



HAL
open science

Le statut de la loi référendaire à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : contradictions et perspectives

Nirmal Nivert

► **To cite this version:**

Nirmal Nivert. Le statut de la loi référendaire à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : contradictions et perspectives. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2010, 10, pp.119-139. hal-02544137

HAL Id: hal-02544137

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02544137>

Submitted on 16 Apr 2020

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.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Le statut de la loi référendaire à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : contradictions et perspectives

Nirmal NIVERT

Doctorant en droit public à l'Université de La Réunion

L'adoption par le Parlement français de la loi autorisant *la ratification du traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne, le traité instituant la Communauté européenne et certains actes connexes*¹ a provoqué un débat juridico-politique d'une grande richesse démocratique. Un rappel des faits s'impose à titre liminaire.

Le 29 mai 2005, le peuple français désapprouve par la voie du référendum de l'article 11² le projet de loi de ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe signé à Rome le 29 octobre 2004 (Traité ECE). Une crise institutionnelle s'ouvre alors, aggravée en outre par le « Non » néerlandais au référendum organisé aux Pays-Bas le 1^{er} juin 2005. Pour sortir de cette crise, l'actuel Président de la République française, Nicolas Sarkozy, lance l'idée d'un traité « simplifié »³. Le 13 décembre 2007, les Vingt-sept signent, à Lisbonne, le Traité « modificatif »⁴. Suite au refus irlandais du 12 juin 2008, l'avenir du Traité de Lisbonne devient plus qu'incertain. Un nouveau référendum organisé par la République d'Irlande le 2 octobre 2009 permet de sauver définitivement ce Traité qui entre en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Du côté français, dès le début de l'année 2008 sont entreprises les démarches d'adoption du Traité de Lisbonne. Après les nécessaires « formalités constitutionnelles »⁵, l'autorisation de ratifier le Traité européen a été accordée par la voie parlementaire.

¹ Loi n°2008-125 du 13 février 2008, *JORF* du 14 février 2008, p. 2712.

² Sur l'histoire du référendum en France et sa « réintroduction » législative dans le paysage juridique sous la V^{ème} République, voir, G. CONAC, « Article 11 », in CONAC (G.), LUCHAIRE (F.), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 1980, p. 252-622. Il n'est question dans la présente étude que du référendum de l'article 11 de la Constitution. Nous écartons donc les questions liées à l'usage des référendums de l'article 89 et de l'article 88-5 de la Constitution.

³ Désigné dans un premier temps par l'expression « mini-traité » par le président de la République. Voir *Le Monde* du 30 mai 2007, p. 10

⁴ Dénomination officielle : Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, *JO* de l'Union européenne, (2007/C306/01), 17 décembre 2007.

⁵ Révision constitutionnelle du 4 février 2008 adoptée par le Parlement réuni en Congrès à Versailles. La loi constitutionnelle n°2008-103 du 4 février 2008 modifie le Titre XV de la Constitution (« Des Communautés européennes et de l'Union européenne »), première étape en vue de la ratification du Traité de Lisbonne. Sur les conditions de la révision, voir *Le Monde* du 6 février 2008, p. 9 : « Un Congrès sans tambour ni trompette. Si promptement expédié que la Garde républicaine n'a pas eu le temps de rendre les traditionnels honneurs au président de l'Assemblée nationale (...) ». En revanche, il faut souligner que l'adoption en elle-même s'est révélée plus ardue puisque le nombre de voix des parlementaires en faveur de la révision est réduit à une unité.

Envisagées dès le début de la campagne présidentielle, les modalités de ratification du Traité simplifié suscitent alors un important débat politique en France. Ce dernier prend, au début de l'année 2008, un tour plus aigu en se cristallisant autour d'une interrogation centrale : la majorité au pouvoir peut-elle valablement revenir sur le vote des Français du 29 mai 2005 en adoptant le Traité de Lisbonne par la voie parlementaire ?

L'interrogation appelle plusieurs précisions. Notons tout d'abord que derrière la dimension politique de l'interrogation se dessine une question juridique. Certains ont pu voir dans l'adoption du Traité de Lisbonne par la voie parlementaire un désaveu peu démocratique de la volonté nationale. Implicitement, la reprise de la construction communautaire, brutalement stoppée en partie par le référendum français, ne pouvait se faire que par l'adoption du Traité de Lisbonne par voie référendaire. Autrement dit, se manifeste progressivement l'idée que seul le peuple français pouvait de nouveau et par la seule voie du référendum donner ce qu'il avait refusé en suivant cette même voie. Il était clairement demandé à la majorité au pouvoir de respecter la règle dite du parallélisme des formes. Cette règle oblige « à respecter la hiérarchie des normes. Par exemple, une *loi* ne peut être modifiée que par une autre loi. Seul un texte de rang au moins égal peut remettre en cause la norme de référence » (italique dans le texte)¹. Appliquée à notre interrogation, cette règle signifie : ce que le peuple a fait, seul le peuple peut le défaire.

L'observation par un acte quel qu'il soit de la règle dite du parallélisme des formes nécessite que deux éléments soient satisfaits. D'une part, l'objet de l'acte modificatif doit être identique à celui de l'acte initial qu'il prétend affecter. D'autre part, l'acte modificatif doit être, ainsi qu'il a été dit précédemment, de rang, sinon supérieur, au moins égal. Examinons successivement ces deux conditions.

La condition tirée de l'objet sera schématisée comme suit : l'objet du projet de loi référendaire du 29 mai 2005 devant autoriser la ratification du Traité ECE est-il le même que celui de la loi parlementaire du 13 février 2008 autorisant la ratification du Traité de Lisbonne ? On comprendra que seule une analyse des traités en question doit conduire à répondre par l'affirmative ou par la négative. Formellement, nous serions tenté de conclure que les deux traités sont juridiquement différents puisqu'ils ne sont pas strictement identiques. Matériellement encore, le Traité de Lisbonne ne reprend pas l'ensemble des dispositions du Traité ECE. Toutefois, si nous nous plaçons d'un autre point de vue, celui de la finalité des traités, nous pourrions présumer que l'un et l'autre ont le même objet : fonder un accord institutionnel permettant la gouvernance des organes communautaires. Sans vouloir décevoir le lecteur, une échappatoire nous est offerte pour deux motifs. Le premier permet de ne pas se prononcer sur ce point dès lors qu'une réponse sérieuse ne peut être construite qu'au terme d'une réflexion approfondie dépassant le cadre de cet exposé. Le second motif tient au fait que la réponse éventuelle n'est pas indispensable pour mener la réflexion infiniment plus saillante au titre de la seconde condition posée.

La seconde condition implique que la loi référendaire soit juridiquement différente et, *a fortiori*, d'un rang normatif plus élevé, que la loi parlementaire. A cette condition jouera la règle du parallélisme des formes. Son respect ne pouvant être observé que dans la mesure où seule une loi référendaire pourrait revenir sur une loi référendaire. Répondre à cette question nécessite avant tout de connaître le statut exact dont jouit la loi référendaire dans notre ordre juridique. Il n'est pas rare de proclamer la supériorité de l'expression référendaire. Pourtant, il faut aussi se garder de toute confusion entre une posture politiquement légitime et une thèse qui serait

¹ C. ALBIGES, p. BLACHER, R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2004, p. 280

constitutionnellement valide¹. Si l'on peut souhaiter légitimement que l'une et l'autre se rejoignent autant que possible, il faut admettre que le droit n'est pas systématiquement le reflet de telle ou telle aspiration². En d'autres termes, la loi référendaire a-t-elle, dans notre droit constitutionnel, le même statut qu'une loi parlementaire ?

A cette question, le Conseil constitutionnel a répondu d'une manière éclatante : « Considérant que le principe de la souveraineté nationale ne fait nullement obstacle à ce que le législateur, statuant dans le domaine de compétence qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, modifie, complète ou abroge des dispositions législatives antérieures ; qu'il importe peu à cet égard, que les dispositions modifiées, complétées ou abrogées résultent d'une loi votée par le Parlement ou d'une loi adoptée par voie de référendum »³. La solution du Conseil constitutionnel nous paraît aussi nette que déconcertante. Nette en ce qu'elle contribue par la force des choses à clore un débat dont nous ne devrions pas, en toute logique, nous saisir⁴. Elle reste cependant déconcertante – ce qui *a contrario* nous autorise à rouvrir le débat – compte tenu précisément de cette apparente netteté dans un contexte constitutionnel qui ne l'est pas tant. On peut en effet s'interroger sur cette stricte équivalence entre loi référendaire et loi parlementaire formulée par la Haute instance. Alors qu'il se déclare incompétent pour connaître d'un recours dirigé contre une loi référendaire⁵, le Conseil a jugé, par la décision précitée du 9 janvier 1990, que le Parlement pouvait modifier, compléter ou abroger une loi antérieure, au titre de l'article 34 de la Constitution, sans que l'origine du texte législatif entrât en ligne de compte. Le contraste est saisissant eu égard à la déférence dont le Conseil a fait preuve à l'endroit du peuple souverain et le peu de solennité qu'il manifeste pour la loi référendaire promulguée, ce que traduit avec relief l'incise figurant dans la décision de 1990, « qu'il importe peu à cet égard » et la forte négation introduite par l'adverbe « nullement »⁶. Il demeure un point de certitude : le statut de la loi référendaire s'est construit dans les sillons du contrôle de constitutionnalité des lois et au fil de décisions successives. Son examen passe aussi par le rapport entretenu avec la loi parlementaire.

Si l'opportunité de recourir au référendum⁷ se situait sur le terrain politique, on peut être troublé par l'état du traitement juridique de cette question. Si ce n'est pour en faire état¹ ou pour

¹ Confusion renforcée par la rareté des lois référendaires. En ce sens, L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 13^{ème} éd., 2005, p. 181 : « Jusqu'à présent, les lois adoptées par la voie du référendum ont été très rares, ce qui a contribué à leur reconnaître une légitimité politique plus grande que pour les lois parlementaires ».

² Manifestant clairement ce souhait, on se référera à la proposition de loi constitutionnelle déposée par le député Patrick Braouezec devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale le 21 décembre 2007 « visant à compléter l'article 11 de la Constitution par un alinéa tendant à ce que la ratification d'un traité contenant des dispositions similaires d'un traité rejeté fasse l'objet de consultation et soit soumis à ratification ». Cette proposition a été rejetée, au terme d'un débat politique non dépourvu de réflexions pointues sur la place du référendum en France, par l'Assemblée nationale au cours de sa séance du 15 janvier 2008. Sur tous ces points, voir le site Internet de l'Assemblée nationale, rubrique propositions de loi : <http://www.assemblee-nationale.fr>

³ Voir, CC, 9 janvier 1990, déc. n°89-265 DC, *Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 12, considérant n°8. Il convient de souligner qu'une telle solution était implicitement retenue dans la décision CC, 14 juin 1976, déc. n°76-65 DC, Rec. p. 28. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité d'une loi organique qui modifie les dispositions organiques de la loi n°62-1292 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, adoptée par référendum.

⁴ La décision du Conseil constitutionnel se révèle, avant tout, être du droit positif par l'effet de l'article 62 alinéa 3 de la Constitution : « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

⁵ Voir CC, 6 novembre 1962, déc. n°62-20 DC, *Loi référendaire*, Rec. p. 27 confirmée par CC, 23 septembre 1992, déc. n°92-313 DC, *Maastricht III*, Rec. p. 94

⁶ Le Conseil, en indiquant que « le principe de la souveraineté nationale ne fait nullement obstacle », accentue la puissance de la négation tant il est vraisemblable qu'une formule telle *le principe de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle* apparaîtra pour l'observateur comme une négation plus neutre.

⁷ Débat qui, en tout état de cause, est à la fois vain puisque majorité et opposition se sont retrouvées, fût-ce de façade, en

effleurer la question², à notre connaissance, seuls MM. Garrigou-Lagrange et Flauss semblent avoir été interpellés en relevant les contradictions. Le premier, dès 1969, constate que « la loi référendaire peut être modifiée sans aucune condition particulière par le seul Parlement, ce qui n'est pas sans surprendre, compte tenu de la volonté des créateurs de la V^{ème} République de faire prévaloir le principe de souveraineté populaire sur la volonté du Parlement »³. Plus proche de nous, le professeur Flauss s'interroge dans la même veine : « On ne comprend pas très bien comment le Conseil constitutionnel peut parallèlement admettre que la loi législative référendaire et la loi législative parlementaire soient assujetties au même régime d'abrogation »⁴. Et l'auteur de constater : « la querelle de la justiciabilité des lois référendaires a donné lieu à des solutions jurisprudentielles apparemment très péremptoires, mais qui pour autant ne constituent peut-être pas un épilogue définitif : tel est au premier chef le cas de la France »⁵. Sans avoir la prétention de suggérer un épilogue quant à la question du statut de la loi référendaire, nous souhaiterions néanmoins en proposer un acte supplémentaire. Car la jurisprudence constitutionnelle ne fournit pas, en l'état, un statut cohérent à la loi référendaire dans l'ordre juridique. Nous voudrions en comprendre les causes et suggérer des solutions.

Notre interrogation s'articule ainsi autour de l'impossibilité de lire simultanément l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle relative au statut de la loi référendaire. L'alternative semble effectivement présenter deux branches contradictoires : ou bien l'expression directe de la souveraineté nationale concrétisée par le référendum – lequel fait obstacle à toute contestation *devant et par* le juge constitutionnel – se présente avec tous les honneurs dus à son rang normatif (ce qui limite toute modification par une loi parlementaire et contredit formellement la position retenue dans la décision de 1990) ; ou bien, la loi référendaire se situe au même niveau que la loi parlementaire dans la hiérarchie normative (ce qui ne justifie plus l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois et contredit formellement les décisions d'incompétence de 1962 et 1992).

Une analyse nouvelle de la jurisprudence constitutionnelle montre en effet que la construction du statut de la loi référendaire par association du contrôle de constitutionnalité des lois ne peut qu'aboutir à une impasse logique (I). Néanmoins, une issue existe pour reconstruire le statut de la loi référendaire à condition de pouvoir désolidariser cette construction du contrôle de constitutionnalité des lois (II).

adoptant le projet de loi de ratification le 7 février 2008 et clos en raison de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

¹ Voir p. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française (1^{er} janvier-30 avril), *Pouvoirs* 1990, p. 198-199.

² T. S. RENOUX, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel, (1^{er} janvier 1990-31 mars 1990) », *RFDC* 1990, p. 323-326, spéc. p. 352 : l'auteur s'interroge sur la signification de la décision du point de vue de la hiérarchie entre la loi référendaire et la loi parlementaire : « En bonne logique, ce qu'une loi a fait peut être défait par une loi postérieure. Mais à regarder de plus près (...) ne trouve-t-on pas dans notre loi fondamentale des indices sinon des traces d'une telle hiérarchie ? » ; Voir également, M. DE VILLIERS, « Dans quels cas prévoit-elle des référendums ? », in *La Constitution de 1958 en 20 questions*, site Internet du Conseil constitutionnel, <http://www.conseil-constitutionnel.fr> : « D'où le paradoxe d'une loi référendaire "hors hiérarchie des normes", mais qui peut cependant être modifiée par une loi parlementaire si son contenu appartient au domaine législatif ordinaire ». Ainsi que p. STILLMUNKES, « La classification des actes ayant force de loi en droit public français », *RDP* 1964, p. 261-292, spéc. p. 280.

³ J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, « Le dédoublement constitutionnel. Essai de rationalisation de la pratique référendaire sous la V^{ème} République », *RDP* 1969, p. 641-685, spéc. p. 677-682. Pour la citation, spéc. p. 678.

⁴ J.-F. FLAUSS, « Le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires », *LPA* 23 juin 1997, p. 7-15, spéc. p. 8.

⁵ *Ibid.*, p. 7

I- La construction du statut de la loi référendaire par association du contrôle de constitutionnalité des lois : une impasse logique

Le statut de la loi référendaire au regard du contrôle de constitutionnalité des lois peut s'apprécier sous différents angles. Cependant, les arguments tenant au contenu de la loi référendaire ne seront pas envisagés, ces derniers étant inopérants. De même, les arguments de textes avancés par le Conseil constitutionnel dans plusieurs de ses décisions pour justifier son refus d'exercer son contrôle ne seront pas examinés, ces derniers n'apparaissant pas déterminants. L'essentiel est ailleurs. La jurisprudence constitutionnelle s'est appuyée fondamentalement sur la qualité de l'organe compétent pour adopter une loi référendaire pour décliner toute possibilité de contrôle de constitutionnalité. Or, la qualité de l'organe a véritablement une incidence contradictoire sur le statut de la loi référendaire.

Dans sa décision du 6 novembre 1962, le Conseil constitutionnel juge qu'« il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »¹. Par la décision du 23 septembre 1992, le Conseil confirme, il est vrai avec certaines nuances, qu'« au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »².

Aux termes de ces décisions, la position de la Haute instance s'éclaire sous un nouvel angle : la place de l'auteur de l'acte. Le Conseil entend donc ne pas éluder en la matière un critère essentiel dans l'édition d'un acte normatif : le critère organique. Il faut comprendre que le Conseil refuse se s'immiscer dans la relation qu'entretient le peuple avec l'ordre juridique constitutionnel. L'action juridique du peuple apparaît de ce fait étrangère tant à sa mission « de régulateur de l'activité des pouvoirs publics » qu'à celle d'assurer « l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution ». Cette interprétation qui tient compte de la nature de l'organe auteur de la loi référendaire est acceptable (§1) pour autant qu'elle emporte toutes les conséquences qui y sont intimement attachées (§2). Ce que paradoxalement elle ne fait pas (§3).

§1- La logique du non-contrôle des actes du peuple souverain

Le Conseil constitutionnel pouvait-il considérer que le peuple, s'exprimant par la voie du référendum de l'article 11, constituait un pouvoir public ? A cette question, Léo Hamon était arrivé à la conclusion suivante : « On retiendra ici le sens donné à l'expression “pouvoirs publics”. Le peuple, habilité à décider lui-même par consultation directe, ne pourrait-il pas être qualifié de “pouvoir public” intermittent ? La décision rapportée ne l'admet pas et, ce faisant, rejoint le langage de la pratique courante où le terme de “pouvoirs publics” désigne les organes constitués, déjà délégués de la souveraineté nationale – et non la nation souveraine elle-

¹ CC, 6 novembre 1962, précitée, considérant n°2.

² CC, 23 septembre 1992, précitée, considérant n°2.

même. La restriction se justifie d'ailleurs. Par hypothèse le corps électoral ne peut constituer que l'instance la plus haute, celle dont la décision s'impose nécessairement aux autres instances qui, si élevées soient-elles, sont au-dessous de la Nation, comme le délégué reste le subordonné aux délégués »¹.

Ce faisant, le juge constitutionnel reconnaît inéluctablement que le peuple n'est ni un pouvoir public (décision de 1962), ni un pouvoir établi par la Constitution (décision de 1992). Le peuple est en dehors des règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics parce qu'il leur est supérieur. Le peuple est le détenteur ultime de la souveraineté ; il est le souverain². Tirant les conséquences du caractère souverain du peuple, le juge constitutionnel ne peut que refuser d'interférer dans les relations entre le souverain et l'ordre juridique constitutionnel. Parce que c'est d'abord le souverain qui pose l'ordre constitutionnel et que le Conseil constitutionnel fait partie intégrante de cet ordre juridique constitutionnel. Contrôler le souverain, c'est se placer au-dessus, c'est s'exclure de l'ordre juridique constitutionnel ; ce que le Conseil constitutionnel ne peut évidemment faire. Dès lors, la seule voie qui lui soit ouverte est celle de la soumission : le Conseil ne peut contrôler la loi référendaire, « expression directe de la souveraineté nationale »³. Dominique Rousseau rappelle à ce titre les missions du Conseil : « il est clair que le Conseil constitutionnel a été conçu uniquement et explicitement comme un instrument de contrôle de l'activité législative du Parlement, comme un mécanisme de sanction de la nouvelle répartition des compétences normatives entre le Parlement et l'Exécutif. Au fond, la décision du 6 novembre 1962 s'explique par l'idée que les représentants ne tiennent pas leurs pouvoirs d'eux-mêmes mais de la Constitution et du peuple ; qu'ils peuvent cependant en abuser et se prendre pour le souverain ; qu'il convient en conséquence de contrôler leurs activités pour les maintenir dans le cadre de leurs compétences. Autrement dit, les lois parlementaires sont soumises au contrôle parce qu'elles peuvent ne pas respecter la volonté du peuple souverain ; question qui, par définition, ne se pose pas pour les lois référendaires, puisque le peuple exprime, là sans intermédiaire, sa volonté »⁴. Il faut aller plus loin en considérant que le Conseil constitutionnel ne fait que tirer toutes les conséquences attachées au concept de souveraineté dans la mesure où ce concept se déploie dans un Etat démocratique. Là encore, le professeur Rousseau souligne : « Au demeurant, quel que soit le contenu de l'argumentation du Conseil – esprit de la Constitution ou équilibre des pouvoirs établi par la Constitution – une considération politique, simple, évidente sous-tend la décision : en démocratie, le peuple est souverain et son vote s'impose en conséquence à tous sans contrôle possible »⁵.

En se fondant sur le critère organique pour décliner sa compétence, le Conseil constitutionnel prend une décision qui reste fidèle à la conception démocratique de la souveraineté du peuple et doit, dans cette mesure, être pleinement approuvée. Au surplus, elle apparaît comme une nécessité, elle ne peut être autrement. Corollaire indiscutable : elle confère un statut prééminent à la loi référendaire.

¹ L. HAMON, note sous CC, 6 novembre 1962, *D.* 1963, p. 398-401, spéc. p. 399

² « Qui juge sans appel, qui échappe au contrôle d'un organe supérieur », *Dictionnaire de la langue française*, Le Petit Robert, éd. 2004.

³ Pour ce même constat, L. HAMON, art. préc., p. 399 : « Son intervention est donc sans objet lorsqu'il s'agit non plus des pouvoirs publics, mais de la décision directe du peuple ».

⁴ Voir D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 7^{ème} éd., 2006, p. 214

⁵ *Ibid.*

§2- La supériorité logique de la loi référendaire sur la loi parlementaire

Le non-contrôle de constitutionnalité de la loi référendaire tient à ce que cette dernière est « l'expression directe » du souverain. Or, comme l'a parfaitement montré une partie de la doctrine, les deux décisions de 1962 et 1992 introduisent en droit constitutionnel une hiérarchie entre la loi référendaire et la loi parlementaire. Déduction indéniable qui reconnaît à la loi référendaire une place prééminente par rapport à la loi parlementaire. Claude Franck relève sur ce point que « le caractère *injusticiable* étant parfaitement motivé, l'adjonction d'un ultime membre de phrase aux termes duquel seules les lois adoptées par référendum « constituent l'expression directe de la souveraineté nationale », s'avère superflète et inexacte. Par-là se trouve introduit entre loi parlementaire et loi référendaire un nouveau critère de différenciation (...) » (italique dans le texte)¹. Dans le même sens, Léo Hamon souligne qu'« une idée de hiérarchie intervient ici, non plus entre la Constitution, la loi et le règlement, mais entre les expressions directes et indirectes de la souveraineté »².

Il est vrai qu'en vertu de l'article 3 alinéa 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Cette disposition placerait sur le même pied d'égalité « l'expression directe » et « l'expression indirecte » de la souveraineté nationale³. Ainsi, les décisions de 1962 et 1992 ne justifieraient pas un tel traitement discriminatoire entre les lois référendaires et les lois parlementaires, lequel « établit, selon Philippe Blachère, une hiérarchie *contra constitutionem* entre les deux modalités d'expression de la souveraineté nationale : la voie parlementaire et la voie référendaire »⁴.

Pour autant, cette lecture traditionnelle de l'article 3 alinéa 1^{er} de la Constitution ne peut-elle pas être discutée⁵ ? Si on postule que le Conseil constitutionnel est l'interprète authentique de la Constitution, alors il a pu, à bon droit, vouloir, en refusant de contrôler l'expression directe de la souveraineté nationale, que cette expression directe soit hiérarchiquement supérieure à la loi parlementaire, expression indirecte de la souveraineté. On est conforté par plusieurs éléments en faveur d'une telle option. Une interprétation téléologique de la Constitution permet une relecture de cette disposition en faveur du peuple. Ainsi, par exemple, l'article 2 alinéa 5 ne pose-t-il pas un véritable principe d'interprétation de la Constitution, à défaut d'être une règle constitutionnelle opératoire ? « Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple »⁶. De même l'article 1^{er}, véritable « carte d'identité » du régime politique français, ne

¹ C. FRANCK, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 2001, p. 350

² L. HAMON, *op. cit.*, p. 399

³ Pour la terminologie d'« expression indirecte » comme désignant l'activité normative des pouvoirs publics dans le domaine législatif (ordinaire ou organique), voir L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 178.

⁴ p. BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, p. 108

⁵ Pour une opinion similaire, B. MERCUZOT, « La souveraineté de l'expression référendaire : un principe nécessaire au droit constitutionnel », *RDJ* 1995, p. 661-699, spéc. p. 678 : « Et de fait, en constatant que la loi référendaire est l'expression directe de la souveraineté nationale, le Conseil constitutionnel donne toute son ampleur à l'article 3 de la Constitution : le peuple est le titulaire originaire de cette souveraineté, dès lors son expression ne saurait être mise sur le même plan que celle de ses représentants. Ceux-ci ne font qu'exercer une souveraineté qui ne leur appartient pas. Le peuple se voit donc conférer une place éminente par l'article 3 tel qu'il est interprété par la Constitution » (italique dans le texte).

⁶ Cette association entre référendum et article 2 alinéa 5 a été également opérée par certains députés, notamment le président de l'époque de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, Pierre Mazeaud, lors de l'examen du projet de loi constitutionnelle n°2120 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires. Voir Rapport n°2138, discussion les 10 et 11 juillet 1995, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, site Internet de l'Assemblée nationale :

définit-il pas ce dernier comme « une république (...) démocratique (...) » ? Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut estimer que l'article 3 alinéa 1^{er} a été « relu » par le Conseil constitutionnel à l'aune de ce principe d'interprétation d'une constitution qui se veut, faut-il le rappeler, démocratique. Par ailleurs, la lecture des travaux préparatoires contribue à donner à la loi référendaire un statut, sinon supérieur, au moins à part. Plusieurs indices concordants le prouvent.

D'abord, la version initiale du futur article 11 démontre qu'il s'agissait bien de « court-circuiter » le Parlement, de lever son opposition : « Le président de la République peut, sur proposition du Président du Gouvernement, soumettre au référendum tout projet de loi que le Parlement aurait refusé d'adopter ainsi que toute question fondamentale pour la vie de la nation »¹. Si la lettre de la Constitution va perdre sa teneur conflictuelle entre Parlement et pouvoir exécutif², le référendum n'en garde pas moins dans l'esprit des Constituants sa place prééminente comme l'affirme sans ambiguïté le commissaire du Gouvernement Raymond Janot lors de la quatrième séance du Comité Consultatif Constitutionnel en date du 31 juillet 1958 : « le recours au référendum est une chose grave, qui ne peut être qu'exceptionnel et qui doit intervenir dans des cas particulièrement importants et essentiellement pour éviter des désaccords, des conflits »³. Le commissaire explicitera fondamentalement devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, lors de la séance du 27 août 1958, l'enjeu de la procédure référendaire aux yeux du Gouvernement : « En vérité, le droit international, avec son évolution moderne, peut comporter plus de pièges que dans le passé, et il serait regrettable que certains accords puissent, à la faveur d'une majorité de rencontre, avoir des conséquences extrêmement redoutables en des cas où, précisément, les accords seraient susceptibles d'affecter des institutions. Dans la mesure où ils seraient graves, il est souhaitable que le président puisse les soumettre au peuple français, c'est cela l'esprit de ce texte »⁴. Comment ne pas admettre dans ce cas que la modification sans contrainte d'une loi référendaire par une loi parlementaire est contraire à l'esprit de la Constitution, à défaut de l'être totalement à l'égard de sa lettre ? Par quelle magie un projet de loi, si important qu'il faille le soumettre directement au peuple, puisse sous le poids des Chambres plier aux exigences du parlementarisme ? Une lecture inégalitaire de l'article 3 alinéa 1^{er} de la Constitution en faveur de la loi référendaire renoue vraisemblablement avec la solennité – souhaitée par les Constituants de 1958 – de l'expression du peuple.

Enfin, on ne peut rester indifférent aux résultats d'une lecture attentive des travaux préparatoires s'agissant de la possibilité de modifier les dispositions législatives d'une loi référendaire par une loi parlementaire. Pour justifier cette faculté reconnue au Parlement, le commissaire du Gouvernement François Luchaire – à la question qui lui était posée de savoir si une loi parlementaire pouvait modifier une loi référendaire – a effectivement répondu sans détour : « On peut la modifier par une autre loi dans les conditions normales »⁵. Cependant, il faut restituer fidèlement la discussion ouverte sur ce point. Ainsi, les remarques insistantes de

http://www.assemblée-nationale.fr/connaissance/rapport_2138.asp

¹ « Des origines de la Constitution au 29 juillet 1958 », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 1, La Documentation Française, 1987, p. 265-267, spéc. p. 266

² A partir du Conseil interministériel du 7 juillet 1958, la rédaction du futur article 11 ne témoigne plus de l'opposition du Parlement comme condition de recours au référendum. Désormais référendum et Parlement sont découplés ce qui accrédite la thèse d'un apaisement. Voir « Des origines de la Constitution au 29 juillet 1958 », *op. cit.*, p. 358

³ « Le Comité Consultatif Constitutionnel, de l'avant-projet du 29 juillet au projet du 21 août 1958 », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 2, La Documentation Française, 1988, p. 68-69

⁴ Voir « Du Conseil d'Etat au référendum, 20 août-28 septembre 1958 », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. 3, La Documentation Française, 1991, p. 316

⁵ Réponse du commissaire du Gouvernement adressée à Pierre-Henri Teitgen lors de la 11^{ème} séance devant le CCC en date du 8 août 1958. Voir « Le Comité Consultatif Constitutionnel, de l'avant-projet du 29 juillet au projet du 21 août 1958 », *op. cit.*, p. 322

Pierre-Henri Teitgen sont évocatrices de ce que la Constitution recèle d'interprétations possibles. Suite à la réponse de François Luchaire, il demande : « Alors, je crois qu'il faut le noter. Permettez-moi de vous dire qu'il faut absolument qu'il y ait une disposition dans ce sens (...). Une fois la loi votée par référendum, si on veut la modifier ultérieurement, *dans le silence de la Constitution*, il faut un nouveau projet de loi, soumis à référendum » (nous soulignons)¹. Et tout doute n'est plus permis lorsque ce dernier ajoute : « On ne peut pas modifier, par une procédure législative ordinaire, une loi qui a été votée par référendum, à moins qu'il y ait une disposition constitutionnelle d'exception pour le vote »². C'est dire que l'égalité stricte entre une loi référendaire et une loi parlementaire, dans l'esprit des Constituants, n'a jamais fait l'unanimité contrairement à ce qui a été parfois soutenu.

Si l'expression du peuple est souveraine, qu'elle ne peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, alors c'est mécaniquement placer la loi référendaire à un niveau hiérarchique supérieur à la loi parlementaire. Cette affirmation résulte du syllogisme suivant : la loi référendaire n'est pas contrôlée parce qu'elle constitue l'expression directe de la souveraineté nationale ; la loi parlementaire est contrôlée parce qu'elle constitue l'expression indirecte de la souveraineté nationale ; dès lors, la loi référendaire a une valeur, dans l'ordre juridique constitutionnel, supérieure à la loi parlementaire³. Car, ainsi que le rappelle très justement Jean-François Prevost, « on pourrait estimer que le peuple, doté des attributs de la souveraineté est supérieur à toute autre autorité étatique et, de ce fait, seul capable de remettre en question la volonté qu'il a exprimée par voie de référendum »⁴.

« Telle n'est pas cependant la solution qui a été retenue. On a estimé que la loi référendaire devait pouvoir faire l'objet d'une révision "graduée", variant selon le domaine dans lequel elle intervient »⁵.

§3- Le paradoxe : la faculté de modifier une loi référendaire par une loi parlementaire

Cette faculté reconnue au Parlement de revenir sur une loi référendaire s'est progressivement affirmée à diverses occasions dont deux sont néanmoins caractéristiques de ce paradoxe.

La première occasion est caractéristique parce qu'elle est historiquement la première. Elle s'est présentée dans le sillage de la décolonisation de l'Algérie. La loi du 13 avril 1962, adoptée par référendum en date du 8 avril 1962, devait permettre au Président de la République de prendre « par voie d'ordonnances ou, selon le cas, de décrets pris en Conseil des Ministres, toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application des déclarations

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

³ C'est ce que relèvent MM. MATHIEU et VERPEAUX : « Ainsi, il existe une différence de nature entre le Parlement législateur et le Peuple législateur. Cette distinction n'est cependant pas sans conséquence sur le rôle joué par le Peuple lorsqu'il s'exprime par la voie du référendum. L'intervention du Peuple, organe souverain, dans le domaine législatif, est un exercice de sa puissance souveraine ». Voir, B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. « Manuels », 2002, p. 165

⁴ J.-F. PREVOST, « Le droit référendaire dans l'ordonnement juridique de la Constitution de 1958 », *RDP* 1977, p.5-54, spéc. p. 19

⁵ *Ibid.*

gouvernementales du 19 mars 1962 »¹. Le Président de la République s'était alors vu attribuer une compétence élargie dans le domaine législatif par l'habilitation populaire voire même reconnaître une délégation du pouvoir législatif². Dans un arrêt *Canal* du 19 octobre 1962, le Conseil d'Etat considéra pour sa part que la loi référendaire du 13 avril 1962 n'avait pas « eu pour objet (...) d'habiliter le Président de la République à exercer le pouvoir législatif lui-même, mais seulement de l'autoriser à user exceptionnellement, dans le cadre et dans les limites qui y sont précisées, de son pouvoir réglementaire, pour prendre, par ordonnances, des mesures qui normalement relèvent du domaine de la loi »³. De ce fait, il avait procédé à l'annulation de l'ordonnance créant une Cour militaire de justice estimant qu'il s'agissait d'actes administratifs pris dans le domaine législatif. Le législateur s'est alors saisi de la question et a procédé à la validation de l'interprétation gouvernementale faisant des ordonnances des actes ayant force de loi : « Les ordonnances prises en vertu de l'article 2 de la loi n°62-421 du 13 avril 1962 ont et conservent force de loi à compter de leur publication »⁴. Ce fut la première remise en cause de la loi référendaire par une loi parlementaire, le Parlement considérant qu'il était compétent pour interpréter la volonté du peuple souverain⁵.

La seconde occasion est révélatrice car, contrairement à la première qui validait une interprétation, elle entérine et consacre véritablement la possibilité de modifier une loi référendaire par une loi parlementaire. Elle s'est présentée le 15 octobre 1965 devant l'Assemblée nationale lors de la discussion du projet de loi autorisant la ratification de l'accord franco-algérien sur les hydrocarbures⁶. Cet accord devait modifier substantiellement les accords d'Evian du 19 mars 1962 introduits dans le droit français par la loi référendaire du 13 avril 1962⁷. A la question de la possibilité de modifier une loi référendaire par une loi votée par le Parlement, la réponse donnée par le Secrétaire d'Etat chargé des Affaires algériennes fut celle-ci : « “Je crois qu'il faut partir de l'idée très simple que notre Constitution reconnaît trois catégories de loi, et trois seulement ; la loi constitutionnelle, la loi organique et la loi ordinaire. Il n'y a pas une quatrième catégorie qui serait la loi référendaire. Le référendum est un mode de votation. La votation accomplie, le texte entre dans l'une des trois catégories prévues par la Constitution (...)” »⁸. Dès lors était ouverte la voie à une banalisation des modifications ultérieures de la loi référendaire par une loi parlementaire. La décision du 9 janvier 1990 constitue de ce point de vue la consécration constitutionnelle de ce phénomène juridique. Il reste qu'elle consacre aussi un paradoxe.

Ce paradoxe tient à ce que, si la souveraineté directe du peuple prime celle des représentants lors d'un contrôle de constitutionnalité, comment expliquer la remise en cause de la

¹ Article 2 de loi n°62-421 du 13 avril 1962 *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*, JORF du 14 avril 1962, p. 3843.

² Interprétations divergentes quant à la portée de loi du 13 avril 1962 : délégation du pouvoir législatif ou autorisation de prendre par voie réglementaire des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi ? Voir p. STILLMUNKES, art. préc., p. 283-284

³ CE Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. p. 552

⁴ Article 50 de la loi n°63-23 du 15 janvier 1963 *fixant la composition, les règles de fonctionnement et la procédure de la Cour de sûreté de l'Etat instituée par l'article 698 du Code de procédure pénale*, JORF du 16 janvier 1963, p. 508.

⁵ « La décision du Conseil d'Etat si elle s'impose à l'Administration ne s'impose pas au législateur. Celui-ci reste maître souverain de faire une loi nouvelle ou d'interpréter une loi ancienne (...) », selon René CAPITANT. Propos rapporté par p. STILLMUNKES, art. préc., p. 286

⁶ Accord signé à Alger le 29 juillet 1965 *concernant le règlement des questions touchant les hydrocarbures et le développement industriel de l'Algérie*.

⁷ Voir L. HAMON, J. VAUDIAUX, « Vie et droit parlementaires », in *Chronique constitutionnelle et parlementaire française*, RDP 1967, p. 290-328, spéc. p. 315.

⁸ Réponse rapportée par L. HAMON, J. VAUDIAUX, chron. préc., p. 315.

parole du délégant par celle du délégataire ?¹ Avec M. Garrigou-Lagrange, nous aurions pu nous demander « si la loi parlementaire modifiant une loi référendaire ne recueill[ait] pas comme un reflet du caractère incontestable de celle-ci »². A moins que de la jurisprudence du Conseil, il ne faille pas hâtivement conclure que la souveraineté du peuple exprimée directement prévaut celle du peuple exprimée indirectement, à savoir celle de ses représentants. La lecture de l'article 3 de la Constitution ne pourrait donc être celle d'une inégalité statutaire entre loi référendaire et loi parlementaire. Elle serait plus simplement celle d'une incapacité d'un organe constitué, le Conseil constitutionnel – lequel tire sa légitimité en tout état de cause du souverain –, à s'opposer à la volonté populaire³. Mais si on accepte cette argumentation, alors il est tout autant impossible pour le Conseil de se déclarer compétent pour contrôler une loi formellement parlementaire certes, mais matériellement référendaire. Une telle approche le prive en effet d'effectuer un contrôle par ricochet sauf à reconsidérer son incapacité à contrôler l'expression directe du souverain. La jurisprudence se heurte par conséquent à une contradiction insurmontable quel que soit l'angle que l'on retient des décisions que le Conseil constitutionnel a rendues à propos des lois référendaires de l'article 11. Plus grave encore, l'intervention du Parlement constituerait un Cheval de Troie pour prendre d'assaut la citadelle imprenable qu'est l'expression directe de la souveraineté nationale. Ce qui est sacré au stade d'un éventuel contrôle de constitutionnalité d'une loi référendaire devant le Conseil constitutionnel, devient-il profane au stade de la modification de cette même loi référendaire devant le Parlement ?

On pourrait se laisser entraîner sur des chemins tortueux pour répondre à cette question, celle-ci pouvant se prêter aisément à des réflexions délicates. Illustrant cette tendance, la remarque de Benoît Mercuzot pointe l'une des motivations profondes : « C'est pourquoi d'une certaine manière, en refusant à l'expression du peuple obtenue par référendum la qualité d'expression du souverain, le droit constitutionnel tend naturellement à se protéger d'un mécanisme, le référendum, et d'un principe, l'expression souveraine du peuple, qui contiennent en eux-mêmes les germes de sa propre négation »⁴. Du point de vue de la sociologie judiciaire, on serait enclin à s'interroger sur les motivations profondes du Conseil constitutionnel lorsqu'il juge qu'une loi référendaire, expression directe de la souveraineté nationale, peut être modifiée sans préalable par une loi parlementaire. La Haute instance – comme tout organe disposant de pouvoir – aurait-elle une propension naturelle à vouloir le conserver jalousement ? Permettre au Parlement de revenir sur l'expression du souverain ne serait-ce pas une parade, voire une « ruse »⁵, créée pour garantir la survie de l'ordre juridique constitutionnel auquel le référendum est une menace potentielle ? Voilà des questions qui suggèreraient une analyse politique à laquelle nous ne saurions nous résoudre.

L'association loi référendaire et contrôle de constitutionnalité nous conduit inévitablement à une impasse qu'il nous faut à présent dépasser⁶.

¹ Parce que juridiquement la loi référendaire, dans son contenu législatif, a le même rang que la loi parlementaire rappelle Gérard CONAC (G. CONAC, *op. cit.*, p. 294). Il estime que si hiérarchisation il y a, cette dernière est « de nature politique ». Admettons. Mais, dans ce cas, on peut être sceptique quant à la capacité d'une hiérarchisation politique à avoir des effets de droit faisant obstacle au contrôle du Conseil constitutionnel.

² J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, art. préc., p. 682.

³ « Vis-à-vis d'un texte qui émane directement du peuple il est dans une situation d'infériorité et d'embarras ». G. CONAC, *op. cit.*, p. 294

⁴ B. MERCUZOT, art. préc., p. 666

⁵ Il faudrait effectivement accepter cette donnée embarrassante : le Conseil déclinerait sa compétence au stade du contrôle de constitutionnalité de la loi référendaire pour mieux exercer son contrôle de la loi parlementaire qui modifierait la loi référendaire. Autrement dit, une fois la tempête passée, le Conseil reprendrait la main. Serait-ce la position du brocard célèbre : reprendre d'une main ce que l'on a donné de l'autre... ?

⁶ Pour une position radicalement opposée, voir J.-L. PEZANT, « Contribution à l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958 », in *Pouvoirs, Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 455-480, spéc. p. 463.

II- La reconstruction du statut de la loi référendaire par dissociation du contrôle de constitutionnalité des lois : une issue possible

Au-delà d'une « revanche »¹ des parlementaires sur l'expression populaire, la faculté pour une loi parlementaire de venir reprendre ce que le souverain avait décidé résulte de la logique même du système constitutionnel². Cette logique révèle le statut atypique de la loi référendaire puisqu'elle écarte le contrôle de constitutionnalité des lois comme élément du régime de la loi référendaire. Simultanément, la logique de notre ordre juridique constitutionnel ne confère nullement une place à part dans la hiérarchie des normes à la loi référendaire. En effet, le refus de contrôler la constitutionnalité d'une loi référendaire repose sur une raison fondamentale : l'impossibilité de différencier le peuple selon qu'il agit en tant qu'organe souverain ou en qualité de législateur (§1). Non pas, loin s'en faut, que la distinction serait vide de sens, sans portée, mais qu'au stade du contrôle de constitutionnalité elle est inefficace. En revanche, une fois que la loi référendaire est entrée dans l'ordonnement juridique et qu'elle a trouvé pour chacune de ses dispositions le rang normatif qui lui revient, la distinction entre peuple souverain et peuple législateur redevient opératoire (§2).

§1- « L'indifférenciabilité »³ logique des deux qualités du peuple dans le cadre spécifique du contrôle de constitutionnalité des lois

Lorsque le peuple souverain s'exprime par la voie référendaire, il se confond avec le peuple législateur, ou, devrions-nous dire, que le peuple, parce qu'il est le détenteur de la souveraineté, absorbe toutes ces qualités (A). Cette confusion-absorption rend impraticable un quelconque contrôle de constitutionnalité voire même ferait de ce contrôle un non-sens (B).

L'auteur se prononce pour l'absence de lien logique entre loi référendaire et contrôle de constitutionnalité des lois. Il énonce en substance qu'on ne peut inférer de l'examen ou non par le Conseil d'une loi référendaire sa force juridique. L'argument peut convaincre *per se*. Mais, à nos yeux, sa force de persuasion diminue puisque précisément le refus ou l'admission d'un contrôle de constitutionnalité des lois référendaires dépend du statut de la loi référendaire. Or on remarquera que c'est justement en motivant son refus de contrôler la loi référendaire que le Conseil constitutionnel en détermine le statut. L'interdépendance entre loi référendaire et contrôle de constitutionnalité des lois nous paraît, au contraire, parfaitement établie.

¹ Voir B. MERCUZOT, art. préc., p. 663 : « La tradition française a souvent opposé le vote référendaire à la souveraineté de la représentation nationale. Ainsi, la pratique même du référendum depuis 1958 a montré combien les parlementaires étaient (ou se considéraient) dépossédés de leurs prérogatives par la consultation du peuple ».

² Entendu comme un ordre juridique dont on postule la complétude et ayant sa propre dynamique.

³ Qu'il nous soit permis ce barbarisme, lequel rend compte avec la précision voulue du fond de notre pensée.

A- La confusion peuple souverain et peuple législateur

Parce qu'elle dépend exclusivement de la nature des dispositions référendaires, la distinction entre les « deux qualités du peuple » s'avère délicate à établir.

1. la caractérisation des « deux qualités du peuple »

Une partie de la doctrine s'est attachée à montrer que le peuple, comme entité politique, pouvait exercer en réalité plusieurs pouvoirs ou plusieurs fonctions¹. A ce titre, la procédure d'adoption de la loi par la voie référendaire devrait être perçue comme la manifestation du peuple législateur, lui-même distinct du peuple souverain. Georges Burdeau a montré, par exemple, que le refus de contrôler la constitutionnalité des lois référendaires au titre de l'article 11 reposait sur une confusion entre le peuple souverain et le peuple législateur : « "C'est confondre les deux qualités du peuple, selon qu'il agit comme souverain ou comme gouvernant" et que, si "en tant que souverain, il est absolument libre..., comme gouvernant...son activité est au même titre que celles des autres gouvernants, dominée par le Statut que la Constitution impose aux agents d'exercice du pouvoir" »². Le peuple sollicité par le référendum serait appelé à se prononcer en tant qu'organe constitué pour exercer en l'occurrence la fonction de législateur. A l'instar du Parlement, le peuple législateur serait soumis, lui aussi, aux mêmes contraintes constitutionnelles que ce dernier³.

La distinction entre les deux facettes d'une même entité n'est pas sans intérêt mais encore faut-il que « l'on puisse opérer [cette] dissociation entre les "deux qualités du peuple" et que notamment sa qualité de "pouvoir public soit reconnue" »⁴.

2. la qualité du peuple dépend de la nature des dispositions référendaires

Connaître la qualité du peuple lorsqu'il est sollicité sur le terrain de l'article 11 implique un examen du contenu de la future loi référendaire sur deux plans différents.

Le premier est celui du projet de loi qui sera soumis à référendum. Le doyen Favoreu estimait que c'est lors de cette première phase « que se définit la portée de la consultation du peuple et par-là même son caractère législatif ou constituant »⁵. Il serait adéquat de compléter

¹ Sur la distinction entre les trois pouvoirs qui constituent les pouvoirs publics nationaux, G. DRUESNE, « Réflexions sur la notion de pouvoirs publics en droit français », *RDP* 1976, p. 1149-1215, spéc. p. 1204. Gérard DRUESNE considère que le peuple, qu'il assimile plus nettement au corps électoral, a la qualité d'un organe constitué lorsqu'il exerce certaines fonctions.

² Cité par L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP* 1967, p. 5-120, spéc. p. 32-33. Voir dans le même sens, J.-F. PREVOST, *op. cit.*, p. 35 : à partir d'un examen minutieux de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les actes administratifs préalables au référendum, l'auteur démontre que le Conseil d'Etat a pleinement assimilé la loi référendaire à la loi parlementaire quant au triptyque classique adoption-promulgation-publication. C'est « la preuve, selon lui, que le peuple, consulté conformément à l'article 11, intervient comme *un simple organe institué* : son vote seul ne suffit pas à rendre la loi parfaite » (italique dans le texte).

³ Le peuple de l'article 11 est « le législateur référendaire [qui] est par définition une autorité "constituée", soumis à l'emprise de la Constitution ». J.-F. FLAUSS, art. préc., p. 9.

⁴ L. FAVOREU, art. préc., p. 33.

⁵ *Ibid.*, p. 33-34.

cette affirmation en soulignant que les dispositions du projet de référendum sont virtuellement législatives ou constituantes. Cela étant dit, cette phase ne permet pas de déterminer la qualité du peuple. Car aucun contrôle *a priori* ne peut s'exercer sur le projet de loi référendaire¹. En outre, un tel contrôle de constitutionnalité *a priori* et au fond des projets de loi référendaire ne serait pas juridiquement envisageable dans la mesure où il serait contraire aux dispositions expresses de la Constitution, et principalement de son article 61 alinéa 2 : « Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation (...) ». Il n'est donc pas question de déférer un projet de loi ; la loi référendaire doit être adoptée. Dans ces conditions, déterminer la qualité du peuple n'a aucune incidence et relèverait même de la spéculation. Envisager la seconde phase paraît plus convaincant.

Le second plan est celui de l'adoption du projet par le peuple². Les pouvoirs publics ont décidé de soumettre un texte à l'approbation populaire selon la procédure de l'article 11. Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas contesté que les pouvoirs publics ont pu introduire dans le projet de loi référendaire des dispositions qu'ils ont jugées opportunes sans égard à leur valeur juridique dans la hiérarchie des normes³. Les dispositions référendaires sont virtuellement constitutionnelles ou législatives. Or, l'élément déclencheur qui fait passer une disposition donnée de la virtualité à l'existence juridique est assurément l'adoption du projet de loi par le peuple⁴. Une fois adoptées, les dispositions virtuellement constitutionnelles deviennent des dispositions constitutionnelles comme les dispositions virtuellement législatives deviennent des dispositions législatives. Il ne peut en être autrement. Si on a admis que le peuple est souverain, alors « en dernier ressort, la loi référendaire aura valeur constitutionnelle, organique ou ordinaire selon que l'auteur du projet de loi, c'est-à-dire essentiellement le Président de la République aura décidé que tout ou partie de cette loi porterait respectivement sur des matières constitutionnelles, organiques ou ordinaires »⁵.

Pour mieux comprendre, il faut repartir du peuple souverain. Le peuple est potentiellement compétent pour adopter toutes les normes de l'ordre juridique puisqu'il fonde cet ordre juridique. Se dessine un schéma circulaire que l'on peut définir à grands traits : le peuple peut adopter toutes les normes de l'ordre juridique car il est souverain ; le peuple adopte des normes qui modifient la Constitution ; les normes adoptées deviennent à compter de leur adoption des normes de rang constitutionnel ; le peuple adopte alors les normes constitutionnelles en sa qualité de peuple souverain⁶. Aussi, soutenir que les dispositions en cause sont contraires à la Constitution parce qu'elles ont été adoptées par la voie référendaire de

¹ Aucun contrôle juridictionnel ne s'exerçant *a priori* sur le projet de loi, excepté un contrôle procédural sur les actes détachables des opérations référendaires. Si un mouvement contraire semble toutefois se dessiner, il n'apparaît pas suffisamment affirmé pour en déduire de nouvelles implications.

² L'hypothèse du rejet du projet de loi est à écarter compte tenu du fait que le Conseil ne pourrait être saisi d'aucun texte.

³ On n'entrera pas de nouveau dans la controverse sur le point de savoir si les pouvoirs publics peuvent juridiquement procéder à la révision de la Constitution par la voie du référendum de l'article 11. Mais il est acquis qu'« en adoptant un texte qui [peut] lui être contraire, le souverain ne viole pas la Constitution, il la crée ». Voir G. CONAC, *op. cit.*, p. 275. De même, il est clair que « le chef de l'Etat est ainsi doté d'un pouvoir discrétionnaire pour décider de l'objet du référendum ». Voir, J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, art. préc., p. 665

⁴ Voir la démonstration saisissante de M. CONAC, *op. cit.*, p. 291 : « Dans l'hypothèse de l'article 11, c'est le peuple seul qui donne sa force juridique à un texte que le Président devra ensuite obligatoirement promulguer ».

⁵ Voir, J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, art. préc., p. 682

⁶ On peut reproduire le même schéma avec la norme législative : le peuple peut adopter toutes les normes de l'ordre juridique car il est souverain ; le peuple adopte des normes qui ne modifient pas la Constitution ; les normes adoptées deviennent à compter de leur adoption des normes de rang législatif ; le peuple adopte les normes législatives en sa qualité de peuple législateur. Exemple : ce fut le cas pour le référendum du 28 octobre 1962 qui devait déboucher sur l'adoption de la loi référendaire du 6 novembre 1962. Ce texte contenant des dispositions constitutionnelles et législatives. Dans le même sens, p. BLACHER, *op. cit.*, p. 109

l'article 11 est admissible jusqu'à un moment précis¹, à savoir avant l'adoption desdites dispositions par le peuple. Ce que n'ont pas manqué de relever ni la classe politique à une très large majorité, ni le Conseil d'Etat à l'unanimité moins une voix et, plus curieusement, le Conseil constitutionnel². Quoiqu'il en soit une fois ces normes adoptées, le débat relatif à la constitutionnalité de la procédure est vain³. Cela résulte de ce que le peuple est souverain⁴. Sieyès en son temps l'avait fort bien montré : « de quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille, toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême »⁵. Autrement dit, le peuple a tranché : « ce n'est pas que la procédure soit constitutionnelle, c'est que personne n'a le droit de contredire le souverain »⁶.

Au regard de ces développements, il est acquis, comme l'ont relevé les professeurs Verpeaux et Mathieu, que « le Peuple peut être, selon l'objet de la règle édictée, soit législateur ordinaire, soit constituant » (nous soulignons)⁷. Or, en l'absence d'emprise possible sur le contenu même de la norme référendaire en devenir, la qualité du peuple – souverain ou législateur – est proprement sans effet, cette qualité n'intervenant que rétrospectivement. L'adoption par voie référendaire d'un texte de loi occulte ainsi la distinction entre peuple souverain-peuple législateur parce que « l'article 11 (...) fait dépendre la compétence du peuple, non pas d'une considération de forme, mais de l'objet sur lequel il s'agit de statuer »⁸. Et elle conduit à un constat simple : le contrôle de constitutionnalité des lois, si contrôle il y a, devient sinon absurde, du moins inutile.

¹ Voir B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 166 : « L'inconstitutionnalité que commet le Président de la République en demandant au Peuple de réviser la Constitution par la voie de l'article 11 est purgée, en cas de réponse affirmative, par le Peuple, titulaire du pouvoir souverain ».

² Selon des indiscretions dont Gérard CONAC se fait opportunément l'écho, l'inconstitutionnalité a été soulevée tant par le Conseil d'Etat, lorsqu'il a rendu son avis négatif sur le projet de loi référendaire, que – ce qui est plus surprenant – par le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel aurait été consulté officieusement puisque les textes ne semblent pas prévoir cette formalité. Voir, sur ce point, G. CONAC, *op. cit.*, p. 275.

³ En ce sens, G. CONAC, *op. cit.*, p. 279 : « En admettant [que le peuple] soit sollicité irrégulièrement en sa qualité de pouvoir institué, son choix, lorsqu'il s'est exprimé au cours d'un scrutin qui n'est pas vicié par la fraude électorale, devient en quelque sorte celui du pouvoir originnaire, opposable à toutes les autorités instituées ».

⁴ On n'entrera pas dans les controverses relatives aux caractères et à la portée du concept de souveraineté dans le cadre de cette étude en dépit des questions connexes redoutables qu'elles soulèvent. Après une démonstration séduisante, s'appuyant en partie sur les travaux d'Olivier BEAUD (*La puissance de l'Etat*), Jean-François FLAUSS en arrive à cette conclusion : « la souveraineté constituante du peuple ne serait absolue, pleinement souveraine et discrétionnaire que lorsque le peuple édicterait la Constitution, lorsque le peuple exercerait son pouvoir constituant originnaire, mais non lorsque le peuple exercerait son pouvoir constituant dérivé. S'il existe donc toujours un souverain qui est au-dessus de la Constitution, il n'y a jamais de souverain dans la Constitution ». La distinction est intéressante au point qui nous occupe mais n'échappe pas à une objection essentielle tirée de la place du souverain et de la Constitution. S'il est vrai que le peuple souverain est au-dessus de la Constitution, alors il est souverain dans un état pré-constitutionnel ou dans une société pré-constitutionnelle. L'acte constituant du peuple souverain est dialectiquement antérieur à l'ordre constitutionnel institué pour la simple et bonne raison que c'est cet acte et ce peuple qui fondent cet ordre. Or, dans ce cas, la souveraineté ne relève pas de l'ordre juridique constitutionnel mais apparaît comme une manifestation d'un phénomène d'autorité étranger au droit. La souveraineté est alors un fait politique qui ne saurait être appréhendé, logiquement, avec les concepts du droit constitutionnel puisqu'il se situe, théoriquement, hors de son champ. Et il faut en déduire comme conséquence inévitable que seule la souveraineté dans la Constitution est susceptible d'être appréhendée comme objet du droit constitutionnel. Voir J.-F. FLAUSS, art. préc., p. 13.

⁵ Cité par J. GICQUEL, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 21^{ème} éd., 2007, p. 503

⁶ M. LASCOMBE, *Le droit constitutionnel de la Vème République*, Paris, L'harmattan, coll. « Logique juridique », 8^{ème} éd., 2002, p. 291.

⁷ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 166.

⁸ p. LAMPUE, « Le mode d'élection du Président de la République et la procédure de l'article 11 », *RDJ* 1962, p. 931-935, spéc. p. 932.

B- Le non-sens d'un contrôle de constitutionnalité des lois référendaires

Le contrôle du Conseil constitutionnel est rendu impossible voire absurde compte tenu de la dichotomie qui s'installe dans les normes adoptées par le peuple souverain.

1. de la nature des dispositions référendaires dépend le contrôle du Conseil constitutionnel

Les normes susceptibles d'être adoptées par le peuple se répartissent en deux catégories : les normes constitutionnelles et les normes infra-constitutionnelles (lois organiques et lois ordinaires). Or, le Conseil constitutionnel n'effectue aucun contrôle de constitutionnalité des premières. A ce titre, il a clos le débat sur un improbable contrôle de la loi constitutionnelle dans sa décision du 26 mars 2003¹. De cette décision, il convient désormais de retenir que toute norme matériellement constitutionnelle ne pourra faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, le Conseil déclinant sans appel sa compétence². Par suite, seuls les textes matériellement législatifs, en vertu de l'article 61 de la Constitution, sont soumis au contrôle de constitutionnalité. On voit poindre la contradiction irréductible que soulève cette répartition des normes lorsque surgit la question d'un contrôle de constitutionnalité de la loi référendaire.

2. le contrôle impossible :

L'alternative qui s'offrirait alors au Conseil constitutionnel s'il admettait sa compétence pour contrôler la constitutionnalité d'une loi référendaire est celle-ci : ou bien le texte déféré à sa censure (ou certaines de ces dispositions) procède, en réalité, à la révision de la Constitution, auquel cas le Conseil est tenu de décliner sa compétence ; ou bien, le texte contrôlé pose des normes infra-constitutionnelles qui par définition ne peuvent être contraires à la Constitution, auquel cas son contrôle devient inutile. En d'autres termes, la double qualité du peuple, souverain et législateur, lorsqu'il se prononce par référendum, aboutit à une solution inextricable : elle rend tout à la fois sans intérêt et impraticable tout contrôle de constitutionnalité sur le fond de la loi référendaire³. Tout au plus, le Conseil constitutionnel serait-il conduit à donner une consultation juridique pour distinguer notamment ce qui relève de la législation organique ou de la législation ordinaire voire du règlement⁴.

¹ CC, 26 mars 2003, déc. n°2003-469 DC, *JORF* du 29 mars 2003, p. 55-70.

² CC, 26 mars 2003, précitée. Comme le suggère la lecture du considérant n°2 de la décision, *in fine*, : « le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, *ni d'aucune autre disposition* de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle » (nous soulignons). Se trouve dans le même temps écarté tout le débat quant à l'existence d'une « *supra*constitutionnalité ». Sur ce point, voir notamment, G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA* 1992, p. 173-184 ; B. GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA* 1998, p. 909-921.

³ On ne peut adhérer à la solution proposée par le professeur FLAUSS : « Quant à l'objection tirée du risque pour le juge constitutionnel de devoir exercer un contrôle de constitutionnalité sur les dispositions à valeur constitutionnelle éventuellement incluses dans la loi législative référendaire, elle peut être aisément levée. Il est en effet loisible au juge constitutionnel de faire jouer, en tant que besoin, la théorie de la divisibilité ». Voir J.-F. FLAUSS, art. préc., p. 9. Si les normes que l'auteur présente comme législatives, par le biais de la théorie de la divisibilité, sont contraires à la Constitution, alors ce ne sont pas des normes législatives mais constitutionnelles !

⁴ Ce qu'il peut faire par des voies moins périlleuses, notamment par l'article 37 alinéa 2 pour ce qui est, par exemple, de déterminer la nature réglementaire de dispositions formellement législatives.

Le Conseil constitutionnel n'a donc pas confondu le peuple souverain avec le peuple législateur. Au contraire, il a pris acte de ce que la détermination de la qualité du peuple ne peut intervenir qu'une fois le projet de loi référendaire adopté, par conséquent à l'instant où la souveraineté s'est d'ores et déjà exprimée. Aussi la distinction peuple souverain-peuple législateur, pertinente en soi, ne créera-t-elle en aucune manière, à droit constant, un cas d'ouverture permettant au Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois référendaires.

Sous le bénéfice de ces observations, deux remarques peuvent être formulées. D'une part, il faut donner globalement raison à Jean-François Prévost qui concluait : « les lois référendaires qui “constituent l'expression directe de la souveraineté nationale” ne sont pas exclues parce qu'elles sont d'une essence supérieure, mais simplement parce qu'elles échappent *au circuit du pouvoir* que le Conseil est chargé de contrôler »¹. Toutefois, il est nécessaire de préciser que la loi référendaire adoptée échappe « au circuit du pouvoir » non pas de manière absolue mais par intermittence : elle est hors de ce circuit lors de son adoption ; elle se retrouve dans ce circuit postérieurement à sa promulgation. D'autre part, nous souhaiterions clarifier l'ordre logique du raisonnement suivi relativement au statut de la loi référendaire. La majeure du raisonnement réside dans le caractère incontestable de la loi référendaire au motif exclusif qu'elle constitue l'expression directe du peuple souverain. La mineure implique par transition que la loi référendaire possède la plénitude de valeur juridique. La loi référendaire peut introduire toutes les normes connues de l'ordre juridique constitutionnel parce qu'elle est incontestable, parce qu'elle est l'œuvre du souverain. La conclusion est dès lors l'absence inévitable de sanction. Cette absence ne procède pas directement du caractère incontestable de l'acte référendaire mais de sa plénitude de valeur juridique. Saisi le cas échéant, le Conseil constitutionnel ne pourrait que prendre acte de la valeur normative de chacune des dispositions référendaires et constater leur conformité à la Constitution ou leur caractère constituant².

En revanche, la distinction peuple souverain-peuple législateur reprend toute sa place une fois la loi référendaire promulguée et publiée, c'est-à-dire régulièrement intégrée à l'ordonnancement juridique et à la place qui lui revient³. A partir de là, les normes matériellement législatives d'une loi référendaire pourront être modifiées par une loi parlementaire. Il en découle que la seule lecture possible de l'article 3 alinéa 1^{er} est une lecture égalitaire ou non hiérarchisée entre les deux modes d'expression de la souveraineté nationale quant aux normes que ces deux modes ont vocation à édicter. L'autorisation de ratifier le Traité de Lisbonne pouvait par conséquent être accordée par la voie parlementaire⁴.

¹ J.-F. PREVOST, art. préc., p. 41.

² Il en résulte que le caractère incontestable de la loi référendaire ne provient pas de l'absence de sanction. De même, il faut admettre que ce n'est pas l'absence de sanction qui permet à la loi référendaire d'intégrer dans l'ordonnancement juridique l'ensemble des normes connues de l'ordre juridique constitutionnel.

³ En ce sens, M. GUILLAUME-HOFNUNG, *Le référendum*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^{ème} éd., 1994, p. 56-62, spéc. p. 61 : « l'acte concerné par le référendum suit le régime juridique de l'acte au rang duquel il s'est placé, en particulier quant à sa modification. Rien n'empêche donc qu'un parlementaire ressuscite une loi que le peuple vient d'abroger. Il prend un risque politique, mais le juge ne pourrait pas déclarer la nouvelle loi inconstitutionnelle sur la seule base de son opposition à l'expression directe de la volonté générale ». Et l'auteur d'ajouter : « le texte adopté par référendum ne jouit pas d'une nature idoine, il s'insère dans diverses catégories juridiques (...) dont il suit le régime juridique (...) » (p. 119).

⁴ D'autant que le rejet par les Français du Traité ECE lors du référendum du 29 mai 2005 n'a pu donner naissance à une loi référendaire. Conclure, ici, que la ratification du Traité de Lisbonne pouvait être réalisée par une loi parlementaire constitue une réponse valide pour toute situation future où une loi parlementaire entendrait revenir sur une loi référendaire effectivement adoptée. La ratification parlementaire par la loi du 13 février 2008 est, en tout état de cause, juridiquement valide.

§2- La réintroduction inévitable des deux qualités du peuple dans le cadre général du système juridique constitutionnel

Les « deux qualités du peuple » sont de nouveau efficientes lorsque la loi référendaire a été promulguée et publiée. D'une part, elles justifient sans porter atteinte à la souveraineté du peuple le respect de la Constitution par l'ensemble des normes infra-constitutionnelles. D'autre part, elles ouvrent une voie dans la consolidation de l'Etat de droit sans heurter, une fois encore, le principe de la souveraineté nationale.

Dans une décision capitale du 23 août 1985, le Conseil constitutionnel devait poser un principe, sans conteste consubstantiel à l'ordre constitutionnel établi, en énonçant que « la loi (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹. Se trouve formulée une véritable nécessité constitutionnelle dont les implications seront respectées pourvu qu'on accepte de distinguer non pas tant loi référendaire et loi parlementaire mais plus exactement peuple souverain et peuple législateur.

A- La suprématie de la Constitution dans l'ordre interne : une nécessité

La soumission des normes infra-constitutionnelles à la Constitution est d'abord un constat objectif puis un discours prescriptif, nonobstant les imperfections des mécanismes de saisine du Conseil constitutionnel².

Il ne faudrait pas déduire de l'incapacité des mécanismes constitutionnels à garantir que la norme suprême sera toujours respectée une supériorité à géométrie variable de la Constitution. La supériorité de la Constitution est une donnée logique. L'absence de sanction en cas de violation de ce principe n'a aucune incidence. La formule du Conseil constitutionnel, rappelée plus haut, selon laquelle la « loi n'est l'expression de la volonté générale que dans le respect de la Constitution » est un *obiter dictum*³. Il s'adresse à l'ensemble des pouvoirs publics en la forme d'un constat⁴ et d'une prescription.

Le constat est assez aisé à établir. Il conduit à considérer, qu'à défaut de suprématie, toute norme contraire à la Constitution devient une norme constitutionnelle ou, dans la même veine, toute norme contraire à la Constitution disqualifie la norme constitutionnelle et lui fait prendre le rang normatif de la norme modificative⁵. Nier la suprématie de la Constitution revient à nier son caractère de norme constitutionnelle. Ainsi convient-il de réaffirmer la nécessité pour l'ensemble des normes de rang législatif d'être conformes à la Constitution. Cela vaut tout autant pour les lois référendaires législatives que pour les lois parlementaires qui prétendent les modifier⁶.

¹ CC, 23 août 1985, déc. n°85-197 DC, *Evolution en Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 70, considérant n°27, *in fine*.

² p. BLACHER, *op. cit.*, p. 107 : « La suprématie de la norme constitutionnelle sur l'ensemble des règles de droit implique la soumission de toutes les normes de rang *infra-constitutionnel* à la Constitution » (italique dans le texte).

³ Dans le même sens, p. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs* 2005, p. 5-19, spéc. p. 5.

⁴ Ce que Philippe BLACHER appelle « une vérité » « objective » et « neutre », *op. cit.*, p. 74-75.

⁵ C'est l'hypothèse des III^{ème} et IV^{ème} Républiques, la loi étant la norme suprême puisqu'elle pouvait contrevenir aux normes matériellement et/ou formellement constitutionnelles.

⁶ p. BLACHER, *op. cit.*, p. 110 : « Comme les autres lois votées, la loi référendaire s'insère dans l'ordre juridique non pas en fonction de son origine, populaire ou parlementaire, mais en fonction de sa nature : le rang d'une loi référendaire dans la hiérarchie des normes se détermine en fonction du contenu de ses prescriptions ».

La prescription est impliquée aussi par la supériorité logique de la Constitution. Le respect de la Constitution est un devoir¹. On retrouve à travers le droit constitutionnel cette idée prégnante que le respect de la Charte fondamentale ne doit pas relever de la « peur du gendarme » mais bien d'un rigorisme moral kantien². L'absence de sanction se situe par conséquent sur un autre plan ; elle ne saurait constituer un prétexte à une violation de la Constitution³.

Comment imposer au peuple, lorsqu'il a légiféré, le respect de la Constitution, respect que le Conseil était impuissant à faire observer au stade d'un éventuel contrôle de constitutionnalité ?

B- La réactivation des « deux qualités du peuple » : la soumission du peuple législateur à la Constitution

Les données du problème peuvent être exposées de la manière suivante : le Parlement entend modifier une disposition législative adoptée par le peuple par voie référendaire. Le peuple souverain s'étant exprimé directement, on comprend mal que la loi parlementaire qui affecte la loi référendaire puisse faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Car, la loi parlementaire soumise au contrôle du Conseil constitutionnel sera matériellement législative, certes, mais aussi référendaire. La solution se trouve dans la distinction peuple souverain et peuple législateur, distinction que l'on peut opérer une fois la loi référendaire promulguée et publiée.

Les normes de nature législative adoptées par le peuple montrent, volontairement ou involontairement, que le peuple a lui-même entendu se conformer au respect de la Constitution. Il faut admettre, par extériorité, que c'est en tant que législateur que le peuple a exercé ses attributs de la souveraineté. Or, on l'a dit, le respect de la Constitution se constate et se prescrit à l'ensemble des pouvoirs publics ou pouvoirs constitués. En adoptant la loi référendaire dont le contenu est matériellement législatif, le peuple législateur agit *ès* qualité. Par conséquent, le respect de la Constitution s'impose également à lui, en tant qu'organe constitué comme à tous les organes constitués. C'est pourquoi il s'impose de manière égale au Parlement, ce dernier se trouvant être l'*alter ego* du peuple législateur dans l'exercice de la fonction législative. La modification d'une loi référendaire par une loi parlementaire nous apparaît alors tout à la fois constitutionnelle sur le plan juridique et légitime sur le plan politique.

¹ On souhaite faire état du différend révélateur qui a opposé, à l'automne 2005, l'ancien Garde des Sceaux Pascal Clément à l'ancien président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud à propos d'un projet de loi sur la récidive dont certaines mesures (comme le bracelet électronique) devaient, selon la majorité au pouvoir, pouvoir être appliquées rétroactivement. Le ministre de la justice avait demandé aux parlementaires de ne pas saisir le Conseil en prenant, si besoin, « le risque de l'inconstitutionnalité ». Pierre Mazeaud devait lui répondre : « Le respect de la Constitution est non un risque, mais un *devoir* » (nous soulignons). Voir, *Le Monde* du 29 septembre 2005, p. 10.

² Citons ainsi l'article 5 de la Constitution qui attribue au Président de la République comme mission première de veiller « au respect de la Constitution ». Citons également l'arrêt du Conseil d'Etat Canal du 19 octobre 1962, précité, dans lequel la Haute assemblée s'assigne comme devoir, d'après Charles Debbasch, de garantir « le triomphe de la Constitution sur la loi [référendaire] du 13 avril 1962 ». Cité par J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, art. préc., p. 670. Dès l'origine, se manifeste donc la volonté de préserver l'ordre constitutionnel de l'intempérance de la loi référendaire.

³ Ce qui ne signifie pas qu'elle n'a pas de dimension pratique. La sanction permet de mettre en œuvre la logique de suprématie de la Constitution. Tel est le cas de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, inaugurée par sa décision CC, 25 janvier 1985, déc. n°85-187 DC, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec. p. 43, qui ouvre la voie à un contrôle par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité des lois déjà promulguées. Tel est le cas également de l'exception d'inconstitutionnalité rendue possible par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (article 61-1 de la Constitution). Il reste que l'existence d'une sanction est, selon nous, sans incidence sur la supériorité théorique de la Constitution.

Cette relecture du droit constitutionnel positif éclaire rétrospectivement la signification profonde de la suprématie, dans l'ordre interne, de la Constitution. Théoriquement, tous les actes infra-constitutionnels doivent être conformes à la Constitution. Mais en pratique, ce sont les organes investis par la Constitution du pouvoir d'édition des actes infra-constitutionnels qui sont chargés d'observer rigoureusement cette suprématie. La suprématie théorique de la Constitution, incarnée par la nécessité pour les actes de rang inférieurs de lui être subordonnés, est relayée, en pratique, par une obligation constitutionnelle – une obligation de cohérence constitutionnelle – incombant aux acteurs juridiques, organes constitués, de respecter le bloc de constitutionnalité. Autrement dit, encore, il existe une obligation absolue de conformité à la Constitution pour les actes. Mais la concrétisation de cette obligation se fait par une obligation relative pour chacun des organes constitués chargés d'édicter des normes conformes à la Constitution. Obligation absolue, d'une part, puisque sa négation reviendrait à nier l'existence même de la règle suprême. Obligation relative, d'autre part, car par définition, elle est tributaire de mécanismes propres à s'assurer que tel ou tel organe respectera la Constitution. Jean-François Prévost avait d'ores et déjà montré que la décision du 6 novembre 1962 impliquait la suprématie de la Constitution sur l'ensemble des lois, fussent-elles référendaires, mais sur deux plans différents : « A partir du moment où, comme [le Conseil constitutionnel] l'a fait dans [cette décision], il étudie si la loi référendaire est ou n'est pas, au nombre de celles que la Constitution l'a chargé de contrôler, c'est qu'il *admet* que ce type de loi doit être "conforme" à la Constitution. Sinon, le Conseil constitutionnel se serait contenté d'affirmer qu'il n'a pas à se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi référendaire qui peut transgresser le texte fondamental. Le Conseil aurait donc conclu à un non-lieu à statuer. C'eût été la solution logique (...) » (italique dans le texte)¹. Preuve supplémentaire donc de ce que : *primo* la loi référendaire est nécessairement conforme à la Constitution ; *secundo*, que les détenteurs du pouvoir de déclencher un référendum (le Chef de l'Etat principalement²) doivent soumettre un projet de loi référendaire conforme à la Constitution ; *tertio*, enfin, le Conseil n'est pas *systématiquement* habilité à mettre en musique la partition écrite par la Constitution.

Le Conseil constitutionnel est enfermé dans cette logique constitutionnelle. Organe principal dans le système juridique constitutionnel français, il n'en est pas moins trop souvent cantonné à la seule énonciation de la nécessaire suprématie de la Constitution dans la hiérarchie normative. Il ne peut tirer tous les enseignements liés à cette hiérarchie dans la pratique car il lui manque de nombreux mécanismes pour faire observer par les pouvoirs publics le respect de la Constitution, et singulièrement lorsque l'on recourt à la procédure référendaire.

La relecture de la jurisprudence constitutionnelle relative au statut de la loi référendaire aura conduit à révéler les contradictions de ce statut et d'en proposer des solutions. Trois mouvements se sont succédé.

Le premier mouvement est celui de la construction logique d'une association entre loi référendaire et loi parlementaire par le truchement d'un élément commun : le contrôle de constitutionnalité des lois. Mais cette association, inévitable, a abouti à des contradictions

¹ J.-F. Prévost, art. préc., p. 41-42. Allons plus loin encore. Le Conseil constitutionnel aurait-il également admis que la procédure de l'article 11 pour réviser la Constitution n'était pas constitutionnelle ? On sait, *supra*, qu'il a rendu un avis négatif officieux s'agissant de la révision constitutionnelle du 6 novembre 1962 effectuée par la voie de l'article 11.

² L'alinéa 3 de l'article 11 dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 ouvre désormais à un cinquième des parlementaires soutenu par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales la possibilité de déclencher une procédure référendaire.

apparemment indépassables. Comment être et ne pas être en même temps ?¹ En bonne logique juridique, nous avons dû conclure que les motifs de fond du Conseil constitutionnel pour refuser d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois référendaires aboutissaient à devoir refuser qu'une loi référendaire puisse être modifiée par une loi parlementaire. Ce ne fut pourtant pas la solution retenue, le Conseil ayant admis que la loi du Parlement pouvait sans obstacle modifier la loi du Peuple.

Pour s'échapper de cette « toile d'araignée » logique, il convenait de déconstruire l'association entre loi référendaire et contrôle de constitutionnalité des lois en les dissociant. Cette dissociation a permis de déceler la contradiction et de la dépasser : parce que la loi adoptée par référendum est l'expression du peuple sans qu'il soit possible de distinguer le peuple souverain du peuple législateur, le contrôle de constitutionnalité de la loi référendaire est apparu impraticable. En revanche, une fois promulguées et publiées, les dispositions législatives d'une loi référendaire peuvent faire l'objet d'une modification par une loi parlementaire, le peuple ayant adopté ces dispositions nécessairement en sa qualité de peuple législateur soumis au respect de la Constitution. Aussi les résultats de cet examen montrent-ils l'impérieuse nécessité d'encadrer plus vigoureusement une procédure telle que le référendum afin de garantir une certaine stabilité à l'ordre constitutionnel. Dès 1962, Georges Berlia avait souligné combien l'utilisation de l'article 11 s'avérait délicate en diagnostiquant : « une sorte de précarité générale et diffuse semble plutôt atteindre chacune des dispositions de la Constitution »². Il reste désormais à réfléchir à un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois référendaires garantissant à la fois le respect de la volonté populaire et le maintien de l'ordre constitutionnel établi. Dans cette optique, la seule solution équilibrée³ paraît être celle d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* du projet de loi référendaire, confié naturellement au Conseil constitutionnel.

C'est à ces conditions que l'on pourra espérer fermer une brèche ouverte dès l'origine de la V^{ème} République dans l'édification de l'Etat de droit et « résoudre les problèmes concrets posés par l'introduction du référendum dans un régime représentatif »⁴. Et il ne nous paraît pas aujourd'hui incongru⁵ d'en confier la mission au Conseil constitutionnel au vu de ses impressionnants « états de service ».

¹ Ce qu'a justement relevé Jean-François PREVOST, art. préc., p. 38 : « On a le sentiment, en examinant cette question, que les instances juridictionnelles ont, en quelque sorte, improvisé des solutions. Les textes étaient muets, le droit référendaire est apparu au juge comme un droit *sui generis* appelant tantôt une assimilation au droit engendré par les instances parlementaires, tantôt une distinction radicale situant le droit référendaire hors des circuits normaux du contrôle juridictionnel prévu dans le cadre de l'ordonnement juridique ». Sentiment partagé au regard d'un examen paradoxalement trop superficiel – puisqu'il a donné lieu néanmoins à au moins dix versions rédactionnelles de l'article 11 – de la procédure référendaire par M. CONAC : « il est certain que la plupart de ceux qui ont participé aux discussions constitutionnelles n'ont pas eu conscience de toutes les implications juridiques et politiques du référendum dans le système constitutionnel » (G. CONAC, *op. cit.*, p. 261).

² G. BERLIA, « Le problème de la constitutionnalité du référendum du 28 octobre 1962 », *RDP* 1962, p. 936-949, spéc. p. 945

³ En suivant le conseil éclairé de M. RIALS : « Ce n'est pas en partant d'une idée simple qu'il faut modeler le système institutionnel, mais en observant le fonctionnement pratique de ce système qu'il convient de dresser un diagnostic de ses manques et de ses difficultés et de suggérer certaines réformes ». Voir S. RIALS, « L'avenir du référendum en France », *RA* 1979, p. 647-658, spéc. p. 652.

⁴ G. CONAC, *op. cit.*, p. 259

⁵ Peut-être au grand dam de Pierre-Henri Teitgen qui n'aurait vraisemblablement pas été un ardent défenseur de cette cause. Traduisant sa crainte à l'égard d'une institution aux trop larges prérogatives, ce membre du Comité Consultatif Constitutionnel déclarait lors de la 7^{ème} séance du CCC en date du 5 août 1958 : « Et voilà qu'on est en train de nous instituer le Gouvernement de ces retraités, de ces personnages qui constitueront un Conseil constitutionnel, qui n'auront droit à aucune activité, sinon celle de contrôler l'activité de tout le monde. Il contrôlera l'activité de tous à tout instant et sur la saisine de la majorité, de l'opposition, du président de la République, du Premier ministre, des présidents des Assemblées ». Voir « Le Comité Consultatif Constitutionnel, de l'avant-projet du 29 juillet au projet du 21 août 1958 », *op. cit.*, p. 176