



HAL
open science

Le contentieux juridictionnel sur le référendum constitutionnel

Julien Giudicelli, Michele Massa

► **To cite this version:**

Julien Giudicelli, Michele Massa. Le contentieux juridictionnel sur le référendum constitutionnel. 2017. hal-03491827

HAL Id: hal-03491827

<https://hal.science/hal-03491827v1>

Submitted on 23 Jun 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.

Les sénateurs élus auraient été choisis entre les conseillers régionaux et les maires (chaque conseil aurait dû élire un maire et un nombre de conseillers variable selon la population régionale ; chaque Région aurait dû avoir un minimum de 2 sénateurs), soit 74 sénateurs-conseillers et 21 sénateurs-maires.

La doctrine constitutionnaliste italienne a montré beaucoup de perplexité sur le rôle que le nouveau Sénat aurait pu jouer.

D'une part, on soulignait sa faiblesse : il n'aurait pas voté la confiance au Gouvernement et sa participation à la procédure législative ordinaire aurait été éventuelle (mais nécessaire pour les lois d'exercice de la « clause de suprématie » et pour les lois de finances) et elle se serait limitée à la possibilité de proposer des amendements sur lesquels la Chambre des députés se serait prononcée en voie définitive.

De l'autre, on mettait l'accent sur sa force exagérée : il aurait participé, avec les mêmes pouvoirs que la Chambre des députés, à la procédure de révision constitutionnelle et à la procédure législative relative à la loi générale que le Parlement adopte pour l'actualisation du système juridique italien aux normes de l'Union européenne ; il aurait eu les mêmes pouvoirs de la Chambre des députés dans la procédure législative pour toutes les lois relatives au système des collectivités territoriales.

Il est très difficile d'établir quelle est la lecture correcte entre les deux. Seule la pratique des institutions aurait pu montrer les potentialités du nouveau régime du bicamérisme.

On peut quand même supposer que les exigences des collectivités territoriales auraient trouvé une possibilité de représentation plus forte que celle assurée par le système des Conférences État-Régions-Collectivités territoriales qui reste, aujourd'hui la seule forme de coordination entre les différents niveaux de gouvernement.

Et maintenant ? Quelles sont les conséquences de l'échec de la révision constitutionnelle sur les dynamiques de l'État régional ?

En considérant que la réforme aurait dû accroître l'influence de l'État, on pourrait penser que les Régions et les collectivités territoriales ont gagné sur le plan de l'autonomie.

Mais si l'on analyse la jurisprudence constitutionnelle de 2001 jusqu'à aujourd'hui, on peut formuler une conclusion différente.

La Cour constitutionnelle a donné une interprétation « déconstructionniste » du texte du Titre V de la Constitution. À titre d'exemple, on peut lire la décision n° 303 de 2003. La Cour

constitutionnelle a établi que « la limitation de l'action unificatrice de l'État aux matières expressément réservées à sa législation exclusive, ou à la fixation des principes fondamentaux dans les matières de législation concurrente, produirait une forte garantie des compétences législatives des Régions, mais elle déterminerait aussi une dévaluation excessive des exigences unitaires qui justifient, dans certaines circonstances, et même dans les régimes constitutionnels fortement orientés vers le pluralisme institutionnel, une dérogation à la répartition normale des compétences (on peut penser à la législation concurrente du système allemand *Konkurrierende Gesetzgebung*, ou à la clause de suprématie dans le système fédéral des États-Unis, *Supremacy Clause*) ».

Avec cette jurisprudence, la Cour constitutionnelle donne à l'État la possibilité de discipliner les matières qui, selon la lettre de la Constitution, auraient dû être réservées aux Régions, lorsque des exigences unitaires s'imposent sur l'autonomie territoriale ; et, évidemment, elle confère à soi-même la possibilité d'établir, *a posteriori*, si les exigences unitaires reconnues par le législateur national peuvent justifier la

compression de l'autonomie régionale.

On peut donc reformuler la conclusion.

La révision constitutionnelle aurait introduit une procédure législative formelle pour l'exercice de la clause de suprématie qui aurait permis d'évaluer les exigences d'intérêt national, *a priori*, sur la base de considérations politiques auxquelles le Sénat aurait participé en qualité de chambre représentative des institutions territoriales.

La clause de suprématie prétorienne, élaborée par la Cour constitutionnelle et qui a survécu au référendum du 4 décembre, peut être exercée selon la procédure législative normale ; elle ne permet pas aux Régions de participer à l'élaboration politique de la décision : les Régions peuvent seulement saisir la Cour constitutionnelle, *a posteriori*, et lui demander de contrôler la proportionnalité des évaluations des exigences d'intérêt national conduites par la loi de l'État.

Le référendum du 4 décembre a donc été une opportunité perdue pour rééquilibrer les dynamiques de l'État régional italien. ■ **Massimo Cavino** (Professeur de droit constitutionnel à l'Université du Piémont Oriental « Amedeo Avogadro »)



Le contentieux juridictionnel sur le référendum constitutionnel

Le référendum constitutionnel du 4 décembre 2016 a provoqué un débat pour le moins animé, qui a souvent dépassé toute mesure. Il a en partie eu lieu dans le cadre des différentes cours italiennes, incluse la Cour constitutionnelle : on a discuté du point de

savoir de quelle façon le corps électoral devrait être interpellé dans ce type de scrutins, afin que soient assurées la liberté et la pleine conscience du vote populaire. Il s'agit de questions connues des spécialistes ; beaucoup demeurent ouvertes, d'autres ont désormais reçu les

premières réponses jurisprudentielles. Les protagonistes et initiateurs des jugements rendus sont principalement issus de la société civile : des groupes de citoyens, en leur qualité d'électeurs (parmi lesquels quelques célèbres constitutionnalistes) ainsi qu'une association de consommateurs, connue en Italie pour son inclination au contentieux. Un procès administratif a été également initié par certains des parlementaires de l'opposition, qui avaient déjà présenté une des requêtes

référendaires à l'issue desquelles a été décrétée la tenue du scrutin référendaire. C'était la première fois qu'un contentieux de ce type prenait forme : dans l'histoire de la République, il y a eu d'autres référendums constitutionnels (en 2001 et 2006) mais qui n'avaient jamais été entourés d'autant de clameur juridictionnelle.

Devant le Tribunal civil de Milan a été présentée une action conservatoire pour la protection du droit à participer au référendum selon des modalités respectueuses de la liberté de vote de chaque électeur. Des questions en partie analogues ont été portées devant le Tribunal administratif régional de Rome, à travers un recours opéré contre le décret de convocation des électeurs.



L'association des consommateurs s'est également engagée sur d'autres voies, plus fantaisistes : il a été demandé au Bureau central pour le référendum près la Cour de cassation de modifier (ou révoquer) les actes de ce Bureau lui-même, préliminaires à la convocation des électeurs ; on a également demandé aux Sections réunies de la Cour de cassation de réformer soit les mesures du Bureau central, soit l'une des décisions entre-temps adoptées par le Tribunal administratif régional (TAR) de Rome (on peut consulter une synthèse de chaque décision, avec les références incluses, dans le *Bollettino delle questioni pendenti e delle decisioni di rilievo costituzionale dei giudici comuni*, n° 1/2017, *Forum di Quaderni costituzionali* ; la Cour constitutionnelle s'est prononcée dans l'ordonnance n° 256 de 2016, consultable sur le site officiel de la Cour).

Il y avait deux problèmes principaux dans ce contentieux. Le premier concernait le caractère unitaire de la question référendaire : les électeurs étaient appelés à se prononcer par « oui » ou par « non » en bloc, sur l'ensemble du projet de réforme, sans possibilité de distinguer et de choisir les parties avec lesquelles ils étaient en accord des autres ; les auteurs des recours prétendaient que cela était contraire à la condition d'homogénéité de la question référendaire, plusieurs fois affirmée par la Cour constitutionnelle

dans le cadre de sa jurisprudence sur les référendums abrogatifs de lois ordinaires (article 75 de la Constitution italienne). Le second concernait le texte spécifique de la question référendaire : au lieu d'indiquer chaque article de la Constitution dont on proposait la modification, la question mentionnait le seul intitulé de la loi constitutionnelle qu'avait retenu le Parlement (« Dispositions pour l'abandon du bicamérisme paritaire, la réduction du nombre de parlementaires, la restriction des coûts de fonctionnement des institutions, la suppression du conseil économique et social et la révision du Titre V de la deuxième partie de la Constitution »), mais qui était considéré comme trompeur en ce qu'il ne présentait qu'un seul des aspects des effets de la réforme, valorisant subrepticement la loi pour dans l'intention de pousser les électeurs à l'approuver.

Il faut également ajouter que la question avait été formulée par les magistrats du Bureau central. L'article 16 de la loi n° 352 de 1970 prévoit deux formules pour le référendum constitutionnel : une pour les lois de révision constitutionnelle, basée sur l'énumération des articles de la Constitution dont on propose la modification ; l'autre pour les autres lois constitutionnelles, basée sur le titre de la délibération parlementaire sur laquelle sont interpellés les électeurs. Conformément à la pratique qu'elle avait faite si elle avait précédemment, le Bureau central a retenu la seconde option : il a considéré que la loi avait une nature mixte, parce qu'elle ne visait pas seulement à amender des articles de la Constitution en vigueur, mais aussi à introduire des changements d'un autre type (par exemple en modifiant les articles d'autres lois constitutionnelles, ou en introduisant des dispositions nouvelles). Après avoir été élaborée par le Bureau central, la question avait été reprise dans le décret par lequel le président de la République avait, après délibération du Conseil des ministres, convoqué le scrutin, puis reproduite non seulement sur les bulletins mais aussi, par effet de contagion, sur tous les formats de communication institutionnelle pour l'information du public.

Aucune des initiatives juridictionnelles n'est parvenue à arrêter le scrutin référendaire. La route avait été initialement barrée par des obstacles procédurales : déterminer la question, comme aussi relever d'éventuels vices de constitutionnalité des règles sur le référendum, relève de la compétence exclusive du Bureau central ; les décisions

de cet organe ne sont pas assimilables à des mesures administratives et ne sont contrôlables par aucun juge, judiciaire ou administratif ; par ailleurs le Bureau central toujours considère pouvoir examiner des demandes de révocation de ses propres décisions, mais seulement en cas d'erreurs de fait et jamais si la procédure a été lancée et a débouché sur les mesures ultérieures qui sont de la compétence du gouvernement et du chef de l'État.

D'autres points sont en revanche demeurés moins définis dans les décisions, puisqu'ayant été considérés seulement par certaines d'entre elles ou seulement de façon incidente ; ou ces points ont été analysés au moyen d'argumentaires non uniformes ou non complètement développés (pour une première analyse, v. les contributions de D. Tega et R. Pinaridi, *Quaderni costituzionali*, n° 1/2017). L'exacte essence juridique des décisions du Bureau central ainsi que des actes présidentiels qui les réceptionnent demeurent incertains : le Bureau se présente comme juge de la légalité de la requête référendaire, mais la Cour de cassation dont il procède nie que ses mesures aient une nature juridictionnelle ; certaines les considèrent comme des actes neutres *sui generis* ; le Tribunal de Milan, cependant, décrit le décret présidentiel comme un acte politique, également incontrôlable, mais tout sauf neutre.

L'instance compétente pour garantir que les électeurs soient interpellés de façon correcte doit donc être exclusivement le Bureau central, en tant qu'instance concentrée, qui se prononce en première et dernière instance. Ses décisions seraient néanmoins probablement attaquables devant la Cour constitutionnelle, dans le cadre de sa compétence en conflit d'attributions, par les autres pouvoirs de l'État impliqués dans la procédure référendaire, inclus les promoteurs du référendum ; mais cette procédure est purement institutionnelle et objective, alors que les citoyens ne peuvent espérer aucune action individuelle en défense de leurs droits politiques subjectifs qui seraient éventuellement violés. Sont-ce alors des garanties suffisantes ?

Sur le plan substantiel, le Bureau central a défendu la formulation qu'il avait retenue, avec les arguments reportés plus haut. En revanche, sur la question de savoir si le vote aurait dû être subdivisé en plusieurs questions, portant chacun sur une partie homogène du débat parlementaire de la réforme, on peut seulement noter, dans un sens négatif, certaines considérations collatérales du Tribunal de Milan (plusieurs constitutionnalistes italiens s'étaient par ailleurs prononcés

dans le même sens dans leurs réponses à dix questions posées, *Quaderni costituzionali*, n° 2/2016). Le problème naît du fait que, à la différence du référendum abrogatif, le référendum constitutionnel s'insère dans l'iter de la formation d'un acte normatif et que, par

d'une révision constitutionnelle peuvent bien (et c'était le cas) avoir une interdépendance de fond, incompatible avec des votes populaires fractionnés.

En conclusion, bien que l'ordre juridique italien ne prévoit pas de recours individuels en cette matière, un

d'autres moyens, soit par la voie juridictionnelle. Pour l'heure, le système des garanties s'est montré impénétrable ; l'objectivité de la procédure de préparation du référendum a même été remarquée. On devra garder en mémoire cette scansion, quand arriveront de futures initiatives de réforme ; de sorte que tous puissent mieux pondérer les chances de réussite d'éventuelles contestations et en retrier les conséquences pour porter ces initiatives ou les contester. Le risque de contestations juridictionnelles d'initiatives politiques doit désormais toujours être pris en compte ; mais il est préférable que les doutes relatifs au caractère idoine de la méthode appliquée à des scansions si délicates de la vie républicaine soient dissous aussitôt, s'ils peuvent être prévenus ou, mieux encore, qu'ils ne soient pas soulevés inutilement. ■ **Michele Massa** (Professeur associé de droit constitutionnel à l'Université catholique Sacré-Cœur de Milan), traduction **Julien Giudicelli**.

Si l'on tient compte d'une partie des objets et des sujets en cause, il est évident qu'il y a eu une tentative de poursuivre le contentieux politique par d'autres moyens, soit par la voie juridictionnelle. Pour l'heure, le système des garanties s'est montré impénétrable ; l'objectivité de la procédure de préparation du référendum a même été remarquée.

conséquent, il a pour objet la délibération préalable du Parlement. Ce dernier peut certainement, s'il le veut, élaborer une réforme découpée en plusieurs textes distincts, à voter séparément ; mais il est en revanche difficile de procéder à une subdivision par la voie juridictionnelle, étant donné que les différentes parties

contentieux fourni s'est cependant fait jour à propos de ce scrutin ; il a été amplifié par les médias, ce qui a contribué à projeter une lumière sinistre sur le référendum. Si l'on tient compte d'une partie des objets et des sujets en cause, il est évident qu'il y a eu une tentative de poursuivre le contentieux politique par

La loi électorale après le contrôle de la Consulta : que reste-t-il de l'Italicum ?

« Concilier les principes constitutionnels de représentativité de la Chambre des députés et d'égalité du suffrage, d'une part, avec les objectifs - eux aussi de valeur constitutionnelle - de stabilité gouvernementale et de rapidité du processus décisionnel, d'autre part » : tel est le but de l'*Italicum*, sauvegardé, en principe, par la décision de la Cour constitutionnelle n° 35 du 25 janvier 2017 (cons. en droit n° 6).

La très attendue décision de la Cour constitutionnelle nous livre une loi électorale immédiatement applicable, qui n'est sortie que partiellement censurée du contrôle de constitutionnalité.

Ceux qui s'attendaient à une déclaration d'inconstitutionnalité de l'ensemble des correctifs majoritaires ont été déçus, car la Cour constitutionnelle n'a pas imposé le retour à un scrutin proportionnel pur. Elle a reconnu, d'une part, la conformité à la Constitution de la prime majoritaire et du seuil d'éligibilité fixé à 3%. Elle a néanmoins censuré, d'autre part, le dispositif qui caractérisait le système dans un sens excessivement majoritaire, à savoir le ballottage comme moyen pour attribuer cette prime. Par ailleurs, elle a également censuré les dispositions en matière de pluricandidatures, qui permettaient aux têtes de liste élues dans plusieurs collèges de choisir le collège d'élection.

La Cour constitutionnelle a donc partiellement réécrit la loi électorale pour l'élection

des députés, en la rendant immédiatement applicable aux prochaines législatives (I). Cependant, si la stabilité gouvernementale est l'objectif affiché de cette loi, son efficacité est compromise non seulement par la suppression du ballottage, mais surtout par le fait qu'elle n'est applicable que pour l'élection des députés (II).

I. - UNE LOI PARTIELLEMENT RÉÉCRITE ET IMMÉDIATEMENT APPLICABLE

La loi 6 mai 2015 n° 52, dite *Italicum*, applicable à partir du 1^{er} juillet 2016, avait pour objectif de garantir la stabilité et l'efficacité gouvernementales, en favorisant l'apparition d'un fait majoritaire. Pour ce faire, elle prévoyait essentiellement un mode de scrutin proportionnel avec des correctifs majoritaires. En effet, selon sa version initiale, les sièges auraient dû être repartis selon la méthode du plus fort reste parmi les listes ayant obtenu au moins le 3% des suffrages au niveau national, mais avec l'attribution de 340 sièges (correspondant à 55% des sièges, hormis les 12 réservés à la circonscription des Italiens établis à l'étranger) à la liste ayant obtenu au moins le 40% des voix sur base nationale ou, à défaut, à celle qui aurait remporté la majorité au second tour de ballottage organisé entre les deux listes arrivées en tête au premier tour. Aucun seuil de représentativité n'était prévu pour accéder au ballottage (art. 1 de la loi 6 mai 2015 n° 52, lettre d à f).

La saisine de la Cour constitutionnelle. Entre février et novembre 2016, la Cour constitutionnelle a été saisie par cinq tribunaux différents de plusieurs questions de constitutionnalité portant sur les dispositions de cette loi (sur la particularité de ces questions de



LA NUOVA LEGGE ELETTORALE
ITALICUM