



HAL
open science

25 ans de débats et de réformes sur les référendums en France : entre apparences et réalités

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

► **To cite this version:**

Marthe Fatin-Rouge Stefanini. 25 ans de débats et de réformes sur les référendums en France : entre apparences et réalités. *Revue française de droit constitutionnel*, 2014, 100. halshs-01464311

HAL Id: halshs-01464311

<https://shs.hal.science/halshs-01464311>

Submitted on 10 Feb 2017

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.

25 ans de débats et de réformes sur les référendums en France : entre apparences et réalités

MARTHE FATIN-ROUGE STEFANINI

Directrice de recherches au CNRS UMR 7318 DICE

Directrice-adjointe de l'ILF-GERJC, Aix-Marseille Université

La question du champ d'application des référendums, de ses modalités de déclenchement et surtout de leur contrôle fait partie de celles qui ont été les plus discutées ces 25 dernières années. Ces discussions ont commencé dès le référendum de 1962 par lequel le président de la République, Charles de Gaulle, a proposé au référendum un projet de loi permettant d'élire le Président de la République au suffrage universel direct. En 1990, ces débats ne s'étaient pas taris. A cette date, la France avait déjà réalisé vingt-et-un référendums au niveau national, depuis l'adoption de la Constitution de 1793, dont sept depuis 1958. Ces vingt-cinq dernières années, trois de plus seulement ont été organisés dont deux référendums en lien avec le processus d'intégration dans l'Union européenne. Le référendum du 20 septembre 1992, portant sur la loi de ratification du traité de Maastricht, a recueilli 51 % de suffrages favorables ; le référendum du 24 septembre 2000, portant sur la réduction de la durée du mandat présidentiel, a connu une très faible participation (30,2 % des électeurs inscrits) mais a permis l'adoption de la révision constitutionnelle avec 72,3 % de suffrages positifs ; enfin, le référendum du 29 mai 2005 portant sur la loi de ratification du traité instituant une Constitution pour l'Europe a, en revanche, été rejeté par 54,7 % des suffrages exprimés. Pendant la même période, des réformes ont été adoptées, mais toujours avec mesure et force de précautions, expression à la fois du souhait d'une plus grande participation des citoyens aux affaires publiques et de la méfiance envers les procédés de démocratie directe en raison du gêne perturbateur qu'elles contiennent. L'un des objectifs des trois grandes réformes qui ont été relatives aux référendums a été de faire en sorte que les citoyens soient « plus présents », pour reprendre la formule employée par le rapport du Comité Vedel de 1993¹ dont les conclusions n'ont pourtant pas été suivies, sur ce point, à l'époque. Parmi les propositions de ce Comité, figuraient l'élargissement du domaine de l'article 11 al. 1^{er} aux « garanties fondamentales des libertés publiques » ; faisant suite à l'idée d'un « référendum sur le référendum »², ayant fait long feu lors de la querelle sur l'enseignement privé en 1984. Ce Comité proposait également un contrôle préalable et obligatoire de tous les projets de loi soumis au référendum et l'introduction d'un référendum d'initiative minoritaire mais non populaire. Par la loi constitutionnelle du 4 août 1995, le champ d'application du référendum de l'article 11 a été certes élargi mais aux « réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics qui y concourent »³ et, dans un souci de revalorisation du rôle du Parlement, un alinéa indiquant que « Lorsque le référendum est organisé sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat » a été introduit. Les libertés « publiques » et leurs garanties fondamentales, du moins dans les débats, ont au contraire été soigneusement écartées du champ du référendum de l'article 11. Alors qu'on envisageait, quelques années auparavant, que le peuple puisse faire des choix concernant ses propres libertés, il a été jugé

¹ Comité consultatif pour la révision de la Constitution, Rapport remis au Président de la République le 15 février 1993, *JORF* n° 39 du 16 février 1993, p. 2537-2555. Ce comité avait été chargé de réfléchir sur des propositions visant notamment à « renforcer les droits des citoyens pour leur permettre d'accéder au Conseil constitutionnel et en élargissant le champ du référendum ».

² Voir L. Favoreu, « Le référendum sur le référendum : Exemple d'un débat anachronique », in *Droit, institutions et systèmes politiques*, Mélanges en hommage à Maurice Duverger, PUF, 1988, pp. 79-91.

³ La référence à l'approbation d'un accord de communauté a été supprimée.

plus prudent quelques années plus tard de ne pas permettre aux citoyens de se prononcer par référendum sur ce genre de question.

Le référendum a également été développé au niveau local. Par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République, signant l'Acte II de la décentralisation, le référendum local, qualifié de manière redondante de « décisionnel » par la doctrine, a été introduit à l'article 72-1 de la Constitution pour toutes les collectivités territoriales visées par l'article 72 de la Constitution (communes, départements, régions, collectivités à statut particulier, collectivités d'Outre-mer). Ce qualificatif de « décisionnel » était destiné à marquer la différence avec ce que l'on avait, à tort, tendance à qualifier de référendum avant 2003 : les consultations illégales d'avant 1992 puis les consultations locales autorisées par la loi n° 92-125 du 6 février 1992 pour les communes et par la loi n° 95-115 du 4 février 1995, pour les établissements publics de coopération intercommunale dans le cadre d'opérations d'aménagement. Avant 2003, le référendum local n'existait juridiquement que pour la fusion des communes en application de la loi du 16 juillet 1971 sur les fusions et regroupements de communes. La création du référendum local de l'article 72 répondait à plusieurs aspirations : conforter la démocratie « participative » et développer la démocratie de proximité en favorisant une plus grande implication des citoyens au niveau local ; diminuer l'abstention tant au niveau national que local ; et, dans le cadre du mouvement européen du développement de l'autonomie locale, rattraper un certain retard en matière de démocratie locale par rapport à d'autres Etats européens. Par ailleurs, plusieurs procédures de consultation ont été introduites au niveau local (art. 72-1 al. 3, 72-4, 73 al. 7). Depuis 2003, plusieurs collectivités territoriales situées outre-mer ont été appelées à se prononcer sur le fondement de l'article 72-4 et 73 de la Constitution concernant l'évolution de leur statut institutionnel.

La persistance de procédure plus souples pour les décideurs publics, telles que les consultations, l'encadrement très strict du référendum local et l'absence de référendum d'initiative populaire font que le recours au référendum reste finalement peu fréquent au niveau local et souvent mal utilisé⁴.

Toujours sur le plan local, mais pour une question ayant une dimension nationale, en 1998, a été adoptée une révision constitutionnelle permettant l'évolution statutaire de la Nouvelle-Calédonie. La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 insère un nouveau titre dans la Constitution ayant pour objet : les « dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie » et prévoyait l'organisation d'un référendum, réservé aux citoyens de Nouvelle-Calédonie, avant la fin de l'année 1998 sur l'accord de Nouméa. Cet accord a été approuvé par la population de Nouvelle-Calédonie le 8 novembre 1998 et un référendum d'autodétermination doit être organisé d'ici fin 2018.

Une meilleure implication des citoyens au niveau de l'Union européenne est également apparue nécessaire. Face à la contestation grandissante des citoyens devant un élargissement de l'Union européenne échappant à leur contrôle, la loi de révision constitutionnelle n°2005-204 du 1^{er} mars 2005, précédant la ratification du Traité instituant une Constitution pour l'Europe, avait prévu un référendum obligatoire pour toute nouvelle adhésion à l'Union européenne et aux communautés européenne. Cependant, devant l'hostilité des citoyens à l'Union européenne, manifestée par le rejet du traité proposé au référendum le 29 mai 2005, ce référendum obligatoire a été transformé, pour des raisons diplomatiques évidentes, en référendum facultatif par la loi constitutionnelle du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution. Le régime du référendum de l'article 88-5 s'aligne ainsi sur celui de l'adoption d'une révision constitutionnelle dans le cadre de l'article 89. Le

⁴ M. Fatin-Rouge Stéfanini, « Le référendum local de l'article 72-1 : premier bilan depuis 2003 », in A. Marceau (dir.), *La démocratie locale à la recherche d'un nouveau souffle*, L'Harmattan, 2013, pp. 253-265.

référendum est, en théorie, le principe et l'adoption par le congrès est l'exception ; cependant l'on sait qu'en pratique l'exception devient la règle en la matière.

Enfin, avec la révision constitutionnelle de grande envergure du 23 juillet 2008, ayant pour objet la modernisation des institutions de la Ve République, le champ d'application du référendum de l'article 11 al. 1^{er} est encore élargi puisqu'étendu aux réformes relatives à la politique « environnementale ». Par ailleurs, à la demande de l'opposition de l'époque, le référendum d'initiative « partagée », ressemblant fort au référendum d'initiative « minoritaire » proposé par le Comité Vedel, est introduit à l'article 11 al. 3 ainsi qu'un contrôle préalable obligatoire confié au Conseil constitutionnel sur les propositions de loi organisées dans ce cadre. L'encadrement de cette procédure par la Constitution est tel que d'aucuns s'interrogent tant sur l'intérêt, que sur l'utilité et l'efficacité de cette procédure⁵. En effet, le déclenchement de l'initiative partagée reste entre les mains des représentants : une minorité parlementaire, certes, ce qui fait de ce pouvoir d'initiative un nouveau droit de l'opposition. Les citoyens ne peuvent intervenir qu'au soutien d'une telle initiative et le nombre de signature requis est particulièrement élevé puisqu'il doit représenter 10 % du corps électoral soit près de 4,5 millions de signatures. Cette première modalité est déjà de nature à faire échouer de nombreuses procédures d'initiative « partagée ». Par ailleurs, même si ce cap est franchi, le texte peut-être repris et discuté par les assemblées, faisant en cela échec au référendum. Ce dernier n'est donc que le recours ultime et le risque qu'il se produise apparaît simplement, en définitive, comme un moyen de pression exercé sur les assemblées pour les forcer à discuter d'une question. D'ailleurs, personne n'est dupe quant à la portée de cette réforme. Jean-Pierre Sueur, rapporteur devant le Sénat, en 2013, du projet de loi organique mettant en œuvre l'article 11 alinéa 3, reconnaît que « La disposition s'apparente davantage à un droit de pétition contraignant le Parlement à examiner un texte qu'à une nouvelle modalité de consultation référendaire »⁶. Cinq longues années ont été nécessaires pour que les textes mettant en œuvre cette réforme soient enfin adoptés⁷, ce qui est très révélateur de l'hostilité de la classe politique dans son ensemble face à ce type de procédure. Enfin, cette réforme n'entrera en vigueur qu'à compter de janvier 2015. Certes, comme toute réforme, il est difficile de prédire quelle en sera l'utilisation et la portée ; toutefois, les conditions posées par les textes confortent l'idée que le recours au référendum restera très exceptionnel en France malgré cette évolution.

En définitive, si ces diverses réformes sont importantes dans les textes, elles n'ont eu pour l'instant que peu ou pas d'impact dans la pratique. L'extension du champ d'application du référendum en 1995 se voulait limitée pour éviter que le référendum ne devienne un « instrument de démagogie », selon les termes de Jacques Toubon, Ministre de la justice de l'époque et défendant le projet de loi devant les assemblées. Par une interprétation stricte des termes de « réforme pourtant sur la politique sociale ou économique de la Nation... », le souhait était de ne pas permettre qu'un référendum puisse porter sur des sujets de société tels que la peine de mort ou encore l'avortement, à la différence de ce qui se passe pourtant dans

⁵ Voir notamment F. Hamon, « Le référendum d'initiative partagée sera bientôt opérationnel mais l'on s'interroge encore sur son utilité », cette *Revue*, n° 98, 2014, pp. 253-268 ; M. Verpeaux, « Le nouveau référendum : mythe et réalités », *La semaine juridique*, éd. Générale, n° 5, 3 février 2014, 152.

⁶ Sénat, rapport fait par J.-P. Sueur au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale, *portant application de l'article 11 de la Constitution* et sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale *portant application de l'article 11 de la Constitution*, n° 373, 20 février 2013 (en ligne sur le site du Sénat).

⁷ Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 *portant application de l'article 11 de la Constitution*, *JORF* n° 284 du 7 déc. 2013, p. 19937 et loi n° 2013-1116 du 6 décembre 2013 *portant application de l'article 11 de la Constitution*, *JORF* n° 284 du 7 déc. 2013, p. 19939.

nombre de pays étrangers. Ce débat a été récemment rappelé d'ailleurs à propos des sollicitations de la part de l'UMP pour que soit organisé un référendum sur la législation relative au mariage et à l'adoption pour les couples de même sexe⁸. De fait, aucune réforme en matière économique, sociale ou environnementale n'a été proposée au référendum depuis 1995.

Par ailleurs, la révision constitutionnelle du 4 août 1995 a élargi le champ d'application de l'article 11 sans modifier cependant, l'article 89 de la Constitution. L'esprit de l'article 11 n'a donc pas été affecté et son utilisation par le président de la République pour réviser la Constitution n'a pas été explicitement écartée ; au contraire, elle a été expressément consacrée dans les travaux parlementaires de révision de la Constitution tant en 1995 qu'en 2008. L'esprit des textes tels que pensés par les auteurs de la Constitution de la Ve République continue donc de flotter sur les institutions, même si les évolutions auxquels il a été procédé en 55 ans sont nombreuses.

Or, les principaux reproches de la doctrine depuis l'organisation du référendum de 1962 sur l'élection du Président de la République au suffrage universel direct portaient justement sur le champ d'application de l'article 11 et la possibilité détenue par le président de la République de recourir à cette disposition pour modifier la Constitution, sans passer par la voie normale de l'article 89. Pourtant, une grande majorité de la doctrine était particulièrement favorable à cette évolution de l'article 11, et l'est toujours d'ailleurs, ce qui montre le peu d'influence que cette même doctrine peut avoir lorsque le politique reprend la main sur l'interprétation des dispositions constitutionnelles. Si le Comité Vedel avait proposé un élargissement à la fois du champ d'application de l'article 11, en l'étendant aux « libertés publiques », mais également de ses modalités de déclenchement, en prévoyant le droit d'initiative partagée⁹, il proposait également une clarification de l'utilisation de l'article 11 en introduisant en particulier un contrôle préalable et systématique du Conseil constitutionnel. Le Comité n'envisageait pas cependant que l'article 11 puisse être limité aux questions infra-constitutionnelles sans que l'article 89 ne soit modifié pour rendre la procédure de révision plus aisée pour la majorité politique en place. Ce ne fut pas la solution retenue. Si d'aucuns se sont engagés à ne pas utiliser l'article 11 pour réviser la Constitution, l'ambiguïté laissée dans le texte et la non mise en place d'un contrôle juridictionnel préalable de conformité à la Constitution des textes soumis au référendum laissait déjà penser que ce vœu pieux puisse ne pas être respecté. Par ailleurs, le projet de loi constitutionnelle de 1995 visait ouvertement à « ne pas repenser les équilibres institutionnels »¹⁰. Pierre Mazeaud, rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale, soulignait : « il n'apparaît pas souhaitable d'exclure le recours à l'article 11 pour réviser la Constitution, même si semble prévaloir désormais l'utilisation de l'article 89, car le référendum ne porte pas toujours en lui-même sa propre fin et peut être un moyen de résoudre une crise politique ou parlementaire : la question peut alors être seconde, l'essentiel étant d'en appeler au peuple ». Le spectre du « Gouvernement des juges », à travers de nouvelles compétences attribuées au Conseil constitutionnel, donc un renforcement de son rôle dans les institutions, avait également été avancé¹¹ par celui-là même qui, quelques années

⁸ Ce qui du même coup avait permis aux débats sur la mise en œuvre de l'article 11 alinéa 3 de reprendre devant les assemblées.

⁹ Voir le rapport du Comité rendu au Président de la République le 15 février 2013, article 11.

¹⁰ Assemblée nationale, Rapport fait par Pierre Mazeaud sur le projet de loi constitutionnelle n° 2120, *portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique et modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire*, n° 2138 du 5 juillet 1995 (en ligne sur le site de l'Assemblée nationale).

¹¹ « (...) le projet que nous examinons a pour ambition, non pas de repenser les équilibres institutionnels, mais seulement d'élargir le champ d'application du référendum ; ceci ne justifie pas en soi de consulter le Conseil constitutionnel, mais ne l'exclut pas ultérieurement. En outre, il faut compter avec les critiques portant sur le

plus tard, deviendra membre puis sera nommé Président du Conseil constitutionnel et conduira une politique jurisprudentielle relativement activiste¹².

Lors de la révision constitutionnelle de grande ampleur du 23 juillet 2008 sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, la question de la modification de l'article 11 et de l'introduction préalable d'un contrôle de constitutionnalité fut de nouveau posée. Il était possible d'aller plus loin qu'en 1995 puisqu'il s'agissait justement de réfléchir au rééquilibrage et à la modernisation des institutions. Cependant, et malgré les propositions du Comité Balladur, il a été de nouveau affirmé que cette ambiguïté de l'alinéa premier de l'article 11 devait être maintenue pour contourner un éventuel blocage du Sénat à un projet de révision constitutionnelle. Dans les deux cas, cela révèle bien l'attachement de la droite majoritaire à l'esprit des institutions telles que pensées par De Gaulle. D'ailleurs, si un contrôle préalable de la constitutionnalité des référendums a bien été mis en place par la révision de 2008, il ne concerne que le nouvel alinéa 3 de l'article 11 introduisant le référendum d'initiative minoritaire. Par conséquent, seules les initiatives de référendum proposées dans le cadre de l'article 11 alinéa 3 sont tenues d'être conformes non seulement au cadre posé par l'article 11 mais également à l'ensemble des normes constitutionnelles, sous peine d'irrecevabilité.

Pourtant la question du contrôle des référendums a connu des évolutions ces 25 dernières années. Certes, le Conseil constitutionnel a réitéré, bien qu'en des termes quelques peu différents, sa jurisprudence du 6 novembre 1962 dans laquelle il ne se reconnaissait pas compétent, dans le cadre des attributions que lui confie la Constitution et qui sont précisées par la loi organique sur le Conseil constitutionnel, pour contrôler « les lois qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ». En 1992, après trente années de débats et de critiques sur cette jurisprudence, aboutissant à un déni de justice pour les lois adoptées par référendum dans le cadre de l'article 11, nombreux étaient ceux qui pensaient que les conditions favorables à une évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière étaient réunies : le Conseil constitutionnel avait mûri et s'était affirmé comme défenseur des droits et des libertés et, au-delà, comme garant de l'Etat de droit en assumant sa fonction de juridiction constitutionnelle. Il ne pouvait donc plus se présenter comme un simple « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics ». En outre, la loi soumise au référendum était une loi ordinaire et non plus constitutionnelle comme en 1962, puisqu'il s'agissait de la loi de ratification du Traité de Maastricht. Elle devait donc nécessairement respecter la Constitution. Pourtant, la déception fut grande, pour une part de la doctrine, lorsque par la décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992 le Conseil constitutionnel renouvela sa déclaration d'incompétence au nom, cette fois-ci, outre sa compétence d'attribution, de « l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution ». Cependant, ce refus pouvait s'expliquer par les modalités même du contrôle de constitutionnalité en France qui, jusqu'en 2010, était exclusivement *a priori*. Ce qui avait pour effet d'obliger le Conseil constitutionnel à se prononcer juste après la tenue du scrutin référendaire, situation pour le moins inconfortable en termes de légitimité pour le juge constitutionnel vis-à-vis du peuple. Or, à l'étranger, lorsque la loi soumise au référendum ne

« gouvernement des juges », le contrôle de constitutionnalité ayant connu un développement remarquable en France alors même qu'il n'a été introduit qu'en 1958 et sur des bases modestes : une pause doit sans doute être marquée avant d'aller plus loin encore dans l'extension des compétences de la cour constitutionnelle », Pierre Mazeaud, *ibid.*

¹² Seules les archives pourront nous révéler dans quelques années quelle a pu être l'influence de Pierre Mazeaud dans l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de contrôle des actes préparatoires au référendum.

bénéficie pas d'un contrôle préalable obligatoire, comme au Portugal par exemple, cette loi, une fois entrée dans l'ordre juridique ne fait pas l'objet d'un régime juridique particulier du fait qu'elle ait été adoptée par référendum. Elle peut donc être soumise au contrôle de constitutionnalité du juge, contrôle qui se situe dans la plupart des cas *a posteriori*, donc une fois que la norme est entrée en vigueur dans l'ordre juridique. La nature référendaire de la loi est pour ainsi dire oubliée.

Avec l'entrée en vigueur de la QPC, cette question n'a pas tardé à se poser en France. Cependant, le Conseil constitutionnel n'a pas souhaité modifier sa jurisprudence et, par une décision 392 QPC du 25 avril 2014, il s'est déclaré incompétent pour contrôler une disposition provenant de la loi du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle Calédonie en 1998, adoptée par le référendum. Cette prise de position s'inscrit d'ailleurs dans la logique du raisonnement suivi dans le cadre du contrôle *a priori* et il n'y avait pas d'argument juridique suffisamment solide pour justifier que le Conseil constitutionnel accepte dans le cadre *a posteriori*, une compétence qu'il refuse de développer dans le cadre *a priori*. Au contraire, les révisions de l'article 11, tant en 1995 qu'en 2008, ont clairement écarté l'idée d'un contrôle de la loi référendaire de l'article 11 al. 1^{er} par le Conseil constitutionnel, que cette loi soit de rang constitutionnel ou infra-constitutionnel.

Il serait pourtant inexact d'affirmer que rien n'a évolué en matière de contrôle du référendum depuis 25 ans. Au contraire, la compétence du Conseil constitutionnel n'a cessé de se renforcer en la matière montrant à la fois la méfiance suscitée par les référendums et la consécration progressive de la fonction du Conseil constitutionnel comme gardien de la Constitution et de l'Etat de droit.

En effet, le Conseil constitutionnel dispose de compétences au titre de l'article 60 de la Constitution qui prévoit : « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV¹³. Il en proclame les résultats ». Or, avant 2000, cette compétence était entendue de manière restrictive puisqu'il n'acceptait d'exercer de contrôle juridictionnel qu'à l'issue du scrutin et sur les opérations de vote et de dépouillement. Avant le vote, il n'acceptait d'intervenir qu'à titre consultatif. Désormais, il accepte de connaître de réclamations et de se prononcer de manière exceptionnelle avant le vote, sur la régularité des actes préparatoires au référendum dans la mesure où si une irrecevabilité était opposée à ce type de contestation cela « 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 »¹⁴. Cette décision est importante car elle permet au Conseil constitutionnel de contrôler, en particulier, le décret du Président de la République décidant de soumettre un projet de loi au référendum et le décret portant organisation du référendum. Or, le référendum de 2005, portant sur le projet de loi de ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, a révélé que ce contrôle pouvait être assez poussé puisque dans la décision *Hauchemaille et Meyet* du 24 mars 2005, le Conseil constitutionnel a accepté d'examiner des moyens liés à la légalité externe du premier décret tenant au respect des exigences de forme et de procédure posées par l'article 11 de la Constitution¹⁵. Il s'est, en revanche, montré prudent quant aux moyens tirés de la légalité interne du décret et contestant la conformité à la Constitution du Traité soumis

¹³ Dans la version initiale de cet article, la référence aux articles 11, 89 et au titre XV n'existait pas. Elle a été introduite par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République, pour les articles 11 et 89, pour élargir le domaine de compétence du Conseil constitutionnel les référendums locaux. Par ailleurs, la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 a introduit la référence au titre XV.

¹⁴ CC, décis. n° 2000-21 REF, 25 juillet 2000, *Hauchemaille*.

¹⁵ CC, décis. n° 2005-31 REF, 24 mars 2005, *Hauchemaille et Meyet*.

au référendum. La question qui se posait était de savoir s'il pouvait prolonger ce contrôle du respect des exigences formelles et procédurales de l'article 11 par un respect du cadre matériel de l'article 11. Or, s'agissant d'une loi de ratification d'un traité international celui-ci doit avoir, selon les termes de l'article 11, « une incidence sur les institutions » mais « sans être contraire à la Constitution ». Faisant preuve d'audace, mais s'abritant derrière une formule d'évitement et sans motiver davantage sa décision, le Conseil constitutionnel déclara « qu'en tout état de cause, le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'est pas contraire à la Charte de l'environnement de 2004 ». Cette Charte venait juste d'entrer en vigueur par l'adoption de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. Si le Traité avait bien fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité préalable à sa ratification dans le cadre de l'article 54 de la Constitution¹⁶, la Charte de l'environnement introduisait un changement de circonstances de droit qui pouvait justifier un nouveau contrôle de constitutionnalité. La formule évasive utilisée par le Conseil constitutionnel laisse penser qu'il pourrait, s'il l'estimait nécessaire, se déclarer compétent. Or, cette possibilité de contrôle a une portée particulièrement importante puisqu'il concerne également les référendums de l'article 88-5 et 89 de la Constitution. En effet, ce contrôle préalable, s'il était accepté, permettrait notamment au Conseil constitutionnel de vérifier que les limites circonstancielles et matérielles à la révision constitutionnelle prévues par l'article 89 sont respectées. Il pourrait, par conséquent, vérifier que le projet ou la proposition de loi constitutionnelle soumise au référendum ne porte pas atteinte à la forme républicaine du Gouvernement. La jurisprudence *Hauchemaille* du 25 juillet 2000 donne donc les moyens au Conseil constitutionnel de s'opposer à la tenue d'un référendum, qu'il soit de l'article 11, 88-5 ou 89, en ne s'attaquant pas à la loi référendaire en elle-même mais aux actes préparatoires au référendum. Par un effet d'enchaînement, la portée de la compétence que se reconnaît le Conseil constitutionnel depuis 2000 est donc considérable mais place le Conseil constitutionnel dans une situation délicate. Si le Conseil constitutionnel va jusqu'au bout des potentialités que lui offre cette compétence tirée de l'article 60, il devient indirectement juge de la recevabilité de toutes les demandes de référendum au niveau national quelle que soit la place dans la hiérarchie des normes des lois soumises au référendum. D'aucuns trouveront certainement qu'il s'agit d'un pouvoir excessif pour un juge dont on craint l'omnipotence. En revanche, s'il se déclarait clairement non compétent, il ne pourrait empêcher un recours abusif à l'article 11 ou un non-respect des limites de l'article 89. Pourtant, c'est cette seconde voie, celle de la modération donc de l'incompétence, qui pourrait tenter le Conseil constitutionnel si la question venait à se poser à nouveau. Cependant, cela révélerait un paradoxe puisqu'il ne serait pas logique qu'il accepte de contrôler les limites formelles de l'article 11 et non les limites matérielles de l'article 11. En définitive, soit il risque de se contredire, soit il risque de subir les critiques d'un « Gouvernement des juges ».

Toujours par le biais de la jurisprudence *Hauchemaille* de 2000, un autre progrès a été réalisé en matière de contrôle des référendums ; celui ayant permis au Conseil constitutionnel de dégager une exigence constitutionnelle qui en 1987 avait été injustement circonscrite aux consultations des populations d'outre-mer¹⁷ : l'exigence de clarté et de loyauté des « consultations référendaires ». Depuis la décision *Hauchemaille et Meyet* du 24 mars 2005, le Conseil constitutionnel accepte de vérifier le respect de cette exigence pour tous les référendums nationaux. Cette exigence vaut par ailleurs, pour toute consultation ou référendum que ce soit au niveau national ou local. Là encore, la portée de cette exigence peut être interprétée largement et permettre notamment de vérifier la manière dont la question est formulée ce qui permettrait de garantir la liberté de vote des citoyens, c'est-à-dire de s'assurer

¹⁶ CC, décis. n° 2005-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

¹⁷ CC, décis. n° 87-226 DC, 2 juin 1987, *Consultations des populations calédoniennes*.

à la fois que la question est clairement posée mais également que les effets de l'adoption de la loi référendaire puissent être clairement identifiés.

Enfin, au titre des évolutions notables en matière de contrôle des référendums, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit au profit du Conseil constitutionnel une procédure de contrôle des propositions de loi susceptibles d'être soumises à un référendum dans le cadre de la procédure de l'article 11 alinéa 3. En fait, il ne s'agit pas d'un seul contrôle mais de plusieurs examens qui sont confiés au Conseil constitutionnel. Trois temps doivent être distingués : lorsque la proposition de loi intervenant dans le cadre de l'article 11 al. 3 est déposée ; ensuite, lorsque cette proposition, une fois validée, doit recueillir des soutiens sous forme de pétition ; enfin, lorsqu'un référendum est organisé. L'originalité tient aux deux premières phases du contrôle. Concernant la proposition de loi, le Conseil constitutionnel va d'une part procéder à un examen de la recevabilité de la proposition tant sur le plan formel que matériel et d'autre part, contrôler la constitutionnalité de la proposition (article 45-2 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel). Il va, en effet, vérifier d'une part que le pourcentage requis de soutien parlementaire de la proposition a bien été atteint. Il va vérifier ensuite la recevabilité matérielle de la proposition, contrôle qui correspond au contrôle opéré par la Cour constitutionnelle italienne, par exemple, pour les référendums abrogatifs de l'article 75 de la Constitution. Il s'agit de vérifier que le champ d'application de l'article 11 a bien été respecté. En troisième lieu, il va également s'assurer que les autres exigences de l'article 11 ont bien été suivies : la proposition ne doit pas avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an (art. 11 al. 3) ; si un référendum a déjà été organisé sur un sujet et qu'il a obtenu un résultat négatif, aucune nouvelle proposition de référendum portant sur le même sujet ne doit être présentée avant l'expiration d'un délai de deux ans (art. 11 al. 6). Le Conseil constitutionnel examine également la recevabilité financière de la proposition¹⁸, examen auxquelles les assemblées elles-mêmes ne peuvent pas procéder, ce qui est l'une des originalités de ces propositions de loi rentrant dans le cadre de l'article 11 al. 3¹⁹.

Enfin, le Conseil constitutionnel vérifie la constitutionnalité de la proposition de loi par rapport à l'ensemble des normes constitutionnelles. Sont ainsi distingués d'une part, le contrôle de la recevabilité des propositions de référendum l'article 11 al. 3 par rapport aux conditions posées par l'article 11 et le contrôle de la constitutionnalité pleine et entière de la proposition soumise au référendum. Ce double contrôle s'apparente à celui conféré au Tribunal constitutionnel portugais pour les référendums nationaux et locaux²⁰ mais n'est pas aussi poussé car, notamment, aucun contrôle systématique de la clarté, au sens large du terme, de la question posée n'est prévu.

Une fois, la proposition validée s'ouvre une seconde période, celle d'une vérification de la régularité du recueil des signatures (article 45-4 à 45-6 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel).

Enfin, si le référendum est organisé, le Conseil constitutionnel retrouve les compétences qu'il tient de l'article 60. La loi organique du 6 décembre 2013 ne prévoit pas de disposition particulière sur ce point. L'une des questions qui se pose est alors de savoir quelle sera l'étendue du contrôle que pourra exercer le Conseil constitutionnel sur les actes préparatoires

¹⁸ CC, décis. n° 2013-681 DC, 5 décembre 2013.

¹⁹ Voir E. Oliva, « Initiative partagée » et protection constitutionnelle des finances publiques : la décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution », *RFDC*, n° 99, à paraître.

²⁰ Article 115 de la Constitution portugaise.

au référendum sachant d'une part, que l'examen de la recevabilité et de la constitutionnalité de la proposition de loi soumise au référendum aura déjà été opéré et que le contrôle des actes préparatoires au référendum sera d'autant plus limité qu'il est admis à titre exceptionnel par le Conseil constitutionnel et sur des actes n'ayant pas un caractère permanent. Une fois de plus, il est regrettable qu'aucune exigence relative à la clarté de la question posée n'ait été prévue. Cependant, le Conseil constitutionnel ne pourrait-il pas développer ce contrôle, et en faire une exigence systématique, dans le cadre de l'examen préalable de la recevabilité de la proposition de loi soumise dans le cadre de l'article 11alinéa 3, d'autant que ces propositions de loi se distinguent des propositions de loi ordinaire ? En effet, le fait même que ces propositions de loi s'inscrivent dans le cadre d'une initiative partagée destinée à l'organisation éventuelle d'un référendum pourrait justifier le développement d'exigences spécifiques. Il pourrait suivre en cela l'exemple parfois très critiqué du contrôle développé par la Cour constitutionnelle italienne dans le cadre des propositions de référendum de l'article 75 de la Constitution. Avec le recul par rapport aux expériences étrangères et la modération dont sait faire preuve le Conseil constitutionnel, ce contrôle pourrait être développé avec juste mesure.

Toutes ces hypothèses ne pourront être vérifiées que par la pratique de nouveaux référendums. Or, depuis près de dix ans, aucun référendum national n'a été organisé. Les 25 dernières années ont donc connu des réformes permettant plus de référendum, mais une pratique en baisse que contrediront peut-être les 25 prochaines années. Il reste cependant, une réforme à faire pour limiter le champ d'application de l'article 11 aux lois infra-constitutionnelles afin d'éviter que les lois référendaires de l'article 11 al. 1^{er} continuent à échapper à un contrôle du juge constitutionnel. Les institutions de la Ve République étaient destinées à être modifiées car elles ont été pensées pour répondre à une situation exceptionnelle dans une période exceptionnelle. L'obstacle du Sénat à une révision de la Constitution pourrait être surmonté autrement que par le maintien d'une possibilité de dérogation au mode normal de révision de la Constitution par le biais de l'article 11. Le pouvoir dont dispose le président de la République dans ce cadre, et l'absence de contrôle de son utilisation, laisse planer un danger pour les institutions qui apparaît en décalage avec les garanties souhaitables aujourd'hui dans un Etat de droit. Certes, faute de nouveau recours au référendum de l'article 11, depuis 1969, pour réviser la Constitution, ce risque semble lointain et peu probable. Quand bien même il serait de nouveau recouru à l'article 11 de la Constitution pour réviser la Constitution, on compte sur les pouvoirs publics dans leur ensemble, et sur le Conseil constitutionnel en particulier, pour éviter que ce procédé soit utilisé de manière abusive et contraire à l'Etat de droit. Mais cette confiance dans le bon fonctionnement des institutions reste-t-elle suffisante ?