

LE RÉFÉRENDUM, POUVOIR OU CONTRE-POUVOIR ?

Par Jean-Baptiste ROCHE, moniteur-allocataire en droit public à l'Université Rennes I

Associer le référendum à l'idée de « contre-pouvoir » peut paraître iconoclaste dans une démocratie puisque ce procédé donne en principe le dernier mot au peuple, mais l'idée que le référendum est un contre-pouvoir dans une démocratie essentiellement représentative est défendue en politique comme en doctrine. Yvan Blot a ainsi proposé d'instaurer le référendum d'initiative populaire en 1987 afin de remédier à la crise de la représentation et de lutter contre « l'oligarchie au pouvoir »¹. La question est également traitée par des auteurs tels que Francis Hamon, qui y consacre ainsi plusieurs pages dans son dernier ouvrage intitulé : « Le référendum »². Tout dépend en fait de la définition des termes « pouvoir » et « contre-pouvoir ».

Dans une première approche, que l'on pourrait qualifier de « classique », le juriste conçoit le référendum national comme le « pouvoir » du peuple. Selon Francis Hamon : « Dans un référendum, c'est en principe le peuple qui est l'acteur principal puisque le verdict final dépend de ses suffrages »³. Pour notre étude, la question des référendums consultatifs sera exclue car ils n'aboutissent qu'à un avis et non à une décision. Il en sera de même pour les référendums infra-nationaux, car ils n'expriment pas la souveraineté et ne posent donc pas de problèmes aussi sérieux. L'initiative peut venir *d'en haut*, du Parlement ou du chef de l'État, ou *d'en bas*, d'une initiative populaire notamment. Les effets du référendum peuvent varier : ce peut être un *veto* contre un texte adopté par le Parlement qui n'est pas encore entré en vigueur, comme en Suisse⁴, ou un référendum d'abrogation d'une loi déjà entrée en vigueur, comme en Italie⁵, ou enfin un référendum de ratification, comme en France⁶. Dans tous les cas, le référendum consiste en un mécanisme de décision politique par lequel le peuple est amené à se prononcer directement sur un sujet déterminé. Mais peut-on pertinemment dire que le référendum est *un pouvoir* pour le peuple ? Dans une démocratie, le peuple est souverain, c'est-à-dire qu'il n'existe aucun pouvoir dans l'ordre interne qui soit son égal. Il domine les autres pouvoirs qui ne sont institués et maintenus que par sa volonté. Dans cette mesure, il semble logique que le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour contrôler « l'expression directe de la souveraineté nationale »⁷. Le référendum n'exprimerait donc pas *un pouvoir* parmi d'autres, mais bien *Le Pouvoir*, c'est-à-dire la souveraineté absolue et indivisible.

¹ Y. BLOT et LE CLUB DE L'HORLOGE, *La démocratie confisquée*, J. Picollec, 1989, Y. BLOT, *La démocratie directe : une chance pour la France*, *Économica*, 2012, 224 p., Y. BLOT, *L'oligarchie au pouvoir*, *Économica*, 2011, 144 p.

² F. HAMON, *Le référendum : étude comparative*, Paris, France, LGDJ-Lextenso, 2012, pp. 60-63.

³ *Ibid.*, p. 25.

⁴ Article 141 de la Constitution fédérale helvétique du 18 avril 1999. Une initiative réunissant 50 000 signatures dans un délai de 100 jours peut suspendre l'entrée en vigueur du texte jusqu'au référendum.

⁵ Article 75 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947. L'initiative appartient à 500 000 citoyens ou à cinq conseils régionaux. Les conditions fixées par la Constitution sont assez restrictives, notamment au regard de leur interprétation extensive par la Cour constitutionnelle.

⁶ Articles 11, 88-5 et 89 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

⁷ Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire*, Rec. p. 27, Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Maastricht III*, Rec. p. 94.

Il serait possible de s'arrêter à cette définition et d'écarter définitivement la qualification de « contre-pouvoir » s'agissant du référendum. Toutefois, cela serait ignorer la réalité politique dans laquelle s'insère un tel procédé. Comme le rappelle Jean-Marie Denquin, ce n'est jamais qu'un instrument de démocratie semi-directe⁸. Avant de donner le dernier mot au peuple, le référendum implique l'existence de l'auteur du texte soumis au peuple, mais également celle de l'initiateur du référendum. Ils peuvent être une seule et même entité ou, au contraire, être séparés. À partir de ces deux derniers éléments, il est possible de distinguer différents types de référendum⁹ et de les classer comme pouvoir ou contre-pouvoir selon qu'ils se révèlent être concrètement un instrument entre les mains de ceux qui disposent habituellement du pouvoir politique, c'est-à-dire les représentants, ou au contraire de ceux qui en sont habituellement écartés, c'est-à-dire les représentés.

Admettre de manière absolue que tout référendum national est l'expression de la souveraineté semble excessif, car le référendum n'est pas uniquement le *Pouvoir du peuple*, il bénéficie surtout à son initiateur lorsqu'il vient *d'en haut* (I). En revanche, il peut se révéler être un *contre-pouvoir populaire* efficace face aux représentants lorsque son déclenchement appartient au corps populaire (II).

I) LE RÉFÉRENDUM COMME « POUVOIR » DU PEUPLE

Lorsqu'il s'agit d'un référendum de ratification, le peuple est juridiquement l'auteur d'un acte considéré bien souvent comme l'expression directe du souverain (A), toutefois lorsqu'il vient *d'en haut*, le référendum confère surtout un pouvoir politique exorbitant à celui qui peut solliciter le verdict populaire (B).

A) L'assimilation du référendum à la souveraineté du peuple

Le référendum est considéré par la plupart des juristes et hommes politiques comme l'expression la plus fidèle de la souveraineté populaire. C'est pourquoi, explique Patrick Taillon, « cette légitimité conférée aux actes approuvés par référendum en fait une procédure privilégiée pour l'adoption d'actes normatifs jugés particulièrement importants comme les lois constitutionnelles, les traités impliquant un transfert de compétences, la création d'un nouvel État ou encore la modification de frontières territoriales »¹⁰. Mais l'assimilation du référendum et de la souveraineté dépasse souvent les choix matériellement constitutionnels. Selon « les tenants de la conception "néo-absolutiste" de la souveraineté, explique Olivier Beaud, le peuple est toujours souverain, quelle que soit la Constitution. Une telle conception voudrait faire du peuple le Souverain dès qu'il est sollicité ("appelé") par les gouvernants pour trancher un problème constitutionnel. Elle a été notamment défendue par le général de Gaulle en 1962 et pendant tout son mandat »¹¹.

⁸ DENQUIN, J.-M., « Démocratie participative et démocratie semi-directe », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, 2007, « La citoyenneté », A.-M. LE POURHIET [dir.], p. 95.

⁹ Pour une telle classification des référendums, voir : F. HAMON, *Le référendum*, op. cit., p. 25 sq.

¹⁰ P. TAILLON, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 2-3

¹¹ O. BEAUD, « Le souverain », in *La souveraineté*, Pouvoirs, n° 67, 1993, pp. 38-39.

C'est dans cet esprit que les décisions d'incompétence du Conseil constitutionnel ont été rendues en 1962 et 1992. Les référendums nationaux expriment directement la souveraineté nationale, qu'ils portent sur une loi constitutionnelle, comme en 1962, ou sur une loi ordinaire, comme en 1992. Le Conseil a d'ailleurs maintenu sa position lorsqu'il s'est prononcé dernièrement sur une loi référendaire sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution. Sa décision n° 2014-392 QPC, du 25 avril 2014, affirme ainsi que la loi ordinaire sur la Nouvelle-Calédonie adoptée par référendum en 1988¹² est « l'expression directe de la souveraineté nationale »¹³. Mais en supprimant la distinction entre loi ordinaire et loi constitutionnelle, le régime dérogoire de la loi référendaire perturbe la cohérence de la hiérarchie des normes et l'État de droit.

Cette assimilation du référendum et de la souveraineté tient peut-être à la confusion entre la « démocratie directe », idéal présenté par Rousseau dans son *Contrat social*, et la « démocratie semi-directe », régime plus concret dans lequel s'intègrent les référendums. La démocratie directe, selon Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, est « un système idéal, qui répond au mieux à l'aspiration populaire, dans lequel les gouvernés sont eux-mêmes gouvernants. Le peuple se gouverne directement lui-même par la participation de tous les citoyens. En corps, il fait la loi, prend les décisions gouvernementales comme la désignation des fonctionnaires, la conclusion des contrats et des traités, c'est aussi lui qui rend la justice ». Malgré les progrès technologiques, ce que l'on nomme aujourd'hui l'*e-démocratie* est encore loin de cet idéal, notamment en ce qui concerne la transparence de l'information des citoyens¹⁴. Pour le moment donc, il faut encore se contenter de la forme imparfaite qu'est la « démocratie semi-directe ». Selon les mêmes auteurs, « elle consiste à introduire des éléments de démocratie directe dans le régime représentatif. Le peuple ne débat pas lui-même mais il intervient directement dans certaines décisions (peu nombreuses en pratique) ; les représentants partagent une partie du pouvoir avec le peuple. On est alors en présence d'un régime mixte dont la dominante est encore représentative, c'est pourquoi on parle aussi de régime semi-représentatif »¹⁵.

Dès lors qu'une entité est nécessaire pour solliciter le verdict populaire, et que le peuple reste spectateur de la vie politique en dehors de ces consultations et des élections, il ne s'agit plus à proprement parler de « démocratie directe » comme on se la représente lors de l'*Ekklesia* à Athènes ou lors des *comices tributes* à Rome, dans les *Things* germaniques ou encore aujourd'hui dans les *Landsgemeinden* suisses¹⁶. Comme l'écrit Francis Hamon, « on

¹² Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998.

¹³ Voir les considérants 6, 7 et 8 de la décision.

¹⁴ « D'où vient l'information, dans quel but est-elle diffusée, pour quel intérêt, qui est derrière tel ou tel groupe de pression... ? », ce sont autant de difficultés qui restent à résoudre d'après Philippe Ardant et Bertrand Mathieu. P. ARDANT et B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, p. 185.

¹⁵ *Ibid.*, p. 190.

¹⁶ Sur une présentation des différentes formes historiques d'assemblée populaire, voir Serge ZOGG, *La démocratie directe en Europe de l'Ouest*, Centre européen de la culture et Actes Sud, 1996, p. 32 *sq.*, in F. HAMON [dir.], *Le référendum*, coll. « documents d'études », n° 1.21, Paris, La Documentation Française, 2007, pp. 2-3.

oublie trop souvent que l'expression référendaire n'est jamais spontanée »¹⁷. En démocratie semi-directe, « l'absence de pouvoir d'initiative du peuple » limite l'exercice effectif de sa souveraineté, car c'est justement « le premier des pouvoirs » selon Hauriou¹⁸. Par conséquent, le principe juridique selon lequel l'acte adopté par référendum est l'expression de la volonté souveraine du peuple pêche par son mépris de la réalité procédurale qui implique un intermédiaire et donc un éventuel détournement du verdict populaire au profit de ce dernier.

« Du seul fait qu'une loi a été adoptée par la voie du référendum, on ne saurait conclure qu'elle est juridiquement irréprochable » écrit Francis Hamon¹⁹. Cela est d'autant plus vrai lorsque le référendum est un instrument aux mains des pouvoirs publics, et notamment du chef de l'État. Dans ce dernier cas, l'initiateur peut s'en servir pour dominer les autres pouvoirs constitués et mettre ainsi à mal la théorie de la séparation des pouvoirs.

B) Le pouvoir pour l'initiateur du référendum

« C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites... La vertu a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »²⁰. Il est fréquemment arrivé dans l'histoire du référendum que, « par la disposition des choses », celui-ci dégénère en plébiscite, qu'un seul homme en use pour asseoir son autorité absolue par un simulacre démocratique²¹.

En France, le référendum est souvent apparu comme dangereux au regard de la pratique bonapartiste²². Sous la V^e République, les formalités imposées par l'article 11 n'ont pas toujours été respectées : la proposition du gouvernement est souvent apparue superficielle²³. Quant à la possibilité d'une proposition conjointe des deux assemblées, elle avait été instituée pour rassurer les membres du Comité consultatif constitutionnel sur la nature de l'institution référendaire (qui ne devait pas être retournée contre le Parlement), mais elle est restée tout simplement inappliquée depuis 1958. Tout ceci, cumulé à l'incompétence du Conseil constitutionnel, a conduit à confier au Président un pouvoir lui permettant d'échapper aux exigences de l'État de droit. Certains auteurs ont, par conséquent, vu dans le référendum français un modèle du genre, le « recours du prince » selon l'expression de

¹⁷ F. HAMON, « Vox imperatoris, vox populi ? Réflexion sur la place du référendum dans un État de droit » in *L'État de droit: Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 391.

¹⁸ O. BEAUD, *Op. cit.*, p. 39.

¹⁹ *Ibid.*, p. 390.

²⁰ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre XI, chap. IV.

²¹ Une pratique incontrôlée du référendum, sans freins institutionnels et procéduraux, peut ainsi se retourner contre le peuple lui-même. Dominique Turpin cite dans son manuel quelques exemples de ces « caricatures de démocratie » : Ceausescu le 23 novembre 1986, Pinochet le 5 octobre 1988, Hassan II le 1^{er} décembre 1989, Boris Eltsine le 25 avril 1993 ou encore Bachar Al Assad réélu par référendum en 2000 et 2007. D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, PUF, Quadrige, 2007, p. 369.

²² Pour une étude des fondements démocratiques de la pratique plébiscitaire sous le Premier et surtout le Second Empire, voir D. KETCHEDJIAN, *La théorie de l'« Appel au Peuple » sous le Second Empire*, mémoire pour le DES de science politique, Faculté de droit et des sciences économiques de Paris, 1964.

²³ Pour une analyse détaillée de la pratique du référendum par de Gaulle et ses successeurs sur ce point, voir H. ARBOUSSET, *Le référendum dans la pensée juridique française depuis 1875*, thèse de doctorat en droit de l'Université de Limoges, 1997, p. 513 sq.

Francis Hamon²⁴, la *vox imperatoris* plutôt que la *vox populi*²⁵. Les auteurs étrangers comme Jean-François Aubert ne sont pas moins sévères : « Le référendum facultatif à la française est réglé de telle manière qu'il appartient à un seul homme d'interroger tout un peuple au moment qu'il lui plaît, sur un objet de sa fantaisie et dans les termes qui lui paraissent propices »²⁶.

Selon Olivier Beaud, seul le chef de l'État pourrait revendiquer avec succès le titre de *Souverain « hors la Constitution »* sous la V^e République. Il détiendrait en effet « trois prérogatives de souveraineté » : les pouvoirs d'évocation et de nomination, mais surtout l'appel au peuple par lequel « le Souverain *hors-la-Constitution* qu'est le Président sollicite le Souverain *au-dessus de la Constitution* qu'est le peuple »²⁷. Olivier Beaud insiste par la formule *hors-la-Constitution* sur l'idée que « cette transformation du Président, simple magistrat constitutionnel en magistrat souverain, était contraire à l'idée constitutionnaliste de limitation et de séparation des pouvoirs ». Il précise que « le danger à terme est l'*usurpation de la souveraineté*, c'est-à-dire l'*usurpation de la souveraineté du peuple* »²⁸.

Même dans les États où le référendum n'est pas conçu comme le « recours du Prince », il demeure le plus souvent un instrument entre les mains des représentants. À titre consultatif, le Parlement du Royaume-Uni y a eu recours au niveau national à deux reprises pour régler des difficultés politiques qui divisaient la majorité gouvernementale²⁹. En Irlande, au Danemark et dans les autres pays scandinaves, le référendum n'intervient également que lorsque le Parlement a initié une procédure qui y aboutit. Par exemple, le référendum est obligatoire au Danemark pour réviser la Constitution³⁰, mais il n'intervient qu'au terme d'une longue et fastidieuse procédure initiée par le Parlement (le *Folketing*). Ce dernier doit adopter une proposition de révision, puis le gouvernement doit y donner suite, dans ce cas la dissolution est prononcée et le *Folketing* nouvellement élu doit réitérer son soutien envers ladite proposition de révision, et enfin seulement le référendum est organisé. En Irlande et au Danemark, une minorité parlementaire peut bien initier un référendum *veto* en matière législative³¹, mais, comme le note Francis Hamon, « les mécanismes de contre-pouvoir reposant sur l'initiative des minorités parlementaires aboutissent plus rarement à donner la parole au peuple qu'à entretenir un certain consensus pluripartisan »³².

Lorsque l'initiative appartient aux représentants, il semble donc que le référendum soit souvent détourné à des fins plébiscitaires ou très peu utilisé, en partie par crainte de cette dérive plébiscitaire. Mais, sans aller jusqu'à prêter religieusement toutes les vertus au

²⁴ F. HAMON, *Le référendum : étude comparative, op. cit.*, p. 83 sq.

²⁵ F. HAMON, « Vox imperatoris, vox populi ? Réflexion sur la place du référendum dans un État de droit », *op. cit.*, pp. 389-402.

²⁶ J.-F. AUBERT, « Le référendum populaire », *Revue de droit suisse*, 1972, p. 488, cité par M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, coll. « Droit public positif », Aix-en-Provence / Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille / Economica, 2004, p. 62.

²⁷ O. BEAUD, *Op. cit.*, p. 42.

²⁸ *Ibid.*, p. 44.

²⁹ En 1975, le référendum portait sur le maintien du Royaume-Uni dans la CEE. En 2011, il portait sur le mode de scrutin majoritaire à un seul tour, mais les britanniques gardèrent le système du « *first-past-the-post* ». Voir F. HAMON, *Le référendum : étude comparative, op. cit.*, p. 163 sq.

³⁰ Article 88 de la Constitution danoise.

³¹ Voir l'article 42 de la Constitution du 5 juin 1953 et l'article 27 de la constitution irlandaise du 1^{er} juillet 1937.

³² F. HAMON, *Le référendum : étude comparative, op. cit.*, p. 180.

référendum³³, il serait excessif de le rejeter définitivement pour les détournements dont il a fait l'objet. Comme l'écrit Francis Hamon : « On ne saurait en effet apprécier les mérites du référendum d'après l'usage qu'en a fait tel ou tel dictateur, de même qu'il serait absurde de rejeter l'idée de représentation en arguant du fait que, dans certains pays, les élections sont manipulées »³⁴.

Les exemples suisses et américains offrent ainsi une vision différente du référendum. Là-bas, la pratique répétée de l'initiative populaire a abouti à une forme moins théorique de démocratie, qui repose en fait sur une sorte de « polyarchie » ou de « démocratie de concordance ». Le référendum assure en effet dans ces États le dialogue continu entre gouvernants et gouvernés.

II) LE RÉFÉRENDUM COMME « CONTRE-POUVOIR » DU PEUPLE

Lorsque l'initiative revient aux électeurs, les référendums peuvent se révéler être un frein efficace à la concentration des pouvoirs par les gouvernants (A), toutefois leur multiplication pose alors la question de leur éventuel contrôle par le juge (B).

A) La modération du pouvoir des représentants par le référendum

Selon Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, les observations de Montesquieu face au régime britannique « ne tiennent pas compte du développement du phénomène partisan, là réside la mise en cause fondamentale du principe de séparation. Le jeu politique ne met pas seulement en présence les organes institués par la Constitution, il repose sur les partis politiques ». L'actualisation de la théorie de la séparation des pouvoirs apparaît ainsi nécessaire pour tenir compte d'un fait : « Le législatif et l'exécutif ne sont plus séparés, ils sont *solidaires* »³⁵. Dans cette mesure, les techniques référendaires devraient être reconsidérées comme un frein à la concentration des pouvoirs par les gouvernants disposant de la majorité.

La critique de l'accaparement de la souveraineté par la représentation nationale est ancienne. Suivant l'exemple suisse, Carré de Malberg proposait déjà en 1931 que chaque loi soit soumise à l'approbation populaire afin d'être valide. Dans la mesure où, selon lui, la théorie de la représentation nationale avait conduit à substituer la souveraineté parlementaire à la souveraineté populaire, il proposait que « *le Parlement n'exerce plus son pouvoir représentatif que sous réserve des droits du peuple* »³⁶. Dans cette perspective, il s'inscrivait dans la continuité de Jean-Jacques Rousseau pour qui « *toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle : ce n'est pas une loi* », mais il admettait tout de même que la loi puisse être implicitement ratifiée dès lors que le référendum n'avait pas été sollicité dans un

³³ Henri Roussillon écrivait ainsi en 1996 : « Le référendum, y compris dans la forme de l'initiative populaire, n'est pas, et n'a jamais été, cet horizon indépassable de la démocratie qu'imaginent quelques "naïfs" ; ce n'est pas non plus le "signe d'une vie politique modernisée et civilisée" ! ». H. ROUSSILLON, « Contre le référendum », in *Le référendum, Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 181.

³⁴ F. HAMON, *Le référendum : étude comparative*, op. cit., p. 11.

³⁵ P. ARDANT et B. MATHIEU, op. cit., p. 59

³⁶ Raymond CARRÉ DE MALBERG, « Considérations théoriques sur la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP*, 1931, pp. 225-244.

certain délai. Par la suite, René Capitant a également milité pour l'instauration de l'initiative populaire en France³⁷.

Sans aller jusqu'à promouvoir explicitement la démocratie directe, Dominique Turpin imagine également une conception intermédiaire de la démocratie qui ne nierait pas la nécessité de sélectionner une élite pour gouverner, mais qui garantirait au peuple les moyens de mieux la contrôler³⁸. Il propose ainsi que « la dichotomie gouvernants/gouvernés demeure, mais dans ce cadre réaliste la voie vers une plus grande démocratie consiste, peut-être, non à les fondre les uns avec les autres, mais du moins à faire éclater cette barrière infranchissable qui les sépare dans certains régimes, de sorte que chacun puisse être tour à tour gouverné et gouvernant (alternance, circulation rapide des élites), voire en même temps, c'est-à-dire que chacun dispose dans tel ou tel domaine d'un peu de pouvoir ou d'influence, dans ce que les néo-libéraux américains ont appelé la *polyarchie* moderne, constituée de groupes de pression et partis variés, dont aucun ne peut gouverner seul mais peut empêcher les autres de le faire (*veto-group*) et doit en conséquence conclure des alliances, mouvantes, pour réaliser des majorités »³⁹. Toutefois, Dominique Turpin ne se réfère jamais aux exemples suisse ou américain et au contrôle exercé par le peuple sur ses représentants grâce aux procédés de démocratie directe tels que le référendum d'initiative populaire ou le *recall*.

Il n'y a pourtant qu'un pas à franchir, ce qu'Yvan Blot n'hésite pas à faire⁴⁰. Selon lui, « la démocratie directe renforce le contrôle populaire sur le pouvoir politique. Elle ne se substitue pas aux institutions représentatives, elle met en place un mécanisme de *checks and balances* »⁴¹. Il précise : « Lorsque l'on parle de démocratie directe, il s'agit plus précisément d'une démocratie mixte, où le parlement et le référendum d'initiative populaire se partagent la fonction législative ». Yvan Blot est ainsi convaincu des vertus de ce système : « La démocratie directe incite les gouvernants à la sagesse et harmonise leurs décisions avec les sentiments du peuple. Elle permet d'évoquer les sujets censurés par l'establishment et prévient les révoltes populaires. En multipliant les scrutins, elle les dédramatise et calme la vie politique. Enfin, elle développe le civisme »⁴². Pour Yvan Blot, limiter la démocratie représentative par le référendum d'initiative populaire s'inscrit dans la même optique libérale que celle poursuivie par Montesquieu : « la démocratie directe, en assurant le contrôle des pouvoirs publics par le peuple, en donnant à tout citoyen l'initiative des lois, introduit plus de liberté dans la vie politique »⁴³.

Dans le même sens, Gilbert Coutau affirme que dans son pays (la Suisse) les mécanismes référendaires « ont permis au peuple lui-même de contrecarrer les ambitions

³⁷ R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2004 ; *Écrits constitutionnels*, Paris, Éd. du C.N.R.S, 1982 ; *Écrits politiques : 1960-1970*, Paris, Flammarion, 1971 ; *Démocratie et participation politique : dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris□; Bruxelles□; Montréal, Bordas, 1972.

³⁸ D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, PUF, Quadrige, 2007, p. 224 sq.

³⁹ *Ibid.*, p. 235.

⁴⁰ Y. BLOT, *La démocratie directe : une chance pour la France*, Economica, 2012, 224 p.

⁴¹ Y. BLOT et LE CLUB DE L'HORLOGE, *la démocratie confisquée*, *op. cit.*, chap. XXI : « pourquoi la démocratie directe ? », par Yvan Blot, p. 193.

⁴² *Ibid.*, p. 194.

⁴³ *Ibid.*

centralisatrices et interventionnistes qui caractérisent toutes les administrations, les gouvernements et les parlements nationaux »⁴⁴. Gilbert Couteau prévient toutefois qu'il existe un risque de lassitude de l'électorat : « Il est en effet rare que la participation au vote dépasse 50%, même pour les élections ». Il signale également que les pouvoirs publics sont parfois accaparés par ces consultations et que les partis ne sont plus en mesure, en personnel ou financièrement, de participer efficacement au débat lors de la campagne. Dans ce dernier cas, ce sont des groupes d'intérêts isolés, ne se préoccupant des affaires publiques qu'à court terme, qui dominent la campagne au détriment des partis, « qui ont au contraire une responsabilité à assumer dans la durée et sur l'ensemble de la vie politique, y compris au gouvernement »⁴⁵.

Aux États-Unis, l'initiative populaire a eu le mérite de faire reculer la corruption des pouvoirs publics et d'assurer une certaine concordance entre la volonté des électeurs et celle de leurs élus⁴⁶. Toutefois, de nombreux observateurs dénoncent aujourd'hui dans ces initiatives la substitution de fait de la *plutocratie* (le pouvoir de l'argent) à la démocratie. Gordon Jones explique ainsi qu'« aux États-Unis, la démocratie directe est devenue une industrie... En Californie, par exemple, il faut 8% des votants pour une question constitutionnelle, soit environ deux millions de signatures. Pour atteindre ce seuil, il faut employer des professionnels, qui recueillent les signatures. La procédure est trop chère pour beaucoup de matières qui ne touchent pas aux intérêts financiers de certaines catégories »⁴⁷.

Malgré ces inconvénients, les propositions pour instaurer l'initiative populaire en France sont assez fréquentes depuis le début de la V^e République. Yvan Blot a ainsi déposé en ce sens une proposition de loi constitutionnelle en juin 1987, tendant à modifier les articles 10, 11 et 72 de la Constitution⁴⁸. À cette occasion, il a notamment créé avec 40 parlementaires l'Association pour le développement de la démocratie directe (A3D).

En 1993, le comité Vedel a proposé au Président Mitterrand l'instauration d'un référendum d'initiative minoritaire associant un cinquième des parlementaires et un dixième des électeurs. C'est cette idée de référendum d'initiative partagée qui a été reprise à l'article 11 lors de la révision du 23 juillet 2008. Le rapport Balladur affirmait qu'il s'agissait d'un nouveau droit pour le peuple, mais il est permis de douter qu'il constitue un contre-pouvoir efficace aux mains des citoyens pour contrer les dérives de leurs représentants, car l'initiative appartient avant tout à une minorité parlementaire⁴⁹. Pour le citoyen, ce serait plutôt un nouveau genre de droit de pétition pouvant, éventuellement, aboutir à un référendum si le Parlement, c'est-à-dire le gouvernement, le veut bien⁵⁰.

⁴⁴ *Ibid.*, G. COUTAU, chap. XXIII : « La leçon de la démocratie suisse », p. 198.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 199.

⁴⁶ *Ibid.*, G. JONES, chap. XXIV : « La démocratie aux États-Unis », p. 206.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Proposition de loi constitutionnelle n° 842 du 11 juin 1987, tendant à modifier les articles 10, 11 et 72 de la Constitution.

⁴⁹ 185 exactement.

⁵⁰ À la différence du mécanisme proposé par le rapport Vedel, celui du comité Balladur n'aboutit pas au référendum lorsque le Parlement n'adopte pas la proposition ayant reçu les soutiens parlementaire et populaire. Il suffit que chacune des chambres du Parlement examine la proposition.

L'idée d'un régime fondé sur la dialectique continue du peuple et de ses élus en est donc encore à un stade embryonnaire, à l'exception de la Suisse et des États-Unis, mais elle n'en présente pas moins l'intérêt de donner une dimension plus effective à la démocratie. Le développement de la démocratie directe pose toutefois la question de sa conciliation avec la préservation des droits et libertés assurée par le nouveau champion de l'État de droit : le juge constitutionnel.

B) Le dilemme autour du contrôle juridictionnel du référendum

Aborder la question du contrôle des mécanismes de démocratie directe par le juge, et notamment le juge constitutionnel, est délicat pour la raison mise en évidence dans bien des travaux sur le sujet⁵¹ : il s'agit finalement de mettre en balance le principe démocratique d'un côté et de l'autre les exigences de l'État de droit dont le juge s'est fait le gardien depuis ces dernières décennies. Les avis sont relativement tranchés sur la question : selon qu'ils pratiquent avec une intensité plus ou moins forte la démocratie directe, les États suivent des logiques différentes.

Tout d'abord, on observe que dans la plupart des États à forte pratique référendaire, notamment en Suisse et dans 27 États fédérés des États-Unis, le contrôle juridictionnel des référendums et des initiatives populaires est inexistant ou relativement souple. Inexistant en Suisse où il est de tradition que le peuple ne peut être empêché dans son droit de traiter les affaires de la Confédération par aucune entité, judiciaire ou non. Il est certes confié à l'Assemblée fédérale, entité politique, la charge de veiller *a priori* au respect de certaines exigences de formes, l'unité de matière notamment, ou encore au respect du *jus cogens*⁵², mais ce contrôle s'est révélé très souple par respect pour les droits populaires. Au niveau des votations locales, cantonales et communales, le tribunal fédéral a en revanche un rôle bien plus conséquent, mais il ne s'agit pas alors de contrôler le souverain.

Aux États-Unis, le contrôle juridictionnel varie selon les États fédérés. Si dans certains États, le *judicial review* permet aux justiciables d'attaquer en justice une loi adoptée par référendum, cela n'est pas sans susciter de grandes controverses sur le respect de la volonté populaire par quelque juge. Le contrôle *a priori* des votations est parfois préféré dans ces États afin d'éviter la censure ultérieure de la volonté populaire, fort délicate politiquement. La Cour suprême des États-Unis a cependant encadré l'étendue de ce contrôle au regard du respect dû à la liberté d'expression et aux droits populaires qui en découlent⁵³. Dans l'ensemble, sur les 27 États fédérés où la démocratie directe est pratiquée, le juge tient compte de l'origine particulière de la loi qu'on lui demande d'écarter, mais puisqu'il ne s'agit pas

⁵¹ Voir notamment la thèse de Marthe Fatin-Rouge Stefanini : M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, op. cit., 381 p.

⁵² Article 138 alinéa 3 de la Constitution fédérale helvétique du 18 avril 1999.

⁵³ *Meyer v. Grant*, 486 U.S., p. 425 (1988), cité par M. FATIN-ROUGE STEFANINI, op. cit., p. 259 : « La possibilité pour un État de créer le pouvoir d'initiative n'incluait pas "le pouvoir de limiter les questions politiques soulevées par les demandes d'initiatives" ».

d'une loi fédérale, elle n'est pas assimilable à la souveraineté nationale et son contrôle n'est pas totalement exclu⁵⁴.

En France, le Conseil constitutionnel a affirmé depuis 1962 qu'il n'était pas compétent pour contrôler les lois adoptées par référendum. Toutefois, le contrôle *a posteriori* du référendum n'est pas la seule voie possible pour son intervention. Depuis l'instauration du quinquennat présidentiel en 2000, le Conseil constitutionnel a changé sa jurisprudence s'agissant du contrôle des actes préparatoires au référendum⁵⁵. En acceptant de statuer sur les recours contre les principaux décrets pris de manière *ad hoc* pour l'organisation de chaque référendum, le Conseil peut, en tant que juge électoral, veiller avant le scrutin au respect des conditions de forme et de fond posées par la Constitution. Il s'agit notamment des procédures prévues aux articles 11, 88-5 et 89, mais aussi du domaine référendaire de l'article 11, qui exclut en principe les révisions constitutionnelles. Il peut également s'assurer de la clarté et de la loyauté de la consultation et veiller à la compatibilité du texte soumis au référendum avec le « bloc de constitutionnalité », et notamment avec les droits et libertés mentionnés dans le préambule.

Ce contrôle ne concerne que les référendums *stricto sensu* (articles 11, 88-5 et 89), et non les autres types de consultation auxquels se réfère la Constitution (articles 53, 72-1, 72-4 et 73). Pour le moment, le Conseil constitutionnel est resté très prudent et son contrôle n'a encore abouti à aucune censure. Mais le choix du contrôle *a priori* semble se confirmer, car en 2008 le Constituant l'a spécifiquement institué à l'article 61 pour le référendum d'initiative partagée. Le Conseil interviendra ainsi dès le dépôt de la proposition de loi prévue à l'article 11, c'est-à-dire avant le recueil des soutiens des électeurs.

Toutefois, le contrôle juridictionnel du référendum n'est pas encore réellement admis en France. Au contraire, de Gaulle et René Capitant affirmaient que la « meilleure cour suprême, c'est le peuple ». Déjà en 1945, André Philip souhaitait confier le contrôle de constitutionnalité des lois au peuple et déclarait : « La souveraineté appartient au peuple et non au juge ; c'est donc le peuple lui-même qui doit effectuer ce contrôle »⁵⁶. Dans la même logique, une proposition de loi déposée le 5 septembre 1996 à l'Assemblée nationale considérait que le Conseil constitutionnel s'était arrogé « un véritable pouvoir d'appréciation de l'opportunité des lois votés au Parlement » et demandait, pour y remédier, l'introduction d'un « double degré de juridiction en matière constitutionnelle »⁵⁷. Les décisions d'inconstitutionnalité du Conseil auraient ainsi pu être déferées au peuple qui se serait alors prononcé souverainement par référendum. En 1998, Jean Foyer proposait également que les décisions d'inconstitutionnalité puissent être soumises au référendum par l'Assemblée

⁵⁴ Marthe Fatin-Rouge Stefanini évoque ainsi le « *judicial restraint* » des juges américains en la matière. *Ibid.*, p. 253.

⁵⁵ Décision n° 2000-21, du 25 juillet 2000, *Hauchemaille I*, *RFDA* 2000, pp. 1004-1008.

⁵⁶ A. PHILIP, « Thèses pour servir à la discussion sur la future Constitution », *Les Cahiers politiques*, août-septembre 1945, pp. 1-5, cité par J.-E. CALLON, « Le projet constitutionnel d'André Philip en 1945-1946 », *RDP*, 1992, p. 671.

⁵⁷ Proposition de loi constitutionnelle n° 2981, doc. Parl. A.N. 5 sept. 1996, citée par M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *op. cit.*, p. 45.

nationale afin de substituer à l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel « l'autorité de la chose sanctionnée par le peuple »⁵⁸.

Cette vision de la démocratie conduit toutefois à substituer le peuple au juge constitutionnel, or deux raisons militent en faveur de son maintien. Tout d'abord, comme le rappelle Philippe Blachère, « selon Kelsen, seule une juridiction neutre et tierce au sein des pouvoirs constitués peut véritablement protéger la Constitution »⁵⁹. Ensuite, et dans le cas de la France, le Conseil constitutionnel est, selon Pierre Avril et Jean Gicquel, « un frein opposé à la volonté majoritaire »⁶⁰. Il est « devenu la pièce maîtresse d'un système de contrepoids et s'inscrit dans une formulation moderne de la séparation des pouvoirs ». Supprimer l'office du juge constitutionnel serait donc un recul du point de vue de la protection des droits et libertés.

Andreas Auer écrit : « il semblerait que plus la démocratie directe est développée et utilisée, plus le juge constitutionnel est appelé à rappeler au peuple les limites de son pouvoir normatif. Comme si à partir d'une certaine intensité, la démocratie directe avait besoin de la justice constitutionnelle »⁶¹. Une telle tendance est démocratiquement acceptable, si l'on admet que le peuple puisse être un pouvoir constitué, du moment que la Constitution lui permet toujours d'avoir le dernier mot, au-dessus des représentants et au-dessus des juges, en tant que pouvoir constituant. Dans cette mesure, la théorie de la « démocratie continue », que défend notamment Dominique Rousseau⁶², pourrait se combiner à la démocratie directe afin de s'enrichir mutuellement : la première gagnant en effectivité démocratique, car donnant la parole directement aux citoyens et pas exclusivement à des juges censés les défendre, la seconde s'enrichissant de la sagesse des gardiens de la Constitution tout en garantissant au peuple le dernier mot, par exemple en instaurant l'initiative populaire au niveau constitutionnel. La dialectique politique entre représentants et représentés évoquée plus haut serait complétée d'une dimension juridique par un troisième acteur, le juge. Le doyen Vedel rappelait en 1993 que « le pouvoir constituant peut modifier telle ou telle norme ou imposer une interprétation qui n'a pas été celle du juge. Le peuple est le seul souverain. Il est vrai que cet équilibre n'est réalisé, reconnaissait-il, que si l'accès à la révision constitutionnelle est lui-même démocratiquement organisé »⁶³. Sur ce dernier point, l'initiative populaire en matière constitutionnelle semble bien le meilleur moyen d'y parvenir.

⁵⁸ J. FOYER, « Pour la suppression du Conseil constitutionnel », *RA*, 1998, n° 301, p. 101.

⁵⁹ P. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : "la loi votée ... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution"*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 217. Selon Hans Kelsen : « Comme toute norme, la Constitution ne peut être violée que par ceux qui doivent l'exécuter », H. KELSEN, *Wer soll den Hüter der Verfassung sein?*, Berlin, De Gruyter, 1932, p. 5, traduit et cité par Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, collection « Léviathan », 1994, p. 389.

⁶⁰ Pierre AVRIL ET J. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, coll. « Clefs politique », 1992, p. 134, cité par P. BLACHER, *op. cit.*, p. 219.

⁶¹ A. AUER dans : Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Justice constitutionnelle et démocratie référendaire*, Conseil de l'Europe, 1996, in F. HAMON [dir.], *Le référendum*, coll. « documents d'études », n° 1.21, Paris, La Documentation Française, 2007, p. 69.

⁶² Selon cet auteur : « Le Conseil (constitutionnel) inaugure un nouveau mode de fonctionnement démocratique : avant lui la volonté des représentants prévalait sur celle du peuple, du fait de la confusion, de l'identification et donc de la substitution de ceux-là à celui-ci ; avec lui, la souveraineté populaire est en voie de prévaloir, car elle dispose d'un moyen, le Conseil précisément, lui permettant d'exprimer, contre la prétention des représentants, sa volonté », D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 3^e éd., 1995, p. 391.

⁶³ G. VEDEL, « souveraineté et supraconstitutionnalité », in *La souveraineté*, *op. cit.*, p. 94.

