

# Droit constitutionnel comparé

## Le référendum législatif : une hydre institutionnelle française

*Jean-Christophe MÉNARD*

Docteur en droit (Institut de Droit Public – Université de Poitiers)  
Chargé d'enseignement à l'Institut d'Études Politiques de Paris

Dans le contexte d'un débat législatif relatif à la réforme statutaire de la Poste française, une « votation citoyenne » tendant à l'organisation d'un référendum sur l'avenir de La Poste a été organisée, en vain, au début du mois d'octobre 2009 par un « Comité national contre la privatisation de La Poste, pour un débat public et un référendum sur le service public postal » regroupant de nombreuses associations, ainsi que « l'ensemble des syndicats et des partis de gauche ». Le fait que ce référendum n'ait pas été organisé renvoie à une ambiguïté de ce que l'on peut appeler la « nouvelle question référendaire » : les facultés constitutionnelles de recourir à une telle procédure au niveau national se sont accrues en moins de quinze ans, sans que les opportunités d'y recourir se soient développées. En effet, les gouvernements successifs ont refusé l'organisation d'un référendum sur de nombreux textes – la loi sur le service minimum dans les ser-

vices publics de transports<sup>1</sup>, la loi sur le service minimum dans le service public scolaire<sup>2</sup>, la loi « Création et Internet »<sup>3</sup>, la loi sur le statut de la Poste, pour ne citer que des exemples récents – paradigmatiques des intentions successives du « pouvoir constituant » d'élargir le champ d'application du référendum législatif ou d'en faciliter l'organisation. Outre les

---

<sup>1</sup> *Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, J.O. 22 août 2007, p. 13956.

<sup>2</sup> *Loi n° 2008-790 du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire*, J.O. 21 août 2008, p. 13076.

<sup>3</sup> *Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, J.O. 13 juin 2009, p. 9666.

deux révisions constitutionnelles de 1995 et de 2008 auxquelles la présente étude est spécialement attachée, il convient en effet de compter la révision constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 qui avait prévu (nouvel article 88-5 de la Constitution) que toute nouvelle adhésion à l'Union européenne, à l'exception de celle de la Croatie, devait obligatoirement faire l'objet en France d'une autorisation de ratification du traité idoine par voie référendaire. Depuis, l'article 44 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 portant modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République<sup>4</sup> a réécrit l'article 88-5 de la Constitution afin d'atténuer la portée de la dépossession parlementaire définie en 2005. On rappellera encore que le référendum local décisoire a, pour sa part, été introduit dans la Constitution par la *Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République*<sup>5</sup>. Si cette consécration a été « tardive », la raison en est une défiance d'une nature comparable à celle qui a pendant longtemps frappé d'opprobre le référendum législatif national (exclusivisme de la représentation politique, crainte par les élus locaux d'une « dépossession », imputation d'une « incompétence » des électeurs, crainte du phénomène « NIMBY »<sup>6</sup>).

Analysés dans une sorte de « champ-contrechamp » avec la densité intellectuelle de la question référendaire en 1958, (I) les appels plus contemporains à un peuple législateur, les réponses constitutionnelles qui leur ont été données, et les refus gouvernementaux successifs d'organiser des référendums suggèrent qu'il y a comme une dégradation de la question référendaire. Une dégradation telle que l'on peut se demander si les révisions de 1995 et 2008 ne sont pas plutôt des « dénégations accusatrices » du refus fondamental du référendum par le personnel politique électif (II).

## I. L'apurement technocratique du passif républicain

L'article 11 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République ne résonne plus guère de certains questionnements fondamentaux qui en ont accompagné la gestation et, spécialement, des doctrines constitutionnelles et politiques qui, dans le foisonnement intellectuel des années d'avant-guerre et d'après-guerre, tendaient à fonder une éventuelle intégration du référendum dans la pratique institutionnelle. Il est vrai que ces doctrines avaient un caractère circonstanciel et « orthopédique » déterminé par l'omnipotence du Parlement et ses conséquences (l'effacement du Président de la République, l'instabilité ministérielle). Les *principes* proposés par ces doctrines et, dont l'article 11 ne résonne plus guère, tendaient non pas à nier la valeur intrinsèque du schéma représentatif, mais à présenter ce dernier comme une espérance jamais réalisée (A) et absolument irréductible au « parlementarisme absolu » (B).

<sup>4</sup> *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République*, J.O. 24 juil. 2008, p. 11890.

<sup>5</sup> J.O. 29 mars 2003, p. 5568.

<sup>6</sup> « Not in my back yard » (« Pas dans mon jardin »). Sur ce phénomène, voir notamment: Arthur JOBERT, « L'aménagement en politique, ou ce que le syndrome Nimby nous dit de l'intérêt général », *Politix* 1998.42.67.

## A. Caractère fictionnel et aporétique du régime représentatif

À la thèse de l'incommunicabilité entre le référendum et le régime représentatif, les partisans du référendum dans les années 30 et 40 répondirent en mettant d'abord en avant certaines contradictions internes à la théorie du régime représentatif. Les termes de cette « déconstruction » ont été analysés précisément par Jean-Marie Denquin qui faisait ainsi remarquer que, « si on dénie aux individus concrets le droit de vouloir au nom de la Nation, pourquoi leur reconnaît-on celui de désigner les hommes qui jouiront de ce pouvoir ? Pourquoi surtout remettre périodiquement cette désignation en cause ? »<sup>7</sup>. Cet argument était d'autant plus remarquable que la périodicité des élections vise à écarter le risque d'une abdication de la souveraineté nationale par la voie de la délégation. Autrement dit, et *in fine*, la question était de savoir si la périodicité des élections ne favorise pas une décision au fond.

Le « détricotage » doctrinal de la thèse de l'incommunicabilité entre référendum et régime représentatif procédait encore d'une analyse du droit positif dont la conclusion était que le régime représentatif n'avait en fait jamais existé, du moins dans sa pureté théorique<sup>8</sup>. Il s'agissait alors, « sur la base de constata-

tions réalistes »<sup>9</sup>, de montrer que le régime représentatif n'a jamais dépassé le stade de l'abstraction que pendant une très courte période et qu'il n'a cessé de connaître des « déviations considérables ».

Adhémar Esmein, qui en a pourtant été un fervent défenseur, fut le premier à démontrer que le régime représentatif avait perdu sa pureté primitive pour donner naissance à une forme « bâtarde » de gouvernement qu'il définit comme étant « semi-représentatif »<sup>10</sup>. Or, le régime semi-représentatif est intermédiaire entre le gouvernement représentatif pur, qui ne donne aux citoyens que le droit de choisir la personne des gouvernants, et le gouvernement direct qui donne aux citoyens le pouvoir de voter les lois. Le gouvernement semi-représentatif consiste en ce que les décisions politiques continuent à être prises par les autorités constituées, mais les élections sont conçues non seulement comme un choix de personnes, mais aussi comme un moyen de réaliser une concordance des vues entre électeurs et élus. Cette évolution a abouti au vingtième siècle au mandat semi-représentatif, intermédiaire entre le mandat représentatif et le mandat impératif. Comme dans le système du mandat représentatif pur, l'élu représente l'ensemble de la nation. Il demeure juridiquement indépendant des électeurs qui l'ont désigné, les démissions en blanc étant de ce fait nulles. Mais un rapprochement entre les élus et leurs électeurs s'est opéré de manière à réaliser entre eux

<sup>7</sup> Jean-Marie DENQUIN, *Référendum et plébiscite: essai de théorie générale*, coll. « Bibliothèque de droit constitutionnel et de science politique », Paris, L.G.D.J., 1976, p. 33.

<sup>8</sup> Sur cette question, voir par ailleurs : Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, *Le réfé-*

*rendum*, 2<sup>e</sup> éd., coll. « Que sais-je? », Paris, P.U.F., 1994, p. 9.

<sup>9</sup> *Id.*, p. 10.

<sup>10</sup> Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, rééd., coll. « Les introuvables », Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2001.

une concordance de vues : les élus procèdent notamment à des « comptes rendus de mandat » (Marcel Prélôt). Par ailleurs, les contacts entre élus et électeurs ont trouvé un point d'appui sur le développement des groupements politiques.

## B. Le moment Carré de Malberg

Dans son célèbre article de 1931<sup>11</sup>, Raymond Carré de Malberg s'est efforcé de démontrer que le droit constitutionnel de la III<sup>e</sup> République consacrait en fait une usurpation de la souveraineté nationale par le Parlement et qu'ainsi une communicabilité entre le régime parlementaire et le référendum était possible.

Le parlementarisme absolu « prend donc son origine dans la conception du régime représentatif qui a été accréditée chez nous par les fondateurs révolutionnaires de notre droit public moderne »<sup>12</sup>. Dès lors qu'il est admis que le corps des députés est chargé de « vouloir pour la nation », il en résulte selon Carré de Malberg que « le Parlement concentre en lui la souveraineté nationale elle-même : il est souverain pareillement, vis-à-vis du peuple par lui représenté, en ce que les citoyens sont exclus de la faculté d'énoncer par eux-mêmes, sur les objets relevant des décisions de leurs députés élus, une volonté autre que celle contenue dans ces décisions »<sup>13</sup>.

Mais cette transformation n'a été possible que parce qu'elle était fondée sur

un artifice juridique : l'article 6 de la Déclaration de 1789. « La loi est, dispose l'article 6 de la Déclaration, l'expression de la volonté générale. Tout citoyen peut concourir à sa formation soit directement, soit par l'intermédiaire de ses représentants ». D'inspiration rousseauiste, cet article prévoit subséquemment que la volonté générale puisse être directement exprimée par les citoyens, ce qui est une entorse aux principes structurants du régime représentatif. En revanche, est contestable l'idée que cette volonté puisse être représentée. Sur ce point, Rousseau est formel dans *Du contrat social* lorsqu'il soutient :

« La souveraineté ne peut être représentée par la même raison qu'elle ne peut être aliénée. Elle consiste essentiellement dans la volonté générale et la volonté générale ne se représente point. Elle est la même ou elle est autre ; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc et ne peuvent être ses représentants ; ils ne sont que ses commissaires ; ils ne peuvent rien conclure définitivement ». Dans une perspective rousseauiste, il y a manifestement contradiction à vouloir retourner la volonté générale « contre ceux-là mêmes de qui peut émaner l'expression de cette volonté... »<sup>14</sup>.

Ainsi, Carré de Malberg soutient que « les motifs mêmes qui sont ordinairement invoqués pour justifier l'absolutisme parlementaire [...] portent en eux la condamnation de cet absolutisme par-

<sup>11</sup> Raymond CARRÉ DE MALBERG, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP* 1931.225.

<sup>12</sup> *Id.*, 226.

<sup>13</sup> *Id.*

<sup>14</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Bellais, 1903, p. 261.

lementaire»<sup>15</sup>. Comme il s'agit, pour lui, de limiter l'absolutisme parlementaire, il lui fallait par ailleurs justifier la communicabilité de la participation directe avec le parlementarisme. C'est d'abord à l'idée selon laquelle le régime parlementaire est porteur d'une dynamique démocratique que fait appel Carré de Malberg :

« Il est rationnel et conforme à la nature des choses que les droits du corps populaire aillent en croissant. De ce point de vue, on est porté à soutenir que le parlementarisme est un régime de transition, dont la destinée normale est d'aboutir sinon nécessairement à la démocratie intégrale, du moins à un mélange d'institutions démocratiques et représentatives »<sup>16</sup>.

Or, si le pouvoir présidentiel de dissolution des chambres peut contribuer à limiter leur omnipotence, « seul le référendum apparaît comme un complément suffisant de l'idée de représentation, parce que seul il donne satisfaction au concept sur lequel repose le régime représentatif, à savoir que par les élus, c'est le sentiment du corps populaire qui se manifeste; ce concept appelle en effet comme conséquence forcée, la reconnaissance du droit pour les citoyens de manifester un sentiment contraire à celui qui, sur un point déterminé, a été manifesté en leur nom »<sup>17</sup>.

Dans l'esprit de Carré de Malberg, le référendum n'est pas exclusif de la représentation. Maintenu dans son rôle et son

pouvoir de représentation, le Parlement n'exercerait plus ses fonctions que « sous réserve des droits du peuple [...], les conditions de la représentation se [trouvant] ainsi ramenées à celles qui découlent normalement de la notion juridique de représentation »<sup>18</sup>.

Située très amont des questions de « technique » constitutionnelle, la réflexion de Carré de Malberg ne préjugeait donc pas spécialement des modalités d'une « injection » du référendum dans les institutions parlementaires. La preuve en est que les deux « écoles » qui s'étaient constituées sur la question référendaire parmi les réformistes de la IV<sup>e</sup> République se réclamaient des idées du maître de Strasbourg : René Capitant d'un côté, qui concevait d'abord le référendum comme un instrument de participation populaire au processus de décision politique ; Michel Debré pour sa part, qui entendait plutôt œuvrer à la « restauration de l'autorité de l'État », le référendum étant dans cette perspective un moyen de « garantir l'indépendance du pouvoir exécutif pour guérir les abus du régime ultra-représentatif ».

De fait, entre une appréhension « démocrate » de Raymond Carré de Malberg (R. Capitant) et une appréhension « technocratique » (M. Debré), c'est la seconde qui a prévalu en 1958, le domaine et la procédure référendaires prévus par l'article 11 de la Constitution des origines<sup>19</sup>, laissant bien apparaître

<sup>15</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, préc., note 11, 238.

<sup>16</sup> *Id.*, 232.

<sup>17</sup> *Id.*, 233.

<sup>18</sup> *Id.*, 229.

<sup>19</sup> L'article 11 de la Constitution disposait initialement : « Le Président de la République, sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant

que la banalisation du référendum n'était pas envisagée. Moyen « d'arbitrage » des conflits entre le Parlement et l'Exécutif, son usage ne devait en être que plus exceptionnel compte tenu de la panoplie de moyens mis par ailleurs à la disposition du pouvoir exécutif pour « domestiquer » le Parlement.

## II. Une injonction paradoxale

« Vivifier la démocratie », « donner la parole aux citoyens », « répondre à la crise de la représentation ». Ce sont autant de justifications avancées constamment à l'appui des velléités de modification de l'article 11 qui prospèrent de manière récurrente dans le champ politique français, spécialement depuis 1984.

La question référendaire a été inscrite, en vain, sur l'agenda constitutionnel à deux reprises avant la révision de 1995. En 1984, au moment de la grande « querelle » sur « l'École libre » et la liberté de l'enseignement et sur la pression de la majorité sénatoriale, le gouvernement Fabius présenta un projet de loi constitutionnelle proposant l'adjonction au champ d'application du référendum défini par l'article 11 de la Constitution les projets de loi relatifs aux « garanties fondamentales en matière de libertés publiques ». Discuté au Sénat le 24 juillet 1984, ce texte échoue au terme de sa

seconde lecture sénatoriale. Cette idée est reprise en 1993 par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution (« Comité Vedel »), à cette nuance près que le Conseil constitutionnel aurait exercé un contrôle préalable de la constitutionnalité des projets référendaires. Le projet de loi constitutionnelle « portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et relatif à l'organisation des pouvoirs publics » présenté au Sénat le 11 mars 1993 par le gouvernement Bérégovoy reprit précisément à son compte la proposition du Comité Vedel. Cependant, ce texte ne prospéra pas puisqu'il ne fut pas inscrit à l'ordre du jour du Parlement par le gouvernement d'Édouard Balladur.

Au-delà des jeux politiques ponctuels, le double échec de 1984 et 1993 relève d'une crainte traditionnelle de la « démocratie directe » et d'une dépossession par les élus. Cette crainte, beaucoup plus qu'une *doctrine politique et constitutionnelle*, inhibe y compris les modifications de l'article 11 datées de 1995 et de 2008. Sans être de même nature – puisque la première est « substantialiste » et la seconde « processualiste » –, ces deux modifications sont toutefois intimement liées en tant que la seconde sanctionne formellement (B) la vanité de la première (A).

### A. La vanité de la révision de 1995

La révision de l'article 11 de la Constitution opérée par la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995<sup>20</sup> a

---

approbation d'un accord de communauté ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions (alinéa 1<sup>er</sup>). Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet, le Président de la République le promulgue dans le délai prévu à l'article précédent (alinéa 2).»

<sup>20</sup> *Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'appli-*

élargi le champ d'application du domaine référendaire sans être parvenue à atteindre – ni formellement, ni concrètement – les objectifs initialement poursuivis.

Le projet de loi constitutionnelle déposé à l'Assemblée nationale le 29 juin 1995 visait à étendre le champ d'application de l'article 11 afin de rétablir un mode d'expression considéré par le gouvernement comme étant sur le point d'être « oublié »<sup>21</sup>. À travers cette réforme, il s'agissait également de réduire « la distance [tendant] à se creuser entre les citoyens et leurs représentants »<sup>22</sup>. Dans sa rédaction initiale, le texte prévoyait ainsi que la nouvelle rédaction de l'article 11 permette au Président de la République de soumettre à référendum, sur proposition du gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, tout projet de loi relatif « aux orientations générales de la politique économique et sociale de la Nation » ainsi qu'aux « règles fondamentales de l'organisation et du fonctionnement des services publics ». En limitant le domaine référendaire aux questions de nature économique et sociale, le Gouvernement entendait exclure du référendum « les sujets touchant à la souveraineté comme

la défense et la justice [...] les libertés publiques, le droit pénal, ou encore les lois de finances »<sup>23</sup>. D'emblée, les rédacteurs du projet de loi constitutionnelle avaient rejeté la possibilité d'étendre le référendum aux projets de loi touchant aux libertés publiques, postulant que « le risque de leur porter atteinte par la voie référendaire paraiss[ait] au moins aussi grand que la chance d'en « découvrir » de nouvelles par cette voie »<sup>24</sup>. De même, le projet excluait la possibilité du « référendum consultatif » dont la particularité est de porter non pas sur un projet de loi mais sur une « simple » question de politique générale. Enfin, le projet de loi constitutionnelle excluait également l'hypothèse d'un contrôle du Conseil constitutionnel préalable à l'organisation du référendum. Le rejet d'un contrôle a priori des projets de loi référendaire par le Conseil constitutionnel était en effet justifié par la crainte du fameux « gouvernement des juges »<sup>25</sup>.

Ce projet de loi constitutionnelle avait cristallisé autour de lui trois types de discussion. En premier lieu, la question s'est posée de l'opportunité d'instaurer un contrôle préalable des projets

---

*cation du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires*, J.O. 5 août 1995, p. 11744.

<sup>21</sup> Jacques TOUBON, J.O. A.N. 10 juil. 1995, p. 4.

<sup>22</sup> Pierre MAZEAUD, J.O. A.N. 5 juil. 1995, document n° 2138, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, p. 5.

<sup>23</sup> Jacques TOUBON, J.O. A.N. 5 juil. 1995, document n° 2138, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, p. 34.

<sup>24</sup> P. MAZEAUD, préc., note 22, p. 11.

<sup>25</sup> « Il faut compter avec les critiques portant sur le “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 » (*Id.*, p. 13).

de loi référendaire. Les partisans de cette idée se distinguèrent entre ceux qui proposèrent de confier ce contrôle préalable au Conseil d'État<sup>26</sup> et ceux qui suggérèrent de confier cette prérogative au Conseil constitutionnel<sup>27</sup>. Quelle que fût l'autorité proposée pour effectuer ce contrôle préalable, l'objectif poursuivi était d'éviter qu'un projet de loi, ou bien inconstitutionnel ou bien attentatoire aux libertés fondamentales, ne soit soumis à référendum. Le principe d'un contrôle juridictionnel préalable des projets de loi référendaire fut néanmoins rejeté. L'intervention *a priori* du Conseil constitutionnel fut écartée au motif qu'elle aurait entraîné une extension excessive des compétences du Conseil constitutionnel et, de ce fait, un déséquilibre institutionnel<sup>28</sup>. En deuxième lieu,

les débats se concentrèrent sur la rédaction à retenir pour délimiter le champ référendaire. Considérée comme plus restrictive, la formulation prévoyant de soumettre à référendum tout projet de loi « portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique de la Nation et aux services publics qui y concourent » fut finalement substituée à la formulation initiale réservant les projets de loi référendaire « aux orientations générales de la politique économique et sociale de la Nation » et aux « règles fondamentales de l'organisation et du fonctionnement des services publics »<sup>29</sup>. S'est enfin posée la question de savoir si l'extension du champ d'application de l'article 11 ne conduirait pas à l'effet inverse de celui recherché, c'est-à-dire à l'extension des prérogatives du président de la République au détriment de celles du Parlement<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Olivier Duhamel proposa en effet que les projets de loi référendaires fassent l'objet d'un avis consultatif du Conseil d'État rendu public (J.O. A.N. 5 juil. 1995, document n° 2138, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, p. 46). Georges Vedel s'était rallié à cette proposition tandis que Pierre Avril fit valoir les faiblesses d'un tel dispositif – Pierre Avril rappelant que le Conseil d'État n'avait émis aucune réserve sur le projet de loi relatif à la liberté d'association censuré en 1971 par le Conseil constitutionnel (J.O. A.N. 5 juil. 1995, document n° 2138, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, p. 51).

<sup>27</sup> Guy CARCASSONNE et Louis FAVOREU (J.O. A.N. 5 juil. 1995, document n° 2138, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, p. 51 et suiv.).

<sup>28</sup> Il fut soutenu par le garde des Sceaux que confier au Conseil constitutionnel le contrôle préalable de la constitutionnalité des projets de loi référendaire comportait le risque d'un « conflit entre le

Président de la République et le Conseil constitutionnel [...] : les deux institutions, gardiennes de la loi fondamentale, s'opposeraient publiquement, ce qui déboucherait sur une mise en question mutuelle de leur légitimité et sur les habituelles réticences relatives au gouvernement des juges » (J.O. A.N. 10 juil. 1995, p. 6).

<sup>29</sup> J.O. A.N. 11 juil. 1995, p. 10 et 11.

<sup>30</sup> Cette idée fut âprement défendue par le député Jean-Pierre Michel tout au long des débats parlementaires. Il considérait en effet que la révision constitutionnelle envisagée allait « accroître les pouvoirs du président de la République en lui permettant de faire plus largement, et sans contrôle, appel au référendum » (J.O. A.N. 5 juil. 1995, document n° 2138, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, p. 47; voir encore J.O. A.N. 11 juil. 1995, p. 22). Le



De toutes les ambiguïtés caractéristiques de l'article 11 de la Constitution dans sa rédaction issue de la Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995<sup>31</sup>, la plus remarquable réside dans la formulation finalement retenue pour délimiter le champ d'intervention des lois référendaires. Comme le soulignait très justement Francis Hamon, la nouvelle rédaction du premier alinéa de l'article 11 introduit, dans l'énumération des domaines d'intervention du référendum, «un élément d'une portée si générale qu'il aboutit presque à inverser le principe. [...] Les limites [...] sont tellement imprécises qu'il paraît désormais pratiquement impossible de dresser une liste exhaustive des matières comprises dans le champ du référendum»<sup>32</sup>. C'est dire que les amendements à la rédaction initialement envisagée par le gouvernement ont échoué à résorber les imprécisions du texte déjà relevées par Georges Vedel et Pierre Avril alors que le projet de loi constitutionnelle n'en était qu'au stade de sa discussion générale devant la commission des lois de l'Assemblée nationale<sup>33</sup>.

---

député Pierre Albertini se fit l'écho de cet argument en estimant pour sa part que le recours au référendum devait être encadré afin d'empêcher qu'«un président de la République élu sur des thèmes populistes» soit tenté de l'utiliser à des fins liberticides (J.O. A.N. 5 juil. 1995, document n° 2138, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, p. 47).

<sup>31</sup> Préc., note 20.

<sup>32</sup> Francis HAMON, «L'extension du référendum : données, controverses, perspectives», *Pouvoirs* 1996.116.

<sup>33</sup> J.O. A.N. 5 juill. 1995, document n° 2138, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, p. 44 et suiv.

Une autre des ambiguïtés portées par l'article 11 de la Constitution tel qu'issu de la Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995<sup>34</sup> tenait à la place relativement restreinte du Parlement dans le nouveau dispositif. En effet, l'obligation d'organiser un débat parlementaire, chaque fois que le référendum est organisé par le gouvernement, possède une portée très relative<sup>35</sup> et ne constitue pas la «reparlementarisation» des débats référendaires que certains auteurs ont bien voulu voir<sup>36</sup>. De fait, le débat parlementaire prévu par l'article 11 ne permet pas au Parlement de bloquer la procédure référendaire.

## B. Le chassé-croisé de 2008

La victoire du «non» au référendum du 29 mai 2005 sur le projet de loi autorisant la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>37</sup> avait été perçue comme annihilant l'ambition de la révision constitutionnelle de 1995 de «revaloriser l'usage du référendum». L'on a ainsi pu qualifier le résultat du 29 mai 2005 de «triomphe contre-productif» du référendum, en ce sens que le taux de participation élevé lors de cette consultation référendaire traduit un véritable succès du référendum<sup>38</sup>. Dans le même temps cependant, le résultat négatif du 29 mai comportait le risque ou

---

<sup>34</sup> Préc., note 20.

<sup>35</sup> F. HAMON, préc., note 32, 114.

<sup>36</sup> Christian BIGAUT, «La révision constitutionnelle du 4 août 1995», *Regards sur l'actualité* 1995.14.

<sup>37</sup> J.O. 10 mars 2005, p. 3984.

<sup>38</sup> Frédéric ROUVILLOIS, *L'avenir du référendum*, coll. «Combats pour la liberté de l'esprit», Paris, Éditions François-Xavier de Guibert, 2006, p. 115 et suiv.

bien de «neutraliser»<sup>39</sup> pour l'avenir le recours à l'article 11 ou bien de provoquer une «fraude au référendum»<sup>40</sup>. C'est donc de manière paradoxale, au moins en apparence, que le référendum fut l'un des objets de la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 portant modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République<sup>41</sup>.

Poursuivant un objectif de «démocratisation des institutions», la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>42</sup> ouvre aux citoyens la possibilité de déclencher la procédure référendaire. Ce nouveau dispositif – inspiré d'une proposition approchante formulée en 1993 dans le «Rapport Vedel»<sup>43</sup> – consiste dans une procédure que les uns qualifient de «référendum d'initiative populaire», les autres de «référendum d'initiative minoritaire»<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> L'éventualité d'une réponse négative entraînant le renoncement à ce mode d'expression.

<sup>40</sup> La «fraude» consistant soit à procéder à un nouveau référendum sur le texte rejeté soit à approuver le texte rejeté par un autre procédé que le référendum. Le rejet du projet de loi autorisant la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe a ainsi été contourné par la révision du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution, adoptée par le Parlement réuni en Congrès (*Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution*, J.O. 5 fév. 2008, p. 2202). Sur cette question, voir notamment Manuel CLAPIÉ, «La ratification du traité de Lisbonne: "Une fraude à la Constitution"», *Politeia* 2008.13.133.

<sup>41</sup> Préc., note 4.

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> Proposition n° 37.

<sup>44</sup> Voir: Francis HAMON, «La nouvelle procédure de l'article 11: un "vrai faux réfé-

Dans sa rédaction issue de l'article 4 de la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République<sup>45</sup>, l'article 11 de la Constitution prévoit désormais ce qui avait été très précisément exclu par le pouvoir constituant en 1995. En effet, l'article 11 al. 3 permet qu'un référendum puisse «être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs. [L']initiative pren[ant] la forme d'une proposition de loi». L'article 11 encadre néanmoins cette nouvelle procédure en prévoyant, sur le fond, que le texte proposé «ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an» et, sur la forme, le contrôle du respect de la procédure par le Conseil constitutionnel. En outre, l'article 4 de la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 étend le domaine référendaire aux projets de loi relatifs aux réformes touchant à la politique «environnementale».

Une discontinuité se dégage entre la proposition n° 67 du «Comité Balladur»<sup>46</sup> – qui s'était entre-temps approprié cette idée – et l'article 4 de la loi constitutionnelle. En effet, le principe

rendum d'initiative populaire», *Petites affiches* 2008.254.16; Stéphane DIÉMERT, «Le référendum d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution», *RFDC* 2009.77.57. Voir également: Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, «Le rôle du peuple est-il renforcé?», *RFDC* 2008.Hors série.133.

<sup>45</sup> Préc., note 4.

<sup>46</sup> COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA V<sup>e</sup> RÉPUBLIQUE, *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, Paris, La documentation française, 2008.

d'un référendum d'initiative populaire tel que prévu par la proposition n° 67 du « Comité Balladur » disparut du projet de loi constitutionnelle déposé à l'Assemblée nationale<sup>47</sup> pour ne réapparaître, plus tard, lors des débats parlementaires<sup>48</sup>.

Les amendements parlementaires traduisirent tout à la fois un soutien du Parlement à l'idée d'étendre aux citoyens l'initiative référendaire et une certaine méfiance à l'égard de ce nouveau mode d'expression. Le dispositif finalement retenu par le Parlement – puis par le Congrès du Parlement – différait de celui initialement proposé par le « Comité Balladur ». En premier lieu, l'impossibilité pour un référendum d'initiative populaire d'abroger « une disposition législative promulguée depuis moins d'un an » n'avait pas été envisagée par les membres du Comité de réflexion<sup>49</sup>. De même, le

fait qu'aucune nouvelle proposition de référendum portant sur un sujet identique ne puisse être présentée « avant l'expiration d'un délai de deux ans » résulte d'une initiative non pas du « Comité Balladur » mais du Sénat<sup>50</sup>.

Les débats parlementaires témoignent également d'un attachement, aussi bien des parlementaires que du gouvernement, à ce que le Conseil constitutionnel procède à un contrôle de constitutionnalité préalable des propositions de loi référendaire<sup>51</sup>. Ce dernier point est d'autant plus intéressant que l'idée d'un contrôle *a priori* du Conseil

<sup>47</sup> J.O. A.N. 23 avril 2008, document n° 820, Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République déposé à l'Assemblée nationale le 23 avril 2008.

<sup>48</sup> J.O. A.N., 23 mai 2008, document n° 37, séance du 22 mai 2008, p. 2387.

<sup>49</sup> Cette disposition résulte d'un amendement du député Jean-Luc Warsmann déposé lors de la séance du 22 mai 2008. Le dépôt de cet amendement était dicté par des impératifs aussi bien de sécurité juridique que de protection des libertés. Comme l'indiqua M. Warsmann, lors des discussions du projet de loi constitutionnelle, le référendum d'initiative populaire « ne doit pas avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an. [...] Le Parlement ayant voté une loi, il ne faut pas que l'on puisse déclencher ce processus quinze jours plus tard pour tenter d'obtenir l'abrogation de la nouvelle dis-

position. L'idée n'est pas de fournir aux groupes politiques une machine à abroger les dispositions qu'ils n'ont pas voulu voter » (J.O. A.N., 23 mai 2008, document n° 37, séance du 22 mai 2008, p. 2390). Le garde des Sceaux soutint d'autant plus cette initiative qu'elle permettait selon lui de « renforcer les droits du citoyen sans affaiblir le Parlement » (J.O. A.N., 23 mai 2008, document n° 37, séance du 22 mai 2008, p. 2394).

<sup>50</sup> Présenté par M. Charasse, Mme N. Goulet et MM. Fortassin, Laffitte et Marsin, cet amendement visait à éviter qu'une question posée par référendum et ayant fait l'objet d'une réponse négative soit de nouveau posée jusqu'à ce que les citoyens finissent par répondre positivement. « Lorsque le peuple a rejeté une première proposition de loi qui lui a été soumise par référendum, on ne doit pas pouvoir le ressaisir du même sujet avant qu'un délai de deux ans ne se soit écoulé. Sinon, on pourrait, tous les quatre matins, consulter les Français jusqu'à ce qu'ils cèdent ! » (Michel CHARASSE, J.O. Sénat 20 juin 2008, document n° 48, compte rendu intégral, séance du 19 juin 2008, p. 3029).

<sup>51</sup> *Id.*, p. 3030 et suiv.

constitutionnel avait été rejetée en 1995 lorsqu'il s'était agi de contrôler la constitutionnalité des projets de loi référendaire. Le motif avancé était qu'un tel contrôle aurait entraîné un risque de « conflit » entre le Conseil constitutionnel et le chef de l'État et un risque de « gouvernement des juges ». Il reste à savoir quelle sera exactement l'étendue du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel. Sur ce point en effet, le pouvoir constituant a préféré laisser au législateur organique le soin d'explicitier les modalités de ce contrôle<sup>52</sup>.

Il reste que la révision constitutionnelle de 2008 n'a pas plus tranché que celle de 1995 certaines questions herméneutiques traditionnelles autour des dispositions constitutionnelles relatives au référendum : par exemple, la question posée dès 1962 de la faculté de recourir à l'article 11 de la Constitution en vue d'une révision constitutionnelle ; par exemple encore, la question de savoir si le Président de la République, dans le contexte de l'article 11, a la possibilité de repousser indéfiniment sa décision de convoquer le corps électoral pour faire suite à une demande du premier ministre ou des parlementaires. Quant au régime de la consultation elle-même, il continue de se caractériser par un dualisme qui veut que l'organisation des opérations

référendaires relève de la compétence gouvernementale, et que la régularité de ces opérations puisse être contestée à la fois devant le juge administratif et devant le juge constitutionnel – le premier étant chargé de veiller à la régularité des opérations préalables au scrutin ; le second veillant à la régularité du scrutin lui-même.

\*  
\* \*

La chose la plus frappante à la lecture des débats constitutionnels qui, depuis quinze ans, se rapportent au référendum législatif est qu'au fond ces débats ne sont pas spécialement inscrits dans des doctrines constitutionnelles ou politiques spécifiques et identifiables. D'ailleurs, si l'idée d'une extension du « domaine du référendum » (1995) ou celle d'une admission du « référendum d'initiative minoritaire » ou du « référendum d'initiative populaire » (2008) procèdent de la volonté de répondre à la « crise de la représentation », comme cette « crise » est universelle dans les sociétés démocratiques, cette idée devrait avoir prospéré également ailleurs, en tout cas au moins autant que les techniques de la démocratie délibérative et de la démocratie participative. Aussi, l'on peut craindre que ce défaut de base doctrinale des nouvelles facultés référendaires prévues par la Constitution ne condamne le référendum à rester une « ressource managériale » à la disposition et à la discrétion du pouvoir exécutif.

<sup>52</sup> Le dépôt du projet de loi organique nécessaire à l'entrée en vigueur du référendum d'initiative populaire était, en principe, prévu pour la fin de l'année 2009 (*L'Express*, 4 novembre 2009), le président de l'Assemblée nationale, M. Bernard Accoyer, assurant pour sa part que la discussion parlementaire en aurait lieu « d'ici à la fin de la session [parlementaire] » (*Le Monde*, 5 octobre 2009).