



Le contrôle de la recevabilité des référendums en droit comparé ou la recherche d'un équilibre entre différentes exigences démocratiques

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

► To cite this version:

Marthe Fatin-Rouge Stefanini. Le contrôle de la recevabilité des référendums en droit comparé ou la recherche d'un équilibre entre différentes exigences démocratiques. La démocratie référendaire dans les ensembles plurinationaux (sous la direction d'Amélie Binette et Patrick Taillon), 2018. halshs-01940275

HAL Id: halshs-01940275

<https://shs.hal.science/halshs-01940275>

Submitted on 30 Nov 2018

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.

Le contrôle de la recevabilité des référendums en droit comparé ou la recherche d'un équilibre entre différentes exigences démocratiques

Par Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI¹

Le contrôle de la recevabilité des référendums se développe au fur et à mesure que sont acceptés les principes de prééminence du droit, d'Etat de droit et de garantie des droits et libertés fondamentaux. Le respect de la Constitution en particulier, d'un certain nombre d'exigences démocratiques minimales et des droits fondamentaux consacrés tant sur le plan interne que sur le plan international ont conduit à justifier, ces dernières décennies, qu'un tel contrôle soit mis en place dans de nombreux Etats et soit confié à différentes institutions. Cependant, l'intérêt et l'opportunité de tels contrôles sont loin de faire l'unanimité parmi les différents acteurs du référendum. En effet, dans ce débat, deux conceptions de la démocratie s'affrontent : d'une part, la conception classique consistant à considérer que les choix politiques doivent être déterminés par la seule volonté de la majorité des citoyens et que cette volonté ne peut pas rencontrer de limites lorsqu'elle est le résultat de l'expression directe du peuple « souverain » ; d'autre part, la conception moderne qui entend soumettre l'expression de la volonté majoritaire même exprimée par voie référendaire au respect du droit. Le contrôle de la recevabilité des référendums consiste à vérifier que la demande de référendum est conforme à un certain nombre d'exigences préalablement déterminées.

Les modalités de ce contrôle sont plurielles et divergent d'un Etat à l'autre, voire d'une procédure à l'autre. Ce contrôle peut être plus ou moins ample et poussé selon l'étendue de la compétence accordée aux autorités chargées d'assurer ce contrôle et la manière dont ces mêmes autorités interprètent cette compétence. Il peut être systématique ou simplement occasionnel. L'examen de recevabilité peut porter sur le fond (contrôle matériel par rapport à un cadre préétabli par les dispositions constitutionnelles ou législatives relatives aux référendums), la forme (ex. règle de l'unité de forme pour les initiatives populaires en Suisse²) ou la procédure (ex. vérification de la régularité du recueil des signatures et du pourcentage de signature acquis pour une proposition de référendum en France³) ou encore combiner plusieurs de ces éléments.

¹ Directrice de recherches au CNRS, ILF-GERJC UMR 7318 DICE, CNRS Aix-Marseille Université.

² L'article 139 al. 2 de la Constitution helvétique prévoit que les initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution peuvent revêtir deux formes distinctes : soit la forme d'une proposition conçue en termes généraux, soit celle d'un projet rédigé. Le respect de l'unité de forme, empêchant qu'une initiative contienne à la fois des dispositions conçues en termes généraux et des dispositions rédigées de manière précise, est vérifié par l'Assemblée fédérale.

³ Il s'agit de la procédure de l'article 11 al. 3 de la Constitution.

Ce contrôle peut être confié à une autorité administrative indépendante, à l'instar de la Commission Référendum en Irlande⁴ ou la Commission électorale au Royaume-Uni⁵. Cette dernière a notamment pour fonction de veiller au bon déroulement du processus référendaire (au niveau national, régional et pour certains référendums locaux) en vérifiant en particulier, et de manière très précise⁶, l'intelligibilité de la question posée⁷. Pour ce faire, la Commission a élaboré un guide à l'attention des rédacteurs de questions référendaires⁸.

Le contrôle de la recevabilité est parfois attribué à une juridiction *ad hoc*, comme cela est le cas au Costa Rica, Etat dans lequel cette fonction est assurée par le Tribunal suprême des Elections. Son contrôle va bien au-delà de la simple recevabilité du référendum et couvre l'ensemble de l'opération référendaire⁹.

Une autorité politique peut également recevoir cette compétence, comme cela est le cas en Suisse avec l'Assemblée fédérale pour les initiatives populaires¹⁰. Dans ce cas précis, l'Assemblée fédérale veille à préserver le droit d'initiative populaire et ne déclare que rarement l'irrecevabilité des demandes. Cette vérification doit être distinguée du pouvoir dont dispose parfois le chef de l'Etat ou du gouvernement de recourir à un référendum, à la demande du gouvernement ou des assemblées comme cela est le cas en France, choix qui relève plus de l'opportunité politique que d'une appréciation juridique de la conformité à la Constitution de la proposition présentée.

Enfin, ces dernières décennies, s'est développé un contrôle juridictionnel de la recevabilité des demandes de référendum au niveau national, ce contrôle étant généralement confié aux juridictions constitutionnelles. Cette étude se concentrera en particulier sur cette modalité de contrôle de la recevabilité des questions posées au référendum, principalement en Europe.

Si les modalités de contrôle de la recevabilité des référendums sont très hétérogènes d'un Etat à l'autre, cela tient en partie au fait que les procédures de référendum sont elles-mêmes très disparates selon les Etats. Dans cette étude, le terme référendum sera entendu dans son sens générique comme désignant toute procédure par laquelle les citoyens sont appelés à se

⁴ *Referendum Act de 2001* : <http://www.irishstatutebook.ie/2001/en/act/pub/0053/print.html> (consulté le 22 juillet 2016).

⁵ *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000*, notamment le § 104, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/41> consulté le 18 juillet 2016).

⁶ Voir sur le site de la Commission électorale, le rapport relatif au référendum sur l'indépendance de l'Ecosse ou celui relatif au « Brexit ».

⁷ <http://www.electoralcommission.org.uk> (consulté le 18 juillet 2016)

⁸ http://www.electoralcommission.org.uk/__data/assets/pdf_file/0006/82626/Referendum-Question-guidelines-final.pdf

⁹ Article 102 al. 9 de la Constitution.

¹⁰ Article 139 al. 3 de la Constitution.

prononcer individuellement et directement, par voie de scrutin, sur un texte, une question ou encore un projet rédigé dans ses grandes lignes. Ainsi Francis Hamon distingue-t-il le référendum « d'en haut » déclenché par les représentants (exécutif, législatif, minorités parlementaires, organes délibératifs des collectivités territoriales...) du référendum « d'en bas » déclenché par les citoyens eux-mêmes¹¹. Le terme de référendum englobera donc à la fois les procédures déclenchées par les citoyens par le biais d'une initiative populaire, celles initiées par une minorité parlementaire ou encore celles déclenchées par une majorité de parlementaire ou par les autorités au pouvoir. Cette définition large permet de surmonter les difficultés liées aux différentes terminologies employées par les textes constitutionnels des Etats et qui conduit par exemple, dans la Constitution suisse, à distinguer le référendum obligatoire¹², facultatif¹³ et l'initiative populaire directe¹⁴ ou dans d'autres Etats à distinguer les référendums des plébiscites¹⁵.

L'étude embrasse donc une diversité de scrutins référendaires et de pratiques de contrôles préalables dont l'un des enjeux sera de permettre ou non la tenue d'un référendum.

Si la diffusion du contrôle de la recevabilité des référendums semble aller de pair avec le développement des procédures référendaires dans les Etats (I), les modalités de contrôle retenues sont hétéroclites (II). Ce contrôle est également susceptible d'offrir des prérogatives très importantes aux autorités chargées de l'exercer, qui les place au cœur du rapport parfois conflictuel entre libre expression de la volonté du peuple et nécessité d'assurer la stabilité des institutions et la continuité de l'Etat (III).

I – La diffusion du contrôle de la recevabilité des référendums

Dans les Etats dans lesquels les procédures référendaires sont anciennes et, plus précisément, lorsqu'il s'agit de référendums d'en haut, le principe a longtemps été celui d'une absence de contrôle de la recevabilité. Cette absence s'explique par la confiance accordée aux représentants dans la décision de recourir au référendum, confiance qui s'est érodée au fil du temps et qui

¹¹ F. Hamon, *Le référendum. Etude comparative*, 2012, 2^e éd., LGDJ, p. 17.

¹² Art. 140 de la Constitution.

¹³ Art. 141 de la Constitution.

¹⁴ Art. 139 de la Constitution.

¹⁵ Ainsi, certains référendums sont qualifiés de plébiscite. Le plébiscite revêt lui-même différentes significations : il peut être synonyme d'un référendum mais déclenché par certaines autorités (le Président de la République par ex., en Colombie, art. 7, *Ley 134, del 31 de mayo de 1994, sobre mecanismos de participación ciudadana*), il peut viser, en droit international, les référendums posant des questions de souveraineté (sécession ou association de territoire) ou encore il permet de qualifier, de manière péjorative, certains référendums dans lesquels l'autorité ayant initié la procédure engage sa responsabilité politique, le référendum devient alors un vote de confiance à son endroit.

justifie à l'heure actuelle que leurs décisions puissent être contrôlées. Toutefois, le débat sur le contrôle de la recevabilité des référendums semble être peu présent au niveau national ou fédéral dans les Etats plurinationaux car peu nombreux sont ceux qui organisent régulièrement des référendums au niveau national ou fédéral. Le référendum reste d'ailleurs une procédure d'« exception dans un univers politique structuré selon une autre logique »¹⁶ et il est encore plus exceptionnel d'en trouver dans les démocraties anciennes au niveau fédéral mis à part dans le cas de la Suisse. Cette situation est l'expression d'une méfiance vis-à-vis de l'instrument référendaire par crainte d'une « tyrannie de la majorité » qui s'exprimerait au détriment d'une vision éclairée que constituerait la démocratie représentative. Pourtant, dans les démocraties qui se sont constituées après la Seconde guerre mondiale, et après la chute du Mur de Berlin, nombreuses sont celles qui se sont dotées ou ont renoué avec les procédures référendaires¹⁷. Cela n'a pas été nécessairement le cas dans les Etats plurinationaux. La Belgique, par exemple, malgré les importantes réformes adoptées ces dernières années, n'a toujours pas opté pour un référendum, ni même une consultation populaire au niveau fédéral. La Constitution autorise simplement la consultation populaire au niveau local¹⁸. La consultation populaire régionale a été introduite lors de la 6^e réforme de l'Etat, en 2014, et le contrôle de la recevabilité de ces consultations a été confié à la Cour constitutionnelle¹⁹. La Russie, autre Etat plurinational en Europe a, pour sa part, renoué avec le référendum depuis 1991. Cependant, la procédure est lourde et les exigences posées par les textes concernant l'organisation d'un référendum font, qu'en pratique, peu de demandes de référendum sont susceptibles d'aboutir²⁰. L'absence de procédure référendaire au niveau fédéral ou la maîtrise de celle-ci pour la majorité politique au pouvoir, semble exprimer la crainte d'un démantèlement de l'Etat provenant des

¹⁶ J.-M. Denquin, *Référendum et plébiscite : essai de théorie générale*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques », n° 52, Paris, LGDJ, 1976, p. 331.

¹⁷ Voir notamment, Marthe Fatin-Rouge Stefanini, « En Europe de l'Est », in F. Hamon, *Le référendum, documents d'études*, n° 1.21, 2007, pp. 36-43.

¹⁸ Voir les articles 39 bis et 41 de la Constitution.

¹⁹ Article 142 de la Constitution du Royaume de Belgique et 30 ter de la Loi spéciale sur la Cour constitutionnelle de Belgique qui dispose : « La Cour constitutionnelle statue, par voie de décision, sur chaque consultation populaire régionale, préalablement à son organisation, en vérifiant le respect des normes visées à l'article 1^{er}, ainsi que les conditions et modalités fixées par ou en vertu de l'article 39 bis de la Constitution.

La demande est introduite par le président du Parlement de région. Cette demande est datée, indique l'objet de la consultation populaire et la compétence régionale à laquelle celui-ci se rattache, et contient l'énoncé de la question qui sera posée, le nom de l'initiateur de l'initiative populaire ou, s'il y a plusieurs initiateurs, le nom de leur représentant, les observations éventuelles du président du Parlement de région ainsi que le dossier administratif. Ce dossier administratif est transmis avec l'inventaire des pièces qui le composent.

La Cour constitutionnelle statue dans un délai de soixante jours suivants l'introduction de la demande.

Si la consultation populaire ne respecte pas une des normes, conditions ou modalités visées à l'article 1^{er}, ou si la Cour constitutionnelle n'est pas saisie, la consultation populaire n'est pas organisée. La Consultation populaire ne peut pas davantage être organisée tant que la Cour constitutionnelle n'a pas statué ».

²⁰ Voir D. Danilenko, « Le référendum en Russie : une expérimentation démocratique », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 62-2005, p. 443.

citoyens ou des collectivités fédérées. Dans ces circonstances, dans certains Etats plurinationaux ou ceux dans lesquels des revendications régionales ou minoritaires pourraient apparaître, le choix a été fait soit de ne pas prévoir de procédure de référendum, soit d'en limiter l'usage pour éviter une dislocation de l'Etat ou, plus largement, la déstabilisation des institutions²¹. Le contrôle de la recevabilité des demandes de référendum est un moyen d'éviter que certaines questions contenant un gène perturbateur soient soumises au vote populaire.

Au-delà des Etats plurinationaux, nombre d'Etats notamment en Europe ont introduit ou réintroduit des procédures de référendum après la Seconde guerre mondiale dans leurs constitutions. Cette consécration de procédés de démocratie directe s'est souvent faite au prix d'un encadrement assez strict de ces procédures par crainte de dérives populistes, de détournements anti-démocratiques de l'instrument référendaire ou encore de déstabilisation d'institutions parfois encore fragiles. Ces référendums ont donc été accompagnés de procédures de contrôles généralement confiées à la juridiction constitutionnelle, institution elle-même récemment consacrée (Albanie, Croatie, Italie, Portugal, Slovaquie, Roumanie, Russie et du côté de l'Amérique latine, la Colombie, par exemple). Ces procédures de contrôle préalable à l'organisation du référendum s'inscrivent dans une démarche de « rationalisation »²² de l'expression directe de la volonté générale destinée à préserver la Constitution avec ses exigences procédurales, ses garanties et les différents intérêts qu'elle recèle. La concrétisation de la volonté des citoyens de participer au processus de prise de décision politique, et de contrôler l'action des gouvernants, s'est ainsi faite à la condition du respect du principe de prééminence du droit et de soumission de toutes les autorités publiques ou politiques, y compris le peuple « souverain », à la règle de droit. La mise en place de tels compromis entre volonté de la majorité des citoyens et respect d'exigences dépassant souvent, de fait, le cadre étatique, est très symbolique d'un certain consensus international autour des valeurs démocratiques, et d'une volonté des Etats de tirer les leçons de la Seconde guerre mondiale ou des conséquences néfastes de toute forme d'autoritarisme.

Ainsi, le respect des droits fondamentaux, et en particulier la protection des minorités, n'est pas le seul argument qui justifie la mise en place d'un contrôle de la recevabilité des référendums. Ce dernier peut également permettre d'éviter un détournement des procédures référendaires par les organisateurs du référendum : qu'un groupe de pression ne se serve du référendum, en particulier par le biais de l'initiative populaire, pour violer la Constitution ou remettre en cause

²¹ Le même constat peut être fait pour le Canada ou les Etats-Unis, par exemple.

²² Selon l'expression de P. Taillon, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ?*, Dalloz, 2012, notamment pp. 479-489.

des traités internationaux non dénonçables, qu'un dirigeant n'instrumentalise le référendum pour surmonter une décision de justice à son encontre ou pour obtenir un soutien plébiscitaire, que la procédure de référendum ne soit pas utilisée par le pouvoir exécutif au détriment des autres pouvoirs... La question posée ne devrait pas receler d'ambiguïté à cet égard et cela nécessite que le contrôle de la recevabilité permette d'identifier pleinement les enjeux du scrutin référendaire. Cette identification répond elle-même à une exigence démocratique qu'il est nécessaire de préserver : la sincérité du scrutin. Cela signifie que les citoyens appelés à se prononcer sur les questions référendaires qui leur sont posées doivent être pleinement conscients des conséquences de leur vote pour pouvoir se déterminer librement. A ce titre la vérification de la clarté de la question posée revêt une importance de premier plan, et apparaît comme l'exigence minimale attendue de tout référendum. Elle se traduit par des examens divers adaptés à la procédure proposée allant du respect de l'unité de matière (Suisse) ou *single subject rule* (au niveau de certains Etats fédérés aux Etats-Unis), pour les initiatives populaires, à l'examen très poussé des termes de la question opéré par la Commission électorale britannique ou le Tribunal constitutionnel portugais.

Si l'intérêt et les objectifs d'un contrôle de la recevabilité d'un référendum semblent donc clairs, et théoriquement justifiés dans les démocraties actuelles, le contrôle préalable et systématique des référendums n'est pas pour autant largement répandu. Il arrive parfois qu'il soit cantonné à certains types de référendums. Ainsi, en France, bien qu'il existe plusieurs types de référendums, seul le référendum législatif d'initiative minoritaire, introduit par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008²³, s'est vu imposer un contrôle strict et obligatoire de la recevabilité confié au Conseil constitutionnel²⁴. Ce contrôle a été conçu comme une garantie du respect du cadre constitutionnel préétabli visant lui-même à éviter que le pouvoir de décision confié aux représentants soit confisqué par une minorité de citoyens. Le contrôle préalable du sujet sur lequel porte le référendum, et de la procédure déterminée par la Constitution et la loi organique, va permettre aux gouvernants, au nom du respect de la légalité et de l'Etat de droit, de garder la maîtrise du processus référendaire. Or, si l'idée d'un contrôle préalable à la recevabilité des référendums est aujourd'hui acceptée par la majorité de la doctrine constitutionnaliste française, ce contrôle n'a pas pour autant été généralisé à tous les référendums

²³ Mais dont la mise en œuvre n'est possible que depuis le 1^{er} janvier 2015 !

²⁴ Article 11 alinéa 4 et 61 alinéa 1 de la Constitution. Voir pour plus de détails, M. Fatin-Rouge Stéfani, « Vingt-cinq ans de débats et de réforme sur les référendums en France : entre apparences et réalités », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014/4 (n° 100), pp. 907-919.

prévus par la Constitution puisque le référendum de l'article 11 al. 1^{er} ainsi que ceux des articles 88-5 et 89 y échappent. Il s'agit de référendums « d'en haut » qui sont perçus, sans doute à tort, comme moins dangereux que le référendum d'initiative minoritaire. En effet, le référendum de l'article 11 al 1^{er} de la Constitution française est décidé par le Président de la République sur proposition du Gouvernement ou sur proposition conjointe des deux assemblées²⁵. Le dernier référendum mis en œuvre sur le fondement de cette disposition date de 2005²⁶. Les procédures de l'article 88-5²⁷ et celui de l'article 89²⁸ de la Constitution ne contraignent pas le Président à recourir au référendum, car le texte peut être soumis au vote du Congrès sauf, dans le cadre de l'article 89, si l'initiative de la révision de la Constitution provient des assemblées, ce qui ne s'est produit qu'une seule fois depuis 1958. Cette absence de contrôle de la recevabilité du référendum, auquel certains requérants ont tenté de pallier dans le cadre d'une autre compétence confiée au Conseil constitutionnel²⁹, pourrait cependant être tout autant préjudiciable à l'Etat de droit et aux droits fondamentaux que ne l'est un référendum de l'article 11 al. 3. En effet, elle repose sur une confiance accordée au chef de l'Etat et aux représentants qui pourtant a pu être mise en doute par le passé : en 1962, par exemple, lorsque le Président De Gaulle a fait adopter par référendum, selon la procédure de l'article 11, une révision de la Constitution et plusieurs autres dispositions permettant l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, sans passer par la voie normale de la révision relevant de l'article 89 de la Constitution. De la même manière, mais de façon moins virulente,

²⁵ Article 11 al 1^{er} : « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou 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, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ».

²⁶ Référendum organisé le 29 mai 2005 sur la question suivante : « Approuvez-vous le projet de loi qui autorise la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe ? ».

²⁷ L'article 88-5 de la Constitution dispose « Tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne est soumis au référendum par le Président de la République. Toutefois, par le vote d'une motion adoptée en termes identiques par chaque assemblée à la majorité des trois cinquièmes, le Parlement peut autoriser l'adoption du projet de loi selon la procédure prévue au troisième alinéa de l'article 89 ». Aucun référendum n'a, jusqu'à présent, été organisé sur le fondement de cette disposition.

²⁸ L'article 89 de la Constitution française dispose : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement. Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale. (...) ».

²⁹ Voir en ce sens M. Fatin-Rouge Stéfanini, « La décision du conseil constitutionnel du 24 mars 2005, Hauchemille et Meyet : un nouveau pas en matière de contrôle des référendums », *Revue française de droit administratif*, 2005, n° 5, pp. 1040-1048.

ont été contestés les référendums algériens de 1961³⁰ et 1962³¹ et celui de révision de la Constitution de 1969³² dont les formulations ambiguës ont révélé la difficulté de poser une seule question pour tenter de résumer un texte ou des projets complexes et sur laquelle une seule réponse était attendue. Depuis 1962, la question du contrôle préalable des référendums de l'article 11 al. 1er n'a cessé d'être débattue par la doctrine française ; cependant, les différents gouvernements ayant entrepris une réforme de cette disposition ont toujours souhaité conserver cette prérogative du Président de la République en vue de surmonter un éventuel blocage de la procédure de révision constitutionnelle de l'article 89 de la Constitution.

Cette même confiance dans les gouvernants se retrouve dans de nombreux Etats à l'étranger qui n'ont pas jugé utile d'instaurer un contrôle de la recevabilité des référendums d'en haut. Toutefois, la multiplication des recours au référendum ces dernières décennies, particulièrement en période de crise, soulignent les failles de processus susceptibles d'être instrumentalisés par les gouvernants. Au sein du Conseil de l'Europe, le Conseil des élections démocratiques et la Commission de Venise ont élaboré un Code de bonne conduite en matière de pratiques référendaires qui souligne la nécessité de respecter un certain nombre de règles en matière d'organisation des référendums et de prévoir pour ce faire, « un système de recours efficace »³³. Bien évidemment, face à la diversité des procédures référendaires et de leur objet, un référendum d'autodétermination ne pouvant être traité de la même façon qu'un référendum législatif déclenché par une minorité de citoyens, par exemple, les modalités de contrôle de la recevabilité divergent.

II – L'hétérogénéité des contrôles proposés

Le contrôle préalable des questions référendaires diffère du contrôle du déroulement du scrutin proprement dit qui relève d'une mission de surveillance générale des scrutins. En France, le Conseil constitutionnel reçoit une telle compétence de l'article 60 de la Constitution pour les

³⁰ Lors du référendum du 8 janvier 1961, la question posée était la suivante : « Approuvez-vous le projet de loi soumis au peuple français par le Président de la République et concernant l'autodétermination des populations algériennes et l'organisation des pouvoirs en Algérie ? ».

³¹ La question posée lors du référendum du 8 avril 1962 était la suivante : « Approuvez-vous le projet de loi soumis au peuple français par le Président de la République et concernant les accords à établir et les mesures à prendre au sujet de l'Algérie sur la base des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 ? ».

³² La question posée lors du référendum du 27 avril 1969 était la suivante : « Approuvez-vous le projet de loi soumis au peuple français par le Président de la République et relatif à la création de régions et à la rénovation du Sénat ? ».

³³ Point 3.3 de la Résolution 235 (2007), *Code de bonne conduite en matière référendaire*.

référendums nationaux. Pour les référendums locaux³⁴, cette compétence relève des juridictions administratives³⁵. La teneur du contrôle exercé diverge également d'un Etat à l'autre selon la délimitation plus ou moins précise des compétences attribuées à l'autorité de contrôle et l'interprétation qu'elle fait de ces dispositions et de celles dont elle est chargée d'assurer le respect. Il y a lieu de distinguer les exigences constitutionnelles relatives aux référendums, et qui leur sont spécifiquement applicables, des autres dispositions constitutionnelles qui seraient applicables à n'importe quel acte normatif entrant dans le champ de compétence de l'organe chargé du contrôle de constitutionnalité. La plupart des Etats qui prévoient un contrôle juridictionnel de la recevabilité ont inscrit dans leur Constitution les termes de contrôle de « la légalité et de la constitutionnalité » ce qui permet une interprétation large des dispositions encadrant le référendum et qui permet également de pratiquer un contrôle de constitutionnalité ordinaire du référendum proposé.

La logique veut que tout contrôle de la recevabilité d'une demande de référendum, de la manière dont la question est formulée pour s'assurer du respect de la liberté de vote ainsi que de la conformité de l'organisation de scrutin envisagé aux normes qui le réglementent, soit exercé avant le vote. En effet, si cet examen a pour but d'empêcher la tenue d'un référendum qui ne serait pas conforme aux règles de droit, qu'elles soient ou ne soient pas spécifiques à la procédure référendaire, l'organisation du référendum pourrait être interprété comme une validation par le peuple des irrégularités de forme ou de fond. La France a fait l'expérience de cette situation délicate en 1962, lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi par le Président du Sénat, juste après le scrutin, de la conformité à la Constitution de la loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 61 al. 2 de la Constitution³⁶. Rappelant qu'il ne dispose que de compétences d'attribution déterminées par la Constitution ou la loi organique, le Conseil

³⁴ La procédure de référendum local, pour des questions relevant de la compétence des autorités locales, a été introduite en France par voie de révision constitutionnelle en 2003 (article 72-1 de la Constitution). A titre exceptionnel, une consultation locale a été organisée en juin 2016 sur le fondement de l'article L 123-20 dans le Code de l'Environnement, spécialement introduit en février 2016, à propos de la construction d'un aéroport sur le territoire de la commune de Notre-Dame-Des-Landes. Le Conseil d'Etat, saisi dans le cadre d'une procédure de référé-suspension, du décret organisant cette consultation a rejeté ce recours, par une décision du 20 juin 2016 (voir la décision sur <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-20-juin-2016-Association-citoyenne-intercommunale-des-populations-concernees-par-le-projet-d-aeroport-de-Notre-Dame-des-Landes-et-autres>).

³⁵ Pour les référendums locaux, le représentant de l'Etat peut notamment saisir le Tribunal administratif dans un délai de dix jours s'il estime que la délibération relative à l'organisation d'un référendum est illégale (article LO 112-3 du Code général des collectivités territoriales).

³⁶ L'article 61 al. 2 organise le contrôle de la constitutionnalité des lois avant qu'elles ne soient promulguées par le Président de la République.

constitutionnel s'est déclaré incompétent pour contrôler les lois référendaires³⁷. Cette position était politiquement compréhensible dans le contexte de l'époque, où il s'agissait d'une jeune institution, dont les fonctions de gardien de la Constitution n'étaient ni assumées, ni clairement affirmées, face à un Président de la République disposant d'une forte légitimité populaire et non favorable au développement du rôle du Conseil constitutionnel. Pourtant, et bien que le contexte ait changé, le Conseil constitutionnel a réitéré sa déclaration d'incompétence en 1992³⁸, face à une loi dont la place dans la hiérarchie des normes ne recélait aucune ambiguïté, contrairement à la situation de novembre 1962, en 2014³⁹, dans le cadre d'une procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*⁴⁰ alors même que le contrôle ne se heurtait plus à l'obstacle de la légitimité populaire immédiate du scrutin⁴¹.

La logique du contrôle préalable de la recevabilité des référendums n'exclut, cependant, pas la critique. Ce contrôle peut être perçu comme une atteinte à la liberté d'expression, voire d'action des promoteurs du référendum. Lorsqu'il s'agit pour des citoyens de proposer une initiative populaire, le contrôle préalable peut être considéré comme une atteinte au droit d'initiative populaire ou encore au droit des citoyens de participer aux affaires publiques si de tels droits sont consacrés par la Constitution⁴². De même, lorsqu'il s'agit pour une partie de la population de revendiquer une plus grande autonomie, l'indépendance ou la sécession, comme cela a été le cas pour le Québec, la Catalogne, l'Ecosse et la Crimée, un tel contrôle préalable peut être interprété comme une volonté de la part des autorités nationales, fédérales, centrales, d'empêcher le référendum⁴³, d'autant plus qu'aucune procédure d'autodétermination n'est prévue par la Constitution. En Espagne, par exemple, le Tribunal constitutionnel a été saisi à plusieurs reprises d'actes d'autorités locales tentant d'organiser des consultations locales

³⁷ Conseil constitutionnel, déc. 62-20 DC du 6 novembre 1962 (toutes les décisions citées sont disponibles sur le site du Conseil constitutionnel).

³⁸ Conseil constitutionnel, déc. 92-313 DC du 23 septembre 1992.

³⁹ Conseil constitutionnel, déc. 2014-392 QPC du 25 avril 2014, Province Sud Nouvelle-Calédonie.

⁴⁰ Le Conseil constitutionnel peut contrôler les lois soit avant leur promulgation sur saisine d'un certain nombre d'autorités politiques ou d'une minorité de parlementaire, soit *a posteriori* par le biais d'une question posée au juge par les justiciables dans le cadre d'un procès (procédure de la Question prioritaire de constitutionnalité instaurée en France en 2010).

⁴¹ Voir en dehors du cas français, ce débat dans la doctrine américaine pour les référendums organisés par certains Etats fédérés, notamment J. Eule, « Judicial Review of Direct Democracy », *Yale Law Journal*, 1990, pp. 1503-1590 ; Michael E. Solimine, « Judicial Review of Direct Democracy : a reappraisal », *Kentucky Law Journal*, vol. 104, 2016, à paraître.

⁴² Ceci est le cas aux Etats-Unis et en Suisse, en particulier. Voir en ce sens, M. Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, PUAM, Economica, 2004, pp. 253-265.

⁴³ Voir sur cette question, P. Taillon, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ?*, Dalloz, 2012, 586 p.

d'autodétermination. Ainsi s'est-il prononcé en 2008, dans le cadre d'un recours en inconstitutionnalité, sur une loi du parlement basque 9/2008, du 27 juin 2008, *sur la convocation et la régulation d'une consultation populaire afin de recueillir l'opinion des citoyens du Pays Basque sur l'ouverture d'un processus de négociation pour parvenir à la paix et la normalisation politique*. Cette loi a été déclarée contraire à la Constitution, le Tribunal requalifiant cette consultation en « référendum » et rappelant que cette procédure n'était pas autorisée par cette dernière⁴⁴. Cette position a été réitérée pour la Catalogne lorsque le Tribunal a été saisi de la constitutionnalité de la *Résolution du Parlement de Catalogne 5/X du 23 janvier 2013 approuvant la Déclaration de souveraineté et du droit à décider du peuple de Catalogne*⁴⁵, de la *loi du Parlement Catalan 10/2014, sur les consultations populaires non référendaires et autres formes de participation citoyenne*⁴⁶ et des actes du Gouvernement de Catalogne relatif à la convocation des catalans, des catalanes et des personnes résidents en Catalogne pour qu'ils manifestent leur opinion sur l'avenir politique de la Catalogne le 9 novembre 2014⁴⁷. Même si la réponse du Tribunal constitutionnel est juridiquement fondée et était attendue, elle pose, d'un point de vue politique, la question de la manière dont une population peut s'exprimer, être reconnue en tant que peuple et décider de son avenir. Dans ce cas-là, la décision d'irrecevabilité opposée à une demande de référendum, constitue certes un obstacle, au moins temporaire, au processus d'autodétermination mais va participer au débat public provoqué par la demande de référendum, qui peut se poursuivre par la suite, et ouvrir comme au Québec un processus de négociation ou aboutir, comme en Ecosse, à l'organisation d'un référendum d'autodétermination par l'Etat lui-même.

Le contrôle de la recevabilité des référendums est rarement prévu par le texte constitutionnel lorsque ces scrutins ont pour objet une révision de la Constitution ou une question d'importance ou d'intérêt national, sans que le champ d'application ne soit défini de façon plus précise. La seule exception est lorsque ce type de réforme peut être proposé par initiative populaire, ce qui est le cas en Suisse, ou en Roumanie, mais très peu de constitutions offrent cette possibilité. Dans le cas Suisse, le contrôle opéré est minimal. Il est confié à l'Assemblée fédérale et porte sur l'unité de forme, de matière et depuis 1994 sur le respect des règles impératives du droit

⁴⁴ STC 103/2008 du 11 septembre 2008 (toutes les décisions citées sont accessibles sur le site du tribunal constitutionnel espagnol).

⁴⁵ STC 42/2014 du 25 mars 2014.

⁴⁶ STC 31/2015 du 25 février 2015.

⁴⁷ STC 138/2015 du 11 juin 2015.

international⁴⁸. En effet, au cours du temps, la Suisse a été confrontée à la contrariété entre les demandes de révision sur initiative populaire et les engagements internationaux. En 1994, elle a rejeté une initiative populaire au motif de son incompatibilité avec les règles impératives du droit international public⁴⁹. Cette limite a été ensuite officiellement introduite dans la Constitution, elle-même soumise à approbation par voie de référendum, lors de la révision totale approuvée en 1999.

Le plus souvent le déclenchement de référendums sur des questions d'ordre constitutionnel ou sur des questions d'intérêt national, est une prérogative du chef du Gouvernement ou du chef de l'Etat et aucun contrôle systématique, préalable et obligatoire n'est prévu. Dans un Etat de droit, cela ne devrait pas exclure la possibilité d'un recours à l'encontre de la décision d'organiser un référendum ou, plus généralement, des actes organisant ce référendum. Par exemple, le référendum grec du 5 juillet 2015 organisé en toute hâte, sans véritable campagne et sans que la question posée ne soit claire en elle-même et quant aux conséquences du choix exprimé par les citoyens, a pas fait l'objet d'un contrôle préalable par le Conseil d'Etat grec qui s'est prononcé en faveur de la tenue de ce référendum⁵⁰. En France, les actes préparatoires à l'organisation d'un référendum national sont depuis 2000, et à titre seulement exceptionnel (!)⁵¹, susceptibles d'un recours devant le Conseil constitutionnel⁵².

En Croatie, en revanche, une demande de référendum portée par une minorité de citoyens⁵³ peut avoir pour objet une révision de la Constitution et sera, à la demande du Parlement, soumis

⁴⁸ Article 194 de la Constitution, relatif aux révisions partielles, sur initiative populaire : « 1 - Une révision partielle de la Constitution peut être demandée par le peuple ou décrétée par l'Assemblée fédérale.
2 - Toute révision partielle doit respecter le principe de l'unité de la matière ; elle ne doit pas violer les règles impératives du droit international.

3 - Toute initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution doit en outre respecter le principe de l'unité de la forme ».

⁴⁹ Voir notamment J.-F. Flauss, « Le contrôle de la validité internationale des initiatives populaires en Suisse », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 23-1995, pp. 625-636.

⁵⁰ Etait contesté d'une part, la constitutionnalité du référendum qui portait sur une question relative aux finances publiques, d'autre part, son caractère trop technique. Le Conseil d'Etat grec s'est prononcé le 3 juillet 2015. Voir plus largement sur ce référendum, E. Kopsidi, « Le référendum grec du 5 juillet 2015 : entre enjeux politiques et incertitudes constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 105-2016, pp. 241-249.

⁵¹ Dans le cadre de la mission générale de surveillance des référendums dont dispose le Conseil constitutionnel en vertu de l'article 60 de la Constitution : voir M. Fatin-Rouge Stéfani, « *La décision Hauchemille et Meyet du 24 mars 2005...* », *précité*.

⁵² Décision n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000, *Hauchemille*, comm. R. Ghévantian, « Conseil constitutionnel – Conseil d'Etat : le dialogue des juges », *Revue française de droit administratif*, 2000, pp. 1004-1008.

⁵³ L'article 87 de la Constitution croate dispose : « Le Parlement croate peut soumettre au référendum une proposition d'amendement à la Constitution, un projet de loi ou toute autre question entrant dans ses compétences. Le président de la République peut, sur proposition du Gouvernement et avec le contreseing du premier ministre, soumettre au référendum une proposition d'amendement à la Constitution ou quelque autre question qu'il considère importante pour l'indépendance, l'intégrité et l'existence de la République de Croatie. Le Parlement croate doit soumettre au référendum les questions mentionnées aux alinéas 1 et 2 du présent article,

à contrôle de la recevabilité par la Cour constitutionnelle⁵⁴. Un tel contrôle a été pratiqué notamment en 2013 lors de l'initiative minoritaire relative à la définition du mariage (référendum du 1^{er} décembre 2013)⁵⁵.

Les contrôles préalables obligatoires sont plus systématiquement prévus pour les référendums susceptibles de porter sur des questions infra-constitutionnelles, qu'il s'agisse par exemple de référendums législatifs ou locaux, et qui, en outre, peuvent être déclenchés par le biais d'une initiative populaire. Ceci est le cas en Albanie, en Italie ou encore au Portugal. En Albanie, le contrôle de la constitutionnalité d'un référendum abrogatif proposé par le peuple ou d'une demande de référendum adressée par une minorité de citoyens au président de la République, doit faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité préalable exercé par la Cour constitutionnelle albanaise⁵⁶. Peu d'initiative ont été proposées jusqu'à présent. La Cour constitutionnelle en a déclaré une inconstitutionnelle en 2003 et une autre conforme à la Constitution en 2013 ; cette dernière n'a pourtant pas abouti à un référendum⁵⁷.

En Italie, le contrôle préalable du référendum abrogatif de l'article 75 de la Constitution⁵⁸ est prévu par la loi constitutionnelle n° 1 de 1953 et la loi n° 352 de 1970. Ce contrôle est partagé entre le bureau central près la Cour de cassation (contrôle dit de « légitimité »), qui vérifie le respect des règles procédurales, notamment le nombre de signatures requis, et la Cour

conformément à la loi, quand la demande est présentée par dix pour cent de l'ensemble du corps électoral de la République de Croatie.

Lors de ces référendums, les décisions sont prises à la majorité des électeurs qui y ont pris part.

Les décisions prises par référendum sont obligatoires.

Une loi relative à ces référendums sera adoptée. Cette loi peut également prévoir les conditions relatives à la tenue de référendums consultatifs ».

⁵⁴ Cette compétence est prévue aux articles 87 et 95 de la Loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de Croatie (disponible en anglais sur le site internet de la Cour constitutionnelle de Croatie).

⁵⁵ *Priopćenje o narodnom ustavotvornom referendumu o definiciji braka*, No: SuS-1/2013, November 14, 2013. Résumé disponible sur le site de la Commission de Venise (<http://www.codices.coe.int> consulté le 18 juillet 2016) sous la référence : CRO-2013-3-016.

⁵⁶ Articles 150, 151 et 152 de la Constitution de 1998.

⁵⁷ Voir sur ces deux initiatives, V. Pajo Bala, « The culture of referendum in Albania : Thechnical and Theoretical reflections on The Abrogative Referendum », *Academicus – International Scientific Journal*, 2014, pp. 29-41 (disponible sur <http://www.academicus.edu.al/nr9/Academicus-MMXIV-9-029-042.pdf> consulté le 18 juillet 2016).

⁵⁸ L'article 75 de la Constitution italienne dispose : « Un référendum populaire est fixé pour décider l'abrogation, totale ou partielle, d'une loi ou d'un acte ayant valeur de loi, lorsque cinq cent mille électeurs ou cinq conseils régionaux le demandent.

Le référendum n'est pas admis pour des lois fiscales et budgétaires, d'amnistie et de remise de peine, d'autorisation à ratifier des traités internationaux.

Tous les citoyens appelés à élire la chambre des députés ont le droit de participer au référendum.

La proposition soumise au référendum est approuvée si la majorité des électeurs a participé au scrutin, et si la majorité des suffrages valablement exprimés a été atteinte.

La loi établit les modalités d'application du référendum ».

constitutionnelle qui vérifie que la demande de référendum respecte les limites posées par l'article 75 al. 2 de la Constitution (contrôle dit d'« admissibilité » que nous traduirons ci-après par recevabilité). A partir de ce texte, face au nombre important d'initiatives proposées et aux risques liés à ce type de référendum, la Cour constitutionnelle a développé un contrôle très strict de ces demandes. Outre les limites expressément prévues par l'article 75 al. 2 de la Constitution, la Cour a posé un certain nombre « d'hypothèses implicites d'irrecevabilité, inhérentes aux caractéristiques essentielles et nécessaires de l'institution d'un référendum abrogatif »⁵⁹. Parmi celles-ci se trouvent les règles d'homogénéité, de clarté, de précision et de cohérence de la demande de référendum. Tenant compte de l'ensemble des critères posés directement par l'article 75 de la Constitution, ou déduits par la Cour, cette dernière a déclaré irrecevables 64 demandes sur les 148 propositions de référendum abrogatif qu'elle a eu à examiner entre 1972 et 2016⁶⁰.

Au Portugal, enfin, le contrôle de la recevabilité des questions référendaires est prévu par les articles 115 et 223 de la Constitution. Le référendum portugais est de type propositif, il peut émaner d'une initiative populaire mais peut également être initié par l'Assemblée de la République ou le Gouvernement. Il ne porte pas sur un projet de texte mais pose une question que l'Assemblée de la République sera chargée de concrétiser par un texte si le référendum est valide et que les résultats sont positifs. Les limites à l'organisation d'un référendum, qui font l'objet du contrôle de la recevabilité par le Tribunal, sont nombreuses et ont été interprétées strictement par la Cour. Elles se trouvent principalement inscrites aux alinéas 4 à 6 de l'article 115. Ainsi, sont exclus du référendum : a) les amendements à la Constitution ; b) les questions et les actes dont le contenu est d'ordre budgétaire, fiscal ou financier ; c) les matières prévues à l'article 161 de la Constitution, sans préjuger des dispositions du paragraphe suivant ; d) les matières prévues à l'article 164 de la Constitution, à l'exception des dispositions de l'alinéa i). L'alinéa 5 précise que : « Les dispositions du paragraphe précédent n'excluent pas du domaine du référendum les questions importantes d'intérêt national devant faire l'objet d'une convention

⁵⁹ Décision n° 16 du 2 février 1978 (en ligne sur le site de la Cour constitutionnelle italienne). Ces hypothèses sont au nombre de quatre : 1 – La demande doit être homogène ; 2 – Elle ne peut pas porter sur la constitution, les lois de révision constitutionnelle, les autres lois constitutionnelles et les actes législatifs dotés d'une force passive particulière ; 3 – La demande ne peut avoir pour objet des « dispositions législatives ordinaires à contenu constitutionnellement lié, dont le noyau normatif ne peut être privé d'efficacité, sans que ne soient altérées les dispositions constitutionnelles qui en sont le fondement » ; 4 – Les demandes ne peuvent pas porter sur des dispositions produisant des effets étroitement liés au cadre d'application des lois expressément visées par l'article 75 al. 2 de la Constitution.

⁶⁰ Etude prenant en compte l'ensemble des décisions rendues par la Cour dans le cadre de cette compétence jusqu'au 1^{er} mars 2016. Plusieurs demandes de référendum ont été rejetées notamment pour « extinction de la demande » (voir décision n° 16 de 2016).

internationale, conformément à l'alinéa i) de l'article 161 de la Constitution, à l'exception des questions relatives à la paix et à la correction des frontières ». Enfin, l'alinéa 6 indique que : « Chaque référendum portera sur une seule matière et les questions devront être formulées avec objectivité, clarté et précision et de façon à ce qu'il y soit répondu par oui ou par non. Le nombre des questions sera limité par la loi qui déterminera également les autres conditions de la formulation des questions et de la tenue des référendums ». Ces dispositions sont complétées par la loi organique sur le régime du référendum⁶¹. En pratique, peu de demandes de référendum aboutissent soit parce qu'elles ne résistent pas à ce filtrage, en particulier les propositions de référendum local⁶², soit parce que les majorités requises pour valider les résultats du référendum ne sont pas atteintes. Il est intéressant de remarquer que, dans le cas du Portugal, le contrôle juridictionnel de la recevabilité des référendums n'est pas limité aux demandes émanant d'une minorité de citoyens et touche tous les types de référendum. Ce contrôle systématique, étendu et rigoureux, correspond à la philosophie d'un contrôle intégral de constitutionnalité des actes juridiques souhaité par le constituant portugais.

Le contrôle juridictionnel de la recevabilité des demandes de référendum, même sur des questions infra-constitutionnelles, n'est cependant pas toujours obligatoire. Il en va ainsi en Croatie ou encore en Slovénie. Les juridictions ne pourront se prononcer sur la recevabilité des demandes de référendums que dans la mesure où elles sont saisies⁶³.

Au-delà de la grande diversité des situations observées et présentées dans cette étude, force est de constater que les autorités chargées d'un contrôle de la recevabilité exercent, dans la plupart des cas, cette compétence avec une certaine rigueur⁶⁴. Cette rigueur peut se justifier par le caractère exceptionnel de la procédure référendaire et par l'enserrement constitutionnel

⁶¹ Disponible en portugais sur le site du Tribunal constitutionnel portugais : <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao030201.html> (consulté le 18 juillet 2016).

⁶² Entre 1991 et 2015, le Tribunal constitutionnel a rendu 46 décisions dans le cadre de sa compétence pour contrôler la recevabilité des référendums locaux, régionaux ou nationaux.

⁶³ Voir R. Podoljnak, « Constitutional Reforms of Citizens-Initiated Referendums », *Revus*, 26, 2015, en ligne sur <http://revus.revues.org/3337> (consulté le 18 juillet 2016). Pour la Croatie, voir en particulier B. Kostadinov, « Direct participation of the people in public power - referendum and judicial control, Croatian and European perspective », in Arnold, Martinez (eds), *Judicial Control of Public Power in National and International law*, Springer International, 2016, (à paraître).

⁶⁴ Par exemple, dans une décision de 2015, à propos d'une initiative relative à l'attribution d'une concession pour les autoroutes, la Cour constitutionnelle croate a souligné qu'il découlait des dispositions constitutionnelles une exigence stricte de contrôler la demande de référendum sur la forme et sur le fond : Décision du 21 avril 2015 (U-VIIR-1158/2015), résumé disponible en anglais sur le site de la Commission de Venise (précité), sous la référence CRO-2015-1-005.

souhaité par les constituants. Il fait toutefois naître des risques importants dont celui de rendre presque impossible la tenue d'un référendum.

III – Les risques d'une rigueur excessive dans la pratique du contrôle

Si l'intérêt d'un contrôle de la recevabilité des référendums exercé par une autorité juridictionnelle ou administrative indépendante est assez aisé à démontrer, la pratique montre quelques excès ou dérives possibles à la fois dans la détermination du cadre de ce contrôle et dans la manière dont il est exercé.

Tout d'abord, le cadre établi par les dispositions relatives aux référendums est parfois si strict que peu de demandes peuvent aboutir. Cela peut être dû à des conditions d'exercice trop restreintes telles que l'exigence d'un soutien populaire très élevé (ex. 10 % des électeurs pour une demande de référendum dans la cadre de l'article 11 alinéa 3 en France), outre le fait que, dans un grand nombre de cas, les citoyens n'ont pas la possibilité de déclencher eux-mêmes une procédure référendaire. Cela peut être également dû à la définition matérielle du champ d'application du référendum. Au Portugal, par exemple, les conditions d'organisation d'un référendum sont si strictes, voire même contradictoires, que le contrôle de la recevabilité se révèle fatal dans la plupart des cas, notamment lorsqu'il s'agit de demandes de référendums locaux. L'un des motifs d'irrecevabilité le plus fréquent, et particulièrement complexe, est lié aux exigences de clarté, d'objectivité et de précision de la question posée au référendum. Ainsi, le référendum envisagé en 2014 sur l'adoption par des couples homosexuels comportait deux questions (puisque lors d'un référendum, il est possible de soumettre au maximum trois questions aux citoyens avec une réponse par oui ou par non sur chacune d'elle). La première de ces questions était ainsi rédigée : Acceptez-vous que le conjoint de droit ou de fait d'un couple de même sexe puisse adopter l'enfant du conjoint auquel il est uni ? La seconde question était : Acceptez-vous que les couples de même sexe mariés ou vivant en concubinage puissent adopter ?

La Cour, dans une décision n° 176 de 2014, a jugé que les citoyens pouvaient être tentés de répondre en bloc, de manière positive ou négative, aux deux questions sans mesurer la différence des enjeux dans chacune d'elles notamment en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant⁶⁵.

⁶⁵ Tribunal constitutionnel portugais, décision n° 176/2014 disponible sur <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordao> Pour un résumé en langue française de cet arrêt, voir <http://www.codices.coe.int> et la référence POR-2014-1-005.

De ce fait, le référendum proposé ne répondait pas, selon le Tribunal constitutionnel, à l'exigence de précision des questions proposées au référendum.

Ce filtre rigoureux n'est-il pas simplement le reflet d'une volonté des constituants d'encadrer strictement l'exercice du référendum ou le droit d'initiative populaire ? Comme le souligne plus largement Patrick Taillon, les choix effectués dans la manière dont sont « rationalisées » les procédures référendaires « ne sont jamais complètement neutres »⁶⁶.

Plus critiquable est la façon dont le contrôle de la recevabilité des demandes de référendum, et en particulier des questions référendaires, est exercé et donc la tendance des autorités - juridictionnelles, politiques ou administratives - à retenir une interprétation extensive des dispositions dont elles sont chargées de garantir le respect. Les cas de l'Italie, de la Slovénie et de la Suisse sont intéressants à cet égard. En Italie, comme cela a été souligné précédemment, la Cour constitutionnelle a dégagé une série limites implicites inhérentes à la nature même du référendum abrogatif⁶⁷. Or, les contours de ces exigences sont devenus flous au fil du temps rendant la jurisprudence de la Cour confuse voire inintelligible. Cette situation a notamment conduit Livio Paladin à affirmer qu'en la matière « l'unique certitude est l'incertitude »⁶⁸. Ainsi, dans sa décision n° 16 de 1978, la Cour avait distingué les lois constitutionnellement obligatoires⁶⁹, qui peuvent faire l'objet d'une demande d'abrogation, des dispositions législatives « ordinaires à contenu constitutionnellement lié, dont le noyau normatif ne peut être privé d'efficacité, sans que ne soient altérées les dispositions constitutionnelles qui en sont le fondement »⁷⁰. Cette délimitation est devenue poreuse à partir de 1987, lorsque la Cour a considéré, à propos d'une demande d'abrogation de dispositions législatives relatives au Conseil de la Magistrature (dispositions constitutionnellement obligatoires), que ne pouvaient être recevables les demandes relatives à des « organes constitutionnels ou d'importance constitutionnelle » qui pourraient « être exposés à l'éventualité même seulement théorique d'une paralysie de fonctionnement »⁷¹. Cette jurisprudence a conduit la Cour à procéder à un

⁶⁶ P. Taillon, « De la clarté à l'arbitraire : le contrôle de la question et des résultats référendaires par le Parlement canadien », *Revista d'Estidis Autonomics i Federal*, n° 20/2014, p. 17 (disponible en ligne sur <http://www.raco.cat/index.php/REAF/article/view/283090/370954> consulté le 30 juin 2016).

⁶⁷ Décision n° 16/1978, précitée.

⁶⁸ Cité par R. Modugno, « IL giudizio di ammissibilità dei referendum abrogativi », Giuffrè ed., 2005, en ligne sur http://www.acmolfetta.it/old/focus/fecondazione/ammissibilit_referendum.htm (consulté le 18 juillet 2016).

⁶⁹ Cela concerne, par exemple, les lois qui mettent en place des institutions ou des procédures prévues par la Constitution.

⁷⁰ Cela était le cas dans la décision n° 16 de 1978, d'une des demandes de référendum qui risquait de rendre inefficace l'article 103 al. 3 de la Constitution relatif à la justice militaire, en aboutissant à l'abrogation de l'ensemble des dispositions mettant en oeuvre celle-ci.

⁷¹ Décision n° 29 de 1987.

contrôle de la norme de résultat des demandes de référendum abrogatif et à déclarer irrecevables les demandes d'abrogation risquant d'aboutir à un vide juridique, ce qui aurait pour effet d'empêcher l'institution d'être opérationnelle⁷².

A cela s'ajoute une autre difficulté, celle de distinguer le contrôle de la recevabilité des demandes de référendum, d'un contrôle de la constitutionnalité des normes qui résulteraient du référendum s'il était validé⁷³. La Cour, malgré l'évolution de sa jurisprudence, a toujours refusé de pratiquer un contrôle de constitutionnalité des normes de résultats au regard de l'ensemble des dispositions constitutionnelles dans le cadre des compétences dont elle dispose en matière de référendum abrogatif. Elle distingue donc soigneusement, en théorie, le contrôle du cadre constitutionnel tiré de l'article 75 al. 2 de la Constitution, qui relève du contrôle de la recevabilité des référendums abrogatifs, du contrôle qu'elle pourrait opérer *a posteriori* dans le cadre de son contrôle incident de constitutionnalité des lois et actes ayant force de loi⁷⁴. Or tout en affirmant que « l'hypothétique illégitimité constitutionnelle de la demande dans ses effets, ne peut être prise en considération et peser sur la déclaration de l'inadmissibilité de la demande référendaire »⁷⁵, elle a opéré peu à peu un glissement vers la norme de résultat qui rend cette distinction assez artificielle. En outre, si certaines dispositions issues d'un référendum abrogatif ont fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité comme toute autre norme législative, cette situation est assez rare d'autant que certaines dispositions ne peuvent, en raison de leur objet, que difficilement donner lieu à un renvoi incident⁷⁶.

La jurisprudence de la Cour est encore plus confuse à propos des exigences de clarté, d'homogénéité, de simplicité et de cohérence⁷⁷ imposées aux demandes de référendum abrogatif et qui a poussé la doctrine italienne à dénoncer l'arbitraire de la Cour, l'absence de sécurité juridique en raison de l'incapacité à dégager une ligne jurisprudentielle claire et, d'une manière plus générale, les pouvoirs trop importants dont elle dispose⁷⁸. Cette critique peut

⁷² Cela lui a permis notamment de rejeter les demandes de référendum portant sur des dispositions électorales relatives au Sénat (déc. n° 47 de 1991). Voir notamment J.-C. Escarras, « Incertitudes et limites de la justice constitutionnelle : regards français sur la sentence 47 de 1991 de la Cour constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 6-1991, pp. 365-375.

⁷³ Ce qui suppose que la réponse à la demande d'abrogation soit positive à la suite d'un vote à la majorité des suffrages exprimés auquel la majorité des électeurs inscrits aura participé (article 75 al. 4 de la Constitution).

⁷⁴ Compétence qu'elle tient de l'article 134 de la Constitution complété par la loi constitutionnelle n° 1 de 1953. Il s'agit d'un contrôle par voie de question préjudicielle.

⁷⁵ Décision n° 26 de 1987 (en ligne sur le site de la Cour constitutionnelle).

⁷⁶ Cette question a été très débattue dans la doctrine italienne voir M. Luciani, *Commentario della Costituzione*, Art. 75, *La formazione delle leggi*, Tome I, 2, Il referendum abrogativo, Zanichelli, 2005, 792 p. et, précisément pour les lois électorales, P. Carnevale, « Può il giudizio di ammissibilità sulle richieste di referendum abrogativo divenire la sede del controllo di costituzionalità sulla legislazione elettorale ? », (2008), disponible sur http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/giustizia_costituzionale/carnevale.html (consulté le 18 juillet 2016).

⁷⁷ Voir notamment la décision n° 27/1981.

⁷⁸ Voir notamment, R. Modugno, *précité*.

également être opposée à la jurisprudence du Tribunal constitutionnel portugais lorsqu'il doit conjuguer plusieurs critères pour évaluer la qualité rédactionnelle des référendums. Cependant, si dans le cas portugais, ces contradictions trouvent leur fondement dans les textes régissant les procédures de référendum et d'initiative populaire, en Italie, ces exigences parfois contradictoires d'une décision à l'autre, ont été élaborées par la Cour elle-même, sur le fondement d'intentions tout à fait honorables dont celle d'encadrer une procédure très complexe et faire en sorte qu'un référendum abrogatif ne devienne pas un référendum propositif. En effet, l'une des difficultés du référendum abrogatif italien est que l'abrogation demandée peut-être totale ou partielle, et lorsqu'elle est partielle cela peut transformer la législation au point de devenir une alternative à la norme existante⁷⁹.

De la même façon, le contrôle de la clarté, au sens large du terme, de la question posée et, plus généralement de la proposition de référendum, repose également sur une bonne intention : celle de protéger la liberté de vote. Cette liberté suppose notamment que les citoyens appelés à voter puissent comprendre facilement les termes de la question, qu'ils ne soient pas manipulés, qu'ils puissent procéder à un choix clair et qu'ils soient conscients des enjeux et des conséquences du scrutin. L'ambiguïté de la jurisprudence de la Cour italienne peut donc trouver une explication dans une volonté de respecter la lettre et l'esprit de la Constitution et de protéger les citoyens appelés à voter ; cependant, ces exigences cumulées ont abouti à réduire considérablement les potentialités de l'article 75 de la Constitution. Un constat similaire peut être fait pour la Cour constitutionnelle slovène.

La Constitution slovène prévoit, au niveau national, la possibilité de recourir au référendum dans le cadre d'une procédure de révision de la Constitution (article 170⁸⁰) ou dans le cadre législatif (article 90). Concernant le second type de référendum, la version originale de la Constitution de 1991 prévoyait notamment que l'Assemblée nationale pouvait « fixer la date d'un référendum (...) sur sa propre initiative et doit en fixer la date si au moins un tiers des députés, le Conseil national ou quarante mille électeurs l'exigent » sans fixer de limites précises, notamment matérielles, aux demandes de référendum⁸¹. Ce référendum pouvait donc être

⁷⁹ Pratique dite du « référendum manipulatif », voir R. Modugno, *précité*.

⁸⁰ D'après l'article 170 de la Constitution : « L'Assemblée nationale doit soumettre la proposition de révision de la Constitution à l'adoption des électeurs lors d'un référendum, si au moins trente députés le demandent. La révision de la Constitution est adoptée lors du référendum si la majorité des électeurs ayant voté se prononce en sa faveur, à condition que la majorité de tous les électeurs ait pris part au scrutin ».

⁸¹ L'article 90 énonce : « L'Assemblée nationale peut, sur des questions déterminées par la loi, fixer la date d'un référendum. L'Assemblée nationale est liée par le résultat du référendum.

L'Assemblée nationale peut fixer la date d'un référendum comme mentionné à l'alinéa précédent sur sa propre initiative, et elle doit en fixer la date si au moins un tiers des députés, le Conseil national ou quarante mille électeurs

déclenché à l'initiative d'une minorité de citoyen ou, comme au Danemark ou en France depuis 2008, à l'initiative d'une minorité parlementaire qui disposait par ce biais-là de la possibilité de s'opposer à la politique gouvernementale⁸². Sur la base de cette disposition, certains partis de l'opposition ont sollicité la tenue de référendums sur deux lois fraîchement adoptées par la nouvelle majorité gouvernementale issue des élections parlementaires de décembre 2011, et destinées à renforcer la stabilité du secteur bancaire pour éviter la faillite de l'Etat. Or, la Cour constitutionnelle, saisie sur le fondement de l'article 21 de la Loi sur l'initiative et le référendum⁸³, d'une demande visant à apprécier les conséquences inconstitutionnelles éventuelles de la suspension de l'entrée en vigueur d'une loi ou d'un projet de loi⁸⁴, s'est opposée à la tenue de ceux-ci dans une décision du 17 décembre 2012⁸⁵. Mettant en balance les différents intérêts en présence, la Cour a estimé qu'un certain nombre de « valeurs constitutionnelles » telles que l'assurance d'un « exercice serein des fonctions de l'État, y compris la création des conditions pour le développement du système économique et la garantie du respect des droits garantis par la Constitution, en particulier les droits à la libre entreprise, la sécurité sociale, les soins de santé, les droits des personnes handicapées, et la sécurité de l'emploi (...) », « le respect des principes fondamentaux du droit international et les traités internationaux » et la nécessité de « veiller à l'efficacité de l'ordre juridique de l'Union européenne » étaient prioritaires par rapport au droit de demander l'organisation d'un référendum législatif⁸⁶. Ce faisant, la Cour relève des limites qui étendent sa prérogative de contrôle de manière considérable car l'examen pratiqué ne porte pas sur la manière dont la question est formulée, ni sur le respect de certaines limites préalablement définies, mais sur les conséquences même du référendum en cas de réponse positive, conséquences susceptibles

l'exigent.

Tous les citoyens possédant le droit de vote ont le droit de voter lors d'un référendum.

La proposition est adoptée lors du référendum, si la majorité des électeurs qui se sont prononcés ont voté en sa faveur.

Le référendum est réglé par une loi que l'Assemblée nationale adopte à la majorité des deux tiers des suffrages des députés présents ».

⁸² Voir sur cette procédure en Slovénie, Voir R. Podoljak, « Constitutional Reforms of Citizens-Initiated Referendums », *précité*.

⁸³ En Slovénie, il n'existe pas de contrôle préalable obligatoire des demandes de référendum mais la Cour peut être saisie sur le fondement de la loi sur l'initiative et le référendum (voir la traduction en anglais de certains articles de cette loi relatifs à la compétence de la Cour constitutionnelle sur <http://www.us-rs.si/en/about-the-court/legal-basis/the-referendum-and-public-initiative-act/> (consulté le 22 juillet 2016)).

⁸⁴ L'article 21 du Referendum and Public initiative Act dispose : « If the National Assembly deems that unconstitutional consequences could occur due to the suspension of the implementation of a law or due to a law not being adopted, it requests that the Constitutional Court decide thereon within the period of time determined in Article 22 of this Act ».

⁸⁵ Décision référencée U-II-1/12, U-II-2/12, disponible en anglais sur <http://odlocitve.us-rs.si/en/odlocitev/AN03605?q=referendum+2012> (consulté le 22 juillet 2016).

⁸⁶ Voir Principaux fondements de la décision, § 9.

d'évoluer en fonction du contexte du moment, en l'occurrence la situation de crise économique et financière traversée par la Slovénie. La contingence de cette décision a d'ailleurs été fortement critiquée par la doctrine⁸⁷. Encore une fois, les potentialités offertes par la Constitution en matière de référendum sont réduites par la juridiction constitutionnelle pour faire prévaloir des exigences liées à la stabilité des institutions, comme dans le cas italien, mais ouvrant la voie à des incertitudes sur les contours de l'objet même des référendums. Toutefois, à la différence de l'Italie, une révision constitutionnelle est intervenue qui valide implicitement cette démarche de la Cour. En effet, une loi de révision constitutionnelle du 24 mai 2013 a modifié les articles 90, 97 et 99 de la Constitution slovène. L'article 90 de la Constitution, relatif au référendum législatif, ne laisse subsister que l'initiative populaire et énonce désormais un certain nombre de matières qui ne peuvent faire l'objet de demandes de référendum :

« - les lois comportant des mesures urgentes destinées à assurer la défense de l'Etat, la sécurité ou l'élimination des conséquences de catastrophes naturelles ;

- Les lois relatives aux taxes, droits de douanes, ou autres charges obligatoires, et la loi permettant la mise en œuvre du budget de l'Etat ;
- Les lois portant sur la ratification des traités ;
- Les lois éliminant une inconstitutionnalité dans le domaine des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ou toute autre inconstitutionnalité ».

Sans multiplier les exemples, le cas de la Suisse énoncé ci-dessus, dans lequel l'Assemblée fédérale est venue opposer une limite à la recevabilité des initiatives populaires tenant au respect des règles impératives du droit international est aussi révélatrice de cette capacité des autorités chargées de filtrer les demandes de référendum d'imposer des exigences non initialement prévues. Or, bien que louable, la prise de position de l'assemblée fédérale peut aussi faire l'objet de critiques si l'on considère le caractère indéterminé de la notion de normes du *jus cogens*.

D'ailleurs, force est de souligner que l'activisme dont font preuve de nombreuses autorités chargées d'exercer un contrôle de la recevabilité des demandes de référendum est proportionnellement beaucoup plus important que celui dont font preuve certaines juridictions constitutionnelles en matière de contrôle de constitutionnalité des actes parlementaires. Si dans l'ensemble des cas étudiés, les raisons avancées pour s'opposer à la tenue d'un référendum

⁸⁷ Voir R. Podoljak, *précité*, note 37 de sa contribution.

semblent légitimes, elles n'en demeurent pas moins une limitation du droit au référendum tel qu'inscrit dans certaines Constitutions. *A contrario*, les situations dans lesquelles aucun contrôle ou un contrôle de recevabilité très superficiel ou aléatoire est prévu, comme cela est le cas en France⁸⁸, peuvent également susciter la critique en raison des risques de détournement de la procédure référendaire à des fins personnelles ou lobbyistes, de déstabilisation des institutions, de manipulation des citoyens.

En conclusion, l'étude de droit comparé menée dans le cadre de cette contribution révèle une grande diversité, dans les Etats dotés de procédures référendaires, quant à l'existence ou non de contrôles préalables, quant aux autorités chargées de ces contrôles et quant à la teneur de ceux-ci. Quelle que soit la procédure référendaire, il apparaît qu'un contrôle préalable minimal devrait exister pour s'assurer que la liberté de vote des citoyens est respectée. Cela suppose des garanties quant à l'organisation du scrutin et quant à la clarté de la question posée, bien que cette notion soit difficile à cerner, de la question posée et des effets des choix proposés, afin que les citoyens aient pleinement conscience de leur choix et des conséquences de leur vote. Il est également nécessaire de veiller à ce que ce contrôle ne soit pas un moyen d'empêcher trop aisément la tenue d'un référendum au regard des risques perturbateurs réels ou supposés qu'il contient, ce qui suppose de la modération de la part des autorités chargées d'un tel contrôle. Bien pensé, ce contrôle constitue donc un rouage déterminant pour garantir le bon fonctionnement de la démocratie dans tous ses aspects et modes d'expression.

⁸⁸ Voir M. Fatin-Rouge Stéfanini, « La décision Hauchemaille et Meyet du 25 mars 2005... », *précité*, pp. 1045-1047. Le même constat peut être fait pour la jurisprudence du Conseil d'Etat français en ce qui concerne les référendums locaux (voir la décision du 20 juin 2016, *précitée*, concernant l'aéroport de Notre Dame-des-Landes).