



Le référendum dans les États décentralisés a-t-il pour effet de fracturer ou de favoriser la gouvernance fédérale?

Professeur Stephen Tierney

Directeur, *Edinburgh Centre for Constitutional Law*
Université d'Édimbourg

Mars 2014



L'IDÉE FÉDÉRALE

Réseau québécois de réflexion sur le fédéralisme

1	Introduction : Le défi posé par les référendums dans les États décentralisés	3
2	Référendums en contexte fédéral : La propagation de la démocratie directe	5
3	Référendum : le défi démocratique	8
4	Surmonter le déficit démocratique : Les référendums et la démocratie délibérative	10
5	Conception d'un référendum délibératif	11
6	Étude de cas sur l'élaboration d'un référendum délibératif au sein du système décentralisé	18
7	Conclusion	24

1 Introduction

Le défi posé par les référendums dans les États décentralisés

Le recours aux référendums, particulièrement sur le plan des décisions constitutionnelles, est devenu de plus en plus fréquent au cours des dernières décennies. L'un des principaux facteurs qui expliquent cette prolifération a été la chute d'anciens États fédéraux en Europe de l'Est et le remaniement de la constitution d'autres fédérations : l'URSS et la Yougoslavie se sont toutes deux effondrées devant la révolte populaire exprimée dans les urnes, tandis que des fédérations telles que le Canada, l'Australie et les États-Unis ont vécu d'importants référendums au cours des quarante dernières années, soit au niveau étatique ou infraétatique, soit aux deux niveaux comme ce fut le cas pour le Canada. Ailleurs, des référendums ont contribué à mettre sur pied des modèles de gouvernement décentralisé et ont placé des pays autrefois unitaires comme l'Espagne et le Royaume-Uni sur la trajectoire de la décentralisation, et peut-être même sur celle du fédéralisme. On remarquera, également, que les référendums ont joué un rôle d'une grande importance dans la fédéralisation de l'Union européenne, et ce, de deux façons : par l'accession de nouveaux États au sein de l'Union et par la ratification de nouveaux traités.

Dans le texte qui suit, nous classons les référendums par catégories en examinant leurs différents rôles dans l'effondrement et la restructuration des États fédéraux et autres États décentralisés. Un référendum agit-il vraiment comme une force qui déstabilise les États fédéraux en ramenant à la surface l'existence de plusieurs communautés politiques au sein d'un même État et en donnant à chacune la capacité de soumettre ses exigences à l'égard de la constitution par le moyen d'un vote direct qui peut par la même occasion faire monter le sentiment national au niveau infraétatique? L'histoire référendaire de l'ex-Union des républiques socialistes soviétiques (URSS) et de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY) est sans aucun doute celle d'un effondrement, mais elle ne s'arrête pas là : les référendums ont aussi servi à *bâtir* des systèmes de gouvernement décentralisé, par exemple en Espagne et au Royaume-Uni, quoique la stabilité de ces systèmes soit une source constante de débats.

Dans une plus vaste perspective, nous examinerons comment l'essor des référendums a remis au goût du jour la question de leur effet, délétère ou bénéfique, sur la démocratie. Nous examinerons les problèmes démocratiques souvent associés aux référendums et tenterons de voir comment surmonter ces problèmes en soulignant les pratiques de la démocratie délibérative au cœur même de la conception du référendum. Nous soutiendrons que les référendums peuvent devenir des outils démocratiques utiles, à la condition qu'ils soient correctement imprégnés des principes de la démocratie délibérative. Afin d'explorer cette dernière question, nous observerons divers exemples, dont deux en particulier proviennent d'États fédéraux. Le référendum qui a eu lieu en Australie en 1999 sur la question de l'instauration d'une république et celui qui s'est déroulé en Colombie-Britannique en 2006 sur le système électoral, sont tous deux instructifs à leur manière et montrent comment on peut avoir recours à des référendums, tant à l'échelle étatique qu'infraétatique, pour surmonter les défaillances de la démocratie qui leur sont souvent reprochées. Il n'est pas question d'affirmer ici que les États fédéraux parviennent de quelque façon à mieux gérer les référendums que ne le font d'autres États, mais bien de démontrer qu'un référendum peut avoir une fonction utile au sein des États fédéraux sans remettre en question l'importance de l'État.



Pour terminer, nous tournerons notre attention vers le processus entourant le référendum sur l'indépendance prévu en Écosse pour septembre 2014. Ici encore le processus, qui se déroule au sein d'un État décentralisé, est instructif. De toute évidence, la question représente une menace pour l'État. Toutefois, et paradoxalement, l'organisation du référendum fait l'objet d'une certaine collaboration entre les gouvernements écossais et britannique, qui ont tous deux convenu des grandes lignes d'un processus consensuel. Plus encore, en soulevant la question d'un changement constitutionnel, le référendum a suscité chez plusieurs une réflexion plus vaste sur l'avenir constitutionnel du Royaume-Uni, sans égard aux résultats du référendum, et sur de futurs arrangements constitutionnels qui pourraient en fait déboucher sur une certaine forme de fédéralisme pour le Royaume-Uni.

2 Référendums en contexte fédéral : La propagation de la démocratie directe

Au cours des quarante dernières années, le référendum est devenu une composante intégrante de l'édification des États et des constitutions sur toute la planète. Dans une bonne proportion, cet usage a eu des conséquences sur l'éclatement, la formation ou la restructuration d'États fédéraux et autres États décentralisés. Le tableau 1 présente une répartition de l'augmentation du nombre de référendums dans quatre domaines principaux de la pratique constitutionnelle.

Tableau 1

4 types de référendums de la « nouvelle vague »	Exemples
Création de nouveaux États	Nouveaux États issus d'anciennes fédérations – URSS et RFSY. Autres cas : Érythrée (1993), Timor oriental (1999), Monténégro (2006), Sud-Soudan (2011)
Création et amendement de nouvelles constitutions	Encore une fois, anciennes républiques de l'ex-URSS et l'ex-RFSY ; Iraq – ratification de la constitution (fédérale) Constitution de 2005; Égypte – réformes constitutionnelles 2011; Australie fédérale – les référendums sont au cœur des changements constitutionnels, p. ex., référendum sur la république, 1999.
Autonomie infraétatique	Espagne – référendums sur la décentralisation : p. ex., Pays basque 1979, Catalogne 1979, Galicie 1980. Royaume-Uni – référendums sur la décentralisation : Écosse 1997, Pays de Galles 1997 et 2011, Irlande du Nord 1998.
Union européenne : procédures de conclusion de traités, tant en ce qui a trait à l'intégration qu'à l'accession	Exemples d'accession 2004 : Malte; Slovaquie; Hongrie; Lituanie; Slovaquie; Pologne; République tchèque; Estonie; Lettonie. 2012 : Croatie.

Le référendum a joué un rôle central dans le démantèlement de l'URSS et de la RFSY au début des années 1990. En particulier, il a été un moment fondateur des nouveaux États issus des anciennes entités, comme la Croatie, la Slovaquie et l'Ukraine.¹ Le référendum est en fait devenu le mécanisme par défaut qui donne naissance à la plupart des nouveaux États, comme l'Érythrée (1993), le Timor oriental (1999), le Monténégro (2006) et le Sud-Soudan (2011). Nous avons bien sûr été témoins des référendums sur la souveraineté au Québec en 1980 et en 1995, et il y aura également un référendum en Écosse en septembre 2014 où les électeurs pourront choisir la création d'un État indépendant, qui pourrait entraîner l'éclatement du régime de décentralisation instauré en 1998, choisi, soulignons ici l'ironie, par voie de référendum en Écosse en 1997.

1. Stephen Tierney, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 67-71.



Deuxièmement, les référendums ont rarement été utilisés par le passé pour créer ou amender des constitutions, mais les choses sont en train de changer à cet égard. Nous avons pu observer récemment, en Iraq et en Égypte, des référendums sur la création de nouvelles constitutions. Le processus a notamment servi à rétablir le système fédéral de l'Iraq. L'un des facteurs qui entrent en jeu est le suivant : lorsque des référendums visent à créer de nouveaux États ou de nouvelles constitutions, il n'est pas rare que son usage soit intégré à la nouvelle constitution en tant que futur mode d'amendement de celle-ci. Un certain nombre de territoires infraétatiques d'Europe centrale et d'Europe de l'Est qui sont devenus des États par voie de référendum ont ultérieurement tenu une consultation populaire sur la ratification de leur nouvelle constitution et considèrent depuis les référendums comme un important obstacle populaire à l'amendement de la constitution par les élites.

Dans un certain sens, évidemment, ces catégories démontrent comment les référendums sont utilisés dans le cadre de processus qui se conclurent par le démantèlement d'États fédéraux. Par contre, les référendums ont aussi servi à mettre sur pied des systèmes de gouvernement décentralisés. Nous avons pu voir ce processus à l'œuvre en Espagne et au Royaume-Uni à la fin des années 1970 et 1990 respectivement, et encore au Royaume-Uni avec le référendum sur la délégitation de pouvoirs accrus au Pays de Galles en 2011. Le référendum sur l'Accord de Charlottetown de 1992 est un exemple similaire : il y avait alors deux référendums distincts, tenus l'un au Québec et l'autre dans le reste du Canada, chacun portant sur la refonte de la constitution du Canada en tant qu'État fédéral.

Quatrièmement, nous avons également pu assister à la prolifération des référendums dans le cadre de l'accession aux pouvoirs souverains et du transfert de ces pouvoirs d'États européens vers l'Union européenne – selon un processus que l'on pourrait appeler « fédéralisation » en ce qui concerne le dernier exemple. Dans la mesure où il est question d'accession, parmi les quinze premiers pays qui sont entrés dans l'Union européenne, seuls l'Irlande et le Danemark ont tenu des référendums portant sur la ratification de la décision. Sur les dix pays ayant accédé à l'Union européenne en 2004, seul Chypre n'a pas tenu de référendum; et la tendance se poursuit en janvier 2012 alors que les Croates participent à un référendum pour approuver l'accession de leur pays à l'Union européenne en 2013. Dans le contexte de la fédéralisation, le recours aux référendums a rendu la voie beaucoup plus précaire que ne l'auraient souhaité les institutions européennes. Ainsi, les référendums du Danemark et de l'Irlande ont interrompu la ratification des traités de Maastricht et de Nice, les électeurs en France et aux Pays-Bas ont rejeté le projet de traité constitutionnel par voie de référendum, et un référendum ultérieur, en Irlande, a retardé la ratification du traité de Lisbonne.

Nous pouvons tirer quelques courtes conclusions sur le recours aux référendums dans le contexte des fédérations et de la fédéralisation. Au sein des fédérations plurinationales, les référendums peuvent en effet remettre en question l'existence même de l'État. Le processus offre aux peuples infranationaux, et particulièrement à ceux qui jouissent déjà de l'autonomie constitutionnelle, un véhicule qui leur permet d'exprimer leurs ambitions constitutionnelles, et qui leur servira à légitimer leurs revendications en matière d'indépendance ou de souveraineté. C'est là l'histoire non seulement de l'effondrement des États d'Europe centrale et de l'Europe de



l'Est, mais aussi celle de l'Écosse et du Québec. Mais il ne peut s'agir là de la seule conclusion possible. Comme nous l'avons vu en Iraq, le référendum peut aussi servir à la création d'un État fédéral; en Espagne et au Royaume-Uni, des processus référendaires ont été utilisés pour créer des structures de décentralisation territoriale qui sont à peine moins que de véritables fédérations, donnant ainsi explicitement un appui populaire aux territoires infranationaux en question. Le lien entre les référendums et l'intégration à l'Union européenne demeure complexe. La marche vers l'intégration à l'Union européenne semble inexorable, mais des peuples européens ont au même moment tenu des référendums pour mettre un frein à cette fédéralisation de l'Europe. Étant donné qu'un grand nombre d'États membres ont désormais solidement intégré les référendums parmi les processus de ratification de traités, il faut attendre avant de constater les effets de ce choix sur les futures initiatives d'élaboration de la Constitution européenne menées par Bruxelles.

3 Référendum : le défi démocratique

Dans cette partie, nous proposons de présenter le débat démocratique qui entoure le recours aux référendums et soutient que les principes de la démocratie délibérative peuvent contribuer à surmonter certains des obstacles qui ont, dans la pratique, nui aux référendums. Des exemples intéressants puisés de l'expérience d'États fédéraux comme l'Australie et le Canada serviront à démontrer nos propos.

La propagation de la démocratie référendaire amène des théoriciens de la politique et des constitutions à jeter un regard neuf sur le débat plutôt éculé qui entoure les mérites et les défauts démocratiques des référendums. J'ai moi-même participé à ce nouvel examen dans mon livre intitulé *Constitutional Referendums*.² Dans cet ouvrage, je pose comme principale prémisse que la dimension normative de la pratique référendaire doit être repensée pour tenir compte de nouvelles situations où la démocratie directe entre en jeu. Le référendum est désormais devenu si commun, que nous devons réfléchir à nouveau à la meilleure façon d'intégrer ce phénomène à nos politiques constitutionnelles, mais également à son application au sein des États fédéraux.

Les référendums soulèvent un paradoxe. Pour certains, ils représentent un modèle idéal de démocratie : les électeurs sont appelés à se prononcer en tant que peuple unifié, à décider d'une question directement sans passer par les politiciens. Le référendum donne une voix directement déterminante au *demos* d'une manière qui englobe parfaitement à la fois la souveraineté du peuple et l'égalité politique de chacun de ses citoyens. Que pourrait-on trouver de plus démocratique? Pour d'autres au contraire, le référendum est un dispositif dangereux, car il met en péril la démocratie qui ne peut être correctement pratiquée que par des institutions exclusivement représentatives. En tant que tel, mieux vaut que le référendum soit exclu des processus de changement constitutionnel.

J'ai déjà identifié ailleurs les trois principales objections opposées aux référendums. D'abord, les référendums se prêtent par définition au contrôle des élites et, par conséquent, à la manipulation par les organisateurs du référendum. Les référendums, entend-on souvent dire, sont organisés par les gouvernements pour réaliser des objectifs politiques et sont donc tenus seulement lorsqu'ils risquent de donner les résultats escomptés (du point de vue du gouvernement). Dans ce but, un dirigeant a toute la liberté voulue pour façonner – voire manipuler – les diverses étapes du processus pour atteindre ce résultat. Les élites disposent en effet de tout un éventail de pouvoirs exclusifs : par exemple, ils peuvent en premier lieu décider de tenir le référendum; ils peuvent rédiger la question; ils peuvent établir les règles entourant la conduite du référendum et, finalement, décider du sort réservé aux résultats. Cela leur permet de déclencher un référendum seulement lorsqu'elles sont certaines de remporter la victoire. Selon les mots célèbres de Lijphart, « la plupart des référendums sont à la fois contrôlés et pro-hégémonique » (notre traduction).³

2. Ibid.

3. Arend Lijphart, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries* (Yale University Press 1984) 203. Voir également Matt Qvortrup, 'Are Referendums Controlled and Pro-hegemonic?' (2000) 48 *Political Studies* 821.



La critique qui précède ouvre la voie à une autre : l'engagement intellectuel du public qui permettrait une réflexion et une discussion informées sur les idées avant la prise de décision ne fait pas partie du processus référendaire. Diverses hypothèses étayent cette position : les référendums ont normalement lieu rapidement sous forme de vote à l'improviste organisé sur ordre du gouvernement; les électeurs doivent décider d'un sujet qui porte parfois à confusion, souvent présenté sous forme de question inintelligible; les électeurs n'ont eux-mêmes pas assez de temps, ou pas assez d'intérêt envers les enjeux en cause ni la compétence voulue pour comprendre ou étudier correctement la situation, et arrivent aux urnes, à la condition qu'ils prennent seulement le temps de s'y rendre, sans avoir réfléchi à la question, et votent souvent en suivant les consignes du parti.

Une troisième objection veut que les référendums viennent renforcer, et même réifier la prise de décision à majorité simple aux dépens des intérêts des minorités et des individus. Il s'agit là d'une préoccupation particulière pour les États fédéraux puisque l'une des fonctions du fédéralisme consiste justement à rendre pluraliste la prise de décision dans l'ensemble des territoires et communautés.

4 Surmonter le déficit démocratique : Les référendums et la démocratie délibérative

Je considère que ces objections, lorsqu'elles sont valides en tant que descriptions de certains référendums en particulier, relèvent largement de problèmes de pratique et non de principe, et deuxièmement que le récent tour qu'a pris la théorie sur la démocratie délibérative procure des moyens pratiques de surmonter ces problèmes. La démocratie délibérative est désormais une école de pensée bien établie, dont on fait souvent remonter la naissance aux idées de John Rawls sur la « raison publique ». ⁴ Au cours des deux dernières décennies plus particulièrement, les travaux dans ce domaine se sont multipliés dans toutes les directions et de façons très diverses, devenant inévitablement marqués par les divergences idéologiques de notre époque. ⁵ La recherche dans le domaine établit aussi une séparation entre ceux qui envisagent le débat et la politique sur le plan plus abstrait de la science politique ⁶ et ceux qui accordent plus d'intérêt aux expériences pratiques du débat appliqué. ⁷

L'un des engagements communs aux théoriciens de la démocratie délibérative veut que les décisions politiques soient précédées de « débats authentiques » ou ce que John Rawls appelle la « raison publique ». ⁸ Selon ce principe, les personnes qui participent à la prise de décisions devraient mener une réflexion authentique et honnête avant de prendre des décisions et débattre publiquement avec autrui, être prêtes à défendre leurs positions, et montrer une ouverture envers la possibilité de se laisser persuader par les arguments d'autrui. Les grands principes qui inspirent la théorie de la démocratie délibérative peuvent se traduire en concept de référendum de la façon suivante :

Tableau 2

Contribution du débat au processus de prise de décision	Principes de la délibération civique républicaine	Tenir compte des critiques suivantes du référendum
Qui délibère?	Participation populaire – au sein d'un système plus vaste de gouvernement représentatif	Manipulation par l'élite – « syndrome du contrôle par l'élite »
Comment devrait-on débattre?	Raisonnement public : réflexion et discussion	Agrégation – « déficit délibératif »
Dans quelles conditions?	Égalité et parité de l'estime	Principe de la majorité – « danger majoritaire »
À quelle fin?	Consentement et prise de décision collective	Tout ce qui précède.

4. John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia University Press, 1993).

5. John Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics and Contestations* (Oxford University Press 2000).

6. Emily Hauptmann, 'Deliberation = Legitimacy = Democracy' (1999) 27 *Political Theory* 857; Simone Chambers, 'Deliberative Democratic Theory' (2003) 6 *Annual Review of Political Science* 307.

7. John Parkinson, *Deliberating in the Real World: Problems of Legitimacy in Deliberative Democracy* (Oxford University Press 2006); Robert Goodin and John Dryzek, 'Making Use of Mini-Publics' in Goodin, *Innovating Democracy: Democratic Theory and Practice after the Deliberative Turn* (Oxford University Press 2008); Shawn Rosenberg (ed), *Deliberation, Participation and Democracy: Can the People Govern?* (Palgrave Macmillan 2007); Janette Hartz-Karp and Michael K Briand, 'Institutionalizing Deliberative Democracy' (2009) 9 *Journal of Public Affairs* 125; James S Fishkin, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation* (Oxford University Press 2009).

8. Rawls op. cit.

5 Conception d'un référendum délibératif

Participation populaire

Comment la participation populaire peut-elle avoir du sens si un gouvernement en particulier peut manipuler le processus référendaire? L'un des points de départ consiste à souligner la tendance, particulièrement dans la littérature actuelle sur les référendums, à considérer les référendums comme un processus transparent, de la décision de le tenir un referendum jusqu'au résultat de l'exercice. Cette vision nous paraît trop simpliste et passe à côté du fait que le référendum est un processus qui comprend au moins cinq étapes. À chacune de ces étapes, la loi peut servir à réglementer le comportement des élites et à disperser le pouvoir parmi plusieurs institutions distinctes, réduisant ainsi considérablement la portée de toute domination par un individu ou un gouvernement. Ces étapes sont : le pouvoir d'initiative, soit la décision de tenir un référendum; la formulation de la question; la réglementation et la conduite de la campagne référendaire; le scrutin; et la suite des choses. À certaines de ces étapes, il est possible de faire intervenir la participation populaire et de la favoriser. C'est ce que nous démontrerons dès la section suivante à l'aide d'exemples puisés en Australie et en Colombie-Britannique.

Déficit délibératif : l'appel à la raison du public dans le cadre du processus référendaire

La deuxième objection dont il faut tenir compte est que, au-delà de la question de la manipulation, un référendum n'est en fait qu'un vote qui ne fait que rassembler les préférences d'électeurs mal informés et indifférents. Selon cette caricature, le référendum est rapidement mis sur pied, et les électeurs sont simplement considérés comme de la « chair à voter » : ils se pressent vers l'isoloir sans s'être informés et sans avoir pris le temps de réfléchir à la situation dans son ensemble.

Comment concevoir un processus référendaire de façon à pouvoir, à la fois inspirer la participation citoyenne et d'autres éléments délibératifs, et faciliter la réflexion et la discussion informées des citoyens? L'ampleur d'un tel projet n'est qu'un des défis qui vient à l'esprit. La majeure partie de la littérature sur la démocratie délibérative porte essentiellement sur les débats en petits groupes par des jurys citoyens, des assemblées citoyennes et des regroupements du même acabit.⁹ La question de la transposition du potentiel de participation des petits groupes à une plus vaste échelle reste ouverte. Comment peut-on contribuer à favoriser les débats au sein d'un grand groupe de citoyens? Le défi que suppose le passage d'un micro-niveau de débat à un macro-niveau se pose clairement lorsqu'on examine le débat au micro-niveau qui a précédé la tenue d'un référendum sur le système électoral en 2005 en Colombie-Britannique. Il s'agissait d'une expérience radicale de participation citoyenne qui a permis d'élargir le processus de formulation de la question à d'autres groupes que les élites. L'Assemblée des citoyens sur la réforme électorale de la Colombie-Britannique (British Columbia Citizens' Assembly, ou BCCA) a été créée entre 2003 et 2004, et ses débats ont eu lieu sur la majeure partie de 2004. L'Assemblée était composée d'un groupe de

9. Graham Smith et Corinne Wales, 'Citizens' Juries and Deliberative Democracy' (2000) 48 *Political Studies* 51; Eric Ghosh, 'Deliberative Democracy and the Counter-majoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries' (2010) 30 *Oxford Journal of Legal Studies* 327; Horacio Spector, 'The Right to a Constitutional Jury', (2009) 3 *Legisprudence* 111-123; James S Fishkin, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation* (OUP 2009); Robert E Goodin and John S Dryzek, 'Making Use of Mini-Publics' in Robert E Goodin (ed), *Innovating Democracy: Democratic Theory and Practice after the Deliberative Turn* (OUP 2008) esp 16-19; Robert E Goodin and John S Dryzek, 'Deliberative Impacts' in Shawn Rosenberg (ed), *Deliberation, Participation and Democracy: Can the People Govern?* (Palgrave Macmillan 2007); John S Dryzek, *Foundations and Frontiers of Deliberative Governance* (OUP 2011) 155-76.

citoyens choisis au hasard.¹⁰ Elle avait pour mission d'évaluer les modes d'élection des membres de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique et de formuler des recommandations, soit sur le maintien du mode actuel, soit sur l'adoption d'un nouveau mode, et de soumettre la question au peuple de la province dans le cadre d'un référendum.

Il a été largement démontré que l'Assemblée des citoyens sur la réforme électorale de la Colombie-Britannique a fait de l'excellent travail pour ce qui est de favoriser la participation de ses membres et de créer une atmosphère propice aux débats ouverts et éclairés.¹¹ L'une des étapes de la consultation consistait à mener des entrevues téléphoniques avec 18 membres de l'Assemblée une fois conclues les délibérations de la BCCA. Ces 18 personnes représentaient un échantillon d'environ 10 % du groupe et « reflétaient les principales caractéristiques du portrait des membres de l'Assemblée citoyenne ». Le chercheur conclut que les participants se sentaient généralement honorés d'avoir été choisis et qu'ils en étaient venus à « valoriser l'enrichissement intellectuel et le sentiment d'appartenance au groupe que l'expérience leur avait procurés. Les décisions auxquelles les membres sont parvenus donnaient une portée réelle à la rhétorique de la "responsabilisation citoyenne", et la nature consensuelle de leur mode de décision, au sein de ce qui n'était au départ qu'un rassemblement d'étrangers, était un témoignage du dévouement du personnel et de la détermination indéfectible des délégués ».¹² (notre traduction) Les entrevues de fin de mission menées par Ratner suggèrent que les membres eux-mêmes ont examiné la question de bonne foi et, en plus de n'avoir subi aucune pression, ont également tenté de surmonter leurs illusions.

Par contre, si on examine le processus de réforme constitutionnelle dans son ensemble, force est de constater qu'il y a également des défauts, dont le plus important était que, malgré tous les efforts déployés dans le cadre du microprocessus entourant la BCCA, le processus référendaire dans son ensemble a beaucoup moins réussi à favoriser les délibérations pendant la campagne référendaire.¹³ Ian Ward cite un sondage mené en février avant la tenue du référendum en mai où « seulement... la moitié des électeurs de la Colombie-Britannique ont affirmé avoir lu, vu ou entendu quoi que ce soit sur l'Assemblée des citoyens sur la réforme électorale de la Colombie-Britannique »¹⁴ et que peu avant le référendum, près des deux tiers des Britanno-Colombiens en savaient toujours « très peu » (39 %) ou ne savaient « rien » (25 %) du processus électoral proposé.¹⁵ Il semble que dans le cadre de

10. Amy Lang, 'But Is It for Real? The British Columbia Citizens' Assembly as a Model of State-Sponsored Citizen Empowerment' (2007) 35 *Politics & Society* 35, 41; RS Ratner, 'British Columbia's Citizens' Assembly: The Learning Phase' (2004) 27(2) *Canadian Parliamentary Review* 20, 22. Dans une optique plus générale, consulter Warren ME et Pearse H (éd.), *Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens' Assembly* (Cambridge University Press 2008).

11. Tierney, *Constitutional Referendums*, 188-208.

12. RS Ratner, 'British Columbia's Citizens' Assembly: The Learning Phase' (2004) 27(2) *Canadian Parliamentary Review* 20, 25. Blais, Carty et Fournier ont également conclu que l'Assemblée avait fait un choix « raisonnable et intelligent ». André Blais, R Kenneth Carty et Patrick Fournier, 'Do Citizens Assemblies Make Reasoned Choices' in Warren and Pearse (éd.), *Designing Deliberative Democracy*, 144.

13. Dennis Pilon, 'The 2005 and 2009 Referenda on Voting System Change in British Columbia' (2010) 4(2-3) *Canadian Political Science Review* 73. Voir aussi Lang, 'But Is It for Real?'; RE Goodin and JS Dryzek, 'Deliberative Impacts' in S Rosenberg (éd.), *Deliberation, Participation and Democracy: Can the People Govern?* (Palgrave Macmillan 2007).

14. Ian Ward, 'The British Columbia Citizens' Assembly on Electoral Reform. An Experiment in Political Communication' (Australasian Political Studies Association conference, University of Newcastle, 25-27 septembre 2006).

15. Ward *ibid.*

ce processus et d'un processus similaire qui s'est déroulé en Ontario en 2007,¹⁶ il y a eu beaucoup plus d'énergie et de ressources consacrées au microprocessus qu'à la diffusion d'information, aux efforts d'éducation et aux exercices de délibérations au macro-niveau dans le but d'ouvrir le dialogue avec tous les citoyens de la province.¹⁷

Dans le cadre d'un autre exercice référendaire, les citoyens ordinaires n'ont pas participé à la rédaction de la question, mais ils ont pu délimiter le contrôle exercé par le gouvernement du jour sur l'établissement de la question référendaire. L'Australian Constitutional Convention (ACC) a en effet été mise sur pied en 1999 pour favoriser les délibérations sur des propositions concernant l'instauration d'une république et un nouveau préambule à la constitution. Là où le groupe de la Colombie-Britannique n'était composé que de citoyens ordinaires, celui de l'Australie au contraire comportait ce qu'on peut sûrement qualifier d'élites, mais aussi des acteurs qui ne participent pas d'ordinaire aux délibérations constitutionnelles à un niveau aussi élevé. Le groupe australien a aussi fait appel à un modèle plus ouvertement « représentatif » (plutôt que choisi au hasard) de délibération à un micro-niveau comparativement à la BCCA. L'ACC a été mise sur pied par le gouvernement qui avait pour l'occasion conservé un droit de regard beaucoup plus grand sur le processus, incluant le droit de faire partie du groupe. L'ACC comptait 153 délégués (dont un président) nommés selon un système de nomination mixte. En effet, la moitié des délégués de la convention ont été élus par un vote populaire et l'autre moitié a été nommée par le gouvernement.¹⁸ Parmi les personnes nommées, 40 étaient membres du parlement du Commonwealth et du parlement d'un État. Parmi les représentants du Commonwealth se trouvaient des chefs de parti de même que des députés d'arrière-ban, tandis que les premiers ministres des États et les chefs de l'opposition, en plus des principaux ministres du gouvernement du Territoire de la capitale australienne et des Territoires du Nord, ont aussi été nommés à un niveau infranational. Les 36 autres membres ont été choisis de façon à représenter un éventail de groupes de la société civile et comprenaient d'anciens juges et politiciens, des représentants des communautés autochtones, et des chefs religieux.¹⁹ Les participants de l'autre moitié ont été élus par vote non obligatoire tenu par la poste. Le gouvernement a pu maintenir une certaine influence en désignant le président.

Le modèle australien tient sans doute compte de la complexité que suppose le changement constitutionnel à un haut niveau de même que de la nécessité d'incorporer les délibérations populaires aux modèles existants de démocratie délibérative; il ne peut toutefois être conçu de façon à supplanter ces modèles. Le concept australien cherchait à accommoder les alignements politiques classiques tout en réunissant ces acteurs avec des personnes non alignées et des groupes d'intérêts sortant de la tradition pour former un modèle à composition mixte de personnes élues et non élues, d'élites classiques et non classiques. Ce choix tient compte de ce que les

16. Karen Howlett, 'Referendum? Now What Referendum Would That Be?' *Globe and Mail* (Toronto, 24 septembre 2007); LeDuc, L., 'Electoral Reform and Direct Democracy in Canada: When Citizens Become Involved' (2011) 34 *West European Politics* 551.

17. LeDuc, 'Electoral Reform', 556-560.

18. *Report of the Constitutional Convention*, Old Parliament House, 2-13 février 1998 (Commonwealth of Australia 1998) vol. I et II.

19. Bernard Cross, 'The Australian Republic Referendum, 1999' (2007) 78 *The Political Quarterly* 556, 557; John Warhurst, 'From Constitutional Convention to Republic Referendum: A Guide to the Processes, the Issues and the Participants' (Parliamentary Library Research Paper 25 1998-99, Parliament of Australia 1999) 8-9.

délibérations portaient sur des questions de la plus haute importance constitutionnelle pour la nation dans son ensemble et que ces questions touchaient aussi aux relations de l'Australie avec le Royaume-Uni et la monarchie. En plus de leur nature hautement délicate, les questions à l'étude laissaient aussi présager des changements institutionnels très complexes qui exigeraient d'enchaîner au sein d'un système parlementaire existant un nouveau modèle de chef d'État, peut-être même un modèle présidentiel.

Étant donné que l'ACC comportait ces éléments populaires, à la fois par sa dimension élue et par la présence d'élites non traditionnelles, on pourrait aussi envisager d'autres variations où entreraient en jeu des hybrides des modèles de l'ACC et de la BCCA, où seraient combinés des éléments choisis au hasard et des éléments issus de l'élite, qui eux-mêmes pourraient représenter des membres de la société civile. Bien sûr, cela ouvrirait la voie à de nombreuses questions sur la sélection de ces derniers membres, sur l'équilibre quantitatif entre les groupes populaires et les groupes de l'élite, et sur le mode décisionnel qui conviendrait à un tel modèle. Il revient au bout de compte à chaque administration politique de déterminer la meilleure façon de mettre en branle le micro-processus entourant les questions référendaires. Toutefois, la BCCA a démontré qu'un modèle populaire peut porter des fruits à l'étape de la définition des enjeux, tandis que d'autres processus novateurs, comme celui de l'ACC, suggèrent qu'il est possible de se tourner davantage vers les élites à l'étape de la définition des enjeux, puis de faire appel à des citoyens ordinaires une fois ces enjeux définis afin de délibérer sur les résultats potentiels.

Peu importe le modèle, il reste à trouver comment favoriser les délibérations au macro-niveau. Devant ce défi, de nombreuses questions restent encore sans réponse quand vient le temps de concevoir le processus référendaire. D'abord, combien de temps sera alloué au micro-niveau, et sur quelle période devraient se dérouler les étapes menant au référendum même? Y aura-t-il suffisamment de temps prévu pour que les éléments de délibérations portent des fruits à chacune des étapes? Ensuite, quel sera l'enjeu du référendum, et comment cet enjeu sera-t-il formulé sous forme de question? À cet égard, le référendum tenu au Royaume-Uni sur le mode de scrutin préférentiel en 2011, comme celui de la Colombie-Britannique, a démontré qu'il est très difficile de mobiliser l'intérêt public sur les questions de réforme électorale²⁰, tandis que le référendum australien sur la république a de son côté suscité beaucoup d'intérêt. La capacité de favoriser les délibérations semble reposer sur l'étendue de l'intérêt des électeurs envers le sujet à débattre et, par conséquent, sur leur volonté de pleinement prendre part au débat. Troisièmement, de quelle façon le micro-processus est-il conçu? Repose-t-il sur une assemblée citoyenne, sur une convention constitutionnelle, ou sur une autre forme? Quelles sont ses attributions? Lorsque les citoyens sont partie prenante, leur rôle consiste-t-il à informer les élites ou à définir la question? De nombreux aspects doivent faire l'objet d'une réflexion en fonction de la culture constitutionnelle de l'État en cause et des enjeux. Se posent aussi les questions d'inclusion, d'exclusion et de représentation. Mais aussi, comment le processus délibératif sur les enjeux en cause sera-t-il ensuite déployé dans le grand public afin d'informer les autres citoyens de façon plus générale? La question de l'éducation du public au macro-niveau prend alors une grande importance. Comment parviendra-t-on à informer les électeurs des enjeux et à les amener à s'exprimer? Cinquièmement, vient la question primordiale du financement de la campagne référendaire : comment peut-on arriver à définir des

20. La participation des électeurs n'était que de 42 %.

règles du jeu équitables, et particulièrement à établir un climat qui ne serait pas influencé par de grandes entreprises tentées d'orienter le débat en fonction de leurs propres préoccupations? Nous en arrivons enfin au rôle des médias et de la société civile : la réglementation juridique ne peut jouer qu'un rôle partiel dans l'établissement des règles du jeu référendaire. Au bout du compte, le déroulement de la campagne reposera en grande partie sur la vigueur de la culture civique. Celle-ci sera-t-elle en mesure de susciter le débat, de l'élever vers les plus hautes sphères et de créer une atmosphère libre d'un surplus d'agressivité et où les médias, ou la plupart d'entre eux, pourront offrir une analyse calme et impartiale de la situation et permettre l'expression de tous les points de vue? Enfin, tous ces aspects pourraient évidemment faire l'objet d'une intervention juridique.

Ces exemples provenant d'États fédéraux mettent en lumière différentes formes d'illustration de la pratique entourant la conception et la réglementation des référendums fondées sur les principes de la participation populaire et du raisonnement public. En particulier, des lois référendaires correctement construites et des modèles de réglementation peuvent contribuer à mettre sur pied un « référendum délibératif ».

Le danger majoritaire – parité de l'estime

Sur la question de la troisième objection, que peut-on faire pour qu'une minorité ne soit pas tout simplement submergée à l'occasion d'un référendum? C'est le danger qui guette les minorités et qui soulève les objections les plus vigoureuses, et il peut s'agir d'une préoccupation particulière dans les États plurinationaux où la peur de la domination sociétale de l'État hôte fait partie de l'équation.²¹

Il semble que les lois et règlements et l'instauration d'un débat citoyen prédisposent à l'inclusion de tous les citoyens au processus référendaire. On peut aussi observer que les référendums ne se déroulent pas dans un vide constitutionnel. Il existe d'autres mécanismes, comme une déclaration des droits mise en application par les tribunaux, pour tenir compte des intérêts de la minorité. Il faut néanmoins reconnaître qu'il est possible de prendre d'importantes décisions constitutionnelles sans l'appui des groupes minoritaires, qui se sentent alors impuissants à empêcher que la décision soit prise à majorité simple.

Le référendum de l'Irlande du Nord en 1973 et celui de la Bosnie-Herzégovine en 1992 sont deux exemples du danger que pose un vote majoritaire. Le référendum tenu en Irlande du Nord a servi à exposer la question aux deux peuples qui composent ce pays plutôt qu'à la régler. Ce référendum sur la souveraineté, connu sous le nom de « Border Poll », demandait aux électeurs si l'Irlande du Nord devait demeurer partie intégrante du Royaume-Uni ou s'unir à la République d'Irlande pour former une Irlande unifiée.²² Le résultat n'a jamais soulevé de doute. Parmi les 58 % d'électeurs qui se sont présentés aux urnes, 99 % ont choisi de « demeurer au sein du Royaume-Uni ». Les partis nationalistes irlandais, y compris le parti social-démocrate modéré (Social Democratic and Labour Party, SDLP), ont demandé à leurs partisans de boycotter le référendum qu'ils considéraient comme une farce

21. Alain-G Gagnon, André Lecours et Geneviève Nootens, éd., *Dominant Nationalisms* (University of Montreal Press, 2008).

22. Le référendum a eu lieu le 8 mars 1973 et la question posée était : « Souhaitez-vous que l'Irlande du Nord continue de faire partie du Royaume-Uni? » ou «Souhaitez-vous que l'Irlande du Nord soit unie à la République d'Irlande sans faire partie du Royaume-Uni? » (notre traduction)

démocratique étant donné que la majorité unioniste de l'Irlande du Nord ne pouvait qu'assurer la victoire du Oui. Cette année fut la plus sanglante qu'ait connue l'Irlande du Nord, ce qui n'est sans doute pas une coïncidence. Bogdanor, qui pose un regard très critique sur ce référendum, a soutenu que dans un tel contexte de polarisation du conflit, « le référendum a peu à offrir ».²³

En 1992, la Bosnie-Herzégovine cherchait à obtenir la reconnaissance des États européens, et en tant que république de la fédération yougoslave en plein effondrement, était invitée par les puissances occidentales à tenir un référendum qui lui donnerait un mandat démocratique pour faire l'indépendance. Étant donné la composition pluriethnique du territoire et les tensions en cours, le référendum a eu des conséquences désastreuses sur les relations interethniques. En 1992, la Bosnie-Herzégovine se composait à 43 % de musulmans (désigné par la suite comme des Bosniaques), à 31 % de Serbes et à 17 % de Croates. Malgré cette composition complexe de la population et le degré d'animosité entre les communautés, l'Assemblée de Bosnie-Herzégovine a organisé un référendum en bonne et due forme. Ce référendum s'est déroulé entre le 29 mars et le 1^{er} avril 1992. Le taux de participation a atteint 63,4 % et l'indépendance a remporté une écrasante victoire (99 %). Il était devenu évident, bien avant la tenue du référendum, qu'une guerre civile sur le point d'éclater sur le territoire ne pourrait qu'être attisée par un tel scrutin et par le processus de reconnaissance qui s'ensuivrait.

Le risque de guerre civile est une préoccupation particulière dans les sociétés divisées, et il n'est donc pas surprenant que la conclusion générale dans de telles situations est qu'un référendum est par nature contre-indiqué. On peut en effet avancer de solides arguments en ce sens, mais même ici, il convient de se demander si le pronostic doit être aussi négatif qu'il le paraît. Devant des désaccords profonds, l'une des options possibles consisterait à régler la façon de prendre des décisions. Il semble qu'il existe deux méthodes qui permettent d'arriver à un consensus avant de finir par prendre les décisions. La première consiste à trouver un terrain d'entente au sein des communautés avant la tenue du référendum, comme cela s'est produit avec l'Accord de Belfast avant la tenue du référendum en Irlande du Nord en 1988. Le référendum sur l'Accord de Belfast est remarquable en ce sens où il s'est déroulé sur fond de profonds désaccords. Et pourtant, malgré ce fait, le résultat a généralement été accepté. Ce résultat s'expliquerait principalement par le fait qu'une entente avait été conclue par la majorité des élites avant que la question ne soit soumise au peuple.

L'autre possibilité consisterait à exiger une supermajorité. Ce n'est pas une mesure si rare en matière de référendum. On peut demander que le taux de participation soit déterminant et exiger par exemple que 50 % des électeurs inscrits se prononcent en faveur d'une mesure pour qu'elle soit acceptée; ou encore, on peut exiger une majorité qualifiée ou renforcée. Le référendum au Monténégro en 1996 où le seuil de la majorité avait été établi à 55 % est un exemple de ce genre. On peut aussi imaginer la possibilité d'un « référendum consociationnel ».

23. Vernon Bogdanor, 'Western Europe' in David Butler et Austin Ranney (éd.), *Referendums Around the World: The Growing Use of Direct Democracy* (Macmillan Press 1994) 38. Un autre exemple de referendum ayant pour effet d'intensifier les dissensions nationales est celui qui a eu lieu au Canada sur la conscription et qui a obtenu des résultats différents au Québec et dans les autres provinces. Selon Marquis, cela a eu pour effet d'exacerber les tensions entre les deux parties du pays sur la question. Pierre Marquis, 'Referendums in Canada: The Effect of Populist Decision-Making on Representative Democracy' (Government of Canada, Political and Social Affairs Division 1993).



Dans une telle situation, on exige des majorités distinctes parmi les différentes communautés qui composent le territoire pour qu'une mesure soit adoptée. Ainsi, non seulement le peuple s'est-il prononcé directement, mais toutes les nations d'une société plurinationale se sont aussi prononcées directement. Cette méthode n'a pas été explicitement utilisée au Canada dans le cas de l'ébauche de l'Accord de Charlottetown, mais comme nous l'avons déjà mentionné, il y a eu deux processus référendaires distincts, un au Québec et l'autre dans le reste du Canada. La ratification de l'Accord n'aurait eu lieu que s'il y avait eu consentement de la majorité dans les deux cas.

Le dernier aspect est certainement essentiel aux délibérations. Pour que la communauté entière accepte de participer à un processus constitutionnel et décide de se rendre aux urnes, les électeurs de toutes allégeances doivent sentir que leur voix est entendue. Le référendum représente un risque s'il mène à la domination d'un groupe par un autre. Par contre, il semble renfermer des promesses dans les sociétés fédérales, plurinationales ou divisées. Si le processus obtient le consensus, les gens de part et d'autre de la ligne de partage ont déjà démontré qu'ils acceptent d'aller voter ensemble, en tant qu'un seul groupe, comme coauteurs d'une décision constitutionnelle qui gagne de la légitimité par l'acceptation populaire. C'est d'ailleurs cet héritage durable qui nous été légué par l'Accord de Belfast.

6 Étude de cas sur l'élaboration d'un référendum délibératif au sein du système décentralisé

Le référendum sur l'indépendance de l'Écosse et deux niveaux de réglementation

En janvier 2012, le gouvernement de l'Écosse a fait part de son intention de tenir un référendum sur l'indépendance à l'automne de 2014. Pendant qu'était publié un projet de loi sur le référendum affirmant l'autorité du Parlement écossais quant à la tenue d'un tel référendum, un processus de consultation publique se mettait en branle.²⁴ Bien que le gouvernement du Royaume-Uni a immédiatement remis en question la compétence législative du Parlement écossais relativement à l'adoption d'un tel projet de loi, lançant par le fait même son propre processus consultatif,²⁵ le 15 octobre, les deux gouvernements sont parvenus, à la surprise de tous, à s'entendre (l'« Accord d'Édimbourg »²⁶). Un projet de décret accompagne l'Accord.²⁷ L'article 30 de la loi de 1998 sur l'Écosse (*Scotland Act 1998*) prévoit le transfert au Parlement écossais des pouvoirs de légiférer en prévision d'un référendum, à la condition que soit tenu avant la fin de 2014 un référendum visant à décider si l'Écosse doit devenir indépendante du reste du Royaume-Uni. Cet article de la loi permet au Parlement écossais de légiférer sur l'organisation d'un référendum. Quand on garde à l'esprit les longs et pénibles efforts de sécession menés dans de nombreuses parties du monde, y compris dans des pays libéraux et démocratiques comme le Canada et l'Espagne, deux faits revêtent une importance considérable²⁸ : le gouvernement du Royaume-Uni a accepté le principe fondamental du droit du peuple écossais à déterminer, par référendum, s'il demeure ou non au sein du Royaume-Uni, et les gouvernements écossais et britannique sont parvenus à s'entendre sur le processus référendaire.

Il y a une intéressante étude de cas à réaliser sur les diverses questions soulevées quant au contrôle exercé par les élites et aux qualités délibératives du référendum au sein d'un système constitutionnel à plusieurs niveaux. L'annonce du gouvernement écossais a soulevé de nombreuses questions, et il est intéressant de voir comment le droit a joué son rôle, en partie en contribuant à établir les modalités du référendum, mais aussi en contribuant à l'évolution vers un processus consensuel entre les deux gouvernements.

Concrètement, le pouvoir du gouvernement écossais de déclencher un référendum a été contesté, et la période qui a précédé l'Accord d'Édimbourg et le décret s30 a débouché sur un régime complexe de réglementation englobant trois éléments distincts, dont le premier est le rôle primordial du gouvernement de l'Écosse et du Parlement écossais. Ce dernier a rédigé deux importants projets de loi : le projet de loi sur l'indépendance de l'Écosse (*Scottish Independence [Franchise] Bill*) – désormais adopté depuis le 7 août 2013 –, et le projet de loi sur le référendum sur l'indépendance de l'Écosse (*Scottish Independence Referendum Bill*), présentés au Parlement écossais en mars et avril 2013, respectivement. Le deuxième élément est la loi de 1998 sur l'Écosse elle-même (*Scotland Act 1998*) qui régit les pouvoirs du gouvernement de l'Écosse et du Parlement écossais, mais qui reste silencieuse sur les référendums et laisse donc en suspens la question de la capacité du Parlement de légiférer sur

24. <http://www.scotland.gov.uk/Publications/2012/01/1006>

25. <http://www.scotlandoffice.gov.uk/scotlandoffice/files/17779-Cm-8203.pdf>

26. *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, publié à : <http://www.scotland.gov.uk/About/Government/concordats/Referendum-on-independence>

27. Ce projet de loi est désormais adopté : Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013.

28. Stephen Tierney, *Constitutional Law and National Pluralism* (Oxford: OUP, 2004).

la tenue d'un référendum sur l'indépendance. Le troisième élément est une combinaison de l'Accord d'Édimbourg et du décret s30 avec la loi de 1998 sur l'Écosse qui, pour éliminer tout doute, transfère au Parlement écossais les pouvoirs nécessaires pour ce faire. Il est intéressant de souligner que la principale loi du Royaume-Uni sur le droit référendaire, la loi de 2000 sur les partis politiques, les élections et les référendums (*Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 (PPERA)*) – ne s'applique qu'aux référendums organisés par le Parlement de Westminster et ne concerne donc pas le référendum proposé par l'Écosse. Ses dispositions ont toutefois largement servi d'étalon au gouvernement de l'Écosse au moment de la rédaction des projets de loi et au parlement écossais lors des délibérations sur les projets de loi. Par exemple, comme nous le verrons plus tard, le gouvernement de l'Écosse avait déjà accepté d'en référer au régulateur indépendant pour le Royaume-Uni, soit la Commission électorale, pour lui demander conseil et s'en remettre à son jugement même s'il n'y était pas tenu en vertu de la loi.

À partir du pouvoir d'initiative, qui, comme nous l'avons vu, joue un rôle central dans la critique des référendums par les élites, et devant la contestation du droit des institutions déléguées en Écosse à tenir un référendum,²⁹ il a semblé un temps que la question finirait par se retrouver devant la Cour suprême du Royaume-Uni pour y être tranchée. Que l'autorité du Parlement écossais à tenir un référendum ait fait l'objet d'une révision judiciaire est en soi un rappel du rôle des règles juridiques qui, comme nous l'avons suggéré, sont souvent négligées, ou du moins minimisées dans une bonne partie des textes de science politique portant sur les référendums. Le droit peut bien entendu jouer un rôle sans que la question n'aboutisse devant les tribunaux. La menace d'un recours en justice occupait l'esprit des deux gouvernements avant la conclusion de l'Accord d'Édimbourg, et il semblerait qu'aucun des deux ne souhaitaient régler la question devant la justice. Par conséquent, l'Accord lui-même établit certaines dispositions du règlement détaillé sur le référendum écossais, y compris que les règles régissant le référendum devraient reposer sur la loi sur les partis politiques, les élections et les référendums (PPERA).³⁰

Devant l'étendue de la complexité juridique entourant la planification du référendum de 2014, le processus législatif est instructif. L'une des grandes questions débattues pendant une bonne partie de 2012 consistait à déterminer si le référendum comporterait plus de deux options, peut-être elles-mêmes encadrées par plus d'une question. Le gouvernement de l'Écosse envisageait sérieusement la possibilité d'un référendum à options multiples³¹, mais au bout du compte, il a retiré cette proposition, et un des éléments essentiels de l'Accord d'Édimbourg est que le référendum portera finalement sur une question, et se limitera à l'indépendance. Il importe de souligner que la remise en question du pouvoir de déclencher le référendum a amené chacune des parties à accepter des compromis pour parvenir à une entente sur le processus référendaire. Dans le cadre de ces discussions, la possibilité de soumettre au peuple plusieurs questions a été abandonnée. Il convient ici de s'interroger : les contraintes légales ont-elles eu un effet néfaste sur la relation entre le référendum et le choix

29. Gavin Anderson et coll. : *The Independence Referendum, Legality and the Contested Constitution: Widening the Debate*, blogue du UK Constitutional Law Group, 31 janvier 2012 <http://ukconstitutionallaw.org/2012/01/31/gavin-anderson-et-al-the-independence-referendum-legality-and-the-contested-constitution-widening-the-debate/>; et Adam Tomkins, 'The Scottish Parliament and the Independence Referendum', consulté le 12 janvier 2012 <http://ukconstitutionallaw.org/2012/01/12/adam-tomkins-the-scottish-parliament-and-the-independence-referendum/>

30. Edinburgh Agreement op cit, para 3.

31. 'Alex Salmond could stage multi-option Scottish independence referendum', *The Guardian*, 25 janvier 2012.

populaire? Les sondages d'opinion ont toujours démontré que les modèles de délégation des pouvoirs qui ne correspondent pas à l'indépendance complète, mais ont beaucoup plus de poids que le *statu quo*, sont ceux qui obtiennent le plus l'assentiment des électeurs écossais. Ici, un membre de l'élite, soit le gouvernement du Royaume-Uni, a pu mettre le poids de son pouvoir juridique dans la balance, du moins le poids qu'on lui concède généralement, pour restreindre le nombre d'options possible sur le bulletin de vote du référendum. Au bout du compte, le processus a été mené à terme par les deux gouvernements qui, ensemble, maîtrisaient complètement les enjeux. Par contre, il n'y pas eu de participation populaire au moment de cerner les enjeux, comme cela s'est fait en Colombie-Britannique, ni d'appel plus vaste aux élites, comme en Australie.

La nécessité d'une réglementation indépendante a cependant fini par s'imposer après la conclusion de l'Accord. Bien que la loi sur les partis politiques, les élections et les référendums (PPERA) ne régisse pas le processus écossais et que la Commission électorale n'a par conséquent aucun rôle garanti par la loi relativement au référendum de 2014, le gouvernement de l'Écosse a décidé de demander à la Commission électorale de se pencher sur la question proposée. Ce processus a rapidement pris fin et la Commission a répondu en suggérant que la question soit modifiée.³² Le gouvernement de l'Écosse a accepté la nouvelle question, et c'est cette dernière qui a été reprise dans la loi entourant le référendum sur l'indépendance de l'Écosse.³³

Selon la Commission électorale, la clarté de la question n'est pas seulement affaire de syntaxe, mais aussi de contenu de la proposition sur l'indépendance qu'il convient d'explicitier : « la clarté sur les modalités de réalisation de l'indépendance aiderait les électeurs à comprendre comment seront résolues les revendications rivales des participants à la campagne référendaire. »³⁴ Il s'agit là d'un commentaire intéressant, qui laisse entendre qu'il ne peut y avoir de véritables délibérations que si les citoyens savent ce pour quoi ils vont voter. Le gouvernement de l'Écosse a proposé un Livre blanc à la fin de 2013 dans lequel il explique sa conception de l'indépendance. Dans ce contexte, on pourra remarquer que la principale critique formulée à l'égard du référendum de 1995 au Québec était que la proposition de souveraineté et de partenariat n'était pas bien comprise par les citoyens.³⁵ La conclusion de la Commission électorale du Royaume-Uni selon laquelle les deux gouvernements ont le devoir

32. La question proposée par le gouvernement de l'Écosse était : « Acceptez-vous que l'Écosse deviennent un pays indépendant? Oui/Non ». La Commission électorale a estimé que « selon notre vision de la question, nous considérons que la question proposée n'est pas neutre parce que la phase "Acceptez-vous que...?" pourrait amener les gens à voter "Oui" » La Commission a par conséquent recommandé la question suivante : « L'Écosse devrait-elle devenir un pays indépendant? Oui/Non. » (notre traduction) 'Referendum on independence for Scotland: Advice of the Electoral Commission on the proposed referendum question', (The Electoral Commission 2013) http://www.electoralcommission.org.uk/__data/assets/pdf_file/0007/153691/Referendum-on-independence-for-Scotland-our-advice-on-referendum-question.pdf.

33. Scottish Independence Referendum Bill 2013, paragraphe 1(2). 'Scottish independence: SNP accepts call to change referendum question', BBC 30 janvier 2013. <http://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-scotland-politics-21245701>

34. Electoral Commission, Referendum on independence for Scotland: Advice of the Electoral Commission on the proposed referendum question, 30 janvier 2013. http://www.electoralcommission.org.uk/__data/assets/pdf_file/0007/153691/Referendum-on-independence-for-Scotland-our-advice-on-referendum-question.pdf para 5.41. Voir les paras 5.41-5.44. p. ex. : « Nous recommandons que les deux gouvernements conviennent d'une position conjointe, si possible, de sorte que les électeurs aient accès à de l'information sur laquelle elles s'accordent quant à la suite à donner au référendum. Sinon, la présence de deux explications différentes pourrait semer la confusion chez les électeurs plutôt que de rendre les choses plus claires. » (notre traduction) (para 5.43).

35. Tierney, *Constitutional Law and National Pluralism*, 293-299.

d'expliquer les tenants et aboutissants d'un vote pour le Oui ou le Non et qu'une proposition conjointe serait bénéfique pour les électeurs, semble être une audacieuse tentative d'améliorer le climat des délibérations pour les citoyens, même si en termes politiques, une telle position conjointe paraît plutôt improbable.

Le moment où doit avoir lieu le référendum écossais est aussi réglementé. Le gouvernement de l'Écosse et le Parlement écossais peuvent exercer un certain contrôle, mais leur marge de manœuvre est limitée par un accord intergouvernemental. Le décret s30 établit en effet comme condition à la tenue du référendum que ce dernier ait lieu avant la fin de 2014. La date du 18 septembre 2014 a aussi été annoncée par le gouvernement de l'Écosse, et la loi entourant le référendum sur l'indépendance de l'Écosse explique aussi par le menu détail la durée de la « période référendaire » (16 semaines avant la tenue du référendum), etc.,³⁶ réglemente les dépenses des participants à la campagne référendaire au cours de cette période. Le règlement interdit aussi tout sondage électoral pendant une « période adéquate » de 28 jours³⁷ par un gouvernement, qu'il soit local ou central, puisque ces derniers ne peuvent prendre part à aucune activité de promotion au cours des quatre semaines qui précèdent le référendum. Le gouvernement du Royaume-Uni s'est aussi engagé à respecter les mêmes contraintes dans l'Accord d'Édimbourg.³⁸ Comme nous l'avons souligné, l'une des critiques les plus fréquentes sur les référendums sur le plan des délibérations est que ces délibérations sont faites à la hâte et qu'on ne leur accorde pas assez de temps. De toute évidence, ce n'est pas le cas dans le contexte écossais où le référendum a été proposé trois ans avant sa tenue et que les deux camps disposaient presque de deux années depuis la conclusion de l'Accord d'Édimbourg pour expliquer leur position respective aux électeurs.

La diffusion de renseignements aux citoyens fait aussi partie des préoccupations. Cette tâche revient dans les faits aux deux gouvernements, aux deux camps, et à la société civile, y compris aux médias. Comme nous l'avons souligné, le décret s30 étend aussi les pouvoirs de la loi sur les partis politiques, les élections et les référendums (PPERA) pour que des organismes désignés – si les participants à la campagne souhaitent s'inscrire de la sorte — puissent procéder à un envoi postal massif gratuit aux citoyens. Toutefois, la loi entourant le référendum sur l'indépendance de l'Écosse prévoit à cet égard un rôle pour la Commission électorale. Parmi un certain nombre d'obligations prévues par la loi, la Commission électorale se voit aussi confier la tâche de favoriser la sensibilisation du public et la compréhension du référendum en Écosse, de la question référendaire et de la participation au scrutin référendaire.³⁹ Il s'agira sans doute d'un défi, surtout pour ce qui est d'expliquer la question référendaire. D'ailleurs, les débats sont déjà ouverts entre le gouvernement du Royaume-Uni et celui de l'Écosse sur la signification que prendra l'« indépendance » pour l'Écosse. Il est difficile d'entrevoir comment la Commission électorale peut parvenir à produire un compte rendu objectif d'un certain nombre de questions hautement techniques qui font l'objet de contestations féroces. Celles-ci concernent non seulement les relations

36. Scottish Independence Referendum Bill 2013, Sched 4, part 3.

37. Referendum Bill, section 10 and Schedule 4, para 25.

38. Pour lire le commentaire à ce sujet par la vice-première ministre Nicola Sturgeon, consulter Scottish Parliament Referendum (Scotland) Bill Committee, 13 juin 2013, Official Report, cols 554 et 560.

39. Referendum Bill, article 21.

internationales, mais aussi la défense, les relations économiques, une possible union monétaire, la clarification des rôles de l'État providence, la dette nationale, etc., particulièrement lorsque plusieurs des caractéristiques du paysage post-référendaire dépendraient des négociations entre les deux gouvernements advenant une victoire du Oui. Et effet, lors de son témoignage devant le Comité en mai, John McCormick, Commissaire électoral pour l'Écosse, a déclaré que la Commission ne « chercherait pas à expliquer aux électeurs ce que signifie l'indépendance », mais offrirait plutôt de l'information « visant à faire en sorte que tous les électeurs admissibles soient inscrits et sachent comment exprimer leur suffrage. »⁴⁰

Dans toutes délibérations référendaires, le financement et les dépenses sont bien entendu au cœur des enjeux. Ici encore, le décret s30 contient quelques commentaires à cet égard, mais reste plutôt silencieux sur les détails. Le Parlement écossais a donc une certaine marge de manœuvre quant à sa décision de suivre les règles prévues par la loi sur les partis politiques, les élections et les référendums (PPERA). La Commission électorale a aussi commenté la question et a recommandé que les deux camps soient sur un pied d'égalité.⁴¹ C'est là l'objectif déclaré du gouvernement de l'Écosse, et les règles en matière de dépenses dans le cadre de la campagne référendaire cherchent en effet à atteindre un équilibre entre la parité des deux campagnes et le droit des groupes de dépenser pour le référendum les sommes qu'ils sont en mesure de recueillir. La première chose qui saute aux yeux est qu'aucun financement public ne sera accordé à une organisation de campagne quelconque. La loi sur les partis politiques, les élections et les référendums (PPERA) prévoit un tel financement, mais le gouvernement de l'Écosse a décidé qu'il n'offrirait pas de financement public pour le référendum.

L'Accord d'Édimbourg traite aussi de la question du financement et des dépenses.⁴² S'appuyant sur ce texte, la loi sur le référendum contient des dispositions détaillées sur tout un éventail de questions touchant le financement. Une disposition sur les « règles de campagne » (*Campaign Rules*) crée même un régime réglementaire qui encadrera l'administration du financement, des dépenses et des rapports.⁴³ En général, ces dispositions correspondent aux règles prévues dans la loi sur les partis politiques, les élections et les référendums (PPERA). Une clause sur le contrôle des dons (*Control of Donations*)⁴⁴ indique quels types de dons seront permis et définit ce qui constitue un « donateur admissible ». ⁴⁵ Selon ces dispositions, il faut soumettre une demande pour obtenir le statut de donateur admissible. La loi prévoit aussi des règles exigeant la remise de rapports sur les dons reçus toutes les quatre semaines au cours de la période référendaire.⁴⁶ Le respect des règles sera supervisé par la Commission électorale.

40. Scottish Parliament Referendum (Scotland) Bill Committee, 23 mai 2013, Official Report, col 431.

41. Electoral Commission, 'Electoral Commission advice on spending limits for the referendum on independence for Scotland', 30 janvier 2013. http://www.electoralcommission.org.uk/__data/assets/pdf_file/0007/153691/Referendum-on-independence-for-Scotland-our-advice-on-referendum-question.pdf

42. *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, op. cit., paras 24-29.

43. Referendum Bill, section 10 et Schedule 4.

44. Referendum Bill, Schedule 4, Part 5.

45. Referendum Bill, Schedule 4, para 1(2).

46. Referendum Bill, Schedule 4, para 41.

La loi référendaire prévoit quatre catégories d'acteurs qui auront le droit de dépenser des fonds au cours de la campagne référendaire : ce sont les organisations désignées (qui peuvent dépenser 1 500 000 £),⁴⁷ les partis politiques en tant que « participants autorisés » (voir ci-dessous);⁴⁸ d'autres « participants autorisés » qui auront le droit de dépenser jusqu'à 150 000 £⁴⁹; et tout autre participant dépensant moins de 10 000 £, ce qui signifie que ces participants ne seront pas tenus de s'inscrire en tant que participants autorisés.

En tant que « participants autorisés », les partis politiques auront le droit de dépenser soit un montant plafonné à 3 000 000 £ multiplié par le pourcentage des voix qu'ils ont obtenues à l'élection du Parlement écossais en 2011, soit 150 000 £ (selon le plus élevé des deux montants). Selon cette formule, le plafond des dépenses autorisées pour chacun des partis s'établit comme suit :

Scottish National Party :	1 344 000 £
Scottish Labour Party :	834 000 £
Scottish Conservative & Unionist Party :	396 000 £
Scottish Liberal Democrats :	201 000 £
Scottish Green Party :	150 000 £

La loi référendaire définit ce que sont des « dépenses de campagne ». Ces dépenses comprennent la diffusion de la campagne, la publicité, le matériel destiné aux électeurs, les études de marché ou les sondages, les conférences de presse ou les relations médias, le transport, les rassemblements, les assemblées publiques, ou d'autres événements. La définition englobe aussi les dépenses nationales telles que l'utilisation/la somme des immobilisations, des services et installations, etc.⁵⁰ La loi prévoit aussi des règles détaillées sur les rapports de dépenses.⁵¹

Il semble que toutes ces règles mettront tous les acteurs sur un pied d'égalité en ce qui a trait aux dépenses au cours de la période prévue au règlement. Par exemple, le total du plafond des dépenses pour les deux parties favorables à l'indépendance (SNP et Verts) est presque égal au plafond des trois partis unionistes – Labour, Conservateurs et Libéraux-Démocrates. Étant donné toutefois que ces plafonds ne s'appliquent qu'aux 16 semaines qui précèdent le référendum, il reste une possibilité d'écart des dépenses entre les deux campagnes avant que cette période préréférendaire ne commence. Il convient d'observer cependant que les règles reflètent le plafond des dépenses recommandé par la Commission électorale indépendante.⁵²

47. Referendum Bill, Schedule 4, para 18(1).

48. Referendum Bill, Schedule 4, para 18(1).

49. Referendum Bill, Schedule 4, para 18(1).

50. Referendum Bill, Schedule 4, paras 9 & 10.

51. Referendum Bill, Schedule 4, paras. 20-24. The Electoral Commission has a power to issue guidance on the different kinds of expenses that qualify as campaign expenses: Schedule 4, para 10.

52. Electoral Commission, 'Electoral Commission advice on spending limits for the referendum on independence for Scotland', 30 janvier 2013.

7 Conclusion

On a dorénavant recours aux référendums avant de prendre d'importantes décisions constitutionnelles. On oublie souvent par contre tout le rôle que les référendums ont pu jouer dans la dissolution, la transformation et même la création d'États fédéraux et autres systèmes à plusieurs niveaux. Devant une telle constatation, le référendum devrait faire l'objet d'un examen minutieux par les chercheurs qui s'intéressent au fédéralisme et autres personnes intéressées à la santé des fédérations et autres modèles de gouvernement décentralisé.

Par conséquent, il est essentiel de procéder à un nouvel examen systématique du bien-fondé démocratique du référendum. Dans cet article, nous avons suggéré que les échecs stéréotypés des référendums relèvent dans les faits de la pratique plutôt que du principe, mais qu'il faut tout de même les prendre au sérieux. L'auteur s'est tourné vers la démocratie délibérative avec l'intention d'identifier les principes essentiels qui pourront à leur tour servir à trouver des solutions pratiques à ces problèmes perçus.

Dans les États fédéraux comme l'Australie et le Canada, de récents référendums montrent sans équivoque que l'on mène des expériences novatrices où l'on tente sérieusement de mettre en pratique les principes de la démocratie délibérative d'une façon qui pourrait accroître la participation citoyenne et améliorer la qualité des délibérations menant à la prise de décisions. Il est également vrai qu'il existe des moyens qui permettraient d'aider à surmonter ce qui représente peut-être le plus grand défi posé à la pratique référendaire dans les États fédéraux et à plusieurs niveaux, soit le majoritarisme le plus rudimentaire.

Bien entendu, le référendum mené au niveau infraétatique peut annoncer l'éclatement de l'État à plusieurs niveaux comme nous l'avons vu dans le cadre du processus en cours en Écosse. Fait à souligner dans ce cas, nous avons vu à l'œuvre des efforts consensuels de la part de deux gouvernements qui cherchent avec bonne volonté à s'entendre sur un processus démocratique juste et équitable. Le référendum mènera ou non à l'indépendance de l'Écosse, mais ce processus démocratique équitable et consenti par les deux camps jouera un rôle primordial pour plusieurs raisons, la première étant que les gagnants comme les perdants pourront faire confiance au résultat. Par la suite, ce résultat digne de confiance contribuera à rendre plus consensuelles les négociations post-référendaires en prévision de l'indépendance advenant une victoire du Oui. Et si le Non remportait la victoire, le résultat du référendum pourra servir de solide point de départ à une conversation continue dans l'ensemble du Royaume-Uni sur d'éventuels changements constitutionnels, et plus encore, sur un processus qui aura obtenu l'assentiment de tous.