



HAL
open science

Quelques proposition naïves pour la résurgence de l'instrument référendaire

Julien Giudicelli

► **To cite this version:**

Julien Giudicelli. Quelques proposition naïves pour la résurgence de l'instrument référendaire. Centre de droit et de politique comparés - Jean-Claude Escarras; Maryse Baudrez; Thierry Di Manno. *Liber amicorum Jean-Claude Escarras: la communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, pp.511-532, 2005, 2802720678. hal-01943824

HAL Id: hal-01943824

<https://hal.science/hal-01943824>

Submitted on 28 May 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Quelques propositions naïves pour la résurgence de l'instrument référendaire

Julien Giudicelli, Maître de conférences HDR en droit public, Université de Bordeaux

Il est surprenant de constater en France le décalage pouvant exister entre la volonté, très souvent affichée, des candidats à l'élection présidentielle de recourir, s'ils étaient élus, au référendum et son utilisation effective, une fois passée l'échéance. Comme s'il était nécessaire de raviver, le temps d'une campagne, le souvenir de cette institution, tant elle fait partie intégrante de la geste gaullienne qui marque, peut-être inconsciemment, l'électeur. Il y a là, de plus, une forme de cynisme des hommes politiques que la compétition politique semble, hélas, nécessiter. La promesse de recourir au référendum ne pourra en effet que flatter l'électeur puisqu'elle l'érige fugacement au rang de législateur.

Pourtant, une fois installés à l'Élysée, les présidents de la République hésitent, depuis Georges Pompidou, à faire emploi de l'article 11 ou du référendum de révision constitutionnelle. L'exemple le plus emblématique nous est donné par le référendum de révision constitutionnelle relatif à la réduction de la durée du mandat présidentiel à cinq ans. Le Premier ministre et le président de la République étaient tous deux favorables à cette réforme ¹.

Le référendum relatif à l'approbation du traité de Maastricht est la seule exception à ce « désamour ». Si le président Mitterrand avait alors fait savoir qu'il ne se sentirait nullement obligé de se démettre en cas de rejet, ce scrutin eut néanmoins un retentissement considérable. L'enjeu politique, des oppositions nettes traversant les partis politiques eux-mêmes, un débat de qualité, une dramatisation croissante à l'approche du scrutin fournissent les clefs explicatives de cette exception.

Malgré le constat de sa mise en sommeil progressive, Jacques Chirac s'attache, semble-t-il, à vouloir « réanimer » le référendum. Il a initié en 1995 une révision de l'article 11 permettant une extension de son champ d'application, alors même que, paradoxalement, il n'a jamais fait usage du référendum législatif pendant son premier mandat². Plus récemment, à l'occasion de la révision constitutionnelle relative à la décentralisation, le Congrès a adopté plusieurs dispositions installant des procédés de démocratie semi-directe. La possibilité donnée au président de la République de consulter les électeurs des collectivités territoriales quant à leur organisation permettrait de moduler la carte administrative. L'échec du référendum

¹ Concentrés qu'il était à se « maquer » sur les questions institutionnelles en période de cohabitation, deux ans seulement avant l'élection présidentielle...

² Cette révision de l'article 11 aurait permis, conformément à une promesse du candidat Chirac, d'organiser un référendum sur l'éducation. Le caractère extrêmement vague d'une telle promesse la rendait totalement inopérante.

organisé en Corse a pu néanmoins doucher les vellétés décentralisatrices et obérer d'autant le plein développement de ces innovations constitutionnelles.

A vrai dire, ces révisions constitutionnelles ne constituent que des « réformettes », qui ne nous semblent pas susceptibles de remettre au centre de la vie politique l'instrument référendaire. On peut s'interroger sur la volonté réelle du pouvoir de révision constitutionnelle. En apposant quelques couches cosmétiques au texte de 1958, il fait croire que, conformément au dessein gaullien, les précédés de démocratie semi-directe sont au cœur de l'édifice constitutionnel. Ces interpolations sans portée démontrent que nous sommes, en réalité que dans l'apparence ou, c'est affaire d'appréciation, dans la diversion.

Si l'on veut réellement refaire une place à la démocratie semi-directe, deux axes de réforme paraissent indispensables³. Le « partage » de l'initiative référendaire au profit d'une fraction du corps électoral et le contrôle juridictionnel de la requête référendaire.

L'utilisation très fréquente en Italie, depuis 1974, du référendum abrogatif pourra nous aider à entrevoir la portée de telles réformes. On pourrait néanmoins rétorquer que la « communicabilité » du référendum de l'article 75 de la Constitution italienne et du référendum de l'article 11 de la Constitution française n'est que relative. Le référendum italien est négatif, puisqu'il ne vise qu'à abroger, alors que le référendum français est positif, c'est-à-dire qu'il vise à introduire, non à soustraire, des dispositions dans l'ordre juridique. Une telle objection n'est pourtant pas opérante : les référendums italiens peuvent être partiellement abrogatifs, c'est-à-dire ne viser que certaines dispositions d'un texte donné. En amputant ainsi une loi, on peut créer une nouvelle norme, inverse à celle qui existait précédemment⁴. On peut concevoir,

³ Envisagés d'ailleurs, dès 1993 par le Comité consultation pour la révision de la Constitution présidé par le Doyen Vedel.

⁴ Un simple exemple suffira. Supposons qu'un référendum abrogatif vise la disposition du code pénal interdisant de franchir un feu de la circulation quand il est au rouge. Si le corps électoral accepte une telle proposition, la nouvelle norme sera exactement inverse à celle qui existait précédemment : l'automobiliste pourra, en l'absence de texte le prohibant, traverser un carrefour au rouge.

Le référendum abrogatif devient alors « propositif ». Ce phénomène a été très largement exploité par les « promoteurs » des référendums italiens, c'est-à-dire les représentants des cinq cent mille électeurs qui « défendent » la requête référendaire devant la Cour constitutionnelle.

Cette « manipulation » de la requête référendaire, propre en fait au phénomène abrogatif, a été officiellement interdite par la Cour constitutionnelle car une telle opération est « contraire à la logique de l'institution », puisqu'une requête référendaire manipulatrice n'est pas une « proposition référendaire purement abrogative » mais une requête comportant des « innovations et des substitutions de normes ». (décision n° 36 de 1997, point 4 du considérant en droit, in *Racc. Uff. ord. sent. Corte cost.*, 1997, vol. CXXIII, p. 299).

Pourtant, et paradoxalement, la Cour constitutionnelle admet toujours les requêtes référendaires visant des lois électorales qui manifestent de façon exemplaire la caractéristique « propositive » des référendums abrogatifs partiels. Un référendum de 1993 a par exemple permis de renverser les lois électorales alors en vigueur : pendant un temps les parlementaires ont été ainsi élus au scrutin majoritaire simple avec un reliquat

réciroquement, que le référendum de l'article 11 soit utilisé à des fins purement abrogatives. La forme, positive ou négative, du référendum importe donc finalement peu et le recours à l'expérience italienne est de ce fait fondé.

Cet apport extérieur permettra de se prémunir contre de fausses évidences. Un référendum d'initiative minoritaire n'est pas, en soi, plus démocratique, mais permet de faire échapper l'initiative au seul circuit institutionnel et donc de provoquer la décision référendaire. Par ailleurs, on envisage seulement, dès lors que l'on traite du contrôle juridictionnel du référendum, le contrôle préventif. Or, le respect de l'Etat de droit mais aussi, paradoxalement, la libération de l'initiative référendaire exigent que soit théoriquement affirmée la possibilité d'un contrôle répressif de la norme référendaire.

I. Elargissement de l'initiative référendaire.

La déconnexion entre l'emploi du référendum et la responsabilité présidentielle est la cause essentielle de la raréfaction du recours à l'article 11. Sans dramatisation politique du référendum, l'intérêt de l'électorat faiblit nécessairement et la participation s'érode, condamnant ainsi une utilisation politicienne du procédé. Le référendum. Le référendum n'est dès lors plus conçu, les rares fois où il est employé, comme un instrument de résolution de crise ou comme un outil de détermination des grands axes de la politique nationale.

Comment dès lors lui rendre le lustre que la pratique gaullienne lui avait assuré ? En travestissant, littéralement le dessein du fondateur de la V^e République : le référendum ne doit plus être réservé au seul chef de l'Etat mais aussi à une fraction du corps électoral. Comment ne voit-on pas, en effet, la discordance qu'il existe souvent entre la représentation nationale et les aspirations populaires ou, pour reprendre une distinction connue, entre le « pays légal » et le « pays réel ». Pour résoudre ce conflit, autant l'organiser à l'occasion d'une question politique névralgique, qui servira de support à la proposition référendaire. On magnifiera ainsi la crise en faisant pénétrer dans le circuit institutionnel, presque par « effraction », une fraction du corps électoral qui pourra ainsi « bousculer » les convenances du jeu politique. On garantira ainsi, de surcroît, une existence institutionnelle à la minorité en lui reconnaissant une réalité autre que celle de sa seule représentation. En Italie,

proportionnel pour un quart des sièges alors que le système électoral était, jusqu'en 1993, intégralement proportionnel ;

l'initiative populaire est conçue comme un instrument libéral attribué à la minorité, comme un droit propre. La minorité se voit même reconnaître la qualité de « pouvoir de l'Etat », autre, dit la Cour constitutionnelle, que « ceux de l'Etat-appareil », par lesquels il faut comprendre les pouvoirs institutionnels⁵.

Dans cette optique libérale, la proposition visant à coupler, dans l'initiative, une fraction du corps électoral avec une minorité parlementaire doit être résolument repoussée. Les constitutionnalistes composant le Comité consultatif pour la révision de la Constitution avaient alors entr'aperçu les potentialités détonantes de l'initiative populaire. Accepter qu'une simple fraction du corps électoral puisse provoquer un référendum, c'est aussi admettre que l'initiateur populaire puisse, lui seul, déclencher un conflit avec le Parlement en contestant son œuvre législative : c'est d'ailleurs précisément la raison d'être de l'initiative populaire. Il était dès lors tentant d'avancer l'idée d'une initiative « mixte », c'est-à-dire associant une minorité parlementaire. Une telle proposition n'avait en fait pour but que de mettre sous tutelle la fraction du corps électoral et de faire entrer, ce faisant, l'initiative dans le circuit institutionnel classique. Serait dès lors exclue toute initiative non relayée par un parti politique minoritaire (ou une coalition de partis) qui ne serait pas de surcroît représenté au Parlement. On viserait ainsi à rendre les initiatives politiquement plus raisonnables en écartant volontairement, et *a priori*, des propositions référendaires issues de la minorité de la minorité, c'est-à-dire de ce que le système institutionnel considère comme constitutif d'un extrême sur l'échiquier politique.

Au final, le risque de l'initiative « mixte » réside dans l'affadissement de l'offre référendaire. Si, en effet, minorité populaire et minorité parlementaire sont couplées, cela signifie nécessairement que la proposition doit susciter l'intérêt, tant au niveau de la substance de la question référendaire que du profit tactique que pourra en retirer la minorité parlementaire, d'un parti politique « installé », institutionnalisé, de ce que l'on a coutume d'appeler un parti de Gouvernement. En d'autres termes, ce même parti devra analyser la proposition en tenant compte de sa

⁵ Selon la Cour constitutionnelle, « si les pouvoirs de l'Etat sont avant tout les pouvoirs de l'Etat-appareil, cela n'exclut pas de reconnaître comme pouvoirs de l'Etat des figures subjectives externes à l'Etat-appareil, auxquelles l'ordre juridique confère l'aptitude à l'exercice de fonctions publiques constitutionnellement garanties, concurrentes à celles qui sont attribuées aux pouvoirs et organes de l'Etat au sens propre. Tel est justement le cas du groupe des électeurs signataires d'une requête de référendum abrogatif » (décision n° 69 de 1978, in *Il referendum abrogativo in Italia. Le norme, le sentenze, le proposte di modifica*, Quaderno di documentazione n° 3 del servizio studi della Camera dei deputati, Roma, Camera dei deputati, Ufficio stampa e pubblicazioni, 1981, pp. 330 et s., cons. en droit n° 4).

Nous verrons que cette affirmation de principe a des répercussions importantes : en conférant à l'initiateur populaire la qualité de « pouvoir de l'Etat », la Cour constitutionnelle admet, implicitement, que l'ensemble du corps électoral est un corps institué, susceptible, comme tel, de contrôle juridictionnel.

vocation à retourner aux affaires. Dès lors, toute innovation politique qui n'aurait l'heur de complaire à la minorité parlementaire serait vouée à l'échec.

Deux exemples permettront de mieux appréhender nos affirmations. Soit un Gouvernement X, marqué politiquement à droite. Une formation de gauche extrême avance une proposition référendaire visant au reclassement systématique de tout travailleur licencié sans cause réelle et sérieuse sur son poste de travail. Cette proposition n'aura que peu de chance d'être avalisée par la gauche « de Gouvernement », c'est-à-dire par le Parti socialiste qui, peut-être sans le dire, craindra certainement que les nécessités de l'économie de marché et la souplesse du monde de l'emploi qu'elle entraîne n'empêchent une telle réforme d'être économiquement viable⁶. Soit à présent un Gouvernement Y, soutenu au Parlement par des partis de gauche. Une proposition ultra-libérale visant à flexibiliser l'ensemble des secteurs se heurterait, elle aussi, au veto des formations politiques de droite et du centre droit dans un pays où la greffe libérale anglo-saxonne présente moins de prises.

Si l'on veut, tout au contraire, que le référendum devienne un instrument de protection de la minorité populaire, et non parlementaire, on ne peut admettre que son initiative soit bridée. La proposition d'une initiative minoritaire mixte fait encore partie du panel des excipients sans saveur que les néo-constituants pourraient adopter sans réel danger. Le projet de loi constitutionnelle déposé par le Gouvernement Bérégovoy⁷ n'aurait finalement, s'il était adopté, représenté qu'un faible danger pour l'œuvre législative du Parlement. Or, nous avons observé que le référendum doit être considéré, pour qu'il puisse mobiliser l'électorat, comme un instrument de résolution de crise. Si l'on essaie déjà, en amont, d'éloigner ou

⁶ Cet exemple est issu de l'observation de la société politique italienne. Un référendum, initié en réalité par *Rifondazione comunista*, visait à reclasser tout travailleur injustement licencié sur son lieu de travail, en supprimant le seuil de dix salariés, faisant le départ entre petites entreprises et les autres structures. La gauche « de Gouvernement », c'est-à-dire les *D.S.* (démocrates de gauche) ont littéralement torpillé la proposition référendaire en appelant les électeurs à l'abstention. Or, l'article 75 de la Constitution italienne exige, pour valider un référendum approuvé par le corps électoral, que la participation s'élève à au moins 50 %. La participation au référendum du 22 juin 2003 ne s'est élevée qu'à 10,4 %, soit 89,6 % d'abstention, record historique depuis le premier référendum, sur le divorce, en 1974. Le précédent record, 68 %, avait été atteint en 2000 quand, pour des raisons conjoncturelles, l'opposition d'alors, menée par Silvio Berlusconi, avait décidé, elle aussi, de saborder les référendums lancés à l'initiative du Parti radical. Il est vrai que ce dernier avait proposé, entre autres, de supprimer le reliquat d'attribution des sièges parlementaires, risquant ainsi de priver *Forza Italia*, mouvement dirigé par l'homme d'affaires, de la caution démocrate chrétienne, qui survit précisément, grâce à ce système.

Ces deux exemples sont très parlants : les partis de Gouvernement peuvent assurer, ou non, la réussite d'une proposition référendaire lancée par une formation ultra-minoritaire. Encore faut-il ajouter qu'en Italie l'initiative populaire étant « pure », ces référendums, quoique voués à l'échec, ont pu se tenir et donc faire en sorte que soient inscrites à l'ordre du jour de l'agenda politique les questions posées par des mouvements marginaux.

⁷ Présenté dans le sillage du rapport Vedel, mais qui rendrait plus difficile encore l'initiative en augmentant au cinquième les fractions populaire et parlementaire requises.

d'atténuer toute possibilité de contestation forte entre le corps électoral et le Parlement, on ôte ce faisant tout intérêt à son emploi puisqu'on essaie, dès l'origine, de contenir la crise.

En Italie, de nombreuses questions, que la classe politique traditionnelle ne voulait ou ne pouvait pas traiter, sont venues sur la place politique grâce à l'action de formations politiques aux dimensions modestes. Le Parti radical, qui n'est apparu sur la scène politique italienne que dans les années 1970, a parfaitement saisi toutes les opportunités que lui offrait le recours au référendum de l'article 75 de la Constitution. Cette formation fut la première à organiser des « banquets républicains », où les électeurs inscrits étaient invités à singer une ou (plus souvent) plusieurs requêtes référendaires sur certaines questions de société névralgiques (comme le divorce ou l'interruption volontaire de grossesse). Cette action, très efficace, a permis de « débloquer » une société engoncée dans un moralisme défendu par une démocratie chrétienne alors perpétuellement au pouvoir.

A cet égard peu importe d'ailleurs que les propositions référendaires se concrétisent réellement, c'est-à-dire donnent lieu à des scrutins. La loi n° 352 de 1970 a prévu, en effet, une forme de dialogue entre l'initiateur référendaire et le Parlement en permettant, si la question posée est effectivement résolue dans les termes souhaités par les signataires de la requête, d'éviter la tenue du référendum. Ce dont il est ici question, c'est du surgissement d'un débat démocratique sur une question qui, peu ou prou, désagrée à la classe politique traditionnelle. Ce débat, provoqué par l'initiateur populaire, ne commence évidemment pas lors de la campagne référendaire, mais dès que les signatures nécessaires à l'authentification et à la régularité de la proposition ont été apposées. L'importance donnée par le nombre ne pourra échapper aux partis politiques et aux électeurs, qui devront nécessairement se saisir de la question avant même la tenue, s'il y a lieu, du référendum.

Dissipons maintenant une idée reçue : un référendum d'initiative populaire n'est pas, en soi, plus démocratique qu'un référendum d'origine présidentielle ou institutionnelle. L'intérêt d'une initiative minoritaire « pure »⁸ ne réside pas là mais bien plutôt dans la volonté de faire respirer le système constitutionnel en permettant que le processus de décision législative échappe, ponctuellement, au circuit institutionnel classique.

Le caractère démocratique d'un scrutin référendaire ne dépend pas de l'auteur de son initiative, qu'il s'agisse du président de la République ou d'une fraction du corps

⁸ Par opposition à l'initiative « mixte », examinée plus haut.

électoral. Croire le contraire signifierait que l'on ne se serait pas tout à fait délivré des préventions contre un référendum dont on craindrait les dérives plébiscitaires, tant le souvenir des deux aventures impériales du XIX^e siècle demeurerait prégnant. Le référendum d'initiative présidentielle n'est pas moins démocratique qu'un référendum d'initiative populaire, dès lors que, dans les deux cas, un contrôle circonspect de son emploi est effectué.

Sans contrôle juridictionnel, on peut effectivement redouter un éventuel dévoiement du référendum. L'expérience française en a donné un exemple très classique, en 1962, quand le général de Gaulle choisit d'utiliser l'article 11 pour faire directement approuver par le corps électoral l'élection au suffrage universel direct du chef de l'Etat. En refusant d'opter pour l'article 89 de la Constitution, l'homme du 18 juin a non seulement violé la Constitution mais a de plus volontairement privé le peuple d'un débat démocratique parlementaire qui aurait permis de l'éclairer dans son choix (même s'il est vrai qu'il y avait le danger que le Sénat rejette le projet de révision constitutionnelle). Réciproquement, l'absence de contrôle juridictionnel de l'initiateur populaire peut faire craindre un détournement de cet instrument libéral accordé à la minorité.

Par ailleurs, on peut ajouter que même en présence d'un tel contrôle, il est difficile de dissiper la crainte de manipulations de la fraction du corps électoral sollicité par les « porteurs » de la requête, c'est-à-dire par les réels initiateurs politiques de la question référendaire, ne doit pas non plus être dissipée. L'expérience italienne nous en donne quelques exemples. En proposant diverses questions référendaires destinées à s'attaquer au financement du réseau public audiovisuel, la RAI, Silvio Berlusconi a tenté d'accroître sa puissance financière et politique, puisqu'il est aussi détenteur de trois chaînes télévisées de diffusion nationale. On s'éloigne bien, dans ce cas précis, de la raison d'être des référendums d'initiative populaire, c'est-à-dire un instrument de protection de la minorité politique, puisque de telles questions n'ont pour seul objectif que de satisfaire un homme et son ambition, tant financière que politique.

Pour appréhender le caractère démocratique de la votation, certains proposeraient de distinguer le plébiscite du référendum. Dans la première forme, primitive, de démocratie semi-directe, la votation ne porterait pas tant sur la question posée à l'électeur mais sur la confiance que ce dernier fait à son auteur. Parce que seul le référendum garantirait que l'électeur réponde réellement à la question posée, sans considération de son auteur, il serait en soi démocratique.

Une telle présentation est en réalité trompeuse. On ne peut empêcher que l'électeur réponde en même temps à deux questions : celle qui lui est formellement posée mais également une question implicite, relative à la confiance accordée ou non à son auteur, quel qu'il soit, président de la République ou minorité populaire. En effet, la majorité dégagée à l'issue de l'opération ne s'est pas exclusivement prononcée sur un texte ; elle n'a pas circonscrit politiquement l'expression du suffrage à la seule sanction juridique de la confirmation ou du rejet d'un texte.

Plus encore dans le cas du référendum italien, l'expression populaire déploie ses potentialités au-delà de la seule question posée, puisqu'il s'agit, aussi et surtout, de sanctionner l'œuvre parlementaire, qu'elle soit active (un texte voté pendant la législature) ou passive (un texte non modifié ou supprimé). La question « voulez-vous que soit abrogée la loi n° X, ou les dispositions Y et Z de la loi n° X ? » implique un positionnement centré sur l'interrogation relative au rejet d'un texte, c'est-à-dire à son exclusion de l'ordre juridique. En ce sens, on doit l'analyser comme essentiellement négative, par opposition aux référendum « positifs » ou « propositifs ». On peut valablement soutenir que cette « négativité » est le point central autour duquel se forment deux ensembles concentriques : un ensemble juridique, le rejet du texte proposé à l'abrogation, un ensemble politique dans lequel est inclus le premier, centré sur la question du désaveu d'une partie de la représentation parlementaire (la majorité), voire de la condamnation totale de cette dernière. On conçoit ainsi que si la question juridique ne concerne que l'acte, la question politique vise aussi son auteur (que l'on puisse lui imputer directement cet acte ou indirectement, s'il l'a perpétré, c'est-à-dire, plus précisément, dans une perspective soit synchronique, soit diachronique).

On retrouve, dans cette perspective, le couple conceptuel confiance-défiance qui caractérise le modèle semi-représentatif. L'aspect juridique se manifeste, dans le cas de la représentation, par l'élection en tant que désignation, dans le cas du référendum par le vote sur le maintien ou le rejet d'un texte. L'aspect politique se manifeste dans le premier cas par l'élément psychologique relativement au sentiment quant aux personnes présentées à l'élection et aux groupes dont elles émanent, dans le second cas par le sentiment relatif à l'initiateur du référendum et, par opposition, à l'acteur politique auquel on impute le maintien du texte mis en cause (parti, ensemble majoritaire ou, dans le cas le plus extrême, intégralité de la représentation parlementaire). On redécouvre aussi le refus de l'abandon par les électeurs de leur souveraineté, qui est l'élément correctif apporté par le modèle semi-représentatif au mode représentatif idéal. Ce refus implique nécessairement que l'électeur manifeste, dans un double mouvement, un acte juridique et un

sentiment politique, relatif à l'imputation à tel auteur de tel acte. La caractéristique référendaire ne réside pas dans une confusion possible du juridique et du politique, le premier élément étant nécessairement personnifié par le second. En ce sens, il y a nécessairement un aspect plébiscitaire dans le référendum comme dans la représentation moderne⁹.

Le contrôle de l'initiative permet donc de le faire présumer du caractère démocratique ou non de l'initiative, sans toutefois que cette présomption soit irréfragable. En dernière analyse, le caractère démocratique d'une votation quelconque peut difficilement être appréhendé, tant en termes juridiques qu'en termes politiques, de sorte que la distinction classique entre référendum et plébiscite n'est pas, en tant que telle, opératoire.

Pour autant, il semble nécessaire d'éviter des malfaçons de la loi référendaire, c'est-à-dire des défauts relatifs à la structure de la question, pour assurer son « homogénéité » ou, pour reprendre des standards jurisprudentiels français, la « clarté » et la « loyauté » de la votation. Il est en effet nécessaire d'assurer à l'électeur une alternative sans équivoque, afin qu'il puisse comprendre quels sont les termes du débat et y répondre en toute conscience. Où placerait-t-on alors le siège qui permettrait de garantir cette harmonie de la loi référendaire ? Les juges constitutionnels italiens, mais aussi français (dans des cas très spécifiques¹⁰), considèrent que cette mission leur est dévolue, de sorte qu'une proposition référendaire « hétérogène », « obscure » ou « déloyale » doit être considérée comme inadmissible et, par ainsi, repoussée. Le scrutin référendaire ne peut plus alors se tenir, sans aucun moyen terme envisageable. Il n'y a alors aucune possibilité, pour les promoteurs de la requête, de la corriger pour pouvoir en présenter une nouvelle version proposant cette fois un choix parfaitement clair à l'électeur.

Il faut ici, encore une fois, lutter contre une fausse évidence : il n'est pas de la mission de la juridiction constitutionnelle de s'assurer de la perfection formelle de la question référendaire. En procédant de la sorte, la Cour constitutionnelle veut s'assurer du caractère démocratique de la votation¹¹, qui est, on l'a vu, difficile d'établir. Par

⁹ Au sens neutre du terme, si l'on entend par élément plébiscitaire l'intrication nécessaire de l'élément juridique (la décision directe) et de l'élément politique (la confiance ou la défiance relative à l'initiateur de l'acte).

¹⁰ Dans le cas notamment des référendums ratifiant les « cession, échange ou adjonction de territoire », conformément aux dispositions de l'article 53, le Conseil constitutionnel a affirmé, dans la décision n° 87-226, que la question posée au peuple devait satisfaire à la double exigence de loyauté et de clarté de la consultation (C.C. n° 87-226, 2 juin 1987, *Consultation des populations intéressées de la Nouvelle Calédonie et dépendances*, Rec., p. 34, RJC ; p. I-309)

¹¹ Dans son arrêt fondateur n° 16 de 1978, la Cour constitutionnelle évoque elle-même, et de façon explicite, sa répugnance à l'instrumentalisation de cette procédure semi-directe par les groupes, mouvements ou partis politiques. Elle affirme qu'« un instrument essentiel de démocratie directe comme le référendum abrogatif ne peut être transformé – de façon incontrôlable – en un instrument détourné de démocratie représentative, au

ailleurs, il peut paraître quelque peu choquant que la juridiction constitutionnelle assure le respect de la clarté du référendaire et s'imisce ainsi dans sa « confection » alors même qu'il n'intervient jamais lors du processus de création législative, avant même que la loi ne soit définitivement adoptée par le Parlement. On sait que le Conseil constitutionnel, à l'instar d'ailleurs de la Cour constitutionnelle italienne, considère qu'il n'existe aucune hiérarchie entre la loi référendaire et la loi parlementaire. Pourquoi alors s'autoriser une ingérence paternaliste en matière de loi référendaire quand on se l'interdit pour les lois parlementaires ? Au vu de l'expérience italienne, le contrôle de la structure formelle de la question référendaire devient un critère préjudiciel d'admissibilité de la requête. On peut par ailleurs craindre, au regard de la plasticité du critère, une extension outre mesure du contrôle et, de ce fait, un emploi discrétionnaire destiné à repousser des questions politiquement embarrassantes. D'ailleurs, dès son apparition, le critère de l'homogénéité a été lucidement critiqué en Italie et a fait soupçonner la *Consulta* d'avoir construit une « énorme boîte vide dans laquelle elle peut à loisir (et arbitrairement) mettre dans le futur toutes les requêtes référendaires qu'elle considère ne pas devoir faire passer »¹². Cette appréhension est d'ailleurs parfaitement justifiée au regard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle depuis 1978. Il est en effet tentant pour une juridiction constitutionnelle de disposer d'un critère extrêmement labile lui permettant le cas échéant de moduler son contrôle pour faire littéralement tomber certaines questions référendaires qui pourraient par trop déplaire au système politico-institutionnel¹³.

Si l'on exclut une intervention de la juridiction constitutionnelle, il faut néanmoins garantir, il est vrai, la clarté de la question référendaire, par respect pour l'électeur et pour sa conscience politique. Par quel moyen alors pourra-t-on objecter ? Une telle question manifeste en fait clairement la prémisse qui la fonde : seule une juridiction constitutionnelle pourrait garantir la clarté d'une question référendaire, et donc sa loyauté. Mais une juridiction, justement parce qu'elle est telle, ne peut qu'user de moyens juridictionnels c'est-à-dire en l'occurrence repousser ou accepter une question, c'est-à-dire « sanctionner », positivement ou négativement, la proposition référendaire. Elle pourrait aussi, lorsque cela s'avère possible, isoler les dispositions incohérentes, hétérogènes ou obscures et sauvegarder ainsi la proposition

moyen duquel sont en substance proposés des plébiscites ou des votes de confiance, vis-à-vis de choix politiques d'ensemble des Partis ou des groupes organisés qui ont pris et soutenu les initiatives référendaires » (arrêt n° 16 de 1978, *Racc. Uff. ord. sent. Corte cost.* 1978, vol. LI, point 5 du considérant en droit, p. 149).

¹² A. Pace, « Inammissibilità del referendum sulla caccia per incoerenza o per eccessiva elaboratezza del quesito? », in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 76.

¹³ Pour plus de précisions, qu'il soit permis de renvoyer à J. Giudicelli, *La Cour constitutionnelle italienne et le référendum abrogatif*, thèse, Toulon, 2002.

référendaire. La Cour constitutionnelle italienne a refusé pourtant de poursuivre cette voie. Une telle ligne jurisprudentielle n'a aucun fondement théorique. Elle s'explique en réalité par la défiance voire l'hostilité envers les instruments de démocratie semi-directe que la *Consulta* masque derrière un paternalisme de façade visant à protéger le citoyen électeur. C'est plus largement le peuple, cet éternel enfant¹⁴, à peine (!) sorti de la fougue romanesque et adolescente qu'il manifesta lors du *Risorgimento* qu'il convient, décidément, de laisser en curatelle.

On peut sortir du schéma juridictionnel classique pour proposer non plus un contrôle, mais une « expertise » juridique de la clarté de la requête, c'est-à-dire en fait une instance (non juridictionnelle) d'assistance rédactionnelle. On peut en effet concevoir que la fraction du corps électoral qui use de son pouvoir d'initiative n'a pas la même maîtrise de la chose juridique que les parlementaires qui disposent de moyens humains et matériels considérables et qui acquièrent un réel savoir-faire, durant leur mandat, en matière de rédaction législative. Dès lors, et puisque la Constitution garantit à une minorité populaire un droit d'intervention législative, il est du devoir même de l'Etat de rendre ce droit effectif, c'est-à-dire de le promouvoir.

Une telle proposition est, on en conviendra aisément, quelque peu insolite ; elle a pour principal inconvénient de n'être confortée par aucune expérience nationale. L'Italie aurait pourtant pu être pionnière en ce domaine. Avant que la Cour constitutionnelle ne soit saisie, le Législateur a prévu une intervention du Bureau central pour le référendum près la Cour de cassation qui a essentiellement des attributions administratives de vérification de l'authenticité et du nombre de signatures requises par l'article 75 de la Constitution. Le Bureau central peut cependant intervenir, exceptionnellement, dans la rédaction de la proposition référendaire. C'est la Cour constitutionnelle qui lui a accordé ce pouvoir en prononçant l'inconstitutionnalité partielle de l'article 39 de la loi n° 352 de 1970 qui dispose de façon mécanique, que « si, avant la date du déroulement du référendum, la loi, ou l'acte ayant force de loi, ou les dispositions particulières de ceux-ci auxquels le référendum se réfère, ont été abrogées, le Bureau central pour le référendum déclare que les opérations n'ont plus cours ». C'est pour imposer l'interdiction de manœuvres parlementaires dilatoires que la Cour a dû prononcer une décision d'inconstitutionnalité partiel de type additif, en ce que l'article 39 « ne prévoit pas que, si l'abrogation des actes ou des dispositions particulières auxquels se réfère le référendum est assortie d'une autre réglementation de la même matière, sans modifier ni les principes inspirateurs de la réglementation préexistante en son entier

¹⁴ Selon le bon mot d'un auteur italien, G. Neppi Modona, « La Corte protegge il popolo-bambino », *La Repubblica*, 10 février 1978, le jour même du rendu de l'arrêt n° 16 de 1978.

ni les contenus normatifs essentiels de préceptes particuliers, le référendum s'effectue sur les nouvelles dispositions législatives »¹⁵. Concrètement, si le Législateur n'abroge que formellement une disposition visée par la requête référendaire, sans en réalité s'attaquer à la matière déférée par elle, c'est-à-dire en la réintroduisant substantiellement au moyen d'une autre disposition, le Bureau central aura le pouvoir, voire le devoir, de modifier la question abrogative en intégrant les nouvelles dispositions introduites *in fraudem referendum*.

Le Bureau central ne fait donc plus, dans ce cas, office notarial, mais a pour fonction de protéger le droit d'initiative minoritaire. De façon analogue, il aurait été tout à fait possible de confier également à cette instance une mission d'expertise juridique relative à la rédaction formelle de la question référendaire, l'article 32 de la loi n° 352 prévoyant un dialogue entre le Bureau central et les promoteurs avant qu'il ne soit définitivement décidé de la légalité de la requête. On ferait ainsi échapper la requête référendaire au couperet de la Cour constitutionnelle, c'est-à-dire à l'alternative radicale admissibilité-inadmissibilité qui ruinerait, pour un temps, toute l'œuvre entreprise (rédaction de la question, campagne préréférendaire et recueil de signatures, suivi de l'examen de la requête par le Bureau central pour le référendum près la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle)¹⁶.

Mais, dira-t-on, on substitue, sous l'apparence des mots (expertise vs. contrôle) un contrôle à un autre, celui du Bureau central à celui de la Cour constitutionnelle. Non, car comme on l'a souligné précédemment, la mission du Bureau central ne consisterait alors pas à proprement parler en un contrôle, puisqu'elle « dialoguerait » avec les promoteurs du référendum qui, conformément à la loi n° 352 de 1970, pourrait présenter leurs observations.

Il serait toutefois opportun, si l'on admettait en France l'idée d'une expertise juridique relative à la structure formelle de la question, d'éviter toute confusion possible. En d'autres termes, l'instance chargée d'une telle mission devrait être explicitement administrative et non juridictionnelle. Il ne serait par exemple pas judicieux de la placer, comme en Italie, sous la dépendance structurelle de la Cour de

¹⁵ Décision n°68 de 1978, *Giur. Cost.* 1978, I, dispositif, p. 588.

¹⁶ Cette proposition a été avancée par la doctrine italienne et résulte de la critique relative à la légitimité, pour la Cour constitutionnelle, de contrôler la rédaction formelle de la question référendaire. Le problème posé a une incidence pratique cruciale. En pointant, comme on l'a fait précédemment, l'incertitude du fondement du critère de l'homogénéité, c'est l'autorité de la Cour constitutionnelle pour juger de cette question qui est en effet mise en doute. Antonio Baldassare l'a bien noté. C'est pourquoi il a développé la thèse selon laquelle l'appréciation de la structure formelle de la question abrogative devrait échoir non pas à la Cour constitutionnelle mais au Bureau central (A. Baldassare, « La commedia degli errori », *Pol. Dir.*, 1978, p. 577 et Id. « Il referendum abrogativo dopo la sentenza di ammissibilità, *Democrazia et diritto*, 1978, p. 75. Cette thèse a été ensuite reprise par de nombreux auteurs.

cassation. L'organisme serait consulté par les promoteurs du référendum avant le recueil des signatures requises. En séparant la phase de l'expertise de la phase politique, on permettrait d'éviter toute tension entre l'instance administrative et les auteurs de la requête référendaire. Le processus politique ne serait pas encore engagé, l'initiative référendaire n'étant encore ni parfaite ni en voie de formation.

Ce n'est en effet qu'après la finalisation de l'initiative, c'est-à-dire qu'après l'adhésion du nombre requis de signataires, que la question du contrôle référendaire se pose.

II. Instauration d'un contrôle et expertise rédactionnelle.

La problématique du contrôle de la question référendaire est souvent concentrée, en France, sur le seul contrôle *a priori*. Il constituerait la panacée car il permettrait, après son exercice, le plein exercice de la volonté populaire et parce qu'il éviterait de surcroît une surexposition politique de la juridiction constitutionnelle.

La question du contrôle *a posteriori* ou répressif est en revanche pratiquement expurgée car elle semble inopportune. Si l'on accepte progressivement l'idée d'un contrôle préalable, on continue pourtant de souscrire à la logique sous-tendant les décisions 62-20 DC et Maastricht III que l'on contiendra en un syllogisme : le corps électoral c'est le peuple, que l'on identifie au Souverain ; le Souverain n'étant lié par aucune volonté, il ne peut être contrôlé ; le corps électoral n'est donc pas contrôlable. Ce syllogisme est en réalité un véritable sophisme. Sa logique est en effet spécieuse. Le peuple est souverain, certes. Mais cette souveraineté ne peut être exercée que dès lors qu'il recourt à la puissance constitutionnelle originelle. En revanche, le corps électoral n'est qu'un organe institué par la Constitution qui doit agir dans les formes et selon les conditions qu'elle impose. Il est en d'autres termes limité par le prescrit constitutionnel. La solution contraire introduit pourtant, on le sait, une dangereuse faille, contraire aux exigences de l'état de droit. Pour contourner une probable censure du Conseil constitutionnel, le Premier ministre peut suggérer au président de la République de recourir à l'article 11. C'est pour combler cette faille que l'on avance d'ailleurs l'idée du contrôle préalable, afin de mettre un terme à l'immunité juridictionnelle de la loi référendaire.

Les arguments théoriques d'un contrôle répressif se heurtent donc à une crainte révérencielle à l'égard du peuple. Contrôler son expression serait faire place au fantasmagorique et tant redouté « gouvernement des juges », c'est-à-dire permettre à

un petit nombre d'experts de contrecarrer la volonté exprimée ou avalisée (dans le cas d'un référendum d'initiative présidentielle) par le peuple. Pourtant, il ne s'agit nullement de proposer, en lieu et place du contrôle préventif, de plus en plus souhaité, un contrôle répressif. Il s'agit de les superposer. Seul le contrôle préventif serait obligatoire. Le contrôle répressif, puisqu'il viserait à protéger une minorité populaire, devrait être enclenché par une fraction du corps électoral, ou par le président de la République en tant que garant de l'intérêt général, quand il n'a pas été, lui-même, l'initiateur référendaire. De sorte qu'une censure serait statistiquement plus probable en amont de la votation, les requérants devant mesurer le risque politique encouru en cas de rejet de leur saisine après l'expression du corps électoral.

Le risque d'une censure postérieure ne serait pas, pour autant, dissipé. De plus, la superposition de ces deux contrôles peut faire craindre une duplication inutile. Elle est, cependant, entièrement justifiable en ce que les deux contrôles ne présentent pas une identité structurelle. On ne peut fonder la différenciation des jugements d'admissibilité et de constitutionnalité qu'à partir de la distinction des objets et des causes de ces deux contrôles. Il n'y a tout d'abord pas autorité de chose jugée parce que les jugements d'admissibilité et de constitutionnalité n'ont pas le même objet. Dans le premier cas, il s'agit d'un contrôle de constitutionnalité circonscrit portant sur les dispositions proposées par le référendum, dans le deuxième cas, il s'agit d'un contrôle de constitutionnalité général portant sur les normes issues de la décision populaire, après ajout des dispositions nouvelles approuvées par la voie référendaire. Il apparaît bien que les examens qui seraient respectivement exercés par une juridiction constitutionnelle à l'occasion du jugement d'admissibilité et du contrôle de constitutionnalité diffèreraient quant à leur objet. La distinction se fonde sur une différenciation entre les vices d'admissibilité de la question référendaire et les vices résultant de son adoption, en d'autres termes de l'approbation de la disposition référendaire et de ses effets sur l'ensemble normatif impliqué par la question, c'est-à-dire les vices de constitutionnalité de la norme référendaire.

Il n'y a par ailleurs pas autorité de chose jugée car les jugements d'admissibilité et de constitutionnalité n'ont pas la même cause. En Italie, la Cour constitutionnelle statue dans le premier cas au titre de l'article 75 de la Constitution. En France, le jugement d'admissibilité de la requête référendaire serait fondé sur l'article 11 de la Constitution, le jugement de constitutionnalité sur l'article 61. Une juridiction n'opère, quand elle examine l'admissibilité de la requête référendaire, qu'un jugement de constitutionnalité circonscrit portant sur la requête référendaire et non sur la norme. Il s'agit, en définitive, de s'assurer que l'initiateur était bien compétent

pour proposer au corps électoral une modification de l'ordre juridique. En aval de la décision populaire, on conviendra aisément que le problème posé ne concerne plus la compétence de l'initiateur référendaire, mais la conformité de la nouvelle norme à la Constitution.

Au-delà de la justification théorique de la superposition des deux contrôles, on doit surtout relever un intérêt pratique fondamental : la libération de l'initiative référendaire. Si, en effet, le contrôle s'exerce uniquement en amont de la violation, la juridiction constitutionnelle aura naturellement tendance à exercer un contrôle sourcilieux qui aboutira très souvent à un jugement d'inadmissibilité. En l'absence de « filet de sécurité », la juridiction constitutionnelle sera obligée d'effectuer simultanément un véritable jugement de constitutionnalité. Elle sera donc obligée d'anticiper les effets normatifs que l'intrusion de la norme référendaire produira dans l'ordre juridique. Elle sera de la sorte obligée d'anticiper un contrôle de proportionnalité jugeant, au regard du paramètre constitutionnel d'égalité, la norme référendaire hypothétique à l'aune d'une réglementation préexistante.

On pourra objecter que le Conseil constitutionnel ne fait pas moins, dans le cadre du contrôle a priori de constitutionnalité des lois parlementaires, de sorte que rien ne serait en mesure de choquer. Une observation plus attentive démontre que le contrôle de la requête référendaire n'est absolument pas symétrique au contrôle des lois adoptées par le Parlement. Dans le cadre du contrôle des lois parlementaires, le Conseil constitutionnel jugera de lois déjà votées, même si ces dernières, en l'absence de promulgation, ne pourront déployer tous leurs effets normatifs. En revanche, une juridiction constitutionnelle juge, dans le contrôle préventif, non pas de la loi, puisque celle-ci n'a pas encore été approuvée, mais de l'initiative référendaire. Si le jugement relatif à la requête référendaire s'avère positif, cela signifie que les limites au pouvoir d'intervention de l'initiateur référendaire ont été respectées, en d'autres termes que ce dernier était compétent pour proposer au corps électoral d'approuver un projet législatif. Cumuler, dans le même moment, deux contrôles, l'un relatif au jugement d'admissibilité de la requête référendaire, l'autre afférent au jugement de constitutionnalité de la loi référendaire, consiste finalement à restreindre le pouvoir d'initiative populaire et donc à bafouer ce droit de minorité. Le contrôle n'étant plus seulement relatif à la compétence législative de l'initiateur, mais à la cohésion de la loi référendaire au regard d'un ordre juridique préexistant, on risque de frustrer indûment l'initiateur et, par là même, de le dissuader.

En revanche, si les deux contrôles sont superposés, la juridiction constitutionnelle pourra faire preuve, dans son contrôle préventif, de libéralisme, et permettra ainsi le plein développement de l'initiative populaire. Les juges constitutionnels pourront même, comme en Italie, avertir le Parlement que la norme éventuellement issue de l'approbation populaire risquera, si elle était laissée en l'état, de provoquer des situations d'inconstitutionnalité qu'ils seraient obligés de censurer postérieurement, en cas d'inertie constitutionnelle. Cette technique jurisprudentielle de l'« adresse » ou de l'« avertissement » (on ne peut user ici du terme « directive », puisque le Parlement n'est pas tenu juridiquement de l'appliquer) permet d'enclencher une dynamique vertueuse entre l'initiateur référendaire, la majorité populaire et le Parlement. En soulignant en amont, mais sans les censurer, des inconstitutionnalités potentielles, la juridiction constitutionnelle provoque une stimulation politique des institutions, au premier rang desquelles le Parlement. Ce dernier n'est certes pas tenu de se conformer à l'adresse jurisprudentielle mais il a politiquement tout intérêt à le faire, sauf à ce que son inertie coupable rejaille sur son prestige. En définitive, la superposition des contrôles, et donc l'affirmation (théorique) du contrôle répressif permet, paradoxalement, le respect de l'initiative populaire, véritable liberté constitutionnelle, en favorisant son émergence.

Dans l'hypothèse d'une superposition des contrôles, quelle serait la mission du Conseil constitutionnel en amont de la votation ? On a plaidé, dans la partie précédente, pour que les juridictions constitutionnelles ne jugent pas de la structure formelle de la requête référendaire car la plasticité des critères d'homogénéité, de cohérence, de clarté ou de loyauté de la question permettent de réels jugements d'opportunité, préjudiciables à l'initiative populaire. Le Conseil constitutionnel n'aurait qu'à assurer le respect des limites substantielles au référendum abrogatif. On le sait, les rédactions des articles 11 de la Constitution française et 75 de la Constitution italienne diffèrent radicalement : le référendum français est défini positivement, le référendum italien négativement. La votation n'est pas admise, selon les termes de l'article 75 alinéa 2, « à l'égard des lois fiscales et budgétaires, d'amnistie et de remise de peine, d'autorisation à ratifier des traités internationaux », alors que le référendum français doit porter, lui, sur « tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ». En réalité, les champs d'intervention référendaires italien et français sont tous deux très larges, surtout depuis la révision constitutionnelle française de

1995. La juridiction constitutionnelle n'a, ici, qu'à s'assurer que l'instrument de démocratie semi-directe ne déborde pas de son champ. Il faut toutefois noter que la Cour constitutionnelle a fait une interprétation déraisonnable des limites explicites à l'emploi du référendum abrogatif en optant pour une interprétation extensive. Les limites fiscales et budgétaires ont été dévoyées par la *Consulta*. Or, puisque le droit de recourir au référendum est une liberté constitutionnelle, les limites à son emploi doivent être strictement entendues. Il doit en être ainsi, en cas d'introduction, en France, d'un contrôle préalable.

A l'aune de la jurisprudence italienne, on doit s'interroger sur les limites du contrôle préventif : ne doit-il pas servir que de « garde-frontière » aux champs d'intervention respectifs du législateur parlementaire et du législateur populaire ou doit-il, par ailleurs, assurer que le référendum ne déborde pas du champ de la seule législation ordinaire ? On le sait, en l'absence de contrôle préventif, le référendum de l'article 11 peut intervenir en tout domaine : sur des dispositions constitutionnelles, sur des lois organiques et, naturellement, sur des lois ordinaires ; il peut aussi intervenir, mais c'est assurément le moins choquant, en matière réglementaire. En réalité, la distorsion la plus grossière du référendum de l'article 11 réside en son utilisation constitutionnelle. En « mordant » sur la procédure de révision de l'article 89, on autorise bien évidemment tous les dévoiements possibles. S'assurer, en amont, que les procédures des articles 11 et 89 ne soient pas volontairement confondues compterait, bien évidemment, parmi les missions principales du Conseil constitutionnel.

Mais, plus profondément, ne doit-on pas s'assurer que le référendum, en proposant, formellement, d'introduire des dispositions de législation ordinaire, ne s'imisce, substantiellement, dans le champ du texte constitutionnel ? On peut en effet concevoir qu'une disposition référendaire puisse s'attaquer indirectement à un prescrit constitutionnel en altérant une disposition de loi ordinaire qui la mettrait en application. La Cour constitutionnelle ne fait pas autre chose que de contrôler les violations indirectes du texte fondamental en interdisant que soient déférées par la requête abrogative des dispositions « à contenu constitutionnellement lié ».

La Cour constitutionnelle a, en effet, opéré le départ entre les requêtes référendaires qui s'attaqueraient directement à une disposition constitutionnelle, ce qui relève, on le comprend facilement, du cas d'école, et certaines questions abrogatives, moins « frustrées » en ce qu'elles ne remettent en cause qu'indirectement la Constitution. Il s'agit, selon la définition donnée par la *Consulta* des « référendums ayant pour objet des dispositions législatives ordinaire à contenu constitutionnellement lié, dont le

noyau normatif ne peut être altéré ou privé d'efficacité, sans que les dispositions spécifiques de la Constitution (ou d'autres lois constitutionnelles) n'en soient affectées¹⁷. En d'autres termes, certaines requêtes référendaires, parce qu'elles visent la seule traduction législative possible d'une disposition constitutionnelle, aboutissent finalement à fragiliser la Constitution elle-même, puisqu'elles affectent ainsi sa mise en œuvre.

La doctrine italienne distingue entre les dispositions à contenu constitutionnellement lié et les dispositions constitutionnellement obligatoires. Ces dernières, si elles constituent une traduction législative d'une norme constitutionnelle, ne sont pas la seule traduction possible, de sorte que leur abrogation, partielle toutefois, serait, elle, envisageable, car elle n'entamerait pas la norme constitutionnelle. Selon un auteur italien, la différence entre les deux catégories de la distinction entre l'existence et l'essence : « les lois constitutionnellement obligatoires sont celles qui doivent exister mais dont la Constitution ne dit pas comment elles doivent être »¹⁸. Les requêtes visant de telles lois ne sauraient être systématiquement déclarées inadmissibles, d'autant qu'il existe une possibilité de remédier à la lacune que provoquerait l'issue positive du référendum : « dans le cas où des dispositions constitutionnellement obligatoires seraient abrogées par référendaire, il serait nécessaire de combler la lacune par une nouvelle loi. Pour permettre au Législateur de faire face à cette nécessité, l'article 37 dernier alinéa de la loi n° 352 de 1970 a prévu que le président de la République pourra, dans le décret par lequel il déclare l'abrogation de la loi, sur proposition du ministre intéressé et après délibération préalable du conseil des ministres, retarder l'entrée en vigueur de l'abrogation »¹⁹.

Y a-t-il lieu, pour poursuivre notre démarche prospective, d'introduire la même distinction en France, si était instauré un contrôle préventif du référendum ? Il convient, avant de répondre à cette question, de parer une objection liminaire, relative à la caractéristique abrogative du référendum italien. On a peu souvent, depuis le début de cette étude, envisagé la forme, a priori positive du référendum français de l'article 11 de la Constitution. La forme, négative ou positive, importe finalement peu, on l'a dit. De même que le référendum abrogatif italien peut s'avérer substantiellement propositif, parce qu'il innovera l'ordre juridique et, plus encore, parce qu'il pourra transformer en son exact contraire le principe directeur d'une loi, rien n'interdit à un référendum « positif » d'abroger, en tout ou partie, des dispositions législatives préexistantes. De sorte que la même problématique relative

¹⁷ Décision n° 16 de 1978, cit., point 4 du considérant en droit, p. 141.

¹⁸ G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, E.G.E.S., 1984, p. 189.

¹⁹ *Ibidem*.

aux limites substantielles du référendum est donc susceptible de se poser en France. L'étude de l'expérience italienne appelle à la prudence. La frontière entre dispositions à contenu constitutionnellement lié et dispositions constitutionnellement obligatoires est, en effet, ténue et laisse une grande marge d'appréciation à la Cour constitutionnelle. La *Consulta* semble quelquefois utiliser cette catégorie jurisprudentielle pour évacuer certaines questions politiquement délicates.

Les exemples recensés dans le développement qui suit mettent en exergue un choix de politique jurisprudentielle. La Cour constitutionnelle est dans certains cas prête à sacrifier la rigueur de conceptualisation du critère implicite d'interdiction substantielle des référendums abrogatifs au profit d'une discrimination, selon nous politique, des choix législatifs du Parlement. En jugeant constitutionnellement lié le contenu de telle ou telle autre disposition, la *Consulta* met l'accent sur certains prescrits constitutionnels. La frontière entre dispositions constitutionnellement obligatoires et à contenu constitutionnellement lié peut ainsi être délibérément brouillée, dès lors que la Cour constitutionnelle veut (maladroitement) signifier l'immunité de certaines législations relatives aux institutions italiennes.

C'est ainsi qu'en 1978 la Cour jugea inadmissibles les requêtes relatives à l'organisation judiciaire militaire et au code pénal militaire de paix. Le rejet de la requête relative à ce code avait un double fondement : l'hétérogénéité des dispositions la composant mais aussi la nature constitutionnellement liée de certaines des dispositions incluses dans le code. Il s'agissait notamment des inculpations relatives au « manquement à l'appel des armes » et à la désertion. Selon la Cour, ces normes pénales « sont étroitement encadrées par les dispositions de l'article 52 de la Constitution relatives au service militaire obligatoire et à l'ordonnement des forces armées ». Elles ne pourraient donc pas faire l'objet d'une abrogation référendaire. Cette dérive interprétative a été sévèrement critiquée par la doctrine.

A l'aune de l'expérience italienne, il ne semble pas judicieux d'introduire une telle limite matérielle dans le contrôle de la requête référendaire. La frontière, en réalité labile, entre dispositions à contenu constitutionnellement lié et dispositions constitutionnellement obligatoires permet toutes les dérives interprétatives possibles de la part du juge et se retourne en fait, le plus souvent, contre l'initiateur référendaire. A trop vouloir protéger le peuple, on finit par le contraindre...

N'est-il pas le temps de se débarrasser de l'ombre tutélaire du Connétable ? En d'autres termes, doit-on se résoudre à ce que l'instrument référendaire dépense, ainsi que l'avait voulu le général de Gaulle, du seul bon vouloir du président de la République ? Doit-on définitivement figer dans le marbre les oripeaux monarchiques de la V^e République ? De telles questions soulignent la naïveté définitive de l'auteur de ces lignes et des propositions qu'il avance : initiative populaire minoritaire, expertise rédactionnelle (au lieu d'un contrôle juridictionnel de la structure formelle de la question référendaire), contrôles matériels (préventif de la question référendaire et répressif du référendum) visant paradoxalement à libérer l'initiative tout en protégeant le droit de la minorité par hypothèse défaite à l'issue de la votation... Il ne s'agit là que de suggestions, de pistes, dans le seul dessein de restituer à l'instrument référendaire sa fonction politique : un outil de résorption de crise qui peut, il est vrai, contribuer momentanément à fragiliser les institutions classiques. Ingénuité revendiquée au service d'une tentative de réhabilitation d'un instrument politique encore sous-estimé.