en permettant la compatibilité de la proposition avec les autres dispositions constitutionnelles et le droit international¹⁰. Ce contre-projet a été rejeté par le peuple.

Enfin, le 9 février 2014, le peuple suisse a adopté l'initiative intitulée « contre l'immigration de masse » visant à permettre à la Suisse de fixer des quotas annuels pour les admissions des

étrangers. Elle remet en cause l'accord sur la libre circulation des personnes conclut entre la Suisse et l'Union européenne et les autorités fédérales ont recommandé son rejet¹¹. Elle a été adoptée à 50,3 %.

Ces différences de situation entre les Etats-Unis et la Suisse d'ailleurs se reflètent, d'ailleurs, dans les résultats d'études menées dans chacun des deux pays. Tandis que certains auteurs américains démontraient que dans 78 % des cas, les résultats des référendums étaient défavorables aux minorités aux Etats-Unis (Gamble, 1997, 245 ; Lazos Vargas, 1999, 425), des auteurs suisses montraient au contraire que les scrutins référendaires, que ce soit au niveau fédéral, cantonal ou local sont plutôt favorables aux droits et libertés, avec un taux global d'atteinte situé à 30 % (Frey et Goette, 1998, 1343). Les chiffres avancés dans un cas comme dans l'autre ont été contestés par d'autres études qui considèrent que l'impact discriminatoire pour les minorités est plus limité ou doit être relativisé, toutes les minorités n'étant pas affectées de la même manière (pour les Etats-Unis : Donovan and Bowler, 1998 ; Hajnal, Louch, 2001 ; pour la Suisse : Vatter et Danaci, 2011, Christmann et Danaci, 2012). Les méthodes d'analyse divergent d'un article à l'autre (divergences notamment quant aux situations et minorités étudiées et quant au périmètre de l'étude) de telle sorte que, parmi les recherches menées, aux Etats-Unis en particulier, peu d'entre elles arrivent à des conclusions similaires (Matsusaka, 2005, 168). Toutefois, quelle que soient la méthodologie retenue, la plupart des analyses concluent tout de même que les procédés de démocratie directe ne sont pas favorables aux minorités (Haider-Markel, Querze, Lindaman, 2007 ; Lewis, 2011 ; Donovan, 2013), voire même aux libertés en général (Bochsler and Hug, 2009).

III – Les réalités du danger du référendum pour les minorités et les libertés

Les exemples de propositions référendaires discriminatoires ou liberticides sont nombreux ; toutefois, le tableau n'est pas totalement sombre. Des nuances doivent être présentées car chaque scrutin a ses spécificités, il intervient dans un contexte bien précis et la campagne organisée autour de ce scrutin peuvent avoir une influence considérable sur la manière dont les votants se prononceront. En effet, si les référendums ont un potentiel discriminatoire important qui affectent particulièrement les minorités impopulaires (1), les effets négatifs des référendums doivent être relativisés dans un certain nombre de cas (2).

1 – Un danger avéré pour les minorités impopulaires

Les nombreux exemples de référendums discriminatoires cités par la doctrine ne visent pas toutes les minorités de manière indifférenciée mais certaines minorités dont l'impopularité s'accroît. Ces minorités impopulaires peuvent être soit des minorités qui revendiquent une extension de leurs droits, comme cela a pu être le cas du mouvement homosexuel aux Etats-Unis puis dans d'autres pays, soit des minorités qui n'ont pas de revendication politique ou sociale particulière mais qui font parler d'elles car, dans un contexte donné, elles suscitent des craintes – souvent injustifiées voire totalement infondées - de la part de la majorité. Ceci est le cas des immigrés d'origine latino-américaine dans les Etats du Sud des Etats-Unis ou encore des étrangers – particulièrement de religion musulmane - en Suisse qui sont perçus comme constituant un danger à la fois pour l'économie, la culture et l'identité même de l'Etat d'accueil. Ainsi, plusieurs auteurs proposent la distinction entre « in-group minorities », qui ne sont pas particulièrement affectés par les procédés de démocratie directe car considérés comme bien intégrés à la communauté, et « out-group minorities » qui sont perçus comme peu ou pas intégrés donc étrangers à la communauté représentant la majorité (Vatter et Danaci, 2010, 205 ; Christmann et Danaci, 2012, 134). Moins le groupe minoritaire sera considéré comme intégré et plus il sera susceptible de pâtir de propositions discriminatoires présentées aux scrutins référendaires. Plusieurs éléments peuvent être ajoutés. Tout d'abord, l'acceptation d'une minorité est variable d'un Etat à l'autre. Ainsi, dans l'étude proposée par Vatter et Danaci au niveau fédéral et cantonal en Suisse entre 1960 et 2007, il apparaît que les procédures de démocratie directe n'avaient pas affecté la situation des personnes homosexuelles (2010, 157) tandis qu'aux Etats-Unis, à partir des années 1980, elles ont été visées par plusieurs scrutins référendaires. En revanche, dans les deux Etats, les étrangers, à des périodes différentes, ont été considérés comme particulièrement impopulaires. En Suisse, il s'agit d'ailleurs de la minorité la plus affectée par les procédés de démocratie directe (Vatter et Danaci, 2010, 212). Toutefois, au sein de la catégorie « étrangers », tous ne sont pas visés de la même manière comme le montrent les référendums locaux sur les naturalisations en Suisse qui ont posé problème en raison de la discrimination opérée entre les demandeurs selon leur provenance géographique (Hainmueller et Hangartner, 2015, 35).

La réaction populaire vis-à-vis de certaines minorités ou de certaines catégories de personnes s'inscrit d'ailleurs souvent dans un contexte bien particulier : une actualité choquante (serial-killing pour les initiatives favorables à la peine de mort ou à l'internement à vie), une immigration massive parfois aggravée par la guerre dans un Etat en perte d'identité ou en proie à une crise économique (Alvarez and Butterfield, 2000, 2), la montée en puissance d'une

minorité revendiquant des droits et un statut protecteur (homosexuels, musulmans dans un Etat laïc ou à majorité chrétienne...)... Ces initiatives peuvent également s'inscrire en réaction contre des choix politiques effectués par les représentants ou contre des décisions de justice perçues comme activistes en ce qu'elles protégeraient ou favoriseraient une minorité contre la volonté de la majorité. Ainsi Donovan indique que « direct-democracy campaigns over questions of minority rights are not simply about a particular right and a particular minority group but may also reflect reaction to counter-majoritarian aspect of democracy that are facilitated by courts and representative government (2013, 1743). Il qualifie cette réaction de « populist backlash » (2013, 1740). Ainsi, les initiatives anti-fair housing and anti-busing aux Etats-Unis sont intervenues en réaction à la politique de déségrégation ; la proposition 17 relative à la peine de mort en Californie, en 1972, a été adoptée pour contrer la décision de Cour suprême de la même année déclarant cette peine inconstitutionnelle¹² ; en Irlande, l'un des référendums proposé en 1992 par le gouvernement sur l'avortement visait directement à contrer la décision de la Cour suprême de la même année conduisant à ce que l'avortement soit autorisé en cas de risque de suicide¹³ ; aux Etats-Unis, les initiatives ont été déposées contre les politiques d'affirmative action à la suite des arrêts de la Cour suprême *City of Richmond V. J.A. Croson*¹⁴ en 1989 et *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*¹⁵ en 1995 (Lazos-Vargas, 1999, 455) ; les propositions visant à interdire le mariage entre personnes de même sexe ont fait suite à plusieurs décisions favorables aux homosexuels, notamment à la décision de la Cour suprême d'Hawaï en 1993 considérant que le refus de marier un couple homosexuel constituait une discrimination contraire à la Constitution de l'Etat¹⁶, puis la décision de la Cour suprême du Massachusetts de 2003 autorisant le mariage entre personnes de même sexe¹⁷ (Donavan, 2013, 1747) ; en Slovénie, le référendum de 2004 intervenant sur la question des personnes « effacées », à l'initiative de l'opposition conservatrice, visait directement la décision rendue par la Cour constitutionnelle slovène de 2003 remettant en cause les conditions strictes de régularisation de ces situations posées par la loi (Hassid, 2015)¹⁸, etc...

L'impopularité de la minorité visée par le scrutin référendaire est en outre, souvent amplifiée dans le cadre de la campagne menée par les lobbies ou les partis politiques qui vont stigmatiser ces minorités en les rendant responsables de divers maux de la société (Bell, 1978, 20), de façon grossière et souvent mensongère. Certains partis politiques ont d'ailleurs pris conscience qu'ils pouvaient tirer partie de cette stigmatisation et, au prix de campagnes bien organisées et généreusement financées, ont tiré avantage des procédés de démocratie directe pour dénoncer d'une manière plus large, les choix politiques des partis au pouvoir. Cela est particulièrement le cas pour les minorités étrangères, ou considérées comme étrangères, directement visées par

des partis politiques, souvent d'extrême droite, souhaitant exacerber le sentiment nationaliste comme cela est le cas aux Etats-Unis, en Suisse ou encore en Slovénie pour la question des « effacés ». Ainsi que le soulignait Sylvia Lazos-Vargas, à propos de la proposition 187 contre les immigrés en situation irrégulière en Californie : « Illegal immigrant, a highly unpopular group, are a easy test target for politicians who perceive that they can gain an electoral advantage by positioning themselves as being « against » such groups »¹⁹. De même en Suisse, les initiatives contre les étrangers ou les musulmans soutenues par le Swiss People Party ont considérablement favorisé l'ascension de ce parti politique (Moeckli, 2011, 780).

Pour les minorités impopulaires, les procédés de démocratie directe apparaissent, en outre, comme un facteur aggravant de discrimination à un double titre. D'une part, plusieurs études démontrent que les représentants, non seulement parce qu'ils discutent ensemble des décisions à prendre au sein des assemblées mais également parce qu'ils doivent justifier leurs choix (Hainmueller, Hangartner, 2015, 34), sont susceptibles de prendre des décisions plus favorables aux minorités. En effet, les représentants prennent en compte à la fois les arguments de fait et de droit en présence, c'est-à-dire un ensemble complexe de données qui va justifier une décision en principe raisonnable. En revanche, le scrutin référendaire, est considéré comme plus passionnel que raisonnable d'autant que les différents arguments en présence et les éléments du débat sont souvent simplifiés à l'extrême dans le cadre des campagnes référendaires qui sont menées. Les votants n'ont pas de justification à apporter quant à leur prise de position, le vote est « anonyme » (Christmann et Danaci, 2012, 136). D'autre part, certains auteurs ont pu démontrer que les effets négatifs des référendums sur les minorités n'étaient parfois pas immédiatement visibles lors du scrutin (Lewis, 2011). En effet, l'existence même de procédés de démocratie directe peut avoir des effets indirects, au-delà du scrutin lui-même, sur les représentants. Ainsi, Lewis (2011, 367, 376), Christmann and Danaci, (2012, 147, 153) démontrent, à propos de la question du mariage entre personnes de même sexe aux Etats-Unis ou de la politique relative aux musulmans en Suisse, que les parlements des Etats dans lesquels des procédés de démocratie directe existent sont influencés par l'existence même de ces procédés et peuvent, de ce fait, être tentés de durcir la législation envers ces minorités par crainte de représailles politiques (soit forme d'initiative populaire, de recall ou d'absence de réélection) de la part d'une majorité de citoyens²⁰. Les minorités sont donc doublement perdantes en ce qu'elles sont affectées à la fois par les décisions de la majorité des citoyens mais également par celles de la majorité des représentants. Les Etats disposant de procédés de démocratie directe à l'initiative des citoyens seraient donc plus conservateurs que les autres

Etats n'en disposant pas (Matsusaka, 2007, 20 ; Lewis, 2011, 367, 376). Ce conservatisme affecterait non seulement les droits des minorités mais les droits fondamentaux en général, comme essaie de le démontrer une étude portant sur 52 Etats et qui prend en considération plusieurs droits et libertés : les droits sociaux et économiques des femmes, les droits des minorités sexuelles, l'avortement, la liberté d'expression, la liberté de réunion et d'association (Boschler, Hug, 2009, 22). Les résultats des études menées sont toutefois nuancés en fonction des thèmes traités ; la question de l'avortement, par exemple, montrerait une attitude plus libérale de la part des votants (Matsusaka, 2007 ; Buchsler et Hug, 2009). En revanche, le réflexe conservateur est évident, par exemple, sur le thème de la peine de mort aux Etats-Unis. Ainsi, en 2016, trois Etats ont décidé lors du scrutin de novembre, de préserver la peine de mort ou de remettre en cause une loi abolissant la peine de mort (Californie²¹, Oklahoma²², Nebraska²³).

2 – Un effet discriminatoire à relativiser

Les référendums discriminatoires sont très médiatisés et la multitude de débats et de critiques qu'ils suscitent ont tendance à renforcer le sentiment que les référendums présentent un danger majeur pour les droits et libertés. Si ce danger existe, il doit être relativisé à plusieurs titres.

Tout d'abord, en Suisse par exemple, les succès de ces dernières années doivent être relativisés par rapport au nombre important d'échec d'initiatives populaires potentiellement discriminatoires soit au stade de la récolte des signatures, soit au stade de la votation comme cela peut être observé sur le site de la Chancellerie fédérale²⁴. Ainsi, toutes les initiatives populaires visant les étrangers avant 2010 ont échoué, y compris l'initiative visant à revenir sur la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁵ aboutissant à ce que les naturalisations ne puissent plus être décidée par scrutin référendaire au niveau local²⁶.

Aux Etats-Unis, si un certain nombre de propositions visant des minorités finissent par être adoptées²⁷, la plupart d'entre elles sont attaquées au niveau fédéré ou fédéral et lorsqu'un droit fondamental est en cause, les dispositions adoptées ont de grandes chances d'être déclarées inconstitutionnelles par les juridictions fédérales (voir ci-dessous **IV**).

Il est également important de s'intéresser de près au contenu du scrutin référendaire avant de tirer des conclusions générales. En effet, les référendums manifestement discriminatoires ou provocateurs, qui entraînent une régression des droits des minorités ou un recul manifeste des libertés, sont généralement – mais pas toujours - rejetés (Lazos-Vargas, 1999, 431, 432 à propos

de certaines initiatives contre les homosexuels ou les personnes atteintes du SIDA aux Etats-Unis). Dans un contexte particulièrement tendu, l'argument discriminatoire et régressif par rapport à la protection des droits fondamentaux peut cependant faire aussi recette (Mockli, 2011, 790). En revanche, les scrutins référendaires qui proposent un statu quo en s'opposant à des législations ou des décisions de justice considérées comme favorables aux minorités ou qui s'opposent à la reconnaissance de nouveaux droits aux minorités ont plus de chance d'être adoptés (Christmann et Danaci, 2012, 155 ; Marxer, 2012, 165). D'après ces analyses, les droits des minorités sont principalement affectés lorsqu'il s'agit de les faire progresser, c'est à dire lorsqu'il s'agit d'une extension de leurs droits ; en revanche, il est rare de constater de véritables régressions des droits des minorités à l'image de la proposition 187 en Californie ou de l'interdiction des minarets en Suisse. Cette lecture des référendums est de nature à expliquer que dans le cas du mariage entre personnes de même sexe, la plupart des Etats américains ou européens (Croatie²⁸, Slovaquie²⁹, Slovénie³⁰) qui se sont prononcés par référendum sur ce thème ait dénié ce droit à la minorité homosexuelle, car ces derniers revendiquaient une égalité dans l'accès au mariage, synonyme pour eux de progrès dans la reconnaissance de leurs droits. Cette attitude est également révélatrice du conservatisme dont sont généralement accusées les procédures de démocratie directe. Toutefois, certains auteurs démontrent que lorsque les droits des minorités sont englobés dans des réformes plus larges, en particulier des révisions constitutionnelles, ces dernières peuvent permettre des progressions en matière de droits fondamentaux, y compris pour les minorités impopulaires (Christmann et Danaci, 2012, 154). Elargir la réforme proposée pour y intégrer des mesures moins populaires, permet de ne pas polariser l'attention sur une minorité en particulier, et donc de diluer le ressentiment négatif que pourrait exprimer une majorité vis-à-vis de cette minorité si elle était interrogée précisément sur les droits de cette dernière.

S'il est vrai que des Etats comme la Suisse sont plus lents à accepter des réformes liées à des questions de société (droit de vote des femmes, avortement, mariage entre couples de même sexe...), les procédures référendaires peuvent aussi se montrer libérales. D'ailleurs, la grande majorité des études focalisent l'attention sur le danger que représente les initiatives populaires et les référendums pour les minorités, rares sont celles qui, à contre-courant du défaitisme habituellement affiché, soulignent que les procédés de démocratie directe peuvent être le moyen d'acquiescer de nouveaux droits : l'Oregon par exemple, a adopté en 1994, une initiative populaire autorisant le suicide médicalement assisté et malgré les efforts des opposants, cette

mesure n'a pas été remise en cause par la suite (Purvis, 2012, 271). L'Oregon a même été précurseur dans ce domaine, il a été suivi quelques années plus tard par l'Etat de Washington qui a approuvé l'aide médicale au suicide par référendum en 2008 avec 58 % des voix. En 2016, aux Etats-Unis, plusieurs Etats (huit) ont approuvé par référendum la légalisation de l'usage de la marijuana ou de cannabis à titre récréatif ou médical. De même, l'Irlande, à contre-courant de la plupart des Etats américains, a été le premier Etat à accepter par voie référendaire le mariage homosexuel³¹. Le référendum constitutionnel obligatoire avait également permis aux Irlandais, de confirmer, en 2001, la loi qui depuis 1990 interdisait la peine de mort et de prévoir dans la Constitution que la peine de mort ne pourra pas être réintroduite, quelques que soient les circonstances, même en temps de guerre³².

Force est aussi de constater que si le risque liberticide semble plus élevé lorsque les procédés de démocratie directe existent et sont utilisés, que lorsque les institutions représentatives sont à même de décider sans que les choix opérés soient susceptibles d'être menacés par un référendum, le processus parlementaire n'est pas une garantie absolue pour la protection des libertés et le respect des droits des minorités. Cela justifie que des filtres contre-majoritaires aient été mis en place afin de limiter l'omnipotence de la majorité parlementaire : en particulier, les actes adoptés par les parlements sont soumis au *judicial review* qui permet de préserver notamment les valeurs fondamentales inscrites dans la Constitution. De la même façon, un certain nombre de garde-fous se développent ces dernières années en matière de démocratie directe et, même s'ils sont parfois contestés en ce qu'ils contribuent à une désacralisation de l'expression référendaire, ils sont révélateurs d'une prise de conscience des dangers que peuvent représenter les référendums pour les droits et libertés.

IV – Des garanties pour limiter les risques liberticide ou discriminatoire des référendums

Nombre d'Etats ont pris conscience, plus ou moins tôt, des risques que les procédés de démocratie directe pouvaient engendrer pour les droits des minorités et les libertés fondamentales en général. Or, des solutions existent pour limiter ces risques. Tout d'abord, le choix peut être fait d'un régime exclusivement représentatif qui conduit à ne prévoir aucune forme d'intervention référendaire que ce soit au niveau national, fédéral ou local. Cette solution radicale est toutefois difficilement tenable à une époque où de nombreux Etats font face à une crise de la représentation et où les citoyens souhaitent participer plus amplement aux affaires publiques, et intervenir directement dans la prise de décisions politiques même si celles-ci sont complexes. De ce fait, même dans des démocraties anciennes, exclusivement représentatives

par tradition, ont été introduites des procédures référendaires que ce soit par la loi au cas par cas (Pays-Bas, Royaume-Uni) ou dans la Constitution au niveau local (Belgique³³). Certains Etats ont fait le choix de proscrire les procédures référendaires sur le plan national ou fédéral (Allemagne³⁴, Etats-Unis) tout en les autorisant au niveau local ou fédéré. En effet, en Allemagne et aux Etats-Unis, les procédures de démocratie directe sont largement développées au niveau des Länder et des Etats³⁵. Ce principe d'organisation présente un avantage majeur : les citoyens peuvent au niveau fédéré faire des propositions ou manifester leur opposition face à des choix politiques, des normes ou encore des décisions de justice adoptés au niveau fédéral mais dans la limite du respect de la Constitution fédérale et, notamment, des droits et libertés qu'elle garantit. Ainsi, le principe de la hiérarchie des normes et celui du respect de la Constitution fédérale font que, par le biais du *judicial review*, les juridictions constitutionnelles sont, en principe, en mesure d'écarter les choix référendaires discriminatoires adoptés au niveau des Etats fédérés.

Une autre manière de limiter le risque discriminatoire ou liberticide est de laisser aux seuls gouvernants la maîtrise de la procédure de déclenchement des référendums au niveau national ou fédéral. Ainsi, la majorité des Etats n'accordent pas la possibilité à une minorité de citoyens ou à une minorité politique (déterminée par un nombre minimal de parlementaires) de déclencher une procédure référendaire (Autriche³⁶, Espagne³⁷, Grèce³⁸, Irlande³⁹ par exemple) ou rendent les conditions de déclenchement si difficiles qu'il est pratiquement impossible qu'un référendum puisse être organisé (France⁴⁰, Russie⁴¹). De ce fait, le recours au référendum reste une procédure exceptionnelle et bien maîtrisable par les gouvernants afin d'éviter tout débordement. Toutefois, cela n'empêche pas que les gouvernants puissent eux-mêmes proposer des référendums discriminatoires comme l'atteste, par exemple, le référendum de 1992 sur l'avortement en Irlande, sur la question visant à remettre en cause la jurisprudence de la Cour suprême⁴² ou encore le référendum du 2 octobre 2016, en Hongrie, visant la politique de quotas migratoires de l'Union européenne, donc indirectement les migrants⁴³.

Certains Etats ont aussi décidé de mettre les droits et libertés fondamentaux à l'abri du vote populaire, en prévoyant de limiter le domaine du référendum. Cette limite peut être générale, en prévoyant que certains référendums à l'initiative des citoyens notamment ne puissent pas porter sur une question constitutionnelle donc ne puissent pas permettre de réviser la Constitution. Ainsi, en Italie, l'article 75 alinéa 1, qui prévoit le référendum abrogatif, vise « l'abrogation, totale ou partielle, *d'une loi ou d'un acte ayant valeur de loi* ». Cela exclut qu'une

disposition de la Constitution, donc parmi celle-ci une disposition relative aux droits et libertés fondamentaux, puisse faire l'objet d'un référendum abrogatif (Cela a été le cas, par exemple, d'une proposition radicale visant à abroger la loi sur l'avortement en 1981⁴⁴). Il en va de même au Portugal où l'article 115 al. 4 écarte expressément les amendements constitutionnels du champ du référendum. Cette limite peut aussi être plus précise et viser directement la catégorie des droits et les libertés fondamentaux, cela est le cas pour les référendums en Slovaquie (article 93 al. 3 de la Constitution) ou encore pour les initiatives populaires au Mississippi (article. XV, § 273, pt. 5)⁴⁵. Cette limitation peut également viser, comme au Massachussets, certaines libertés seulement (Article XLVIII pt. 2 de la Constitution⁴⁶). Toutefois, ces limites ne pourront être respectées qu'au prix d'un contrôle efficace du respect des dispositions encadrant le référendum.

L'efficacité d'un contrôle des référendums va dépendre de l'autorité qui la pratique, des compétences et de la marge de manœuvre dont elle dispose, des effets de ses décisions et, plus généralement, du système dans lequel il s'insère. Il est toutefois important que l'autorité chargée de se prononcer soit indépendante, ce qui conduit à écarter *a priori* les contrôles opérés par des autorités politiques. Ainsi, en Europe, plusieurs nouvelles démocraties victimes de régimes autoritaires, ont introduit ou réintroduit dans leurs constitutions, après la seconde Guerre mondiale ou la chute du Mur de Berlin, des procédures de démocratie directe à l'initiative des citoyens. Cette consécration s'est souvent faite au prix d'un encadrement strict de ces procédures par crainte de détournements anti-démocratiques de l'instrument référendaire ou encore de déstabilisation d'institutions parfois encore fragiles. Ces référendums ont donc été accompagnés de procédures de contrôles préalables des propositions de référendum généralement confiées à la juridiction constitutionnelle (Albanie⁴⁷, Croatie⁴⁸, Italie⁴⁹, Portugal⁵⁰, Roumanie⁵¹, Russie⁵² ou encore Slovaquie⁵³ : Fatin-Rouge Stefanini, 2017).

Ce contrôle préalable à l'organisation d'un référendum répond à un souci de « rationalisation » de l'expression directe de la volonté générale (Taillon, 2012, 479) destiné à préserver la Constitution et les différents intérêts qu'elle recèle.

Le contrôle opéré avant le vote afin d'empêcher la tenue d'un référendum qui pourrait porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux présente un avantage majeur, celui d'éviter les tensions provoquées par la campagne autour du scrutin lui-même. Toutefois un tel contrôle préventif n'est pas toujours possible, ni souhaité. Aux Etats-Unis, par exemple, les cours acceptent rarement de vérifier la légalité et la constitutionnalité sur le fond (on substantive

grounds) des propositions référendaires, notamment d'initiative populaire, avant la tenue du scrutin, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, lorsque l'initiative populaire est prévue par la Constitution, elle est considérée comme un droit des citoyens constitutionnellement protégé au niveau de l'Etat (Radcliffe, 1994, 425). Le contrôle préventif est donc perçu par certains cours comme une atteinte aux droits des citoyens⁵⁴. Par ailleurs, des raisons techniques peuvent être avancées par les Cours dans le système juridictionnel américain pour justifier l'absence de contrôle sur le fond des propositions présentées au scrutin : l'interdiction de rendre des opinions consultatives (advisory opinion), la nécessité d'avoir une affaire en l'état d'être jugée et donc de se prononcer sur des questions concrètes, et le caractère strictement nécessaire de l'intervention judiciaire (Gordon and Magleby, 1989, 304). De ce fait, les justiciables affectés par la décision référendaire doivent attendre l'entrée en vigueur de la disposition litigieuse pour déclencher un procès et, dans la majorité des cas, les procès ont lieu après le scrutin, dans la mesure où les résultats sont positifs. Certaines juridictions qualifiées d'activistes acceptent plus facilement un contrôle avant le vote, quitte à interpréter largement le contrôle formel que certaines opèrent sur la manière dont la question ou la proposition, ou le titre de celle-ci sont rédigés. Par exemple, la Cour suprême de l'Arkansas a remis en cause plusieurs propositions référendaires quelques jours avant la tenue du scrutin pour des raisons liées à l'imprécision des propositions formulées soit dans le titre, soit dans le texte lui-même⁵⁵.

Cependant, les contrôles pratiqués après le vote, s'ils respectent la liberté d'expression des électeurs, voire une forme de souveraineté du peuple des Etats fédérés, posent également des difficultés d'ordre politique aux Etats-Unis. En effet, au niveau fédéré, les juges composant les différentes juridictions étatiques sont souvent soumis à une procédure d'élection. Or, il est arrivé à plusieurs reprises que leur prise de position dans certaines affaires, les conduisant à censurer la décision référendaire, leur occasionne une procédure de recall, retention election ou leur coûte le renouvellement de leur mandat⁵⁶. De ce fait, certains juges expriment leur malaise face aux décisions adoptées par scrutin populaire et ont tendance à montrer une forme de déférence vis-à-vis de celles-ci. Toutefois, aux Etats-Unis, de nombreuses propositions -même des amendements constitutionnels- adoptés ou modifiés au niveau des Etats sont attaqués en justice pour non respect de la Constitution fédérale. Les juridictions fédérales et, en dernier ressort, la Cour suprême des Etats-Unis a ainsi permis d'invalider plusieurs dispositions considérées comme discriminatoires ou contraires aux droits et libertés comme cela a été le cas dans la décision *Romer v. Evans*⁵⁷ démontrant le caractère discriminatoire de l'amendement n° 2 de la Constitution du Colorado en ce qu'elle visait à discriminer les gays et les lesbiennes ou encore, l'arrêt *Obergefell v. Hodges*⁵⁸ invalidant - sur le fondement du XIVe amendement- toute

les dispositions étatiques, adoptées ou non par référendum, refusant le mariage entre personnes de même sexes. Notons, cependant, que la reconnaissance constitutionnelle d'un droit même au niveau fédéral n'empêche pas de nouvelles initiatives d'être déposées pour tenter de contourner soit la disposition constitutionnelle, soit la décision de justice reconnaissant ce droit, comme cela s'est produit notamment pour les questions relatives à l'avortement à la suite de la décision *Roe v. Wade* rendue par la Cour suprême en 1973 (Carter, 2011, 305).

En Europe, même en présence de dispositions constitutionnelles discriminatoires ou liberticides adoptées par référendum, un ultime recours peut être porté devant la Cour européenne des droits de l'Homme qui peut déclarer l'incompatibilité de cette décision avec la Convention. Cela s'est déjà produit à propos des dispositions de la Constitution irlandaises sur l'avortement, introduites par référendum en 1983, conduisant à interdire à des associations de publier des informations sur la possibilité pour les femmes irlandaises de faire pratiquer un avortement à l'étranger (CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door and Dublin Well Woman v. Irlande*).

L'intervention juridictionnelle, que ce soit avant ou après le vote, a pour vertu, en outre, de déplacer le débat sur le plan juridique et donc d'offrir des réponses fondées sur le droit à des questions politiques à teneur émotionnelle élevée. La réponse apportée permet généralement d'atténuer cette tension à partir du moment où des valeurs démocratiques fondamentales sont rappelées.

En Suisse, le problème que pose les scrutins au niveau fédéral est encore différent. En effet, les initiatives populaires qui ont suscité la polémique ont un rang constitutionnel puisqu'il est permis au niveau fédéral de proposer une révision constitutionnelle par le biais d'une initiative populaire. Or, celles-ci, en raison de leur place dans la hiérarchie des normes et du très grand respect accordé traditionnellement aux droits populaires et aux décisions adoptées directement par les citoyens en Suisse, bénéficient d'une immunité totale. Un contrôle préalable de la recevabilité des initiatives populaires est certes prévu par la Constitution⁵⁹ cependant, non seulement il est exercé par une autorité politique, le Parlement fédéral, mais il est également succinct. En effet, jusqu'en 1994, la vérification exercée pour décider de la recevabilité du scrutin, outre les exigences relatives au recueil des signatures, se limitait au respect de l'unité de forme, qui porte sur la manière dont l'initiative est rédigée, et l'unité de matière qui consiste à vérifier que l'initiative populaire n'aborde pas des sujets distincts, sans rapports entre eux, et sur lesquels les citoyens pourraient exprimer des opinions différentes. Depuis 1955, le Parlement fédéral vérifie également le caractère exécutable de l'initiative populaire⁶⁰. Au milieu des années 1990, l'Assemblée fédérale a été confrontée à une initiative intitulée « Pour

une politique d'asile raisonnable » qui, entraînait la violation de plusieurs conventions internationales dont la Convention de Genève du 8 juillet 1951, la Convention européenne des droits de l'Homme, la Convention des Nations Unies contre la torture et le pacte des nations Unies relatif aux droits civils et politiques, en interdisant notamment un droit au recours pour les demandeurs d'asile. Cette initiative a été déclarée nulle au nom du respect des règles du droit international impératif⁶¹ - le *jus cogens* - et cette nouvelle limite a été inscrite dans la Constitution lors de la révision totale de 1999. Cette limite n'a, toutefois, pas empêché la tenue des autres scrutins référendaires conduisant à l'adoption de dispositions discriminatoires depuis 2004 car, même si elles sont contraires au droit international, les règles du *jus cogens* ne sont pas en cause. Ces initiatives posent des problèmes de compatibilité entre le droit constitutionnel et le droit international, sans que la question de la primauté de l'un ou de l'autre n'ait été définitivement réglée. Des consultations ont été menées sur la possibilité d'introduire de nouvelles limites prenant en compte, par exemple, la protection de l'« essence des droits fondamentaux », cependant face à la difficulté de s'entendre sur le contenu de ces limites, aucune réforme n'a, pour l'instant, pu être entreprise (Moeckli, 2011, 786).

Toutefois, les autorités suisses, gênées par la stigmatisation de ces initiatives sur le plan diplomatique et international, ont essayé, lorsque cela était possible, de trouver des solutions de compromis dans la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions afin de permettre le respect du droit international. En ce qui concerne l'initiative de 2004, relative à l'internement à vie des délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables, le Parlement fédéral usant de son pouvoir d'interprétation des dispositions dans leur mise en œuvre, a adopté en 2007 une loi d'application permettant sa conformité avec le droit international (Art. 64 al.1 bis du Code pénal)⁶².

De la même façon, concernant l'initiative de 2010 relative au « Renvoi des criminels étrangers », le Parlement fédéral a assoupli la rigueur de la règle adoptée par référendum dans ses mesures d'application en prévoyant notamment une marge de manœuvre laissée au juge pour décider de l'expulsion et alors même que cette marge de manœuvre (proposée dans un contre-projet lors du scrutin de 2010) avait été expressément rejetée par référendum. En réaction à ces mesures d'application, de nouvelles initiatives populaires⁶³ ont été déposées ce qui montre que la solution de compatibilité trouvée par les représentants pour certaines initiatives est fragile et l'est d'autant plus que le droit international, et le droit de la CEDH notamment en Europe, est de plus en plus contesté par les Etats ce qui fragilise la garantie des droits fondamentaux et, au-delà, le respect de l'ensemble des valeurs démocratiques.

V – Conclusion :

Il est difficile de tirer des conclusions générales sur les effets que peuvent avoir les référendums sur les droits et les libertés fondamentaux. Les modalités de déclenchement du référendum, les questions pouvant être soumises au scrutin, la place des règles adoptées dans la hiérarchie des normes, le contexte d'un référendum, le sujet abordé, la manière dont la question est formulée, la manière dont la campagne est organisée et financée sont autant d'éléments à prendre en considération pour comprendre pourquoi certains référendums peuvent présenter un danger pour les droits et libertés, notamment des minorités, dans certains Etats et pourquoi ce risque est limité voire inexistant dans d'autres. Le cas de la Suisse est topique et a beaucoup attiré l'attention car, fidèle, à une conception traditionnelle de la démocratie et confiant dans un système qui a relativement bien fonctionné pendant un siècle, grâce notamment à la pratique du message parfois très motivé des assemblées fédérales et la technique du contre-projet, les droits et libertés y compris des minorités semblaient préservés. La sagesse de la population suisse semblait pouvoir faire face au risque liberticide. Or, dans une période troublée, les équilibres sur lesquels reposent le système démocratique helvétique se révèlent fragilisés et mettent en avant la nécessité de prévoir des mécanismes propres à garantir le respect des droits fondamentaux des minorités. De tels mécanismes existent dans de nombreux Etats qui ont pris conscience à la fois de l'intérêt de permettre aux citoyens de participer plus activement à la vie politique mais aussi de la nécessité d'encadrer la volonté populaire au nom du respect des différentes composantes de la démocratie. Les mécanismes contre-majoritaires mis en place dans une démocratie, permettent ainsi de faire face à la brutalité de certaines propositions soumises au vote populaire, dans le respect de l'ensemble des valeurs démocratiques, soit en empêchant la tenue de référendums sur des questions particulièrement sensibles pour les droits et libertés, soit en permettant que le débat puisse se poursuivre devant les juridictions, voire conduisent à une révision de la Constitution, ou au renoncement à un traité (ce qui ne s'est pas encore produit), mais après une véritable réflexion démocratique sur les choix devant être effectués.

Bibliography

Alvarez, R. Mickael, Butterfield Tara L., (2000), *The Resurgence of Nativism in California ? The Case of Proposition 187 and Illegal Immigration*, Social Science Quaterly, 81 (1), 167.

Bell Derrick A., (1978), *The Referendum : Democracy's Barrier to Racial Equality*, Washington Law Review, 54 (1), 20.

Bochsler Daniel, Hug Simon, *How Minorities Fare under Referendums. A Cross-national Study*, Paper prepared for presentation at the ECPR General Conference Postdam 10-12 september 2009.

Carter Molly E. (2011), *Regulating Abortion Through Direct Democracy : The Liberty of All versus the Moral Code of the Majority*, Boston University Law Review, 91, 305.

Christmann, Anna and Danaci, Deniz (2012), *Direct Democracy and Minority Rights : Direct and Indirect Effects on Religious Minorities in Switzerland*. Politics and Religion, 5(1), 133.

Danaci, Deniz (2012), *The Minaret Ban in Switzerland : An Exception to the Rule ?* in Marxer Wilfried (ed.), (2012), *Direct Democracy and Minorities*, 155.

Donavan Todd, (2013), *Direct Democracy and Campaigns Against Minorities*, Minnesota Law Review, 97, 1730.

Donavan Todd, Bowler Shaun, (1998), *Direct Democracy and Minority Rights : An Extension*, American Journal of Political Science 52, 1020.

Eule Julian N., (1990), *Judicial Review of Direct Democracy*, 99 Yale Law Journal, 1503.

Fatin-Rouge Stefanini Marthe, (2003), *Le référendum et la protection des droits fondamentaux*, Revue française de droit constitutionnel, 53, 73.

Fatin-Rouge Stefanini Marthe, (2017), *Le contrôle de la recevabilité des référendums en droit comparé ou la recherche d'un équilibre entre différentes exigences démocratiques*, in Taillon P. et Binette A., *La démocratie référendaire dans les États plurinationaux*, Québec, Presses de l'Université Laval [forthcoming]

Favoreu Louis (1990), « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires », *Revue française de droit constitutionnel*, 581.

Frey Bruno S. and Goette Lorenz (1998), *Does the Popular Vote Destroy Civil Rights*, American Journal of Political Science, 42, 1343.

Gamble Barbara (1997), *Putting Civil Rights to a Popular Vote*, American Journal of Political Science, 41, 245.

Gordon James and Magleby David (1989), *Pre-Election Judicial Review of Initiatives and Referendums*, Notre-Dame Law Review, 64, 298.

Gunn Priscilla F. (1981), *Initiatives and Referendums : Direct Democracy and Minority Interests*, Urban Law Annual Review, 22, 135.

Haider-Markel Donald P., Querze Alana, Lindaman Kara, (2007), *Lose, Win, or Draw ? A Reexamination of Direct Democracy and Minority Rights*, Political Research Quarterly, 60 (2), 304.

Hainmueller Jens, Hangartner Dominik, (2015), *Does Direct Democracy Hurt Immigrant Minorities ? Evidence from Naturalization Decisions in Switzerland*, American Journal of Political Science, *forthcoming*.

Hajnal Zoltan, Louch Hugh, (2001), *Are There Winners and Losers ? Race, Ethnicity and California's Initiative Process*, Public Policy California Institute Publication, 100 p.

Hajnal Zoltan J., Gerber Elisabeth R., Louch Hugh, (2002), *Minorities and Direct Legislation : Evidence from California Ballot Proposition Elections*, The Journal of Politics, 64 (1), 154.

Hamon Francis, (2012), *Le référendum. Etude comparative*, 2^e éd., LGDJ, 229 p.

Hassid Laurent, « Le concept de minorité en Slovénie : le cas des minorités ethniques », *Mémoire(s), identité(s), marginalité(s) dans le monde occidental contemporain* [En ligne], 13 | 2015, mis en ligne le 30 juin 2015, consulté le 21 décembre 2016 (URL : <http://mimmoc.revues.org/2087>).

Johnson Kevin R., *Symposium on Immigration Policy : an Essay on Immigration Politics, Popular Democracy, and California's Proposition 187 : The Political Relevance and Legal Irrelevance of Race*, Washington Law Review, 70, 629.

Lazos Vargas, Sylvia R., (1999), *Judicial Review of Initiatives and Referendums in Which Majorities Votes on Minorities' Democratic Citizenship*, Ohio State Law Journal, vol. 60, 315.

Lewis Daniel C., (2011), *Direct Democracy and Minority Rights : Same Sexe Mariage Bans in the United States*, Social Science Quarterly, 92 (2), 364.

Lewis Daniel C., (2013), *Direct Democracy and Minority Rights : A Critical Assessment of Tyranny of the Majority in American States*, Routledge, 129 p.

Magleby, David B., (1995), *Governing by Initiative, Let the Voters Decide ? An Assesment on Initiative and Referendum Process*, Univ. of Colorado Law Review, vol. 66, 13.

Marxer, Wilfried (ed.), (2012), *Direct Democracy and Minorities*, Wiesbaden, Springer VS, 254 p.

Matusaka John, (2005), *The Eclipse of Legislatures : Direct Democracy on the 21st Century*, 124, Public Choice, 157.

Matusaka John, (2007), *Direct democracy and Social Issues*, Working paper, USC Marshall School of Business, *available on line*.

Moeckli Daniel, (2011), *Of Minarets and Foreign Criminals : Swiss Direct Democracy and Foreign Law*, Human Rights Law Review, 774.

Purvis Taylor (2012), *Debating Death : Religion, Politics, and the Oregon Death with Dignity Act*, Yale Journal of Biology and Medicine, 85 (2), 271.

Radcliffe M. Sean (1994), *Pre-Election Judicial Review of Initiative Petitions : an Unreasonable Limitation on Political Speech*, Tulsa Law Journal, 30, 425.

Taillon Patrick, (2012), *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ?*, Dalloz, Paris, 586 p.

Vatter Adrian, Danaci Deniz, (2010), *Mehrheitstyannei durch Volksentscheide? : zum Spannungsverhältnis zwischen direkter Demokratie und Minderheitenschutz*, Politische Vierteljahresschrift, 51, 205.

¹ Voir, toutefois, Boschler et Hug, (2009), qui ont mené une étude sur l'influence que peut avoir l'existence de procédés de démocratie directe sur les décisions prises par l'Etat en ce qui concerne les droits des minorités et les civils rights.

² Voir par exemple, l'initiative populaire indirecte prévu par l'article 71 de la Constitution italienne.

³ Article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

⁴ Voir par exemple, l'article 3 de la Loi fondamentale allemande, l'article 11 de la Constitution belge ou encore l'article 14 de la Constitution espagnole. Le plus fréquemment les constitutions traitent de « distinctions » interdites : par exemple, la Constitution française dispose « Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » (article 3).

⁵ Voir notamment pour les discrimination positive en faveur des homosexuels l'amendement n° 2 au Colorado en 1992, la proposition 209 en Californie en 1996, l'initiative 200 dans l'Etat de Washington en 1998.

⁶ Par exemple, à propos du droit de droit de vote. Les femmes n'ont acquis ce droit sur le plan fédéral qu'en 1971 et dans certains cantons, il n'a été accordé qu'en 1990.

⁷ Art. 138 et 139 de la Constitution, modification qui sera soumise au référendum (art. 140 de la Constitution).

⁸ Message du Conseil Fédéral, Feuille fédérale (FF) 2001 3265. Pour le Parlement : FF 2003 3979.

⁹ FF 2008 6923 et FF 2009 3903.

¹⁰ FF 2009 4571 et FF 2010 3853.

¹¹ FF 2013 279 et FF 2013 6575.

¹² *Furman v. Georgia*, 480 US 238 et, au niveau de la Californie : *People v. Anderson*, 493 P.2d 880, 6 Cal. 3d 628 (Cal. 1972).

¹³ *Attorney General v. X*, [1992] IESC 1; [1992] 1 IR 1.

¹⁴ 488 U.S. 469 (1989).

¹⁵ 515 U.S. 200 (1995).

¹⁶ *Baehr v. Lewin*, 852 P. 2d 44 (Haw.1993).

¹⁷ *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

¹⁸ Le référendum s'est tenu le 24 avril 2004, 31,54 % des électeurs ont participé au scrutin et ont rejeté la loi appliquant cette décision à 94,59 %.

¹⁹ 1999, 453.

²⁰ Les mêmes observations peuvent être faites pour d'autres minorités. Pour les migrants, voir par exemple, Lazos Vargas, 1999, 473, 474.

²¹ Californie, Proposition 62, Repeal of the Death Penalty. Le but de cette proposition était d'abolir la peine de mort qui avait été réintroduite par référendum en 1978, après que la procédure ait été déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême de Californie en 1972 (*People v. Anderson*).

²² Oklahoma Death Penalty Amendment, State Question 776.

²³ Nebraska, Referendum 426, Death Penalty Repeal. Ce referendum-veto s'oppose à la loi LB 268, adoptée en mai 2015, interdisant la peine de mort au Nebraska. Il a été adopté à 60,64 % des voix (source : ballotpedia).

²⁴ https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_2_2_5_1.html?lang=fr

²⁵ Décisions du Tribunal fédéral suisse du 9 juillet 2003 : ATF 129 I 217 et ATF 129 I 232.

²⁶ Initiative populaire « Pour des naturalisations démocratiques » refusée le 1^{er} juin 2008.

²⁷ Voir le site ballotpedia.org qui répertorie par matière, par Etat et par année, toutes les propositions soumises au scrutin (https://ballotpedia.org/List_of_ballot_measures_by_topic).

²⁸ Référendum du 1^{er} décembre 2013 décidant d'inscrire dans la Constitution que le mariage ne peut être célébré qu'entre un homme et une femme.

²⁹ Bien que la Constitution n'autorise que le mariage entre un homme et une femme, une consultation d'initiative minoritaire a été organisée le 7 février 2015 posant 3 questions dont une visant à soutenir fermement l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe, une autre refusant l'adoption par les couples

homosexuels. Bien que les résultats de cette consultation soient largement positifs, ils ont été invalidés en raison du faible taux de participation.

³⁰ Référendum du 20 décembre 2015 rejetant la loi autorisant le mariage entre personnes de même sexe.

³¹ Référendum du 22 mai 2015.

³² Cette inscription a été influencée, sans doute, par la volonté de l'Irlande de ratifier le Protocole 13 additionnel à la CEDH relatif à l'abrogation de la peine de mort en toutes circonstances.

³³ Articles 39 bis et 41 de la Constitution.

³⁴ Sauf dans le cas exceptionnel de l'article 146 de la Constitution.

³⁵ Pour les Etats-Unis, voir notamment le site Ballotpedia. Pour les Länder allemands, voir notamment, Rohner Andreas, (2011), *Direct Democracy in the German Länder : History, Institutions and (Mal)Functions*, C2D Working Paper series, 42 p. (available on line).

³⁶ L'article 43 de la Constitution prévoit que le Parlement peut soumettre une loi au référendum. Par ailleurs, la révision constitutionnelle totale fait l'objet d'un référendum obligatoire (article 44).

³⁷ Article 92 de la Constitution.

³⁸ Article 44 de la Constitution.

³⁹ Article 47 de la Constitution.

⁴⁰ Article 11 al. 3 de la Constitution, introduisant le référendum « d'initiative partagée » qui peut être déclenchée par 1/5 des membres du Parlement soutenu par 1/10 e du corps électoral.

⁴¹ Voir Danilenko D., (2005), *Le référendum en Russie : une expérimentation démocratique*, Revue française de droit constitutionnel, 62, 443.

⁴² En Irlande, le recours au référendum est obligatoire pour faire adopter une révision de la Constitution (Article 46 de la Constitution).

⁴³ Les résultats positifs de ce referendum ont été invalidés faute de participants.

⁴⁴ Cour constitutionnelle, sentence n° 26/1981 du 10 février 1981.

⁴⁵ D'après cette disposition : « (5) The initiative process shall not be used:

(a) For the proposal, modification or repeal of any portion of the Bill of Rights of this Constitution;

(b) To amend or repeal any law or any provision of the Constitution relating to the Mississippi Public Employees' Retirement System;

(c) To amend or repeal the constitutional guarantee that the right of any person to work shall not be denied or abridged on account of membership or non-membership in any labor union or organization; or

(d) To modify the initiative process for proposing amendments to this Constitution. (...)

⁴⁶ D'après cette disposition : « No measure that relates to religion, religious practices or religious institutions; or to the appointment, qualification, tenure, removal, recall or compensation of judges; or to the reversal of a judicial decision; or to the powers, creation or abolition of courts; (...) shall be proposed by an initiative petition (...)

No proposition inconsistent with any one of the following rights of the individual, as at present declared in the declaration of rights, shall be the subject of an initiative or referendum petition: The right to receive compensation for private property appropriated to public use; the right of access to and protection in courts of justice; the right of trial by jury; protection from unreasonable search, unreasonable bail and the law martial; freedom of the press; freedom of speech; freedom of elections; and the right of peaceable assembly ».

⁴⁷ Article 150 à 152 de la Constitution.

⁴⁸ Articles 87 et 95 de la Loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de Croatie.

⁴⁹ Loi constitutionnelle n° 1 de 1953 et la loi n° 352 de 1970.

⁵⁰ Article 115 et 223 de la Constitution.

⁵¹ Article 37 (1) de la loi n° 47 de 1992 sur la Cour constitutionnelle de Roumanie.

⁵² Article 12 de la loi constitutionnelle fédérale du 10 octobre 1995 complétée par la loi constitutionnelle du 27 octobre 2002.

⁵³ Article 129 al. 3 de la Constitution.

⁵⁴ Voir par exemple, pour la Californie, *Broshanan v. EU*, 31 Cal. 3d 6 (California Suprem Court) ; pour le Mississipi : *Hughes v. Hoseman*, No. 2010-CA-01949-SCT, 8 septembre 2011, à propos de l'Initiative 26 sur l'avortement. Dans d'autres Etats, comme la Suisse, le droit d'initiative bénéficie d'une protection constitutionnelle, qui exclut un contrôle préalable poussé (Moeckli, 2011, 792).

⁵⁵ Arkansas Suprem Court, *Fairness for Arkansas v. Martin*, october 13, 2016 (Arkansas Cap on Medical Malpractice Attorney Fees Amendment, issue 4) ; *Committee to Protect Arkansas Values /Stop Casinos Now v. Martin*, october 13, 2016 (Arkansas Three New Casinos Amendment, Issue 5) ; La Cour s'est également opposée à la proposition 7 au motif qu'un certain nombre de signatures au soutien de la proposition étaient invalides : *Benca v. Martin*, october 27, 2016 (Arkansas Medical Cannabis Act).

⁵⁶ Voir notamment Eule, 1990, 1582 et Donovan, 2013, 1741 citant quelques exemples.

⁵⁷ 517 US 620 (1996)

⁵⁸ Rendu par la Cour suprême le 26 juin 2015 : 576 US (2015).

⁵⁹ Article 139 (3) de la Constitution de la Confédération helvétique.

⁶⁰ Initiative « Chevalier », Feuille Fédérale, 1955 I 536.

⁶¹ Feuille Fédérale 1996 I 1305.

⁶² Voir sur cette mise en œuvre, le site de l'administration fédérale suisse :

<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/gesetzgebung/archiv/verwahrung.html>

⁶³ Initiative populaire « Pour le renvoi effectif des étrangers », rejetée par le scrutin du 28 février 2016.