



Christophe Barbey

L'Etoile Enchantée

CH - 1659 Flendruz

www.infodroit.ch info@infodroit.ch

026 925 80 66 / 079 524 35 74

Les pouvoirs formels des assemblées constituantes

*Une constituante peut-elle proposer des formes nouvelles
pour l'approbation de ses travaux ?*

(Ex : des variantes sur certains articles, des votes séparés, etc.)

La constitution est le texte fondamental d'un peuple.

Fondamental d'abord parce que ce texte, le peuple (ses membres, ses représentant/es) se le donne à lui-même. Il est sa propre création, le résultat de son intelligence et de son cœur, mais aussi de son pouvoir sur lui-même, en relation avec sa nature et avec son monde.

Fondamentale, la constitution l'est parce que, dans la paix et l'amour, elle replace chaque personne en équilibre avec toutes les autres et avec l'ensemble de la société.

Fondamentale encore, la constitution d'un peuple¹ rappelle ou fait connaître les valeurs essentielles qui guideront ses membres et ses représentants dans toutes leurs actions. Elle définit le dialogue et la décision, elle appelle à la liberté dans le respect de toutes et tous.

Si en Suisse nos constitutions évoluent, tendant ainsi à plus d'harmonie et à une justice faite de plus de savoirs et de compréhension que de pouvoir, la réécriture complète d'un tel texte n'en est pas moins un acte unique, une vision d'ensemble et l'occasion d'exprimer le meilleur de nous-mêmes, pour maintenant comme pour l'avenir.

C'est un acte qui ne se produit qu'une fois par siècle, environ...

Quelques questions se posent...

La création d'une nouvelle constitution se fait soit par un constituant originaire : c'est la non-existence préalable de l'état de droit.

Soit alors le constituant est dérivé : c'est l'intégration de la nouvelle constitution dans un contexte juridique préexistant.

Le constituant originaire crée son propre droit. Le constituant dérivé, quant à lui, reçoit ses pouvoirs et sa légitimité de l'ordre juridique préétabli dans lequel il intègre alors des nouveautés et où, s'il le désire, il renouvelle des structures.

Quels sont les pouvoirs du constituant dérivé ?² Quelle part de l'ancien droit peut-il modifier, et comment ?

Il a d'abord des pouvoirs matériels : Il lui est demandé de réécrire le texte de base d'une société et donc de faire des changements dans les valeurs fondamentales d'une société, dans l'organisation de l'État ou dans les pouvoirs conférés à celui-ci.

Mais pour ce faire, le constituant a-t-il aussi des pouvoirs formels : peut-il par exemple modifier ses propres pouvoirs ?³ Peut-il modifier sa façon de fonctionner ? Et la façon dont ses travaux seront ratifiés par le peuple ? Autrement dit, la constitution proposée doit-elle être adoptée

¹ Ou celle de l'humanité d'ailleurs !

² Une constituante ou un parlement. Sauf autrement précisé, nous parlons ici d'une constituante.

³ Ici, il ne peut s'agir ici que d'une constituante. Un parlement a déjà le pouvoir de modifier la constitution existante (sous réserve de ratification par le peuple), ou de changer les lois qui en découlent, y compris les dispositions réglant l'approbation de la nouvelle constitution.

selon les règles définies par l'ancienne constitution (si elles existent⁴) ou alors le constituant peut-il choisir, et si oui à quelles conditions, des règles nouvelles pour l'adoption de la constitution nouvelle ?

Le renouveau constitutionnel, les particularités propres au vote d'une constitution, mais aussi l'évolution de la participation démocratique montrent combien la question est importante. On parle par exemple de vote sur les principes généraux, de votes sur des variantes, de vote par articles ou par chapitres, de référendums spéciaux pour la nouvelle constitution elle-même et là encore par articles ou par chapitres.

S'il est possible et même relativement facile d'innover en la matière, les fondements même de la démocratie devront pourtant être respectés. Le système doit rester ouvert, évolutif, et surtout : c'est bien le peuple (le corps électoral...) à qui doit revenir, en fin de compte la décision.

De plus, si une constituante entend utiliser ces nouvelles possibilités, alors l'existence parallèle et simultanée du pouvoir constituant et d'un parlement pose aussi des questions – nouvelles – de séparation des pouvoirs. Qui définit les nouvelles règles d'adoption de la constitution ? Le pouvoir parlementaire, celui qui adapte habituellement les lois et qui propose aussi les modifications partielles de la constitution ? Ou le pouvoir constituant, celui qui revoit l'ensemble du système ?

1° La légalité de la légalité ; une histoire de la démocratie.

Les bases légales de l'action constitutionnelles n'existent pas toujours, et peut-être conviendra-t-il d'y pourvoir pour l'avenir.

En attendant, il y a lieu de faire avec ce qui existe. Et donc en cas de lacune de faire dans le respect de la démocratie. Une constituante peut parfaitement adopter de nouvelles procédures de révision ou d'adoption de la constitution, mais peut-elle les appliquer à la constitution qu'elle propose ? Il y a là une contradiction : pourquoi d'autres⁵, à l'avenir, pourraient-ils utiliser la procédure dont la constituante a décidé, alors qu'elle ne pourrait le faire elle-même pour elle-même ? Il y a là un danger : la constituante en choisissant le mode d'approbation de ses propres travaux, en décidant non seulement de ce qu'elle propose, mais aussi de la façon dont on l'accepte, peut grandement influencer le résultat et donc s'arroger des pouvoirs que le peuple ne lui a pas donnés.

Un contrôle démocratique est ainsi nécessaire.

Libre à la constituante d'utiliser la procédure de son choix, mais à la seule condition que le peuple souverain soit d'accord ! En d'autres termes, la constituante doit permettre au peuple de ratifier cette procédure au préalable, par un vote séparé et indépendant de la suite des travaux⁶.

2° La séparation des pouvoirs ... ou l'équilibre entre le pouvoir chargé de créer les pouvoirs et les pouvoirs qui déjà existent...

L'élection d'une constituante crée un nouvel organe de l'État. Quel est son rang ? Est-il l'égal des autres pouvoirs constitués⁷ ? La logique de la séparation des pouvoirs voudrait qu'il soit considéré de même rang que les autres pouvoirs. Reste alors à définir les tâches respectives, les zones d'influences et de collaboration, les pouvoirs de contrôle mutuels.

⁴ Dans certains cas, la législation donne aussi des indications.

⁵ Les pouvoirs démocratiques !

⁶ Il pourrait être possible d'imaginer de voter en une fois. Une première question serait « acceptez-vous la procédure proposée pour l'approbation de la constitution ? » Une deuxième : « Si la réponse à la première question est positive, acceptez la nouvelle constitution ? (En intégrant en plus dans la question, par exemple une variante) ». Au dépouillement, si la réponse à la première question est négative, on ne va plus loin et le résultat d'approbation de l'ensemble est caduc (nul) même si la constitution nouvelle (ou sa partie) est approuvée ! La solution, on le voit, est bancal. Elle a tendance à influencer le vote. « Pourquoi refuser la procédure alors que le texte, éventuellement avec ses variantes, est prêt ? ». Tout autant « Pourquoi s'encombrer d'une norme de procédure – qui a pourtant son importance car elle sera (peut-être) réutilisée- si tout le reste du texte est prêt ? ». Et que dire du ridicule d'une situation où la constitution est approuvée, alors même qu'elle ne peut entrer en vigueur parce que sa procédure d'adoption ne l'est pas. De plus, cette façon de faire est très coûteuse en cas d'échec puisque le texte élaboré ne trouve pas d'utilité directe. Un vote en deux fois est donc nécessaire.

⁷ Législatif, exécutif et judiciaire.

A. Le législatif se voit dépouillé de sa tâche constitutionnelle. Mais dans quelles limites ?
Les révisions partielles en cours doivent-elles être continuées ?

Les initiatives (voire les référendums) qui doivent être soumis au peuple dans un délai donné et les projets de révisions constitutionnelles (partielles) en cours doivent-ils lui être soumis à votation, ou faut-il attendre le résultat des travaux de la constituante ? Ou faut-il les soumettre à la constituante ?

A cet égard, si l'on souhaite modifier la procédure habituelle, la seule solution serait de définir dans l'ancienne constitution des dispositions transitoires⁸. En l'absence de celles-ci on se basera sur les paramètres suivants : Une initiative dont le délai de présentation devant le peuple échoit devra lui être soumise (sauf éventuellement si le comité d'initiative accepte d'attendre). En effet, le processus démocratique ne peut être suspendu ou mis en attente. On peut alors imaginer que la constituante, comme le font habituellement le législatif et l'exécutif, émette une recommandation de vote.

Le législatif peut-il encore proposer des modifications de la constitution ? Techniquement, il n'y a pas intérêt puisque la constituante aura le pouvoir d'invalider ses travaux, mais pour cela encore faut-il que le projet de nouvelle constitution aboutisse... Par ailleurs, certaines modifications peuvent se révéler urgentes ! Une coordination, voire une approbation des travaux par les deux chambres serait donc une bonne solution.

Par contre et sauf urgence, il est exclu d'admettre qu'un parlement puisse proposer des projets nouveaux qui, par exemple, contourneraient les travaux de la constituante. Là encore, il court non-seulement le risque de voir ses travaux invalider si la nouvelle constitution est approuvée, mais il contourne la volonté populaire de voir la constitution réécrite par une constituante.

B. De son côté, la constituante ne peut dicter au parlement des actions en matière législative. Une exception peut-être et elle est de taille pour ce qui nous occupe ici : la constituante peut demander au parlement de modifier ou de faire modifier par le peuple la procédure de ratification de la nouvelle constitution.

Et vu ce qui précède, si la constituante souhaite adopter des procédures de vote particulières pour l'approbation de ses travaux, c'est peut-être la meilleure solution. En principe, la procédure constitutionnelle (la modification de la constitution) est de rang constitutionnel et les dispositions réglant cette procédure sont dans la constitution elle-même. On peut toutefois imaginer, dans le cadre d'une constituante, d'avoir une loi qui élit celle-ci mais qui règle aussi sa procédure⁹. Or l'adoption puis éventuellement la modification de cette loi par le parlement, puis sa ratification par le peuple, permet un contrôle démocratique autonome (la Constituante n'adopte pas elle-même ses propres règles) et permet aussi un vote populaire séparé, avant le vote final sur la constitution elle-même.

⁸ Mais proposée par qui : le parlement ou la constituante ? Et quand ? Une fois l'assemblée constituante élue, ou dans la proposition d'élection d'une assemblée constituante ? Cette dernière solution serait alors déjà mettre des limitations à l'activité future de l'assemblée constituante. Le parlement influencerait le peuple sur la décision d'élire cette assemblée, et donc de lui retirer – à lui – un pouvoir constitutionnel qu'il ne veut peut-être pas perdre.

Si par contre, l'adoption de telles dispositions transitoires à lieu après l'élection de l'assemblée constituante, elle concerne en fait l'ancienne constitution, et la constituante ne devrait pas avoir de raison de s'en mêler. Ces décisions auront pourtant beaucoup d'influence sur ses propres travaux, et là encore un équilibre devra être trouvé. Il est certain que le parlement ne peut pas, démocratiquement parlant, prendre des décisions faisant obstacle aux travaux de la constituante. Les limites et les moyens de redressement éventuels restent à définir, en espérant toutefois que ce ne sera pas nécessaire.

Il pourrait donc être important de définir pour l'avenir les possibilités de modifications partielles de la constitution (par le parlement) durant l'élaboration d'une nouvelle constitution par une constituante. En cas de conflit, le judiciaire devrait pouvoir être appelé pour trancher.

⁹ Nda ultérieure (2009). La loi constitutionnelle du 24 janvier 2008 du Canton de Genève, prévoyant une constituante et approuvée par le peuple, ne prévoit pas de procédures spéciales. Mais la formulation de l'article 4 sur la procédure d'adoption de la nouvelle constitution ne permet pas non plus, à priori, d'exclure de telles possibilités. Lesquelles, à notre avis, pourraient donc se faire et être décrites par une modification de la dite loi, modification évidemment ratifiée par le peuple.

C. Enfin, la constituante peut-elle demander directement à l'exécutif (en contournant le parlement) d'organiser une telle votation sur des procédures spéciales ?

Les bases légales de l'action de la constituante sont son décret d'élection, les textes qui se rapportent à son fonctionnement et surtout ceux qui ont trait à la révision totale de la constitution. On l'a vu, de nombreuses lacunes restent à combler en ce domaine. Doit-on pour autant perpétuer ces lacunes en admettant que la constituante, de par son mandat, a le pouvoir de demander une telle votation ? Ou à l'inverse, peut-on admettre que d'autres organes de l'État empêchent le fonctionnement optimum de la constituante et la ratification claire et objective de ses travaux, simplement en raison d'une absence de procédure de vote adéquate ?

Dans un cas comme dans l'autre, il est préférable que les organes s'entendent.

Reste que le but d'une constituante est de proposer une constitution au peuple, et de telle façon que celui-ci puisse l'approuver, tant dans sa forme et la façon dont on la vote, que dans son contenu. A mon sens et si besoin, la constituante doit donc pouvoir imposer les modifications législatives nécessaires à ce qu'elle propose et leur ratification par le peuple.

Conclusions :

1° Le pouvoir constituant est chargé de rédiger, mais aussi de faire approuver par le peuple une nouvelle constitution.

2° C'est le peuple qui décide d'approuver ou non la façon dont la constitution proposée doit être votée.

3° Les autres organes de l'État sont tenus de prêter leur concours à l'approbation, par le peuple, de la procédure proposée par le constituant.

Personnellement, je ne peux donc qu'encourager les constituantes et les constituants à faire preuve de courage et de diversité et à proposer au peuple souverain - s'ils en ressentent le besoin - des solutions nouvelles !

Flendruz, 2.10.2000

Christophe Barbey

En relisant ce texte en 2004, je constate que le constituant vaudois ne s'est pas donné la possibilité de faire appel à des nouveautés en matière de procédure, pour son propre travail. Il a néanmoins admis à l'avenir, pour une révision totale future, la possibilité de procéder par variantes d'abord et par un vote final ensuite (article 173, alinéa 4). Le constituant a donc fait à la fois acte de prudence au présent et d'évolution à l'avenir.

En relisant ce texte en 2009, à la lumière des travaux actuels de la constituante genevoise, j'ai ajouté un paragraphe (2°B) et une note (n° 9) sur la possibilité d'avoir une loi constitutionnelle prévoyant des procédures spéciales.