



HAL
open science

Juger les référendums Annuaire international de justice constitutionnelle, PUAM-Economica, 2018-XXXIV, 2019, pp. 57-68.

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

► **To cite this version:**

Marthe Fatin-Rouge Stefanini. Juger les référendums Annuaire international de justice constitutionnelle, PUAM-Economica, 2018-XXXIV, 2019, pp. 57-68.. Annuaire International de Justice Constitutionnelle, 2019, 2018-XXXIV, pp.57-68. hal-02418548

HAL Id: hal-02418548

<https://hal.science/hal-02418548v1>

Submitted on 18 Dec 2019

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.

Juger le référendum

Par Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI*

Lorsque dans une démocratie, le peuple est considéré comme le souverain, il détient théoriquement le pouvoir absolu d'adopter les décisions qu'il souhaite et dispose du droit de dernier mot. Le référendum étant un moyen institutionnalisé par lequel les citoyens peuvent s'exprimer au niveau national ou local, juger le référendum semble s'apparenter à juger le peuple. Si un tel contrôle des référendums est généralement accepté pour les référendums locaux, qui n'expriment pas la volonté du peuple souverain, mais d'une partie de celui-ci seulement, le contrôle des référendums nationaux pose plus de difficultés en ce qu'il confronte la légitimité politique des choix exprimés par les citoyens à la légitimité juridique des règles qui s'imposent à toute décision dans un Etat de droit.

La réalité est beaucoup plus complexe que cette manière assez théorique de poser le débat sur les rapports entre juges et référendums. Il est exact que l'expression des citoyens par voie de référendum est généralement sacralisée, particulièrement au niveau national. En France, les « plébiscites » napoléoniens et les référendums organisés pour l'adoption de la Constitution de 1946, puis au début de la Ve République, ont contribué à mystifier ce mécanisme au niveau national, de telle sorte que l'expression référendaire est toujours perçue comme l'expression du constituant. Toutefois, la sacralisation de l'expression directe du peuple n'est pas une spécificité française. Même au niveau local, les choix exprimés par une majorité des citoyens sont un moyen de pression important et parfois dérangeant, notamment lorsqu'ils remettent en cause le droit national ou fédéral¹, jusqu'à constituer parfois l'expression de velléités sécessionnistes. Plusieurs grands Etats, comme l'Allemagne, les Etats-Unis, l'Inde ont d'ailleurs renoncé à l'organisation de référendums au niveau national ou fédéral en raison des risques de dérives et d'instrumentalisation de ce type de mécanisme. Le système normatif fédéral a été pensé pour que les droits et valeurs garanties par la Constitution ne puissent pas être remis en cause en dehors d'une procédure de révision constitutionnelle entièrement maîtrisée par les représentants. D'autres Etats acceptent les procédures référendaires, mais encadrent strictement les conditions de leur déclenchement ou le champ d'application de ceux-ci, de manière à en faire un mécanisme d'usage exceptionnel qui ne remet pas en cause le principe même de la démocratie représentative dans la manière de gouverner l'Etat au quotidien. Ainsi, la plupart des procédures référendaires sont déclenchées à l'initiative des représentants (référendums d'en haut)² et lorsque les initiatives populaires existent, il est rare qu'une telle procédure permette de

* Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Aix-en-Provence, France.

¹ Aux Etats-Unis en particulier, de nombreux Etats connaissent des mécanismes tels que l'initiative populaire directe (ou référendum d'initiative populaire) et de référendum veto à l'initiative des citoyens. Comme dans beaucoup de cas, les référendums locaux sont considérés comme un moyen pour les citoyens ou élus locaux, à l'origine des référendums, d'exprimer leur opposition à une politique fédérale. Par exemple, de nombreuses initiatives locales soumises au référendum, tentent de contourner, ou remettre en cause, les acquis du droit à l'avortement obtenu au niveau fédéral.

² Ainsi Francis Hamon distingue-t-il le référendum « d'en haut » initiés par les représentants (exécutif, législatif, minorités parlementaires, organes délibératifs des collectivités territoriales...) du référendum « d'en bas » initiés par les citoyens eux-mêmes (F. Hamon, *Le référendum. Etude comparative*, 2012, 2^e éd., LGDJ, p. 17). Cette définition large permet de rassembler sous un même terme diverses procédures telles que celles du référendum obligatoire (art. 140 de la C. suisse) ou facultatif (art. 141 de la C. suisse), du référendum d'initiative populaire directe (art. 139 de la C. suisse) ou d'initiative partagée (art. 11 al. 3 de la C. française), du référendum veto (art. 141 C. suisse) ou abrogatif (art. 75 de la Constitution italienne) ou des procédures qualifiées par la Constitution de « plébiscites » en Amérique Latine (par ex., en Colombie, art. 7, *Ley 134, del 31 de mayo de 1994, sobre mecanismos de participación ciudadana*).

déclencher directement une révision de la Constitution³. La plupart des référendums initiés par les citoyens se situent à un niveau infra-constitutionnel. Ce premier constat permet de relativiser les enjeux de la problématique posée par le sujet « Juger le référendum » puisque dans de nombreux cas, juger le référendum consistera à juger une décision exprimée par les citoyens mais élaborée par des représentants élus.

La question du contrôle des référendums fait surtout débat lorsque les mesures proposées posent des difficultés en termes de constitutionnalité ou de conventionnalité, et particulièrement lorsque des mesures discriminatoires sont en cause. Dans ce cas, par le contrôle opéré, le juge est susceptible de se poser en défenseur des droits d'une minorité contre la majorité. En France, l'épisode du référendum du 28 octobre 1962 ne portait pas sur les droits fondamentaux mais a permis au président de la République de déroger à la procédure normale de révision de la Constitution pour modifier le mode de désignation du Président de la République. Or, une procédure référendaire mal encadrée ou placée entre de mauvaises mains, peut tout à fait restreindre les valeurs démocratiques, à l'exemple du référendum turc du 16 avril 2017 renforçant les prérogatives du Président Erdogan. Juger le référendum consiste donc également à s'assurer que l'ensemble de l'opération respecte un certain nombre de règles établies par les textes, notamment par la Constitution au niveau national. Le référendum n'est d'ailleurs pas en lui-même un outil démocratique si toute une série de garanties ne sont pas respectées autour du scrutin (telles qu'*a minima* la liberté d'expression, le pluralisme des courants d'idées et d'opinion, la loyauté des campagnes électorales) et pendant le scrutin (la clarté de la question posée et des enjeux du scrutin ; la liberté, l'égalité et le secret du vote, la sincérité du scrutin). Il en va de même en matière d'élections.

Cependant, les procédures référendaires sont plus complexes que nombre de procédures électorales et les occasions que peut avoir un juge de contrôler le référendum peuvent être beaucoup plus nombreuses : le respect des modalités de déclenchement de la procédure (notamment en cas d'initiative populaire ou minoritaire), la décision de recourir au référendum, le choix de la question posée ou de l'objet du référendum, la clarté de la question et, au-delà de celle-ci, du scrutin lui-même donc de ses enjeux, l'organisation et le déroulement de la campagne, le choix du moment auquel sera organisé le scrutin, les conditions de validité du scrutin, le caractère contraignant ou non des résultats... Chacune de ces étapes, justifierait un contrôle pour s'assurer que les normes juridiques entourant le recours au référendum, et son organisation, soient respectées.

En ce qui concerne le déroulement du scrutin référendaire *stricto sensu*, la manière de juger le référendum n'est d'ailleurs pas très différente de la manière de juger des élections. Les irrégularités relevées le jour du scrutin donneront souvent lieu à des annulations partielles de résultats dans les bureaux de vote mais très rarement à l'annulation totale des résultats d'un scrutin. Les enjeux sont les mêmes, la question qui se pose au juge étant de savoir si les irrégularités relevées sont de nature à vicier le scrutin dans sa totalité. Comme en matière électorale, le juge se montre prudent une fois le scrutin réalisé car remettre en cause une décision adoptée à la majorité ne peut se faire sans des motifs graves. Ainsi, de manière tout à fait exceptionnelle, le Tribunal fédéral suisse a rendu le 10 avril 2019 une décision annulant la

³ Une analyse des Constitutions à partir des sites de l'IDEA et du site *Constitute*, fait ainsi apparaître que sur une trentaine d'Etats dans le monde autorisant l'initiative populaire en matière constitutionnelle, cinq seulement prévoient des mécanismes permettant de soumettre directement un texte entièrement rédigé au référendum (Bolivie, Croatie, Lichtenstein, Suisse et Uruguay). En pratique, seules les procédures du Lichtenstein et de la Suisse permettent que des initiatives populaires soient fréquemment proposées au référendum. Dans les autres Etats, les conditions de déclenchement, notamment le pourcentage de citoyens requis pour initier une telle procédure, sont trop exigeantes. Voir plus largement, L. MOREL, « Types of referendums, provisions and practice at the national level worldwide », in Laurence MOREL et Matt QVORTRUP, *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, Routledge ed., 2018, pp.27-59 et les annexes 1 et 2.

totalité des résultats d'un référendum d'initiative populaire organisé au niveau fédéral au motif du caractère incomplet et du manque de transparence des informations fournies par le Conseil fédéral. Cette annulation est intervenue alors que l'écart des résultats était particulièrement faible. Le Tribunal a estimé que compte tenu de l'issue serrée du scrutin et de la gravité des irrégularités, les résultats auraient pu être différents⁴.

Le risque que comporte une telle annulation est que la décision adoptée par le peuple souverain soit opposée aux arguments juridiques sur lesquels la juridiction fonde sa décision. Si une telle confrontation n'est pas évitable en ce qui concerne le déroulement du scrutin lui-même, elle peut être atténuée ou anticipée pour d'autres contrôles nécessaires au cours d'une procédure de référendum. Ainsi, en se banalisant dans les Constitutions, certaines procédures référendaires font l'objet de contrôles adaptés pour tenir compte de leurs spécificités (I). Par la mise en place de tels contrôles, un équilibre est recherché entre prérogatives du peuple souverain et exigences de l'Etat de droit⁵. Cette adaptation se retrouve également en France où un contentieux important s'est développé en matière d'actes préparatoires aux référendums à défaut d'un contrôle préalable obligatoire pour tous les référendums (II).

I – L'adaptation des contrôles à la spécificité des référendums

La notion de référendum recouvre une pluralité de procédures possibles allant du référendum propositif au référendum abrogatif ou veto, du référendum déclenché par les citoyens à ceux déclenchés par les représentants, les collectivités locales ou le chef de l'Etat, de ceux rédigés en termes généraux et devant être précisés par la suite à ceux portant sur un projet entièrement rédigé, du référendum facultatif au référendum obligatoire...

A cette multiplicité de mécanismes correspond une grande diversité de contrôles possibles pratiqués ou non par des autorités juridictionnelles, avec des exigences variables d'un Etat à l'autre. Ainsi, l'exigence de clarté d'un référendum, qui semble naturellement découler de la liberté de choix des citoyens et partant de la liberté de vote, n'est pas systématique et peut-être exprimée de différentes manières selon les ordres juridiques. Par exemple, en France, le Conseil constitutionnel a dégagé la double exigence de clarté et de loyauté des consultations pour tout type de scrutin référendaire⁶. Toutefois, un contrôle de la clarté et de la loyauté de la consultation sera pratiqué seulement si un moyen en ce sens est soulevé par les requérants⁷. Les juridictions compétentes sont le Conseil constitutionnel pour les scrutins nationaux, et les juridictions administratives pour les scrutins locaux. En Italie, en revanche, ce contrôle est systématiquement pratiqué par la Cour constitutionnelle pour les référendums abrogatifs de l'article 75 de la Constitution mais aucune exigence de clarté n'est prévue pour le référendum constitutionnel de l'article 138 de la Constitution. Le contrôle opéré par la Cour s'est adapté aux spécificités du référendum abrogatif et conduit notamment la Cour à vérifier la clarté de la norme de résultat. Au Portugal, le référendum national de l'article 115 est également soumis à des exigences de qualité. L'alinéa 6 de l'article 115 précise que « Chaque référendum portera sur une seule matière et les questions devront être formulées avec objectivité, clarté et précision et de façon à ce qu'il y soit répondu par oui ou par non ». Ces exigences, parfois contradictoires en pratique, donnent aussi lieu à un contrôle systématique et très poussé exercé par le Tribunal

⁴ Tribunal fédéral suisse, 10 avril 2019, affaires 1C_315/2018 et ss.

⁵ Si tant est qu'un réel équilibre soit possible : voir M. Revon, « Le dilemme référendaire entre légitimité démocratique et Etat de droit », *Romanian Journal of Comparative Law*, vol. 9, issue 1, 2018, pp. 44-58.

⁶ Dans la décision n° 87-226 DC du 2 juin 1987, *Référendum en Nouvelle Calédonie*, cette exigence avait été limitée aux consultations des populations d'Outre-Mer. Elle a été étendue à toutes les formes de consultation et de référendum à partir de la décision 2005-31 REF du 24 mars 2005, *Hauchemaille et Meyet*.

⁷ Voir notamment la décision 2005-31 REF.

constitutionnels. Aux Etats-Unis, la règle de « l'unité de matière »⁹ (« single subject rule »), ou de « vote séparé », visant à permettre aux citoyens de se prononcer sur chaque sujet abordé par une proposition de référendum de manière distincte, s'impose dans de nombreux Etats en matière d'initiative populaire. Elle est en principe vérifiée par une autorité non juridictionnelle, telle que le *Lieutenant governor* en Alaska ou *Secretary of State* en Californie, mais la décision de cette autorité peut faire l'objet d'un recours juridictionnel¹⁰. Ces quelques exemples montrent qu'une même exigence peut être déclinée de différentes façons selon les ordres juridiques, et donner lieu à différentes formes de contrôle.

D'ailleurs, le contrôle des référendums n'intervient pas forcément dans le cadre d'une procédure prévue par les textes, notamment constitutionnels et législatifs, prévoyant le mécanisme référendaire. Dans bien des cas, aucun contrôle juridictionnel n'est spécifiquement organisé, particulièrement lorsque le champ d'application du référendum est défini très largement (question d'intérêt national, par exemple) et qu'il est déclenché par les représentants (chef de l'Etat ou parlementaires). Toutefois, même dans ces cas-là, la question de la conformité du référendum peut se poser par rapport au cadre formel ou procédural et peut susciter l'intérêt d'un contrôle¹¹. Ce peut être le cas de l'exigence de ne pas convoquer un référendum à une période rapprochée d'autres élections, ou de ne pas proposer un sujet qui aurait été rejeté par référendum depuis moins d'un an. Le contrôle peut aussi s'inscrire dans le cadre normal d'un contrôle de légalité d'un acte administratif ou de constitutionnalité d'un acte législatif, par exemple. Ainsi, en France, les recours contre la décision d'organiser un référendum relatif à l'aéroport de Notre Dame des Landes étaient des recours en excès de pouvoir¹² et en référé¹³. Aux Etats-Unis, l'invalidation par la Cour suprême de toutes les dispositions étatiques refusant le mariage entre personnes de même sexes, dont certaines adoptées par référendum¹⁴, a trouvé place dans le cadre diffus du contrôle de la constitutionnalité des normes. En Espagne, les divers contrôles auxquels a procédé le Tribunal constitutionnel à propos des consultations sur l'indépendance organisées par les autorités catalanes¹⁵ entraient dans le cadre du recours en inconstitutionnalité des actes des collectivités autonomes prévu par l'article 161 de la Constitution. Un contrôle spécifique au référendum était d'autant moins prévu que ce type de référendum est interdit par la Constitution.

⁸ Ainsi, le référendum envisagé en 2014 sur l'adoption par des couples homosexuels comportait deux questions : 1 - « Acceptez-vous que le conjoint de droit ou de fait d'un couple de même sexe puisse adopter l'enfant du conjoint auquel il est uni ? » ; 2 - « Acceptez-vous que les couples de même sexe mariés ou vivant en concubinage puissent adopter ? ». La Cour, dans une décision n° 176 de 2014, a jugé que les citoyens pouvaient être tentés de répondre en bloc, de manière positive ou négative, aux deux questions sans mesurer la différence des enjeux dans chacune d'elles notamment en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant.

⁹ Que l'on retrouve en Suisse, mais qui est opéré par l'Assemblée fédérale, et que l'on retrouve exprimée différemment dans de nombreux systèmes organisant des procédures de référendum.

¹⁰ Voir par ex., Suprem Court of Alaska, 23 février 2007, *Alaskans For Efficient Government v. State*.

¹¹ Voir par ex. la décision du Conseil d'Etat grec à propos du référendum organisé le 5 juillet 2015 : E. Kopsidi, « Le référendum grec du 5 juillet 2015 : entre enjeux politiques et incertitudes constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 105-2016, pp. 241-249.

¹² Conseil d'Etat, 20 juin 2016, req. 400364.

¹³ Conseil d'Etat, 23 juin 2016, req. 400769.

¹⁴ Cour suprême des Etats-Unis, *Obergefell v. Hodges*, 26 juin 2015 : 576 US (2015).

¹⁵ Par ex., le Tribunal a été saisi de la constitutionnalité de la *Résolution du Parlement de Catalogne 5/X du 23 janvier 2013 approuvant la Déclaration de souveraineté et du droit à décider du peuple de Catalogne* (STC 42/2014 du 25 mars 2014), de la *loi du Parlement Catalan 10/2014, sur les consultations populaires non référendaires et autres formes de participation citoyenne* (STC 31/2015 du 25 février 2015) et des actes du Gouvernement de Catalogne relatifs à la *convocation des catalans, des catalanes et des personnes résidents en Catalogne pour qu'ils manifestent leur opinion sur l'avenir politique de la Catalogne le 9 novembre 2014* (STC 138/2015 du 11 juin 2015).

Toutefois, de plus en plus de Constitutions prévoyant des procédures référendaires, particulièrement à l'initiative des citoyens, tentent d'en faire un instrument relativement maîtrisé. Afin d'éviter si possible que le référendum soit un élément perturbateur de l'ordre juridique, les Constitutions établissent des conditions claires et prévoient de plus en plus souvent un contrôle juridictionnel des référendums souvent confié à la juridiction constitutionnelle au niveau national, lorsqu'une juridiction électorale n'est pas expressément prévue. Conscients de la tension entre la décision adoptée du peuple par voie de référendum et le contrôle juridictionnel du respect du cadre imposé au référendum, mais également des risques liés à la « plus-value de légitimité »¹⁶ qui accompagne une proposition adoptée directement par les citoyens à la majorité, de nombreux Etats ont cherché à éviter une confrontation entre le peuple et le juge en programmant un contrôle avant le vote. Ainsi, l'Albanie, la Bolivie, la Colombie, le Chili, l'Italie, le Portugal, par exemples, ont tous prévu des contrôles préalables obligatoires des propositions de référendum. En Croatie et en Slovénie, les cours constitutionnelles sont également compétentes pour contrôler les propositions de référendum mais leur saisine est facultative. Ces contrôles sont plus systématiquement prévus lorsque le référendum est d'initiative populaire, comme en Italie (art. 75), ou d'initiative minoritaire comme en France (article 11 al. 3) et que la proposition soumise au référendum est de rang infraconstitutionnel. Ainsi, en Italie, le référendum abrogatif de l'article 75 de la Constitution ne permet l'abrogation que de normes de rang législatif. De même, au Portugal, le référendum de l'article 115 ne peut être utilisé pour réviser la Constitution. En France, le référendum d'initiative partagée est également de type législatif.

Le contrôle préalable n'épuise pas, toutefois, tout risque de contrôle de constitutionnalité après le vote qui pourrait notamment être justifié par un changement de circonstances de droit¹⁷. Si en France, dans le cadre du référendum d'initiative partagée, et au Portugal, le contrôle préalable comprend à la fois la recevabilité *stricto sensu* du référendum par rapport au cadre qui lui est propre mais aussi sa conformité par rapport à l'ensemble des dispositions constitutionnelles, il n'en va pas de même en Italie. La Cour constitutionnelle italienne distingue soigneusement, le contrôle du cadre constitutionnel tiré de l'article 75 al. 2 de la Constitution, qui relève du contrôle de la recevabilité des référendums abrogatifs, du contrôle qu'elle pourrait opérer *a posteriori* dans le cadre de son contrôle incident de constitutionnalité des lois et actes ayant force de loi¹⁸. Or tout en affirmant que « l'hypothétique illégitimité constitutionnelle de la demande dans ses effets, ne peut être prise en considération et peser sur la déclaration de l'inadmissibilité de la demande référendaire »¹⁹, elle a opéré peu à peu un glissement vers la norme de résultat qui rend cette distinction assez artificielle.

Le contrôle opéré avant le vote semble logique et efficace dans le sens où il permet d'éviter la tenue d'un référendum qui ne répond pas aux conditions prévues par le texte. Toutefois, il n'est pas toujours bien perçu. Aux Etats-Unis, par exemple, les contrôles pratiqués avant le vote sont plutôt rares pour les scrutins organisés au niveau des Etats fédérés car ils peuvent être considérés comme portant atteinte au droit d'initiative populaire protégé par la Constitution de l'Etat et placé sur le même plan que d'autres principes ou droits constitutionnels. Par ailleurs, sauf inconstitutionnalité manifeste, les juridictions refusent de se prononcer tant que la législation n'a pas été adoptée car elles estiment qu'elles ne feraient que rendre un avis tant que

¹⁶ A. Baldassare, « Referendum et legislazione », in M. Luciani et M. Volpi (dir.), *Referendum*, Libri del tempo Laterza, 1992, p. 40.

¹⁷ Ce pourrait être le cas au Portugal, par exemple, mais pas en France puisque le Conseil constitutionnel refuse le contrôle des lois adoptées par référendum.

¹⁸ Compétence qu'elle tient de l'article 134 de la Constitution complété par la loi constitutionnelle n° 1 de 1953.

¹⁹ Décision n° 26 de 1987 (en ligne sur le site de la Cour constitutionnelle).

l'acte en cause n'a pas été définitivement adopté²⁰ et préfèrent se prononcer sur des cas concrets. Pourtant, des recours ont lieu tout au long des procédures référendaires aux Etats-Unis et il pourrait sembler préférable, dans de nombreux Etats, que ce contrôle soit pratiqué avant le vote. En effet, nombreux sont les juges élus au niveau des Etats fédérés. Or, en cas de confrontation entre ces juges et une proposition adoptée par le peuple, le risque est important qu'une décision de censure conduisant à annuler les résultats du scrutin dans leur totalité, pèse fortement sur le mandat de ces juges (procédure de *recall* ou de *retention election*) ou sur leur future réélection²¹.

Un autre critique que rencontre le contrôle préalable au vote, au-delà du cas des Etats-Unis, est lié au pouvoir d'interprétation du juge. Ainsi, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne a pu être critiquée pour avoir prévu des limites qui ne figuraient pas initialement dans la Constitution. En effet, le contrôle de la recevabilité confié à la Cour a permis à celle-ci à la fois de préciser les limites explicites prévues par l'article 75 al. 2 de la Constitution mais également de tenter d'endiguer les risques liés aux spécificités d'un référendum abrogatif, notamment celui de transformer une demande d'abrogation en véritable proposition. Dans une décision de 1978, elle a posé un certain nombre « d'hypothèses implicites d'irrecevabilité, inhérentes aux caractéristiques essentielles et nécessaires de l'institution d'un référendum abrogatif »²². La doctrine italienne a notamment critiqué l'interprétation du principe de clarté dérogé la Cour en dénonçant l'arbitraire de cette dernière, l'absence de sécurité juridique en raison de l'incapacité d'identifier une ligne jurisprudentielle claire et, d'une manière plus générale, les pouvoirs trop importants dont elle dispose²³. Sur le fondement de l'article 75 de la Constitution et de sa jurisprudence, la Cour a déclaré irrecevables 65 demandes sur les 151 propositions de référendum abrogatif qu'elle a eu à examiner entre 1972 et 2017^{24/25}.

De même, la Cour constitutionnelle slovène s'est opposée à des référendums en interprétant les limites au-delà du texte constitutionnel. L'article 90 de la Constitution prévoit la possibilité de recourir au référendum dans le cadre législatif. Ce mécanisme pouvait à l'origine être déclenché à l'initiative d'une minorité de citoyens ou à l'initiative d'une minorité parlementaire qui disposaient par ce biais-là de la possibilité de s'opposer à la politique gouvernementale²⁶. Sur la base de cette disposition, certains partis de l'opposition ont sollicité la tenue de référendums sur deux lois adoptées en 2011, et destinées à renforcer la stabilité du secteur bancaire pour éviter la faillite de l'Etat. Mettant en balance les différents intérêts en présence, la Cour a estimé qu'un certain nombre de « valeurs constitutionnelles », dont elle a donné une liste non limitative, étaient prioritaires par rapport au droit de demander l'organisation d'un référendum législatif²⁷. Ce faisant, elle a révélé des limites qui ont étendu sa prérogative de contrôle de manière

²⁰ Voir par ex. Suprem Court of Alaska, *Scott Kohlhaas, v. State of Alaska, Office of the Lieutenant Governor*, No. S-11866, November 17, 2006, à propos d'une initiative proposant la sécession de l'Alaska. Cette initiative a été déclarée inconstitutionnelle avant le vote car l'inconstitutionnalité était manifeste.

²¹ Voir notamment, J. Eule, « Crocodiles in the Bathtub : State Courts, Voter Initiatives and the Threat of Electoral Reprisal », *University of Colorado law review*, vol. 65, 1994, p. 737.

²² Décision n° 16 du 2 février 1978.

²³ Voir notamment, R. Modugno, « Il giudizio di ammissibilità dei referendum abrogativi », Giuffrè ed., 2005, en ligne sur http://www.acmolfetta.it/old/focus/fecondazione/ammissibilit_referendum.htm

²⁴ Etude prenant en compte l'ensemble des décisions rendues par la Cour dans le cadre de cette compétence jusqu'au 1^{er} juin 2019. La Cour n'a pas eu à examiner de demande en 2018 et en 2019.

²⁵ Ce qui suppose que la réponse à la demande d'abrogation soit positive à la suite d'un vote à la majorité des suffrages exprimés auquel la majorité des électeurs inscrits aura participé (article 75 al. 4 de la Constitution).

²⁶ Voir sur cette procédure en Slovénie, Voir R. Podoljnak, « Constitutional Reforms of Citizens-Initiated Referendums », *Revus*, 26, 2015, (disponible en ligne).

²⁷ Voir la décision du 17 décembre 2012, Principaux fondements de la décision, § 9, décision référencée U-II-1/12, U-II-2/12, disponible en anglais sur <http://odlocitve.us-rs.si/en/odlocitev/AN03605?q=referendum+2012>

considérable car l'examen pratiqué ne portait pas sur la manière dont la question est formulée, ni sur le respect de certaines limites préalablement définies, mais sur les conséquences même du référendum en cas de réponse positive, conséquences susceptibles d'évoluer en fonction du contexte du moment, en l'occurrence la situation de crise économique et financière traversée par la Slovénie. A la différence de l'Italie, cependant, une révision constitutionnelle est intervenue validant implicitement cette démarche de la Cour²⁸.

Le contrôle préalable des référendums présente donc des avantages pour la préservation de certaines valeurs fondamentales inscrites dans la Constitution mais aussi pour la préservation des juges et plus largement de l'Etat de droit mais il doit être exercé avec mesure sous peine d'être lui-même remis en cause.

La France, pour sa part, a inscrit un contrôle préalable des référendums dans la Constitution à l'occasion de l'introduction en 2008 du référendum d'initiative partagée. Toutefois, même avant 2008, le Conseil constitutionnel a développé une forme de contrôle préalable du référendum à partir de sa mission générale de surveillance des opérations référendaires.

II – L'adaptation du contrôle du juge constitutionnel en France

Plusieurs procédures de référendum sont prévues en France que ce soit au niveau local ou national. Les discussions sur le contentieux référendaire ont principalement porté sur les référendums nationaux. Quatre procédures de référendum peuvent être répertoriées au niveau national. L'article 11 de la Constitution prévoit deux types de référendum : un référendum à l'initiative du gouvernement ou du Parlement décidé par le Président de la République (art. 11 al. 1), un référendum à l'initiative d'une minorité parlementaire (1/5^e des membres du Parlement) devant être soutenue par une minorité de citoyens (10 % du corps électoral) qui sera obligatoire si le Parlement ne se saisit pas du texte (art. 11 al. 3) ; un référendum facultatif pour l'adhésion d'un nouvel Etat à l'Union européenne (art. 88-5) et un référendum intervenant dans le cadre de la procédure de révision constitutionnelle qui n'est obligatoire que si l'initiative de la révision provient des parlementaires (art. 89). Le Conseil constitutionnel est, en tant que juge des élections et des référendums, compétent pour l'ensemble de ces scrutins en vertu de l'article 60 de la Constitution qui dispose que : « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats »²⁹. Cette mission générale de surveillance des référendums est précisée par les articles 46 à 51 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel. D'après ces dispositions, le Conseil constitutionnel dispose de compétences consultatives sur l'organisation des opérations de référendum (art. 46)³⁰, de la possibilité de présenter des observations concernant la liste des organisations participant à la campagne officielle (art. 47), de la possibilité de désigner des délégués pour suivre les opérations électorales (art. 48), d'un rôle de surveillance lors du recensement général des opérations électorales (art. 49), d'une compétence juridictionnelle pour « examiner et trancher toutes les réclamations » (art. 50). Enfin, il est chargé de proclamer les résultats du scrutin (art. 51).

Seul le référendum d'initiative « partagée » (RIP) prévu par l'article 11 al. 3 de la Constitution donne lieu à un contrôle préalable obligatoire confié au Conseil constitutionnel qui porte à la

²⁸ La loi de révision constitutionnelle du 24 mai 2013 a modifié les articles 90, 97 et 99 de la Constitution slovène. L'article 90 de la Constitution, relatif au référendum législatif, ne laisse subsister que l'initiative populaire et énonce désormais un certain nombre de matières qui ne peuvent faire l'objet de demandes de référendum.

²⁹ La référence au titre XV a été ajoutée lors de la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution.

³⁰ L'article 46 dispose : « Le Conseil constitutionnel est consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum. Il est avisé sans délai de toute mesure prise à ce sujet ».

fois sur la vérification du nombre minimal de parlementaires requis pour initier la procédure, le respect du cadre du référendum posé par l'article 11 al. 1³¹, le respect de l'interdiction de proposer un référendum sur une disposition législative promulguée depuis moins d'un an et de proposer à nouveau un référendum sur un sujet rejeté par référendum depuis moins de deux ans³². Est également inclus dans le contrôle de la recevabilité du référendum, la vérification de la conformité de la proposition référendaire à l'ensemble des dispositions constitutionnelles³³. Un tel contrôle s'apparente donc à celui pratiqué par le Tribunal constitutionnel portugais. Dans un second temps, le Conseil constitutionnel vérifiera que le pourcentage de soutiens des citoyens exigé par la Constitution est atteint pour que la proposition d'initiative partagée puisse être soumise au Parlement³⁴. Il veille à la régularité des opérations de recueil des soutiens de la part des électeurs et dispose d'une compétence juridictionnelle pour toutes les réclamations relatives à ces opérations. Enfin, si le nombre de soutien est atteint et que le recours au référendum est décidé, le Conseil constitutionnel retrouve les compétences qu'il exerce pour tout référendum dans le cadre de la mission qu'il tient de l'article 60 de la Constitution. La première décision RIP, correspondant à la première phase de contrôle, a été rendue par le Conseil constitutionnel le 9 mai 2019³⁵.

Les référendums d'initiative partagée font donc l'objet de contrôles multiples correspondant à la spécificité du mode de déclenchement de la procédure, à une clarification de l'objet de la proposition qui ne peut qu'être infraconstitutionnelle, tout en s'insérant dans la logique de la mission de juge électoral assumée par le Conseil constitutionnel depuis 1958.

Cette « rationalisation »³⁶ de la procédure de RIP tranche avec la mission *a minima* confiée au Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 60 de la Constitution pour les autres types de référendums nationaux. En effet, ces derniers ne font l'objet ni d'un contrôle exprès de la recevabilité par rapport au cadre défini par la Constitution (art. 11 al. 1, art. 88-5 et art. 89³⁷), ni d'un contrôle de constitutionnalité qui pourrait intervenir, comme pour toute disposition législative, dans le cadre des compétences que le Conseil constitutionnel tient des articles 61 al. 2³⁸ ou 61-1 de la Constitution³⁹, une fois que le texte proposé a été adopté par référendum. En effet, saisi en 1962 de la loi référendaire modifiant la Constitution et la loi organique sur le mode d'élection du Président de la République, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent au motif qu'il ne disposait que d'une compétence d'attribution et que « les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »⁴⁰. Au contexte de l'époque, qui conduisait à opposer le Président De Gaulle, l'un des principaux auteurs de la Ve République, au Président

³¹ La proposition de loi référendaire ne peut porter que 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 ».

³² Art. 45-2 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel et 11 al. 3 et 6 de la Constitution.

³³ Art. 45-2 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel.

³⁴ Art. 45-4 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel.

³⁵ Décision n° 2019-1 RIP.

³⁶ Selon l'expression de P. Taillon, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ?*, Dalloz, 2012, notamment pp. 479-489.

³⁷ Pour l'article 89, il s'agirait notamment de vérifier que la proposition de révision de la Constitution respecte les limites matérielles, formelles et circonstancielles en matière de révision constitutionnelle rappelées par le Conseil constitutionnel lui-même dans la décision 312 DC du 2 septembre 1992, Maastricht II, cons. 19.

³⁸ Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962.

³⁹ Décision n°2014-392 QPC du 25 avril 2014.

⁴⁰ Décision n° 62-20 DC, précitée.

du Sénat, qu'une telle procédure entendait contourner, et au Conseil constitutionnel, bien trop jeune et manquant de légitimité face au Président de la République, s'ajoutait la rédaction large et ambiguë de l'article 11 al. 1^{er} rendant possible son utilisation pour modifier la Constitution. L'adoption de la loi référendaire a une majorité de 62,25 % a donné politiquement raison à l'interprétation retenue par le Président de Gaulle au détriment de celle avancée par le Président du Sénat et de l'avis négatif, mais non public, qu'aurait rendu le Conseil constitutionnel⁴¹.

Les révisions constitutionnelles de 1995 et 2008, alors même qu'elles ont modifié la procédure de l'article 11 n'ont pas clarifié les conditions du recours à l'article 11 al. 1^{er} et en particulier le point de savoir si cette disposition peut être utilisée de manière dérogatoire à l'article 89 pour réviser la Constitution, alors même qu'une telle interprétation est très contestée depuis 1962.

Pourtant, le Conseil constitutionnel a trouvé le moyen de faire évoluer les compétences qu'il tient de l'article 60 de la Constitution, et a ouvert la voie à un contrôle de la recevabilité. Jusqu'en 2000, le Conseil constitutionnel a limité sa compétence juridictionnelle dans le cadre de sa mission de surveillance du référendum, de telle manière qu'il n'acceptait d'examiner que les contestations « formulées à l'issue du scrutin contre les opérations effectuées »⁴² c'est-à-dire les opérations de vote et de dépouillement du référendum. Le contentieux, dans ce cadre strictement défini, manquait en outre de transparence. Cinq des neuf décisions REF concernant la proclamation des résultats des référendums nationaux organisés en France depuis 1961, ne font pas apparaître de manière précise les contestations et réclamations et la manière dont le Conseil constitutionnel a tranché le litige. A partir du référendum de 1988 sur la Nouvelle Calédonie⁴³, le Conseil constitutionnel se montrera plus prolix en détaillant les irrégularités relevées et les conséquences à la fois pour le bureau de vote mais également sur l'issue du scrutin⁴⁴.

A partir de 2000, le Conseil constitutionnel va étendre, à titre exceptionnel, ses compétences juridictionnelles au contentieux des actes préparatoires au scrutin. Il s'agit de l'ensemble des actes qui vont permettre l'organisation et le déroulement du référendum. Le décret fixant la date du référendum et prévoyant la convocation des électeurs, celui relatif à la campagne référendaire, celui déterminant la question posée et renvoyant à un texte qu'il est demandé au peuple d'approuver ou de rejeter, celui prévoyant la liste des organisations habilitées à user des moyens officiels de propagande sont autant d'actes qui participent à l'organisation du scrutin et qui échappaient jusque-là à tout contrôle, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat s'étant successivement déclarés incompétents⁴⁵. La conséquence était que les décrets présidentiels pris à l'occasion de l'organisation d'un référendum donnaient lieu certes à une consultation du Conseil constitutionnel portant notamment sur sa conformité au cadre posé par la Constitution, mais cet avis n'étant pas public, les initiateurs ne risquaient donc pas, en pratique, de voir leurs actes juridiques sanctionnés s'ils ne le respectaient pas. Sensible sans doute à cette situation difficilement tenable dans un Etat de droit, le Conseil constitutionnel est revenu en partie sur cette jurisprudence dans une décision *Hauchemaille* de 2000⁴⁶. Il a considéré en effet : « qu'en vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution, il appartient au Conseil constitutionnel de statuer

⁴¹ L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la Ve République, 1958-1965*, Plon, 1976, p. 225.

⁴² Décision 60-2 REF du Conseil constitutionnel du 23 déc. 1960, *Regroupement national*.

⁴³ Décision n° 88-14 REF du 9 novembre 1988.

⁴⁴ D'une manière générale, dans le cadre du contentieux électoral, la manière dont le Conseil constitutionnel a rédigé les décisions de proclamation des résultats a évolué vers plus de transparence. Concernant l'élection présidentielle, ce type de décision est devenu plus précis à partir de 1974 (décision n° 74-32 PDR du 24 mai 1974).

⁴⁵ Conseil constitutionnel, 60-2 REF du 23 déc. 1960, *Regroupement National* ; Conseil d'Etat, Ass., 19 octobre 1962, *Brocas*.

⁴⁶ Conseil constitutionnel, 2000-21 REF du 25 juillet 2000, *Hauchemaille*.

sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics » (cons. n° 5). Cela signifie que le principe d'une compétence strictement consultative sur les actes préparatoires au référendum demeure mais qu'à titre exceptionnel, des réclamations portant sur ces actes peuvent être déclarées recevables par le Conseil constitutionnel au cas où les irrégularités éventuelles auraient des conséquences particulièrement graves. Le Conseil d'Etat reste par ailleurs compétent pour des actes permanents relatifs à l'organisation du référendum et les actes détachables de l'opérations référendaire proprement dite tels que les arrêtés et les avis ministériels ou encore les décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel⁴⁷. Par le biais de sa jurisprudence *Hauchemaille*, le Conseil constitutionnel introduit donc une possibilité de contrôle de la recevabilité des demandes de référendum tentant ainsi de pallier l'absence totale de contrôle de l'utilisation de cet instrument. Ce contrôle est facultatif car il ne sera déclenché que si le Conseil constitutionnel est saisi d'un recours contre ces actes préparatoires.

Cette compétence admise du bout des lèvres par le Conseil constitutionnel, si elle est susceptible de jouer le rôle d'une épée de Damoclès prête à être lâchée en cas d'irrégularités graves, n'est pas entièrement satisfaisante car elle repose sur un principe de confiance quant à l'interprétation, par le Président de la République en particulier, des dispositions constitutionnelles autorisant le recours au référendum. L'absence de contrôle laisse, à l'autorité qui est chargée de déclencher le référendum, la liberté de décider en toute opportunité si la question soumise au référendum entre ou non dans le cadre défini. Au regard du caractère sacré attribué dans les faits à l'expression référendaire, une telle prérogative est en réalité un immense pouvoir conféré à l'autorité chargée de décider de ce déclenchement.

Depuis la jurisprudence *Hauchemaille*, une partie de la doctrine française estime que le Conseil constitutionnel peut désormais s'opposer à une telle interprétation et pourrait éviter qu'un référendum ne soit organisé sur une question qui échapperait au cadre prévu par l'article 11 al 1^{er} de la Constitution, ou même qui ne respecterait pas les conditions posées par l'article 89 al. 4 et 5 en cas de référendum organisé sur le fondement de l'article 89. Il s'agit toutefois de suppositions. En effet, dans sa décision *Hauchemaille et Meyet* du 24 mars 2005, le Conseil constitutionnel avait été conduit à vérifier notamment la légalité du décret organisant le référendum pourtant sur la loi de ratification du Traité instituant une Constitution pour l'Europe. A cette occasion, les requérants avançaient que la procédure de l'article 11 n'avait pas été respectée, et entacherait ainsi le décret de vices de forme et de procédure. Le requérant Hauchemaille en particulier demandait l'annulation du décret car le Premier ministre ne l'aurait pas signé, ce décret n'aurait pas été déposé sur le bureau de l'une des deux assemblées et n'aurait pas donné lieu à une déclaration suivie d'un débat. Le Conseil constitutionnel a accepté d'examiner ces griefs, donc a considéré que les conditions exceptionnelles permettant un contrôle juridictionnel avant le vote étaient réunies. Il a vérifié le respect du cadre formel et procédural posé par la Constitution et précisé par la loi organique mais a rejeté les arguments des requérants.

Un autre grief portait sur le fond. Les requérants estimaient que le Traité instituant une Constitution pour l'Europe, auquel renvoyait la loi de ratification soumise au référendum, était contraire à la Charte de l'environnement adossée à la Constitution quelques jours plus tôt. La particularité de la situation tenait au fait que le Conseil constitutionnel avait déjà vérifié, dans le cadre des compétences qu'il tient de l'article 54 de la Constitution, que le traité n'était pas

⁴⁷ Voir R. Ghévantian, « Conseil constitutionnel-Conseil d'Etat : le dialogue des juges », *Revue française de droit administratif*, 2000, pp. 1004-1008.

contraire à la Constitution mais, au moment de son contrôle, la Charte de l'environnement ne faisait pas encore partie du bloc de constitutionnalité. Cet élément nouveau pouvait justifier que le Conseil constitutionnel réexamine la compatibilité du Traité à la Constitution. Toutefois, il était saisi dans le cadre des compétences qu'il tient de l'article 60 de la Constitution, en tant que juge des référendums et non de juge de la constitutionnalité des traités. Cependant, le contrôle de légalité englobe le contrôle de constitutionnalité d'un acte administratif et si le Conseil constitutionnel avait accepté de vérifier le respect du cadre formel et procédural de l'article 11, il semblait logique que ce contrôle puisse également porter sur le fond. Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas répondu directement à la question et a estimé « qu'en tout état de cause le Traité n'est pas contraire à la Constitution ». Il n'est donc pas acquis que la jurisprudence *Hauchemaille* puisse empêcher la tenue d'un référendum qui serait contraire à la Constitution. D'autant que, lorsque la Constitution a été révisée en 2008 et que l'article 11 a été modifié pour introduire le RIP, aucune précision n'a été apportée concernant un éventuel contrôle juridictionnel préalable des autres référendums. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence *Hauchemaille* pose clairement la question du contrôle de toutes les conditions entourant le référendum que ce soit sur la forme ou sur le fond, et en particulier de sa constitutionnalité.

Les occasions sont rares pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur un référendum car les procédures référendaires sont elles-mêmes devenues exceptionnelles. Aucun référendum n'a été organisé depuis 2005. Pourtant, toute nouvelle décision du Conseil constitutionnel en la matière est observée de très près par la doctrine. La première décision RIP est une nouvelle fois une manifestation de l'intérêt d'un contrôle juridictionnel des référendums. En effet, on présente souvent le contrôle du référendum comme un obstacle au référendum. Or, ces dernières années, la jurisprudence du Conseil constitutionnel tend plutôt à démontrer que la justice (constitutionnelle en particulier) peut être protectrice des droits des citoyens et de l'expression de sa volonté. En effet, le contrôle de l'exigence de clarté et de loyauté de la consultation, même s'il est pratiqué *a minima* est déjà une garantie importante posée par le Conseil constitutionnel. En admettant le contrôle des actes préparatoires, même à titre exceptionnel, il suggère aux futurs présidents de la République, que le Conseil constitutionnel peut s'opposer juridiquement à un référendum qui déborderait du cadre prévu par l'article 11 ou qui ne respecterait pas un certain nombre de garanties démocratiques. Enfin, avec la première décision RIP, il valide la possibilité de déposer une proposition de RIP sur une question discutée par le parlement, tant que celle-ci n'a pas donné lieu à une disposition promulguée. Ce faisant, il se place en gardien de la prérogative de la minorité parlementaire mais également du droit des citoyens de soutenir une proposition d'initiative minoritaire. Cette interprétation s'inscrit dans la logique de la réforme constitutionnelle de 2008 consacrant de nouveaux droits pour les minorités parlementaires et pour les citoyens. Juger le référendum peut donc aussi être un atout pour les citoyens, contrairement aux idées reçues.