



HAL
open science

Essai de proposition d'un modèle de référendum d'initiative populaire dans l'ordonnancement constitutionnel de la Vème République

Quentin Girault

► **To cite this version:**

Quentin Girault. Essai de proposition d'un modèle de référendum d'initiative populaire dans l'ordonnancement constitutionnel de la Vème République. Droit. Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2017. Français. NNT : 2017PAUU2018 . tel-04324033

HAL Id: tel-04324033

<https://theses.hal.science/tel-04324033>

Submitted on 5 Dec 2023

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.

THÈSE

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale des Sciences Sociales et Humanités (ED 481)

Présentée et soutenue le 24 Novembre 2017

par **Quentin GIRAULT**

pour obtenir le grade de docteur
de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Spécialité : Droit public

ESSAI DE PROPOSITION D'UN MODÈLE DE RÉFÉRENDUM D'INITIATIVE POPULAIRE DANS L'ORDONNANCEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA V^e RÉPUBLIQUE

MEMBRES DU JURY

- **Anne LEVADE**

Professeur de droit public, Université Paris Est-Créteil (Rapporteur)

- **Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI**

Directrice de recherches CNRS - droit public (Rapporteur)

- **Jean-Jacques URVOAS**

Maître de conférences en droit public, Université de Bretagne occidentale ; ancien président de la commission des Lois ; ancien Garde des sceaux

- **Jean-Pierre MASSIAS**

Professeur de droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour

- **Denys de BÉCHILLON**

Professeur de droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour (directeur de la recherche)

L'Université de Pau et des Pays de l'Adour n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

A la compagnie des dernières semaines,

Au peuple des six années,

A toutes celles et ceux dont je suis constitué,

Au fantôme dont la main ne se tendra jamais,

Aux bateaux, là-bas.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA	Actualité juridique du droit administratif
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
cons.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Const. Fed	Constitution fédérale
Déc	Décision
Ff	Feuille fédérale
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
JORF	Journal officiel de la République française
Jcl	Jurisclasseur
LPA	Les Petites Affiches
RDP	Revue de droit public
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFSP	Revue française de sciences politiques
rec.	Lebon (Recueil des arrêts du Conseil d'Etat)
req.	Requête
Sect.	Section du contentieux du Conseil d'Etat
synd.	Syndicat
T.A.	Tribunal administratif
T.C.	Tribunal des conflits
Th.	Thèse

SOMMAIRE

PARTIE 1 : LA FORMATION DE L'INITIATIVE

Chapitre 1 : Introduire l'initiative

Chapitre 2 : Passer le filtre des signatures

PARTIE 2 : L'ETABLISSEMENT DE LA PROPOSITION

Propos préliminaires : L'architecture générale du contrôle

Chapitre 1 : Les interventions non-contraignantes

Chapitre 2 : L'intervention juridictionnelle du conseil constitutionnel

PARTIE 3. LA CREATION DE LA NORME

Chapitre 1 : Délibérer

Chapitre 2 : Devenir norme

INTRODUCTION GENERALE

1. Simultanément principe de gouvernement idéal et régime politique, la démocratie ne saurait avoir une définition qui ne soit ambiguë. Le phénomène est devenu inévitable dès lors que le terme a été appelé à désigner plus qu'un régime antique défini¹, mais cette ambiguïté ne laisse pas de produire une perpétuelle discussion sur sa signification. Particulièrement riche à l'époque révolutionnaire², la dispute n'a cessé depuis lors, parfois diffuse, parfois au premier plan. En France, 1848, la Commune, la Libération particulièrement, ont été des moments structurants dans la discussion. Mais toute la vie publique est au fond concernée. Au sens large même, il n'est pas une controverse politique qui ne soit pas partiellement déterminée par le débat plus général sur ce qui est ou n'est pas légitime dans un régime démocratique.

2. Le débat ne porte pas sur le sens d'un terme, mais sur sa signification précise. Il n'y a pas de polysémie dans le mot car l'étymologie contraint ici la créativité politique. Tout le monde sait qu'il affirme un gouvernement du peuple. Mais les perspectives discursives ouvertes par la question du « comment » sont d'une telle variété que cette contrainte est presque une des causes du problème : la place du peuple dans la vie publique est une dispute éternelle. L'enjeu est principalement institutionnel, car il s'agit de doter ce peuple du pouvoir d'agir dans ou sur des institutions.

3. La question de la participation citoyenne aux affaires publiques ne disparaît donc pas de la scène publique. Ces dernières années, il paraît même peu risqué d'affirmer que le thème prend de plus en plus de place, à mesure que celui de la « crise de la démocratie » devient omniprésent dans l'espace public³. Le phénomène semble durablement installé dans la discussion politique car une fracture entre le « peuple » et les « élites » est couramment invoquée comme cause du marasme politique ambiant⁴. D'autant plus que l'actualité récente semble confirmer l'affirmation : l'élection de Donald Trump, le *Brexit*, l'émergence de nouveaux mouvements politiques se réclamant d'un lien plus direct avec le peuple...

¹ Canfora L., *La démocratie, histoire d'une idéologie*, Seuil, 2006, 482 p.

² Dupuis-Déri F., *Démocratie, histoire politique d'un mot aux Etats-Unis et en France*, Lux, 2013, pp. 10-37.

³ Les références seraient innombrables, tant le thème paraît éculé. Sur le problème de la crise de la représentation : Kail M., « Éditorial. La crise de la représentation politique ? », *L'Homme et la société*, (vol. 187-188, no. 1), 2013, pp. 5-7. ; Rudelle O., « Crise de la représentation ou utopie de la conformité ? » *in*. *Revue française de science politique*, 48^e année, (n°3-4), 1998. pp. 535-540., revue bibliographique, malgré l'ancienneté, les ouvrages cités demeurent assez importants sur la question ; Denquin J.-M., « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus politicum*, 2010 (n°4), en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Pour-en-finir-avec-la-crise-de-la-representation-215.html>. Sur le problème de la crise de la démocratie : Gauchet M., « Crise dans la démocratie », *La revue lacanienne*, (vol. 2, no. 2), 2008, pp. 59-72 ; Ben Achour R., Gicquel J., Milacic S., *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruylant-LGDJ, 2006, 341 p.

⁴ Voir not. : Worms, J.-P., « Crise de légitimité des élites gouvernementales et politiques françaises, et conditions d'une refondation de la république », *Revue du MAUSS*, 2005/2 (vol. n°26), pp. 105-120 ; Genieys W., « Nouveaux regards sur les élites du politique », *RFSP*, 2006/1 (vol. n°56), pp. 121-147 ; Dogan, M., « Méfiance et corruption : discrédit des élites politiques », *Revue internationale de politique comparée*, 2003/3 (vol. n°10), pp. 415-432 ; Gaxie D., « La démocratie et les élites », *Pouvoirs*, 2017/2 (n° 161), pp. 5-17.

4. Dans ce cadre les instruments de démocratie semi-directe sont parfois désignés comme des réponses possibles. Plus précisément, une fraction d'entre ces instruments. Car si on peut, sans en tordre le sens, ranger dans cette catégorie tous les outils faisant intervenir directement des citoyens dans un processus décisionnel⁵, cela ne doit pas conduire à oublier qu'elle regroupe de nombreux processus assez variés. Si beaucoup de distinctions peuvent être faites, l'une, particulièrement, est souvent utilisée en doctrine. Il s'agit de la typologie établie à raison du régime de déclenchement du processus. Proposée par Francis Hamon⁶, elle s'est désormais répandue, et il est donc devenu assez commun de séparer les processus déclenchés « d'en haut »⁷, de ceux déclenchés « d'en bas »⁸. Or, ce sont surtout ces derniers qui apparaissent depuis quelque temps dans le débat public, puisqu'ils ont l'avantage, *a minima*, d'être inédits en France et de ne pas être à la disposition des pouvoirs constitués traditionnels, là où le référendum présidentiel a déjà montré ses limites et dépend d'un acteur politique par ailleurs majeur.

5. Parmi ces instruments, l'initiative populaire revient souvent. En effet, dans le cadre de l'élection présidentielle de 2017, six candidats proposaient l'instauration d'une procédure relevant du référendum d'initiative populaire⁹, et un septième portait une proposition s'en rapprochant¹⁰. Ils étaient quatre en 2012¹¹. Aucun autre outil de participation citoyenne ne fait l'objet d'une présence comparable dans la discussion politique¹². Il ne paraît donc pas absurde d'affirmer que cet outil semble émerger comme une solution crédible aux difficultés démocratiques évoquées. Il faut dire que la procédure a pour elle quelques atouts pour exister dans ce débat, comme une tentative de précision de la notion d'initiative populaire permet de le souligner.

I : De la notion d'initiative populaire

6. Elle peut être définie comme une procédure par laquelle un ou plusieurs citoyens sont autorisés, en cette seule qualité, à solliciter l'adoption d'une norme par les organes compétents, généralement le corps électoral assemblé pour se prononcer en vocation. Mais une telle définition est trop abstraite pour informer pleinement. Pour la préciser, il semble pertinent de s'interroger sur les processus existants, lesquels doivent être, au moins brièvement, insérés dans leur contexte d'adoption.

⁵ Denquin J.-M., « Démocratie participative et démocratie directe », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2008/2, p. 95, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51858.pdf>.

⁶ Hamon F., Le référendum, étude comparative, LGDJ, 2^{ème} éd., 2012, pp. 30-31. La référence est issue de la seconde édition, mais la typologie a été établie dans la première, parue en 1995.

⁷ Puisqu'ils sont déclenchés par les pouvoirs publics, pour reprendre les termes de Francis Hamon.

⁸ Puisqu'ils sont déclenchés par un nombre déterminé de citoyens.

⁹ A savoir Jean-Luc Mélenchon, Marine Le Pen, François Asselineau, Jacques Cheminade, Jean Lassalle et Nicolas Dupont-Aignan.

¹⁰ Benoît Hamon, et son « 49.3 citoyen ».

¹¹ Jean-Luc Mélenchon, Marine Le Pen, Jacques Cheminade, Nicolas Dupont-Aignan.

¹² Il faut toutefois noter que le « *recall* », ou révocation populaire des élus, semble être un thème émergent, puisque Benoît Hamon et Jean-Luc Mélenchon, deux candidats importants de la dernière présidentielle ont porté une proposition en relevant.

7. La Suisse a été le premier Etat moderne à adopter un mécanisme par lequel un groupe de citoyens peut proposer l'adoption d'une norme au corps électoral assemblé¹³. A ce titre, elle fait figure de modèle. Si la procédure en tant que telle était absente de la première Constitution fédérale suisse, celle-ci comprenait déjà un élément évoquant le profil futur de la démocratie semi-directe dans ce pays puisque 50 000 citoyens suisses pouvaient demander l'organisation d'un référendum sur la « révision » de la Constitution¹⁴. Pour autant, le régime était très marqué par une logique représentative. Une nouvelle constitution sera adoptée en 1874, qui reprendra les termes de cet article et octroiera un droit supplémentaire aux citoyens en introduisant une forme d'initiative populaire abrogative¹⁵. L'initiative populaire telle qu'elle existe aujourd'hui, c'est-à-dire visant la révision partielle de la constitution, a été introduite par une révision adoptée par référendum le 05 juillet 1891. Elle avait déjà les caractères qu'on lui connaît de nos jours, à savoir une procédure déclenchée par un petit groupe de citoyens, qui peuvent, s'ils recueillent un nombre de signatures défini (100 000 actuellement) venant au soutien d'une proposition rédigée par leurs soins, obtenir l'organisation d'un référendum. La votation intervient après que le texte ait été examiné par le Parlement qui ne peut empêcher la votation, mais simplement en modifier les termes en proposant un contre-projet. Il faut préciser que des procédés similaires existent dans tous les cantons. En outre, au niveau fédéral, l'initiative populaire n'est pas le seul élément de démocratie semi-directe, puisqu'elle coexiste avec des procédures référendaires « d'en haut » et « d'en bas ». Mais il reste que cette révision est une étape importante d'un conflit politique ayant débuté dans les années 1860, et ayant notamment pour objet la place du peuple dans les institutions, dans un contexte d'antagonisme entre certains cantons et les institutions fédérales, alimenté par des questions très variées mais toutes liées à des aspects propres à la société Suisse¹⁶. Par ailleurs, la Suisse était déjà, à l'époque, très marquée par une pratique, disons, « pré-démocratique », et dans certains cantons par une habitude de la démocratie directe, « à l'antique »¹⁷. Ces singularités ne doivent cependant pas occulter la circonstance que le pays avait été très pénétré par les débats révolutionnaires Français¹⁸. Ces derniers étaient en partie inspirés par des réflexions entamées antérieurement en Suisse, soit par le biais de Jean-Jacques Rousseau¹⁹ soit par celui des révolutionnaires des treize colonies qui, *via* le protestantisme calviniste, partageaient un certain fonds intellectuel avec les penseurs

¹³ On peut à ce titre affirmer qu'elle a en quelque sorte inventé la notion, au sens où en accolant au terme une pratique définie, l'ensemble servant de modèle à une exportation à l'étranger, elle a en déterminé le sens général.

¹⁴ Art. 113 de la Constitution du 6 juin 1848. Par ailleurs, toute modification du texte constitutionnel devait être soumise à référendum, en application de l'article 114. Il faut noter que l'article 113 était affectée d'une rédaction particulièrement ambiguë, puisqu'il demeurait silencieux sur le point de savoir si le terme « révision » s'entendait aussi bien d'un changement de constitution qu'une modification partielle, point qu'aucun des autres articles du chapitre consacré à cet aspect ne permettait d'éclaircir.

¹⁵ Const. du 19 avril 1874, art. 89, al. 2 : « *les lois fédérales sont soumises à l'adoption et au rejet du peuple, si la demande en est faite par 30 000 citoyens actifs ou par huit Cantons. Il en est de même des arrêtés fédéraux qui sont d'une portée générale et qui n'ont pas un caractère d'urgence* ».

¹⁶ Aubert J.-F., *Traité de droit constitutionnel Suisse*, Ides et calendes, 1967, pp. 34-74 ; Rouquet P., *De l'initiative populaire en Suisse fédérale*, Th., Jean Monnet-St. Etienne, 1994, pp. 130-141.

¹⁷ Rouquet P., *op.cit.*, pp. 106-110. Pour une vision détaillée : Kölz A., *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, T.I, Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848, Bruylant, 2006.

¹⁸ Rouquet P., *op.cit.*, pp. 156-182.

¹⁹ Lahmer M., « Prolégomènes à Jean-Jacques Rousseau. Culture et débat politiques à Genève avant le Contrat social », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2002/1 (n°15), p. 17.

Helvètes²⁰. Il y avait, dès la naissance de l'initiative populaire en Suisse, un mélange de caractères singuliers et de traits partagés avec d'autres pays culturellement ou géographiquement proches.

8. La procédure a donc très rapidement constitué un modèle. Il est d'ailleurs reconnu qu'elle a largement inspiré les mouvements États-Uniens qui, de 1890 à 1920, ont menés une intense bataille politique pour obtenir l'instauration de procédés de démocratie semi-directe au niveau fédéré²¹, bataille dont l'initiative était un objet majeur²². Là encore, les causes en étaient complexes et mélangeaient des éléments propres à l'époque et à l'endroit où cette lutte s'est déroulée²³ avec des aspects plus profonds et spécifiques à la culture politique Américaine, alors en train de se cristalliser²⁴, et dont on a déjà dit qu'elle partageait un certain fonds commun avec la culture politique Suisse mais aussi avec l'esprit révolutionnaire Français. Toujours est-il qu'en trente ans, vingt-quatre Etats de l'Union adoptèrent une forme de référendum et d'initiative²⁵. Le mouvement fut également suivi au niveau local. Les décennies suivantes furent moins riches, même si quelques Etats ont tout de même adoptés des mécanismes relevant du référendum, de l'initiative, ou des deux²⁶. En revanche, jamais les tentatives d'instaurer ces procédés au niveau fédéral n'ont été fructueuses²⁷. Aujourd'hui, les Etats-Unis sont avec la Suisse le pays utilisant le plus l'initiative populaire. La Californie et, dans une moindre mesure, l'Oregon, jouent un rôle majeur dans ce phénomène. Néanmoins, puisque le procédé n'existe pas au niveau fédéral, les Etats-Unis connaissent une très grande variété de procédures, sans qu'il soit ici possible d'en choisir une seule pour la décrire. Il faut cependant signaler que la terminologie Etats-Unienne utilise le terme « *initiative* »²⁸ pour désigner ce que les Suisses appellent « initiative populaire ». Par ailleurs, les procédures correspondant au terme sont plus variées outre-Atlantique, puisqu'il renvoie aussi bien à des hypothèses dans lesquelles l'atteinte du quorum de signatures entraîne directement l'organisation d'un référendum qu'à celles où le Parlement est d'abord saisi, le référendum

²⁰ Rouquet P., *op.cit.*, pp. 98-100 ; Dermange F., « Calvin, aux origines de la démocratie ? », *Études théologiques et religieuses*, 2008/3 (n°83), pp. 351-366 ; Froidevaux-Metterie C., « États-Unis : comprendre l'énigme théocratico-laïque », *Critique internationale*, 2007/3 (n°36), pp. 105-133.

²¹ Auer A., *Le référendum et l'initiative aux Etats-Unis*, Helbing&Lichtenham – Economica, 1989, pp. 83-90, particulièrement p. 85, pour une approche rapide de l'influence Suisse sur l'adoption de mécanismes d'initiative populaire aux Etats-Unis. Pour une approche plus centrée sur les causes internes aux Etats-Unis, mais qui reconnaît l'héritage Suisse, l'on pourra lire Smith D., Fridkin D., "Delegating direct democracy: interparty legislative competition and the adoption of the initiative in the American states", *The American Political Science Review*, 2008/3 (n°102), p. 340 et s. ; Broder D., *Democracy Derailed*, Harcourt, 2000, pp. 23-43. Pour une idée de la perception que pouvait avoir une partie de la doctrine américaine de l'époque de la démocratie Suisse, l'on pourra lire le célèbre article de Rappard W. E., « The initiative and the referendum in Switzerland », *The American Political Science Review*, 1912/3 (n°6), pp. 345-366, numérisé par la revue et accessible en ligne sur la base de données JSTOR.

²² Comme l'indique l'article susmentionné de William Rappard, elle était considérée comme un des éléments fondamentaux de la démocratie helvétique.

²³ Auer A., *op.cit.*, pp. 83-90. Sur le cas particulier de la Californie : Gendzel G., « The People versus the octopus: California progressives and the origins of direct democracy », *Siècles, Cahiers du Centre d'histoire « Espaces et Cultures »*, 2013 (n°67), en ligne : <http://siecles.revues.org/1109>, consulté le 24 août 2017.

²⁴ *Ibid.*, p. 74.

²⁵ Auer A., *op.cit.*, p. 87 et 89.

²⁶ *Ibid.*, pp. 91-92.

²⁷ *Ibid.*, p. 92.

²⁸ Voir par ex. l'art. 2 de la Constitution de l'Etat de Californie, ainsi intitulé : « *voting, initiative and referendum, and recall* ».

n'intervenant que dans le cas où la proposition est modifiée ou rejetée²⁹. Le premier cas, qui n'existe pas en Suisse où le Parlement est toujours saisi de la proposition, est appelé « *direct initiative* », et le second « *indirect initiative* ».

9. Cet enrichissement de la diversité des procédés d'initiative populaire résulte aussi de la diffusion des procédés de démocratie semi-directe, notamment après chaque guerre mondiale, ainsi que successivement à la chute du bloc communiste. De nombreux pays connaissent aujourd'hui un ou plusieurs instruments pouvant être déclenchés par une part minoritaire des citoyens. Ce mouvement a concerné des Etats situés sur toutes les parties du globe, et serait pour cette raison inutilement fastidieux à retracer. En revanche, il paraît judicieux de s'appesantir sur des procédures déterminées, en ce qu'elles correspondent à un exemple singulier ou sont emblématiques car utilisées fréquemment et sont donc indispensables pour expliciter ce qu'est une initiative populaire.

10. De ce point de vue, l'actuel article 75 de la Constitution Italienne semble être un passage obligé. Le processus d'initiative qu'il introduit, tout en comprenant les éléments fondamentaux observés dans les exemples précédemment évoqués³⁰, en diffère sensiblement en ce qu'il est strictement abrogatif³¹. Adopté dans la Constitution de 1947 à la suite d'après discussions, il était une part d'un ensemble plus vaste qui devait constituer la version italienne d'une démocratie référendaire et avait été imaginé par Costantino Mortati. Celui-ci avait pris modèle des institutions défunctes de la République de Weimar³², lesquelles étaient ouvertement inspirées par les procédures Suisses³³. Mais, contrairement aux exemples précédents, la démocratie semi-directe a fait l'objet d'une opposition telle chez le constituant que le projet initial n'a jamais vu le jour, l'article 75 ne subsistant que parce qu'il était perçu comme inoffensif³⁴. Cette opposition a persisté, puisque la loi d'application nécessaire à l'utilisation de la procédure n'a été adoptée qu'en 1970, à l'issue d'un compromis tenant beaucoup plus de la manipulation politique que d'une bonne volonté du législateur³⁵. Dépasant toutes les prévisions, il est depuis cette date devenu un élément incontournable de la vie institutionnelle Italienne, faisant de ce pays un de ceux qui pratiquent le plus le référendum et l'un des trois seuls Etats, avec la Suisse et les Etats-Unis, utilisant régulièrement l'initiative populaire. Par ailleurs, si la Constitution italienne ne porte aucune trace du terme « initiative populaire »³⁶, et s'il semble que la doctrine préfère parler de « référendum abrogatif », le mode de déclenchement, l'impossibilité pour le Parlement de simplement rejeter la proposition pour éviter un référendum, la récolte des signatures et donc

²⁹ Auer A., *op.cit.*, p. 60.

³⁰ Déclenchement par un groupe de citoyens, récolte des signatures, organisation d'un référendum. Par ailleurs, la proposition est antérieurement examinée par le Parlement, qui doit l'adopter s'il veut éviter la votation.

³¹ Il est également strictement législatif.

³² Giudicelli J., *La Cour constitutionnelle italienne et le référendum abrogatif*, Th., Toulon, 2002, pp. 3-6 ; Guillaume-Hofnung M., « L'expérience italienne du référendum abrogatif », RIDC, 1983/1 (n°35), p. 112.

³³ Schott S., *L'initiative populaire dans les Etats fédérés Allemands*, contribution à la connaissance d'une institution démocratique, LGDJ, 2012, p. 3.

³⁴ Giudicelli J., *op.cit.*, p. 4 et p. 10.

³⁵ *Ibid.*, p. 7. Laffaille F., « Le référendum législatif abrogatif en Italie », *Siècles*, Centre d'histoire « espaces et cultures », 2013 (n°37), p. 4, en ligne : <http://siecles.revues.org/1259>.

³⁶ L'article 75 parle de « référendum populaire ».

l'issue référendaire ressemblent à s'y méprendre aux éléments fondamentaux de la procédure Suisse³⁷.

11. Enfin, il faut dire ici un mot des processus existant en Allemagne, au niveau fédéré. Certes, la *Bundesrepublik* est rarement évoquée dans les travaux relatifs à la démocratie semi-directe, y compris dans ceux spécifiques à l'initiative populaire. Pourtant, de nombreux *länders* connaissent des processus y ressemblant, qui permettent de préciser la catégorie, et on dispose d'une monographie en Français dédiée à leur étude³⁸. Ces processus n'existent pas au niveau fédéral, notamment parce que la démocratie semi-directe réveille, outre-Rhin, les fantômes du nazisme. Pour autant, la possibilité pour les Etats de consacrer des processus ascendants a permis l'émergence de procédés participatifs, permettant aux citoyens d'agir au niveau législatif. Comme aux Etats-Unis ou en Suisse, l'existence de ces processus à différents échelons territoriaux entraîne une grande diversité. Stéphane Schott, dans sa thèse, propose, pour rationaliser cette diversité, de distinguer entre « initiative populaire propositive » et « initiative populaire décisionnelle »³⁹. Cette typologie, fondée sur les termes utilisés dans la doctrine Allemande, permet de rendre compte de la circonstance que la possibilité de saisir le Parlement, sans chance d'obtenir un référendum est outre-Rhin rangée dans la catégorie « initiative populaire »⁴⁰, ce qui n'est pas le cas dans les exemples abordés précédemment. Autrement dit, ce qui, en France, est parfois considéré comme une forme améliorée de droit de pétition⁴¹ est là-bas une forme d'initiative populaire. C'est pourquoi, Stéphane Schott suggère d'utiliser « initiative populaire » comme terme générique, et réserve « référendum d'initiative populaire » pour désigner les procédures ayant une issue référendaire, qu'elle soit éventuelle ou nécessaire⁴².

12. Toujours est-il que malgré la diversité des régimes entre les différentes initiatives populaires existant de par le monde, il est possible de dégager un critère : l'initiative populaire est nécessairement une procédure ouverte à tous les individus ayant la qualité de citoyens de la zone administrative considérée. Il s'ensuit que l'on peut la définir comme **un processus par lequel un ou plusieurs citoyens peuvent, en cette seule qualité, déclencher une procédure visant à l'adoption d'une norme par la saisine du corps électoral ou des organes compétents.**

³⁷ Il peut être utile cependant de souligner que l'objet -l'abrogation- évoque lui plutôt le « référendum facultatif ». Les deux procédés diffèrent cependant sensiblement en ce que le référendum facultatif est soumis à une condition de délai, alors que la procédure italienne peut être déclenchée de manière permanente –quoique dans un calendrier assez strict- ce qui la rapproche nettement de l'initiative populaire.

³⁸ La thèse de Stéphane Schott, précitée.

³⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁰ La doctrine allemande parle alors « d'initiative populaire propositive », le terme « décisionnel » étant réservé aux cas où à défaut d'adoption parlementaire, le texte est soumis à une votation.

⁴¹ Arnaud Montebourg qualifia ainsi ce qui allait devenir le référendum d'initiative partagée lors des débats parlementaires relatifs à la révision constitutionnelle du 21 juillet 2008. Voir le compte-rendu n°57 de la réunion de la commission des Lois de l'Assemblée nationale du 14 mai 2008, p. 16, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/cr-cloi/07-08/c0708057.pdf>. Et il est vrai que, si les modalités de déclenchement du processus sont tout de même très différentes du droit de pétition tel qu'il existe actuellement en droit français, le résultat de la procédure se rapproche plutôt de la pétition que de l'initiative populaire telle qu'elle existe dans la plupart des pays la pratiquant. Voir <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/petitions.asp>.

⁴² Schott S., *op.cit.*, pp. 5-16. Outre qu'elle est plus exacte, cette terminologie a aussi le mérite de souligner que les processus d'initiative populaire comprennent plusieurs phases dont la votation n'est que la dernière, et non l'ensemble du processus

13. Il faut souligner que cette définition met en évidence la pertinence de l'intégration de l'initiative populaire dans la catégorie des instruments de démocratie semi-directe « d'en bas ». Ainsi, le *recall*, ou le référendum facultatif Suisse sont également déclenchés par voie de pétition, et ont tous deux pour objet d'obtenir une décision sur le sujet concerné. Même si elle a ses particularités, étudier l'initiative populaire permet donc, en creux, d'interroger partiellement l'ensemble de la catégorie. Mais, si cela vaut pour ce processus, cela vaut également pour les autres, et il faut donc justifier pourquoi la recherche sera centrée sur l'initiative populaire.

II : De l'initiative populaire comme sujet de recherche

14. Ces rapides portraits sont suffisants pour souligner les atouts de l'initiative populaire dans le cadre évoqué plus haut. D'abord son principe même, à savoir ouvrir plus ou moins l'action législative aux citoyens, fournit une réponse concrète aux motifs allégués pour la crise de confiance entre représentants et peuple. Ensuite, le mélange d'unité et de diversité des processus d'initiative populaire. Adoptés dans des contextes complexes et uniques, une part significative des différentes procédures ne peut se comprendre hors de l'histoire singulière de son adoption. Ainsi, le contre-projet, instauré dans la procédure fédérale suisse, est exclusivement le fruit des luttes politiques de l'époque de l'adoption de cette initiative populaire⁴³. Mais puisqu'elle est insérée dans différents contextes socio-politiques⁴⁴, cela signifie également qu'elle est assez plastique pour être adaptée considérablement. Et cette adaptation peut être réalisée facilement sans en anéantir le principe directeur puisqu'il existe une sorte de fonds commun qui réside dans la définition explicitée plus haut et qui s'observe au moins dans le mode de déclenchement, qui est toujours hors de la maîtrise des organes de l'Etat, et dans la récolte des signatures⁴⁵.

15. En plus de ces avantages, l'initiative populaire a également un passif en France qui lui confère une certaine visibilité. Certes, la doctrine s'y est relativement peu penchée, de nombreux juristes ayant manifesté un net penchant pour la logique représentative, à tout le moins depuis les débuts de la III^{ème} République⁴⁶. Mais cela n'a pas empêché le sujet d'être abordé, parfois par certains noms illustres et à toutes les époques. En attestent les prises de position de Duguit⁴⁷, Carré de Malberg⁴⁸, Jacques Mestre⁴⁹ et dans les deux dernières

⁴³ Rouquet P., *op.cit.*, p. 285.

⁴⁴ Et y a perduré sans bouleverser les Etats concernés au point d'en révolutionner les équilibres internes ou externes.

⁴⁵ Ces similarités s'expliquent aisément par le fait que la procédure fédérale Suisse ait servi de modèle, directement ou indirectement, à toutes les procédures évoquées.

⁴⁶ A commencer par Esmein qui ne put évoquer la Suisse qu'en la classant à part des autres régimes démocratiques, voir Pinon S., « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *Politeia*, 2006 (n°10), pp. 407-468.

⁴⁷ Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., t. 2, Paris, de Boccard, 1923, p. 473-494, référence empruntée à Mercier A.-C., « Le référendum d'initiative populaire : un trait méconnu du génie de Condorcet », *RFDC*, 2003/3 (n°55), p. 511..

⁴⁸ Carré de Malberg R., « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP* 1931, pp. 225-244

⁴⁹ Mestre J., « Le référendum national d'initiative populaire », *Revue des Deux Mondes*, 1984, p 566-571.

décennies, d'un nombre significatif d'auteurs⁵⁰. Par ailleurs, un certain nombre de propositions de lois visant l'instauration d'une initiative populaire ont été rédigées tout au long de l'histoire de la V^e République⁵¹, lointains écho de la « Constitution de Condorcet »⁵² ou la Constitution de l'an I. Dans la même dynamique, il y a bien évidemment eu la tentative d'instauration lors de la révision de 2008 qui se solda par l'adoption du référendum dit « d'initiative partagée », inséré au troisième alinéa de l'article 11 et dont la compétence de déclenchement est aux mains exclusives d'une fraction minoritaire des parlementaires, mais qui eut au moins le mérite d'amener l'initiative populaire sur le devant de la scène politique. Enfin, souvent connectée au référendum⁵³, elle paraît plus familière que d'autres instruments comme le *recall* ou le *veto* populaire.

16. Il y a donc matière à penser que l'initiative populaire est en train de devenir un sujet récurrent de la vie politique nationale. Et puisqu'elle est entre autres, voire avant tout, un processus juridiquement organisé de participation citoyenne à la discussion normative, on peut y voir, *a priori*, un sujet d'études pertinent pour un constitutionnaliste. Cette intuition est renforcée par deux circonstances : le flou sémantique ayant perduré tout au long des débats parlementaires, le peu de travaux doctrinaux consacrés en France à cette question. Deux points susceptibles de manifester l'intérêt qu'il y a à traiter de l'initiative populaire, puisqu'ils paraissent souligner, sinon un manque, du moins l'existence d'un champ de recherches qu'il est intéressant d'explorer. Enfin, le procédé suscite un véritable débat, au sens où elle a ses ardents défenseurs et ses farouches détracteurs. Or, ce débat est caractérisé par l'utilisation d'arguments tournant autour de l'essence même de la démocratie semi-directe, soit pour en chanter les vertus, soit pour en souligner les dangers⁵⁴. Ce qui ouvre une place pour les juristes dans la discussion. Une contribution positiviste, censément dénuée de jugements de principe à l'endroit du droit positif, pouvant avoir son intérêt dans ce cadre.

17. Mais, ceci étant affirmé, il reste que s'agissant d'un objet n'existant pas en droit interne ce seul intérêt ne suffit pas à en justifier le traitement dans le présent travail, puisque l'on entend s'inscrire dans un cadre méthodologique positiviste, ici compris assez simplement

⁵⁰ Parmi eux, on peut citer Gicquel J.-E., « Faut-il introduire en France le référendum législatif d'initiative populaire ? » LPA, (n°20) 2005/1, p. 12 et s. ; et Nuss P., « Référendum et initiative populaire en France : de l'illusion en général et de l'hypocrisie en particulier » RDP 2000, p. 1447 et s.

⁵¹ Mentionnons par exemple les propositions n°3328 du 13 avril 2011 (XIII^{ème} législature : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3328.asp>); les propositions n°24 du 05 juillet 2002 (XII^{ème} législature : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/propositions/pion0024.pdf>); ou encore, au Sénat cette fois, la proposition n°422 du 22 juin 1983 (https://www.senat.fr/leg/1982-1983/i1982_1983_0422.pdf). On notera que ces différentes propositions sont très différentes entre elles. Ainsi, la première est directement inspirée de la Constitution fédérale Suisse, alors que la seconde est des plus laconiques, et que la troisième comprend un ensemble de règles assez complexe. Ces différences doivent être notées, dans la mesure où elles traduisent une connaissance certaine, chez certains parlementaires, de la diversité des possibilités induites par la notion d'initiative populaire.

⁵² Mercier A.-C., *op.cit.*, pp. 496-500.

⁵³ Schott S., *op.cit.*, même passage.

⁵⁴ Les exemples seraient innombrables. On peut néanmoins renvoyer à la lecture des débats parlementaires relatifs à l'initiative partagée, très riches à cet égard, et ce qu'il s'agisse de la discussion occasionnée par la révision constitutionnelle ou de celle ayant eu lieu lors de l'adoption du dispositif législatif d'encadrement. Par ailleurs, on pourra lire Garrigou A., « Voter plus n'est pas voter mieux », *Le monde diplomatique*, août 2016, p. 3, ou encore Ogien A., « Pour le référendum, au-delà du plébiscite », *Libération*, en ligne : http://www.liberation.fr/politiques/2016/10/11/pour-le-referendum-au-dela-du-plebiscite_1521253.

comme impliquant que l'objet d'une recherche juridique est le droit existant dans un ordre juridique donné⁵⁵. Il est donc nécessaire, pour essayer de convaincre de l'intérêt de l'initiative populaire comme sujet de recherche, de s'interroger sur la démarche utilisée pour en traiter.

III : De la délimitation de l'objet de la recherche

18. Dans le cadre de la contrainte méthodologique évoquée ci-dessus, trois possibilités de traitement ont été envisagées.

19. La première consistait à prendre la procédure du troisième alinéa de l'article 11 comme objet et l'analyser, par exemple, à l'aune de la volonté d'approfondissement démocratique qui a présidé à son adoption. Mais, tout d'abord, il ne s'agit en aucun cas d'un processus d'initiative populaire, puisqu'elle n'est pas déclenchée « d'en bas », mais « d'en haut », seule une minorité parlementaire pouvant lancer la procédure. En outre, les soutiens citoyens, même s'ils ont effectivement un point commun avec le processus d'initiative populaire, n'entretiennent aucun lien avec la compétence de déclenchement. Or, cela n'est pas seulement un problème sémantique. Car la difficulté liée à la définition de l'initiative populaire renvoie ici à une question relative à la nature de la procédure. De sorte que se concentrer sur cet objet conduirait soit à ne pas parler d'initiative populaire, soit à le faire sous un angle prescriptif, par exemple en évaluant le dispositif en cause aux canons étrangers examinés plus haut. En outre, alors que presque quatre ans se sont écoulés depuis l'entrée en vigueur de la loi organique en permettant la mise en œuvre, il semble que la complexité du mécanisme et la faiblesse des opportunités qu'il offre à ses initiants le condamne à la désuétude.

20. La seconde possibilité consistait à analyser certains processus étrangers. Une telle optique avait pour elle le double avantage de se concentrer sur du droit existant tout en laissant ouvert un nombre conséquent de possibilités de démonstration. On pourrait, par exemple, envisager de comparer entre un certain nombre de dispositifs étrangers pour appuyer l'affirmation selon laquelle l'initiative populaire est parfaitement transposable en France. Mais la démarche serait en réalité essentiellement un travail de synthèse, car l'étude, comparée ou non, des principales procédures étrangères a déjà été réalisée par des auteurs de langue française. Le droit comparé est en effet le domaine dans lequel la doctrine francophone s'est le plus intéressée à l'initiative populaire, soit à titre principal⁵⁶ soit comme un élément

⁵⁵ Carré de Malberg R., « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », *in*. Mél. François Génys, Sirey, 1935, t. I, pp. 192-203, extrait disponible dans Grzegorzczak C., Michaut F., Troper M., *Le positivisme juridique*, LGDJ, 1993, pp. 258-263 ; Kelsen H., *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1962, extrait disponible dans l'ouvrage « le positivisme juridique », préc., p. 263. Troper M., « Positivisme », sens 1, *in*. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993, p. 463.

⁵⁶ Schott S., *L'initiative populaire dans les États fédérés allemands : contribution à la connaissance d'une institution démocratique*, LGDJ, 2012, 538 p. Rouquet P., *De l'initiative populaire en Suisse fédérale*, Th., Université Jean-Monnet Saint-Etienne, 1994, Giudicelli J., *La Cour Constitutionnelle italienne et le référendum abrogatif*, Th., Toulon, 2002, sous un angle plus restreint.

parmi d'autres⁵⁷. De sorte que non seulement les connaissances, mais également les éléments de démonstration sont déjà présents dans la littérature doctrinale.

21. Enfin, on aurait pu s'essayer à l'analyse des occurrences de la notion dans le discours politique et juridique en France. Ainsi délimité, l'objet de la recherche serait centré à la fois sur l'initiative populaire et sur le cadre Français. Il n'excéderait pas les limites méthodologiques que l'on s'est ici assignées. Il s'appuierait en outre sur une matière assez fournie pour la réalisation d'un travail de thèse, le procédé ayant, comme on l'a dit, un certain passif dans les discours en question. Pour autant, la démarche ne paraît guère satisfaisante, puisqu'elle demeurerait assez éloignée des institutions de la V^e République et plus largement du contexte juridique actuel. Ce qui d'ailleurs est le cas des trois pistes envisagées.

22. Pourtant, l'intégration d'un processus d'initiative populaire dans le cadre juridique existant peut constituer une problématique intéressante. Puisque l'objet n'existe pas, la question de l'état de préparation du système juridique préexistant à l'absorber demeure en suspens. Et il découle également de cette inexistence que ce point n'est pas exploré, en tous cas pas à titre principal. Mais, à ce stade de la réflexion, il est tout aussi envisageable que cette question soit sans pertinence véritable. En effet, un certain nombre de questions posées par cette intégration ont déjà reçues des réponses satisfaisantes. On sait que tout processus de votation fait nécessairement l'objet d'une « rationalisation »⁵⁸ et est, à ce titre, contingenté par le biais de son régime, donc par du droit. Il a été également démontré qu'il est parfaitement possible de protéger les normes supérieures à la loi d'atteintes référendaires⁵⁹, fussent-elles le fruit d'une initiative populaire⁶⁰. On sait aussi que tout processus d'initiative populaire est, dans son intégralité, ponctué de diverses interventions des organes politiques traditionnels⁶¹, raison pour laquelle il est un instrument de « démocratie semi-directe »⁶² et non de démocratie directe. Il peut enfin être affirmé, car c'est l'évidence, que puisqu'il est issu d'un régime représentatif, et qu'il n'a jamais été transposé que dans ce cadre institutionnel, le procédé et le régime sont parfaitement compatibles, au moins dans leur principe. De sorte qu'au bilan les rapports entre l'initiative populaire et les principaux aspects caractérisant le système constitutionnel que sont l'Etat de droit, la représentation politique, la séparation des fonctions, l'équilibre relatif des pouvoirs ou le libéralisme politique sont des questions qui sont déjà traitées pour l'essentiel. Les autres principales interrogations soulevées par cette intégration ne relèvent pas d'une analyse juridique puisqu'elles ressortent du coeur du domaine politique. La nature et le fonctionnement de la démocratie dans le régime, les liens entretenus entre l'idée démocratique et l'initiative populaire, notamment, impliquent de se positionner sur le contenu du terme démocratie, ce qu'un juriste peut tout à fait faire, mais sans pouvoir revendiquer une compétence particulière à cet égard.

⁵⁷ Taillon P., *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ?*, Dalloz, 2011, 586 p. Fatin-Rouge Stéfanini M., *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, *Economica-PUAM*, 2004, 491 p.

⁵⁸ Taillon, *op.cit.*

⁵⁹ Fatin-Rouge Stéfanini M., *op.cit.*

⁶⁰ Giudicelli J., *op.cit.*

⁶¹ Incidemment, les travaux des auteurs cités précédemment appuient cette affirmation.

⁶² Denquin J.-M., « Démocratie participative et démocratie directe », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008/2, p. 95.

23. Il reste que tous les aspects évoqués ne permettent pas de traiter directement de l'intégration d'un processus d'initiative populaire dans le système constitutionnel de la V^e République. Il semble donc plus simple d'en traiter directement, en l'assumant comme l'objet de la recherche. D'autant qu'il nous semble qu'ainsi constitué, il est à la fois intéressant et praticable pour un juriste.

24. Quant au premier point, tout d'abord. Est ici en question l'intégration d'une procédure, donc un processus complexe, dans un ordre juridique donné, donc un ensemble de normes doté d'une certaine unité interne⁶³. Il s'agit d'un système⁶⁴ préexistant qui en tant que tel est traversé de dynamiques antérieures à l'insertion du processus nouveau, fruit d'une succession de reprises de systèmes passés, autant que d'une volonté unique et originale. Cet ensemble fonctionne grâce à des équilibres et des ressorts nombreux et, pour l'essentiel, empiriquement constitués. Dès lors, le simple fait d'envisager sérieusement cette incorporation est à même de fournir un ensemble d'informations. Existe-t-il des outils juridiques en droit interne pour l'encadrement de la récolte des signatures ? Pour le contrôle d'une proposition référendaire ? Pour la protection des droits fondamentaux ? Pour celle des engagements internationaux ? Poser ces questions, parmi bien d'autres, c'est déjà cadrer les enjeux impliqués par l'introduction d'une initiative populaire. Tenter d'y répondre, c'est contribuer à mesurer l'état de capacité du droit existant à permettre l'intégration du processus. Les informations que l'on peut obtenir en traitant l'objet tel qu'on l'a défini ont une utilité pour la discussion générale sur l'opportunité d'intégrer l'initiative populaire en droit interne. Elles contribuent à enrichir la connaissance technique disponible sur cette intégration, et donc à renseigner la controverse. En outre, en tant qu'elles sont des informations relevant de la technique juridique, elles ont un intérêt pour le champ disciplinaire qui est le nôtre. Il s'ensuit néanmoins qu'il est nécessaire, pour aboutir à ce résultat, d'envisager le réceptacle de la procédure à intégrer comme un système ce qui implique d'excéder le strict champ des normes constitutionnelles, puisqu'elles reposent en partie pour leur fonctionnement sur des normes situées sur un autre plan de la hiérarchie. On préférera donc parler d'ordonnancement constitutionnel c'est-à-dire, s'agissant du système constitutionnel « à la fois le principe logique qui commande les relations entre les divers éléments constitutifs et l'ensemble articulé qu'ils forment »⁶⁵. Ce qui permet de faire entrer dans le champ de l'étude les normes qui ont pour objet de structurer tel ou tel aspect de la vie des institutions⁶⁶, en postulant une forme de cohérence dans cet entrelacs normatif⁶⁷.

25. Quant au second point, à présent. Il faut bien admettre qu'il est beaucoup plus délicat, puisque la relation qui est au cœur de l'objet est purement hypothétique, l'un des deux éléments de la démarche d'incorporation devant être imaginé. Pour autant cet écart est nécessaire, car on ne peut aborder la question qu'en le réalisant. Dès lors, toute la difficulté

⁶³ Hartney M, « Système juridique », in. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, *op.cit.*, p. 597, §13 ; Chevallier J., « L'ordre juridique », in. Le droit en procès, CURAPP-PUF, 1983, p. 7.

⁶⁴ Chevallier J., *ibid.*, pp. 9-27.

⁶⁵ Chevallier J., « L'ordre juridique », *op.cit.*, p. 7.

⁶⁶ Ce qui est par exemple le cas des normes relatives aux campagnes référendaires et électorales, ou de celles organisant l'activité politique des personnes privées dans la société.

⁶⁷ Qui n'est pas simplement une vue de l'esprit, mais que l'on se borne ici à postuler dans la mesure où elle n'est pas parfaite et implique donc, pour être exactement discernée, une étude dédiée qui excéderait largement les limites de notre travail. Voir Chevallier J., *op.cit.*, p. 15 ; Hartney M, « Système juridique », *op.cit.*, p. 597, §13.

consiste dans la construction d'un processus d'initiative populaire qui, tout en étant purement imaginaire, soit construit de façon suffisamment étayée par des éléments juridiques pour être sinon plausible, du moins rationnel. Pour cela, il faut que son déroulé tout entier soit construit à partir de normes réelles. L'opération est rendue possible par deux série d'éléments : la circonstance que le tissu normatif dans lequel l'initiative populaire s'intégrerait existe déjà, puisqu'il s'agit du droit encadrant les institutions de la V^e République ; le fait que des procédures d'initiative populaire existent à l'étranger. Ensembles, ces deux données permettent d'envisager le déroulé du processus et la dynamique de son intégration dans le droit de la V^e République à partir d'éléments de droit positif, et par conséquent de réaliser une étude qui, dans cette mesure, s'inscrive dans une démarche positiviste.

26. Cependant, pour déterminer l'objet de la recherche, il reste encore à préciser son but.

27. Puisque la démarche se présente comme la formulation d'une série d'hypothèses, deux ambitions sont à exclure : la prescription de solutions, la prédiction de l'avenir. Prescrire et prédire nous paraissent en effet deux actions contradictoires avec l'objet de la démarche positiviste, qui distingue clairement la description critique des normes de celle de ses effets⁶⁸, ce qui exclut la prédiction, et proscrit tout jugement de valeur, ce qui exclut la prescription. Négativement, ces deux exclusions permettent d'assigner un objectif à la thèse.

28. La prédiction est ici impossible, puisque l'introduction d'un processus juridiquement organisé est le fruit d'une volonté unique dans un ordre juridique donné. Or celle-ci n'existe pas pour ce qui nous concerne. S'agissant d'une volonté politique, fruit du phénomène complexe qu'est une décision publique, il paraît exclu d'envisager que le postulat qui la remplace puisse avoir un rapport avec la réalité. Il est en revanche possible d'engager une tentative de description d'une perspective, c'est-à-dire non pas une éventualité mais un ensemble d'enjeux et de réponses envisageables dans un cadre rationnellement déterminé. Il s'agira donc de proposer un modèle d'intégration de l'initiative populaire. Mais le terme ne doit pas être compris comme renvoyant à la transposition dans l'abstrait des éléments d'une réalité empiriquement observée en vue d'une systématisation. Il est plutôt question d'un modèle au sens d'un récit de cette incorporation qui soit possible, sans préjuger ni de l'opportunité ni de la probabilité de son adoption. Il s'agit donc, si l'on peut dire, d'un modèle de scénario. Un scénario constitue en effet un objet déterminé par quelques idées principales qui contingentent l'ensemble des divers éléments qui le compose⁶⁹, ce qui confère à l'œuvre d'ensemble une cohérence interne sans que celle-ci soit nécessairement reliée à une contrainte déduite d'une réalité externe au scénario. En l'espèce, il ne s'agit pas de bâtir une œuvre de fiction mais un travail de recherche. Symétriquement, la cohérence ne repose donc pas sur des idées ou des envies quant aux caractères du film ainsi constitué, mais sur une série d'hypothèses, formées à partir de postulats eux-mêmes appuyés par un ensemble d'observations empiriques. Ces éléments tous cumulés forment le cadre du scénario. Compris

⁶⁸ Champeil-Desplats V., Millard E., « Efficacité et énoncé de la norme », *in*. Hammje P., Janicot L. et Nadal S. (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif, nouvelle norme, nouvelles normativités*, Lextenso, 2013, pp.63-73.

⁶⁹ Ainsi, au cinéma, la volonté de faire un film historique de divertissement orienté vers l'action et le drame conditionnera dialogues, interactions entre les personnages, jeu des acteurs, décors, costumes, agencement des scènes, fin de l'histoire... tant et si bien que le scénario tout entier sera déterminé par cet impératif.

dans cette acception, il fournit l'outil permettant de simuler rationnellement les hypothèses de base de la thèse dans un environnement juridique stable et doté d'une cohésion interne.

29. Une telle démarche implique de poser les questions et de proposer les réponses. Si elles sont en partie vérifiables à l'intérieur du scénario, puisqu'elles découlent du cadre établi, ces opérations ne sauraient être totalement rationalisées. Par définition, poser des enjeux et faire des choix impliquent une part d'arbitraire parce qu'il subsistera toujours une certaine subjectivité derrière les orientations sélectionnées. Par conséquent, la thèse, ensemble auquel ces opérations se rapportent, ne saurait prescrire une solution. En revanche, en tant qu'elle repose sur une démarche rationnelle qui consiste à interroger l'incorporation de l'initiative populaire dans chacune des étapes du processus, elle peut constituer une proposition, qui n'aurait d'autre prétention que de suggérer un modèle au sens où le résultat sera le fruit d'un questionnement détaillé à chaque étape du processus.

30. On peut donc dire que le but de la thèse est de proposer un modèle d'initiative populaire dans l'ordonnement constitutionnel de la V^e République⁷⁰. Pour pouvoir atteindre cet objectif, il est nécessaire de déterminer un cadre méthodologique qui soit à même d'empêcher la prédiction et la prescription.

IV : De la détermination du cadre méthodologique de la recherche

31. L'initiative populaire se comprend telle qu'elle a été définie précédemment, à savoir comme une procédure déclenchée par des citoyens en cette seule qualité, visant l'adoption d'une norme, débouchant sur une décision publique statuant sur cette adoption après un ensemble d'étapes dont la mesure varie selon les processus d'initiative populaire considérés. Les contraintes induites par cette définition sont donc relatives au déclenchement et à l'aboutissement seulement, ce qui laisse ouvert tout un ensemble de possibilités de choix, de sorte que le risque de tomber dans l'écueil prescriptif est élevé.

32. Il découle de ces deux définitions que l'introduction de la seconde dans le premier implique toute une série de décisions correspondant aux diverses étapes de la procédure d'initiative populaire. Il s'agit donc d'un processus, que la thèse vise à décrire. Comme tel, il est doté d'une dynamique propre impulsée par une volonté. Puisqu'elle est ici absente, il nous faut la postuler, lui donner une substance. Cette opération peut être réalisée de façon à rationaliser la démarche.

⁷⁰ Même s'il faudra bâtir un raisonnement, et donc argumenter, il s'ensuit que la thèse ne porte pas, à proprement parler, de démonstration générale. Evidemment, on peut penser que le fait de construire un scénario à partir d'hypothèses se voulant réalistes, selon une démarche rationnelle donc appuyée essentiellement sur des éléments empiriques peut contribuer à démontrer qu'une initiative populaire fonctionnelle est possible dans l'ordonnement de la V^e République. Seulement une démonstration, en droit, bâtie à partir d'un objet fictif ne saurait qu'être incomplète, puisqu'il suffirait que la réalité vienne introduire quelques variations dans le scénario envisagé pour que la dynamique générale du propos soit modifiée. En revanche, la méthode du scénario telle qu'on en usera ici permet d'envisager l'incorporation du procédé à la fois globalement et dans chacun des aspects juridiques sur lesquels la démarche appelle à s'interroger. De sorte, qu'à notre sens, un tel propos peut apporter d'utiles développements et éclairages à la relation entre l'initiative populaire comme instrument et les institutions existantes, voire même entre la démocratie semi-directe « ascendante » et ces institutions.

33. Elle peut être déterminée à partir de la relation dialectique qui s'imposerait nécessairement à un appareil majoritaire qui entendrait introduire l'initiative populaire sous la V^e République. Il paraît en effet raisonnable d'envisager une telle démarche comme une forme de compromis entre la volonté de répondre aux phénomènes évoqués en incise de cette introduction et celle de préserver le cadre institutionnel existant. Un scénario structuré par cette hypothèse est plus facile à envisager dans une démarche positiviste, parce qu'il renforce l'importance du droit existant dans le raisonnement. On bénéficie par ailleurs d'un exemple réel d'une telle tentative puisque c'est précisément ce qu'entendaient faire les parlementaires à l'origine de l'insertion de l'initiative « partagée » dans la constitution⁷¹. Outre que cela accroît l'intérêt du premier argument, cela permet également d'utiliser les travaux parlementaires de la révision de 2008 comme un élément supplémentaire d'appui pour le raisonnement, ce qui enrichit l'appareil d'étayage. Enfin, la démarche paraît réaliste dans la mesure où une majorité au pouvoir qui entendrait bouleverser le cadre institutionnel ne se contenterait probablement pas d'introduire l'initiative populaire, ce qui frappe d'impossibilité tout scénario entendant appuyer ses hypothèses sur le droit positif. On peut donc postuler une majorité soucieuse de produire un encadrement qui soit d'une part assez fort pour s'efforcer de préserver les équilibres institutionnels existants, d'autre part suffisamment lâche pour que la procédure produise des effets propres dans le respect de son principe directeur, à savoir l'ouverture de l'agenda normatif à la participation citoyenne, sans quoi cette introduction n'aurait aucun intérêt.

34. Ces deux impératifs sont les pôles à l'intérieur desquels se place la relation dialectique. Ils peuvent être réunis dans la notion d'institutionnalisation, qui synthétise ainsi l'objectif poursuivi par notre majorité fictive et qui sera le fil rouge de la thèse. Désignant, dans son sens courant, l'action de conférer à quelque chose le caractère d'institution⁷², l'institutionnalisation peut être ici définie comme le processus par lequel l'Etat intègre l'activité liée à l'initiative populaire. Nous pouvons raisonnablement envisager que puisque notre constituant fictif entendrait ménager à la fois la dynamique de l'initiative populaire et celle du système constitutionnel, il voudrait d'un côté que la première s'établisse de manière pérenne, et donc qu'elle devienne un élément ordinaire du paysage politique⁷³, de l'autre que les organes de l'Etat, acteurs traditionnels et constants du système constitutionnel, conservent un certain degré de maîtrise. En somme, que le processus devienne une institution au sens que le terme prend parfois dans le champ sociologique⁷⁴, et qu'elle soit contrôlée par les

⁷¹ Voir par ex. l'intervention du député Arnaud Montebourg lors de la réunion de la commission des Lois de l'Assemblée nationale du 14 mai 2008, CR n°57, p. 16, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/cr-cloi/07-08/c0708057.pdf>.

⁷² Définition donnée par le Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) : institutionnalisation.

⁷³ Ceci ne signifie pas nécessairement qu'il viserait à ce qu'elle soit utilisée régulièrement, mais simplement à ce qu'elle soit une voie considérée comme normale dans la vie politique. Autrement dit, cela signifie simplement qu'il viserait à ce que l'initiative populaire produise suffisamment d'effets pour qu'elle soit considérée comme une réponse satisfaisante aux difficultés que son introduction viserait à résoudre.

⁷⁴ « Ensemble de règles juridiques concourant à un but commun » (sens n°1) ; « ensemble de pratiques sociales organisées d'une manière stable autour d'une pluralité de facteurs, symboliques et matériels et souvent consacrées officiellement qui, dans son rapport à certaines caractéristiques structurales de la société, exprime ou tend à réaliser des fonctions sociales » (sens n°2) : Olgiati V., « Institution, sociologie juridique », in. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, *op.cit.*, p. 303 ; « Ensemble d'actes ou d'idées

institutions dans l'acception que le mot prend dans le discours constitutionnel ordinaire, sans que ce contrôle ne condamne la procédure à la désuétude. L'institutionnalisation sera donc pour nous le processus par lequel l'initiative populaire devient un élément actif de l'ordonnement constitutionnel de la V^e République⁷⁵.

35. Pour que ceci fournisse un cadre au raisonnement, il sera postulé que l'institutionnalisation est favorisée par l'appui sur l'existant, c'est-à-dire le droit positif, intégré par transposition lorsqu'il s'agira de droit interne, par réception, pour le droit étranger. Il s'agit d'une démarche souvent suivie par les constituants et législateurs : le droit constitutionnel institutionnel est très largement produit par une reconstruction ou une adaptation de la substance d'un ensemble de normes vers un autre⁷⁶. Si on postule que les normes affectent le processus d'institutionnalisation, il semble logique de considérer que s'inspirer de normes existantes pour l'intégration dans un corpus existant en favorise la dynamique, puisque tous les éléments invoqués dans le raisonnement ont pour ainsi dire fait leurs preuves⁷⁷. Il reste que l'on ne saurait prétendre à une démarche comparatiste à partir d'un objet imaginé, ce dont il découle que les éléments invoqués ne le seront que comme des éclairages, et non comme des preuves. Il s'ensuit qu'ils ne seront convoqués qu'en tant que nous pouvons les utiliser à cette fin, tant eu égard à la disponibilité des sources que relativement à leur degré de proximité avec le sujet. Le droit interne sera donc évoqué prioritairement et contraindra les choix effectués avec plus de force. Le droit étranger sera essentiellement celui des trois pays pratiquant le plus l'initiative populaire, à savoir les Etats-Unis (et notamment la Californie), la Suisse, et l'Italie⁷⁸, et sera surtout utilisé pour souligner la diversité de possibilités. En aucun cas il ne s'agira ici d'une comparaison systémique et systématique.

tout institué que les individus trouvent devant eux et qui s'impose plus ou moins à eux [...]. Nous entendons donc par ce mot aussi bien les usages et les modes, les préjugés et les superstitions que les constitutions politiques ou les organisations juridiques essentielles [...] » : Mauss M., *Essais de sociologie*, Points, éd. de 1968, p. 16 ;

⁷⁵ Evidemment, l'encadrement par le droit n'est qu'un facteur parmi d'autres de cette institutionnalisation. Et on ne sait d'ailleurs pas quelle serait sa part exacte dans une éventuelle réalisation. Mais, puisque c'est notre terrain, nous le considérerons seul.

⁷⁶ Les exemples abondent, et l'affirmation nous paraît assez peu risquée. Il est tout de même opportun de souligner la continuité des termes et principales structures d'organisation des pouvoirs entre les différentes Constitutions, dans le temps et dans l'espace. Les chefs de l'Etat sont des individus uniques, dont la fonction de représentation existe partout ou presque, dont les pouvoirs, qu'ils soient ou non étendus, concernent rarement directement la sphère législative, qui ont des liens étroits avec les Gouvernements, lesquels sont toujours des organes collégiaux, qui entretiennent des liens avec le Parlement, etc... Ce qui n'empêche des différences qui, pour minimes qu'elles puissent parfois être, entraînent des effets de divergence indiscutables entre les systèmes constitutionnels.

⁷⁷ Il est évident que l'affirmation ne peut être absolue, de nombreux éléments, relevant ou non du droit, étant susceptibles d'affecter ces effets jusqu'à les oblitérer ou les rendre contradictoires avec ceux observés dans un autre cadre. Même si le fait de construire un processus de façon cohérente réduit la portée de ces réserves, elles demeurent dans une certaine mesure, et il sera donc nécessaire d'interroger ces effets, étant entendu que les réponses seront construites à partir d'arguments juridiques et qu'il arrivera par conséquent qu'interroger revienne à simplement éclairer.

⁷⁸ Nous éclairerons cependant parfois le propos avec d'autres droits, mais la démarche sera plus occasionnelle.

36. Ainsi comprise, l'institutionnalisation permet donc de fournir un cadre à la thèse qui à la fois limite les ornières de la prédiction et de la prescription⁷⁹ et demeure suffisamment rationnelle pour servir le but de la thèse⁸⁰.

V : Construction du plan de la thèse

37. Pour atteindre cet objectif il semble fondamental que les développements soient enchâssés dans une structure qui permette de traiter l'initiative populaire comme un processus, c'est-à-dire à la fois comme un objet unique et comme le résultat d'une somme de phénomènes singuliers et reliés les uns aux autres. Pour ce faire il nous semble que le choix adapté est aussi le plus facile, c'est-à-dire de procéder de sorte à ce que le plan adhère au déroulé de la procédure. Cette structure peut paraître enfermer le propos dans un carcan trop descriptif, mais procéder ainsi permet de ne pas hiérarchiser les problèmes, donc d'arbitrairement décider ce que seraient les éléments plus importants dans le processus, tout en respectant la nature dynamique de l'initiative populaire. En outre, la structure interne de celle-ci se prête à une telle approche puisqu'elle peut être découpée en trois phases, qui correspondent à trois moments différents les uns des autres du point de vue des interactions qu'ils impliquent et donc des encadrements qu'ils appellent.

38. Fondamentalement, telle qu'on l'a définie, l'initiative populaire se structure autour de deux moments principaux. La récolte des signatures forme l'initiative ; la décision sur le texte qu'elle porte en forme l'aboutissement. La première phase est plutôt privée dans la mesure où elle ne concerne que les promoteurs de la procédure et les signataires, et a donc pour enjeu le seul déclenchement du processus et non une décision de la nation. La seconde amène soit une votation, soit un vote du Parlement, et est donc plutôt publique. Cette présentation permet de faire entrer dans la définition du terme l'ensemble des processus existants s'en réclamant. Pour autant, ceci ne doit pas faire oublier que ces diverses procédures sont différentes les unes des autres, notamment quant à ce qu'il y a entre les deux moments évoqués. C'est pourquoi on peut ajouter une troisième phase se situant entre ces deux pôles, dans le cadre de laquelle sont prévues la plupart des interventions institutionnelles. Particulièrement le contrôle de conformité de la substance du texte aux normes auxquelles il doit être conforme, dont l'enjeu est le plus directement lié à l'incorporation de l'initiative populaire dans le fonctionnement ordinaire du système constitutionnel.

39. On obtient ainsi trois phases : la formation de l'initiative, les interventions institutionnelles, et l'adoption ou le rejet du texte. A chacune de ces phases, le texte évolue : simple initiative, il devient une proposition définitive une fois passées toutes les étapes procédurales précédant la décision sur son contenu. Ensuite, le texte pourra, une fois que les organes compétents auront statué sur son adoption, devenir une norme. Abordées dans l'ordre chronologique pour respecter la dynamique du processus, ces trois phases constitueront nos

⁷⁹ Puisque tous les choix se rapportant à une volonté postulée, leur valeur ne peut s'apprécier pleinement qu'au regard d'un étalon imaginaire.

⁸⁰ Puisque les outils utilisés ont tous une assise empirique.

trois parties : nous verrons d'abord la formation de l'initiative (partie 1), puis l'établissement de la proposition (partie 2) et enfin la création de la norme (partie 3).

40. Ce choix de structure conduit à considérer l'initiative populaire dans son entièreté mais empêche d'évoquer les éléments nécessaires à son introduction. Or, il est indispensable de formuler à cet égard quelques ultimes précisions, car il s'agit là du dernier élément du cadre structurant le raisonnement.

41. *Primo*, l'incorporation du processus d'initiative populaire ne peut être enclenchée que par une révision constitutionnelle. Une introduction par voie législative est exclue car elle contreviendrait, directement, à l'article 39 de la Constitution⁸¹. S'agissant d'une procédure référendaire, il paraît *a priori* logique de l'introduire par le biais de l'article 11 de notre constitution. Ce choix présente en effet toutes les apparences de l'évidence. Il est le seul article de la Constitution relatif à un référendum national⁸². Il définit un domaine particulier à l'instrument référendaire, ce qui permettrait d'alléger la formulation issue de la révision que l'on envisage tout en réservant pour une loi organique un certain nombre d'aspects spécifiques. Il comprend deux procédures distinctes et est par conséquent déjà rédigé comme un article « relatif aux référendums », de sorte que l'introduction d'une procédure d'initiative populaire ne modifierait pas sa nature ni, substantiellement, son actuelle rédaction. Ainsi, l'introduction de l'initiative n'entraînerait pas de complexification de la constitution. Mais il nous semble qu'il est plus intéressant pour nous de postuler une insertion dans un article dédié. D'abord, elle ne serait pas illogique, l'article 11 de la Constitution étant inséré dans le titre « le Président de la République » et prévoyant deux procédures référendaires « d'en haut », il ne semble pas conçu pour abriter une procédure certes référendaire mais procédant d'une dynamique étrangère aux processus actuellement existants. Ensuite, et surtout, cadrer ainsi les développements permet d'envisager plus de possibilités, ce qui est conforme à la démarche et évite de s'enfermer dans une formulation existante, car l'insertion dans l'article 11 impliquerait d'en respecter les limites matérielles alors même qu'il est intéressant de s'interroger sur leur pertinence. Nous concevons donc l'insertion constitutionnelle dans un article dédié.

42. *Secundo*, l'initiative populaire sera conçue comme législative. Rien dans la notion n'implique en effet qu'elle soit cantonnée à tel ou tel niveau normatif : la Suisse, par exemple, pratique l'initiative constitutionnelle au niveau fédéral alors que l'Italie ne permet l'abrogation qu'au niveau législatif. Plusieurs hypothèses pourraient être envisagées, mais cela alourdirait le propos sans que ce choix soit réellement justifié. Il semble en effet peu probable que, dans le cadre tel qu'on l'a délimité, un constituant envisage de permettre l'accès *via* l'initiative populaire à la substance du texte constitutionnel.

43. *Tertio*, le texte devra être une proposition. Il se pourrait tout à fait envisager une procédure qui serait strictement abrogative, sur le modèle italien. Néanmoins, une proposition

⁸¹ « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier Ministre et aux membres du Parlement ».

⁸² Exception faite, évidemment, de l'article 89. Mais il nous semble que le référendum y étant facultatif, il ne s'agit pas à proprement parler d'un article relatif à un référendum, mais plutôt d'un article relatif à une procédure plus large qui peut éventuellement comprendre un aspect référendaire.

peut parfaitement porter une abrogation tout en ayant un objet plus large, alors que restreindre le champ des possibles à la seule suppression de normes existantes tronquerait d'emblée la réflexion. De sorte que raisonner à partir d'une hypothèse propositive permet de réfléchir aussi à l'abrogation, là où l'alternative ne le permet pas. Pour la même raison, l'initiative sera postulée comme devant être rédigée et la catégorie « initiative populaire propositive » évoquée précédemment sera exclue du champ des possibles.

PARTIE 1 : LA FORMATION DE L'INITIATIVE

44. L'initiative peut être considérée comme complètement formée dès lors que le texte sur lequel elle porte est en état d'être examiné, quelles que soient par ailleurs les étapes jalonnant cet examen. Dans la procédure législative ordinaire, l'initiative consiste en la rédaction d'un texte, dans le respect des formes minimales prévues pour son dépôt en vue d'un examen par le Parlement, titulaire de la compétence législative. Ce n'est qu'à l'issue de ces opérations que le texte peut être examiné en vue d'une éventuelle intégration dans le tissu normatif. De même, dans l'initiative partagée, le texte porté par l'initiative n'est susceptible de devenir une norme qu'après avoir passé les étapes prévues antérieurement à son enregistrement au bureau d'une des deux assemblées.

45. Il s'ensuit qu'en matière d'initiative populaire la phase d'initiative n'est complète qu'après que la démarche a été soutenue par un nombre suffisant de signatures. Par conséquent, l'initiative n'est formée qu'à l'issue de la récolte des soutiens. Mais il ne saurait y avoir récolte sans que la procédure ait été déclenchée. Ces deux aspects sont à la fois inséparables et autonomes en ce qu'ils obéissent chacun à un régime spécifique. La récolte succédant au déclenchement, c'est tout naturellement que l'on est porté à évoquer d'abord l'introduction de l'initiative par les titulaires de la compétence de déclencher le processus d'initiative populaire (chapitre 1) puis la question du filtre des signatures (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : INTRODUIRE L'INITIATIVE

46. La question de l'introduction de l'initiative appelle essentiellement un propos relatif à sa forme. En effet, si l'initiative populaire implique, comme on l'a dit, un déclenchement ouvert au plus grand nombre, cela ne répond en rien au point de savoir quelles sont les conditions d'ouverture du droit à déclencher la procédure. Or, ceci est plus complexe qu'on ne pourrait le penser de prime abord. L'initiative doit-elle être individuelle, ou collective ? Quelles formalités imposer pour la validité du déclenchement ? En somme, comment définir les titulaires de la compétence d'initiative, et quelles obligations peut-on y associer ?

47. On peut d'emblée répondre à la première question : imposer un cadre collectif d'exercice de la compétence de déclenchement paraît plus conforme à la dynamique d'intégration de l'initiative populaire dans l'existant. Certes, permettre un exercice individuel est tout à fait possible. Concrètement, la circonstance que chaque individu remplissant les critères définis pour la titulature du droit d'initiative puisse former seul une requête d'initiative populaire ne pose pas de difficultés particulières. La chose a déjà été envisagée, certes il y a très longtemps et dans un cadre institutionnel adéquat⁸³. Mais surtout, dès lors que l'initiative est ouverte au plus grand nombre, les questions de compétence ou d'afflux de requêtes qui se posent ordinairement lorsqu'on envisage l'exercice d'un droit individuel à actionner un mécanisme institutionnel amènent des difficultés identiques selon que la saisine puisse être le fait d'un individu ou d'un groupe limité de personnes. Et, pratiquement, il n'y aurait aucun obstacle à ce qu'un individu dépose une requête, particulièrement pas dans le cadre d'une récolte dématérialisée⁸⁴.

48. Ce n'est donc pas l'impraticabilité de l'exercice individuel de l'initiative qui nous amène à l'écarter d'emblée, mais plutôt celle de l'intégration de l'initiative populaire dans les institutions du régime. En tant que processus décisionnel, en effet, elle amène nécessairement des interventions de divers organes de l'Etat. Celles-ci peuvent être plus ou moins nombreuses selon les choix opérés par le constituant et le législateur introduisant l'initiative populaire, mais une partie demeure impondérable. Or, les expériences étrangères soulignent l'intérêt d'une structuration minimale des initiants dans une forme collective⁸⁵, ce qu'on appelle « comités », par exemple, en Suisse mais aussi en Italie⁸⁶ ou en Californie⁸⁷. Et il est en effet plus aisé, pour les institutions établies, de dialoguer avec un groupement organisé, notamment parce qu'elles peuvent en systématiser la forme par le dispositif d'encadrement. Par ailleurs, ceci présente aussi l'avantage, plus sensible ici qu'ailleurs, de faciliter l'encadrement des éventuels financements publics ou plafonds imposés pour les dépenses

⁸³ Plan de Constitution présenté à la Convention nationale les 15 et 16 février 1793, dite « constitution girondine » ou encore « constitution de Condorcet », Titre VIII, art. 1^{er}.

⁸⁴ On pourrait par exemple tout à fait envisager, si le dispositif actuel était maintenu, que les requêtes soient déposées sur le site dédié au soutien des initiatives déposées dans le cadre de l'actuel article 11.

⁸⁵ Rouquet P, *op.cit.*, p. 252.

⁸⁶ Loi n°352 du 25 mai 1970, art. 4, implicitement.

⁸⁷ Government Code of California, Section 82013(a).

afférentes à la campagne de récolte, ou à une campagne de promotion. Nous pouvons donc dès le stade préliminaire du raisonnement exclure l'hypothèse d'une introduction individuelle.

49. Pour autant, ce choix ne règle pas totalement la question de la définition des titulaires de l'initiative. Cette question déterminant l'encadrement lié au déclenchement, elle doit être abordée en premier. Nous verrons donc d'abord les titulaires de la compétence de déclenchement (section 1) puis les droits et obligations procédant de cette compétence (section 2).

Section 1 : Les titulaires de la compétence de déclenchement

50. Dans les pratiques étrangères la structuration en « comité », si elle renvoie à des réalités juridiques très diverses, est toujours une obligation. Ce type d'hypothèse n'est pas inconnu en droit interne. Entre plusieurs exemples, peut être mentionné celui des partis politiques qui doivent déposer leurs comptes auprès de la Commission Nationale des comptes de campagne et de Financement de la vie politique pour bénéficier de l'aide publique prévue par la loi⁸⁸. Si cette obligation est sans incidence sur la liberté de constitution des partis et les quelques droits que cela confère⁸⁹, elle a pour conséquence de contraindre à s'y soumettre pour se financer puisque seuls les partis et l'Etat peuvent financer un parti politique⁹⁰. Cette contrainte est liée au caractère très polémique de la question et à la présence d'argent public dans le circuit de financement, mais elle souligne que le fait d'imposer des obligations assez importantes à des acteurs politiques n'a rien en soi d'extravagant dès lors que sont en jeu des aspects institutionnels ou politiques éminents. Le simple fait d'imposer un cadre structurel dans notre hypothèse ne serait donc nullement saugrenue.

51. Il va en revanche de soi que ce cadre doit être assez lâche, les acteurs intervenant dans les comités actionnant ce qui serait selon toute vraisemblance une liberté politique, et rien ne justifiant un degré élevé de contrainte. L'exemple des partis politiques est là encore éclairant puisqu'ils sont généralement formés dans un cadre associatif, c'est-à-dire celui posé par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, ce qui n'entrave en rien la jouissance du droit constitutionnel d'exercer leur activité librement⁹¹ et quoiqu'ils ne soient soumis à aucune obligation particulière quant à la forme choisie pour leur constitution⁹². Le statut

⁸⁸ Art. 11-7 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, JORF du 12 mars 1988, p. 3290

⁸⁹ Jouissance de la personnalité morale, droit d'ester en justice, droit d'acquisition de biens : art. 7 de la même loi.

⁹⁰ Art. 8 à 11-4 de la même loi.

⁹¹ Art. 4 const. du 4 octobre 1958.

⁹² Art. 7 de la loi du 11 mars 1988 *op.cit.* On peut cependant noter que l'obligation faite aux groupes parlementaires de se constituer en association, imposée par la résolution n°404 du 17 septembre 2014 modifiant l'article 20 du règlement de l'assemblée nationale a été jugée conforme par le Conseil Constitutionnel au motif qu'elle « se limite à prévoir que ces groupes parlementaires, créés conformément à l'article 19 du même

introduit par cette loi est d'ailleurs utilisé par un ensemble d'acteurs travaillant plus ou moins étroitement avec des institutions publiques, bénéficiant souvent de financements publics, et exerçant parfois des missions que l'Etat investit également en parallèle⁹³. Sous-tendu par une philosophie assez libérale, le statut d'association a rencontré un franc succès tant en raison de sa grande plasticité qui permet à des individus très variés, intervenant dans des secteurs divers de s'en emparer, que des éléments de structure qu'il implique et qui permettent l'entretien de relations avec l'Etat⁹⁴. Enfin, la loi du 1^{er} juillet 1901 constitue un socle commun, qui n'exclut nullement l'application de dispositions spécifiques sur certains aspects à raison de l'objet poursuivi par l'association⁹⁵, dont certaines sont d'ailleurs présentes dans la loi elle-même⁹⁶. En atteste d'ailleurs l'exemple déjà mentionné des partis politiques qui relèvent pour partie d'une législation spécifique. Le statut d'association paraît donc être un instrument parfaitement adapté au déclenchement d'une initiative populaire, et on estimera dès lors que la structure « comité » renvoie à la notion d'association telle qu'elle existe en droit interne. Ceci pourrait avoir pour corollaire d'être constitué en obligation pour la soumission d'une initiative, ce qui pourrait tout à fait s'envisager, par exemple en insérant dans le dispositif d'encadrement une disposition aux termes de laquelle seuls les comités déclarés en association peuvent déposer une initiative.

De sorte que, dans notre hypothèse, le titulaire unique de la compétence d'initiative serait abstrait, puisqu'il serait une personne morale. Postuler son statut permet d'aborder spécifiquement les obligations particulières s'imposant à la constitution du comité, le reste du régime étant celui du droit commun des associations (§1). Pour autant, cette titulature exclusive ne doit pas faire oublier qu'une personne morale n'est qu'une fiction concrètement animée par des individus réels qui seraient donc, en droit, dépositaires du droit de constituer un comité, ce qui peut s'analyser, dans les faits, comme un droit d'initiative. Ce qui implique de définir quels individus disposeraient de ce droit (§2).

règlement, se constituent et se déclarent dans les formes prévues par l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901 susvisée pour les associations déclarées ; que ces obligations n'emportent aucun contrôle sur la constitution des groupes parlementaires et ne sont dès lors contraires à aucune disposition de la Constitution » et ce alors même que les groupes parlementaires bénéficient également de la protection offerte par l'article 4 de la Constitution. Voir Cons., const., Déc. n° 2014-702 DC du 16 octobre 2014, « Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale afin de doter les groupes parlementaires d'un statut d'association », JORF du 18 octobre 2014, p. 17305.

⁹³ Tchernonog V., *Le paysage associatif français*, Dalloz, 2013, 272 p. On peut trouver en ligne une présentation par l'auteur de ses recherches relatifs à l'aspect financier : Tchernonog V., « Le financement public des associations, entre subventions et commandes », en ligne : <http://rtes.fr/IMG/pdf/InterventionVTchernonog27juin2013.pdf>.

⁹⁴ Long M., *Associations et pouvoirs publics*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2010, pp. 39-64.

⁹⁵ Laronde-Clérac C., « Associations, généralités », in. *Jcl. sociétés traités*, LexisNexis, fasc. 174-10, §45, à jour au 6 mars 2017.

⁹⁶ Art. 10 et 11 de la loi du 1^{er} juillet 1901, relatifs au statut d'association reconnue d'utilité publique, JORF du 2 juillet 1901, p. 4025.

§1 : Un titulaire fictif : le comité d'initiative

52. Avant d'évoquer l'encadrement des comités, il convient d'envisager la norme qui en est le vecteur. Les constitutions transalpines ne contiennent aucune disposition relative à la structuration des groupements de promoteurs des initiatives. Ce sont les lois d'application des articles constitutionnels relatifs à ces procédures qui évoquent les comités, et posent quelques règles. Même sans cet éclairage, il nous semble que la solution est assez évidente : ce type de dispositions est trop précis, d'une part, et relève seulement de la mise en œuvre du dispositif et non de son cœur, d'autre part. Il est donc logique d'envisager une introduction de ce type de dispositions par voie organique, voire ordinaire pour certaines d'entre elles. En conséquence de quoi il faudra avoir à l'esprit que, contrairement à une partie de ce qui précède, les idées ci-après développées doivent être considérées comme soumises aux normes supra-législatives.

53. Par ailleurs, il faut souligner que les comités ayant un objet politique, il est très probable qu'ils bénéficieraient d'une protection particulière par le Conseil Constitutionnel, tant quant à l'encadrement relatif à leur constitution que quant à celui relatif à leur fonctionnement. Il paraît difficile d'être plus précis, le caractère limité de l'objet présidant à leur création limitant la pertinence de la comparaison avec des groupements existants comme les partis politiques ou les groupes parlementaires, mais les propos qui suivent doivent être lus dans un cadre où la contrainte constitutionnelle serait assez forte.

54. Ceci étant dit, on peut aborder l'encadrement de la constitution des comités. Si, pour l'essentiel et comme on l'a dit, celui-ci est compris dans la loi du 1er juillet 1901, une fraction du dispositif doit être spécifique, pour s'adapter à l'objet singulier des comités, à savoir soumettre une initiative potentiellement référendaire. Cette part spécifique concerne la structure des comités (I), ainsi que le degré de transparence que l'on envisage de leur imposer (II).

I : Les obligations liées à la structure des comités

55. L'essentiel des aspects relatifs à la structure des comités est compris dans le droit commun des associations. L'équilibre entre encadrement et liberté de constitution serait donc globalement assuré par un droit préexistant, notamment *via* la grande liberté dans la rédaction des statuts. Mais ce régime est prévu pour embrasser une grande hétérogénéité d'objets sociaux, et les comités auraient une vocation unique, liée à des questions d'intérêt politique. De sorte que leur structure interne, et les modes de décisions y prévalant, seraient susceptibles d'avoir une influence sur la vie politique. Ce qui justifie d'envisager un encadrement spécifique sur ces points, qui peuvent être synthétisés sous les questions du nombre de membres des comités (A) et des modes de décision interne au comité (B).

A: Le nombre

56. La législation fédérale Suisse exige que les comités d'initiatives ne comptent pas moins de sept et pas plus de vingt-sept membres⁹⁷. La loi portant application de l'article 75 de la Constitution Italienne, quant à elle, impose un nombre minimum de dix membres⁹⁸.

57. Si cette exigence a été posée à l'instauration de la procédure italienne, il n'en a pas été de même en Suisse, qui n'a introduit cet encadrement qu'en 1997. Il s'agissait semble-t-il tant de faciliter la négociation entre les comités et les autorités politiques⁹⁹ que compliquait l'augmentation constante du nombre d'individus composant les comités, que d'empêcher certaines dérives constatées dans les années quatre-vingt en améliorant les possibilités de contrôle par la limitation du nombre maximum autorisé du nombre de membres¹⁰⁰. Autrement dit, cette modification du dispositif juridique encadrant l'initiative populaire fédérale correspondait à un souci de rationalisation des conditions d'admissibilité de la procédure, souci étroitement lié, il faut le rappeler, à l'introduction du droit de retrait reconnu aux comités d'initiatives.

58. La question se pose pour nous dans les mêmes termes puisque nous soutenons l'idée que le droit de retrait est un facteur majeur d'employabilité de la procédure¹⁰¹.

59. A ce stade, la comparaison avec la Suisse n'est plus d'une très grande utilité. Au-delà même des innombrables variables déjà évoquées qui rendent délicat le rapprochement entre les deux côtés des Alpes, l'observation des données fournies par les institutions helvètes ne permettent pas de juger de l'impact de la réforme de 1997 sur le lancement des initiatives ou leur qualité. Ainsi, il y a eu autant d'initiatives retirées dans les dix ans précédant la réforme que dans les dix années suivantes¹⁰². De même, le nombre d'initiatives déclarées nulles n'a pas augmenté¹⁰³. Enfin, la lecture des divers travaux parlementaires sur l'utilisation de l'initiative populaire postérieurs à l'année 1997 ne fait pas ressortir de problématique particulière sur cette question¹⁰⁴.

60. Néanmoins, l'expérience suisse permet de mettre en évidence deux enjeux principaux. Le premier, majeur, est la capacité du comité d'initiative à exercer ses compétences. Le

⁹⁷ Loi Fédérale sur les droits politiques, déjà citée, article 68°.

⁹⁸ Loi n°352 du 25 mai 1970, art. 7, al. 1^{er}.

⁹⁹ Eu égard au droit de retrait unilatéral de l'initiative dont bénéficient les comités.

¹⁰⁰ *Message concernant la révision partielle de la législation fédérale sur aux droits politiques* ; 28 Septembre 1993, FF 93 III 405, p. 462. Rouquet P., *op.cit.*, p. 190, note. n°4. Notamment, d'après le rapport précité, il devenait de plus en plus courant de profiter d'un nombre important de membres pour y intégrer des individus exclus du droit de vote en raison de leur « faiblesse d'esprit » ou de leur « maladie mentale » (article 136 alinéa premier de la Constitution Fédérale Suisse).

¹⁰¹ Sur ce point, voir *infra*, n°145 et s.

¹⁰² Source : statistiques de l'administration fédérale, disponibles en ligne au lien suivant : https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_2_2_5_4.html.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Notamment, le rapport lançant la procédure de consultation pour une révision de certains aspects de la législation fédérale sur les droits politiques n'évoque pas la question des comités d'initiative. Le rapport est disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://biblio.parlament.ch/e-docs/368824.pdf>, consulté le 08 septembre 2017.

second, moins essentiel à ce stade, est celui de l'impact de l'encadrement du nombre de membres en tant qu'il est une première condition d'admissibilité de l'initiative¹⁰⁵.

61. La capacité du comité d'initiative à exercer ses compétences est en partie liée à sa composition et, conséquemment, au nombre de membres qui le compose. Ce lien se manifeste à deux niveaux : la capacité de mobilisation, pour la récolte des signatures, et la prise de décision en son sein, pour la négociation avec les autorités politiques.

62. Ainsi, le rapport ayant conduit à modifier la législation suisse évoque à cet égard l'avantage de favoriser des comités ayant un nombre impair de membres, pour faciliter la décision¹⁰⁶. Au-delà de cet argument, il faut aussi prendre en considération le fait qu'un accroissement du nombre d'individus composant un groupe accroît également le temps et la difficulté de la prise de décision en son sein¹⁰⁷, et nous avons vu que, lorsqu'aucune limitation n'existait, la Suisse avait connu une augmentation exponentielle du nombre de membres composant les comités d'initiatives. Or, la vie du comité d'initiative est notamment rythmée par un ensemble de décisions à prendre, qui conditionneront le cheminement de la proposition¹⁰⁸, et dont il est essentiel qu'elles soient considérées comme fiables tant par les pouvoirs publics que par l'ensemble des membres du comité¹⁰⁹. Dès lors, encadrer ce nombre en imposant un maximum fixé dans la loi organique permettrait d'améliorer la fiabilité de la procédure, dès la naissance de la proposition, et tout au long du processus subséquent. Ce qui conduit à envisager une limitation du nombre maximum de membres.

63. Toutefois, pour en figurer la mesure, il faut avoir à l'esprit qu'un nombre trop bas entraverait les capacités organisationnelles du comité, notamment et surtout pour ce qui a trait au recueil des signatures. En effet, si on suit toujours l'exemple suisse, cette opération nécessite des capacités d'organisation et de financement importantes¹¹⁰. Pareilles nécessités impliquent de disposer d'un certain nombre de soutiens prêts à participer physiquement, donc à donner de leur temps pour maximiser les chances de passer le seuil de signatures nécessaire pour atteindre l'issue référendaire, d'une part, et commencer dès ce stade une forme de « pré-campagne », dans laquelle le comité a l'avantage d'être encore le seul à communiquer¹¹¹. Il faut cependant relativiser ce risque. D'abord il y a de fortes raisons de penser que, si la procédure était introduite en France, le recueil serait dématérialisé¹¹², ce qui diminue la

¹⁰⁵ Selon la typologie établie par Patrick Taillon dans sa thèse, *op.cit.*, p. 17.

¹⁰⁶ Message concernant la révision partielle de la législation fédérale relative aux droits politiques, *op.cit.*, p. 462.

¹⁰⁷ Sur la prise de décision dans un groupe : Heitz J.-M., « La décision : ses fondements et ses manifestations. », RIMHE : Revue Interdisciplinaire Management, Homme(s) & Entreprise 2013/1 (n°5), p. 106 et s. Sur les déterminants psychiques différents entre un travail individuel, un travail d'équipe, et un travail collectif : Mellier D., « Ce qui fait équipe, exigence d'un travail pulsionnel et appareillage psychique groupal d'équipe », Nouvelle revue de psychosociologie, (vol. 14, no. 2), 2012, pp. 131-144 ; Falla W., et Sirota A., « Être et faire avec les autres », Nouvelle revue de psychosociologie, (vol. 14, n° 2), 2012, pp. 173-189.

¹⁰⁸ Qu'il s'agisse de la formulation, de répondre aux demandes des autorités chargées de la contrôler, d'envisager un retrait, etc...

¹⁰⁹ Ainsi, il a pu être observé, en Suisse, que certains comités envoyaient des décisions de retrait qui n'étaient signées que par une personne. Message concernant la révision partielle de la législation fédérale relative aux droits politiques, *op.cit.*, p. 463.

¹¹⁰ Le site du Conseil Fédéral évoque la somme de 500.000 francs suisses en moyenne par initiative.

¹¹¹ Delley J.-D., L'initiative populaire en Suisse, éd. l'âge d'Homme, 1^{ère} éd., 1978, p. 122.

¹¹² Cf. *infra* n°302 et s.

nécessité de mettre en œuvre d'importantes ressources organisationnelles pour cette opération. D'autre part, pour ce qui est de la « pré-campagne », le comité ne serait, en tout hypothèse, pas en état de toucher une section large de l'opinion sans quelques relais -partisans, syndicaux, voire par le biais d'internautes influents sur les réseaux sociaux- de telle sorte qu'un nombre bas de membres composant le comité ne serait pas tellement un handicap. Ce constat ne s'applique pas au plan financier, car le recueil dématérialisé coûte cher, mais on peut envisager un financement public sur ce point¹¹³. C'est pourquoi, s'il est constant que la limitation du nombre maximal de membres ne doit pas conduire à imposer un nombre trop bas, il n'est pas nécessaire, à notre sens, d'adopter en sus un nombre minimal assez élevé, de telle sorte qu'il est possible d'envisager une fourchette assez large.

64. Reste la question de l'encadrement du nombre de membres comme modalité de recevabilité de l'initiative populaire, de son impact sur l'accessibilité du processus. En vérité, il s'agit surtout de signaler qu'il est important de retenir des limitations raisonnables, c'est-à-dire assez basses. En effet, *a priori*, le risque qu'un encadrement du nombre de membres exigé pour constituer un comité d'initiative restreigne l'accès à la procédure est assez faible, pour des raisons évidentes de disproportion entre le volume du corps électoral et celle du nombre requis. Même des ordres de grandeur disproportionnés au regard des exemples étrangers -un minimum de 100 individus par exemple- paraît infinitésimal au regard du nombre de titulaires potentiels du droit d'initiative. Si cet élément est incontestable, il faut tout de même se rappeler de la vocation minoritaire de l'initiative considérée pour elle-même : permettre à des courants très minoritaires de s'exprimer par une voie légale et maîtrisée. Il ne faut donc pas que la restriction par le nombre ait un effet négatif en termes d'incitation. Or, même un nombre très faible au regard du volume du corps électoral peut représenter un obstacle pour des groupes ultra-minoritaires, ou pour des groupes *ad hoc* constitués sur des problématiques très sectorielles au premier abord. C'est pourquoi il nous semble important de souligner que le nombre minimum et maximum de participants exigés ne doit être vu que comme une modalité pratique, quasi-administrative, et certainement pas comme un garde-fou. A cet égard, il nous semble qu'il ne faudrait pas envisager de limitations qui excèdent l'ordre des dizaines.

65. Tous ces éléments exposés, il reste à présent à envisager le nombre dont il est question. Les suisses ont fixé leur nombre maximum -vingt-sept- en considération du nombre de cantons¹¹⁴, et ne peut donc servir de base à la réflexion. En revanche, l'idée de favoriser des nombres impairs reste pertinente. Par ailleurs, il n'y a, en réalité, aucun élément objectif à réellement prendre en compte pour fixer un seuil. Ainsi, il semble inepte de calculer ce nombre en proportion du nombre d'électeurs, ou du seuil de signatures requis pour valider l'issue référendaire. A ce stade, la proposition ne serait même pas existante, et il n'y a, par conséquent, aucune raison de lui accoler une quelconque obligation de collégialité large au-delà de ce que la prise de décision nécessite. Ainsi, l'Italie, qui compte une population comparable à la nôtre, a retenu un nombre minimum de 10 individus, sans que quiconque envisage cela comme un facteur d'augmentation des occurrences d'utilisation de la procédure.

¹¹³ Cf. *infra.*, n°201 et s.

¹¹⁴ Message concernant la révision partielle de la législation fédérale relative aux droits politiques, *op.cit.*, p. 462.

66. Sans que le chiffrage soit véritablement indispensable, on peut conclure de tout ce qui précède qu'une fourchette qui aille de sept ou neuf individus à vingt-sept ou vingt-neuf individus paraît raisonnable.

B : Les modes de décision interne

67. Dès lors que l'on confère au comité des compétences qui influent sur le sort de la proposition -comme le droit de retrait- se pose la question des processus de décision en son sein. En effet, toute compétence susceptible d'entraîner l'interruption unilatérale de la procédure à la discrétion d'une structure *ad hoc* peut paraître exorbitante¹¹⁵ au regard de l'issue référendaire clôturant censément l'initiative populaire. Quel que soit le positionnement adopté face à cette question, il est raisonnable de penser que, puisque la compétence serait octroyée au comité d'initiative, il faut s'assurer que la décision ne puisse être prise par un seul individu, et le soit donc idéalement collégalement. Or, le dispositif de la loi du 1^{er} juillet 1901 ne prévoit aucun encadrement général quant à la structure décisionnelle ou aux modes de décision, puisque l'article 2 de la loi pose le principe de libre constitution des associations.

68. Il faut tout d'abord souligner que l'hypothèse n'est pas d'école puisqu'elle a pu être observée à l'étranger, et qu'il y a donc des éléments sur lesquels il est possible d'appuyer la réflexion. En 1996, le législateur suisse a ainsi modifié la loi fédérale de 1976 sur les droits politiques pour conditionner la validité de la décision de retrait de l'initiative à la circonstance qu'elle soit signée par la majorité absolue des membres du comité¹¹⁶. Cette modification faisait suite au constat que certaines décisions de retrait n'étaient signées que par un membre du comité concerné, généralement le président¹¹⁷. Éviter que ce type de comportements n'existe dans une éventuelle initiative populaire en France semble donc plutôt simple : il suffirait de transposer l'esprit de l'article 73 de la loi suisse en droit interne, et imposer que la décision de retrait soit signée par une majorité de membres. Ceci ne nécessiterait aucune ingérence dans la structure et les modes décisionnels des comités, tout en assurant un niveau minimum de garantie quant à la sincérité des décisions prises. Cette solution permettrait donc de se prémunir de tout risque d'inconstitutionnalité, dans une situation où la protection constitutionnelle offerte aux comités serait inconnue.

69. On peut néanmoins envisager d'encadrer plus avant, étant rappelé que la perspective se situe ici dans un cadre constitutionnel flou. Il serait tout à fait envisageable, par exemple, d'envisager une obligation de constituer un bureau, ce qui permettrait d'avoir des interlocuteurs déterminés et dont il serait certain qu'ils ont l'aval de tous les membres pour représenter le comité. Mais il nous semble que ce serait là pêcher par excès d'encadrement. En effet, deux choses seulement sont indispensables : qu'une décision soit prise, et que les

¹¹⁵ Ce caractère étant très corrélé aux conditions de mise en œuvre de cette compétence, et notamment au moment où elle peut être exercé (avant ou après la récolte des signatures, par exemple).

¹¹⁶ Article 73 de la loi Fédérale sur les droits politiques, déjà citée. Il est rédigé comme suit : « toute initiative populaire peut être retirée par le comité d'initiative. Pour être valable, la déclaration de retrait doit être signée par la majorité absolue des membres du comité d'initiative ayant encore le droit de vote ».

¹¹⁷ Message concernant la révision partielle de la législation fédérale sur aux droits politiques ; *op.cit.*, p. 463.

pouvoirs publics aient un interlocuteur à qui s'adresser lors des interactions inévitables entre les autorités de contrôle et le comité d'initiative. Autrement dit, que le comité soit représenté par un ou plusieurs individus. Ceci est assuré par la loi du 1^{er} juillet 1901 qui impose, pour la déclaration en préfecture et donc l'obtention de la capacité juridique, de faire connaître « *les noms, professions et domiciles et nationalités de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration* »¹¹⁸. Envisager un encadrement légal au-delà de ces deux aspects n'est pas nécessaire, dans la mesure où les enjeux ne sont pas suffisamment importants à ce stade. Il n'y a pas, par exemple, d'engagement ou de lésion du corps électoral. Il nous semble donc que les dispositions précitées sont suffisantes d'autant qu'il paraît peu douteux qu'à terme, la pratique engendrerait une certaine rationalisation de l'organisation des comités comme cela peut s'observer dans les associations existantes¹¹⁹.

70. L'existence d'un contrôle public sur les statuts des associations permet également d'envisager un encadrement des modes de décision au sein des comités, même si c'est sur cet aspect que le risque d'inconstitutionnalité paraît le plus élevé. La question ici renvoie au propos introduisant cette subdivision : en effet, si est imposée une décision prise à la majorité pour ce qui concerne le retrait, il y a fort à parier que le modèle du vote -impliquant un choix majoritaire- va s'imposer comme technique de décision en général au sein des comités. Or, la qualité du vote comme processus décisionnel dans une si petite structure n'a rien d'évident, et rien de nécessairement souhaitable dans la mesure où il implique forcément la soumission d'une minorité à la majorité qui répond à un impératif d'efficacité de l'action qui n'est pas nécessaire en l'espèce. En réalité, tout dépend sur ce point du régime général de l'initiative populaire, d'une part, et du contexte politique général et particulier d'autre part. En effet, si la décision de retirer une proposition est sans grandes conséquences pour la cause au soutien de laquelle elle venait, le mécanisme décisionnel au sein des comités ne regarde pas particulièrement le législateur, puisque le retrait aura peu de chances d'occasionner des dommages objectifs¹²⁰ ou subjectifs¹²¹. En revanche, si le retrait entraîne des conséquences générales -par exemple en cas d'interdiction de déposer une proposition sur un objet identique¹²²- il devient plus pertinent de s'intéresser à la façon dont cette décision est prise, pour s'efforcer de la rendre indolore.. Autrement dit : plus les décisions prises par le comité seraient susceptibles d'avoir un impact sur le sort de l'idée -ou du courant d'idées- associé à la proposition, plus il faudrait s'efforcer de légitimer la décision en encadrant le processus de décision.

71. La difficulté principale est qu'encadrer le processus décisionnel implique d'adopter une posture très restrictive qui conduira à imposer une forme précise au comité d'initiative. Or, ce genre de démarche a plus d'impact qu'il n'y paraît sur le visage général de la procédure, et donc sur ses conséquences possibles. Ainsi, plus on imposerait un cadre

¹¹⁸ Art. 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

¹¹⁹ Debbasch C., et Bourdon J., « Les structures de l'association », in. Les associations, PUF, coll. « que sais-je ? », 2006, pp. 61-67 ; Laronde-Clérac C., « Associations, généralités », in. Jcl. sociétés traités, LexisNexis, fasc. 174-30, §1 et s.

¹²⁰ Comme le recul de la visibilité de la cause en question.

¹²¹ La frustration des organisations à l'origine de la création du comité considéré.

¹²² Cf. *infra*, n°867 et s.

restrictif aux initiants, plus la procédure serait complexe à mettre en œuvre, et donc moins elle aurait de chances d'être ouverte au plus grand nombre.

72. Par conséquent, il paraît plus pertinent de se rappeler du lien entretenu entre procédure de retrait de la proposition et interdictions contextuelles et temporelles d'initier une proposition au moment d'envisager ces deux aspects, que d'encadrer strictement la procédure de décision au sein des comités.

73. Il nous semble donc qu'il n'y a aucune raison d'encadrer au-delà du nombre de membres, de la nécessité de désigner un représentant et de l'obligation d'accompagner la décision de retrait de l'accord des membres du comité. Ceci maintiendrait la rigueur du dispositif à un niveau raisonnable, tout en disposant d'outils juridiques susceptibles de favoriser les liens entre les comités et les acteurs institutionnels amenés, ultérieurement, à travailler avec eux, ainsi qu'à garantir un degré minimal de lisibilité des décisions du comité. On peut envisager de suivre une démarche similaire pour envisager un régime d'encadrement relatif aux obligations liées à la transparence quant aux intérêts liant les comités.

II : Les obligations liées à la transparence quant aux intérêts liant les comités

74. En tant qu'elle peut permettre de modifier le droit positif sur une question, l'initiative populaire est un processus particulièrement susceptible d'attirer des intérêts de toute sorte, ce qui relève en quelque sorte de son objet même. Cela n'a donc rien de pathologique. Cela légitime néanmoins le fait d'envisager d'imposer un certain degré de publicité aux promoteurs de l'initiative, et même possiblement au-delà des membres du comité. Le régime commun aux associations prévoit un certain nombre de règles à cet égard, mais on peut également envisager un encadrement spécifique. Globalement, est ici soulevée une question qui s'apprécie différemment selon le rapport entretenu au déclenchement de l'initiative. En effet, celle-ci a pour vocation d'intéresser bien plus de gens que seulement ceux qui ont un lien avec le déclenchement, pour toucher des individus ou entités au sein de la population susceptibles de soutenir la procédure. Ce soutien peut bien évidemment être militant, même passivement, mais il peut aussi être financier. Cet aspect n'est pas sans importance, étant donné les phénomènes parfois observés à l'étranger¹²³, mais ne peut être analysé, juridiquement, comme la situation d'initiant. Nous aborderons donc ces deux éléments séparément, pour voir d'abord ce qui concerne l'identité des initiants (A), et ensuite la publicité des sources de soutien matériel (B).

¹²³ Clawson D., « Politics is money », Actes de la recherche en sciences sociales, 2001/3 (n° 138), pp. 34-46. ; Mbongo P., « L'industrie des votations populaires aux États-Unis », RFDC, 2015/1 (n° 101), pp. 97-120.

A : L'identité des initiants

75. Comme on l'a déjà dit, la loi du 1^{er} juillet 1901 impose que soient mentionnées pour la déclaration en préfecture le nom, l'identité et la profession de tous ceux qui «à un titre quelconque, sont chargés» de l'administration de la structure¹²⁴. Cette exigence est minimale, et proprement insuffisante pour rendre compte de l'identité de tous ceux qui sont à l'origine de l'initiative. Elle est d'ailleurs en-deçà des exigences de transparence imposées par le législateur organique pour l'application de « l'initiative partagée », dans le cadre de laquelle tout soutien est public puisque la liste comprenant les individus ayant signé l'initiative « peut être consultée par toute personne »¹²⁵.

76. De même, et alors que l'encadrement général de la procédure y est très libéral, la Suisse fait obligation aux membres des comités -et non seulement à leurs représentants- de faire mention de leurs noms et adresses sur les listes de signatures¹²⁶. Ceci semble justifié par le fait que le droit d'initiative est réservé aux titulaires du droit de vote¹²⁷ et qu'il faut donc fournir des éléments d'identité permettant un contrôle par les autorités qui en sont chargées, autant que par une volonté évidente d'assurer un minimum de transparence au profit des éventuels signataires. La Californie, qui connaît une forme d'initiative populaire elle aussi sous-tendue par une vision très libérale, connaît une obligation similaire¹²⁸.

77. On peut donc considérer, à partir de ces éléments de droit interne et comparé, que la publicité de l'identité des initiants est une exigence minimale de ce type de procédure, ce qui implique de prévoir une réglementation spécifique lors de son élaboration.

78. Pour autant, la démarche peut être insuffisante car elle ne permet que de révéler ce qui n'a de toute façon pas vocation à être dissimulé. Or, l'initiative amène l'intervention de groupements divers, dont la participation au processus n'est pas toujours des plus transparentes, qu'il s'agisse de « gonfler » la taille des comités, comme cela a pu être observé en Suisse¹²⁹, ou simplement de tenter d'exercer une influence politique *via* l'initiative

¹²⁴ Art. 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901, *op.cit.*

¹²⁵ Art. 7 de la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, JORF du 7 décembre 2013, p. 19937, la liste publique contient les informations suivantes : « pour chaque électeur soutenant la proposition de loi son nom, son ou ses prénoms et sa commune, son village pour l'électeur des îles Wallis et Futuna ou son consulat d'inscription sur les listes électorales, tels que saisis par l'électeur ou l'agent mentionné à l'article 3 sur le site internet au moment du dépôt ou de l'enregistrement du soutien » (art. 4, II, du décret n° 2014-1488 du 11 décembre 2014 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Soutien d'une proposition de loi au titre du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution, JORF n°0287 du 12 décembre 2014, p.20822).

¹²⁶ Article 68e de la loi fédérale sur les droits politiques. A noter qu'il existe d'autres mentions obligatoires, dont les sanctions pénales prévues en cas d'usurpation d'identité, la clause de retrait et, bien sûr, le texte de l'initiative.

¹²⁷ Message concernant la révision partielle de la législation fédérale sur aux droits politiques ; 28 Septembre 1993, FF 93 III 462, p. 463.

¹²⁸ California code, Elections Code, § 9001(b) : « Each and every proponent of a proposed initiative measure shall, at the time of submitting the text of the proposed measure, provide both of the following:

(1) An original signed certification stating that "I, (insert name), declare under penalty of perjury that I am a citizen of the United States, 18 years of age or older, and a resident of (insert county), California."

(2) Public contact information. ».

¹²⁹ Message concernant la révision partielle de la législation fédérale sur aux droits politiques ; *op.cit.*, , p. 463.

populaire¹³⁰ ou la campagne subséquente par divers moyens, comme cela est particulièrement clair aux Etats-Unis, et notamment en Californie¹³¹. Il est donc tentant d'envisager un encadrement plus approfondi, singulièrement dans le contexte français, où on peut raisonnablement présumer que la culture politique n'est pas favorable aux groupes d'intérêt¹³². Ainsi, radicalement, on pourrait envisager d'interdire aux individus liés à des organisations intéressées par l'adoption de la norme proposée par l'initiative populaire de faire partie du comité promoteur. Mais le lien est très difficile à définir de façon satisfaisante, et il n'est pas certain que cela résoudrait grand-chose. En outre, le phénomène général de tentative d'influence sur les normes par l'exercice d'une pression directe ou indirecte dans les processus de décision publique est inévitable car inhérent à l'existence même d'une société. Il n'y a pas, à cet égard, de spécificité de la démocratie semi-directe, ou même des régimes démocratiques. Il y a donc un caractère inévitable à ces phénomènes.

79. Pour autant, il demeure possible d'imposer la publicité, dont le moyen le plus simple est la déclaration d'intérêts. Les membres du comité y indiqueraient, en sus de leurs noms et adresses, leurs professions et les organisations auxquelles ils sont affiliés à titre bénévole ou onéreux, ce qui s'ajouterait à la liste des structures et individus contribuant à financer la campagne de récolte des signatures, selon le modèle retenu pour cette opération¹³³. Des sanctions efficaces pourraient tout à fait s'imaginer, par exemple en faisant du respect de ces obligations une condition de validité de l'initiative, en confiant des pouvoirs d'investigation adaptés à la formation chargée du contrôle au sein du Conseil constitutionnel¹³⁴, et en doublant cette sanction de sanctions pénales, par exemple inspirées de celles prévalant pour le non-respect de certaines dispositions du dispositif encadrant « l'initiative partagée »¹³⁵.

80. Mais ce type d'encadrement pose de sérieuses difficultés. Tout d'abord, il est difficile d'établir objectivement ce qui constitue un « lien », sans rendre l'application de la règle absolument injuste ou partiellement stérile. Cependant, ceci peut être surmonté en s'appuyant exclusivement sur des éléments objectifs, à savoir ceux constitutifs d'un lien juridiquement constitué, comme l'adhésion à une association, et ceux relevant d'un rapport commercial, comme les versements de fonds. Certes, cela réduirait en partie l'efficacité du dispositif, ces interdictions étant faciles à contourner, puisqu'il est tout à fait possible d'entretenir des liens qui ne seraient ni financiers, ni formalisés. Mais une telle démarche aurait au moins le mérite de rationaliser le périmètre de la transparence imposée, en étant relativement sécurisée juridiquement.

¹³⁰ Ainsi de la pratique des « comités anonymes », relevée par Rouquet P., De l'initiative populaire en Suisse fédérale, Th., Université Jean-Monnet Saint-Etienne, 1994, pp. 313-314.

¹³¹ Hamon F., Le référendum, étude comparative, LGDJ, coll. « Systèmes », 2^{ème} éd., 2012, p.3 ; Bowler S., Hanneman R., « Just How Pluralist Is Direct Democracy? The Structure of Interest Group Participation in ballot proposition elections », Political Research Quarterly, 2006/4 (n°59), pp. 557-568; Smith D., Tolbert C., Educated by initiative, Ann Harbor: University of Michigan press, 2005, p. 136 et s.

¹³² Lorenzani S., L'industrie du Lobbying, les stratégies d'influence des groupements de consommateurs en Europe, à l'heure d'Internet, Th, Sophia-antipolis, 2014, p. 43 et s.

¹³³ Sur ce point voir *infra*, n°88 et s.

¹³⁴ La question de l'identité de l'autorité chargée du contrôle de la validité de l'initiative est développée *infra*, n°378 et s.

¹³⁵ Art. L. 558-38 à L. 558-43 du code électoral.

81. Pour autant, cela met en lumière les limites de la publicité comme moyen de protection du processus contre une trop grande influence des groupes d'intérêt sur son utilisation. Il est loin d'être certain que la publicité des ingérences potentielles ou avérées permette réellement d'atteindre cet objectif. Au-delà même de la culture politique nationale et des problèmes particuliers qu'elle pose sur ces questions, l'observation des exemples étrangers laisse assez sceptique quant aux vertus de la publicité. Ainsi, aux Etats-Unis, pays de la « liberté d'influer », des sondages d'opinion semblent montrer une hostilité aux groupes d'intérêts privés¹³⁶, l'argent et le lobbying est une problématique perpétuelle alimentant la méfiance des citoyens vers les élus¹³⁷. Il n'est pas certain que les choses iraient mieux sans cette liberté, mais rien ne montre non plus qu'elles seraient pires.

82. Même en admettant les vertus curatives de la lumière prise pour elle-même, il n'est pas certain que la publicité faite sur les intérêts des initiants soit de nature à régler quoi que ce soit. En effet, l'influence privée n'est pas, en elle-même et au stade de l'initiative, un véritable risque pour la neutralité de l'espace public ou la qualité du débat subséquent. En soi, elle n'emporte aucune décision, elle n'amène nulle conséquence de nature à modifier l'ordonnement juridique, donc les « règles du jeu social ». Cela n'est vrai qu'au stade du vote et donc de la campagne qui le précède. Or, rendre public les intérêts à l'œuvre derrière l'initiative ne sera d'aucun secours pour empêcher manipulations, influences occultes et autres manœuvres de placement dans le processus décisionnel. En effet, la campagne comme le vote seront surtout rythmés par les acteurs traditionnels comme les partis politiques ou les syndicats. Les éventuelles influences derrière ces structures ne seraient pas touchées par un encadrement des initiants. En réalité, celui-ci ne viserait qu'à protéger la crédibilité de la procédure elle-même. Enfin, il serait incomplet à traduire la réalité des intérêts réels derrière les promoteurs. Par exemple, un encadrement maximal consisterait à contraindre les initiants à faire état de leurs professions, loisirs, et activités associatives ainsi que des domaines où se déploient leurs activités. Mais il ne permettrait pas de connaître ceux de leurs épouses, enfants, amis ou des autres membres de leur famille. Or, le degré d'influence du milieu professionnel sur un individu est-elle nécessairement plus importante que celle de son milieu personnel ? Cette influence-là ne se mesure pas, et elle ne peut s'appréhender par le droit¹³⁸. Plus généralement, vouloir assurer la transparence d'une démarche en se centrant simplement sur les individus qui la porte est assez vain.

83. Pour autant, il est possible que les vertus de la mise sur la place publique de ces informations soient plutôt de nature politique. Donner l'information, c'est mettre en capacité de décider autrement, lequel effet est difficilement mesurable ici.

84. Il est donc délicat de trancher. Mais puisque l'époque semble être favorable à l'élaboration de dispositifs visant la « transparence » des processus décisionnels, on peut

¹³⁶ Arroyo E., « Les lobbies dans la démocratie », *Revue Projet* 2004/2 (n° 279), p. 60-65.

¹³⁷ La littérature étant innombrable, on peut citer au moins un ouvrage collectif s'efforçant de démontrer la nature de l'influence exercée par le lobbying sur la politique fédérale, et la mesure de son impact : Baumgartner F., Berry J., Hojnacki M., Kimball D., Leech B., *Lobbying and policy change: who wins, who loses, and why*, University of Chicago Press, 2009, 360 p.

¹³⁸ Sauf à étendre excessivement le champ d'application des règles envisagées, démarche dont il est d'ailleurs fort peu probable qu'elle soit conforme à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel.

considérer ici qu'un degré supplémentaire de publicité par rapport à ce qui s'observe, notamment, aux Etats-Unis¹³⁹, pourrait possiblement être franchi, au moins quant aux liens financiers ou professionnels.

85. Pour finir, on peut évoquer brièvement la question de la publicité et de l'utilisation des données qui seraient ainsi collectées.

86. Il s'agirait d'annexer au texte de la proposition qui sera adressé aux électeurs la liste des membres du comité concerné, avec leurs noms et adresses lors de la période de recueil des soutiens. Par conséquent, la publicité de certaines données personnelles de ces individus serait pour ainsi dire totale. N'importe qui pourrait avoir accès à leur adresse, notamment. L'avantage est que cela réduit l'inconvénient induit par le caractère limité des mentions obligatoires. Mais il est évident que cela pose une difficulté de protection de la vie privée. En soi, cela n'est pas réellement un problème juridique : il n'y a pas, selon nous, de risque d'inconstitutionnalité, puisque le Conseil a validé des dispositions similaires comprises dans la loi organique portant application du référendum d'initiative « partagée »¹⁴⁰. Même si la liste concernée était celle des individus apportant leur soutien à l'initiative parlementaire, et non celle d'un groupe restreint d'initiateurs, et même si l'adresse n'y figure pas, l'esprit demeure le même puisqu'il s'agit de pouvoir accéder à des informations nominatives sur des individus n'exerçant ou n'ayant vocation à exercer aucune responsabilité publique d'aucune sorte. Il faut donc, pour diminuer les risques de censure, adopter le même régime. Celui-ci repose sur deux piliers, relevés par le Conseil : publicité de la liste, destruction à l'issue d'un délai de deux mois suivant la fin de la période de recueil des soutiens¹⁴¹.

87. Mais, pour les individus concernés, le problème demeure. Force est de constater qu'il est impossible de circonvenir totalement toutes les difficultés induites par cette question. Comment, en effet, espérer des citoyens signataires ou votants un esprit éclairé s'ils ne disposent pas de la possibilité de s'informer sur ceux qui demandent leur opinion ? Il est possible que cela soit un facteur de dissuasion à déposer une initiative, mais étant donné le nombre de membres envisagé pour un comité, et le caractère finalement assez limité des contraintes imposées, le risque paraît négligeable.

B : La publicité des sources de soutien matériel

88. Les sources de soutien matériel sont, *a priori*, le principal foyer potentiel de controverses, dans la mesure où la question renvoie à la fois à celle de la place, dans la procédure, des groupes de pression et à celle des inégalités financières entre initiateurs. Par ailleurs, le droit des associations ne permet pas, par lui-même, de répondre à ces éventualités. Le législateur de 2013 a d'ailleurs pris en compte cet aspect en transposant, dans le dispositif

¹³⁹ La politique américaine faisant globalement figure de contre-modèle dans le débat politique national.

¹⁴⁰ Cons., const., Déc., n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, « Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution », JORF du 7 décembre 2013 p. 19955, rec. p. 1081, cons. 27 et 28.

¹⁴¹ Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, article 7, *op.cit.*

d'encadrement de l'initiative partagée, une partie des dispositions du code électoral relatives aux dons financiers en période de campagne électorale¹⁴². Cependant, bien qu'il comprenne certaines prescriptions imposant l'identification des donateurs, celles-ci ont seulement vocation à permettre le contrôle du respect des obligations découlant du dispositif, et non l'information du public. Or, cette publicité peut être utile, pour les raisons évoquées précédemment.

89. L'affirmation peut d'ailleurs s'appuyer sur une polémique née lors de la campagne électorale d'Emmanuel Macron pour l'élection présidentielle de 2017. Apparemment largement financée par des donateurs privés, la candidature du leader d'En Marche a été attaquée sur l'identité de ces derniers¹⁴³. Or, aucun mouvement ne peut révéler ces éléments de sa propre initiative, en raison de l'atteinte à la vie privée que cela pourrait représenter. On voit dès lors les difficultés juridiques charriées par cette question. Il est même possible de penser que ces obstacles sont dirimants, tant ils ont été évoqués sous cet angle au moment de la polémique susmentionnée¹⁴⁴.

90. La chose n'est cependant pas certaine car l'analogie avec notre hypothèse n'est pas parfaite : soutenir financièrement une campagne électorale n'équivaut pas, dans les faits, à soutenir une initiative ayant une visée référendaire. Or, les faits sont déterminants pour envisager la faisabilité juridique d'une publicité des dons financiers. La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur cette question repose en partie sur la justification factuelle de la mesure envisagée, puisque « *la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif* »¹⁴⁵. Toute mesure contraignant à la publicité de données personnelles -ce que sont évidemment les éléments ici visés- doit donc s'apprécier au cas par cas.

91. On peut donc parfaitement envisager que les enjeux particuliers entourant le déclenchement d'une initiative populaire puissent être suffisamment importants pour justifier une publicité de l'identité des donateurs. D'ailleurs, dans un autre contexte, la spécificité de la démarche consistant à soutenir une initiative ainsi que les particularités du processus concerné¹⁴⁶ ont été déterminants pour la constitutionnalité du dispositif encadrant l'initiative partagée¹⁴⁷. A ce titre, plusieurs facteurs pourraient justifier d'imposer une publicité des

¹⁴² On rappellera ici que ces dispositions ne seraient applicables à l'initiative populaire sans dispositions expresses qu'à la condition que la procédure entre dans le champ de l'article 11, hypothèse que nous avons ici exclue. Voir *infra*, n°767 et s.

¹⁴³ Voir par ex.

http://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2017/article/2017/03/20/debat-de-la-presidentielle-macron-attaque-sur-le-financement-de-sa-campagne-par-hamon_5097861_4854003.html. On trouvera une enquête plus approfondie sur ce financement ici : http://www.liberation.fr/politiques/2017/05/11/comment-en-marche-a-resolu-sa-question-de-fonds_1568975.

¹⁴⁴ Voir par ex. <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2016/11/18/97001-20161118FILWWW00075-macron-refuse-de-publier-la-liste-de-ses-donateurs.php>.

¹⁴⁵ Cons., const., Déc., n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, « Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution », *op.cit.*, cons. 27.

¹⁴⁶ Notamment le nombre de signatures à recueillir.

¹⁴⁷ Nous faisons référence au caractère public de la liste de soutiens à une initiative partagée, validée par le Conseil constitutionnel essentiellement parce que la portée de l'acte de soutenir n'était pas assimilable à un vote.

donateurs. Notamment la visée référendaire du processus, l'absence de possibilité d'interruption par les autorités politiques de l'Etat ou encore le plus grand risque de dépendance financière à des donateurs moins nombreux pour des comités que pour des candidats à une élection nationale. Ces éléments étaient en effet un risque plus important de manipulation. Si on s'appuie sur la décision rendue sur le dispositif d'encadrement de l'initiative partagée¹⁴⁸, l'augmentation de l'efficacité du contrôle permise par la publicité, et la création d'un régime encadrant suffisamment les données collectées et publiées pour limiter l'atteinte au droit à la vie privée semblent également indispensables pour que le dispositif puisse être considéré comme conforme aux exigences constitutionnelles¹⁴⁹. Même s'il est difficile de nourrir de raisonnables certitudes quant à la fiabilité de notre analogie¹⁵⁰, il nous semble qu'à tout le moins le risque juridique ne saurait être considéré comme dirimant.

92. C'est donc plutôt l'utilité de la mesure pour le dispositif qui doit emporter, ici, le choix opéré. Le dilemme paraît plutôt simple à trancher. La publicité aurait en effet ici un intérêt plus grand que dans le cas des membres du comité. Révéler l'identité des soutiens matériels, ce serait permettre aux citoyens de se faire une idée plus précise de la provenance réelle de l'initiative. Cela élargirait le champ embrassé par la publicité d'une façon qui serait pertinente, un engagement financier, ou des facilités matérielles consenties hors des règles du marché traduisant un soutien aussi fort à l'initiative qu'un investissement personnel dans le comité lui-même.

93. Il s'ensuit que la publicité concernerait toute personne ayant accompli un acte positif de soutien à l'initiative. Conjuguée aux limitations financières qui pourraient être introduites dans le dispositif d'encadrement¹⁵¹, les obligations en matière de transparence pourraient être à même de faciliter une introduction paisible de l'initiative populaire dans le contexte politique national.

94. Par contre, une telle mesure amènerait des difficultés quant au moment où les vérifications qui lui sont relatives devraient s'effectuer. En effet, le contrôle des conditions de validité de l'initiative¹⁵² paraît *a priori* plus aisé à effectuer en amont de la récolte, le texte n'étant à cet instant que le fruit d'un groupe très limité, et qui n'aurait fait l'objet d'aucune discussion dans l'opinion, ce qui faciliterait la position de l'autorité chargée d'exercer le contrôle. En outre, cela pourrait accroître l'efficacité des interdictions évoquées plus haut,

Voir en ce sens le commentaire aux « cahiers », en ligne : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013681DCccc_681dc.pdf, p. 16.

¹⁴⁸ Cons., const., Déc., n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013 *op.cit.*

¹⁴⁹ *Ibid.*, cons. 28. On relèvera notamment l'impossibilité matérielle d'extraire des données spécifiques, ce qui entrave la possibilité de constituer une base de données ciblée à partir de la liste des soutiens, et la destruction des données dans les deux mois suivant la décision du Conseil constitutionnel constatant le nombre de signatures valables obtenues.

¹⁵⁰ L'introduction, dans la récente loi renforçant les obligations comptables des partis politiques, d'une publicité de l'identité des « prêteurs personnes morales » ayant consentis un prêt aux partis politiques permettra peut-être de préciser un peu la portée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en cette matière car, même s'il n'a pas été saisi, il paraît probable qu'il finisse par l'être *via* le mécanisme de QPC. Voir loi n° 2017-286 du 6 mars 2017 tendant à renforcer les obligations comptables des partis politiques et des candidats, art. 8, JORF n°0056 du 7 mars 2017, texte n°2.

¹⁵¹ Cf *infra*, n°360 et s.

¹⁵² La nécessité d'un texte rédigé, la mention de l'identité des initiants, notamment.

puisque si elles avaient à se situer en aval de la récolte, celle-ci demeurerait affectée par d'éventuelles manipulations, seulement sanctionnées après coup. Seulement, le respect des prescriptions qui seraient relatives à la publicité des sources de financement ne peut être vérifié qu'en aval, sauf à exiger des comités qu'ils se financent intégralement avant toute campagne. C'est pourquoi l'intégration de dispositions relatives aux sources de financement dans le périmètre de l'admissibilité formelle implique de diviser la temporalité du contrôle des éléments qui y sont inclus. Les éléments relatifs aux comités seraient contrôlés en amont de la récolte, avec les autres mentions obligatoires -texte rédigé en annexe, droit de retrait...- nécessaires pour obtenir l'autorisation de solliciter les signatures. Ceux relatifs aux financements le seraient en aval de ce processus. On peut d'ailleurs noter qu'un tel *hiatus* existe en Suisse¹⁵³. Par ailleurs, en tant qu'ils sont assimilables au contrôle exercé sur les finances des comités, il semble pertinent d'en confier la vérification à l'organe nationale normalement chargé de cet aspect, à savoir la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP).

95. Cet ensemble de règles paraît suffisant pour assurer un équilibre entre la liberté de constitution, élément important pour que la procédure demeure ouverte de sorte à produire des effets politiques significatifs, et la nécessité d'encadrer un moment impliquant certains enjeux liés à la sincérité du processus. Cette démarche, en amenant l'intervention d'autorités publiques, en imprimant une forme unique et déjà connue à des structures qui pourraient prendre bien d'autres aspects, favorise l'organisation d'un dialogue entre l'Etat et les initiants, et ce dès l'aube du processus. Pour cette raison, elle peut contribuer à l'institutionnalisation d'une procédure d'initiative populaire dans le contexte existant¹⁵⁴. Si les enjeux diffèrent, la question des bénéficiaires du droit à créer et participer à des comités peut être vue sous le même angle.

§2 : Des titulaires réels : les initiants

96. En droit, rien n'impose de n'ouvrir l'accès à l'initiative qu'aux seuls citoyens, car il faudrait pour cela que cet accès participe d'un exercice de la souveraineté¹⁵⁵. Or, cette position ne saurait se tenir, en stricte cohérence juridique. L'exercice de la souveraineté implique une décision dans la mesure où elle nécessite pour être identifiée l'existence d'une volonté et son appréhension par le droit, autrement dit l'adoption d'une norme, le « vouloir » juridique¹⁵⁶.

¹⁵³ Grisel E., Initiative et référendum populaire, traité de la démocratie semi-direct en droit suisse, 3^{ème} éd., 2004, pp. 169-172 ;

¹⁵⁴ En ce sens, voir Rouquet P., *op.cit.*, p. 252.

¹⁵⁵ A en croire la jurisprudence du Conseil constitutionnel telle qu'issue notamment de la fameuse décision n°308-DC du 9 avril 1992, « Maastricht I », JORF du 11 avril 1992, p. 5354, Rec. p. 55. Décision d'ailleurs critiquée pour ce motif, notamment par Daugeron B., « La notion d'élection en droit constitutionnel », Dalloz, 2011, pp. 118-127.

¹⁵⁶ Sur ce point, pour des développements plus amples et mieux renseignés, voir : Daugeron B., *op.cit.*, pp. 74-130.

97. On peut éventuellement soutenir que l'initiative serait une modalité d'exercice de la souveraineté parce qu'elle serait le corollaire indispensable de la votation qui elle est bien une modalité incontestable d'exercice de la souveraineté. Mais cela introduirait une autre incohérence, cette fois dans la procédure elle-même : comment expliquer, dès lors, les compétences dont dispose le comité sur la proposition, et notamment celle de la retirer ? Car si l'initiative est souveraine « par destination », c'est qu'elle tire cette qualité de l'issue référendaire. Mais si les détenteurs de la compétence d'initiative empêchent l'expression de la souveraineté, et qu'ils détiennent cette compétence au nom de la même souveraineté, alors c'est implicitement que leur action est d'égale nature juridique que l'expression collective sur une norme¹⁵⁷ : l'initiative n'est plus une expression de la souveraineté par « association », elle l'est par elle-même, alors qu'elle n'emporte, prise isolément, aucune décision.

98. Ce point permet également d'aborder un aspect non-encore évoqué : la compétence d'initiative est tout à fait dissociable de l'issue référendaire en terme de régime. En effet, elle n'implique qu'une proposition et ne saurait donc se voir appliquer les mêmes exigences dans les mêmes termes que la décision éventuelle qui constitue son aboutissement.

99. Plus complexe en revanche est la question des autres compétences conférées par la compétence d'initiative. Ainsi, en Suisse, on a pu affirmer que l'accès à l'initiative est réservé aux électeurs car il donne le droit de retirer la proposition¹⁵⁸, lequel droit est considéré comme un droit politique, donc attaché à la qualité de citoyen¹⁵⁹. Mais, puisque cette position résulte exclusivement de la vision que la Suisse a de la citoyenneté, elle n'est pas suffisante pour balayer toute hypothèse divergente dans notre cadre.

100. Il n'y a donc, en réalité, aucun fondement ou exigence juridique qui impose une conduite quelconque quant à la désignation des titulaires de la compétence d'initiative. La question est entièrement politique, et relève de la conception symbolique que l'on se fait de cette compétence.

101. Il est donc tout à fait possible d'envisager que le critère d'accès à l'initiative soit plus large que celui qui permet d'intégrer le corps électoral. Si on se base sur les exemples étrangers, la désignation des titulaires de la compétence devrait se faire par voie constitutionnelle, ce qui aurait l'avantage de la clarté pour les usagers potentiels de la procédure. Formellement, la démarche n'aurait rien de particulièrement complexe : il suffirait d'établir une liste, qui serait nécessairement exhaustive, des catégories d'individus admis à déclencher la procédure d'initiative populaire. Quant aux catégories dont il s'agirait, il faut les examiner pour envisager l'intérêt qu'il y aurait à les intégrer. On peut néanmoins diviser le propos. La catégorie « électeurs » telle que définie à l'article 3 de la Constitution opère deux

¹⁵⁷ Sans quoi l'on ne saurait expliquer le droit de retrait de l'initiative, puisque la suppression de l'issue référendaire supprimerait du même coup l'association de l'initiative à l'idée de souveraineté.

¹⁵⁸ « Le comité d'initiative ne peut se composer que de personnes ayant le droit de vote, étant donné que retirer une initiative est un droit politique. » ; *message concernant la révision partielle de la législation fédérale sur aux droits politiques* ; 28 Septembre 1993, FF 93 III 462, p.462, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?ID=10107514>.

¹⁵⁹ Cette association résulte de la loi du 17 Décembre 1976 sur les droits politiques, déjà citée, qui prévoit et encadre le droit de retirer une initiative, en ses articles 68 et surtout 73. La loi est disponible sur le site du Conseil Fédéral à l'adresse suivante : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19760323/index.html>.

séries d'exclusions. L'une implicite car évidente pour ce qui concerne l'expression du suffrage : les personnes morales (I). L'autre explicite car caractéristique de la conception française de la citoyenneté : les étrangers et les nationaux privés de leurs droits civiques à raison d'une condamnation pénale (II).

I : Personnes morales

102. La possibilité pour les personnes morales de déposer, en tant que telles, une initiative, n'est pas aussi saugrenue qu'elle peut sembler l'être de prime abord. D'une part, elle existe déjà, à l'étranger, sous des formes limitées et spécifiques¹⁶⁰, et est parfaitement permise par le droit des associations, et s'appliquerait donc aux comités, sauf à prévoir une restriction spécifique sur ce point. D'autre part, elle a déjà été évoquée dans le débat public¹⁶¹. En outre, aborder la question est utile, ne serait-ce que parce qu'elle permet d'évoquer la place réservée, dans la procédure, aux organisations issues du corps social et institutionnalisées, comme les partis politiques, les syndicats, ou encore les ONG. Cependant, ce point peut être évacué assez rapidement : dès lors qu'ils sont institutionnalisés, ces acteurs peuvent aisément entrer dans le fonctionnement du processus d'initiative populaire, quelles que soient les formes juridiques exigées pour l'initiative. C'est d'ailleurs ce que l'on observe partout où ce type de processus existe, et ce malgré les différences de régime entre les diverses procédures considérées¹⁶². Il suffit seulement que la procédure ne leur soit pas explicitement fermée, ce qui ne serait pas le cas avec les comités tels qu'ils ont été ici conçus. Dès lors, il ne paraît pas nécessaire d'entreprendre une réflexion particulière sur cet aspect de la question.

103. En revanche, un autre aspect peut attirer l'attention: l'analyse des expériences Suisse et Italienne fait ressortir une utilisation très importante des mécanismes d'initiative populaire par des entreprises, des partis politiques ou des syndicats. Ainsi, Philippe Rouquet notait, dans sa thèse, que l'utilisation par des « promoteurs individuels » de l'initiative populaire fédérale était devenue l'exception¹⁶³. Le phénomène est noté par bien d'autres auteurs¹⁶⁴ et il n'y a de toute façon guère besoin d'une analyse scientifique pour le constater empiriquement : partout où il existe un pouvoir normatif, il existe des organisations pour l'influer. La Californie est

¹⁶⁰ Ainsi, en Italie, où les Conseils régionaux peuvent déposer une initiative en leur nom propre.

¹⁶¹ Ainsi, le Front de gauche prévoyait-il, dans son programme de 2012, de permettre « aux citoyennes et aux citoyens, aux organisations syndicales et aux associations » de déposer une initiative. Programme « l'humain d'abord », p. 24, en ligne, consulté le 10 août 2017 :

http://www.jean-luc-melenchon.fr/brochures/humain_dabord.pdf

¹⁶² Cf. infra, n°1239 et s.

¹⁶³ Rouquet P., *De l'initiative populaire en Suisse Fédérale*, Th., Université Jean-Monnet/Saint-Etienne, 1994, p. 315. Plus largement, l'auteur souligne une professionnalisation de l'initiative.

¹⁶⁴ Papadopoulos Y., *Démocratie directe*, Economica, 1998, pp. 171-174. ; Hamon. Francis, *Le référendum*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2012, p.139. Dans les deux cas, les exemples concernent exclusivement les Etats-Unis, et visent plutôt les ressources financières, mais il semble évident que s'il y a une problématique financière, il y a bien une problématique des intérêts privés à l'origine des initiatives qui induisent la nécessité pour un certain nombre d'organisations d'engager des ressources financières parfois considérables pour faire prévaloir leurs intérêts.

ainsi régulièrement citée dans la doctrine car y est apparue une « véritable industrie du lancement et de la promotion d'initiatives »¹⁶⁵.

104. Or il y a matière à penser que la France a une tradition particulière à cet égard. L'idée d'intérêt général comme surplombant les intérêts particuliers, de l'Etat comme seul à même de le faire valoir, et l'évaluation de toute action publique au regard de sa capacité à assurer la poursuite de cet intérêt général y est un élément majeur du débat public. De telle sorte que le fait qu'une procédure de décision considérée comme « populaire » puisse être perçue comme maximisant les capacités d'action d'un certain nombre d'acteurs privés et puissants est un risque quant au jugement qui sera portée sur elle. *Prima facie*, il paraît donc logique d'envisager, tout simplement, un encadrement strict de façon à prévenir toute collusion, ce qui serait plus conforme à la culture politique nationale.

105. La difficulté est que l'utilisation d'une procédure d'initiative populaire par des représentants d'intérêts privés est non seulement inévitable, mais relève de la nature même de la procédure. En effet, ouvrir l'initiative des lois à tout un chacun implique nécessairement de l'ouvrir aussi à tout ce que la société compte d'acteurs égoïstes. La volonté collective s'exprime seulement dans la votation. Mais, au moment de l'initiative, ce sont les intérêts catégoriels, personnels, économiques ou politiques les plus divers qui sont appelés à s'exprimer. La notion de « conflits d'intérêts » n'a donc aucun sens à ce stade, car elle implique un conflit entre un intérêt public et un intérêt privé, et il n'y a présence d'aucun intérêt public dans l'expression d'une simple initiative.

106. Dès lors, et dans la ligne des développements précédents, pourquoi ne pas partir de l'idée que mettre au jour les intérêts catégoriels qui sont à l'origine de l'initiative poserait beaucoup moins de problèmes que d'essayer d'en empêcher l'expression, ou de l'encadrer comme si elle était suspecte par essence ?

107. Et à ce titre, l'idée d'une participation directe des lobbies, grandes entreprises, syndicats et autres associations en les autorisant à déposer une initiative en leur nom propre paraît la plus simple, et la plus efficace, d'autant, qu'en outre, elle contraindrait à ce que le dialogue avec les institutions de l'Etat soit le fait des auteurs réels de l'initiative¹⁶⁶.

108. On peut envisager une participation facultative des personnes morales impliquées : elles pourraient choisir de présenter les initiatives en leur nom propre, ou bien s'arranger avec des individus pour qu'ils le fassent eux-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de signaler l'origine du comité d'initiative ainsi créé. Il serait laissé à chaque acteur le soin de déterminer quelle est la meilleure stratégie à adopter pour susciter la discussion sur son initiative. La perspective serait alors libérale : la procédure appartient essentiellement à ses acteurs, donc à la diversité des individus et structures formant la société, et leurs possibilités sont maximisées dans ce cadre.

¹⁶⁵ Hamon. F., *op.cit.*, p.139.

¹⁶⁶ Cela n'aurait pas grand impact, en revanche, sur la question de la participation des partis politiques, car, étant des groupements à objet politique, leur participation nous paraît relever d'un tout autre paradigme que celle des acteurs strictement privés. Pour le dire clairement : elle est inévitable, elle est même souhaitable. Et il est tout à fait possible de la

109. Il est également possible d'envisager une participation obligatoire des personnes morales dès lors qu'un faisceau d'indices laisse fortement suspecter qu'il y a une structure déterminée à l'origine d'une initiative donnée. Par « participation directe » l'on entend évidemment l'utilisation d'un mandat explicite liant la structure concernée aux agents qui constituent le comité d'initiative, ainsi qu'un ensemble de mentions soulignant la participation de ladite structure sur les divers documents envoyés aux électeurs dans les phases ultérieures de la procédure. Ici, on chercherait à contraindre pour garantir une forme de sincérité de la procédure. Celle-ci serait alors la chose des citoyens, car son objet est de s'adresser à eux dans leur généralité et, partant, il serait nécessaire de garantir que la question qui leur serait posée soit issue d'un processus suffisamment transparent pour qu'ils puissent se positionner.

110. La perspective est donc différente dans un cas et dans l'autre. Et ce n'est pas sans conséquences : techniquement, les solutions à trouver ne sont pas les mêmes selon que l'on veut simplement offrir un choix aux initiants ou que l'on veut les contraindre à « jouer cartes sur table ».

111. La première optique appelle relativement peu de commentaires, il suffit de laisser ouvert un choix. En termes d'encadrement subséquent cela n'entraîne donc guère de difficultés : s'agissant de personnes morales, elles seront représentées, soit par les individus ordinairement habilités pour ce faire, soit par des agents *ad hoc*. L'inconvénient majeur est qu'il est assez probable que des acteurs impopulaires délaissent la voie « directe » d'initiative pour choisir la voie « indirecte », privant ainsi d'effet l'encadrement.

112. La seconde optique est un peu plus délicate à mettre en œuvre. Ici, l'objectif est de neutraliser les effets pervers de l'inévitable professionnalisation de l'initiative populaire, il s'agirait de contraindre les comités liés, financièrement ou juridiquement, à des intérêts qui ne sont pas les leurs propres de déposer l'initiative au nom de la structure qui les « pilote ». La seule forme envisageable nous paraît être celle d'une « obligation de déclaration d'association à une initiative ». Le comité dont la majorité du financement proviendrait d'une source unique, ou dont la majorité des membres serait lié juridiquement ou financièrement à la même organisation ou à des organisations diverses officiellement associées devrait déposer l'initiative en leur nom, mais aussi au nom de l'organisation concernée. Pour ce qui est du financement du comité en lui-même, la question est assez peu complexe, mais relève plus de la question des moyens dont disposeraient les comités d'initiatives, et sera traitée dans la subdivision dédiée. Pour ce qui est du lien unissant les membres du comité à une organisation déterminée, la démarche est plus complexe.

113. Son inconvénient est qu'elle nous paraît difficilement praticable : elle nécessiterait un ensemble de définitions et de critères très complexes. Qu'est-ce qu'un lien « juridique » ? Qu'est-ce qu'un lien « économique »¹⁶⁷ ? Les cas les plus évidents¹⁶⁸ n'ont pas besoin d'une ouverture de l'initiative aux personnes morales pour être maîtrisés. Quant aux cas plus

¹⁶⁷ Sur ce point, nous réservons pour plus tard la question du financement des initiatives et opérations subséquentes mises à la charge du comité d'initiative, car elle appelle des développements conjoints avec la question d'un éventuel financement public des initiatives, qui ne sont pas l'objet de ce paragraphe.

¹⁶⁸ Salariat, lien de subordination, rémunération de la constitution du comité d'initiative.

« détournés », ils induisent un encadrement tellement complexe qu'il nous paraît plus souhaitable de ne pas envisager cette possibilité. Comment définir, en-deçà du lien de subordination naissant du contrat de travail, la dépendance économique ou juridique ? Même le cas du salariat, pourtant typiquement un lien de subordination, est problématique : un salarié d'une banque spécialisée dans le placement de produits financiers, par ailleurs héritier d'un nombre important de biens immobiliers et déposant une initiative portant sur la fiscalité des hauts-revenus le fait-il dans l'intérêt des dirigeants de sa société, ou du sien propre ? Un ingénieur spécialisé dans l'exploitation des hydrocarbures et travaillant pour l'industrie pétrolière, déposant une initiative visant à légaliser l'exploitation des gaz de schiste le fait-il pour son entreprise, ou pour lui-même ? Comment définir un tant soit peu objectivement une limite entre ce qui relève de la démarche manipulatoire et ce qui relève simplement de l'influence normale qu'exerce un milieu sur les individus qui y évoluent ?

114. Et sans limite objective, instaurer des obligations de ce genre relèverait de l'encadrement abusif, car cela ne serait pas sans conséquences. Sur le plan particulier des acteurs, d'abord. En effet, si on contraignait une organisation donnée à s'associer à une initiative déposée par un de ses membres en application de critères ne permettant pas de s'assurer du lien de cause à effet son appartenance à cette organisation et l'initiative, on la contraindrait à s'associer à un positionnement politique, ou à empêcher l'initiative d'exister. Sans même envisager le risque d'atteinte à certains droits fondamentaux que cela impliquerait, cela ne serait de toute façon pas acceptable. D'autant moins que cela alourdirait la procédure : on y ajouterait une contrainte importante, de nature à dissuader certains acteurs de s'en emparer.

115. En outre, il nous semble qu'une telle démarche n'apporterait pas grand bénéfice à l'initiative populaire. Car il existe un grand nombre d'hypothèses dans lesquelles l'avantage tiré par tel ou tel secteur serait visible même sans le support d'une législation contraignante. Pour le reste, il faut rappeler qu'il faudra passer l'étape du recueil des signatures et celle du débat public avant que d'accéder au référendum. Autrement dit, la proposition ne sera pas seulement portée par les organisations intéressées, et fera l'objet d'attaques politiques.

116. En revanche, laisser le choix aux acteurs de se déclarer en tant que personnes morales, ou d'utiliser des représentants -officiellement ou non- n'emporte pas grandes conséquences. De sorte que l'hypothèse peut être retenue.

117. Enfin, il paraît nécessaire d'envisager, comme en Suisse, un document obligatoirement annexé au texte de la proposition comprenant la liste des membres des comités, leurs noms et prénoms, leur ville de résidence, ainsi -et contrairement au système helvète- que leur profession et les organisations diverses auxquelles ils seraient susceptibles d'appartenir. Cela informerait *a minima* de la possibilité qu'il y ait une manipulation derrière la proposition, et laisserait aux éventuels opposants d'en vérifier la réalité. L'optique générale ici défendue n'en serait pas bouleversée, mais cela pourrait permettre d'atténuer les conséquences habituelles d'un régime de liberté dans un cadre et un contexte foncièrement inégalitaire. De sorte que l'accès direct des personnes morales à l'initiative pourrait s'envisager dans un cadre juridique

assez libéral. Il en va de même pour la question des personnes physiques éligibles à utiliser le processus.

II : Personnes physiques

118. Pour ce qui concerne les personnes physiques, le fait de n'ouvrir l'accès à l'initiative qu'aux seuls électeurs exclut trois séries d'individus : les incapables majeurs ; les étrangers, qu'ils soient ou non ressortissants d'un Etat-membre de l'Union Européenne¹⁶⁹ ; les citoyens privés de leurs droits politiques à raison d'une condamnation pénale relative à un crime ou à un délit, la privation n'étant pas automatique.

119. Les premiers ne constituent pas un sujet pour ce qui nous intéresse. En effet, leur exclusion de la qualité d'électeurs est le résultat d'une incapacité plus générale : ils sont considérés comme n'étant pas en état de participer normalement à la vie juridique. Par conséquent, il n'y a rien de choquant à ce qu'ils soient exclus de la possibilité de déclencher une initiative.

120. En revanche, les deux autres catégories appellent plus de développements même si, là encore et à notre connaissance, aucun exemple étranger n'ouvre ses mécanismes d'initiative populaire aux non-citoyens¹⁷⁰. Du point de vue des avantages que pourrait présenter cette possibilité, on peut les évoquer ensemble, car elles partagent certaines caractéristiques.

121. Autoriser les étrangers et majeurs privés de leurs droits civiques de déclencher le processus aurait un intérêt pour la procédure d'initiative populaire en elle-même. En effet, si l'intérêt du processus est principalement de permettre une plus grande prise des citoyens sur les décisions publiques, c'est essentiellement un effet de la votation, cette possibilité étant augmentée par le caractère ascendant essentiellement car une initiative déconcentrée promet généralement plus de possibilités de consultations¹⁷¹. Mais la déconcentration de l'initiative permet aussi, par elle-même, une plus grande diversité de l'expression publique et une inclusion de groupes sociaux généralement exclus tant des décisions que des débats publics. Si cette affirmation a pu être relativisée, notamment aux Etats-Unis¹⁷², il ne faut pas oublier

¹⁶⁹ Il n'y a aucune raison juridique d'opérer une distinction. Les étrangers communautaires ne sont électeurs aux élections municipales et européennes que par exception. Et même s'ils bénéficient d'un certain nombre de droit supplémentaires sur le sol national, ils ne les tirent que de l'application de traités. Autrement dit il n'y a pas de principe général qui justifierait de considérer les étrangers communautaires comme des électeurs au sens où le sont les citoyens, qui bénéficient d'un droit général à la participation politique dans la vie politique de l'Etat.

¹⁷⁰ On trouve cependant des contre-exemples à des niveaux géographiques inférieurs aux Etats. Ainsi, le canton de Vaud ouvre la catégorie « électeurs » aux étrangers, sous certaines conditions, mais seulement au niveau communal. Voir LEDP du 16 mai 1989, art. 5. En ligne : http://www.rsv.vd.ch/rsvsite/rsv_site/doc.pdf?docId=5677&Pvigueur=&Padoption=&Pcurrent_version=17&PetatDoc=vigueur&Pversion=&docType=loi&page_format=A4_3&isRSV=true&isSJJ=true&outformat=pdf&isModifiante=false.

¹⁷¹ Ce qui est souligné notamment par Francis Hamon, *op.cit.*, p.42 (remarque incidente dans un passage concernant le financement de la campagne référendaire).

¹⁷² Papadopoulos Y., *op.cit.*, pp. 178-179 : thèse dite de la « sélectivité de la démocratie », selon laquelle la démocratie renforce les mécanismes de domination sociale, en raison de la mobilisation de ressources financières « organisationnelles et rhétoriques », et que le même schéma se reproduit en matière de démocratie directe.

qu'il s'agirait ici d'ouvrir la procédure à des groupes sociaux dont la présence dans les polémiques hebdomadaires de la vie médiatique est aussi importante que leur absence presque totale de représentation et d'expression dans la vie publique. A ce titre, le droit d'initiative pourrait leur ouvrir une voie d'expression, voire d'action, dont ils pourraient s'emparer eux-mêmes. En effet, s'il est évident que l'accès à la votation ne serait guère utile pour ces groupes eu égard à la mesure de leur exclusion sociale, il n'en irait pas de même s'agissant de l'accès à l'initiative, en ce qu'il est beaucoup plus restreint et permet donc un accès plus souple. Le fait que les phases ultérieures soient exigeantes en terme de coût financier et organisationnel est un problème qui peut être réglé par l'encadrement de la procédure, ou à défaut par la présence aux côtés de ces groupes de structures investies et compétentes¹⁷³. S'il était possible d'organiser cette ouverture, cela permettrait de favoriser aussi, éventuellement, une plus grande diversité de propositions, tant sur les thèmes abordés que sur la manière dont ils le seraient. On pourrait soutenir que, puisqu'il existe des structures de défense des intérêts de ces catégories, les inclure directement ne serait pas utile. Mais s'il est vrai que du point de vue de la présence dans le débat public des intérêts de ces catégories, leur inclusion directe n'apporterait pas nécessairement plus que leur exclusion compensée par l'utilisation active de la procédure par les organisations de défense des prisonniers, délinquants et étrangers réguliers, il n'en va pas de même de la question de leur « *empowerment* », qui n'est pas négligeable, tant sur le plan des apparences¹⁷⁴ que sur le fond.

122. Sur un plan technique, cette possibilité n'emporte aucune complexité particulière. Il suffit simplement de ne pas exiger de carte d'électeur pour le dépôt de l'initiative, et de se borner à réclamer un document d'identité.

123. Il faut noter que cela permettrait également aux citoyens non-inscrits -ou mal-inscrits- sur les listes électorales de déposer une initiative sans avoir à s'y inscrire. Si la chose n'est pas souhaitée, il suffit de conditionner l'accès à l'initiative de façon différenciée en fonction des statuts. Ainsi, les citoyens devraient présenter carte d'électeur et document d'identité, les étrangers et nationaux privés de leurs droits civiques n'auraient qu'à présenter la pièce d'identité¹⁷⁵. Si on souhaite éviter d'introduire ces dispositions directement dans la constitution, il ne semble pas que cela change grand-chose, puisque la différence de situation entre les différentes catégories concernées est si évidente qu'il paraît probable que la différence de traitement envisagée ne serait pas de nature à atteindre le principe d'égalité tel que compris par le Conseil Constitutionnel¹⁷⁶.

¹⁷³ Gisti, Genepi, pour n'en citer que deux.

¹⁷⁴ La création d'une voie institutionnelle d'expression normative de groupes exclus de la citoyenneté, donc de minorités vulnérables serait, à n'en pas douter, analysée comme une démonstration de renforcement de la protection des minorités.

¹⁷⁵ A noter que si la désignation des titulaires de l'initiative devait se faire par loi organique, cette solution ne devrait *a priori* pas encourir un risque d'inconstitutionnalité au visa du principe d'égalité car elle serait un traitement différencié d'individus objectivement placés dans une situation différente.

¹⁷⁶ Mélin-Soucramanien F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2010/3 (n°29), pp. 89-100, en ligne :

124. En réalité, la principale conséquence de cette ouverture de l'initiative à des catégories d'individus exclus de l'électorat serait d'ouvrir un droit d'initiative totalement déconnecté de son issue. En effet, si le dépôt d'une initiative n'engage en rien la souveraineté, il en va différemment du droit de participer à la votation. A ce stade, les étrangers et individus privés de leurs droits civiques qui auraient déposé et défendu une proposition ne pourraient donc pas participer à la séquence permettant son adoption¹⁷⁷. Ce découplage ne pose pas de problème juridique particulier, et, à l'étranger, le régime de la proposition est à bien des égards différent entre le « moment de l'initiative »¹⁷⁸ et le « moment du référendum »¹⁷⁹. Notionnellement, il n'en pose pas non plus, car l'association entre initiative populaire et référendum pose un problème de systématique : elle ne permet pas d'embrasser la diversité des procédures d'initiative populaire, dont certaines ne débouchent pas sur un référendum¹⁸⁰. En outre et plus généralement, rien en droit n'interdit que le proposant ne puisse se prononcer sur l'adoption de sa proposition¹⁸¹. Mais il faut admettre que, dans notre hypothèse, le *hiatus* serait d'une toute autre mesure.

125. A telle enseigne que la question dépasse le strict cadre du droit pour apparaître comme une question de pure opportunité, sur laquelle il nous semble impossible de se prononcer. Pour ce qui nous concerne, l'inclusion des étrangers réguliers et des majeurs privés de leurs droits civiques dans le champ de l'initiative nous paraît plutôt souhaitable. Mais il reste que le droit existant, en France comme ailleurs, n'incite guère à considérer la démarche comme probable, puisque cette solution n'a été retenue dans aucun dispositif comparable¹⁸². Dès lors, il semble plus raisonnable d'envisager que le droit d'accès aux comités soit réservé aux titulaires des droits afférents à la citoyenneté.

126. Au bilan, la compétence de déclenchement serait détenue sous une forme monopolistique par des personnes morales, dont l'intitulé spécifique ne doit pas faire oublier l'appui que leur régime prendrait sur un droit existant qui a fait ses preuves en matière d'institutionnalisation de l'action privée d'intérêt général. Cette plate-forme d'encadrement

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/le-principe-d-egalite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-quelles-perspectives-pour-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite.52731.html>.

¹⁷⁷ La commission des Lois avait d'ailleurs, lors de l'examen du projet de révision constitutionnelle de 2008, soulevé le problème et, tout en justifiant juridiquement l'exclusion des étrangers communautaires du champ du droit de soutenir une initiative, admettait implicitement qu'elle n'était pas automatique : rapport n°1009 fait pour la commission des Lois par Jean-Luc Warsmann, enregistrée le 02 juillet 2008, p. 69, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r1009.pdf>,

¹⁷⁸ Avant la campagne référendaire.

¹⁷⁹ Ainsi, par exemple, du droit de retrait de la proposition par le comité qui, en Suisse, s'éteint à compter du moment où le quorum de signatures est officiellement atteint.

¹⁸⁰ Schott S., L'initiative populaire dans les États fédérés allemands : contribution à la connaissance d'une institution démocratique, LGDJ, 2012, pp. 9-11.

¹⁸¹ Il en va d'ailleurs souvent ainsi dans la procédure législative classique. Mais l'analogie trouve ici sa limite : le Gouvernement est un organe permanent, identifiable, et qui ne peut participer au vote pour des raisons tenant à la séparation des pouvoirs, non à la souveraineté. Il y a donc une cohérence particulière dans cette interdiction : elle n'est pas le fruit d'une contrainte exogène au processus législatif, elle en constitue l'esprit même. Il n'en va pas du tout ainsi dans notre hypothèse, dont il faut admettre qu'elle est tellement singulière qu'aucune analogie juridique ne permet véritablement de l'éclairer.

¹⁸² Etant entendu que l'échelon territorial sur lequel s'applique la procédure considérée entre dans le périmètre de la comparaison.

permettrait d'étendre ou de restreindre le champ de la contrainte exercée par le régime sur ces structures, mais aussi sur leurs membres. Si nous avons ici choisi de demeurer sur des solutions finalement assez classiques au regard des éléments juridiquement comparables, il reste que d'autres choix sont possibles, ce qui souligne l'intérêt du droit des associations et des régimes spécifiques qu'il permet pour l'institutionnalisation d'un processus d'initiative populaire. La forme structurelle et les règles fondamentales régissant l'accès aux comités ainsi dessiné, il devient possible d'aborder les droits et obligations procédant de cette forme.

Section 2 : Les droits et obligations matériels des comités

127. Une fois déterminé le cadre s'imposant pour la constitution du comité, il reste encore à définir l'encadrement de la fonction du comité, c'est-à-dire le déclenchement du processus d'initiative populaire. Il est en effet nécessaire de définir ce que le comité peut faire, et comment il peut le faire. Autrement dit, de déterminer le régime de ses compétences (§1), et celui des moyens dont il dispose pour les exercer (§2).

128. Dès lors que la requête est dématérialisée, et que les signatures sont centralisées sur un serveur géré par les services de l'Etat¹⁸³, le comité perd ce qui constitue l'une de ses principales compétences dans certaines pratiques étrangères, et notamment en Suisse, à savoir la récolte des signatures. Il garde malgré tout sa raison d'être, puisqu'il conserve la faculté de proposer, et donc la compétence de rédiger une proposition. Par ailleurs, les initiants ne sauraient être totalement étrangers au processus de récolte, puisqu'étant promoteurs du texte, il leur reviendrait la charge de s'efforcer d'informer suffisamment pour aider à atteindre le quorum de signatures. Par conséquent, même si leurs compétences seraient centrées sur la proposition, la question des moyens, notamment financiers, demeure essentielle.

§1 : Compétences

129. Le comité serait compétent pour soumettre le texte, puisque c'est cette soumission qui constitue l'initiative et donc le point de départ du processus d'initiative populaire. Prise en elle-même, cette possibilité pose déjà un certain nombre de questions (I). Mais on peut également s'interroger sur le pouvoir dont disposerait le comité quant à la disparition du texte : pourrait-il, ou non, disposer de l'initiative jusqu'à l'interrompre unilatéralement (II)?

¹⁸³ Cf. *infra*, n°201 et s.

I : Faire naître la proposition

130. C'est la compétence la plus évidente, celle pour l'exercice de laquelle le comité existe : rédiger la proposition. Dans la mesure où nous n'évoquerons les règles s'imposant à la rédaction qu'au chapitre suivant, il semble au premier abord n'y avoir que peu de choses à dire à ce sujet. Pourtant, c'est là un sujet important puisque s'y pose une question : matériellement, qui va la rédiger ? En effet, en Suisse, il est courant que les comités soient dans les faits les promoteurs de la proposition, les auteurs étant d'autres individus¹⁸⁴. En Californie, la rédaction, tout comme la récolte des signatures, peuvent être assurées par des prestataires payants dont c'est l'une des activités principales¹⁸⁵. Il s'agit d'un des aspects de la professionnalisation de l'initiative déjà maintes fois évoquée. Or, ce phénomène est une source potentielle de contestation de la légitimité de la procédure, ou de son caractère démocratique, dans la mesure où il implique, là encore, une certaine opacité quant à l'identité et les intentions réelles des rédacteurs « occultes ».

131. Par ailleurs, le droit existant ne permet pas réellement de l'envisager. Ainsi, l'initiative partagée n'impliquait pas véritablement de s'interroger sur ce point. Le texte étant déposé par des parlementaires, il n'y avait pas de raisons d'encadrer au-delà de ce qui est permis au Parlement. Et la rédaction d'une initiative peut difficilement s'analyser comme la rédaction des autres textes normatifs, en raison des irréductibles spécificités qui sont les siennes sur ce point, à commencer par la circonstance que la rédaction est la compétence principale dont toutes les autres découlent, et non pas une fraction d'un ensemble de facultés qui, agglomérées, constituent un pouvoir.

132. Dès lors, il faut s'interroger ici sur la pertinence d'un éventuel encadrement de cette pratique, en questionnant son interdiction (A), et *a contrario*, son autorisation (B). Derrière ces questions, se profile le visage que l'on souhaite donner à la procédure : doit-on laisser les acteurs s'organiser comme ils l'entendent, autant que possible, ou doit-on encadrer strictement pour éviter une professionnalisation excessive, au risque de « publiciser » une procédure prévue pour permettre l'expression d'acteurs privés ?

A : L'hypothèse de l'interdiction de la rédaction externalisée

133. *A priori*, pareille interdiction semble inepte car irréalisable : comment s'assurer que la proposition que l'autorité de contrôle aura entre les mains est bien issue des fertiles esprits formant le comité concerné ? En outre, elle paraît peu souhaitable : rédiger une proposition de norme demande une certaine compétence technique dont tout le monde ne dispose pas. Des propositions illisibles, contradictoires ou impossibles à traduire juridiquement seraient contre-productives du point de vue de la pérennité de la procédure. Et il faut aussi que les rédacteurs s'assurent, autant que faire se peut, que la proposition ne viole aucune norme supérieure, ce

¹⁸⁴ Grisel E., Initiative et référendum populaires, Staempfli éditions SA, 3^{ème} éd., 2004, p. 166

¹⁸⁵ Magleby D., Patterson K., "Consultants and Direct Democracy", PS: Political Science and Politics, 1998/2 (n°32), pp. 160-169.

qui suppose un savoir et une compétence inégalement distribuée. Dès lors, interdire la possibilité pour le comité de faire rédiger sa proposition par d'autres, fait peser un risque sur la qualité technique des propositions faites dans le cadre de l'initiative populaire, ou bien un risque d'exclusion des citoyens susceptibles d'initier une procédure d'initiative populaire mais incapables d'en avoir les moyens techniques.

134. Pourtant il est un moyen qui à première vue permettrait de réaliser cette interdiction en évitant dans une certaine mesure les inconvénients évoqués: fournir aux comités une assistance technique publique. Cette assistance devrait nécessairement être gratuite, donc financée sur fonds publics, sans quoi la mesure n'aurait pas grand intérêt. Quant aux individus habilités à exercer cette assistance: il pourrait s'agir de la formation du Conseil constitutionnel, évoquée pour le contrôle des mentions, ou les services compétents du Conseil lui-même: il s'agirait de la solution la moins onéreuse et la moins complexe, dans la mesure où elle serait de toute façon appelée à siéger. Mais cela poserait un problème d'impartialité, dans la mesure où ces mêmes autorités seraient ensuite appelées à statuer sur la validité de l'initiative. Il faut donc l'écarter. Il pourrait s'agir de professionnels volontaires rémunérés par l'Etat. Ou même de membres des services ministériels compétents, habitués à la rédaction de la norme, et mis à disposition sur l'occasion (et également rémunérés sur fonds publics). Cette solution aurait donc un coût pour les finances publiques. Ce coût, il est difficile de l'estimer, car il est étroitement lié à la fréquence d'utilisation de la procédure et à la technicité des sujets abordés, autant de données dont on ne dispose pas pour une procédure non-encore existante. Mais en toute hypothèse il faudrait, pour que la dépense soit justifiée, que la solution d'une rédaction « publique » offre une réelle plus-value à la procédure. Il s'agirait donc ici d'éviter une influence d'acteurs extérieurs aux initiants, et non-neutres. Une influence qui serait illégitime- moralement- du point de vue de l'objet de la procédure. Mais les acteurs publics ne sont pas plus légitimes, ni plus neutres au seul motif qu'ils relèvent des services de l'Etat. On sait que les fonctionnaires des ministères sont, en soi, un pouvoir¹⁸⁶. En outre, l'initiative populaire est une idée en vogue notamment parce que les acteurs politiques ne sont pas perçus comme aussi soucieux de l'intérêt général qu'ils le devraient par une partie non-négligeable de la population¹⁸⁷. Il n'y a donc absolument aucune garantie que permettre la rédaction par des acteurs publics soit une solution satisfaisante pour garantir une certaine neutralité. Sur un plan plus théorique, il faut aussi garder à l'esprit que l'un des intérêts de l'initiative populaire est précisément d'associer la « société civile » à la décision collective, de façon plus directe, et plus visible. De plus, sur un plan plus technique, il y a autant d'individus capables de rédiger une proposition de qualité dans la société que dans les services de l'Etat. Enfin, cela complexifierait la procédure, en y intégrant des processus administratifs qui risquent de rebuter les citoyens les moins armés pour les comprendre.

135. Cette solution n'est donc pas une panacée. Elle reste cependant meilleure qu'une interdiction sèche, sans mesures d'accompagnement, pour les raisons évoquées plus haut. Autrement dit, si interdiction il devait y avoir, il faudrait nécessairement l'accompagner d'une

¹⁸⁶ Voir sur ce point Chevallier J., *Science administrative*, PUF, 3^{ème} éd., 2002, 633 p., et not. pp. 257-402.

¹⁸⁷ L'on peut par exemple se référer aux tendances examinées par le Cevipof dans le cadre de son fameux « baromètre de la confiance politique », disponible en ligne : <http://www.cevipof.com/fr/le-barometre-de-la-confiance-politique-du-cevipof/tendances/>.

assistance à la rédaction, assistance qui devrait être gratuite. Il faut donc à présent envisager l'autorisation d'une rédaction « externalisée », pour cerner complètement la pertinence d'une interdiction.

B : L'hypothèse de l'autorisation de la rédaction externalisée

136. L'autorisation, c'est-à-dire tout simplement ne rien interdire, et laisser les acteurs futurs de la procédure s'organiser comme ils l'entendent.

137. Nous avons déjà dit qu'il était très probable que le résultat de cette « autorisation » soit de transformer les membres des comités d'initiative en promoteurs d'une proposition rédigée par d'autres. On imagine aisément que ces « autres » seraient généralement des membres de groupements intéressés, d'une façon ou d'une autre, par le lancement d'une initiative sur la thématique concernée : partis politiques, syndicats, groupes de pression ou associations qui, pour une raison ou pour une autre, ne souhaiteraient pas porter l'initiative en leur propre nom.

138. Revient ici la problématique déjà plusieurs fois évoquée de la transparence du processus d'initiative populaire au niveau de son lancement. Il n'y a guère plus à en dire : il nous semble qu'il y a plus à gagner à encadrer de la façon la plus lâche possible, pour favoriser une utilisation fréquente de la procédure. D'autant plus qu'exiger une transparence qui serait, sinon absolue, du moins importante et garantie par la loi, c'est exiger plus de l'initiative populaire comme voie d'adoption législative que la procédure parlementaire « classique ». En effet, sous l'empire de cette dernière, les promoteurs ne sont pas non plus toujours les rédacteurs, même s'il n'est pas courant que le phénomène soit évoqué publiquement. En outre, s'il est de notoriété publique qu'il existe un phénomène de lobbying au Parlement, l'ampleur et l'impact du phénomène sont mal connus, et l'ensemble du processus d'influence se déroule dans une indéniable opacité¹⁸⁸. Exiger des comités d'initiative qu'ils rédigent eux-mêmes leur initiative, ou leur interdire de recourir aux services d'autres acteurs que les agents de l'Etat, ce serait donc exiger d'eux une transparence sur leur pratique que l'on n'exige pas des parlementaires. Ce serait, par conséquent, le témoignage d'une méfiance singulière à l'endroit de l'initiative populaire, mais une méfiance qui aurait pour particularité de se traduire par un dispositif juridique contraignant. Or, même en considérant que cette méfiance est justifiée, il faut réaffirmer ce qui a déjà été dit : le moment du lancement n'est pas approprié pour introduire des garde-fous. Le moment du contrôle l'est davantage : se servir du juge comme instrument de régulation est une démarche bien plus adaptée que l'adoption de règles s'imposant à la naissance de la proposition.

139. Néanmoins, l'autorisation pose un autre problème, plus discret mais aussi plus grave : l'inégalité entre les citoyens. En effet, l'accès à des individus ou groupements maîtrisant une compétence technique donnée et nécessaire pour l'accomplissement de tel objectif -ici la compétence juridique- est extrêmement variable d'un citoyen à l'autre. Ceci résulte

¹⁸⁸ Lapousterle J., L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, Dalloz, 2009, 412 p. ; Courty G., Gervais J., Le lobbying électoral, groupes en campagne présidentielle, Presses universitaires du septentrion, 2016, 266 p.

évidemment des contextes socio-culturels dans lesquels chacun est né et a évolué. Autrement dit, il s'agit d'une inégalité de fait qui n'est nullement corrélée à une quelconque inégalité « naturelle ». Dès lors, si on laisse les citoyens désireux d'initier une proposition *via* l'initiative populaire s'organiser comme ils l'entendent pour la rédiger, il est évident que, derrière une égalité de droits, on cristallise une inégalité de fait. Ceci conduira inévitablement à ce que l'accès au droit d'initiative soit concrètement variable d'un citoyen à l'autre, à proportion des compétences techniques dont leur « réseau » leur permettra de bénéficier. Il s'agit là d'une conséquence classique de l'instauration d'un « régime juridique de liberté » : les inégalités existantes dans le corps social sont cristallisées, et masquées par une égalité de droit qui ne produit d'égalité d'accès aux droits que formellement.

140. Il nous semble cependant qu'il est plus facile d'atténuer cette difficulté en maintenant l'optique libérale, qu'en s'efforçant d'assurer une égalité de fait par le dyptique interdiction/accès aux services de l'Etat pour la rédaction de la proposition.

141. Il est tout à fait possible d'envisager de permettre une certaine « convivialité » dans les rapports entre les autorités chargées du contrôle et les initiants, un peu à l'instar de ce qui se pratique en contentieux administratif pour les régularisations, et notamment pour les requalifications de requêtes mal rédigées lorsque le requérant n'a pas d'avocat¹⁸⁹. La différence, ici, serait qu'il ne s'agirait pas d'éviter un rejet de la proposition pour invalidité, mais d'inviter les initiants à la reprendre, en leur indiquant comment l'améliorer, tant sur un plan strictement rédactionnel que sur le plan de la validité normative¹⁹⁰. Seraient ainsi atténués les effets des inégalités d'accès à la compétence juridique.. En outre et éventuellement, cela permettrait d'induire un rapport différent entre les contrôleurs et les contrôlés.

142. Mais, surtout, il existe une institution qui peut être adaptée à fournir une assistance juridique gratuite, ce qui permettrait d'atténuer la portée des inégalités évoquées, tout en maintenant les services de l'Etat à une distance raisonnable de pouvoir de statuer sur le texte, car la procédure existante peut s'adapter pour que cette assistance n'entraîne pas de phénomène d'étatisation excessif : il s'agit du Conseil d'Etat, ici considéré dans sa fonction consultative.

143. Ainsi, les comités disposeront d'une vraie liberté d'action, tout en ayant la possibilité de bénéficier d'une assistance de qualité et gratuite pour améliorer la qualité de leur proposition. Ils auraient donc la compétence de « faire naître la proposition » puisque c'est leur raison d'être.

144. Plus complexe est la question de la fin de la proposition.

¹⁸⁹ Le terme « convivialité » utilisé pour qualifier l'ensemble des mécanismes de régularisation de requêtes en contentieux administratif est emprunté à Chabanol D., « La régularisation des requêtes devant la juridiction administrative », AJDA, 1993, p. 331.

¹⁹⁰ Sur certains aspects, une telle possibilité existe en Italie : Guillaume-Hofnung M., « L'expérience italienne du référendum abrogatif », RIDC, 1983/1 (n°35), p. 120.

II : Faire mourir la proposition

145. Faire mourir la proposition, c'est-à-dire, du point de vue du comité, être compétent pour la faire disparaître en-dehors des hypothèses d'extinction automatique prévues par les textes. Il s'agirait donc, clairement, de permettre à un groupement constitué de quelques dizaines d'individus de retirer une proposition dont il était là jusqu'alors proposé qu'elle soit soumise à l'approbation du corps électoral. Ils ne disposent, pour cela, d'aucune autre légitimité que celle, très limitée, que leur confère l'exercice du droit constitutionnel de dépôt d'une initiative populaire. Il y a donc lieu de défendre sa pertinence (A) avant que d'aborder quelques éléments de son régime (B).

A : La pertinence du droit de retrait

146. Cette possibilité n'existe pas dans la plupart des pays pratiquant une forme d'initiative populaire, mais elle est particulièrement utilisée en Suisse. Apparue d'abord dans la pratique, elle a été formalisée par la Loi fédérale sur les droits politiques, qui impose la présence d'une clause expresse de retrait dans le texte de l'initiative pour sa validité. La possibilité de retirer l'initiative est donc systématique. Une deuxième possibilité a été ajoutée par la Loi fédérale du 25 Septembre 2009, dite du « retrait conditionnel ». Spécifique aux cas où l'Assemblée Fédérale formule et propose un contre-projet, il s'agit d'une possibilité offerte aux comités de prévoir un retrait qui ne prendra effet que si le contre-projet est adopté par référendum¹⁹¹. Elle ne se comprend donc que dans un système où le Parlement peut proposer une réforme alternative à la proposition du comité, sans qu'il puisse par ailleurs arrêter le cheminement de la procédure d'initiative populaire comme cela se fait en Italie¹⁹². Plus largement, le droit de retrait en général n'a de sens que corrélatif à l'existence d'une procédure de contre-projet « à la Suisse », puisqu'il correspond à l'hypothèse d'une négociation ce qui n'est possible que si les protagonistes sont limités dans leurs moyens d'action les uns par rapport aux autres.

147. En Suisse, l'instauration de ce droit de retrait a donné lieu à un certain nombre de critiques. Il a pu être critiqué en son principe car il impliquerait une « *délégation de pouvoir d'autant plus étrangère à la démocratie qu'elle est donnée à quelques particuliers et qu'elle s'exerce à l'abri de tout contrôle* »¹⁹³. Etienne Grisel note, quant à lui, qu'en rendant le retrait obligatoire, le caractère transactionnel du droit d'initiative passe au premier plan puisque les promoteurs seront tentés d'utiliser l'initiative populaire comme moyen de pression sur les autorités politiques¹⁹⁴ ; il leur sera plus facile d'obtenir ainsi un résultat que par un référendum qui entraîne souvent le rejet de la proposition¹⁹⁵. Le droit de retrait conduit donc à une forme de « marchandisation » de la décision du peuple, dans la mesure où celle-ci est, en

¹⁹¹ Article 73a LF sur les droits politiques.

¹⁹² Cf. infra, n° 591 et s.

¹⁹³ Burckhardt, RJB 1908, pp.7-10. Rapporté par Grisel E., *op.cit.*, p. 173.

¹⁹⁴ *Ibid*, p.174.

¹⁹⁵ Ainsi, de 1981 à Juin 2015, sur 200 référendums issus d'une initiative populaire, seuls 22 ont débouché sur l'adoption de la proposition. Source : office fédéral des statistiques : http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/17/03/blank/key/eidg__volksinitiativen.html

tant que menace, l'arme principale des comités dans la négociation. Il faut également souligner le fait qu'en favorisant l'initiative populaire comme moyen de pression, le droit de retrait favorise l'utilisation de l'initiative populaire par des groupes d'intérêts, et donc sa professionnalisation. Il contribue dès lors à éloigner l'initiative populaire de sa vocation normative pour lui donner le caractère d'un moyen d'intervention politique à disposition de n'importe quel citoyen dont l'adoption d'une loi n'est qu'une issue possible. Enfin, sur un plan plus concret, le dispositif d'initiative populaire Suisse, en comprenant le droit de retrait, protège assez peu les signataires venant au soutien de la proposition. Ils n'ont en effet aucun moyen de contrôle sur ce que fait le comité de leur signature.

148. Mais le droit de retrait présente aussi quelques vertus. Il a d'ailleurs été mis en place pour répondre à des problématiques concrètes. Ainsi, dans les motifs ayant conduit à l'adoption du dispositif actuel, a été évoqué le cas d'une initiative déposée par le Parti Socialiste en 1935, relative à la liberté de la presse ; elle ne put être classée que par une disposition transitoire intégrée dans une loi, car ses promoteurs ne pouvaient la retirer¹⁹⁶. Etienne Grisel note également que l'initiative populaire étant un objet politique, il est normal qu'elle comprenne un droit de révocation par ses auteurs ; le droit de retrait permet alors de trouver des compromis que l'initiative populaire « sèche » empêche¹⁹⁷. Autrement dit, le droit de retrait améliorerait la qualité des propositions ; il adoucirait une confrontation qui, sans lui, ne peut qu'être directe et n'aboutir à aucune autre solution que le référendum.

149. On peut synthétiser les avantages et inconvénients du retrait tels qu'éclairés par l'expérience Suisse. D'un côté, le droit de retrait désacralise la parole du peuple en faisant d'elle l'objet d'un marchandage assez opaque, et donc un objet de commerce politique comme un autre. De l'autre, il permet d'intégrer l'initiative populaire au jeu politique ordinaire, encourage le compromis, et ce faisant, améliore son acceptabilité par la classe politique.

150. On peut donc considérer que le droit de retrait appartient à ce qu'on pourrait appeler une vision « réaliste » de l'initiative populaire au sens où il en améliore les conditions d'effectivité réelle au prix d'une partie de sa force symbolique.

151. Or, il ne faut pas négliger le plan des symboles. Il est trop aisé de balayer ces critiques en les taxant « d'idéologiques », car c'est bien la force symbolique de l'initiative populaire qui lui donne ce caractère « démocratique » au nom duquel on en espère moult effets vertueux¹⁹⁸. Et cette force symbolique vient précisément de la représentation que l'on se fait du « peuple souverain » qui, lorsqu'il se manifeste, exprime une volonté juridiquement égale à celle des représentants, mais symboliquement supérieure à toute autre expression de volonté encadrée par le droit.

¹⁹⁶ FF 1975 I 1407.

¹⁹⁷ *Ibid*, p. 174.

¹⁹⁸ Pour une dernière occurrence de cette vision de l'initiative populaire, voir le rapport n°3100 du groupe de travail sur l'avenir des institutions, « Refaire la démocratie », 2 octobre 2015, en ligne : http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/institutions/Rapport_groupe_travail_avenir_institutions_T1.pdf.

152. Dans cette optique, l'introduction d'un droit unilatéral de retrait de la proposition par le comité serait susceptible d'affecter l'image « démocratique » de la procédure. En effet, en introduisant le marchandage politique dans la procédure, cette démarche pourrait faire de l'initiative populaire un objet politique « normal », avec tout ce que cela implique de compromis, mais aussi de compromissions. Or, le jeu politique et ses travers sont précisément un des facteurs de la « crise démocratique » souvent soulignée. Au demeurant, le terme même se situe exclusivement sur le plan des affects, de la perception, donc des symboles. Il s'agit bien du plan primordial lorsqu'on évoque le lien existant entre les citoyens, la chose publique, et la classe politique.

153. Le risque que fait courir l'introduction du droit de retrait dans la procédure est donc réel, même s'il procède de la perception des symboles, et revêt par conséquent un caractère idéologique.

154. Seulement, cette même dimension complique la prise en compte par le droit, qui entretient avec la symbolique au sens large une relation ambiguë. En effet il reçoit les représentations mentales, sociales, etc., et c'est pourquoi leur connaissance permet d'expliquer en partie la raison d'être d'une règle juridique¹⁹⁹. Le droit ne les crée donc pas. Mais, en les recevant, il en modifie l'effet et, à terme, l'impact. Mais ces éléments ne se donnent pas spontanément à connaître, et moins encore les rapports de réception et de diffusion qu'une norme projetée entretiendra avec eux.

155. Autrement dit, il est extrêmement difficile de prévoir les conséquences de l'introduction du droit de retrait dans la procédure d'initiative populaire pour la bonne raison qu'il est extrêmement difficile de prévoir les effets de toute norme juridique dans le réel. En effet, comme le disent Eric Millard et Véronique Champeil-Desplats : « *Il y aurait [...] une certaine forme de naïveté à croire que le juriste qui observe le droit pourrait se saisir de la question de l'efficacité des énoncés normatifs à partir d'un simple point de vue de technique juridique ; la distinction théorique entre effectivité d'une norme et efficacité d'un énoncé désigne sans doute une frontière difficilement dépassable : dire qu'il existe une norme parce qu'effectivement telles autorités confèrent à l'énoncé une signification ne dit rien sur ce que produisent socialement et l'énoncé, et la norme. Pour poursuivre au-delà, d'autres savoirs doivent interagir, avec leurs méthodes qui ne sont pas celles des juristes.* »²⁰⁰.

156. Le risque est donc réel, mais il est impossible, en droit, d'en appréhender la portée exacte.

157. La difficulté est qu'il en va de même du bénéfice escompté. Il est acquis que le droit de retrait est un aspect essentiel de la procédure d'initiative populaire Suisse. Il est acquis de même que son introduction a amélioré les possibilités de compromis entre promoteurs et

¹⁹⁹ Ce qu'explique Denys De Béchillon lorsqu'il énonce que « *la règle, fût-elle bardée de tout ce qui la justifie, ne donne pas avec elle toutes les clés de sa propre compréhension* ». De Béchillon D., « La valeur anthropologique du droit », RTD. Civ., 1995, p. 835 et s.

²⁰⁰ Champeil-Desplats V., Millard E., « Efficacité et énoncé de la norme », Hammje P., Janicot L., et Nadal S., L'efficacité de l'acte normatif, nouvelle norme, nouvelles normativités, Lextenso, 2013, pp.63-73.

autorités politiques, tout comme il est certain que l'initiative populaire en général a été un facteur déterminant de l'apparition de la fameuse « démocratie de concordance » helvète.

158. Mais ces effets sont le fruit d'un ensemble de conditions qu'il est impossible de reproduire à l'identique ici.

159. Par conséquent, tout ce que l'on peut affirmer, c'est qu'il existe un risque de dévaluation du caractère démocratique de la procédure par l'introduction d'un droit de retrait de l'initiative par ses promoteurs, et une chance que cela conduise à l'amélioration des conditions générales du compromis démocratique. Il est également possible que les deux phénomènes se cumulent, ou qu'un seul survienne, ou qu'aucun des deux ne se produise.

160. En l'état, il faut donc faire un choix dont les motifs ne peuvent être qu'idéologiques. Tout dépend de la façon dont on envisage les contours de l'expression directe de la volonté populaire.

161. Il est possible d'estimer, à l'instar de Patrick Taillon²⁰¹, que les procédures qui encadrent cette expression doivent être organisées de façon à permettre une manifestation la plus « pure » possible de la volonté du peuple. Auquel cas on rejettera le droit de retrait car, on l'a déjà dit, il transforme un instrument de démocratie semi-directe en un instrument de pression sur les autorités politiques, l'issue référendaire apparaissant autant comme un objectif en soi que comme une menace, une arme dans les négociations.

162. Ou bien on peut penser que l'objet premier des procédures d'initiative populaire étant d'intégrer le peuple aux mécanismes institutionnels de décision, et le droit de retrait étant possiblement un facteur d'optimisation de l'efficacité de la procédure²⁰², il pourrait contribuer à améliorer cette intégration. D'autant plus qu'en toute hypothèse, l'initiative populaire est toujours un moyen d'expression populaire encadré par le droit²⁰³, et donc ne saurait être un moyen « pur » de manifestation populaire. A cet égard, désacraliser la parole du peuple -dans le cadre de l'initiative populaire- correspond bien plus à la nature de la procédure qu'au maintien de la fiction d'une sacralité qui, par ailleurs, ne correspond pas à l'état du droit et n'est pas saine dès lors que l'expression directe de la volonté populaire devient possible dans le cadre des institutions.

163. Il y a donc lieu, pour nous, d'envisager la suite de la procédure en intégrant un droit de retrait de la proposition par le comité. Mais, comme on l'a dit, pareille possibilité n'est pas neutre, et il faut à présent aborder son régime, qui doit être conçu de façon à circonscrire un minimum les risques évoqués.

²⁰¹ Taillon P., Le référendum, expression directe de la souveraineté du peuple ? Essai critique de l'expression référendaire en droit comparé, Dalloz, 2012, pp. 439-489.

²⁰² Puisqu'il permet d'une part aux autorités politiques de ne pas être totalement démunies de moyens d'action – il améliore donc son acceptabilité par ceux qui sont censés mettre en œuvre la procédure- et d'autre part en ce qu'il maximise les moyens d'actions des comités, le référendum étant, on le sait, une issue par nature immaîtrisable.

²⁰³ Schott S., L'initiative populaire dans les Etats fédérés allemands, contribution à la connaissance d'une institution démocratique, LGDJ, 2011, pp. 29-31.

B : Du régime du droit de retrait

164. Le régime du droit de retrait appelle essentiellement trois questions : les modalités d'encadrement de la décision de retrait par le comité, le délai dans lequel le retrait peut être décidé, et l'information des signataires.

Comment se déciderait le retrait ?

165. La loi suisse impose aux comités que la décision soit prise « à la majorité absolue des membres disposant encore du droit de vote »²⁰⁴. Mais il y a lieu de postuler une plus grande difficulté à faire accepter le droit de retrait en France qu'en Suisse, dans la mesure où la parole du peuple y est plus sacralisée, que le climat politique y est plus tendu, et qu'il n'y a pas, ici de culture démocratique aussi développée que là-bas. Il nous semble donc que l'on peut envisager l'obligation d'obtenir une majorité qualifiée, par exemple en retenant un seuil de 3/5^{ème} des membres du comité. Ceci ne changerait pas grand-chose pour les petits comités (constitués de sept ou dix personnes) mais améliorerait les conditions d'un consensus au sein des comités plus importants. Ainsi, une minorité structurée pourrait empêcher la décision de retrait, ce qui se justifie étant donné les conséquences importantes d'une telle décision. Le seuil des 3/5^{ème} n'est pas trop rigide, alors qu'un seuil de deux-tiers serait trop exigeant pour les comités comprenant près de 30 individus.

166. Quant aux modalités précises du retrait, la loi suisse impose que la déclaration de retrait soit signée par ceux des membres qui désirent retirer la proposition. Cette exigence paraît proportionnée, à condition de prévoir des sanctions lourdes en cas de fraude avérée. Il est en effet nécessaire que la procédure de retrait soit assez souple. Il se pourrait envisager un régime plus lourd, avec par exemple l'obligation pour chaque individu soutenant la décision de retrait d'envoyer par lui-même une déclaration signée accompagnée d'une preuve de son identité, mais cela serait trop lourd pour un risque de fraude finalement assez faible.

167. Il est en revanche raisonnable d'ajouter une exigence : celle d'une décision rendue à l'issue d'une réunion du comité, ce qui permettrait la tenue d'un débat contradictoire où les membres opposés à la décision de retrait seraient mis en mesure de faire valoir leurs arguments. Il est assez facile de s'assurer que le débat a bien eu lieu, en exigeant par exemple une feuille signée par tous les membres présents attestant de la tenue d'un débat contradictoire. Cette solution permettrait en outre aux comités au sein desquels nulle opposition au retrait ne se fait jour de se contenter de faire signer la « feuille de présence » sans que le débat ait concrètement eu lieu.

168. Ainsi, il faudrait, pour que le retrait soit valide, qu'il soit accompagné d'une déclaration signée par au moins 60% des membres du comité, ainsi que d'une feuille attestant de la tenue d'une réunion antérieure à cette décision et signée par la totalité des membres présents. Dans la mesure où il s'agit de conditions formelles de validité qui n'impliquent *a*

²⁰⁴ Article 73 de la LDP.

priori pas de contrôle juridictionnel, il semble pertinent d'en confier le contrôle à la formation spéciale du Conseil constitutionnel compétente pour l'admissibilité formelle²⁰⁵.

Le moment du retrait.

169. La législation Suisse permet aux comités de retirer leur proposition jusqu'au jour de fixation de la date de votation par la Chancellerie Fédérale²⁰⁶, c'est-à-dire après la récolte des signatures, l'avis rendu par le Conseil Fédéral et l'avis de l'Assemblée Fédérale. Virtuellement, cela donne donc au comité la possibilité de retirer son initiative jusqu'à un maximum théorique de 70 mois²⁰⁷, donc presque 5 ans. En pratique, le délai moyen était de 4 ans au début des années 2000²⁰⁸, délai réduit d'un an depuis²⁰⁹. Ceci peut paraître choquant, puisque cela signifie que la proposition peut être retirée après qu'une fraction des citoyens en a appuyé le principe, après la pré-campagne qui s'installe durant la récolte, en somme après que le peuple a été mis en situation de s'intéresser à la question. Ces délais assez longs résultent au premier chef de la procédure et de sa construction par strates successives au gré des constats nés d'une pratique de plus en plus importante. Ainsi, l'ajout du contre-projet et du droit de retrait jouent un rôle non-négligeable dans la lenteur de la procédure. Néanmoins, et même si les délais ne sont pas sans poser problème²¹⁰, la lenteur caractérise assez bien les processus décisionnels helvètes²¹¹, ce qui s'explique aisément par une culture du compromis ancrée jusque dans les origines de la nation suisse. L'initiative populaire fédérale vient donc s'inscrire dans ce contexte, dans cette culture. Ceci contribue à relativiser l'éventuelle surprise que l'observateur étranger pourrait ressentir en constatant la possibilité offerte aux comités de retirer leur proposition pendant plusieurs années.

170. Mais une éventuelle initiative populaire hexagonale s'inscrirait dans un contexte différent, moins propice au compromis et plus marqué par la lutte politique. Il est inutile de porter un jugement sur cet aspect de notre culture politique, et il n'est pas besoin de multiples références pour connaître l'accent important qui est mis sur l'efficacité des processus décisionnels plutôt que sur les nécessités de la discussion. Nos institutions sont irriguées par le souci de l'efficacité. Ceci, conjugué au caractère très marqué du respect de la parole populaire déjà évoqué, implique que le moment du retrait est un problème plus sensible ici que là-bas. Il est donc à considérer comme un facteur de nature à influencer sur la façon dont la possibilité du retrait sera perçue. Par conséquent, il est nécessaire d'envisager le moment limite de son intervention de telle façon que ce risque ne soit pas accru.

²⁰⁵ Cf. *infra*, n°372 et s.

²⁰⁶ Article 73 de la loi fédérale sur les droits politiques.

²⁰⁷ 18 mois le temps que la Chancellerie Fédérale rende son avis, puis encore un an pour que le Conseil Fédéral rende le sien, puis encore 30 mois prorogeables d'un an pour l'avis de l'Assemblée Fédérale, puis encore dix mois de délai pour que la Chancellerie Fédérale fixe la votation.

²⁰⁸ Grisel E., « Initiative et référendum populaires », 3^{ème} éd., 2004, staempfli éditions, Berne, p. 286.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Une initiative réclamant des délais plus courts a ainsi été soumise à votation le 12 Mars 2000, à l'issue de laquelle elle a été rejetée. Voir <https://www.admin.ch/ch/f/pore/va/20000312/det460.html>.

²¹¹ Pour s'en convaincre, jeter un œil à une synthèse de la procédure législative fédérale est assez efficace : <http://www.parlament.ch/f/wissen/taetigkeiten/parlverfahren/Pages/default.aspx>.

171. La solution qui paraît *a priori* la plus simple serait de ne permettre une possibilité de retirer la proposition que jusqu'au point de départ de la récolte des signatures. Il n'y aurait ainsi aucun risque de « dépossession » de la volonté des signataires venant au soutien de la proposition, puisqu'il n'y aurait pas de signataires. Ceci permettrait donc également d'éviter que le droit de retrait n'influe négativement sur la perception de la procédure d'initiative populaire.

172. Mais éteindre le droit de retrait si tôt reviendrait à lui enlever tout potentiel, puisque les comités n'auraient que très peu de poids dans les négociations avec les autorités politiques, dans la mesure où leur force viendrait surtout de la potentialité référendaire. Or, les signatures de soutien sont le seul élément concret qui puisse être mis en avant pour appuyer cette potentialité référendaire, les sondages n'étant pas suffisamment fiables pour avoir une utilité similaire. Par conséquent, les comités ont besoin d'avoir au moins commencé la campagne de soutien pour avoir quelques arguments dans les négociations. Elles sont dans la procédure d'initiative populaire, le vecteur principal du lien entre droit de retrait et compromis : c'est parce qu'il y a des négociations, et parce que celles-ci, sans être égalitaires, impliquent des parties qui ont chacune à la fois un certain pouvoir et l'incapacité d'influer juridiquement sur les autres parties que le droit de retrait conduit, en Suisse, au compromis, et que celui-ci est assez satisfaisant pour que le droit de retrait soit entré dans les mœurs institutionnelles helvètes.

173. Il est possible de circonscrire cette difficulté en adoptant un « retrait conditionnel », comme en Suisse. Mais il serait, dans cette optique, la seule procédure de retrait, ce qui n'est pas le cas dans ce pays. Par ailleurs, ce type de retrait semble particulièrement difficile à envisager en droit interne. Il n'a en effet de sens que compris dans un cadre constitutionnel intégrant le « référendum facultatif », c'est-à-dire la faculté reconnue aux citoyens de pouvoir solliciter l'abrogation de tout acte législatif²¹².

174. Par ailleurs le retrait conditionnel ne fait pas cesser la procédure d'initiative populaire, ce qui lui enlève quelque intérêt pour notre propos. Il faudrait alors imaginer qu'en cas de refus du comité, la majorité gouvernementale puisse encore réagir, et donc que la votation soit suspendue, sans quoi on serait dans l'hypothèse d'un retrait simple. la procédure et donc le recueil des soutiens, le temps que le Parlement discute et vote le contre-projet « indirect » dont l'adoption conditionnerait le retrait. Ceci alourdirait particulièrement la procédure. Il semble plus acceptable qu'il n'y ait pas, à l'issue de ce délai, de possibilité pour les comités

²¹² Article 73a de la Loi Fédérale sur les Droits Politiques : « 1 Le retrait d'une initiative populaire est en principe inconditionnel; 2 : Toutefois, si l'Assemblée fédérale oppose à l'initiative un contre-projet indirect élaboré sous la forme d'une loi fédérale qu'elle adopte au plus tard à la date du vote final sur l'initiative, le comité d'initiative peut assortir le retrait de son initiative de la condition expresse que le contre-projet ne soit pas rejeté en votation populaire; 3 Le retrait conditionnel prend effet:

a. si le contre-projet n'a pas donné lieu à un référendum, dès que le délai référendaire a expiré;

b. si le référendum déposé contre le contre-projet n'a pas abouti, dès que son non-aboutissement a été valablement constaté;

c. si une demande de référendum a abouti et que le peuple a accepté le contre-projet, dès que le Conseil fédéral a validé le résultat de la votation selon l'art. 15, al. 1 ». N'importe quelle loi fédérale peut être soumise à référendum sur demande de 50 000 citoyens ou 8 cantons dans le mois suivant sa publication (article 141 de la Constitution Fédérale), ce qui explique le troisième alinéa de l'article 73a de la loi précitée ».

ou la majorité gouvernementale de repousser encore l'issue référendaire. Autrement dit, le droit de retrait des comités ne devrait pas pouvoir excéder le temps accordé aux autorités politiques pour réagir. Son terme serait donc l'échéance du délai accordé au Parlement pour envisager une réponse législative²¹³ : autrement dit, il paraît plus logique de retenir le retrait simple.

175. Une procédure de ce type présenterait l'avantage de pousser au compromis sans y contraindre tout en évitant un retrait postérieur à la récolte des signatures. Son inconvénient majeur est qu'il n'est pas certain qu'elle serait lisible pour l'opinion publique.

176. Là encore, il n'y a pas de choix qui s'impose à la seule observation des encadrements possibles. D'autant plus que les conséquences de l'une ou l'autre solution sont difficiles à envisager, ne serait-ce que parce qu'elles dépendent de nombreux autres facteurs. Ainsi, le caractère possiblement choquant pour les citoyens du retrait est étroitement lié au *quorum* retenu pour les signatures : si on retient un seuil bas, il est possible qu'un retrait aurait moins de chance d'être interprété comme une marchandisation de la parole populaire.

177. Par conséquent, on optera plutôt pour le retrait simple, situé après l'intervention du Parlement, à condition que le *quorum* de signatures requis soit bas, ce que nous évoquerons plus loin²¹⁴.

Les droits des signataires.

178. Il y a deux façons d'appréhender la question des droits des signataires sur le retrait. Leur absence, qui se matérialise par un simple droit à être informé de la possibilité du retrait, et leur présence, qu'il faut imaginer.

179. S'agissant de la question des droits des signataires dans la procédure de retrait de la proposition, le droit suisse ne prévoit que le droit à être informé de la possibilité du retrait²¹⁵. Cela a pu être déploré²¹⁶ sans que pour autant on voit comment il pourrait être autrement, de telle sorte que les citoyens helvètes venant au soutien d'une proposition dans le cadre de l'initiative populaire ne peuvent rien faire si celle-ci vient à être retirée. C'est d'ailleurs pour cela que le retrait peut être légitimement perçu comme une dépossession, au moins pour les signataires.

180. Mais s'il semble difficile à ce sujet de sortir du registre de la déploration, c'est qu'il n'est pas évident d'envisager des solutions alternatives tout en conservant la possibilité de retirer la proposition. Deux séries d'arguments viennent au soutien de cette solution : la difficulté pratique de mettre en place un contrôle, d'une part, le fait que le seuil de signatures ne répond pas à un impératif démocratique, d'autre part.

²¹³ Sur le contre-projet tel qu'on l'envisage dans notre hypothèse, voir *infra* n°428 et s. et *infra* n°676 et s.

²¹⁴ Cf *infra*, n°259 et s.

²¹⁵ Art. 68, c, de la loi fédérale sur les droits politiques du 11 décembre 1976.

²¹⁶ Voir Grisel E., Initiative et référendum populaires, traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, Staempfli éd., 3^{ème} éd., 2004, p. 173.

181. L'opposition au retrait par les signataires est difficile à mettre en œuvre : il est en effet délicat de prendre en considération l'avis de 100 000 individus qui n'ont aucun moyen d'accéder aux négociations sur la pertinence de retirer la proposition. D'autant plus que les motifs conduisant à soutenir une proposition sont très variables d'un individu à l'autre, de telle sorte que s'assurer du soutien de la majorité des signataires au retrait ne garantit nullement une amélioration concrète de la qualité de la décision.

182. Ensuite, le seuil de signatures revêt avant tout une fonction pratique, et non démocratique. Un seuil est imposé pour s'assurer que le référendum éventuel ait une utilité : on mesure l'intérêt des potentiels votants²¹⁷. L'impossibilité d'agir contre le retrait entre parfaitement dans ce cadre : dès lors qu'un signataire ne peut que constater le retrait sans pouvoir s'y opposer, le seuil de signatures requis ne saurait avoir de fonction d'association citoyenne –minoritaire- à une proposition de référendum, mais simplement de sondage. A ce titre, le retrait apparaît clairement comme une modalité d'institutionnalisation de l'initiative populaire toute entière : sa finalité est démocratique, mais son régime répond essentiellement au souci de l'ancrer dans un jeu institutionnel marqué par le compromis politique. Or, il est possible que laisser aux signataires la possibilité de s'opposer au retrait conduise à enlever toute utilité à ce dernier, en cas d'opposition systématique, par exemple. Ce qui n'est pas à exclure dans la mesure où il est envisageable que beaucoup de signataires souhaitent avant tout s'exprimer, donc souhaitent un référendum. Il y a donc un antagonisme pratique entre les deux possibilités, que la nature du droit de retrait et celle du seuil de signatures permettent de surmonter en faveur du retrait.

183. Néanmoins, les deux premiers arguments pourraient tout aussi bien s'adresser à la procédure d'initiative populaire elle-même, voire à tout mécanisme de décision collective. Après tout, les titulaires du droit de participer à une décision n'ont généralement ni l'expertise suffisante, ni d'unité entre eux qui permettent de s'assurer du bien-fondé de leur opinion. Y compris dans les Parlements. Le fait de ne pas connaître le contenu des négociations ne nous semble donc pas être un argument dirimant. En outre, il est tout à fait possible d'envisager un mécanisme d'option dans les formulaires de soutien qui permettent aux signataires de soutenir la proposition « avec » ou « sans » le retrait. En cas de majorité de signataires défavorables au retrait, celui-ci deviendrait impossible. La solution n'est pas parfaite, mais elle n'est pas complexe : il est donc matériellement tout à fait possible d'envisager une possibilité pour les signataires de s'opposer au retrait de la proposition.

184. Les deux suivants paraissent plus pertinents, et ne peuvent pas être réellement contournés. Il s'agit une fois encore d'un choix idéologique. Il est incontestable que la procédure d'initiative populaire ne correspond pas **dans son intégralité** à un processus démocratique. En effet, partout où elle existe, elle est organisée par phases successives dont seule la dernière permet l'expression de la volonté populaire. Or, puisque les autres phases comprennent souvent une possibilité d'interruption de la procédure -et donc l'absence d'issue référendaire- il est assez logique de considérer que ces différentes phases ne répondent pas toutes aux mêmes impératifs. En clair : les phases précédant le déclenchement de la procédure

²¹⁷ Cf. infra, n°217 et s.

référendaire ne sont pas démocratiques en elles-mêmes, elles sont simplement l'expression d'un rapport de force politique où l'un des acteurs n'a pas le caractère d'un pouvoir institué. En outre, ces phases se prêtent aisément à la création d'un régime orienté vers la possibilité d'un compromis, ce à quoi correspondent le droit de retirer la proposition, l'absence d'exigences quant à la représentativité des comités lorsqu'ils existent, ou le fait que les délais soient suffisamment longs pour permettre à une dialogue de s'instaurer. Par conséquent, il paraît plus juste, juridiquement, de considérer que les phases précédant le processus référendaire répondent plus à un impératif d'institutionnalisation politique qu'à un impératif d'expression démocratique.

185. Mais le fait est que l'initiative populaire est généralement perçue **dans son entièreté** comme un processus démocratique, en France tout du moins²¹⁸ et que son utilité pratique réside pour partie dans cette perception. C'est parce qu'elle est perçue comme démocratique que l'initiative populaire est souhaitée, car elle permet aux citoyens d'augmenter leurs possibilités d'intervention sur un pouvoir lointain, à tout point de vue. Il y a là une ambiguïté particulière dont il faut respecter l'équilibre, même si elle ne constitue pas, à proprement parler, une problématique juridique.

186. Cette difficulté ne peut être tranchée entièrement ici : les termes du problème dépendent eux aussi du niveau de seuil. En effet, si est imaginé un seuil comparable à celui retenu pour l'initiative partagée, c'est-à-dire environ quatre millions et demi de citoyens, la possibilité de s'opposer devient une condition de l'acceptabilité politique du retrait : retirer une proposition soutenue par autant de citoyens devient un vrai problème. En revanche, si on retient un seuil bas -par exemple cinq cent mille personnes, comme en Italie- le retrait est bien moins problématique ; de plus, puisqu'il est opté pour une initiative populaire efficiente, praticable et donc institutionnalisée, il nous paraît plus logique de choisir l'impossibilité pour les signataires de s'opposer au retrait. Ce sera, ici, la solution que nous retiendrons.

187. Dans ce cadre, il va de soi qu'il est indispensable de prévoir une obligation d'information quant à la possibilité de retirer la proposition, les modalités de ce retrait, et le délai dans lequel il peut intervenir, et ce directement sur les formulaires de soutien à peine de nullité de l'initiative. Mais ceci se présente moins comme un droit des signataires que comme une exigence de bonne foi de la procédure elle-même : le soutien doit être un minimum éclairé. Cette obligation pourrait résulter de la loi, il n'est nul besoin de l'inscrire directement dans la Constitution. Nous poursuivrons donc en retenant un droit de retrait unilatéral, sans possibilité d'opposition des signataires, accompagnée d'une obligation d'information directement sur les formulaires de soutien.

188. Pour que ces prérogatives aient un sens, il faut qu'elles puissent être exercées concrètement, ce qui renvoie à la question des moyens à disposition des comités.

²¹⁸ Schott S., *op.cit.*, p. 8.

§2 : Moyens

189. Dans notre perspective, étant donné que leurs principales compétences seraient de rédiger le texte et d'en promouvoir les mérites, les comités disposeraient de deux principales séries de moyens pour pouvoir être en état de réaliser les missions qui en découlent : des moyens juridiques, et des moyens matériels. Si le premier point est suffisamment encadré par le droit des associations, puisque la constitution en cette forme confère la personnalité juridique et tous les droits afférents -et notamment la constitution d'un patrimoine propre- il n'en irait pas de même du second. La forme associative est, pour ainsi dire, « générique », au sens où elle est un cadre de base qui peut être enrichi ou appauvri par des dispositions spécifiques. Or si les compétences du comité n'appellent pas de moyens juridiques spécifiques²¹⁹, la promotion d'une initiative, en tant qu'elle est le point de départ d'un processus décisionnel collectif, qui engagerait à son terme la nation, implique quant à elle un encadrement spécifique. Nous n'évoquerons donc pas plus avant la question des moyens juridiques et nous concentrerons sur celle des moyens matériels.

190. Dans ce cadre, c'est évidemment la question financière qui retiendra notre attention dans la mesure où elle est particulièrement sensible. Dans cette perspective, nous verrons d'abord la difficulté d'estimer les coûts (I), puisque c'est un préalable nécessaire à toute évocation des questions financières, pour discerner ensuite la fraction de ces coûts qui reviendraient aux comités (II).

I : La difficulté d'estimer les coûts

191. Celle-ci provient évidemment du fait que l'on ne dispose pas d'éléments de comparaison qui soient parfaitement pertinents. En effet, les coûts sont liés aux choix qui sont opérés à chaque étape de la procédure, à son visage général, ainsi qu'à la taille du territoire et de la population du lieu de mise en œuvre ; ces trois éléments fonctionnent en synergie, de sorte qu'il est impossible de prendre un point de référence donné pour en déduire le coût d'une éventuelle procédure d'initiative populaire en France. En outre, il faut ajouter aux coûts financiers les éléments matériels qui ne s'évaluent pas en argent, tels que l'accès à une expertise juridique, ou politique, etc. qui pourraient soit être à disposition du comité à raison des compétences de ses membres soit lui être fournis par des acteurs extérieurs intéressés ; ce qui ne pose pas moins question en ce qui concerne les influences exercées sur le comité et donc sur la sincérité de la procédure. Néanmoins, cette question a déjà été évoquée dans le sous-paragraphe précédent, et ne le sera pas plus avant. Rappelons simplement que les comités ne devraient pas, selon nous, bénéficier de moyens particuliers sur ce point.

192. Pour ce qui concerne les coûts financiers, il est néanmoins possible de s'en faire une idée avec les éléments financiers qui ont été calculés au moment de l'élaboration du projet de loi organique pour la mise en œuvre du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution. Il va

²¹⁹ Comme d'ailleurs le souligne la circonstance que la forme associative est, de ce point de vue, bien adaptée aux partis politiques qui ont pourtant des fonctions plus variées.

de soi que cette démarche ne permettra pas de proposer un chiffrage précis, mais elle permettra de se faire une idée suffisante du type de montant auquel il faudrait s'att²²⁰endre en cas d'introduction de l'initiative populaire.

193. L'étude d'impact réalisée en 2010 a estimé à trois millions d'euros le coût de mise en place du site permettant de recueillir les signatures ; le projet de loi de finances pour 2015 a prévu une dépense totale d'environ 5 millions d'euros pour la réalisation des investissements nécessaires à l'initiative partagée²²¹. A ce coût initial qu'il ne faut payer qu'une fois il faudrait ajouter 600000 euros par initiative -liés au fonctionnement du site et au contrôle des signatures essentiellement²²²- ainsi que 350 000 euros de dépenses liées à la campagne de signatures (évaluation de la fiabilité du système de recueil et campagne d'information sur les modalités de recueil)²²³. Il faut noter que cette évaluation ne prend pas en compte les coûts liés à l'examen au Parlement de la proposition, non plus que ceux liés à l'organisation d'un référendum. Nous adopterons à présent la même démarche dans la mesure où ces coûts ne nous paraissent pas devoir être pris en considération puisqu'ils relèvent de l'exercice de la souveraineté ; l'évaluation comptable a ses limites : les nécessités liées aux formes dont la nation entend s'administrer nous semblent magistralement en faire partie. En outre, par nature, ce type de dépenses ne peut peser que sur les finances de l'Etat, au même titre que l'organisation d'une élection pour le renouvellement de l'Assemblée Nationale. Par conséquent, ce coût ne saurait entrer dans le cadre d'une réflexion sur les moyens matériels à mettre à la disposition des comités.

194. Il n'en va pas de même des coûts liés au recueil des signatures. Pour autant, dès lors que les comités ne sont pas responsables de cette récolte puisque celle-ci serait dématérialisée à l'aide d'équipements et de serveurs gérés par l'Etat, il paraît peu cohérent d'en faire peser la charge sur les initiants. Il en irait tout autrement si ce même recueil dématérialisé reposait sur les seuls comités, ce qui poserait des problèmes d'égalité, en sus de questions quant à la constitutionnalité d'une telle mesure. Mais puisque telle n'est pas l'hypothèse retenue, il n'y a pas lieu de s'y pencher plus avant. Les comités seraient libres d'engager ou non des fonds pour la campagne de promotion, étant entendu que, dès lors qu'ils feraient ce choix, ils devraient se soumettre aux règles relatives au contrôle des dépenses et sources de financement. En outre, les coûts liés à la campagne précédant un éventuel référendum étant l'objet d'un régime juridique beaucoup moins stable que celui prévalant pour les campagnes électorales, feront l'objet d'un développement spécifique.

²²⁰ Etant entendu que la configuration des modalités de recueil ne permet pas d'éclairer la question par les exemples étrangers.

²²¹ Ces coûts sont divisés entre, d'un côté, les investissements nécessaires au fonctionnement du mode de recueil et du contrôle de la validité des signatures (un peu moins de trois millions d'euros) et, de l'autre, l'aide au commune pour la mise en place de points d'accès à interne (un peu moins de deux millions d'euros). Voir l'avis n°2267 rendu le 09 octobre 2014 par la Commission des lois sur le projet de lois de finances pour 2015, pp. 27-28, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/budget/plf2015/a2267-tII.pdf>.

²²² *Ibid.*, p. 28.

²²³ Etude d'impact de décembre 2010 réalisée pour l'examen de la loi organique et de la loi ordinaire portant application du troisième alinéa de l'article 11 de la constitution, pp. 24-25, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/projets/pl3072-ei.pdf>, consulté le 14 août 2017.

II : La répartition entre l'Etat et les comités

195. Abstraction, la question des coûts d'une initiative semble appeler un propos centré sur leur ampleur et les facteurs l'affectant. Mais il faut ici se rappeler la spécificité d'une procédure dont la partie « récolte des signatures » est dématérialisée selon des modalités amenant une participation matérielle importante de la part de l'Etat. C'est pourquoi, ces développements se centrent sur la répartition des charges matérielles entre Etat et comités, démarche la mieux à même de donner une indication sur la charge financière induite par le déclenchement d'une initiative dans notre scénario. Nous verrons d'abord les éléments pris en charge par l'Etat (A), puis ceux pris en charge par les comités (B).

A : Les éléments pris en charge par l'Etat

196. Il est tout à fait possible d'imaginer de faire supporter le coût du recueil des soutiens aux seuls comités, y compris en cas de recueil dématérialisé.

197. La première condition serait d'offrir le choix à chaque comité d'opter pour un recueil dématérialisé, d'un recueil par voie papier à l'aide de formulaires imprimés par leurs soins, ou les deux. En cas de recueil dématérialisé, il faudrait imposer un certain nombre de normes standard de qualité et de fonctionnement du site, qui seraient adoptées par décret. En cas de recueil par voie papier, il suffirait de créer un formulaire type que les comités imprimeraient et distribueraient en fonction de leurs besoins. Mais cette hypothèse implique des difficultés majeures.

198. D'abord, renoncer à un site unique, et donc à tous les avantages que cela procure en terme de lisibilité pour les signataires. Même avec un système de standard de qualité imposé par voie réglementaire, il y aurait probablement des différences de qualité entre les différents sites proposés par les différents comités, différences en partie liées aux différences de moyens existantes entre les mouvements à l'origine des différentes initiatives. Cela amènerait donc un problème d'égalité qui, au-delà du risque d'inconstitutionnalité, poserait un vrai problème de viabilité de la procédure.

199. Ensuite, et dans le même ordre d'idées : cela aggraverait les inégalités inévitables quant aux chances de réussite d'une initiative entre les comités. Plus le comité sera soutenu par des mouvements structurés et bien implantés au niveau national, plus l'initiative aura des chances de connaître une issue favorable. Ceci, évidemment, est une assertion vraie dans toutes les hypothèses et quelle que soit la forme générale de la procédure. Mais laisser peser la charge du recueil intégralement sur les comités en aggraverait l'impact, ne serait-ce qu'en raison des coûts évidents engendrés par une campagne d'information au niveau national²²⁴. En outre, il est assez probable, comme nous le verrons, que le niveau du seuil de signatures requis

²²⁴ L'étude d'impact déjà évoquée envisageait un coût de 250 000€ simplement pour une campagne médiatique visant à informer les citoyens des modalités de soutien dans le cadre de l'initiative partagée. Voir l'étude d'impact relative à l'instauration d'un référendum d'initiative partagée, *op.cit.*, pp. 24-25.

en cas d'introduction de l'initiative populaire en France serait plutôt élevé, ce qui aggrave encore le constat précédent.

200. Sur ce même point, et plus généralement, cela crée une contrainte particulière sur le choix du quorum de signatures requis, dans la mesure où le coût financier impliqué par le site internet dépend pour partie du niveau de seuil retenu, tant pour sa mise en place que pour son entretien. Les coûts liés aux serveurs permettant de faire fonctionner les sites, par exemple, augmentent à proportion du nombre de connexions envisagé. Quant au recueil « papier », sa faisabilité décroît à mesure que le seuil augmente, et il y a fort à parier qu'un seuil très élevé - plusieurs millions d'électeurs par exemple - ne pourrait être atteint que par des mouvements très bien organisés, ou bien représentés sur tout le territoire. Dès lors, opter pour un financement exclusif du recueil par les comités amènera soit à retenir un seuil bas pour éviter de stériliser la procédure, soit, précisément, à stériliser la procédure en excluant *de facto* les mouvements trop démunis financièrement, ce qui enlèverait une bonne partie de son intérêt à l'introduction d'une initiative populaire.

201. Pour toutes ces raisons, la mise en place et l'entretien du site internet permettant le recueil des soutiens devraient incomber exclusivement à l'Etat

202. Nous nous appesantirons sur les modalités de recueil des soutiens ultérieurement, mais il faut ici signaler qu'en cas de possibilité d'un recueil par voie papier, il faudrait, en conséquence de la prise en charge par l'Etat du recueil dématérialisé, prévoir une mise à disposition des formulaires papier par l'administration. Ceci représenterait également une charge financière pour l'Etat.

203. Il se pourrait également envisager, à chaque initiative, une campagne d'information minimale, assumée par l'Etat ce qui, on l'a déjà dit, aggraverait le coût général de la procédure. La démarche permettrait d'accroître la visibilité de la procédure, et pourrait être utile, au moins durant les premiers temps de l'existence du processus. Cependant, à terme, il pourrait être moins nécessaire d'envisager un support médiatique, *a fortiori* si la procédure d'initiative populaire est utilisée avec régularité, car elle deviendrait assez rapidement une modalité connue de prise de décision. Ainsi, une notice d'information sur le site du ministère de l'intérieur, par exemple, pourrait devenir suffisante, l'information par voie médiatique étant laissée à la charge des comités. Il reste que des dépenses de propagande pourraient s'avérer nécessaires, et constituerait dès lors une charge supplémentaire pour les finances publiques.

B : Les éléments pris en charge par le comité

204. Etant donné tout ce qui vient d'être dit, il ne resterait à financer par les comités que la campagne de promotion du recueil. Le coût de cette dernière est évidemment aléatoire, mais c'est également à ce stade que l'argent peut authentiquement devenir un problème majeur pour la crédibilité de la procédure toute entière. Même si le foyer d'inégalités était plus réduit ici qu'ailleurs en raison des choix relatifs aux modalités de récolte des soutiens, les dépenses

de propagande pourraient entraîner ce type de difficultés ; en effet la promotion de l'initiative est, en soi autonome puisqu'il faut aller chercher des signataires. Par ailleurs, un seuil élevé accroîtrait la difficulté d'atteindre le quorum et, partant, la nécessité d'engager une campagne de promotion. Or, les moyens engagés pour convaincre ont un impact sur les chances d'y parvenir²²⁵, et donc sur l'accès à la suite de la procédure, notamment son issue référendaire. Par conséquent, les inégalités de moyens financiers dans la campagne de recueil des soutiens peuvent se répercuter également sur la lutte idéologique qu'encadre normalement la campagne politique. Ainsi, laisser totalement libres les comités d'engager les ressources qu'ils veulent, et comme ils l'entendent risquerait de mettre partiellement en échec l'encadrement même de la campagne référendaire.

205. Dès lors, il paraît plus conforme à l'esprit général se dégagant de la législation en vigueur d'envisager également un encadrement des dépenses effectuées dans la campagne de recueil des soutiens par le comité. En outre, en toute hypothèse, on ne saurait laisser les comités totalement libres d'engager leurs ressources comme ils l'entendent, pour les raisons déjà évoquées de risque d'influence d'acteurs extérieurs aux comités dans le financement des dépenses. Cependant, ces aspects relevant matériellement du contrôle de la campagne de récolte des signatures, ils seront abordés dans ce cadre.

206. La structuration du déclenchement de l'initiative dans des associations partiellement spécifiques appelées « comités » permet donc l'imposition d'un cadre normatif favorable à l'institutionnalisation du processus d'initiative populaire. Pour ce qui nous intéresse, on espère avoir démontré que ce choix permettait de trouver un équilibre satisfaisant entre une liberté d'agir qui doit demeurer le principe à ce stade, et l'indispensable correction par le droit des principaux effets néfastes que cette liberté induit. Ceci se manifeste tant dans la souplesse permise par la transposition de la loi du 1^{er} juillet 1901, que dans les possibilités d'encadrement supplémentaires dont la mesure peut varier selon l'aspect général que l'on veut donner à cette phase de la procédure. Cet encadrement serait d'autant plus efficace qu'il est tout à fait possible d'envisager un contrôle du respect des dispositions relatives à la constitution des comités avant même toute récolte ce qui, d'ailleurs, ferait de la décision relative au respect de ces prescriptions le point de départ du délai de recueil des signatures.

207. Plus largement, il découle des propos qui précèdent que l'idée selon laquelle la reprise adaptée du droit existant peut tout à fait s'enchaîner dans une démarche d'imagination d'un scénario équilibré paraît renforcée. Il devient donc possible d'envisager l'autre grande étape pour que l'initiative soit constituée, à savoir la récolte des signatures.

²²⁵ De façon nuancée toutefois, voir sur ce point Gerstlé J., « L'information et la sensibilité des électeurs à la conjoncture », *Revue française de science politique*, (n°5), 1996. pp. 731-752. Sur l'ensemble de la question, voir Aldrin P., Hubé N., *Introduction à la communication politique*, éd. De boeck supérieur, 2017, 365 p.

CHAPITRE 2 : PASSER LE FILTRE DES SIGNATURES

208. La récolte des signatures est un élément fondamental des procédures d'initiative populaire, puisqu'elle en constitue un des aspects déterminants pour la définition du processus. Sa fonction est évidemment de filtrer les initiatives, pour éviter de surcharger l'agenda institutionnel. Ainsi, lorsque le seuil requis pour l'initiative populaire fédérale suisse a été revu à la hausse, l'objectif était bien de limiter le « pullulement » d'initiatives²²⁶. Il constitue donc un obstacle à franchir pour les comités et, à ce titre, est particulièrement susceptible d'entraîner l'utilisation par ceux-ci de moyens divers, qu'on peut rattacher à la propagande, pour maximiser leurs chances de le franchir. Le filtre par les signatures est donc le premier moment où l'initiative devient véritablement un phénomène intégrant le débat public. Il découle de ce qui précède que la récolte est à la fois un élément important pour le processus lui-même, mais aussi pour la vie politique et, partant, pour la vie institutionnelle. Le niveau du filtre, le délai imposé pour la récolte des signatures, les modalités de recueil, notamment, peuvent avoir une influence sur l'utilisation politique qui serait faite du processus. Tout d'abord en lui conférant un caractère plus ou moins accessible au plus grand nombre, ou au contraire difficile d'accès. Ensuite en prévoyant une plus ou moins grande intervention des autorités de l'Etat dans la phase de récolte, selon les règles imposées. C'est enfin à ce stade que sont le plus susceptibles de se manifester les questions liées à l'influence de l'argent dans le processus. Particulièrement, en Californie, la phase de récolte des signatures est devenue un véritable marché : des acteurs professionnels proposent en effet d'en assurer le recueil et la publicité contre rémunération²²⁷ ce qui, conjugué aux particularités du financement des campagnes référendaires et étant donné l'attrait pour les acteurs les plus riches de l'Etat envers un procédé permettant l'adoption d'une norme, a fait de cet Etat un symbole de ce que peut être le poids de l'argent dans un processus d'initiative populaire²²⁸. L'encadrement de ce qu'on pourrait appeler le « moment pétitionnaire » a donc un impact majeur sur des aspects fondamentaux de la procédure toute entière. Il offre par ailleurs des opportunités d'envisager l'institutionnalisation du processus. Par son existence même, il conditionne l'impact de l'initiative populaire sur la vie publique en en définissant largement la mesure. Il en va de même de la façon dont il est organisé. Les modalités de récolte ou la définition des acteurs et de l'espace de la campagne que celle-ci implique, par exemple, jouent un rôle important à cet égard. L'encadrement par le droit définit pour une large part l'ampleur de cette influence : selon que le seuil est élevé ou non, que la campagne

²²⁶ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le relèvement du nombre de signatures requis pour l'initiative et le référendum du 09 Juin 1975, p. 145, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.amsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?ID=10101204>, consulté le 19 septembre 2017.

²²⁷ C'est en raison du caractère causal, en l'occurrence, de la possibilité de commercialiser ce genre de services que l'on désignera le processus sous le terme « professionnalisation », même s'il ne fait pas directement référence à l'objet monétaire.

²²⁸ Clawson D., « *Politics is money* », Actes de la recherche en sciences sociales, 2001/3 (n°138), pp. 34-46. ; Mbongo P., « L'industrie des votations populaires aux États-Unis », RFDC, 2015/1 (n° 101), pp. 97-120.

est réservée aux seuls partis politiques ou plus ouverte sur l'ensemble de la société, selon les délais imposés ou les règles à respecter, l'impact sur les institutions, le débat public, ou l'initiative populaire elle-même ne sera pas le même. C'est dans cette optique que le dispositif doit être envisagé.

209. Cet encadrement se dirige dans deux directions principales : la définition du filtre en lui-même²²⁹, qui fixe le cadre de l'obstacle qu'il constitue, et le dispositif régissant le recueil des signatures, qui fixe celui des moyens par lequel les comités peuvent le surmonter. Les deux objets étant différents²³⁰, ils seront abordés séparément, en commençant par la définition du filtre, sans laquelle les opérations de récolte n'auraient aucun sens. Il faut tout de même souligner que ces deux aspects de l'encadrement du filtre des signatures fonctionnent en synergie. Ainsi, un seuil de signatures requis qui serait très élevé pourrait annihiler la procédure en la rendant impraticable, mais un seuil trop bas en ferait un élément très perturbant pour le bon fonctionnement des institutions. Une récolte qui serait dématérialisée relativiserait l'impact du niveau de ce seuil - dans une certaine mesure - tout comme, par exemple le délai imposé pour cette récolte. Par conséquent, les deux éléments – seuil et opérations de récolte - sont à la fois indissociables et autonomes - dans une certaine mesure.

Section 1 : Encadrer le filtre

210. Il existe en droit interne un dispositif d'encadrement prévu pour un objet rigoureusement identique, à savoir la récolte des signatures nécessaires pour faire aboutir une initiative déclenchée dans le cadre de l'initiative partagée. Il est d'ailleurs assez original eu égard aux dispositifs existants dans les pays pratiquant l'initiative populaire. Ainsi le quorum qui est exigé est de 10% du corps électoral, contre 5% du nombre de participants à la dernière élection du Gouverneur en Californie²³¹, un peu moins de 2% en Suisse, ou encore environ 1% en Italie, les pourcentages des deux derniers se calculant à partir du corps électoral. De même, le recueil y est dématérialisé, et assuré par l'Etat alors qu'il se fait sur papier et est assuré par les initiants dans les Etats précités. Des solutions aussi divergentes méritent d'être éclairées.

211. Or, puisque l'initiative partagée n'a jamais été pratiquée, il semble difficile de mettre ces divergences en perspective et donc de s'appuyer sur tout le droit existant, d'autant plus que le niveau élevé du quorum à atteindre pourrait être un facteur de cette absence d'usage. On peut cependant essayer de contourner la difficulté en cernant dans l'abstrait les questions posées par le moment pétitionnaire, en « pensant le filtre » (§1). En faisant ainsi ressortir les conséquences possibles des choix présidant à l'encadrement, ceci devrait permettre de proposer un scénario d'encadrement pour la partie « statique » du filtre (§2).

²²⁹ Le niveau du quorum de signatures exigé, le délai imposé pour la récolte, par exemple.

²³⁰ L'un fixant les règles générales de la phase pétitionnaire, l'autre encadrant son processus de mise en œuvre.

²³¹ Const. of California, art II, sect. 8 (b).

§1 : Penser le filtre

212. Si on veut envisager les questions posées par le filtre, c'est pour faire ressortir des directions que pourrait prendre le dispositif d'encadrement sur ce point. Il n'est pas suffisant de poser les questions, il faut évaluer leur pertinence et les mettre en perspective. Nous allons donc d'abord faire ressortir les caractères du filtre, qui déterminent ces questions, qui les produisent (I), pour ensuite souligner les enjeux en découlant (II).

I : La caractérisation du filtre

213. Selon le niveau retenu quant au quorum de signatures exigées, le filtre peut avoir des effets variables. S'il est très bas, il peut avoir pour seul effet d'écarter les requêtes ineptes, dangereuses ou absurdes. S'il est très élevé, il pourra correspondre à d'autres ambitions. On peut penser qu'un seuil élevé permet d'obtenir quelques informations sur les chances de l'initiative à l'emporter. La récolte devient dès lors la première étape de la « construction d'une majorité »²³², le filtre est censé permettre de fournir une indication sur l'intérêt que suscite la question dans le corps électoral²³³.

214. Il est alors tentant de chercher à le légitimer, à lui conférer une valeur particulière, pour justifier celle du quorum, de sorte que l'on peut s'interroger : a-t-il pour seule fonction de trier sur une base quantitative, ou d'autres propriétés permettent-elles de conférer aux initiatives qui le franchissent certaines garanties²³⁴? Une analyse de la mise en relation de sa dynamique de fonctionnement avec l'espace dans lequel il est appelé à se déployer, à savoir un corps social, amène à constater son caractère arbitraire (B), circonstance qu'on ne peut dépasser puisque filtrer de cette façon est inévitable (A).

A : Un filtrage inévitable

215. Il est assez évident qu'une procédure dont le lancement est ouvert à une poignée d'individus, et permettant éventuellement une issue référendaire nationale peut entraîner mécaniquement un nombre important de requêtes référendaires. Ainsi, en Suisse, l'on comptait, en mars 2016, 23 initiatives en cours²³⁵. Alors même qu'il n'y a pas, de l'autre côté

²³² Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le relèvement du nombre de signatures requis pour l'initiative et le référendum du 09 Juin 1975, *op.cit.*, p. 146

²³³ Comme le souligne l'intervention d'Arnaud Montebourg à l'Assemblée Nationale, dans le cadre du débat sur l'introduction du dispositif actuellement prévu à l'alinéa 3 de l'article 11 de la Constitution : « *Dans la mesure où ce dispositif est destiné à construire une majorité, il doit atteindre un certain niveau, et nous avons à cet égard repris la proposition du comité Ballardur qui l'avait fixé à un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales* ». JORF, n°37 [3] A.N. (C.R) du vendredi 23 mai 2008, p. 2388. En ligne :

²³⁴ De chances de l'emporter en votation, de compatibilité avec le système en vigueur...

²³⁵ Chiffres fournis par la Chancellerie Fédérale et obtenus en agglomérant les initiatives pendantes à tous les stades de la procédure. Ce chiffre, s'il éclaire l'importance du nombre de requêtes référendaires, ne préjuge nullement du nombre de votations effectivement organisées, puisqu'il ne tient pas compte des possibilités d'interruption de la procédure. Voir, sur le site internet de la chancellerie :

des Alpes, de contrôle juridictionnel approfondi²³⁶, ce volume de requêtes entraîne des délais de traitement assez longs²³⁷.

216. En outre, malgré son caractère libéral, la procédure suisse implique de nombreuses étapes de contrôle²³⁸, sans même parler de la récolte des signatures. On peut donc postuler une forme d'autocensure de certains individus ou groupements certes intéressés, mais qui n'ont pas la capacité d'investissement suffisante pour s'engager dans une démarche assez lourde.

217. Or, un nombre trop important de requêtes risque de paralyser la procédure. L'encombrement de requêtes référendaires peut entraîner un volume très important de votations et induire ainsi une forme de désintérêt. Plus directement, et puisque la proposition doit être contrôlée, un afflux excessif de requêtes allongerait les délais de traitement par les autorités chargées de ce contrôle, ce qui pourrait finir par paralyser l'initiative populaire, ou même engendrer des difficultés pour la vie institutionnelle toute entière.

218. De surcroît, quelques éléments factuels semblent indiquer, par analogie, que le filtrage est indispensable, tant est forte la possibilité que la majorité des requêtes référendaires soient le fait de groupements « farfelus ». Ainsi, le recours *d'amparo*²³⁹ a été révisé en 2007 pour instituer certains critères de recevabilité²⁴⁰, une façon d'alléger la charge de travail du Tribunal Constitutionnel assailli de requêtes²⁴¹, dont « à peine 4% sont résolues par un arrêt en bonne et due forme »²⁴²²⁴³.

219. Plus proche de nous, l'instauration de la saisine directe du Conseil Supérieur de la Magistrature par la révision du 23 Juillet 2008 offre une comparaison intéressante. Sur toutes les plaintes enregistrées depuis 2011 par l'institution, seulement 2 % ont été reçues²⁴⁴. Parmi les plaintes irrecevables, 76.7% ont été jugées « manifestement irrecevables » et 20.6% « manifestement infondées »²⁴⁵. La seconde catégorie correspond aux requêtes

https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_1_3_1_1.html, consulté le 19 septembre 2017.

²³⁶ Absence de contrôle de constitutionnalité par une Cour Constitutionnelle, et contrôle d'admissibilité matérielle exercé avec grande retenue par le Parlement. Sur ce dernier point, voir Taillon P., *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ?*, Dalloz, 2011, pp. 204-206.

²³⁷ Un tableau des délais de traitement appliqués aux dernières initiatives est disponible sur le site de la Chancellerie à l'adresse suivante : https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_1_3_1_5.html. A titre d'exemple, l'on peut citer l'initiative intitulée « Pour une économie durable et fondée sur une gestion efficiente des ressources (économie verte) » qui n'a fait l'objet d'une décision du Parlement que plus de trois ans après son lancement.

²³⁸ Les initiatives sont contrôlées avant la récolte, les signatures après, et le Parlement connaît du texte selon une procédure assez complexe, développée infra n°602 et s.

²³⁹ Possibilité pour les citoyens espagnols de saisir directement le juge constitutionnel d'une possible atteinte à leurs droits constitutionnellement protégés. Voir l'article 54 de la Constitution espagnole.

²⁴⁰ Bon P., « Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007 », *in*. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, *Le dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 70.

²⁴¹ 11471 recours en 2006, chiffres disponibles en ligne sur le site du tribunal constitutionnel : www.tribunalconstitucional.es.

²⁴² Bon P., *op.cit.*, p. 67.

²⁴³ Löhner D., *La protection non-juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, LGDJ, 2014, pp. 94-98.

²⁴⁴ Rapport annuel d'activité, p. 113. Disponible en ligne :

http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/rapports_activite/csm_rapport_activite_2014.pdf,

²⁴⁵ *Ibid.*, pp. 114-115.

« fantaisistes »²⁴⁶. La première, bien que constituée de demandes plus sérieuses, n'en pose pas moins de vraies questions quant à la capacité de la majorité des justiciables à défendre leur cause dans des conditions juridiquement satisfaisantes²⁴⁷²⁴⁸.

220. L'analogie doit être relativisée. En effet, il s'agit ici de requêtes individuelles, formulées qui plus est par des personnes s'estimant lésées ou traitées injustement. Il y a donc un biais tant sur la population que sur le périmètre de la comparaison, car les requêtes référendaires sont collectives et, même si le groupe constituant le comité est restreint, il n'en demeure pas moins que toute décision collective implique une forme de « lissage » et, en tout hypothèse, procède, pour les individus qui constituent le groupe, d'un processus décisionnel différent²⁴⁹ qui restreint le volume des requêtes « fantaisistes ».

221. Reste que, même en admettant que cela diminue ce risque, cela ne l'anéantit pas. Par conséquent, il apparaît inévitable de prévoir un ou plusieurs « filtres », c'est-à-dire d'étapes obligatoires de la procédure à l'issue desquelles certaines requêtes seraient éliminées.

222. Seulement, ce filtrage ne peut être assuré directement par une autorité publique. En effet, dans cette hypothèse, la ou les autorités publiques chargées du filtrage seraient directement confrontées à la première masse de requêtes, sans aucun travail préalable de sélection en amont. Elles seraient donc concernées par ce même phénomène d'engorgement, ce qui risquerait de paralyser l'exercice de leurs autres missions, dans l'hypothèse d'un contrôle exercé par une autorité déjà existante. Evidemment, on peut toujours envisager la création d'une autorité spécifiquement dédiée à cette mission. Mais comment pourrait-elle filtrer efficacement ? En effet, une autorité publique ne saurait filtrer en opportunité, car cela reviendrait à donner un pouvoir politique, soit à une autorité juridictionnelle - ce qu'elle n'aurait aucune légitimité pour faire - soit à une autorité politique ce qui, à ce stade, anéantirait l'intérêt de la procédure. Reste la possibilité de lui confier une fonction juridictionnelle, ce qui implique par conséquent d'établir des critères qui constitueraient les règles d'admissibilité. Seulement, l'admissibilité matérielle, impliquant bien souvent une interprétation de la Constitution, semble *a priori* revenir presque « naturellement » au Conseil constitutionnel²⁵⁰. Quant à l'admissibilité formelle, s'agissant de règles de pure forme, son

²⁴⁶ Le terme est issu du rapport. Plus précisément, ce dernier souligne que « ces dernières décisions peuvent s'analyser comme la réponse négative à des plaintes qui, si elle satisfont formellement aux critères de recevabilité imposés par le législateur organique, peuvent être d'emblée écartées car elles présentent un caractère abusif ou traduisent une analyse du comportement d'un magistrat en contradiction manifeste avec les éléments du dossier, ou portent des accusations fantaisistes, ne s'appuyant sur aucun début de preuve qui permettrait de donner crédit aux accusations portées », *Ibid.*, p. 115.

²⁴⁷ Le rapport affirme en effet que « parmi les décisions d'irrecevabilité manifeste, la confusion entre critique du comportement d'un magistrat et contestation de la décision de justice constitue la grande majorité des motifs de rejet des plaintes directes. Ainsi, entre 2011 et 2014, 67,4% des requêtes ont été rejetées pour ce motif » *ibid.*, même page.

²⁴⁸ Il est nécessaire de préciser que la représentation par un avocat n'est pas obligatoire pour l'exercice de ce droit de saisine, et qu'il est très largement exercé sans passer par un professionnel du droit, puisque seulement 30 requêtes sur les 1278 enregistrées par le CSM ont été présentées par un avocat, *ibid.*, p. 113.

²⁴⁹ Heitz J.-M., « La décision : ses fondements et ses manifestations. », RIMHE : Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise 2013/1 (n°5), pp. 106-117.

²⁵⁰ Sur ces deux points, voir *infra* n°416 et s.

pouvoir filtrant est très limité en outre, puisque le contrôle de la validité des signatures en relève également²⁵¹, cela impliquerait une double intervention de l'autorité concernée.

223. Il y a donc de sérieuses raisons de penser qu'en pratique, ce type de filtrage n'est pas réalisable.

224. Quand bien même cela serait possible, il y a peu de chances que ce type d'hypothèse – qui n'existe pas à l'étranger – soit adoptée par des parlementaires peu familiarisés avec ces procédures et peu favorables à l'élaboration d'une procédure ascendante, si on se fie en tous cas aux débats parlementaires ayant eu lieu sur l'initiative partagée²⁵².

225. Enfin, il n'est pas certain que ce soit souhaitable. En effet, la difficulté de compréhension des critères de recevabilité par les citoyens, soulignée par le CSM dans son rapport pour ce qui concerne la possibilité individuelle de le saisir, alors même que les critères en question ne sont pas d'une excessive technicité,²⁵³ est tout à fait transposable à ce qui nous occupe. Or, un « filtre » exercé par une ou plusieurs autorités publiques reposerait nécessairement sur des critères explicites, et impliquerait donc une certaine maîtrise technique dont l'exemple du CSM permet de penser qu'il est excessif et contre-productif de l'exiger de citoyens non-juristes.

226. En somme, le filtrage par les signatures doit être vu pour ce qu'il est : un « tamis » purement arbitraire, dont l'existence est justifiée par des raisons fonctionnelles uniquement. C'est parce qu'un filtre est indispensable, et que cette voie-là présente l'avantage de ne pas faire peser de charge excessive sur les pouvoirs publics, tout en étant revêtue à tort ou à raison d'une légitimité populaire, que le *quorum* de signatures existe. Au fond, il s'apparente assez exactement aux parrainages exigés pour la candidature à l'élection présidentielle, dont il est tout à fait assumé qu'ils ne servent qu'à éviter une prolifération de candidatures.

B : Un filtrage arbitraire

227. Comme souligné précédemment, il est tentant d'imaginer que la récolte soit l'occasion de mesurer l'intérêt du corps électoral et donc la capacité de l'initiative à être adoptée. Seulement, il est loin d'être établi que l'intérêt du corps électoral ou d'une fraction de celui-ci soit réellement préexistant, ou en tous cas qu'il le soit systématiquement. Présumer que cette méthode de filtrage permet de mesurer l'intérêt par la proposition n'a rien de scientifiquement incontestable. Pas plus, d'ailleurs, que l'idée selon laquelle le fait de soutenir une requête

²⁵¹ Cf. infra n°416 et s.

²⁵² Voir, notamment, la partie de la séance du 22 mai 2008 portant sur cette question.

²⁵³ Le CSM, dans son rapport, les résume comme suit : « une plainte ne peut être dirigée contre un magistrat qui demeure saisi de la procédure, s'agissant d'un magistrat du siège (art. 50-3 précité) ou lorsque le parquet ou le parquet général auquel il appartient demeure chargé de la procédure, elle ne peut être présentée après l'expiration d'un délai d'un an suivant une décision irrévocable mettant fin à la procédure, elle doit contenir l'indication détaillée des faits et griefs allégués, elle doit être signée par le justiciable et indiquer son identité, son adresse ainsi que les éléments permettant d'identifier la procédure en cause. », rapport d'activités CSM, *op.cit.*, p. 113.

référendaire par sa signature engage suffisamment pour que soit envisagée la « construction d'une majorité », qui en est la conséquence logique²⁵⁴.

228. Sur le premier point, le caractère contestable de cette affirmation repose sur l'idée que la signature et surtout son absence manifeste un intérêt préexistant, fondement décisif pour assurer que la récolte des signatures permette de « mesurer » quelque chose.

229. En effet, il y a de nombreux sujets qui, en raison de leur technicité, ou du faible écho médiatique qu'ils suscitent, peuvent ne pas soulever d'intérêt particulier chez la quasi-totalité des citoyens. Ce n'est pas pour autant qu'ils sont illégitimes. On peut même envisager que l'initiative populaire soit utilisée précisément pour en constituer un en objet politique légitime. Ainsi, la cause environnementale en général n'a pas toujours été un sujet publiquement intéressant²⁵⁵ et, encore aujourd'hui, certains aspects pourtant fondamentaux ne sont que rarement abordés dans le débat politique général. S'agissant d'un sujet technique, il y a lieu de postuler que ce manque d'intérêt n'est pas un reflet de l'état de l'opinion sur la question, mais plutôt d'un ensemble de causes dont beaucoup sont extérieures à l'intérêt des individus.

230. Or, ce désintérêt, ne reposant sur aucune cause objective ou directement imputable à une opinion discernable du corps électoral, ou même d'une fraction de celui-ci, ne peut aucunement permettre de justifier, par exemple, le faible écho médiatique, dans la mesure où celui-ci peut tout aussi bien être une cause du phénomène en question.

231. Plus largement, cela renvoie aux conclusions que l'on tire des outils mesurant l'état de l'opinion sur un sujet donné, à un moment donné. Sans entrer dans l'éternelle querelle sociologique sur la validité scientifique des sondages, il est certain qu'ils ne fournissent qu'un instantané. En effet, interrogeant des individus sur des sujets à propos desquels il y a tout lieu de présumer qu'ils ne disposent pas de connaissances particulières et souvent, pas d'avis préconçu²⁵⁶, ils fournissent des résultats extrêmement contingents et partant, susceptibles d'évolutions telles, qu'elles peuvent rendre fausses le mercredi ce qui était vrai le lundi. C'est d'ailleurs pour cela que l'affirmation selon laquelle les sondages ne sont pas faux n'est pas contradictoire de celle selon laquelle l'opinion - qu'ils mesurent - se « fabrique »²⁵⁷.

232. Le raisonnement est transposable aux soutiens par les signatures dans le cadre d'une initiative populaire. La condition est d'avoir à l'esprit que la récolte étant soumise à un délai

²⁵⁴ Quant à l'idée, évoquée dans les débats suisses précités, selon laquelle un seuil assez élevé permet de garantir que les comités aient une capacité organisationnelle suffisante pour faire ensuite campagne pour le oui, elle n'est pas transposable dans notre contexte, dans la mesure où les comités d'initiateurs n'auraient que peu d'influence lors de la campagne référendaire. Cf. infra, n°1256 et s.

²⁵⁵ Le score extrêmement faible de René Dumont -premier candidat écologiste à l'élection présidentielle- peut être considéré comme un indicateur pertinent de ce constat.

²⁵⁶ Bourdieu P., « L'opinion publique n'existe pas », disponible en ligne au lien suivant : <http://www.acrimed.org/L-opinion-publique-n-existe-pas>. Sur la question de l'opinion publique comme concept : Luhmann N., Traduit de l'allemand par Berlan A., « Complexité de la société et opinion publique. », Tracés 2015/3 (n° 29), pp. 165-180 ; Kaufmann L., « L'opinion publique ou la sémantique de la normalité. », Langage et société 2002/2 (n° 100), pp. 49-79 ;

²⁵⁷ Meltz R., « Lorsque le Quai d'Orsay dictait des articles : la fabrication de l'opinion publique dans l'entre-deux-guerres. », Relations internationales 2013/2 (n° 154), p. 33-50 ; Boullier D., « La fabrique de l'opinion publique dans les conversations télé. », Réseaux 2004/4 (no 126), p. 57-87.

plus long que la réalisation d'un sondage, un désintérêt absolu initial peut s'atténuer en cours de récolte. C'est précisément pour cela que l'on peut parler de « campagne de récolte des signatures ».

233. Mais s'il ne signifie pas que l'on mesure un intérêt préexistant, le filtre par les signatures peut encore signifier que dès lors qu'il y a campagne - et donc entreprise de conviction- un échec à les réunir renforce la validité de sa fonction de « mesure d'intérêt » puisqu'il s'agirait à ce titre également d'un échec à susciter, précisément, cet intérêt. Mais ce type d'affirmation souffre d'une trop grande abstraction. Ainsi, elle fait fi des « effets de campagne »²⁵⁸ pouvant affecter les opinions individuelles qui entraînent des distorsions dans les niveaux d'intérêt portés par chacun sur un sujet donné ; ces distorsions étant sans grand rapport avec des considérations objectives ou rationnelles²⁵⁹.

234. Ces variations permettent également de relativiser l'idée selon laquelle le recueil des signatures permettrait de « constituer une majorité », c'est-à-dire de créer une base à partir de laquelle on pourrait envisager que le référendum ait plus de chance de déboucher sur une adoption. Si l'opinion varie, elle peut également varier une fois les signatures obtenues. L'expérience montre d'ailleurs que c'est souvent le cas. On peut citer à cet égard le référendum de 2005 sur le T.E.C.E, qui, considéré au départ comme une formalité, a fini par déboucher sur un « non » dont on parle encore plus de dix ans plus tard²⁶⁰. En outre, les signataires n'ayant rien de nécessairement représentatifs de l'ensemble du corps électoral, une campagne de signatures réussie ne permet nullement de tirer des conclusions s'agissant du référendum subséquent. A cet égard, il est intéressant de noter que la majorité des initiatives suisses sont rejetées. Certes, une initiative ayant passé un seuil élevé de signatures a plus de chances de voir la proposition qu'elle porte adoptée lors du référendum²⁶¹ - de sorte qu'il est vrai que la campagne de recueil a un impact sur l'issue du référendum - néanmoins, il est difficile de discerner la part du seuil de signatures sur ce point, dans la mesure où il est également avéré qu'une fraction significative des souteneurs ne vote pas en faveur de la proposition lors du référendum²⁶². Par conséquent, si aucune conclusion définitive ne peut être tirée sur cette question, il est en revanche certain que l'idée d'une campagne de récolte comme permettant de constituer un socle de futurs votants doit être nuancée.

235. Ce caractère inévitable et arbitraire intéresse au premier chef le dispositif d'encadrement, et, à titre principal, la partie de celui-ci qui concerne le niveau du quorum de

²⁵⁸ Sur cette notion, en l'occurrence appliquée aux variations d'opinion sur un enjeu électoral –le nucléaire- dans le cadre d'une campagne présidentielle –celle de 2012- voir Brouard S., Gougou F., Guinaudeau I., Persico S., «Un effet de campagne. Le déclin de l'opposition des français au nucléaire en 2011-2012», Revue française de science politique 2013/6 (Vol. 63) , pp. 1051-1079.

²⁵⁹ Ainsi, dans l'article précité, quatre variables sont proposées pour expliquer les variations d'opinion sur le sujet « nucléaire » : la médiatisation, l'intérêt porté à la campagne présidentielle en général, le degré de politisation, et « l'effet de cadrage » c'est-à-dire l'angle sous lequel un sujet est présenté : *Ibid.*, pp. 1069-1070.

²⁶⁰ Perraudeau E., « Les Français dans le miroir européen. Le référendum du 29 mai 2005. », Pouvoirs 2006/1 (n° 116) , pp. 149-161.

²⁶¹ Magleby D. "Ballot access for initiatives and popular referendums : the importance of petition circulation and signatures validation procedures", The Journal of Law and politics, 1985, p. 294.

²⁶² *Ibid.*, p. 302. L'auteur indique une proportion d'un souteneur sur deux qui ne votent pas, finalement, pour la proposition, mais les données sur lesquelles il se fonde étant anciennes, nous ne saurions, aujourd'hui, être aussi précis.

signatures requis et les délais imposés pour la récolte puisque ces éléments déterminent la rigueur de l'obstacle, du filtre²⁶³. Pour autant, le simple fait de mettre ces caractères en évidence ne suffit pas à en déduire des directions quant à cet encadrement puisque, comme on l'a vu, le filtrage par les signatures est inévitable car il n'y a pas de solutions alternatives satisfaisantes. Plus précisément, il est inévitable pour que la procédure n'entrave pas excessivement la mécanique institutionnelle. Il faut donc poursuivre la réflexion par la mise en lumière des enjeux procédant de ces caractères, afin de pouvoir proposer un encadrement qui ménage la dynamique propre du processus d'initiative populaire.

II : Les enjeux du filtre

236. Si « l'effet de campagne » évoqué précédemment ne concerne pas tous les citoyens²⁶⁴, il n'en demeure pas moins que la campagne de récolte des signatures n'est pas jouée à l'avance, que la façon dont elle est promue par les comités peut en modifier l'issue. Ce moment-là de la vie d'une initiative a donc une importance particulière, puisque son résultat détermine quelles requêtes sont éligibles à devenir des propositions, sans même parler de la continuité politique qui la lie à la campagne référendaire proprement dite.

237. Autrement dit, la récolte conditionne totalement l'accès à la suite de la procédure, mais aussi en partie les chances de succès en cas d'issue référendaire.

238. Or, non seulement elle est, par elle-même, profondément inégalitaire, mais elle aggrave des inégalités préexistantes (A) alors même que celles-ci, reproduisant l'organisation sociale générale, avantagent des catégories de la population déjà favorisées (B), jetant ainsi une ombre sur la procédure dans son ensemble.

A : Les problèmes d'égalité d'accès à la procédure posés par les signatures

239. Il faut tout d'abord souligner que, s'agissant du degré de connaissance, d'information, et donc de potentiel d'intérêt porté sur une question donnée, les diverses causes pouvant être soutenues par les comités dans le cadre d'une initiative populaire ne partent pas avec les mêmes chances. Non pas seulement pour les raisons évoquées précédemment, mais aussi car l'information passe par les médias, et ceux-ci, soumis à des logiques de marché, sont « nécessairement conformistes »²⁶⁵. Autrement dit, la dynamique médiatique peut les pousser

²⁶³ Il ne faut pas pour autant oublier qu'il renvoie également à la question de la campagne de recueil, puisque l'on a vu à quel point elle tient une place importante, non pas seulement en raison de ses conséquences -accéder ou non à la suite de la procédure- mais également parce qu'elle est le seul moment où les mouvements minoritaires ont réellement une chance de défendre leurs causes, tout en posant d'importantes questions d'égalité entre les comités, puisqu'elle implique le déploiement d'importants moyens humains et financiers.

²⁶⁴ Brouard S., Gougou F., Guinaudeau L., Persico S., *op.cit.*, pp. 1069-1070.

²⁶⁵ Macé É., « Le conformisme provisoire de la programmation. », *Hermès, La Revue* 2003/3 (n° 37) , p. 127-135. Il faut souligner que l'auteur défend cette idée seulement pour la télévision -seul objet de son article- et qu'il soutient également que ce conformisme n'est jamais définitif. Ce avec quoi d'autres auteurs sont en

à n'évoquer prioritairement que ce qui est déjà connu²⁶⁶. Or, il n'est nul besoin de démonstration poussée pour savoir que les médias d'information - et singulièrement sur le support télévisuel - ne parlent pas de tout, et que l'étendue de la palette couvrant ce qui est évoqué n'est pas nécessairement lié à la nature des enjeux sous-jacents à chaque thème abordé, mais bien plutôt avec le potentiel d'audience²⁶⁷, quelle que soit l'opinion que l'on nourrisse quant à la fiabilité des outils utilisés pour le mesurer. Par conséquent, une cause faiblement connue, nouvelle, ou défendue par des camps très minoritaires dans « l'opinion »²⁶⁸ entraînera pour le comité qui la défend l'obligation de lutter pour que son initiative bénéficie d'une attention médiatique. En revanche, une cause déjà largement connue, et très évoquée dans les médias bénéficiera naturellement, dès le lancement de la requête, d'une visibilité nationale relayée par les dépositaires principaux du « quatrième pouvoir ». Or, même en admettant que l'intérêt suscité par un thème donné soit mesuré de façon fiable²⁶⁹ par les sondages dont la mesure d'audience est un avatar, cela ne signifie aucunement que cet intérêt soit dicté par des critères pertinents tels que l'importance du thème, l'urgence à le traiter, la gravité de la réalité qu'il recouvre... De sorte que l'inégalité d'accès à la possibilité d'informer les citoyens ne repose aucunement sur des justifications satisfaisantes intellectuellement.

240. Cette inégalité est d'autant plus grave qu'elle a un impact direct sur les chances d'atteindre le résultat que la récolte des signatures a pour objet de faire atteindre, à savoir susciter l'intérêt d'un nombre suffisant de citoyens .

241. Néanmoins, il est toujours possible de la compenser en menant une véritable campagne d'information, laquelle implique évidemment des relais, notamment médiatiques, et donc la capacité à « créer un sujet » à partir d'une ignorance initiale. Ceci nécessite par conséquent d'investir financièrement²⁷⁰, ce qui introduit un foyer d'inégalités financières.

242. La question de l'impact de l'argent dans le cadre de la récolte des signatures n'est pas aussi documentée que dans celui de la campagne référendaire, mais, sur ce dernier point, il s'agit d'un foyer d'inégalités reconnu. Certes, son influence sur le résultat final est encore

désaccord, et à ce titre l'on peut citer Bourdieu P., *Sur la télévision, Raisons d'agir*, 1996, 95 p.. Ou encore Champagne P., « L'audimétrie : une censure politique cachée. », *Hermès, La Revue* 2003/3 (n° 37) , p. 137-14.

²⁶⁶ Le point de savoir dans quelle mesure ils conditionnent également la connaissance initiale des thèmes évoqués étant largement discuté, nous nous bornerons à renvoyer à une contribution- extrêmement critique des médias- de Bouveresse J., *Les intellectuels, l'objectivité, la propagande et le contrôle de l'esprit public*, in. Caloz-Tschopp M.-C., (dir.), *Penser pour résister. Colère, courage et création politique*, L'Harmattan, 2011, p. 27-46. Pour un point de vue inverse, voir Cottet J.-P., Chaniac R., Jézéquel J.-P., « Il n'y a pas de service public sans public. », *Hermès, La Revue*, 2003/3 (n° 37) , p. 117-125.

²⁶⁷ Sur ce point, voir le numéro spécial consacré, en 2003, par la revue *Hermès* à la mesure d'audience dans les médias. *Revue Hermès*, 2003/3 (n°37), C.N.R.S éditions.

²⁶⁸ Notion dont il faut avoir conscience qu'elle fait l'objet d'un débat très passionné quant au point de savoir si elle est une réalité saisie, ou une pure construction. Voir, sur l'historique de ce débat, Blondiaux L., *La Fabrique de l'opinion, une histoire sociale des sondages* Seuil, 1998, notamment pp. 207-211.

²⁶⁹ Et donc durable, car un instantané n'apporte aucune donnée exploitable sur ce plan, puisque c'est précisément l'absence de variation qui permet de parler « d'intérêt » porté à une question.

²⁷⁰ Pour financer des spots publicitaires, commander des sondages, éventuellement rémunérer des individus chargés d'informer...

discutée, mais beaucoup d'auteurs soutiennent qu'elle est réelle²⁷¹. Sur la question des signatures, il a pu être affirmé que « *recueillir un nombre élevé de signatures n'est pas nécessairement une tâche facile, et cela prend du temps. Aux Etats-Unis, seuls des entrepreneurs politiques et des organisations qui n'ont pas de problèmes matériels sont en mesure de contacter pour ce travail des firmes de relations publiques ou de recourir au « mailing » direct qui est très coûteux* »²⁷². Ce qui amène le problème de la professionnalisation de la récolte des signatures, conjugué à l'utilisation des techniques de marketing politique, dont « *l'efficacité repose [...] sur le cumul de ressources monétaires, organisationnelles et monétaires* »²⁷³. A cet égard, il est intéressant de noter que même la Suisse, dont le débat public sur ce point est pourtant caractérisé par un certain enthousiasme se manifestant souvent par un relatif aveuglement²⁷⁴, a néanmoins envisagé - sans finalement l'effectuer - d'interdire la rémunération, par les comités, des agents effectuant les opérations de collecte²⁷⁵.

243. Certes, il n'est pas acquis que les comités défendant une cause obscure soient nécessairement dépourvus de moyens. Mais il est certain que les citoyens se regroupant spontanément pour défendre une cause peu connue le sont. En outre, même s'il est indéniable que certaines causes opposent des intérêts également dotés en capitaux de toutes sortes²⁷⁶, il est impossible d'affirmer que cette configuration est systématique. Il nous paraît donc tout à fait raisonnable de postuler que la « cartographie » des inégalités de départ recoupe en partie celle des inégalités de moyens.

244. Or, le fait de mener campagne quant à la récolte des signatures ne saurait incomber à l'Etat à titre principal, sans quoi l'initiative populaire ne serait plus ascendante, mais simplement déclenchée d'en bas²⁷⁷.

245. Relevant par conséquent essentiellement de l'initiative privée, la campagne de récolte des signatures, en ajoutant une inégalité de moyens à une inégalité initiale de visibilité, cristallise cette dernière, ce que manifestent de façon éclatante les problèmes posés par sa professionnalisation.

²⁷¹ Ainsi, pour l'Oregon, il a pu être affirmé que le degré d'investissement financier modifiait régulièrement le résultat final, voir Rogers T., et Middleton J., « Are Ballot Initiative Outcomes Influenced by the Campaigns of Independent Groups? A Precinct-Randomized Field Experiment », *Political Behavior*, 2014, pp. 1-27. A noter que cet article recense quelques travaux soutenant l'hypothèse inverse. Il comporte aussi une bibliographie assez importante sur cette question, ainsi que des tableaux de données riches d'enseignement. Dans le même sens, mais plus ancien et portant sur le niveau communal dans l'Etat de Californie : Hadwiger D., "Money, Turnout, and Ballot Measure Success in California Cities". *The Western Political Quarterly* 45.2 (1992): 539-547.

²⁷² Papadopoulos Y., « Démocratie directe », *Economica*, 1996, p. 173.

²⁷³ *Ibid.*, p. 175.

²⁷⁴ Giraux D., « Les droits populaires en Suisse : vers un idéal démocratique ? », *Siècles*, 37 | 2013, en ligne : <https://siecles.revues.org/1204>

²⁷⁵ Rapport de la Commission des Institutions Politiques du Conseil des Etats du 2 avril 2001 sur l'initiative parlementaire « suppression de carences dans les droits populaires », p. 30. Disponible en ligne : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2001/4590.pdf>, consulté le 26 septembre 2017.

²⁷⁶ L'on peut citer, par exemple, les questions environnementales qui, lorsqu'elles sont défendues par Greenpeace, opposent une ONG puissante et internationale à des multinationales.

²⁷⁷ Nous reviendrons plus amplement sur ce point lorsque nous évoquerons l'organisation de la campagne de récolte.

246. Mais cette circonstance n'est, en soi, pas suffisante pour constituer ces inégalités en problème fondamental de l'initiative populaire, car, après tout, le fait que les organisations les mieux structurées y soient favorisées ne signifie pas que l'initiative populaire en lui-même n'opère pas un élargissement du champ de la décision à une partie significative de la société. Après tout, ces organisations²⁷⁸ sont les émanations d'intérêts existants et *a priori* exclus de la « faculté de statuer, de sorte que s'il s'agit effectivement d'un constat affaiblissant la croyance dans « la vertu démocratique » de l'initiative populaire, il n'y a pas là d'observation dirimante. Néanmoins, il se trouve que les organisations les mieux structurées et les plus puissantes ont déjà accès au pouvoir...

B : Des problèmes favorisant des intérêts ayant déjà accès au pouvoir

247. Il est hors de doute que des intérêts particuliers, incarnés et représentés par des groupes de pression, ont accès au pouvoir *via* le processus d'élaboration des normes²⁷⁹. Si cet accès n'équivaut aucunement au pouvoir de faire le droit, et est donc indirect, il se traduit malgré par une faculté d'influencer le processus de décision qui peut se traduire tant par une participation « *institutionnalisée au processus décisionnel* »²⁸⁰ et donc à une influence sur le contenu même des normes, que par une action exercée sur leur application²⁸¹.

248. Seulement, cet accès n'est pas égalitaire. Certains groupements ont un accès plus facile, plus direct²⁸², ou une influence plus importante sur le contenu des normes²⁸³, et ces inégalités d'accès semblent s'expliquer par une inégalité de moyens²⁸⁴. Ce point est d'autant plus crucial pour ce qui nous intéresse qu'elles se doublent d'une inégalité d'accès aux débats politiques²⁸⁵ ainsi que d'une augmentation et d'une complexification de l'abstention²⁸⁶ dont découle le gouvernement d'une minorité,²⁸⁷ quelle que soit, par ailleurs, l'opinion que l'on a de la capacité de cette minorité à décider dans l'intérêt de la majorité. Enfin, il faut ajouter à ce tableau les identités de provenance sociale qui s'observent au Parlement²⁸⁸ comme chez les dirigeants de grandes entreprises²⁸⁹ ou chez les hauts-fonctionnaires²⁹⁰.

²⁷⁸ Groupes d'intérêt, syndicats, ONG...

²⁷⁹ Lapousterle J., L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique, Dalloz, 2009, 434 p.

²⁸⁰ *Ibid.*, pp. 56-64.

²⁸¹ *Ibid.*, pp. 258-272.

²⁸² *Ibid.*, en prenant l'exemple de la Commission de la Copie privée, pp. 235-242.

²⁸³ *Ibid.*, pp. 224-228.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 244. Il peut être utile de préciser que l'inégalité de moyens entraîne d'après cet auteur un déséquilibre en faveur des organisations les mieux dotées.

²⁸⁵ Gaxie D., Le cens caché, inégalités culturelles et ségrégation politique, Seuil, Paris, 1978. Voir notamment pp. 201-223.

²⁸⁶ Muxel A., « L'abstention : déficit démocratique ou vitalité politique ? », *Pouvoirs* 1/2007 (n° 120), p. 43-55.

²⁸⁷ Sartori G., *Théorie de la démocratie*, Armand Colin, 1973, p. 65.

²⁸⁸ Pour une sociographie déjà assez ancienne, mais toujours parlante: Gaxie D., « Les facteurs sociaux de la carrière gouvernementale sous la Vème République », *Revue Française de sociologie*, 1983, 4, p. 441-465. Il faut observer que cette homogénéité s'est très probablement renforcée, sous l'effet des modalités de recrutement, le lien entre les deux ayant été démontré par Bourdieu P., *La noblesse d'Etat*, éditions de Minuit, 1989. Il convient enfin de préciser que ce même auteur insiste sur le fait que cette homogénéité de classe n'entraîne pas nécessairement d'homogénéité d'intérêt, le poids des « esprits de corps », le caractère différencié des milieux

249. Cet ensemble permet de postuler une plus grande facilité d'influencer les décisions pour les membres de « l'élite »²⁹¹ et ce, à tous les échelons décisionnels²⁹² ; postulat renforcé par l'importance et la complexité des rapports de réseau pour s'assurer une position sociale qui permette d'agir sur les décisions²⁹³.

250. Mais cela avantage-t-il pour autant ces mêmes intérêts pour réunir le nombre requis de signatures dans le délai imposé ? Sans étude empirique, il nous est impossible de le démontrer, au-delà de la question des moyens financiers qui, comme cela a été dit précédemment, avantage les groupes les mieux dotés sur ce plan. Néanmoins, il est possible d'en former l'hypothèse, au regard de deux éléments.

251. *Primo*, susciter l'intérêt suppose un intérêt initial pour la chose publique. Or, cet intérêt est corrélé au niveau social de la catégorie considérée, puisque « *l'intérêt accordé aux événements politiques s'apparente par là à certaines formes de consommation cultivée. Comme pour les œuvres culturelles, l'accès à ce type particulier de biens symboliques socialement qualifiés de politiques est en effet, régi par le niveau culturel des récepteurs* »²⁹⁴. Moins on appartient aux catégories les plus élevées socialement, moins on est instruit, et moins on est instruit, moins on « consomme » de l'information politique. Et, s'agissant de l'initiative populaire, moins on a de chances d'être informé d'une campagne de récolte de signatures, et plus il sera difficile de susciter l'intérêt de cette fraction-là de la population.

252. *Secundo*, plus les organisations sont minoritaires, plus elles ont de chances de l'emporter dans un conflit politique opposant des intérêts divergents et donc des visions divergentes de la société²⁹⁵. Cette hypothèse, en apparence paradoxale, a été appliquée avec succès à l'opposition dans le cadre des luttes mettant aux prises les intérêts des consommateurs à ceux des ayants-droits par Jean Lapousterle dans sa thèse²⁹⁶. Il est donc possible, sur ces bases, de formuler un postulat selon lequel les organisations représentant les intérêts - nécessairement minoritaires - des fractions les plus aisées, financièrement et culturellement, de la population, ont un avantage comparatif dans la compétition pour les

recouverts par des termes tels que « classes supérieures », ou encore les nuances à apporter par l'étude minutieuse de chaque « famille » de corps de l'Etat ou de secteurs économiques devant être systématiquement rappelé.

²⁸⁹ Dudouet F.-X., Joly H., « Les dirigeants français du cac 40 : entre élitisme scolaire et passage par l'Etat. », *Sociologies pratiques* 2010/2 (n° 21) , p. 35-47.

²⁹⁰ Chevallier J., *Science administrative*, PUF, 3^{ème} éd., 2002, pp. 286-305

²⁹¹ Sur l'histoire tourmentée de ce terme, et les précautions à prendre pour l'utiliser, voir Genieys W., « Nouveaux regards sur les élites du politique. », *Revue française de science politique* 2006/1 (Vol. 56) , p. 121-147.

²⁹² Lapousterle Jean, *op.cit.*

²⁹³ Bourdieu Pierre, *op.cit.*, pp. 548-559.

²⁹⁴ Gaxie D., *Le cens caché*, Seuil, 1978, p. 161. Sur la consommation de biens culturels procédant du niveau social, voir Bourdieu P., *La distinction*, éditions de Minuit, 1979, 672 p.

²⁹⁵ Il s'agit ici du « paradoxe d'Olson », qu'il énonçait de la façon suivante : « *Comme les groupes relativement petits sont fréquemment capables de s'organiser sur la base du volontariat et d'agir en conformité avec leurs intérêts communs et que les grands groupes ne sont pas dans l'ensemble en mesure d'y parvenir, l'issue du combat politique qui oppose les groupes rivaux n'est pas symétrique... Les groupes les plus petits réussissent souvent à battre les plus grands qui, dans une démocratie, seraient naturellement censés l'emporter.* ». Mancur O., *Logique de l'action collective*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 2011, 200 p.

²⁹⁶ Lapousterle Jean, *op.cit.*, pp. 232-233.

signatures²⁹⁷ les opposant aux organisations représentant les intérêts d'une population plus nombreuse par hypothèse, mais moins organisée. Or, cela contrecarre quelque peu les ambitions démocratiques de l'initiative populaire puisque le filtre par les signatures, que les comités rencontrent immédiatement après le dépôt de leur requête référendaire, est très susceptible de filtrer essentiellement les requêtes défendant des intérêts déjà fort peu défendus dans le cadre représentatif, et avantagant ceux qui le sont déjà.

253. Au bilan, cette difficulté apparaît insurmontable par elle-même puisque la seule possibilité pour la contrecarrer sérieusement serait d'offrir l'expertise et les canaux de l'Etat, ce dont nous avons déjà dit que c'était presque inenvisageable²⁹⁸. Néanmoins, il est possible d'en amoindrir le caractère dirimant par les règles encadrant la campagne de récolte. Parmi celles-ci, s'il semble *a priori* que le niveau du seuil et les règles de recueil soient les plus fondamentales, il faut aussi envisager la réglementation de la campagne en elle-même, car les règles précitées constituent le cadre du filtre, et non-celui de la récolte, et seront donc abordées ailleurs.

§2 : Tempérer les effets du filtre

254. Puisqu'aucune solution alternative n'est raisonnablement envisageable, et que le filtrage des initiatives par la récolte des signatures porte des enjeux importants pour la suite du processus, il n'est possible d'en tempérer les effets qu'en imaginant un cadre adapté. Pour autant, la démarche est contrainte par la nécessité de prendre en compte le droit interne et les craintes dont il porte la trace, car ces éléments sont assez probablement toujours présents dans le débat national. Le problème étant bien plus politique que juridique, il paraît indispensable de les intégrer dans le raisonnement. Pour autant, le dispositif prévu pour l'initiative partagée pourrait aussi bien ne pas être repris, et ne le serait probablement pas intégralement, étant donné le peu d'enthousiasme suscité par le mécanisme. Le scénario sera donc ici bâti en s'efforçant de trouver un point d'équilibre entre les encadrements observables à l'étranger, qui serviront ici de contrepoint de référence, et celui adopté pour l'initiative partagée.

255. S'agissant des éléments qui en définissent les termes, trois directions peuvent être envisagées : le niveau du seuil de signatures requis (I), les délais dans lesquels il doit être effectué (II), et le rang de la norme le prévoyant (III).

I : Le niveau du seuil

256. Lors des débats parlementaires relatifs au référendum d'initiative minoritaire, la méconnaissance des mécanismes d'initiative populaire existants à l'étranger fut particulièrement manifeste. Si le caractère de filtre du quorum de signatures requis semblait assimilé, il n'en allait pas de même des réalités de la récolte puisque le seuil retenu

²⁹⁷ Qu'il s'agisse d'en récolter ou d'en dissuader la récolte.

²⁹⁸ Cf supra n°134 et s.

initialement -10% du corps électoral, soit 4.6 millions d'électeurs au 1^{er} mars 2014²⁹⁹ - n'a jamais été sérieusement remis en cause, alors même qu'il est énorme, comparativement à ce qui se pratique à l'étranger³⁰⁰. La chose est incontestable. Ainsi, en Suisse, le seuil requis pour le référendum facultatif est fixé à 50 000 électeurs, soit un peu plus d'1% du corps électoral. Quant à l'initiative, elle est admissible si elle est demandée par au moins 100 000 citoyens, soit environ 2% du corps électoral³⁰¹. Ces deux seuils sont constitutionnels³⁰². En Italie, le seuil est fixé à 500 000 électeurs³⁰³, soit environ 1% du corps électoral Italien³⁰⁴. Aux Etats-Unis, les seuils sont exprimés en termes de pourcentage et vont de 2% à 15% selon les Etats³⁰⁵.

257. D'une façon générale, l'Institut européen sur l'initiative et le référendum considère qu'au-delà d'un seuil de 5%, l'exercice du droit d'initiative relève de l'impossible.

258. Néanmoins, il y eut quelques parlementaires pour s'efforcer d'abaisser quelque peu ce seuil. On pense notamment à l'amendement rédigé par le sénateur Hugues Portelli, qui proposait un seuil d'un million d'électeurs³⁰⁶. Pour cette raison, et puisqu'il faut raisonner à partir d'un seuil défini, ce chiffre d'un million constituera notre hypothèse la plus basse, la plus haute étant le niveau actuellement exigé dans le cadre du RIM, à savoir 4.6 millions d'électeurs.

259. Pour établir une hypothèse plus précise, il nous faut tout d'abord rappeler la fonction du filtre dans notre procédure, afin d'établir les critères permettant de proposer un chiffre déterminé.

260. La fonction du filtre, dans n'importe quelle procédure, est d'écarter les requêtes qui constituent une charge excessive pour leur destinataire, sans que cet obstacle soit tel qu'il « stérilise » la procédure, c'est-à-dire sans la vider de son intérêt. Si nous avons déjà précisé le premier point, il reste encore à préciser le second.

261. Stériliser la procédure, en l'occurrence, consisterait en l'adoption d'un seuil tellement élevé qu'il écarterait non seulement les requêtes absurdes, objectivement impossibles, ou totalement excessives, mais aussi des requêtes raisonnables procédant de causes minoritaires, ou défendues par des groupements trop obscurs pour « faire l'actualité », or ce type de requêtes sont déjà désavantagées par la simple existence d'un seuil de signatures. Et, un seuil

²⁹⁹ Ces chiffres sont issus de l'INSEE.

³⁰⁰ Prélôt P.-H., « L'initiative parlementaire-citoyenne de l'article 11 de la Constitution. Analyse du projet de loi organique », *Constitutions*, n°2avril-juin 2011, p. 175 ; Hamon F., « La nouvelle procédure de l'article 11 : un vrai faux référendum d'initiative populaire » *LPA* décembre 2008/12 (n°254), p. 16 ; Pinon S. « Improbable loi organique, impossible initiative populaire », *AJDA* 2009, p. 2002.

³⁰¹ Les pourcentages ont été calculés en fonction de chiffres datant de 2007, d'après les données établies par l'Office Fédéral de la Statistique

³⁰² Article 141 de la Constitution Fédérale pour le référendum facultatif, article 149 pour l'initiative populaire

³⁰³ Article 75 de la Constitution Italienne

³⁰⁴ Qui comptait en 2009 47 295 978 électeurs, d'après le ministère de l'intérieur Italien

³⁰⁵ Selon Francis Hamon, *Le référendum, étude comparative, op.cit.*, note n°53 p121.

³⁰⁶ Amendement n°68 rectifié à l'article 3bis du projet de loi constitutionnelle portant modernisation des institutions, présenté au Sénat lors de la séance publique du 19 Juin 2008. Ce seuil avait également été défendu à l'Assemblée Nationale en première lecture.

de 4.6 millions d'électeurs correspond à ce type d'hypothèses³⁰⁷. En réalité, il semble que l'adoption d'un seuil aussi démesuré s'explique beaucoup par la confusion évidente³⁰⁸ entre la fonction du seuil et la fonction de l'encadrement en général, à savoir préserver les institutions et le corps social d'éventuelles dérives. Ceci s'explique notamment par le fait que les parlementaires étaient surtout préoccupés par l'issue référendaire³⁰⁹. Or, l'initiative populaire présente d'autres aspects que son aboutissement, et ne justifie pas son existence par le taux d'adoption des référendums qui en découlent. Le filtre ne doit pas altérer l'initiative populaire, il doit simplement être un des éléments permettant son insertion dans un régime politique existant. A ce titre et notamment, il est nécessaire qu'elle ne bouleverse pas le fonctionnement institutionnel, et par conséquent n'entrave pas, par la seule charge induite par la mécanique de son utilisation, le travail des autorités chargées d'intervenir. Ce qui renvoie à la nécessité du filtre³¹⁰ par les signatures. Mais le caractère pertinent ou non de la proposition ne peut relever que de la seule appréciation du corps électoral dans son entier. Et la pertinence relève de la seule politique, le droit reposant plutôt sur la distinction entre le valide et l'invalidé. Ainsi, ce qui est, par exemple, inconstitutionnel, n'est pas non pertinent, mais invalide. Or la discussion politique au sens étymologique n'est juridiquement organisée que dans la discussion législative, dont le référendum peut être considéré, en droit, comme une modalité. Le filtre n'est d'ailleurs justifié que par des logiques matérielles qui ne sont incontestables que parce que ne pas les prendre en considération serait mettre en péril, précisément, l'organisation permettant le fonctionnement de l'activité de production de normes. Il est donc nécessaire d'envisager un seuil qui permette, par hypothèse, de laisser aller jusqu'au contrôle des propositions possiblement condamnées car *a priori* très minoritaires. Les logiques combinées du régime des groupes parlementaires³¹¹ et des « fenêtres » dans l'ordre du jour des assemblées³¹² ne sont pas différentes. En conséquence de quoi le *quorum* de signatures ne saurait être « trop » haut, c'est-à-dire dirimant pour des groupements si minoritaires que l'adoption référendaire paraîtrait improbable au premier abord.

262. A cet égard, le seuil de 4,4 millions d'électeurs paraît, *a priori*, irréaliste. Pour le démontrer, il faut examiner les raisons ayant motivé son adoption. Celles-ci semblent

³⁰⁷ Ainsi, rapporter ce nombre d'électeurs aux scores obtenus par les candidats lors de l'élection présidentielle de 2012 montre que seuls les trois premiers candidats ont franchis ce seuil, alors même que Jean-Luc Mélenchon, arrivé quatrième, a atteint le score honorable de 11.10% des votants, d'après le ministère de l'intérieur.

³⁰⁷ Les interventions des députés Arnaud Montebourg, Claude Goasguen ou Hervé de Charrette à la séance publique tenue à l'Assemblée Nationale le 22 Mai 2008 vont dans ce sens, bien qu'elles en tirent des conclusions opposées. Voir JORF n°37 [3] A.N. (C.R) du vendredi 23 mai 2008, not. p. 1388, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/cri/2007-2008/20080166.pdf>.

³⁰⁸ Les interventions des députés Arnaud Montebourg, Claude Goasguen ou Hervé de Charrette à la séance publique tenue à l'Assemblée Nationale le 22 Mai 2008 vont dans ce sens, bien qu'elles en tirent des conclusions opposées. Voir JORF du 23 mai 2008, not. p. 1388, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/cri/2007-2008/20080166.pdf>.

³⁰⁹ D'ailleurs très incertaine, au point que certains auteurs en font un élément secondaire de l'initiative partagée. Voir Geslot C., « L'initiative minoritaire de référendum selon la Constitution de 1958 », *Politeia*, 2010/1 (n°17) p. 583.

³¹⁰ Cf. supra.

³¹¹ Connil D., *Les groupes parlementaires en France*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2016, 152 p.

³¹² Douteaud S., « Un an de gestion parlementaire du nouvel article 48 de la Constitution », *RFDC*, 2011/3. (n°87), pp. 515-546.

d'évidence relever d'un compromis entre une hostilité de principe envers l'initiative populaire et une volonté très timorée d'introduire la démocratie semi-directe dans la Constitution³¹³. Mais ceci n'explique que la volonté de limiter la possibilité d'utilisation de la procédure envisagée par un seuil élevé. Cependant, son niveau précis -10% du corps électoral- s'explique lui par l'appréhension suscitée par les avancées technologiques en matière de moyens de communication³¹⁴. Ce qui constitue les deux points à aborder pour souligner le caractère dirimant du seuil adopté au troisième alinéa de l'article 11.

263. Le premier point - la nécessité du compromis - est assez délicat à envisager dans le cadre d'une critique rationnelle, dans la mesure où il relève d'une pure logique politique. Il ne nous appartient pas ici de discuter de l'intérêt de l'initiative populaire, ni des difficultés posées par l'opposition à cette procédure, *a priori* importante dans la classe politique. L'on peut en revanche proposer une position de principe : si l'on prend la définition usuelle du terme³¹⁵, un compromis acceptable sera celui permettant à chacune des positions antagonistes d'obtenir une satisfaction au moins partielle de leurs objectifs. Or, s'agissant d'un procédé de démocratie semi-directe, l'objectif ne saurait être autre chose qu'un accroissement fortement probable des possibilités d'intervention citoyenne dans la décision publique. Et à cet égard, le seuil de 10% du corps électoral n'offre aucune garantie fiable puisque si on le compare aux scores obtenus par les candidats aux élections présidentielles de 2012 -marquées comme toujours par une participation importante par rapport aux autres élections- il n'aurait été atteint que par trois candidats sur dix³¹⁶. Autrement dit, on peut postuler qu'il entraîne une exclusion du processus beaucoup de sensibilités pourtant existantes dans la population³¹⁷. Ce faisant, il risque de ne rendre éligibles à l'issue référendaire les seules propositions d'ores et déjà en débat dans l'opinion, ce qui n'est pas le seul objet de l'initiative populaire.

264. On a déjà pu souligner que ce type d'arguments avait été évoqué par certains parlementaires lors des débats relatifs à l'adoption de l'initiative partagée³¹⁸, mais qu'ils avaient été écartés, notamment au motif que la généralisation de l'usage d'internet relativiserait nettement son caractère élevé³¹⁹.

³¹³ Vedel G., « Réformer les institutions... Regard rétrospectif sur deux Commissions », RFSP, 1997/3-4, p. 329.

³¹⁴ Georges Vedel, dans l'article précité, affirmait ainsi : « *on a même voulu en faire honte au comité en rappelant l'audace avec laquelle les jacobins de 1793 avaient reconnu l'initiative populaire - propos qui procède soit de ne pas avoir lu la Constitution de 1793 soit de croire que la télécopie et le TGV étaient contemporains de Robespierre* » (*ibid.* même page).

³¹⁵ « Dans une affaire difficile ou délicate, dans un litige, accord obtenu par les concessions mutuelles des parties en présence ». CNRTL : compromis.

³¹⁶ Ils furent quatre à dépasser la barre des 10% du corps électoral en 2017.

³¹⁷ Nous avons conscience du caractère discutable de l'analogie ici utilisée. Néanmoins, étant donné que le seuil a été adopté de façon totalement arbitraire, et dans la mesure où aucun élément pertinent ne peut être retenu à titre de comparaison, elle a le mérite de mettre le chiffre de 10% du corps électoral en perspective. Il va cependant de soi que les conclusions que l'on en tire ont simplement valeur d'éclairage, et non d'affirmation démontrée.

³¹⁸ Amendement n°68 rectifié, *op.cit.*

³¹⁹ Ainsi, Claude Goasguen, lors de la troisième séance du jeudi 22 mai 2008 affirmait « [...] *et je passe sous silence la facilité avec laquelle on peut aujourd'hui trouver 4 millions de personnes avec les nouveaux moyens de communication, comme Internet. Et, dans quelques années, nous bénéficierons de moyens de communication encore plus rapides. Je puis donc vous assurer qu'un parti politique bien organisé, et disposant de moyens*

265. Or, cet argument, malgré son apparente évidence, est loin d'aller de soi. Il est en effet assez courant que la dématérialisation d'une démarche donnée soit accompagnée de discours affirmant que celle-ci, parce qu'elle sera plus simple, sera nécessairement plus utilisée. Ainsi, le vote par internet suscite beaucoup d'espoirs d'augmentation de la participation, alors même que les études menées jusqu'à présent sur le sujet montrent que non seulement il n'en est rien, mais que son seul effet réel est un effet de substitution. Le profil des votants est le même, simplement, ils votent sur internet³²⁰. En réalité il semble que les phénomènes en cause soient bien trop complexes pour s'expliquer par un seul facteur. Et il faut souligner que l'idée selon laquelle internet aurait nécessairement un effet positif sur la participation s'appuie sur la nécessité de se déplacer physiquement comme cause première d'explication d'une partie de l'abstention. Pourtant, l'absence d'investissement - ici politique, mais le raisonnement peut s'appliquer à d'autres objets - est un comportement *produit* par un contexte complexe : profil sociologique des populations étudiées, contingences du paradigme national du moment, questions personnelles, etc. Cela ne signifie pas qu'il est impossible d'agir dessus, mais simplement que le changement technologique, en soi, ne modifie pas ces éléments. Ceci n'épuise pas la question qui nous intéresse ici, mais permet simplement d'affirmer qu'une modification technologique - ici l'utilisation d'internet - n'entraîne pas nécessairement de transformation profonde de la pratique concernée.

266. Il reste que signer une requête référendaire n'est pas voter et relève plutôt, au stade de la récolte, d'un droit de pétition³²¹. Or, les pétitions connaissent, depuis quelques années, un certain regain d'intérêt, précisément grâce aux potentialités offertes par internet, ce dont témoigne le fait qu'elles soient devenues un objet économique³²². Ainsi, certains événements³²³ ont pu occuper le devant de la scène médiatique, portés par une mobilisation importante manifestée par le nombre de signatures sur une pétition en ligne. Ce nombre, très

suffisants, sera capable de réunir très rapidement 4 millions de personnes sur Internet ». Troisième séance du 22 mai 2008, *op.cit.*, p. 2390.

³²⁰ Voir notamment le rapport réalisé pour le Conseil d'Etat Genevois sur le vote par internet dans le canton de Genève. Commission externe d'évaluation des politiques publiques, Voter par internet : évaluation des effets du vote électronique à Genève, 2013, p. 2. En ligne :

http://ge.ch/vote-electronique/media/site_vote-electronique/files/imce/doc_rapports/cepp-rapport.pdf, consulté le 26 septembre 2017. Voir également le rapport n°445 fait pour la commission des Lois du Sénat par les sénateurs Alain Anziani et Antoine Lefèvre déposé le 09 avril 2014, p. 43. En ligne :

<https://www.senat.fr/rap/r13-445/r13-4451.pdf>.

³²¹ Comme le note d'ailleurs la Commission Nationale Informatiques et Libertés dans sa délibération relative à l'initiative partagée. Voir CNIL, Délibération n° 2014-465 du 20 novembre 2014 portant avis sur un projet de décret relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « référendum d'initiative partagée », JORF n°0287 du 12 décembre 2014 texte n° 105, en ligne :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029885207>.

³²² Sur ce point, voir, dans la presse généraliste en ligne : http://www.liberation.fr/france/2016/02/29/le-boom-de-changeorg-et-des-autres-sites-de-petition_1436373 ; <http://rue89.nouvelobs.com/2013/10/14/changeorg-petition-est-devenue-business-246501>.

³²³ Nous avons choisi les trois « records » de signatures obtenus par le site en question. Si cela n'a rien de scientifique, dans le sens où le choix est arbitraire, il permet de se faire une idée du phénomène évoqué. Au 15 mai 2016, les trois pétitions ayant recueilli le plus de signatures sur [change.org](http://www.change.org) étaient, par ordre décroissant : la pétition contre la loi El-Khomri (1 327 724 signatures), celle s'opposant à l'adoption d'une directive européenne relative au secret des affaires (546 766 signatures), celle demandant au Président de la République la grâce d'une femme condamnée à 10 ans de réclusion pour le meurtre de son mari violent (435 971 signatures). Dans les trois cas, la cause a été portée par des individus disposant de forts réseaux militants, voire politiques dans le premier cas.

important et récolté dans des délais très courts tend à montrer qu'*a minima*, internet a une influence sur la vitesse de diffusion de la cause concernée, et donc sur les capacités de mobilisation, qui deviennent d'autant plus importantes qu'une diffusion très rapide permet d'éviter d'être relégué au second plan de l'actualité : difficulté particulière de tout mouvement social ou politique, dans la mesure où le temps médiatique est souvent bien plus rapide que le temps de mobilisation.

267. Mais ceci n'est pas, en soi, suffisant pour démontrer que *toutes* les mobilisations sont accélérées, ou même simplement bénéficient d'un « effet internet ». En réalité, si l'on reprend les exemples précités, il semble qu'il faille prendre en compte les personnalités des individus ou des groupes à l'origine de la diffusion des causes concernées. Sans que le propos qui va suivre ait vocation à constituer une sorte de loi générale, il faut souligner plusieurs points.

268. D'abord, dans tous les cas examinés, la pétition concernait une question dont la médiatisation a précédé la mobilisation, de sorte qu'il est impossible d'affirmer que la diffusion a suivi une logique ascendante³²⁴. Il semble qu'il s'agisse plutôt d'une dynamique assez classique : information par les médias, amplification de l'écho par sa diffusion sur internet, mobilisation qui permet l'occupation de l'agenda médiatique.

269. Ensuite, les quelques individus à l'origine des pétitions sont systématiquement des personnalités bénéficiant déjà d'une petite notoriété, bien intégrés dans les cercles politico-médiatiques. En bref, des individus maîtrisant les codes des médias et disposant d'un certain réseau, éléments auxquels il faut ajouter une présence antérieure à la mobilisation sur les réseaux sociaux³²⁵.

270. Enfin, chacune des pétitions était relative à une cause fortement mobilisatrice car reliée à des thématiques très présentes dans le débat général.

271. En somme, ces trois exemples invitent à relativiser l'automaticité de l'accroissement par internet des capacités de mobilisation. Sans en tirer d'enseignement définitif, il nous paraît possible d'affirmer que pour que beaucoup de signatures soient récoltées, d'autres conditions sont nécessaires.

272. En outre, il semble qu'un certain nombre de compétences soient indispensables, notamment en matière d'organisation, de connaissances des outils numériques, des réseaux sociaux etc. Autant d'éléments qui recoupent les questions évoquées antérieurement. Néanmoins, il paraît évident que si ces éléments sont réunis, internet accroît les possibilités de mobilisation. Mais il demeure que la dématérialisation des opérations de récolte ne constitue pas, à elle seule, un élément de nature à entraîner une facilitation systématique et générale de celles-ci.

³²⁴ La mobilisation crée l'évènement, qui est ensuite repris -et donc amplifié- par les grands médias

³²⁵ Caroline de Haas, à l'origine de la pétition contre la « loi travail », est une ancienne militante socialiste, devenue activiste sur internet. Karine Plassard, initiatrice de la pétition pour la libération de Jacqueline Sauvage, est la cofondatrice « d'Osez le féminisme », une association féministe de premier plan. La pétition s'opposant à l'adoption d'une directive européenne relative au secret des affaires a quant à elle été lancée par Elise Lucet, célèbre journaliste d'investigation.

273. Ce qui, pour ce qui concerne le niveau précis à adopter, amène une difficulté particulière : puisque la récolte par internet augmenterait les possibilités de certains groupes, tout en ne changeant rien aux difficultés rencontrées par d'autres, comment retenir un seuil qui évite un afflux massif de requêtes liées à des intérêts bien représentés tout en ne fermant pas l'accès à la procédure à d'autres, tout aussi légitimes mais moins bien structurés ?

274. Avant que d'aborder plus avant la question, il nous faut préciser un premier point : il est nécessaire, sur cette question, de raisonner en valeur et non en pourcentages. En effet, ceux-ci sont d'une utilisation délicate, en termes de communication, et laissent trop de possibilités de manipulations discursives. Ainsi, si l'on exprimait le score obtenu par l'actuel Président de la République au second tour de l'élection présidentielle en pourcentage du corps électoral, on dirait qu'il a été élu par environ 40.44% du corps électoral³²⁶, et l'impression laissée par ce chiffre n'est évidemment pas la même que si ce même score est exprimé en nombre, ou en pourcentage des votants. D'ailleurs, en comparant ce pourcentage aux 10% de signatures exigés pour l'initiative partagée, le caractère extrême de ce dernier chiffre apparaît bien plus clairement puisqu'il s'agit, pour un simple soutien, d'exiger d'atteindre un quart du nombre de voix nécessaires pour gagner l'élection nationale marquée par l'une des participations électorales les plus importantes du monde occidental. C'est pourquoi il semble bien plus neutre de raisonner en nombre de signatures qu'en pourcentage. Il est néanmoins vrai que l'expression du seuil en pourcentages présente l'avantage de le « protéger » des évolutions de la population. La question n'est pas anecdotique. Ainsi le seuil Suisse, exprimé en nombre et non en proportions et n'ayant pas été modifié de 1891 à 1975, est passé d'une proportion de 7.6% des citoyens Helvètes à 1.2% au moment de sa révision³²⁷. Ce point a donc son importance, dans la mesure où une expression en nombre peut se traduire par une modification totale du niveau d'accessibilité de la procédure, sans qu'il y ait, à l'origine de cette modification, un choix de la communauté politique concernée. Cependant, il nous paraît plus simple, à cet égard, d'opter pour une fixation du seuil dans une loi organique, plus flexible, nous y reviendrons³²⁸.

275. Si l'on se fonde sur les exemples de pétitions cités plus haut, sur les conclusions que nous en avons tiré, ainsi que sur les nécessités découlant des inégalités structurelles existant entre les divers intérêts composant la société nationale, il nous semble que reprendre le seuil d'un million de signatures proposé, en son temps, par le sénateur Portelli³²⁹ est la solution offrant le meilleur compromis. En effet, il est assez élevé, dans la mesure où il correspond aux « scores » les plus élevés atteints à ce jour par des pétitions, d'une part, et où il reste plus élevé que ce qui s'observe chez nos voisins³³⁰, d'autre part. Il est malgré tout assez bas pour

³²⁶ Dix-huit millions de voix sur quarante-quatre millions d'électeurs. Les chiffres, tirés du site du ministère de l'intérieur, ont été arrondis à l'inférieur.

³²⁷ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le relèvement du nombre de signatures requis pour l'initiative et le référendum du 09 Juin 1975, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.amsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?ID=10101204>, consulté le 26 septembre 2017.

³²⁸ Cf. *infra* n°289 et s.

³²⁹ Amendement n°68 rectifié à l'article 3bis du projet de loi constitutionnelle portant modernisation des institutions, présenté au Sénat lors de la séance publique du 19 Juin 2008. Ce seuil avait également été défendu à l'Assemblée nationale en première lecture.

³³⁰ Puisqu'il représente environ 2.2% du corps électoral.

être atteint même par des organisations minoritaires, ou mal structurées, à condition d’être accompagné de délais adaptés. Il permet ainsi au filtre de jouer son rôle, tout en n’étant pas insurmontable pour des requêtes issues de groupements ou de causes faiblement médiatisés, permettant ainsi à l’initiative populaire d’élargir quelque peu le périmètre de la discussion publique.

276. Néanmoins, il semble assez évident que ceci ne repose que sur des hypothèses fondées sur des analogies dont la pertinence, sans être douteuse, reste limitée par le fait qu’elles ne correspondent jamais à ce qu’est l’initiative populaire : c’est-à-dire une procédure permettant l’adoption d’une norme. Or, ce point n’est pas négligeable et implique en tous cas que l’on postule une sorte de réalité propre à l’initiative populaire, qui ne se peut observer qu’empiriquement, donc dans un cadre juridique où elle existe déjà. C’est ce qui rend nécessaire la réflexion sur la vocation du seuil à figurer dans la Constitution.

II : Les délais

277. La question des délais de récolte des signatures, sans être centrale par elle-même, n’est pas sans importance puisqu’elle relève, avec le seuil de signatures requis et les modalités de recueil de celles-ci, de la question plus large du degré de difficulté amené par les opérations de récolte, laquelle est fortement connectée à celle de la professionnalisation de l’initiative populaire. Il semble assez logique, en effet, qu’un délai restreint, en tant qu’il entraîne un surcroît de difficultés, augmente le coût de l’opération, contribuant ainsi au développement d’un marché, ce qui est particulièrement vrai aux Etats-Unis³³¹. Parallèlement, un délai trop important peut être défavorable au processus d’initiative populaire, dans la mesure où il cela peut en continger à l’excès de nombreux aspects³³². Par ailleurs, d’autres éléments extérieurs peuvent venir modifier le cours des opérations de récolte. On pense particulièrement à leur interruption temporaire pour en éviter la collision avec une campagne présidentielle ou législative³³³ que l’on a également retenue dans notre hypothèse³³⁴.

278. Il ne faut pas cependant exagérer la portée de ce facteur, pris isolément. Thomas E. Cronin souligne ainsi que la circonstance par laquelle les instruments de démocratie semi-directe ont pu favoriser les groupes organisés plutôt que des mouvements *ad hoc* de citoyens sans compétences particulières, s’explique certes, en partie, par l’encadrement de la récolte

³³¹ Broder D., *Democracy Derailed*, Harcourt, 2000, p. 55; Cronin T., *Direct democracy*, Harvard University Press, 1989, p. 207; Waters D., “The Initiative Industry: Its Impact on the Future of the Initiative Process”, I&R institute, en ligne; Magleby D., “Ballot access for initiatives and popular referendums: the importance of petition circulation and signature validation procedures”, *The journal of laws and politics*, 1985/2, p. 297

³³² En éloignant, pour des raisons fondamentalement administratives, le moment de la votation du moment de la récolte, cela accroît la distinction entre le débat né de la récolte et celui né du référendum, ce qui est susceptible de produire tout un ensemble de conséquences politiques dont, sans être en mesure de les discuter ici, l’on peut au moins souligner l’existence potentielle.

³³³ Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l’article 11 de la Constitution, JORF n°0284 du 7 décembre 2013 p. 19937, art. 4, III.

³³⁴ Cf. *infra* n°1279 et s.

des signatures, mais également par le contexte politique plus général qui capte et répond aux demandes sociales³³⁵.

279. Il s'ensuit que ce n'est pas tant la précision du délai qui est importante ici, mais plutôt la circonstance qu'il soit pensé en amont, à la fois pour lui-même et comme un élément du cadre des opérations de récolte. A cet égard, l'expérience de 2008 offre un tableau intéressant.

280. Le premier délai proposé était évidemment contenu dans la première mouture du projet de loi organique, et était de trois mois³³⁶. L'étude d'impact annexée à ce texte³³⁷, si elle comprenait des éclairages de droit comparé quant aux délais de récolte, ne les mettait pas en relation avec le niveau du seuil de signatures ni avec les voies du recueil, qu'elle évoquait pourtant par ailleurs³³⁸. En outre, ces différents éléments n'étaient pas repris dans la proposition de délai faite pour la procédure nouvelle³³⁹. De sorte que cette proposition apparaissait justifiée *in fine* par la seule considération de son caractère « *adapté aux impératifs de l'exercice effectif de leur droit par les électeurs d'une part, et de bonne administration d'autre part* »³⁴⁰. On peut penser que l'argument financier a été le principal aspect pris en considération, voire que le délai de récolte a été pensé comme devant être restreint. En effet, le caractère orienté³⁴¹ et en toute hypothèse bref des parties consacrées au droit comparé, ainsi que l'absence d'éléments à même de justifier du caractère praticable du délai - à l'exception du recueil par internet - laissent à penser que ces éléments n'ont pas sérieusement été pris en compte.

281. L'examen parlementaire a néanmoins permis de modifier le délai dans un sens plus favorable à la procédure. La commission des lois de l'Assemblée nationale, saisie en première lecture, tout en adoptant le délai de trois mois, souligne dans son rapport son caractère exceptionnellement court au regard du nombre de signatures à recueillir et des exemples étrangers mentionnés dans l'étude d'impact³⁴². Ces critiques ont été reprises par certains députés en séance publique³⁴³, et prises en compte par le rapport de la commission des lois du Sénat, saisi à son tour en première lecture ; il a doublé le délai, en se fondant tant sur les exemples étrangers que les arguments développés précédemment par les députés en séance

³³⁵ Cronin T., *op.cit.*, p. 207 et s.

³³⁶ Projet de loi organique n°3072, déposé au bureau de l'Assemblée nationale le 22 décembre 2010, art. 3, III.

³³⁷ En ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3072-ei.asp#P204_24982, consulté le 26 septembre 2017.

³³⁸ *Ibid.*, II, A B et C.

³³⁹ *Ibid.*, IV, B.

³⁴⁰ *Ibid.*, termes repris à l'identique dans les explications de présentation du projet de loi organique.

³⁴¹ Les éclairages laissent une sensation étrange au lecteur, car là où l'Italie et l'initiative citoyenne européenne sont évoquées assez brièvement et sous un angle plutôt factuel, le passage consacré à la Suisse, troisième élément de comparaison et sur certains points proches du système italien, se compose lui notamment de longs passages arguant de sa spécificité, supposée culturellement et démographiquement telle qu'elle rendrait intransposable tout l'encadrement suisse des opérations de récolte.

³⁴² Rapport n°3946 et 3947 sur les projets de loi et de loi organique relatifs à l'application de l'article 11, réalisés par le député Guy Geoffroy pour la commission des lois, chap. 2, art. 3, en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3946.asp#P401_95625, consulté le 26 septembre 2017.

³⁴³ Il y en eût plusieurs, mais l'on peut mentionner l'intervention des députés Jean-Jacques Valax et Jean-Jacques Urvoas lors de la deuxième séance du mardi 20 décembre 2011 à l'Assemblée Nationale, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cri/2011-2012/20120091.asp> et JORF du 21 décembre 2011, pp. 9036 et 9037.

publique³⁴⁴. Le délai a encore été allongé, en deuxième lecture, par la commission des lois de l'Assemblée nationale, pour atteindre son étendue définitive, à savoir neuf mois³⁴⁵, extension justifiée par le nombre de signatures à recueillir.

282. Le travail parlementaire s'est donc notablement appuyé, sur la question des délais, sur des éléments de droit comparé et sur les spécificités de la procédure. Le premier élément incite à retenir ici le délai de neuf mois prévu pour la procédure du troisième alinéa de l'article 11, puisqu'il a fait l'objet d'un certain degré de réflexion ; le second incite à relativiser la possibilité de le transposer, puisque le niveau du seuil serait, dans notre hypothèse, significativement plus bas. Pour autant, il est ici nécessaire de faire un choix, dans la mesure où ces délais s'additionneraient à d'autres, et que la longueur de la procédure est un élément important. Nous retiendrons le délai de neuf mois, étant entendu qu'une modification du seuil entraînerait probablement une réflexion singulière chez notre législateur supposé, ce qui pourrait amener une réduction des délais. Enfin, son point de départ semble s'imposer naturellement. Puisque certains aspects seraient contrôlés avant la récolte, la date de publication de la décision relative à ces vérifications ouvrirait la période de recueil des signatures.

283. Si cet aspect, comme d'ailleurs tous ceux relatifs au dispositif d'encadrement de la récolte, ne pose guère de questions quant au choix de la norme devant contenir ses prescriptions, il n'en va pas de même du seuil lui-même.

III : Le rang normatif où le seuil doit figurer

284. Même si les exemples étrangers ne vont pas dans ce sens, il est tout à fait envisageable de fixer le niveau du seuil dans la loi organique³⁴⁶. Rien n'oblige, en effet, le constituant à insérer le niveau du seuil dans l'énoncé nouveau; et il est tout à fait possible de renvoyer, sur ce point, à la loi organique, puisque le constituant est souverain pour déterminer ce qui mérite, ou non, d'être une disposition constitutionnelle³⁴⁷.

³⁴⁴ Rapport n°373, déposé à la présidence du Sénat le 20 février 2013 et fait par Jean-Pierre Sueur pour la Commission des lois du Sénat, pp. 23 et 37, en ligne : <http://www.senat.fr/rap/112-373/112-3731.pdf>.

³⁴⁵ Rapports n°939 et 940, déposés à la Présidence de l'Assemblée Nationale et faits par Guy Geoffroy pour la commission des lois de l'assemblée nationale le 17 avril 2013, p. 40. En ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r0940.pdf>.

³⁴⁶ Le choix de prévoir ce délai dans une loi organique ne paraît pas particulièrement critiquable. L'on trouve certes des choix différents ailleurs, et notamment en Suisse (art. 139. al. 1^{er} de la Const. fédérale). Mais il s'agit d'une décision plutôt conforme à notre tradition constitutionnelle, comme en témoignent les articles 6, 23, ou 25 de la Constitution. Concernant chacun des matières liées à l'exercice de leurs pouvoirs par les individus titulaires d'une charge distribuée au suffrage universel direct, ils n'en renvoient pas moins à une loi organique le soin de fixer des aspects essentiels de cet exercice : liste des incompatibilités et durée des mandats parlementaires, modalités de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct... Il paraît difficile dès lors de soutenir que le fait de renvoyer à une loi organique le soin de prévoir les délais de récolte des signatures dérogerait d'une quelconque façon à une tradition qui est, s'il faut le souligner, le seul élément favorisant la cohérence d'action d'un pouvoir constituant.

³⁴⁷ Ainsi, si « le législateur organique est chargé de mettre en œuvre une réglementation dont la norme suprême pose les principes de base, de façon précise ; le Conseil Constitutionnel va organiser son contrôle en utilisant ce point de repère. Lorsque la Constitution ne fait que renvoyer à une loi organique le soin de mettre en œuvre les

285. La procédure n'en serait pas entravée, le seul intérêt de fixer ce seuil dans la Constitution étant de le rendre indisponible au législateur. Mais il n'y a, en soi, aucune autre raison à cela. Ainsi, le texte du troisième alinéa de l'article 11 a pu être critiqué pour sa complexité, précisément au motif qu'une partie des dispositions qu'il contient aurait tout aussi bien pu figurer dans une loi organique³⁴⁸.

286. Il est en revanche indispensable que le principe d'un filtre par la récolte de signatures citoyennes soit, lui, prévu dans le texte constitutionnel. En effet, il paraît difficilement envisageable que le législateur organique ajoute des conditions pour l'accès à l'issue référendaire sans habilitation constitutionnelle claire³⁴⁹. Même si cela était le cas, ce ne serait guère souhaitable, pour la lisibilité de la procédure. En outre, cela n'aurait rien de nécessaire, puisqu'il est tout à fait possible d'imaginer que soient scindés le principe du seuil de signatures d'une part, et la fixation de son niveau d'autre part³⁵⁰.

287. Il faut néanmoins s'interroger sur la pertinence d'une telle démarche.

288. On l'a dit, l'intérêt principal de fixer le niveau du seuil dans une disposition constitutionnelle est de le rendre indisponible au législateur. Mais plus précisément, il s'agit bien sûr d'extraire cette question du débat politique ; ce qui est d'autant plus important qu'elle peut devenir un abcès de fixation des conflits entourant l'initiative populaire, dans la mesure où les signatures sont un corollaire majeur du caractère « populaire » de l'initiative populaire, au moins politiquement. Il y a donc quelque raison de craindre que cet élément de la procédure soit menacé de changements réguliers ; ce qui ne peut que nuire au processus dans son ensemble. D'autant plus s'agissant d'un objet juridique souvent perçu comme « plus démocratique » que les mécanismes représentatifs, mais dont un élément constitutif serait, dans notre hypothèse, disponible au seul législateur parlementaire. Or celui-ci est, concrètement, incarné par la majorité parlementaire laquelle est presque systématiquement, sous la Vème République, constituée de membres d'un même parti. Ce point, dans un système politique caractérisé par une tension assez forte et une déconsidération importante des partis qui l'animent, fait supposer que toute modification législative du seuil qui en augmenterait le niveau serait suspectée d'être une manœuvre politicienne³⁵¹, avec toutes les conséquences incidentes de ce genre de suspicions sur la vie publique.

principes à définir, sans prescrire toutefois au législateur organique de mesures particulières, le Conseil Constitutionnel [...] estime alors que le législateur organique a une compétence exclusive pour régler les divers aspects de la matière concernée », Guettier C., *Le Conseil constitutionnel et le droit parlementaire sous la Vème République*, tome I, 1986, pp. 42-43 ; cité par Car J.-C., *les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 04 Octobre 1958*, Economica – PUAM, 1999, p. 428, note 98.

³⁴⁸ Diémert S., « Le référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution », *RFDC*, n°77, 2009/1, pp. 60-64 ;

³⁴⁹ Sur cette question, voir Car J.-C., *op.cit.*, 1999, pp. 427-440.

³⁵⁰ Par exemple avec une formule du type « Un groupe de citoyens constitué en comité d'initiative soutenu par une fraction du corps électoral fixée par la loi organique... ».

³⁵¹ On peut avoir un exemple d'une situation de ce type dans les débats parlementaires relatifs à la modification des règles applicables à l'élection présidentielle. Ainsi, au sujet de l'introduction d'une publication par le Conseil constitutionnel de la totalité des soutiens d'un candidat à l'élection présidentielle, Marion Maréchal Le Pen a pu affirmer « *Derrière la volonté de faire de la recherche des parrainages un véritable chemin de croix, je vois clairement – je suis d'accord avec mon collègue Nicolas Dupont-Aignan sur ce point – l'objectif de favoriser le bipartisme, le règne des deux grands partis* ». S'il est bien évident qu'elle prêche ici pour sa paroisse, il est

289. Evidemment, tous les aspects de la procédure prévus par la loi organique sont concernés par ce raisonnement. Mais, on l'a dit, le seuil de signatures est un élément particulier en raison de son caractère arbitraire et de son potentiel dirimant pour une partie significative, voire majoritaire des potentiels comités. En conséquence de quoi son impact sur la procédure est particulier, tant concrètement que symboliquement.

290. Seulement cette sanctuarisation constitutionnelle n'a pas que des avantages. Au-delà du fait qu'elle pousse à l'expression du seuil en pourcentages, ce qui a déjà été évoqué, elle procède d'une démarche discutable. En effet, le rendre indisponible aux parlementaires implique également qu'un seuil objectivement trop haut, ou trop bas, ne pourrait être amélioré que par une révision constitutionnelle, processus contraignant s'il en est. Il y a donc un vrai risque qu'un « mauvais seuil »³⁵² reste en l'état, simplement en raison du rang hiérarchique de la norme qui le prévoit. Or, par définition, l'introduction d'un mécanisme d'initiative populaire dans un système donné se fait « à l'aveugle », dans le sens où nul n'est réellement en mesure de prévoir la façon dont les acteurs - particulièrement nombreux, particulièrement divers - vont s'en emparer, sans même évoquer le fait que la « culture politique » d'une société donnée est une chose complexe, difficile à appréhender, alors même qu'elle est probablement un déterminant majeur de la façon dont une procédure de ce type fonctionne.

291. On voit ici clairement la difficulté de l'alternative : constitutionnaliser le niveau du seuil, c'est protéger la procédure dans son ensemble d'un certain nombre de manipulations conduisant à une instabilité très préjudiciable. Mais c'est aussi prendre le risque de la condamner à être affectée d'une tare initiale pour une longue durée, alors même qu'il est impossible de prévoir la façon dont l'initiative populaire serait utilisée.

292. En opportunité, il nous paraît, à tout prendre, plus logique de fixer le niveau du seuil dans une loi organique, ce qui permet de le fixer en nombre, puisqu'il serait aisément modifiable. Le processus législatif parlementaire, s'il n'est pas exempt de critiques, et le jeu politique ne correspondent certes pas à un idéal délibératif. Il n'en demeure pas moins que sur le plan des principes, il est plus conforme à la logique institutionnelle de fonder un processus sur un certain degré de confiance dans les acteurs, et notamment les représentants, puisque c'est ainsi que le système fonctionne : une confiance limitée, mais une confiance réelle, manifestée par un ensemble de droits ouverts à chaque membre du Parlement. En outre, il sera toujours possible de lancer une initiative populaire contre une éventuelle modification considérée comme abusive, alors que la voie constitutionnelle serait naturellement fermée à ce procédé. Enfin, il nous semble qu'en égard au seuil retenu pour l'initiative partagée, il y a tout lieu de postuler une certaine ignorance des procédés de démocratie semi-directe, qui ne se

également important de noter que, son parti étant une force politique de plus en plus significative, ce genre de suspensions risque d'avoir de plus en plus d'écho, alors même que la question est débattue depuis longtemps. Les propos ont été tenus lors de la deuxième séance du 24 mars 2016, JORF du 25 mars 2016, p. 2439. Il est disponible également en ligne au lien suivant :

<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2015-2016/20160160.asp#P758420>.

³⁵² C'est-à-dire ayant des conséquences si néfastes sur l'initiative populaire qu'il en anéantirait l'intérêt, soit parce qu'il réduirait à néant le rôle de filtre du seuil de signatures, soit à l'inverse parce qu'il serait si élevé que la procédure ne serait jamais utilisée.

peuvent corriger qu'à l'usage, ce qui renforce l'intérêt d'une fixation du niveau du seuil dans une norme plus accessible que la norme constitutionnelle.

293. C'est pourquoi nous postulons l'intégration du seuil d'un million de signatures dans une norme de rang organique, la récolte devant avoir lieu dans un délai de neuf mois. Son point de départ s'imposerait naturellement : puisque certains aspects de l'initiative seraient contrôlés avant la récolte des signatures, la publication de la décision relative à ces vérifications lancerait la période pétitionnaire. Le filtre aurait ainsi un impact raisonnable sur la distribution, entre les usagers potentiels du processus, des chances d'accéder aux étapes suivantes de la procédure, tout en permettant de préserver le jeu institutionnel d'un afflux trop important de requêtes référendaires. Cette intention ne pouvant être pleinement satisfaite qu'en envisageant également l'encadrement du recueil, nous allons à présent aborder cet aspect.

Section 2 : Encadrer le recueil

294. Le recueil désigne, comme on l'a dit, un processus, celui de la récolte des signatures. A cet égard, les opérations de récolte proprement dites en constituent le cœur, mais n'en sont pas le seul élément. Tout d'abord, le fait de récolter les signatures implique, c'est une évidence, d'informer sur le recueil en cours, et donc sur la proposition. Autrement dit, récolter les signatures a pour corollaire de mener une campagne visant à informer et convaincre. Si les deux éléments sont totalement mêlés dans les faits, leurs encadrements peuvent être dissociés dans le raisonnement, notamment parce que le dispositif encadrant la campagne est largement conditionné par celui encadrant les opérations de récolte proprement dites. En effet, ces dernières appellent essentiellement à la détermination de règles définissant les moyens par lesquels les signatures peuvent être récoltées, et le régime associé au fait de soutenir l'initiative, alors que la campagne appelle plutôt à la création de normes centrées sur la seule maîtrise des moyens de propagande. De même, le contrôle de la validité des signatures amène à interroger des éléments spécifiques à la nature de l'activité considérée. De sorte que si ces trois éléments sont effectivement entremêlés et forment, ensemble, l'encadrement du recueil, ils seront traités séparément, étant entendu que la direction dirigeant les choix à opérer sera établie à partir des impératifs dégagés dans la subdivision précédente. Ceux-ci seront utilisés pour juger de la transposabilité du dispositif adopté pour l'initiative partagée, son objet étant identique à celui ici étudié.

295. Pour aborder ces trois aspects, commencer par l'encadrement des opérations de récolte semble le plus logique, puisque c'est dans ce cadre que seront établis certains caractères du dispositif qui conditionneront pour une large part les autres aspects. L'encadrement de la campagne sera ensuite évoqué, pour la simple raison qu'il correspond au même moment, chronologiquement, que les opérations de récolte. Nous terminerons donc par l'évocation du contrôle de la validité des signatures, dernière étape avant que l'initiative puisse accéder aux étapes suivantes de la procédure.

§1 : Encadrer les opérations de récolte

296. Les opérations de récolte renvoient, pour leur encadrement, à deux principaux aspects que sont les modalités par lesquelles les signatures sont recueillies et les droits et obligations découlant, pour les individus signant une initiative, de l'acte de soutenir. Le premier aspect conditionnant largement le second, nous suivrons la même logique que celle adoptée pour l'ensemble de cette section et évoquerons donc d'abord les modalités (I) puis les droits et obligations des souteneurs (II).

I : Les modalités de soutien

297. Globalement présentée comme assez évidente lors des débats parlementaires sur l'initiative « partagée »³⁵³, la voie du recueil dématérialisé est pourtant plutôt une innovation du législateur organique national qu'un aspect classique des procédures d'initiative populaire. Rendue indispensable par l'adoption du seuil de 10% des électeurs - et devant donc avant tout se comprendre dans ce contexte - elle mérite néanmoins que l'on s'y intéresse ici.

298. En effet, si cette possibilité n'existe ni en Suisse ni en Italie, il faut souligner que les seuils y sont particulièrement bas par rapport à l'hypothèse qui est ici la nôtre³⁵⁴. En outre, même si le délai Suisse pour le recueil des signatures est long³⁵⁵, cela n'empêche pas l'échec d'une partie significative des initiatives à recueillir le nombre de signatures requis³⁵⁶. Même s'il n'y a là rien de choquant, on peut considérer cette circonstance comme suffisante pour s'intéresser aux potentialités d'un recueil dématérialisé. Plus précisément, il s'agira ici d'évaluer l'intérêt par l'examen de ses avantages et de ses inconvénients.

299. L'apport de la dématérialisation est bien connu et nécessite peu de développements puisqu'il s'agit, en l'occurrence, de l'apport d'internet comme moyen de communication : l'accélération du processus d'information comme de l'action de soutenir, à un point tel qu'il est possible d'envisager, sur certains thèmes et dans certaines conditions, que soient recueillies des centaines de milliers de signatures en quelques jours³⁵⁷. Il en résulte qu'un recueil en ligne, en ce qu'il réduit le poids des contraintes matérielles, permet une plus grande latitude pour la fixation du quorum exigé ainsi, évidemment, qu'une plus grande ouverture à des comités bien moins organisés, même s'il faut nuancer cette idée. En conséquence de quoi,

³⁵³ Cette opinion n'a néanmoins pas été unanime, tant s'en faut. On peut notamment citer la sénatrice Hélène Lipietz qui, lors de la séance du 28 Février 2013, affirmait « *Si la Suisse n'est pas un modèle, la manière dont sont collectées les signatures peut l'être. En effet, le recueil se fait toujours sur papier ! Cela permet aux personnes qui recueillent les signatures d'aller à la rencontre des citoyens, en faisant du porte-à-porte ou en les sollicitant dans les gares, par exemple, afin de nouer et d'entretenir un véritable lien civique. Comme quoi, le papier et les rapports humains ne constituent pas un frein à la démocratie* », JORF N° 23 S. (C.R) du 1^{er} mars 2013, p. 1595, ou en ligne : <https://www.senat.fr/seances/s201302/s20130228/s20130228.pdf>.

³⁵⁴ A savoir 18 mois : un million de signatures.

³⁵⁵ A savoir 18 mois : art. 71 de la loi fédérale sur les droits politiques.

³⁵⁶ Pour des données détaillées sur ce point, voir sur le site internet de la Chancellerie Fédérale : https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_2_2_5_2.html.

³⁵⁷ Encore une fois, les exemples des pétitions en ligne les plus suivies en attestent.

la dématérialisation peut être envisagée comme un facteur d'acceptabilité de l'initiative populaire pour les parlementaires³⁵⁸ si elle est corrélée à un seuil élevé, mais aussi comme une garantie quant à l'élargissement de la participation citoyenne aux affaires publiques qu'elle est censée permettre³⁵⁹. En un mot, elle est, pour l'adoption et le fonctionnement de l'initiative populaire, un facilitateur.

En face de ces avantages, deux types d'inconvénients peuvent être signalés.

300. Le premier, soulevé lors du débat parlementaire déjà mentionné, est le caractère de « dévitalisant démocratique » attaché à un recueil dématérialisé : il réduirait la collecte des signatures à une pure opération virtuelle, faisant disparaître les possibilités de contact physique rendues nécessaires par une collecte classique³⁶⁰. Plus précisément, cet argument n'a pas vocation à s'opposer à une récolte en ligne, mais plutôt à ce qu'elle soit doublée d'une possibilité de soutenir l'initiative par la voie classique.

301. Le second est d'ordre technique : il s'agit des difficultés insurmontables posées par la sécurisation informatique de ce genre de procédés³⁶¹.

Aucun de ces deux arguments ne paraît réellement déterminant.

302. L'idée selon laquelle la dématérialisation des voies de soutien s'accompagnerait nécessairement d'une dématérialisation de la campagne de récolte ne résiste pas à l'examen. En effet, le fait que le soutien se concrétise en ligne n'enlève qu'une partie de l'intérêt d'une présence « physique », à l'instar de ce qui peut se pratiquer en Suisse³⁶², ou en Californie³⁶³, puisqu'il sera toujours nécessaire d'informer, et de convaincre. On peut d'ailleurs observer que la possibilité de verser un don en ligne n'a pas fait disparaître des centres-villes les opérations de collecte de dons pour diverses ONG, alors même qu'il s'agit généralement d'organisations très connues. En revanche, le fait de retenir deux supports pour l'exercice du droit de soutien pose un problème de faisabilité, car comme souligné par Alain Vidalies lors de la séance publique effectuée en deuxième lecture sur le projet de loi organique, la

³⁵⁸ En témoigne, par exemple, cette intervention du député Bernard Pancher lors de la première discussion en séance publique sur l'initiative partagée : « *Il convient toutefois d'entourer ce référendum d'initiative populaire d'indispensables garanties. Il pourrait être organisé à l'initiative d'une fraction du corps électoral correspondant à 10 % des personnes inscrites sur les listes électorales[...]* » : troisième séance du jeudi 22 Mai 2008, *op.cit.*, p. 2388.

³⁵⁹ Nous avons déjà évoqué la question de la réalité de cette assertion. Il s'agira donc ici de la prendre pour vraie, dans la mesure où elle est perçue comme telle par beaucoup, et notamment, pour autant que les débats de 2008 permettent d'en juger, par nombre de parlementaires.

³⁶⁰ Le propos le plus emblématique sur ce point a été cité, il s'agit de la position exprimée par Hélène Lipietz, lors du débat relatif à l'adoption de la loi organique d'application de l'article 11 révisé, dans le cadre de la séance publique tenue au Sénat le 28 Février 2013.

³⁶¹ Sur ce point, voir Enguehard C. « Vote par internet, failles techniques et recul démocratique », *Jus politicum*, (n°2), 2009/3, disponible en ligne : <http://juspoliticum.com/article/Vote-par-internet-failles-techniques-et-recul-democratique-74.html>. Pour une analyse plus exhaustive de la question, voir le rapport du Sénat n°445 rendu le 9 avril 2014 pour la Commission des lois, et notamment sa deuxième partie : <http://www.senat.fr/rap/r13-445/r13-4451.pdf>.

³⁶² Grodecki S, « L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève », Schultess, Genève, 2008, pp. 265-267.

³⁶³ Magleby D., « Ballot access for initiatives and popular referendums : the importance of petition circulation and signature validation procedures », *op.cit.*, pp. 298-299.

coexistence du support papier et du support numérique poserait des problèmes de contrôle³⁶⁴ et donc augmenterait les coûts³⁶⁵. Et puisqu'il est possible de compenser les effets négatifs de la « fracture numérique » sur une récolte exclusivement dématérialisée des soutiens, comme le montre le décret applicable à l'initiative partagée³⁶⁶, il paraît plus rationnel d'envisager un recueil s'effectuant totalement par internet.

303. Quant à la question de la sécurisation des opérations informatiques, nous n'avons guère compétence pour l'évaluer, mais la CNIL, constatant que la collecte de soutiens n'est rien comparable à un vote, n'y a pas vu d'obstacle dirimant³⁶⁷ même si elle souligne que « *les principes relatifs à la sécurité, tels que l'intégrité du recueil du soutien ou la traçabilité des opérations, exprimés dans sa délibération n° 2010-371 précitée, devraient s'appliquer au dispositif de recueil des soutiens en matière d'initiative partagée* »³⁶⁸.

304. Il n'y a donc pas, à proprement parler, d'inconvénient définitif, c'est-à-dire à même de rendre le recueil dématérialisé dangereux ou inepte en son principe même. La Commission conditionne néanmoins le champ de validité de son opinion, en rappelant que tout ceci n'est valable que parce que l'opération concernée n'est pas un vote³⁶⁹. Par ailleurs, elle attire l'attention sur deux questions. Elles sont de deux ordres : la charge que cette voie de recueil fait peser sur les finances publiques, et les difficultés techniques qu'elle entraîne. Si la première a déjà été traitée³⁷⁰, il n'en va pas de même de la seconde.

³⁶⁴ [en cas de possibilité de soutien papier et par internet] « *un même électeur pourrait en effet parvenir à soutenir simultanément jusqu'à quatre fois la même initiative – sur Internet, en se déplaçant en préfecture, en sous-préfecture et à la mairie. Un nombre considérable de contrôles serait donc requis à l'échelon local et national pour supprimer ces doubles, ces triples voire quadruples soutiens d'un même électeur à une initiative référendaire, et garantir ainsi le respect du seuil de 4,5 millions d'électeurs qu'a établi le pouvoir constituant* » : Assemblée Nationale, première séance du jeudi 25 avril 2013, JORF 26 avril 2013, p. 4998, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/cri/2012-2013/20130230.pdf>, consulté le 26 avril 2013.

³⁶⁵ « *Ces contrôles impliqueraient notamment la création de commissions départementales de contrôle composées de magistrats, au même titre que pour l'élection présidentielle. En deuxième lieu, l'introduction d'un recueil des soutiens par voie papier supposerait de mobiliser des équipes supplémentaires dans les préfectures ou les sous-préfectures afin d'assurer l'accueil des électeurs soutenant les initiatives partagées. Enfin, un nombre équivalent de formulaires de soutien devrait être imprimé* ». Ibid.

³⁶⁶ Qui prévoit trois modalités différentes de soutien par internet : « *1° L'électeur dépose directement son soutien sur le site internet du ministère de l'intérieur prévu à cet effet, par ses propres moyens ; 2° L'électeur dépose directement son soutien sur le site internet du ministère de l'intérieur prévu à cet effet en utilisant un point d'accès mentionné au premier alinéa de l'article 6 de la loi organique du 6 décembre 2013 susvisée ; 3° L'électeur fait enregistrer sur le site internet du ministère de l'intérieur prévu à cet effet par un agent mentionné au second alinéa de l'article 6 de la loi organique du 6 décembre 2013 susvisée son soutien présenté sur papier selon les modalités présentées au II de l'article 3 du présent décret.* » Décret n° 2014-1488 du 11 décembre 2014 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Soutien d'une proposition de loi au titre du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution », JORF n°287 du 12 décembre 2014, p.20822.

³⁶⁷ Délibération n° 2014-465 du 20 novembre 2014 portant avis sur un projet de décret relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « référendum d'initiative partagée », JORF n°0287 du 12 décembre 2014, texte n°105.

³⁶⁸ Ces principes étant multiples, il serait fastidieux de les énumérer ici.

³⁶⁹ Ceci n'est pas sans importance, étant donné les inquiétudes croissantes que suscitent les possibilités d'interventions informatiques malveillantes dans les processus électoraux, à l'heure de la résurgence d'une hostilité entre l'OTAN et la Russie.

³⁷⁰ Cf. *supra*.

305. En s'appuyant sur les différentes sources déjà citées, le problème principal semble être la sécurisation des opérations de recueil, sur deux aspects : la protection contre les attaques informatiques, et la protection contre les usurpations d'identité.

306. La sécurisation semble être un problème insoluble, comme l'affirmait François Pellegrini en ces termes : « [le vote dématérialisé] *n'offre aucun contrôle, et permet une portée de fraude considérable* »³⁷¹.

307. Cette difficulté, si elle n'a rien d'anodine, doit être relativisée. D'une part, les opérations de recueil des soutiens ont une importance institutionnelle infiniment moindre qu'un scrutin, de sorte que l'intérêt d'y organiser une fraude d'ampleur importante l'est également. D'autre part, s'agissant des « petites fraudes », il ne semble pas que les difficultés posées par le recueil dématérialisé soient réellement supérieures à celles posées par le recueil « physique », dont le contrôle n'a jamais été aisé³⁷², alors même que c'est ce contrôle qui permet d'entretenir un certain degré de confiance à l'égard de la procédure. Au demeurant, la CNIL n'a pas, dans sa délibération précitée, soulevé de difficultés dirimantes, même si elle y insiste sur certains aspects du régime applicable.

308. Ainsi, la question des procédés d'authentification pose de sérieuses questions. Le dispositif mis en place pour l'initiative partagée permet de souligner ces difficultés.

309. En effet, la Commission note, dans la même délibération que « *le projet de dispositif d'initiative partagée s'appuie sur un mécanisme d'identification qui ne permet pas de certifier l'identité de la personne qui s'exprime, ni sa capacité électorale* » puisque celui-ci se borne à prévoir que « *à compter de son enregistrement dans le traitement, un soutien fait l'objet de vérifications administratives par le ministère de l'intérieur dans un délai de cinq jours.* »³⁷³. Autrement dit, aucun procédé de certification électronique n'est prévu, alors même qu'il s'agit du procédé le plus fiable pour établir ce qu'on pourrait appeler une carte d'identité numérique. Le dispositif applicable à l'initiative partagée prévoit une vérification sur la base du document d'identité fourni lors du soutien, croisé avec le répertoire national d'identification des personnes physiques³⁷⁴. Or, la CNIL relève que « *le contrôle de la pièce d'identité n'apporte pas une forte plus-value dès lors qu'il ne repose que sur une simple vérification de la cohérence de référence renseignée par un internaute. En effet, un numéro cohérent pourrait être accepté alors qu'il n'est associé à aucune pièce d'identité existante. De*

³⁷¹ Rapport rendu au sujet des opérations de vote par internet lors des élections de 2006 à l'Assemblée des Français de l'étranger, disponible en ligne : http://www.ordinateurs-de-vote.org/IMG/pdf/rapport_pellegrini.pdf. Voir également l'article de Chantal Enguehard et le rapport rendu par la Commission des Lois du Sénat, déjà cités.

³⁷² Magleby David B., *op.cit.*, pp. 306-310. Entin Jonathan L., *Innumeracy and Jurisprudence: The Surprising Difficulty of Counting Petition Signatures*, *Jurimetrics Journal*, 1993, pp. 223-246.

³⁷³ Décret n° 2014-1488, *op.cit.*, article 4.

³⁷⁴ Le même article dispose ainsi que « *un soutien est réputé valide, sous réserve de réclamations et recours ultérieurs, lorsque :*

1° *Le contrôle de la pièce d'identité déposée par l'électeur est positif ;*

2° *Pour les électeurs nés en France métropolitaine et dans les collectivités régies par l'article 73 de la Constitution, l'Institut national de la statistique et des études économiques confirme que l'électeur est inscrit au répertoire national d'identification des personnes physiques ;*

3° *L'électeur n'a pas déjà apporté son soutien à la proposition de loi concernée. ».*

plus, le contrôle opéré ne permet pas de détecter si cette référence correspond à une pièce déclarée volée ou perdue. Enfin, l'expression d'un soutien au moyen d'une vraie référence ne pourrait être invalidée ». Ce point est aggravé par la circonstance qu'aucun « contrôle de l'absence de déclaration de perte ou de vol des titres d'identité dont la référence est renseignée lors de l'expression du soutien » n'est prévu, le Gouvernement ayant confirmé son intention de ne pas tenir compte des recommandations de la CNIL sur ce point³⁷⁵. Il estime que les listes de soutien étant publiques, chacun peut vérifier qu'il n'y figure pas et, en cas d'usurpation de son identité « il pourra [...] déposer un recours devant la formation prévue à cet effet et obtenir le retrait de son nom de la liste des soutiens »³⁷⁶, l'efficacité de cette démarche étant assurée par l'introduction d'infractions pénales spécifiques au dispositif par la loi n°2013-1116 du 6 décembre 2013³⁷⁷.

310. Si nous n'avons pas d'indications particulières quant aux raisons pour lesquelles le Gouvernement s'est refusé à suivre les recommandations émises par la CNIL, ce qui rend délicate la critique du dispositif tel qu'il existe, reste que celui-ci n'est pas sans poser problème du point de vue de l'authentification des soutiens. Car l'argument selon lequel « le caractère public de la liste des soutiens crée pendant les conditions d'un contrôle sur les soutiens déposés »³⁷⁸ est assez discutable, tant dans son principe que dans ses conséquences sur la protection des données personnelles des citoyens soutenant l'initiative. Cela laisse en effet à penser que les « conditions du contrôle » reposent sur la vigilance des citoyens concernés, alors même que le contrôle de la validité des signatures est un élément fondamental de la confiance du corps social envers la fiabilité de la procédure. En outre, le caractère dissuasif des sanctions pénales mériterait d'être plus étayé que par le seul rappel de leur existence. Il serait donc souhaitable que l'introduction d'un dispositif comparable dans le cadre d'une initiative populaire prenne plus consciencieusement en compte les recommandations de la CNIL, au moins sur la question de la vérification de ce que les pièces d'identité fournies n'ont pas été volées, ou perdues. Idéalement, la fiabilité des opérations d'authentification des signatures serait également accrue par l'utilisation d'un procédé de certification électronique. Néanmoins, et étant donné le peu d'importance donnée à ces questions dans les débats parlementaires, comme à l'absence globale de discussions « grand public » au moment de la mise en œuvre du nouvel alinéa 3 de l'article 11, il paraît assez peu réaliste d'envisager que l'adoption d'une initiative populaire véritable donnerait lieu à un dispositif plus fiable, d'autant moins qu'il est très hautement improbable que l'initiative partagée soit un jour réellement utilisée.

311. En outre, il faut que les risques ne paraissent pas, de ce point de vue, plus élevés dans le cadre d'un recueil dématérialisé. Cette affirmation nous semble renforcée par l'instauration

³⁷⁵ Réponse du Gouvernement à la question écrite du député Lionel Tardy, le 09 Juin 2015, JORF du 10 juin 2015, p. 4352.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ Article L 558-38 du Code électoral : « Le fait, pour toute personne participant aux opérations de recueil des soutiens à une proposition de loi présentée au titre de l'article 11 de la Constitution, d'usurper l'identité d'un électeur inscrit sur la liste électorale ou de tenter de commettre cette usurpation est puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende ».

³⁷⁸ Réponse à la question écrite du député Lionel Tardy, *op.cit.*

d'une forme de contrôle de la signature antérieur au contrôle de la validité des signatures à proprement parler³⁷⁹.

312. Néanmoins, il demeure vrai qu'il paraît nécessaire de mettre en œuvre « *toute mesure visant à assurer une fonction d'authentification serait de nature à consolider la valeur des soutiens recueillis et, ainsi, à limiter les risques d'usurpation d'identité* »³⁸⁰. De sorte, qu'idéalement un dispositif dont le contrôle reposerait non pas sur l'action des intéressés mais sur des processus informatiques d'authentification serait bien plus fiable. C'est pourquoi il faut garder à l'esprit que la solution adoptée par les parlementaires répond à un standard de qualité inférieur à ce que l'on serait en droit d'espérer d'une procédure globalement entre les mains de l'Etat.

313. Reste que la sécurité informatique n'a été que très peu évoquée lors des débats, et il semble par conséquent hautement improbable que, si l'initiative populaire venait à être un jour adoptée, il en irait différemment, tant les débats tenus en séance ont été indigents sur ce point.

314. C'est pourquoi l'on poursuivra nos développements en retenant l'hypothèse d'un dispositif identique, lequel porte certains questionnements quant aux droits et devoirs des citoyens soutenant une initiative, point que nous allons donc à présent aborder.

II : Les droits et obligations des soutenant

315. Il y a deux principaux aspects relevant des droits et obligations des soutenant : les titulaires du droit de soutenir, et les conséquences pour eux de l'exercice de ce droit.

316. Le premier point interroge moins que dans le cadre du droit à déclencher le processus. Dans la mesure où l'action de soutenir une initiative est un choix politique qui a pour conséquence la convocation du corps électoral dans le but d'exprimer la volonté générale, elle peut être vue comme une forme de corollaire de la souveraineté, même si elle ne saurait en être un attribut direct. En conséquence de quoi il semble logique de réserver le droit de soutenir une initiative aux titulaires du droit de participer aux scrutins et votations nationales, à savoir les citoyens. Plus précisément, le dispositif applicable à l'initiative partagée a retenu les « citoyens inscrits sur les listes électorales »³⁸¹. La chose semble aller de soi, et si ce n'est pas nécessairement le cas théoriquement – le droit de signer n'est pas un corollaire du droit de vote *stricto sensu* - cela pourrait l'être en pratique : il peut sembler nécessaire, pour l'authentification, de se fonder sur les listes électorales. En réalité, cette restriction ne répond pas à cet impératif, dans la mesure où il est prévu que les données d'état-civil - qu'il est obligatoire de fournir pour soutenir - seront vérifiées par l'INSEE à l'aide du registre national des personnes physiques³⁸². Et en-dehors de considérations morales, on voit mal en quoi la

³⁷⁹ I de l'article 4 du décret n° 2014-1488 du 11 décembre 2014, déjà cité.

³⁸⁰ Délibération n° 2014-465 du 20 novembre 2014, précitée.

³⁸¹ Article 5 de la loi organique n°2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la constitution, JORF n°0284 du 7 décembre 2013 p.19937.

³⁸² Article 4, 2° du décret n° 2014-1488 du 11 décembre 2014, *op.cit.*

non-inscription sur les listes électorales devrait constituer un obstacle à l'exercice du soutien, ce dernier n'étant pas, précisément, assimilable au droit de suffrage, point sur lequel les parlementaires ont largement insisté par ailleurs. Le nombre de français non-inscrits avoisinant les trois millions d'individus en 2012³⁸³, il nous semble qu'il y a un intérêt concret à envisager un dispositif pour éventuellement les inclure. C'est pourquoi, pour ce qui est de l'initiative populaire, il nous paraît plus pertinent de réserver les soutiens aux « citoyens français jouissant de leurs droits civils et politiques ».

317. Le second point, en revanche, pose de nombreuses questions et appelle de plus amples développements.

Sur les droits dont bénéficient les souteneurs du fait de leur soutien.

318. Tout d'abord, toujours en s'appuyant sur le dispositif mis en place dans le cadre de l'initiative partagée, il semble que l'autorité normative en charge de mettre en place le dispositif doive compenser les inégalités d'accès suscitées par la mise en place d'un recueil exclusivement par internet. Certes, la décision du Conseil Constitutionnel relative à la loi organique d'application de l'article 11³⁸⁴ écarte toute existence d'une exigence constitutionnelle sur ce plan. En effet, il se borne à constater que « [le législateur] *afin de faciliter la mise en oeuvre par toute personne inscrite sur une liste électorale de son droit d'apporter son soutien à une telle proposition de loi, l'article 6, d'une part, impose la mise à disposition, dans la commune la plus peuplée de chaque canton ou au niveau d'une circonscription équivalente et dans les consulats, de points d'accès à un service de communication au public en ligne et, d'autre part, permet à tout électeur de demander à un agent de la commune ou du consulat de faire enregistrer électroniquement son soutien présenté sur papier* » et que « *ces dispositions doivent être déclarées conformes à la Constitution* »³⁸⁵. La formulation, sibylline, est éclairée par le commentaire annexé à la décision, qui affirme clairement que « *le choix du terme retenu souligne qu'il ne s'agit pas d'une garantie légale d'une exigence constitutionnelle* »³⁸⁶. On peut s'étonner de cette précision, s'agissant d'un dispositif mettant en œuvre une modalité de participation politique selon des procédés techniques dont l'accès est inégalitaire³⁸⁷. Il reste que la question a été

³⁸³ Rapport n°2473, réalisé par les députés Jean-Luc Warsmann et Elisabeth Pochon pour la commission de lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, déposé le 17 décembre 2014, p. 12, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i2473.pdf>.

³⁸⁴ Cons., const., Déc., n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, « Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution », JORF du 7 décembre 2013 p. 19955, rec. p.1081.

³⁸⁵ *Ibid.*, cons. 25.

³⁸⁶ La phrase complète est « *Le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas estimé que l'article 6 répondait à une exigence constitutionnelle. Il a jugé que ses dispositions tendent à « faciliter » la mise en œuvre, par toute personne, de son droit d'apporter son soutien à une proposition de loi (cons. 25). Le choix du terme retenu souligne qu'il ne s'agit pas d'une garantie légale d'une exigence constitutionnelle.* » Commentaire annexé à la décision n°2013-681 DC précitée, disponible en ligne : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013681DCccc_681dc.pdf.

³⁸⁷ Car si l'usage d'internet est effectivement en augmentation constant, il est extrêmement inégal en fonction des milieux sociaux, d'après le rapport intitulé « le fossé numérique en France », rapport du Gouvernement au Parlement rendu en 2011 et établi en application de l'article 25 de la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique, JORF n°0293 du 18 décembre 2009 p. 21825, disponible en ligne :

abordée très sérieusement lors des débats parlementaires, que les représentants semblent mieux à même de juger de la réalité des usages sociaux du numérique que le juge constitutionnel, et qu'il y a donc tout lieu de penser que l'introduction d'une procédure d'initiative populaire donnerait lieu à des préoccupations similaires.

319. Or, comme nous l'avons déjà sommairement indiqué, internet n'est pas un média accessible pour tous mais, surtout, sa maîtrise est très inégale selon la catégorie de population considérée. Il est ainsi utile de signaler qu'en 2008, 39.5% de la population française n'avait jamais utilisé internet³⁸⁸. En outre, les populations les plus exclues du débat politique³⁸⁹ sont sociologiquement les mêmes que celles qui sont exclues de la « société numérique » : ainsi, en 2008 toujours, seulement 28% des ménages entrant dans les deux premières tranches de revenu avaient accès à internet à leur domicile, contre 87% pour ceux relevant des troisième et quatrième tranche³⁹⁰. Ces disparités se retrouvent même dans les générations « natives du numérique », même si les proportions sont différentes : 66% des 15-24 ans ayant un niveau de diplôme inférieur au baccalauréat déclarent avoir une utilisation assidue d'internet, contre 86% des individus de la même tranche d'âge mais ayant atteint un niveau d'études supérieur au baccalauréat³⁹¹. Ces données doivent être recoupées avec la question de la maîtrise technique, d'un savoir-faire numérique, encore plus inégalement réparti³⁹². Même si les chiffres ont une certaine ancienneté, et qu'ils seraient probablement différents aujourd'hui, il reste que les inégalités soulignées n'ont pas disparues du simple fait d'une baisse des prix et de certaines modifications technologiques.

320. En conséquence de quoi la question de la compensation des inégalités numériques *via* des modalités alternatives à la seule connexion par les moyens propres de chaque citoyen semble importante. D'autant plus que le soutien d'une initiative par les citoyens est un corollaire nécessaire du processus d'initiative populaire, puisqu'il est l'élément procédural qui en assure la viabilité. En outre, même s'il s'analyse plutôt par lui-même comme un droit de pétition, il s'agit néanmoins d'un droit politique : étant réservé aux seuls citoyens, impliquant l'expression juridiquement organisée d'une opinion politique, et constituant la seule modalité non-juridictionnelle - et donc politique - de sélection de propositions à visée référendaire. Il est donc nécessaire que les procédés assurant sa mise en œuvre permettent, autant que possible, un accès égal pour chacun à son exercice.

321. A cet égard, les solutions imaginées par le législateur organique dans le cadre de l'initiative partagée paraissent satisfaisantes³⁹³. Relativement simples, elles impliquent

http://www.education.gouv.fr/archives/2012/refondonslecole/wpcontent/uploads/2012/07/rapport_du_centre_d_analyse_strategique_le_fosse_numerique_en_france_2011.pdf, .

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 41.

³⁸⁹ Voir Gaxie D., le cens caché, *op.cit.*

³⁹⁰ Rapport « le fossé numérique en France », *op.cit.*, p. 35.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 34.

³⁹² Brotcorne P., Valencuc G., « Les compétences numériques et les inégalités dans les usages d'internet. Comment réduire ces inégalités ? », Les Cahiers du numérique 2009/1 (Vol. 5) , pp. 45-68.

³⁹³ Prévues par l'article 6 de la loi organique n°2013-1114 portant application de l'article 11 de la Constitution *op.cit.*, elles sont les suivantes : « Des points d'accès à un service de communication au public en ligne permettant aux électeurs d'apporter leur soutien à la proposition de loi présentée en application de l'article 11 de la Constitution par voie électronique sont mis à leur disposition au moins dans la commune la plus peuplée

cependant la nécessité, pour les citoyens intéressés, de se déplacer. Cependant, il eût été difficile de faire autrement dans la mesure où, on l'a dit, l'entretien d'une voie parallèle de soutien papier aurait rendu l'authentification plus lourde et complexe. Il est difficile, sans le recul que permet l'usage, d'avoir une idée précise de la praticabilité de ces solutions, reste que la contrainte du déplacement n'est pas si lourde, les cantons étant des circonscriptions administratives de taille assez restreinte. Pour ces raisons, nous considérons qu'un dispositif identique pourrait tout à fait se voir appliquer à l'initiative populaire sans que la procédure n'en pâtisse.

Sur les effets du dépôt d'un soutien.

322. Le premier effet du dépôt d'un soutien est le fait de recevoir un récépissé attestant de la signature. Ce récépissé valant preuve du caractère effectif du soutien, il doit également être conservé par l'Administration. Il s'agit là d'une procédure standard, à l'image de ce qui se fait en matière fiscale. Ce point ne pose aucune difficulté particulière.

323. Le deuxième effet est la question du droit de retirer le soutien. L'article 5 de la loi organique applicable à l'initiative partagée exclut toute possibilité de retrait. Le rapport fait par M. Jean Pierre Sueur au nom de la Commission des Lois du Sénat énonce à cet égard qu'«*outré son aspect pratique, cette prohibition permet non seulement de sécuriser l'ensemble de la procédure de soutien, mais aussi et surtout de responsabiliser les électeurs.*»³⁹⁴. Le caractère inutilement moralisateur du deuxième argument conduit à ne pas le considérer, d'autant plus que la signature relève du droit de pétition, et non du droit de vote, et doit par conséquent en revêtir le caractère sauf lorsque cela complique de façon disproportionnée l'exercice de la récolte et de son contrôle. Or, le droit de soutenir une pétition implique également le droit de retirer son soutien. La question de la praticité est plus épineuse, car il est vrai que la possibilité de retirer le soutien par le soutenant complique la tâche de l'autorité chargée du contrôle, dans la mesure où cela accroît les possibilités d'erreurs humaines, et donc de doublon. En outre, cela complique la tâche des comités, en augmentant probablement le nombre de signatures à recueillir, afin de se prémunir des conséquences d'un ensemble de désistements. La première difficulté n'a rien de dirimante, puisqu'il est tout à fait possible d'envisager que le droit de retirer son soutien soit organisé différemment de l'acte de soutenir lui-même³⁹⁵. La seconde amène à plus de circonspection. Bien qu'elle relève du pur choix politique, il semble opportun de souligner que dès lors que l'on retient un seuil assez élevé il devient délicat d'accroître par ailleurs le degré de complexité de la tâche exigée des initiants. Sur cette base, l'on peut retenir l'hypothèse de

de chaque canton ou au niveau d'une circonscription administrative équivalente et dans les consulats. Pour l'application du premier alinéa, tout électeur peut, à sa demande, faire enregistrer électroniquement par un agent de la commune ou du consulat son soutien présenté sur papier ».

³⁹⁴ Rapport n°373 du sénateur Jean-Pierre Sueur pour la commission des Lois sur le projet de loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution, p. 40, en ligne : http://www.senat.fr/rap/112-373/112-373_mono.html.

³⁹⁵ Ainsi le retrait pourrait être effectué par demande auprès de la Commission chargée de contrôler la validité des soutiens, ce qui permettrait de centraliser les retraits avec les signatures, et les intégrer au décompte avant qu'il soit effectué.

l'impossibilité de retirer son soutien, étant entendu que le choix inverse semble tout aussi défendable.

324. Par ailleurs, le fait d'apporter son soutien entraîne la collecte de certaines données personnelles, indispensables pour vérifier l'authenticité des signatures.

325. Cette question a été pensée lors des travaux préparatoires³⁹⁶ et largement discutée ensuite en séance publique. En suivant l'ordre des débats, apparaissent deux problématiques particulières : celle de la publicité de la liste des soutiens, et celle des garanties entourant l'usage et la conservation des données récoltées.

326. S'agissant de la publicité de la liste, nous avons déjà évoqué son caractère essentiel pour le contrôle en l'état du dispositif applicable à l'initiative partagée. Mais cela ne constitue pas un argument justificatif, dans la mesure où il est possible de faire autrement par l'utilisation de procédés informatiques d'authentification. Il convient par conséquent d'étudier un peu plus avant la question.

327. Le droit de pétition implique, par nature, la publicité de la liste des pétitionnaires, point qui a été largement rappelé lors des débats parlementaires³⁹⁷. Néanmoins, le recueil par voie électronique des soutiens, dans le cadre d'un processus d'audience nationale, et par conséquent la publicité sur internet - qui rend la liste accessible aisément à la totalité de la société Française - incite à envisager qu'il y ait, en opportunité, une différence de mesure entre la liste des soutiens à une initiative partagée et celle d'une simple pétition. Différence accrue dans le cadre d'une initiative populaire, étant donné les conséquences conférées dans ce cas à l'acte de soutenir. Rappelée par certains parlementaires³⁹⁸, cette distinction n'a pas donné lieu à une absence de publicité de la liste mais, en s'appuyant sur les recommandations de la CNIL, qui avait insisté sur le caractère accru des risques impliqués par la publicité dans le cadre de l'initiative partagée par rapport à une pétition classique³⁹⁹, le législateur a voulu

³⁹⁶ Voir étude d'impact annexée au projet de loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution, p. 18 et s., en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3072-ei.asp> et les rapports n°3946 et 3947 de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, sur les projets de lois organique et ordinaire en première lecture, p. 48, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r3946.pdf>.

³⁹⁷ Les exemples d'interventions en ce sens sont innombrables. L'on peut notamment citer le député Michel Diefenbacher, en ce qu'il a assez bien résumé la position majoritaire des chambres sur ce sujet : « [...] *apporter son soutien à une initiative référendaire, ce n'est pas voter dans le secret de l'isoloir. La procédure est identique à celle de la pétition. Il faut garantir une certaine transparence, il s'agit d'un impératif démocratique.* » Propos tenus à l'Assemblée Nationale, le 20 décembre 2011, deuxième séance, JORF du 21 décembre 2011, p. 9032, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/cri/2011-2012/20120091.pdf>.

³⁹⁸ Ainsi François de Rugy : « *nous vous avons posé cette question hier et nous n'avons obtenu d'autre réponse qu'une sorte de pétition de principe selon laquelle il ne serait pas honteux d'afficher ses opinions quand on soutient une pétition. Ce n'est naturellement pas honteux. J'ai toutefois expliqué dans mon intervention qu'il y avait une différence entre les responsables politiques que nous sommes, les militants politiques qui ont l'habitude d'afficher clairement leurs opinions et l'ensemble des citoyens. En effet, ces 4,5 millions de personnes – et c'est beaucoup – n'ont pas forcément envie d'afficher leur opinion. Nous ne sommes pas dans un pays où l'on met une pancarte dans son jardin ou à sa fenêtre pour exprimer ses opinions politiques.* ». Assemblée nationale, séance du 21 décembre 2011, JORF du 22 décembre 2011, p. 9061, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/cri/2011-2012/20120092.pdf>. Par ailleurs, certains parlementaires siégeant en Commission ont essayé de s'opposer à la publicité, voir par ex. l'amendement n°3 déposé en première lecture du projet de loi organique d'application de l'article 11, à l'Assemblée nationale, le 16 novembre 2011.

³⁹⁹ « *La commission a considéré en 2010 que, même si le dispositif envisagé diffère dans son fonctionnement du vote électronique, les principes relatifs à la sécurité, tels que l'intégrité du recueil du soutien ou la traçabilité*

limiter les effets néfastes de la publicité. Il est difficile, même en raisonnant en opportunité, d'envisager une solution consistant en une absence totale de publicité, dès lors que le coût de la récolte numérique est essentiellement supporté par les fonds publics. En effet, les procédés d'authentification informatique accroissent substantiellement le coût global du recueil numérique⁴⁰⁰. C'est pourquoi la publicité de la liste des soutiens ne nous paraît pas, sur le principe, devoir être exclue.

328. Il reste que la publicité sur internet n'est pas la publicité tout court et accroît largement les possibilités que certains individus soutenant une initiative en subissent des conséquences néfastes, d'autant que le délai durant lequel la liste serait consultable pourrait être long. C'est pourquoi la question des garanties offertes aux citoyens quant à la protection de leurs données personnelles, ici comprise au sens large - c'est-à-dire impliquant également la limitation des données consultables par tous - est essentielle.

329. Ces garanties se présentent sous trois aspects différents.

330. D'abord dans les informations à fournir pour les soutiens. Le dispositif prévu pour l'initiative partagée en liste treize⁴⁰¹ et toutes semblent nécessaires à l'identification. Il ne semble pas qu'il y ait, de ce point de vue, d'exigence excessive.

331. Ensuite se pose la question des différents niveaux de publicité de chacune de ces informations. A cet égard, le décret permettant la mise en œuvre de l'initiative partagée dispose, en son article 4, que la liste « *précise pour chaque électeur soutenant la proposition de loi son nom, son ou ses prénoms et sa commune, son village pour l'électeur des îles Wallis et Futuna ou son consulat d'inscription sur les listes électorales* ». Il y a donc bien une limitation des informations consultables aux seules données indispensables à l'identification, ce qui est cohérent avec l'idée selon laquelle le contrôle repose largement sur la publication de la liste. En soi, l'obligation d'accepter que ces informations soient publiques n'est pas disproportionnée. Il faut néanmoins souligner que, puisqu'elles ont vocation à permettre l'identification des individus venant au soutien d'une initiative, elles portent malgré tout un risque, car elles permettent de savoir que tel ou tel soutient telle initiative ce qui, dans l'hypothèse de thèmes très polémiques, implique l'obligation d'afficher publiquement une opinion pour exercer son droit à soutenir un processus d'initiative populaire sur une question donnée. Néanmoins, la publicité choisie par le pouvoir réglementaire n'est pas « ouverte - l'accès à la liste nécessite une connexion *via* des identifiants constitués eux-mêmes de données personnelles⁴⁰² - ce qui renforce la protection contre d'éventuelles pressions exercées,

des opérations, exprimés dans sa délibération n° 2010-371 précitée, devraient s'appliquer au dispositif de recueil des soutiens en matière de d'initiative partagée. » Délibération du 20 novembre 2014, *op.cit.*

⁴⁰⁰ Voir sur ce point l'étude d'impact annexée au projet de loi organique, *op.cit.*, p. 22 et s.

⁴⁰¹ Annexe I du décret n° 2014-1488 précité, les informations à fournir sont les suivantes : nom de famille ; nom d'usage ; prénoms figurant sur l'acte de naissance ; sexe ; date de naissance ; pays de naissance ; ou collectivité de naissance ; commune de naissance ; commune, village (pour les îles Wallis et Futuna) ou consulat d'inscription sur les listes électorales ; numéro de carte nationale d'identité ou de passeport ; date de délivrance de la pièce d'identité ; département, collectivité ou consulat de délivrance de la pièce d'identité ; adresse électronique ou, dans le cas d'un électeur ayant déposé son soutien en format papier et n'en disposant pas, adresse postale.

⁴⁰² Les neuf premières informations citées dans l'annexe I du décret, déjà mentionnées. C'est ce qui ressort de l'article 8, III, de ce même décret.

par exemple, par l'entourage professionnel, conjointement avec le volet répressif du dispositif, que nous aborderons ultérieurement.

332. Enfin, l'on peut s'interroger sur l'utilisation de ces données. La loi organique pose le principe général selon lequel « *les électeurs sont réputés consentir à l'enregistrement de leur soutien aux seules fins définies par la présente loi organique* »⁴⁰³, et ce principe est décliné par le décret, tant pour la publication de la liste⁴⁰⁴ que pour les données personnelles récoltées⁴⁰⁵. La délibération de la CNIL éclaire un peu le sens de ces dispositions puisqu'elle souligne que « *l'article 6 du projet de décret précise expressément que les données sont utilisées aux seules fins prévues à l'article 3 de la loi organique du 6 décembre 2013 précitée. Toute finalité de prospection, commerciale ou politique, à partir des données à caractère personnel traitées dans le cadre du dispositif d'initiative partagée est ainsi proscrite.* »⁴⁰⁶. En outre, elle ajoute à cet égard « *que le ministère doit mettre en œuvre les mesures adaptées pour éviter tout détournement de finalité. Il s'agit notamment d'éviter toute récupération des données de manière automatique, de paramétrer l'indexation de façon proportionnée et de garantir la disponibilité et l'intégrité des données publiées ainsi que leur suppression dans les délais impartis* »⁴⁰⁷. Or, le décret publié n'a pas pris en compte cette recommandation, se bornant à prévoir la destruction des données⁴⁰⁸. Certes, ce point est essentiel, mais il s'agit d'une protection minimale, dans la mesure où les données peuvent toujours être « aspirées » en cours de publication, même si ce risque est diminué par la publicité « contrôlée » de la liste⁴⁰⁹. En outre, les données les plus sensibles, exclues de la liste, sont mieux protégées puisque les agents autorisées à y accéder sont, selon les cas, obligés de s'identifier⁴¹⁰, ou très précisément désignés⁴¹¹, de sorte qu'il serait aisé de tracer une utilisation frauduleuse et de la rattacher à un ou plusieurs individus. Enfin, même ces agents n'ont pas accès à l'ensemble des données, puisque l'article 12 du décret prévoit que « *ont seuls accès à l'ensemble des données à caractère personnel et informations mentionnées en annexe au II, à raison de leurs attributions et dans la limite du besoin d'en connaître, les membres du Conseil constitutionnel, les membres de la formation prévue au troisième alinéa de l'article 45-4 de*

⁴⁰³ Article 5 de la loi organique n°2013-1114 *op.cit.*

⁴⁰⁴ « *Cette liste, publiée aux seules fins de consultation [...]* » article 4 du décret n° 2014-1488, *op.cit.*

⁴⁰⁵ « *Les données à caractère personnel et informations enregistrées [...] sont utilisées aux seules fins prévues à l'article 3 de la loi organique du 6 décembre 2013 susvisée* » : article 6 du décret n° 2014-1488, *op.cit.*

⁴⁰⁶ Délibération CNIL du 20 novembre 2014, *op.cit.*

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ « *Les données à caractère personnel et informations collectées sont conservées à compter de l'enregistrement des réclamations et recours. Elles sont détruites à l'issue d'un délai de deux mois à compter de la publication au Journal officiel de la décision du Conseil constitutionnel déclarant si la proposition de loi a obtenu le soutien d'au moins un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales.* » article 11 du décret n° 2014-1488, *op.cit.*

⁴⁰⁹ Il faut cependant noter que ce délai est strictement calqué sur le délai de contrôle, de sorte qu'il manifeste par lui-même un souci de protéger les données personnelles fournies par les souteneurs.

⁴¹⁰ Ceci concerne les agents chargés de la saisie des soutiens présentés sur papier : « *Dans les quarante-huit heures après le dépôt du soutien en format papier, l'agent enregistre les données en faisant connaître au préalable son identifiant et son mot de passe ; ces derniers sont obtenus sur demande de l'exécutif territorial, pour les communes et circonscriptions administratives équivalentes, auprès des services du représentant de l'Etat ou sur demande de l'autorité consulaire auprès du ministère chargé des affaires étrangères.* » Article 3 du décret n° 2014-1488, *op.cit.*

⁴¹¹ Article 6 du décret n° 2014-1488, *op.cit.* La liste est trop longue pour être intégralement citée ici.

*l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée*⁴¹², les rapporteurs adjoints mentionnés à l'article 45-5 de la même ordonnance et les agents du Conseil constitutionnel individuellement désignés et dûment habilités par décision du président du Conseil constitutionnel ».

333. L'efficacité de ce dispositif est accrue par l'adoption de dispositions pénales spécifiques introduites dans le code électoral⁴¹³, dont l'application réelle et le caractère dissuasif sont assurés par les dispositions déjà évoquées assurant la traçabilité des connexions permettant les différents d'accès aux données personnelles.

334. En somme, il nous semble que les garanties apportées par le dispositif adopté pour l'initiative partagée sont suffisamment fiables pour envisager une transposition, en l'état, à une procédure d'initiative populaire. Sur les bases de l'hypothèse ainsi figurée, on peut envisager l'encadrement la campagne.

§2 : Encadrer la campagne

335. Au regard des procédures étrangères comme de la littérature qui leur est consacrée, la question renvoie essentiellement à l'encadrement de la monétarisation de la récolte, c'est-à-dire tant l'usage direct de fonds que la professionnalisation des récoltants, qui n'est rendue possible que par l'utilisation de moyens financiers importants. Cet aspect, déjà évoqué, est un aspect important -et problématique⁴¹⁴- des initiative populaire américaines et, dans une moindre mesure,⁴¹⁵ des initiative populaire Suisses. Relativement peu traitée pour les pays Européens, elle fait l'objet de publications assez abondantes outre-Atlantique. Cependant la thématique n'existe des deux côtés de l'océan, que parce que la charge de la récolte incombe entièrement aux promoteurs de l'initiative. Il en irait différemment ici ; c'est pourquoi, puisque la question ne se pose pas dans les mêmes termes, qu'il convient d'abord d'évoquer la nécessité de l'encadrement (I) pour en proposer ensuite la teneur (II).

⁴¹² A savoir « une formation composée de trois membres désignés pour une durée de cinq ans par le Conseil constitutionnel, sur proposition de son président, parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou les membres des juridictions administratives, y compris honoraires ». Article 45-4 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, JORF du 9 novembre 1958 p. 10129.

⁴¹³ « Art. L. 558-42. – Le fait, dans le cadre de la même procédure, de reproduire les données collectées par voie électronique à d'autres fins que celles de vérification et de contrôle ou de tenter de commettre cette reproduction est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende

« Art. L. 558-43. – Les personnes coupables de l'une des infractions prévues au présent chapitre peuvent être également condamnées à :

« 1° L'interdiction des droits civiques suivant les modalités prévues aux 1° et 2° de l'article 131-26 du code pénal ;

« 2° L'affichage ou la diffusion de la décision mentionnés à l'article 131-35 et au 9° de l'article 131-39 du même code. »

Le fait, dans le cadre de la même procédure, de soustraire, ajouter ou altérer, de manière frauduleuse, les données collectées par voie électronique ou de tenter de commettre cette soustraction, cet ajout ou cette altération est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende.

Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende lorsque les faits mentionnés au premier alinéa sont commis avec violence. ».

⁴¹⁴ Broder David S., *Democracy Derailed*, Harcourt, 2000, pp. 43-162.

⁴¹⁵ Delley J.D., « La professionnalisation des campagnes référendaires », in. *Le référendum en Europe, bilan et perspectives*, dir. Passelecq O. et Hamon F., l'Harmattan, 2000, pp. 204-206.

I : De la nécessité de l'encadrement

336. Le périmètre de l'encadrement exclut ici la récolte puisque le serveur permettant l'enregistrement, le stockage et le traitement des soutiens serait intégralement supporté par les fonds publics. En effet, dans le cadre de l'initiative partagée, la prise en charge financière comme technique du site a toujours été envisagée comme relevant nécessairement de l'Etat ; l'étude d'impact écarte en effet explicitement la possibilité de transposer en France un modèle de récolte reposant totalement sur les comités⁴¹⁶. Autrement dit, le recueil ne serait pas effectué par les comités, mais simplement sollicité par eux puisque la seule manière de soutenir est de se connecter par ses propres moyens ou se présenter dans les points ouverts à cet effet, la signature étant dans cette hypothèse effectuée par un agent public.

337. Dès lors, la question de la professionnalisation telle qu'elle se pose, par exemple aux Etats-Unis - et notamment en Californie - ne semble plus avoir d'objet puisqu'il s'agit essentiellement de la rémunération d'agents chargés de récolter les signatures⁴¹⁷.

338. En outre, cela règle également en partie la question des déséquilibres financiers à ce stade de la procédure puisque deux comités financièrement très inégaux seraient dans une situation égale face à l'enregistrement des soutiens.

339. Il ne reste alors essentiellement que deux aspects dont il faut envisager l'encadrement : la propagande⁴¹⁸ et les dépenses engagées dans la campagne de récolte.

340. La propagande, c'est-à-dire l'ensemble des moyens mis en œuvre par les promoteurs pour diffuser dans l'opinion le projet qu'ils portent, dans le but de susciter une adhésion à celui-ci. Le terme renvoie donc autant à la question de l'accès aux médias qu'à la présence, dans les lieux publics, d'individus chargés de répandre cette propagande. En soi, il renvoie aussi aux moyens engagés, et donc essentiellement à l'argent dépensé pour permettre la diffusion du message voulu par les initiants. Néanmoins, il nous paraît plus pertinent de séparer les deux aspects dans la mesure où, même s'ils sont intrinsèquement liés, ils portent des problématiques différentes, et donc appellent des encadrements différents.

341. Mais il y a quelque intérêt à s'interroger sur le point de savoir s'il est pertinent d'encadrer les pratiques des comités sur ce point, alors même que l'essentiel de la récolte est assuré par l'Etat. L'interrogation est relativement théorique, dans la mesure où, dès lors que l'on s'inscrit dans le dispositif envisagé pour l'initiative partagée, on choisit un cadre assez rigide ayant pour objet principal d'éviter les fraudes, la corruption, et la financiarisation de l'initiative populaire. Mais elle mérite néanmoins d'être posée dans la mesure où cet encadrement ne va pas de soi.

⁴¹⁶ Etude d'impact annexée au projet de loi organique portant application de l'article 11, *op.cit.*, p. 16 : « Largement étrangère à notre tradition politique, [la procédure de récolte Suisse] ne manquerait pas de générer un certain nombre de doutes et de suspensions quant à la réalité des soutiens recueillis en France ».

⁴¹⁷ Magleby David, "Ballot access for initiatives and popular referendums: the importance of petition circulation and signature validation procedures", *The journal of laws and politics*, 1985/2, p. 298.

⁴¹⁸ Il va de soi qu'il faut ici entendre le terme de façon déconnectée du jugement de valeur qu'il charrie.

342. En effet, la campagne de récolte n'est pas la campagne référendaire. Or, envisager un encadrement des dépenses comme des inégalités d'accès aux médias relève d'un souci similaire à celui qui a présidé à l'adoption des normes s'appliquant aux campagnes électorales⁴¹⁹. Implicitement, l'encadrer sur ce point, c'est donc considérer qu'elle pose des problèmes similaires sur le plan des principes comme sur celui des pratiques. Le dispositif applicable aux campagnes électorales vise à garantir une certaine égalité entre les candidats, et donc les idées. Il s'agit d'une optique régulatrice. Mais celle-ci ne se justifie que parce que la campagne est juridiquement considérée comme un corollaire de l'élection, donc de l'exercice de la citoyenneté⁴²⁰, qu'il revient à l'Etat de garantir, garantie dont on peut considérer qu'elle implique de mettre le citoyen en état d'exercer librement son droit. C'est d'ailleurs aussi pour cela que ces règles ne s'appliquent pas hors des temps juridiquement désignés comme des temps de campagne⁴²¹, alors même que les déséquilibres financiers entre les divers courants participant au débat public comme leurs conséquences existent de façon permanente. Pour cette raison, ce dispositif a tout autant vocation à s'appliquer aux campagnes référendaires puisque celles-ci précèdent l'expression par le corps électoral de la souveraineté. Toutes choses égales par ailleurs, elles relèvent donc d'une logique similaire à celle qui prévaut pour l'encadrement des groupes d'intérêt. Néanmoins, même si les régimes sont similaires, la distinction entre l'expression de la souveraineté et l'exercice de la citoyenneté a son importance puisqu'elle permet, par exemple, d'envisager des distinctions de régime et la campagne électorale, et la campagne référendaire. Distinction qui est possible à droit constant puisque les normes applicables à cette dernière relèvent du pouvoir réglementaire qui, jusqu'à présent, s'est contenté de reprendre les règles applicables aux élections, mais pourrait procéder autrement au prochain référendum puisque ces règles deviennent caduques à l'issue de la votation.

343. La campagne de récolte relève-t-elle aussi des mêmes considérations ? Il n'est pas possible de l'analyser comme un corollaire de la souveraineté. Elle n'en précède pas immédiatement l'expression puisque la suite directe du recueil des signatures est le déclenchement des processus de contrôle. Ce même recueil n'est pas non plus la seule condition nécessaire de l'expression de la souveraineté parce que si celle-ci peut effectivement être empêchée par un échec lors de la campagne de récolte, une réussite ne garantit pas la tenue du référendum, et les autres étapes potentiellement interromptrices du processus ne relèvent pas de la souveraineté.

344. Pour ces mêmes raisons, elle ne saurait non plus relever de la citoyenneté. En effet, le lien entre celle-ci et la souveraineté est parfaitement établi par une jurisprudence constante⁴²², le droit de suffrage devant être vu comme lié au concept de souveraineté dans la mesure où il a pour objet d'en désigner les titulaires. L'élection est donc la condition légitimant l'exercice de la souveraineté par les représentants. Il n'en va pas de même du fait de soutenir une proposition dans le cadre de l'initiative populaire, pour les raisons déjà évoquées.

⁴¹⁹ Les règles applicables aux campagnes référendaires étant transposées des règles créées pour les campagnes électorales.

⁴²⁰ Haquet A., *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel Français*, PUF, 2004, pp. 163-164.

⁴²¹ L'ensemble des propos relatifs aux campagnes référendaires et électorales sont développés *infra*, n°1070 et s.

⁴²² Haquet A., *op.cit.*, p. 163.

345. Même s'il y a, en fait comme un droit, un lien entre le soutien à une proposition et l'issue référendaire, le lien qui les unit est plus ténu que celui qui relie citoyenneté et souveraineté.

346. En revanche, en tant que filtre permettant la sélection des propositions pouvant être soumise au corps électoral-représentant, reconnu par le constituant, et dont le législateur organise librement le régime, le soutien à une proposition peut être vu comme un droit de nature politique. Même si le raisonnement inverse les termes normaux de la déduction juridique, le régime des soutiens en droit comparé renforce cette analyse : il est partout réservé aux seuls électeurs, selon les critères classiques de la souveraineté, sans conditions particulières si ce n'est celles qui prévalent pour le droit de vote.

347. En conséquence, il peut être vu comme un droit que le constituant ajoute à la citoyenneté. Sans en être un corollaire nécessaire il peut être vu comme une faculté attachée à la qualité de citoyen.

348. Dès lors, il est logique que l'esprit qui sous-tend les protections législatives apportées à l'exercice de la citoyenneté - dont les limitations encadrant la campagne font indéniablement partie - soit importé dans la campagne de recueil.

349. En conséquence, le caractère « libre et non-faussé » de l'exercice du droit de soutenir sera évidemment considéré comme une façon d'en permettre un usage acceptable. Il devient alors logique que l'Etat prenne en charge la récolte puisque cela permet d'assurer une meilleure transparence du processus tout en abaissant le poids des inégalités de moyens entre les comités.

350. Le fait d'adopter un dispositif d'encadrement de la campagne de récolte est donc parfaitement logique en droit. Mais en va-t-il de même en fait ? La chose nous paraît indiscutable. On a déjà évoqué le poids des inégalités financières dans le processus en général. Plus singulièrement, le processus de récolte est bien évidemment affecté par ce phénomène. En outre, l'expérience californienne montre qu'une absence d'encadrement entraîne une accélération du processus de monétarisation⁴²³. Enfin, on a vu à de nombreuses reprises, que les parlementaires ont manifesté, lors de l'adoption du dispositif applicable à l'initiative partagée, une peur aigüe des manipulations dont pourrait faire l'objet le corps électoral à l'occasion, notamment, de la récolte. Il y a donc de solides raisons de penser que la campagne de récolte doit faire l'objet d'un encadrement quant à la diffusion de la propagande, comme du financement des opérations reliées à la récolte.

⁴²³ Broder D., *Democracy Derailed*, Harcourt, 2000, p. 67 et s.

II : De l'encadrement de la campagne de récolte

351. On a déjà de nombreuses fois fait référence au marché que les opérations de récolte sont susceptibles de créer, et de son corollaire, leur professionnalisation. L'observation des procédures étrangères fait ressortir que cette possibilité existe tant pour la récolte proprement dite⁴²⁴ que pour les actions qui peuvent tendre à la favoriser, et qu'on peut regrouper sous le terme de « campagne de récolte », puisque l'argent librement utilisé permet d'avoir accès à des consultants professionnels, de payer des individus pour récolter les signatures, et d'élargir sa base d'activistes⁴²⁵. Quels aspects devraient être encadrés dans notre hypothèse, et comment ?

352. La seule différence importante concernant la récolte, entre le processus ici envisagé et les procédures particulièrement visées par les travaux sur la professionnalisation est le caractère essentiellement public des opérations de récolte qui rendrait sans objet la rémunération d'individus d'aller collecter les signatures. En effet, une récolte dématérialisée centralisant les signatures sur un serveur unique mis en place et établi par l'Etat ne nécessite aucune intervention d'un intermédiaire privé. Pour autant, cela ne changerait rien à l'intérêt qu'il y aurait à mener campagne pour informer et convaincre de soutenir l'initiative, et ceci non seulement pour le comité à son origine, mais également pour tout individu ou organisation intéressé par son adoption, voire par d'autres objectifs notamment servis par la mise en avant du texte. Dès lors, et étant donné la potentielle issue référendaire, les opérations de récolte peuvent être vues comme une forme de campagne politique, plus limitée dans son objet comme, *a priori*, dans les acteurs qu'elle attirerait⁴²⁶. Faut-il dès lors en envisager un encadrement sur le modèle des campagnes électorales ?

353. Plusieurs éléments incitent à aller dans cette direction. Le choix du législateur intervenu pour l'application de l'article 11, qui a transposé l'esprit sinon la lettre d'un certain nombre de règles fondamentales du droit des campagnes électorales⁴²⁷. Les phénomènes

⁴²⁴ S'agissant des Etats-Unis: Broder D., *op.cit.*, p. 55; Cronin T., *Direct democracy*, Harvard University Press, 1989, p. 207; Waters D., "The Initiative Industry: Its Impact on the Future of the Initiative Process", I&R institute, en ligne; Magleby D., "Ballot access for initiatives and popular referendums: the importance of petition circulation and signature validation procedures", *The Journal of Law and Politics*, 1985/2, p. 297; Magleby D., Patterson K., "Consultants and Direct Democracy", *PS: Political Science and Politics*, 1998/2 (n°32), pp. 160-169. S'agissant de la Suisse: Grisel E., *Traité de démocratie semi-directe*, Staempfli, 2003, p. 69 et s.

⁴²⁵ Richard E., *Democratic Delusions: The Initiative Process in America*, University Press of Kansas, 2002, p. 44.

⁴²⁶ L'on peut penser que la campagne serait surtout intéressante pour mettre en avant l'initiative. Mais l'on ne saurait exclure que des oppositions tentent de se structurer dès la récolte, particulièrement en cas de stratégie médiatique nationale de la part des promoteurs.

⁴²⁷ Art. L. 558-37 du code électoral, issu de l'article 1 de la loi n°2013-1116 du 6 décembre 2013, JORF n°0284 du 7 décembre 2013 p. 19939 : « les dons consentis par une personne physique dûment identifiée pour le financement d'actions tendant à favoriser ou défavoriser le recueil des soutiens à une proposition de loi présentée en application de l'article 11 de la Constitution ne peuvent excéder 4 600 €.

Tout don de plus de 150 € consenti à un parti ou groupement politique en vue du financement d'actions tendant à favoriser ou défavoriser le recueil des soutiens doit être versé par chèque, virement, prélèvement automatique ou carte bancaire. Le parti ou groupement politique délivre un reçu pour chaque don.

Le montant global des dons en espèces faits au parti ou groupement politique en vue du financement d'actions tendant à favoriser ou défavoriser le recueil des soutiens ne peut excéder 20 % du total des fonds récoltés.

observés à l'étranger, notamment en Californie, déjà mentionnés qui, toutes choses égales par ailleurs, non seulement appellent à un certain degré de réglementation, mais renforcent la probabilité de voir la démarche adoptée pour la procédure du troisième alinéa de l'article 11 réitérée en cas d'insertion d'une procédure d'initiative populaire. Enfin, plus largement, l'existence d'une certaine culture de l'encadrement des campagnes en France. Pour ces mêmes raisons, d'ailleurs, les dispositions introduites pour la mise en œuvre de « l'initiative partagée » forment une solide base de réflexion. Elles répondent en effet aux principales préoccupations que peut susciter la professionnalisation de l'initiative populaire : le plafonnement des dons des personnes physiques, l'interdiction de ceux-ci par les personnes morales, et l'obligation de tenir une comptabilité séparée devraient permettre de limiter l'ampleur du phénomène. Pour autant, ces dispositions ne pourraient se transposer telles quelles à une procédure d'initiative populaire, ou en tous cas pas sans être accompagnées d'un dispositif spécifique.

354. Tout d'abord, même si c'est anecdotique,⁴²⁸ la formulation du premier alinéa de l'article L. 558-37 exclut son application à une procédure qui serait introduite hors de l'article 11 de la Constitution, ce qui rendrait nécessaire dans notre hypothèse, de modifier le premier.

355. Ensuite, et surtout, le dispositif tel qu'il existe souffrirait, en cas d'application à une initiative populaire, de deux lacunes majeures. Il ne comprend aucun plafonnement des dépenses engagées⁴²⁹. Il n'ouvre la campagne de récolte qu'aux seuls partis politiques, seules personnes morales habilitées à financer des actions en faveur ou défaveur du référendum, et donc à faire campagne comme organisations⁴³⁰.

L'ensemble des opérations financières conduites par un parti ou groupement en vue de la campagne de collecte de soutiens fait l'objet d'une comptabilité annexe et détaillée dans les comptes de ce parti ou groupement politique.

A l'exception des partis ou groupements politiques, les personnes morales ne peuvent participer au financement d'actions tendant à favoriser ou défavoriser le recueil des soutiens à une proposition de loi présentée en application de l'article 11 de la Constitution ni en consentant des dons sous quelque forme que ce soit, ni en fournissant des biens, services ou autres avantages, directs ou indirects, à des prix inférieurs à ceux qui sont habituellement pratiqués.

Aucun Etat étranger ou personne morale de droit étranger ne peut participer, directement ou indirectement, au financement de telles actions.

La violation du présent article est passible des peines prévues au II de l'article L. 113-1 [sanctions pénales] ». Par ailleurs, sont introduites aux articles L. 558-38 à L. 558-43 du code électoral des sanctions pénales pour les personnes physiques ou morales qui entreprendraient diverses actions de nature à fausser la sincérité des soutiens : usurpation d'identité d'un électeur, altération ou soustraction des données collectées à l'occasion de la récolte, incitations négatives –violences...- ou positives –dons...- à soutenir l'initiative, etc...

⁴²⁸ Car s'expliquant par un état du droit où tous les référendums nationaux sont prévus à l'article 11 de la Constitution.

⁴²⁹ Aucune disposition de l'encadrement législatif n'évoque explicitement le plafonnement des dépenses, mais la formulation de l'article L. 52-8 du code électoral dont l'esprit a été transposé à l'article L. 558-37 du même code a été modifiée pour effacer toute mention du plafonnement des dépenses, comme en atteste la lecture comparée des quatrième et troisième alinéas, respectivement, de ces articles.

⁴³⁰ Les initiatives bénévoles d'associations demeurent possibles, mais sont très limitées puisqu'elles ne peuvent bénéficier d'assistance matérielle. L'on peut souligner que ce point a fait l'objet de discussions assez importantes lors de l'examen parlementaire, mais essentiellement sous l'angle du financement, par d'autres personnes morales que les partis politiques, des groupements engageant des actions de campagne pour la récolte des soutiens. L'on peut quand même mentionner la circonstance qu'a été rappelée la possibilité de constituer un parti politique *ad hoc* pour ces opérations, ce qui laisse une porte ouverte, quoique étrangement conçue, à la participation de personnes morales aux opérations de collecte. Voir notamment le compte-rendu de l'examen en

356. Ces deux éléments sont cohérents avec « l’initiative partagée » qui est déclenchée par environ 185 parlementaires, et relève donc, dans les faits, d’une compétence partisane, encore que l’on pourrait discuter, même dans ce cadre, de l’absence de plafonnement des dépenses. Ils le seraient nettement moins dans le cadre d’une initiative populaire qui a pour fonction de permettre à la « société civile », non pas seulement de participer à un processus décisionnel public, mais à l’initier. Ce qui rend plus problématique la fermeture – relative - de la campagne de récolte à un faisceau d’acteurs plus large que celui embrassant les partis, ainsi que l’absence de plafonnement des dépenses dans un pays où l’intervention directe de groupes d’intérêts liés à des puissances financières inégales entre elles poserait probablement des difficultés politiques.

357. Pour autant, il ne paraît guère compliqué de pallier ces lacunes par une transposition adaptée de dispositifs déjà existants. La base légale offerte par les lois organiques et ordinaires du 06 décembre 2013 semble en effet satisfaisante quant à l’encadrement spécifique au recueil des soutiens ; elle pourrait être complétée, quant aux points évoqués précédemment par l’extension à la récolte des dispositions des articles L. 52-11 al. 1^{er} du code électoral⁴³¹, ce qui nécessiterait d’en adapter la rédaction ou, à défaut, celle de l’article L. 52-4 du même code auquel il renvoie. De même, pourraient être étendues à la campagne de récolte les dispositions de l’article L. 558-46 de ce code qui rend applicable à la campagne référendaire les prescriptions relatives à la propagande en période de campagne électorale. Il faudrait également envisager d’imposer un cadre aux organisations désireuses de participer à la campagne, par exemple en rendant nécessaire à la constitution en comité pour ce faire, en prévoyant une exception pour les partis politiques qui ont de toute façon vocation à mener des actions de propagande politique, ou alors en imposant aux organisations non politiques de passer par le comité d’initiative à l’origine du processus. Cette hypothèse permettrait également de simplifier l’application des règles comptables à ce comité, de sorte que les mesures visant à prévenir contre une excessive monétarisation du processus ne complexifieraient pas à l’excès le dispositif d’encadrement. Dans tous les cas, il serait nécessaire de rendre ces règles applicables au groupement à l’origine du texte.

358. Enfin, selon les montants retenus pour les plafonds, il pourrait s’avérer opportun d’envisager un système de remboursement sur fonds publics d’une partie des dépenses engagées, sur le modèle des dispositions relatives aux campagnes électorales qui ont d’ailleurs été retenues comme base pour la campagne relative à la votation issue de l’initiative populaire⁴³². N’étant pas ici en situation de véritablement chiffrer le plafond, puisque nous ne disposons pas de données pour le faire, nous ne nous appesantirons cependant pas plus sur ce point.

première lecture, par la commission des lois de Sénat du projet de loi relatif à cet encadrement : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20130218/lois.html#toc11>.

⁴³¹ « Pour les élections auxquelles l’article L. 52-4 est applicable, il est institué un plafond des dépenses électorales (1), autres que les dépenses de propagande directement prises en charge par l’Etat, exposées par chaque candidat ou chaque liste de candidats, ou pour leur compte, au cours de la période mentionnée au même article».

⁴³² Cf. *infra* n°1132.

359. Le contrôle du respect de ce plafond pourrait se faire selon les mêmes modalités que pour l'élection présidentielle : désignation obligatoire d'un mandataire financier, traçabilité des dons par l'interdiction de dons en espèces pour un montant dépassant cent-cinquante euros, vérification que chaque dépense correspond à l'objet pour lequel elle est supposée être consentie (la récolte des signatures). Les comptes seraient envoyés à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP), qui les contrôlerait en aval de la récolte. Ce système présente l'inconvénient de faire intervenir le contrôle après le recueil, mais il est beaucoup plus lisible et donc praticable qu'un contrôle en temps réel. Celui-ci, en effet, implique d'une part beaucoup de moyens de la part de la CNCCFP et, d'autre part, fait peser un risque d'interruption de la procédure, alors même que des sanctions suffisamment dissuasives peuvent avoir une efficacité comparable sans par ailleurs risquer d'interrompre une procédure pour des questions de respect de règles comptables.

360. Il ne saurait cependant s'envisager sans une augmentation substantielle des moyens alloués à la Commission. Alternativement, il pourrait être exercé directement par la formation créée près du Conseil constitutionnel pour le contrôle de la validité des signatures. Dans les deux cas, l'instauration d'un tel contrôle rallongerait la procédure en raison du délai nécessaire à l'exercice du contrôle du compte, qui devrait pouvoir être exercé assez rapidement dans le cas où seuls les partis politiques et le comité à l'origine du texte pourraient participer à la campagne, ce qui incite à retenir cette hypothèse quant à l'encadrement des acteurs de la campagne. Un délai d'un mois paraît suffisant.

361. S'agissant des sanctions : le régime applicable pour l'élection présidentielle résulte de la loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel⁴³³ qui prévoit l'obligation en cas de dépassement de verser au Trésor Public une somme équivalente au montant du dépassement⁴³⁴, ce qui s'analyse comme une sanction⁴³⁵. Pour ce qui nous concerne, cette disposition nous paraît insuffisante, non dissuasive. En effet, elle sanctionne *a posteriori* une dépense excessive effectuée dans le cadre d'une compétition électorale. De ce fait, elle ne peut réellement corriger l'éventuel impact de ce surcroît de dépenses sur le résultat de la compétition électorale. Ceci se conçoit pour l'élection présidentielle, car le plafond autorisé s'y chiffre invariablement en plusieurs dizaines de millions d'euros, de telle sorte que le montant à reverser peut être très élevé, même en cas de dépassement limité. Ainsi, elle peut être dissuasive. En outre, l'inégalité entre les candidats est à relativiser, au moins pour ce qui concerne les principales formations politiques. Il n'en va pas du tout ainsi dans le cadre de l'initiative populaire, où le remboursement public ne serait pas nécessairement prévu. Quand bien même le serait-il : les montants ainsi que les dépassements seraient plus faibles, et les inégalités potentielles seraient abyssales. Ainsi, il paraît plus pertinent de prévoir la même sanction en cas de remboursement public, avec l'obligation pour la Commission de transmettre le dossier au parquet en vue du lancement d'une procédure pénale

⁴³³ Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, JORF du 7 novembre 1962 p. 10762 ;

⁴³⁴ *Ibid.*, article 3, II, cinquième alinéa.

⁴³⁵ Voir notamment Cons., const., Déc., n°2013-156 PDR du 04 Juillet 2013, JORF du 6 juillet 2013 p. 11289, rec. p. 865..

qui pourrait déboucher sur de fortes amendes⁴³⁶. Cette sanction qui pourrait exister dans l'hypothèse du remboursement comme dans celle de son absence. Cette procédure serait autonome du processus de récolte.

362. Si une telle démarche était adoptée, cela aurait pour effet de conférer à la campagne de récolte les mêmes garanties de transparence, d'égalité financière, et de limitation des phénomènes d'augmentation des dépenses que celles qui existent en matière de campagne électorale, et qui ont - si l'on peut dire - fait leurs preuves. Par ailleurs, prendre appui sur le droit existant permettrait d'offrir une certaine visibilité juridique aux participants, dans la mesure où le droit des campagnes électorales est aujourd'hui relativement ancien, et fait l'objet d'éclairages jurisprudentiels nombreux et précis. Cela conduirait certes également à consacrer comme une campagne politique pleine et entière ce qui n'est, en l'état du droit, qu'un élément partiellement encadré comme tel et dont l'objet ne relève pas du suffrage ou de la souveraineté. Mais il nous semble que cette circonstance est sans grande importance pratique, d'autant plus que la lecture des débats parlementaires ayant eu lieu à l'occasion de l'adoption de l'encadrement législatif de l'initiative partagée ont été parfois marqués par des propos amalgamant la récolte avec la campagne référendaire⁴³⁷. Et il semble hors de doute que le soutien est un acte politique, et que le fait de prendre position quant à la pertinence de soutenir ou non l'initiative est, dès lors, une expression politique, ce dont il découle que l'espace-temps dans lequel se déroulerait ces opérations serait, factuellement, une campagne politique. Il s'ensuit que le degré de garanties approprié en l'espèce devrait être le même dans le cadre de la récolte des soutiens et dans celui de la campagne référendaire, abstraction faite des éléments singuliers devant être adaptés, comme par exemple le niveau des plafonds ou les restrictions médiatiques, qui pourraient être différentes dans la mesure où la récolte n'oppose pas nécessairement plusieurs camps⁴³⁸. Pour autant, ce périmètre d'adaptation demeure limité : les principes structurels du droit des campagnes politiques - plafonnement, maîtrise des sources de financement... - peuvent tout à fait s'appliquer aux opérations de récolte. De sorte que là encore, les éléments saillants du droit applicable à la vie politique se prêtent à une introduction « à droit constant » d'une initiative populaire véritable.

363. A ce stade du scénario, le dispositif d'encadrement est complet. Il ne reste plus qu'à envisager comment seraient contrôlées les signatures recueillies.

⁴³⁶ Une peine d'emprisonnement nous paraissant totalement disproportionnée, même si le Code Pénal fourmille de peines de prison pour des infractions d'une portée infinitésimale. La transmission au parquet est nécessaire dans la mesure où la sanction pénale nous paraît plus adaptée à la dissuasion que la sanction administrative.

⁴³⁷ Voir, par ex., les débats sur l'article 1A du projet de loi, en seconde lecture, à l'Assemblée nationale, JORF N°55 A.N. (C.R.), Vendredi 26 Avril 2013, p. 4972. En ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130230.asp#P1006_188900.

⁴³⁸ Ce point incite d'ailleurs à considérer la campagne de récolte comme un élément autonome de la campagne référendaire éventuellement issue du même processus d'initiative. Cela semble cependant aller sans dire, les deux moments politiques n'étant liés ni en droit, ni en fait, puisque la campagne référendaire est à la fois plus éventuelle, en tant qu'elle intervient après les étapes susceptibles d'interrompre le processus, et dotée d'un objet politique bien plus large que la campagne de récolte.

§3 : La validation des opérations de récolte

364. La fiabilité du système de récolte des signatures est fondamentale pour l'introduction du processus d'initiative populaire, dans la mesure où d'éventuelles fraudes seraient susceptibles d'anéantir la confiance des citoyens, ou du personnel politique envers la procédure. Ceci est d'autant plus vrai dans le cas d'un seuil élevé puisque la difficulté à l'atteindre peut augmenter l'incitation à la fraude, et celle-ci peut être d'autant plus massive que le nombre de signatures à récolter est important.

365. Cette fiabilité est logiquement liée à la question du contrôle de la validité des signatures ; c'est-à-dire savoir si l'identité présentée est valable, si elle correspond à une personne réelle, et si celle-ci n'a pas déjà apporté son soutien⁴³⁹. Les expériences connues à l'étranger nous ne sont ici guère utiles dès lors que nous avons fondé le raisonnement sur un recueil dématérialisé. En revanche, les travaux parlementaires relatifs à la mise en œuvre législative du troisième alinéa de l'article 11 sont une fois encore riches d'enseignement, d'autant plus que cette question, pour les raisons évoquées, a fait l'objet de beaucoup d'attention de la part du législateur.

366. Le Gouvernement, soutenu en cela par l'Assemblée nationale, avait opté pour un contrôle *via* une commission spécifique. Le Sénat a combattu cette idée, privilégiant un contrôle direct par le Conseil Constitutionnel. C'est ce dernier dispositif qui a finalement été retenu. Mais la circonstance que la discussion ait eue lieu à partir de l'opposition de deux systèmes différents nous offre la possibilité d'étudier une alternative assez tranchée. Nous verrons donc dans un premier temps la solution qui avait été d'abord envisagée (I), pour aborder ensuite celle qui a été finalement retenue (II).

I : L'hypothèse du contrôle par une commission ad hoc

367. Le projet de loi organique, dans sa version initiale, prévoyait l'instauration d'une commission spécifique, appelée « commission de contrôle », qui était chargée du contrôle des signatures⁴⁴⁰. Constituée de hauts-magistrats élus par leurs pairs au sein de leur institution d'origine⁴⁴¹, lesquels étaient dotés d'un mandat entouré de quelques garanties classiques

⁴³⁹ Décret n° 2014-1488 du 11 décembre 2014 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Soutien d'une proposition de loi au titre du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution », JORF n°287 du 12 décembre 2014, p. 20822, art. 2.

⁴⁴⁰ Art. 2 du projet de loi organique avant son premier passage en commission des lois : « *le ministère de l'intérieur met en œuvre, pour le compte et sous le contrôle de la commission instituée au chapitre IV de la présente loi organique, le recueil des soutiens apportés à une initiative référendaire présentée au titre de l'article 11 de la Constitution* ». Cette version du texte est disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3072.asp>.

⁴⁴¹ *Ibid.*, art. 10.

d'indépendance⁴⁴² ; cette commission était dotée de pouvoirs relativement étendus, inspirés de ceux dont dispose le Conseil Constitutionnel lorsqu'il statue en matière électorale⁴⁴³.

368. Cette option n'a, semble-t-il, pas interrogé les députés puisque ce point a été très peu discuté à l'Assemblée nationale et, lorsqu'il l'a été, l'expression était plutôt positive⁴⁴⁴. Il en a été bien autrement au Sénat : le rapporteur de la commission des lois, soutenu en cela par les autres membres de la formation, a en effet supprimé, purement et simplement, la Commission de contrôle, pour confier la plénitude du contrôle au Conseil Constitutionnel. Cette décision, solidement argumentée, était fondée sur la circonstance que cette création excédait le champ imparti au législateur organique par l'article 11⁴⁴⁵, chose aggravée par l'étendue des pouvoirs d'investigation consentis à la Commission de contrôle⁴⁴⁶. Il en relativisait également la plus-value, sous-entendant qu'elle n'était pas nécessaire, l'allègement de la charge du Conseil induite par sa création devant être relativisée par la possibilité offerte aux requérants insatisfaits de saisir le Conseil en appel, recours dont la probabilité d'utilisation massive était rendue très élevée par le rejet automatique au bout de dix jours de silence de la part de la Commission, à compter de sa saisine. Il s'appuyait également sur des arguments institutionnels : le juge constitutionnel pouvait user des moyens de l'Etat pour réaliser ses missions de juge électoral, missions auxquelles le contrôle des signatures pouvait être assimilé ; de plus, doté de l'autonomie financière, il offrait plus de garanties d'indépendance qu'une Commission dépendant de l'Etat pour son budget⁴⁴⁷. Cette position a été largement

⁴⁴² Outre le mode de nomination, déjà mentionné, l'on peut signaler : le mandat de six ans non-renouvelable, le renouvellement par tiers des membres en exercice, l'élection du président au sein de la commission ou encore, évidemment, l'absence d'autorité hiérarchique s'imposant à la Commission et l'incompatibilité avec tout mandat politique.

⁴⁴³ Notamment en matière d'investigations : voir le projet de loi précité, art. 13, 14, et 15.

⁴⁴⁴ Voir par exemple l'intervention de Michel Hunault, lors de la première séance du mardi 10 janvier 2012 : « Sur le fond, pour les députés du groupe Nouveau Centre, ces deux textes sont équilibrés : ils parviennent, en définissant avec précision les modalités du contrôle de constitutionnalité et en créant une commission de contrôle, à entourer la procédure des garanties indispensables pour ne pas entraver la liberté du citoyen qui souhaite pouvoir disposer pleinement de ses nouveaux droits ». Assemblée nationale, séance du 10 janvier 2012, JORF du 11 janvier 2012, p. 18, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2011-2012/20120095.asp>.

⁴⁴⁵ Rapport n°373 de la commission des lois du Sénat, enregistré le 20 février 2013, pp. 24-25, en ligne : <http://www.senat.fr/rap/112-373/112-3731.pdf> : « En premier lieu, cette commission de contrôle ne dispose d'aucune assise constitutionnelle puisque ni l'article 11 de la Constitution, ni aucune autre disposition constitutionnelle ne la mentionne. Or, en matière d'opérations électorales, le constituant, lorsqu'il a souhaité la constitution d'une commission indépendante lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, a prévu explicitement la création d'un tel organe à l'article 25 de la Constitution¹⁷(*). À l'inverse, l'article 11 de la Constitution, en son quatrième alinéa, prévoit que « les conditions [...] dans lesquelles le Conseil constitutionnel contrôle le respect des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par une loi organique », conditions au rang desquelles figure le soutien d'un dixième des électeurs.

Le législateur organique se doit de respecter les termes de la Constitution sans excéder la compétence que lui a conférée le constituant. Aussi, votre commission estime que cette compétence de contrôle de la validité des soutiens d'au moins un dixième des électeurs est une compétence relevant directement du Conseil constitutionnel. ».

⁴⁴⁶ « La création de cette commission ad hoc est d'autant plus contestable qu'elle s'accompagnerait pour l'exercice de ces attributions d'une délégation de pouvoirs importante à cette commission (article 15 du projet de loi organique). De tels pouvoirs, que ce soit d'« ordonner toute enquête » ou de « se faire communiquer tout document nécessaire aux vérifications qui lui incombent », sont pour l'instant réservés, par l'article 42 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, au Conseil constitutionnel lorsqu'il statue en qualité de juge de l'élection des députés et des sénateurs ». Ibid.

⁴⁴⁷ « En second lieu, l'utilité de la commission ad hoc n'est pas évidente [...] En effet, « toute réclamation relative à [la période de recueil des soutiens à l'initiative référendaire] est portée devant la commission de

appuyée en séance⁴⁴⁸. L'argumentaire s'est progressivement resserré. Les deux chambres ont du, en effet, surmonter une opposition importante sur cette question. L'Assemblée nationale a rétabli les articles relatifs à la Commission de contrôle, essentiellement en raison du risque de surcharge du Conseil Constitutionnel⁴⁴⁹ ; le Président de la commission des lois a même appuyé le propos en signalant « *qu'il croit même que le Conseil lui-même en avait suggéré la création* »⁴⁵⁰. Le Sénat, rejetant ces arguments⁴⁵¹, s'en tint à son analyse initiale, sa position étant finalement retenue en Commission mixte paritaire⁴⁵².

369. On voit donc que la discussion s'est essentiellement nouée entre, d'un côté, l'étendue de la compétence du législateur organique et de l'autre, celle de la charge ainsi imposée au Conseil constitutionnel⁴⁵³. Ces éléments ne sont pas dirimants dans le cadre qui est le nôtre, dans le sens où ils n'ont rien d'absolus : on peut raisonner hors du cadre de l'article 11 tel qu'il est rédigé, et il en va de même des contingences matérielles propres au Conseil, sans pour autant tomber dans la fantaisie pure. Il est cependant entendu que dès lors que l'on entre dans le champ de l'article 11, il semble probable que, sans en modifier la rédaction, l'ajout d'un acteur au contrôle pourrait rencontrer de sérieux obstacles parlementaires, et qu'il en résulterait une charge supplémentaire pour le juge qu'il faudrait compenser.

contrôle » (article 17 du projet de loi organique). Cependant, cette « réclamation est réputée rejetée si la commission ne s'est pas prononcée dans les dix jours de sa saisine ». Or, si le rejet par l'absence de décision devenait la règle, il semble certain que les réclamants, à défaut de précision sur les motifs de rejet, contesteront systématiquement les décisions implicites de la commission de contrôle. Dans ce cas, le filtre de la commission ne présenterait que peu d'intérêt.

Enfin, la question des moyens à mobiliser pour le contrôle ne constitue pas un argument décisif en faveur de la création de cette commission. Certes, « la commission de contrôle fait appel, pour l'exercice de ses fonctions, aux services compétents de l'État » (article 14 du projet de loi organique). Cependant, au-delà du travail personnel de ses membres, la commission sera dépendante, pour l'exercice de ses fonctions, des moyens humains et matériels mis à disposition par le Gouvernement.

Or, le Conseil constitutionnel peut, quant à lui, bénéficier des moyens nécessaires à l'exercice de ses attributions sans dépendre d'une autorité extérieure. En effet, en application de l'article 7 de la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances, le Conseil constitutionnel dispose d'une dotation dont il fixe le montant. [...]

Cette faculté budgétaire se double de son pouvoir de solliciter le concours de rapporteurs adjoints ». Ibid.

⁴⁴⁸ L'on peut citer par exemple cette intervention du sénateur Jean-Pierre Michel, qui s'appuie d'un argument supplémentaire, celui de l'indépendance, selon lui mieux garantie par un contrôle totalement effectué par le Conseil Constitutionnel : « *Ensuite, nous avons supprimé la commission de contrôle indépendante. Je dois dire que, lorsque j'entends le mot « indépendant », je dresse l'oreille, car je ne sais pas ce que cela veut dire, ou plutôt je le sais trop bien... [...]. Je préfère le Conseil constitutionnel, même si on peut s'interroger sur sa composition politique. Mais, en général, l'habit fait le moine* ». JORF n°23 S. (C.R.) du vendredi 1^{er} mars 2013, pp. 1598 et 1599. En ligne : http://www.senat.fr/seances/s201302/s20130228/s20130228_mono.html.

⁴⁴⁹ Voir les débats de la commission des lois de l'Assemblée nationale, discussion sur l'amendement n° CL7 déposé par M. Sébastien Denaja. JORF n°57 A.N. (C.R.), p. 11 et s. ; en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr-cloi/12-13/c1213057.asp>.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 12

⁴⁵¹ Le rapporteur de la commission des lois semblait considérer qu'ils n'étaient guère convaincants, sans le dire explicitement. Voir le rapport n°632 de la commission des Lois du Sénat, enregistré le 05 juin 2013, p. 15 et 17, en ligne : <http://www.senat.fr/rap/112-632/112-6321.pdf>.

⁴⁵² Voir la deuxième séance du mardi 19 novembre 2013, JORF n° 137 [2] A.N. (C.R.) du 20 novembre 2013, p. 11740, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/cri/2013-2014/20140071.pdf>.

⁴⁵³ La controverse ne portait d'ailleurs pas forcément sur la réalité de l'une ou l'autre circonstance, mais parfois sur le degré d'importance à donner à l'une ou l'autre. Ainsi, le sénateur Hugues Portelli put concéder, lors de la séance publique tenue en deuxième lecture au Sénat, que « *nous faisons un cadeau empoisonné au Conseil constitutionnel en l'obligeant à compter les dix millions de signatures. Mais, après tout, c'est son job et non le nôtre !* ». Séance du 12 juin 2013, JORF du 13 juin 2013, p. 5782.

370. Ceci étant dit, on peut tout de même examiner l'hypothèse de la Commission de contrôle à partir du texte envisagé en 2012. Les garanties d'indépendance paraissent suffisantes au regard de la mission de contrôle des signatures, qui est une mission plutôt administrative⁴⁵⁴ et qui n'implique pas de pouvoir d'appréciation étendu. Dès lors, l'étendue de ses pouvoirs d'investigation ne semble pas constituer un argument déterminant en défaveur de la Commission, d'autant plus que le requérant débouté conserve la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel. L'argument de l'indépendance financière, souligné par Jean-Pierre Sueur, est probablement le plus problématique. En effet, il est vrai que le principe d'autonomie financière des pouvoirs constitutionnels⁴⁵⁵ ne concernerait pas une institution *ad hoc*, ce qui l'expose à des pressions politiques par ce biais, ce qui ne saurait être le cas du Conseil constitutionnel, et, même si l'on peut partager l'absence d'inquiétude des députés à cet égard, il s'agit là d'un élément à prendre en considération.

371. Ceci est à mettre à perspective avec l'allègement de la charge de travail du juge constitutionnel que permettrait ce système dans notre cadre, car il faut rappeler que ce juge serait appelé à intervenir plus en aval de la procédure, d'une part, et que l'initiative populaire, plus attrayante que l'initiative parlementaire, serait susceptible, même à seuil équivalent, d'attirer bien plus de tentatives, étant entendu que le système de rejet automatique des requêtes non traitées par la Commission laisse en effet une porte ouverte à un afflux importants de saisines du Conseil Constitutionnel. On peut aussi signaler que l'établissement d'une institution spécifique peut favoriser le développement de techniques de travail particulières, ce qui, selon la direction prise par les individus siégeant à la Commission, peut être favorable aux promoteurs. Enfin, il faut souligner que la procédure prévue originellement par le législateur organique avait le mérite de se dérouler tout au long des opérations de récolte⁴⁵⁶.

372. Aucun des arguments de fond développés dans les travaux parlementaires ne nous semblent donc déterminants. Pour autant, le choix de la forme du contrôle des signatures ne peut être tranché qu'après avoir examiné le système finalement retenu pour l'initiative partagée, qui repose tout entier sur le Conseil Constitutionnel.

⁴⁵⁴ Cf. *infra* n°416 et s.

⁴⁵⁵ Cons., const., Déc., n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, « Loi organique relative aux lois de finances », JORF du 2 août 2001, p. 12490, Rec. p.99, cons. n° 25 ; voir également, Cons., const., Déc., n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, « Loi de finances pour 2002 », JORF du 29 décembre 2001, p. 21159, Rec. p.180, cons. n° 45. Sur ce principe, voir Jacquilot F., « L'autonomie financière des Cours constitutionnelles: l'expérience du Conseil constitutionnel français », *in*. « Le budget de la Cour constitutionnelle: un facteur déterminant de son indépendance », séminaire tenu à Sarajevo les 14 et 15 octobre 2004, en ligne : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2004\)060-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2004)060-f).

⁴⁵⁶ Art. 17 du projet de loi organique tel que rédigé à l'issue de la deuxième lecture par l'Assemblée nationale : « Dès la transmission au Conseil constitutionnel de la proposition de loi et jusqu'au dixième jour suivant la fin de la période de recueil des soutiens à la proposition de loi, toute réclamation relative à celui-ci est portée devant la commission de contrôle ».

II : Le contrôle direct par le Conseil Constitutionnel

373. Lorsque le Sénat a supprimé la Commission de contrôle en première lecture, il n'a pas pour autant été procédé à l'élaboration d'une procédure particulière de vérification des signatures par le Conseil Constitutionnel. Il s'est contenté de prévoir le délai dans lequel le Conseil pouvait être saisi, de préciser qu'il pouvait, en cas d'irrégularités, maintenir le cours des opérations de récolte, « *eu égard à la nature et à la gravité de ces irrégularités* », ainsi que l'étendue de ses compétences d'enquête⁴⁵⁷. Il a repris sensiblement la même démarche en deuxième lecture. Ce choix pouvait se comprendre, le Conseil étant de toute façon le pivot du dispositif de contrôle des signatures, mais cela aboutissait à ne tenir que très faiblement compte du risque de surcharge dont il s'est ensuite avéré qu'il était déterminant pour les députés. Les travaux menés en Commission mixte paritaire ont été menés dans une direction sensiblement différente, débouchant sur la création d'une procédure se situant à mi-chemin entre les deux solutions qui avaient opposé les deux chambres⁴⁵⁸.

374. C'est ainsi que, tout en reprenant les éléments procéduraux déjà présents⁴⁵⁹, ainsi que ceux relatifs aux éventuelles investigations à mener pour réaliser le contrôle⁴⁶⁰, le texte institue une formation spéciale comprise au sein du Conseil mais constituée de magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif, et chargée de l'examen des réclamations⁴⁶¹. Les opérations de collecte, en tant que telles, sont donc surveillées par le juge constitutionnel, mais la partie contentieuse de cette mission est exercée par une formation spécifique, sur la composition de laquelle le Conseil est souverain, et dont il peut être saisi en cas de rejet. Par ailleurs, les vérifications matérielles sont exercées par le ministère de l'intérieur, qui peut valider des

⁴⁵⁷ Projet de loi organique tel que rédigé à l'issue de la première lecture au Sénat, texte n°103, chap. 1^{er}, art. 1^{er}, modifiant les articles 45-4 et 45-6 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel est ainsi modifiée.

⁴⁵⁸ Chose présentée comme telle en CMP, voir le rapport n° 1506 déposé le 31 octobre 2013 à la présidence de l'Assemblée nationale, rapporteur de la CMP, p. 4, en ligne :

<http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r1506.pdf>.

⁴⁵⁹ Art. 45-4 de l'ordonnance précitée, al. 2^{ème}, 4^{ème}, et 5^{ème} : le Conseil constitutionnel « *examine et tranche définitivement toutes les réclamations. Il peut être saisi par tout électeur durant la période de recueil des soutiens ou dans un délai de dix jours suivant sa clôture. [...] Dans un délai de dix jours suivant la notification de la décision de la formation, l'auteur de la réclamation peut contester la décision devant le Conseil assemblé. Dans le cas où, saisi d'une contestation mentionnée à l'avant-dernier alinéa ou saisi sur renvoi d'une formation, le Conseil constate l'existence d'irrégularités dans le déroulement des opérations, il lui appartient d'apprécier si, eu égard à la nature et à la gravité de ces irrégularités, il y a lieu soit de maintenir lesdites opérations, soit de prononcer leur annulation totale ou partielle* ».

⁴⁶⁰ Réunis à l'article 45-5 de cette même ordonnance : « *Le Conseil constitutionnel peut ordonner toute enquête et se faire communiquer tout document ayant trait aux opérations de recueil des soutiens à une proposition de loi ; le ministre de l'intérieur communique au Conseil constitutionnel, à sa demande, la liste des soutiens d'électeurs recueillis ; le Conseil constitutionnel fait appel, pour l'exercice de ses fonctions, aux services compétents de l'Etat ; il peut désigner des rapporteurs adjoints choisis parmi les maîtres des requêtes du Conseil d'Etat et les conseillers référendaires à la Cour des comptes ; les rapporteurs adjoints n'ont pas voix délibérative ; il peut désigner des délégués parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou les membres des juridictions administratives, y compris honoraires, ainsi que des experts, afin de l'assister dans ses fonctions ; il peut commettre un de ses membres ou un délégué pour recevoir sous serment les déclarations des témoins ou pour diligenter sur place d'autres mesures d'instruction* ».

⁴⁶¹ Art. 45-4, al. 3 : « *Les réclamations sont examinées par une formation composée de trois membres désignés pour une durée de cinq ans par le Conseil constitutionnel, sur proposition de son président, parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou les membres des juridictions administratives, y compris honoraires* ».

signatures « sous réserve des réclamations et recours ultérieurs »⁴⁶². En résumé, la procédure de contrôle fonctionne comme un édifice à trois étages : le ministère de l'intérieur contrôle l'ensemble des signatures ; la formation spécifique du Conseil statue sur les réclamations ; le Conseil « assemblé » délibère sur les recours formés contre les décisions de cette formation.

375. Cette solution permet de répondre à l'éventuel risque d'engorgement, puisqu'elle reprend matériellement l'idée d'une commission spécifique, mais également aux questions posées par l'indépendance du contrôleur, puisque l'insertion de cette commission au sein du Conseil, conjuguée au mode de désignation de ses membres ainsi que la possibilité de saisir la formation normale du Conseil confère à la formation dédiée au contrôle des signatures le même degré d'indépendance que celui dont bénéficie le Conseil lui-même. Enfin, les questions liées au financement de ce contrôleur sont également résolues, puisque, formellement, l'institution qui contrôle est le Conseil. Par ailleurs, le contrôle « en temps réel », c'est-à-dire en même temps que se déroulent les opérations de récolte, est maintenu, ce qui permet d'atténuer les effets du délai sur l'ensemble de la procédure. D'autant plus que les délais de saisine du Conseil en formation normale peuvent être brefs, les deux étapes précédentes restreignant le volume de requêtes. Le délai dans lequel une décision définitive proclamant les résultats de la récolte devrait de toute façon s'accorder avec celui prévu pour le contrôle financier, et serait donc d'un mois.

376. En définitive, et pour autant que l'on puisse affirmer quoi que ce soit sur un processus qui n'a jamais été utilisé, la solution retenue semble *a priori* cumuler les avantages des deux options qui s'opposaient lors des travaux parlementaires. Elle ne pose pas de question particulière quant à sa transposition, les différences entre l'initiative partagée et une initiative populaire n'ayant aucun impact sur les opérations de récolte. Elle peut donc être ici retenue comme modalité de contrôle de notre procédure. En outre, elle pourrait tout à fait effectuer les autres contrôles relevant de l'admissibilité formelle, en tous cas celles n'ayant pas vocation à être exercées par la CNCCFP. Elle exercerait donc les contrôles relatifs au respect des prescriptions non financières s'imposant aux comités et évoquées précédemment. Comme on l'a dit, ces vérifications auraient lieu avant la récolte, et la décision ainsi obtenue serait le point de départ du recueil des signatures. Par conséquent, la saisine de la formation spéciale du Conseil constitutionnel pourrait être effectuée par le comité. Etant donné la nature des vérifications à opérer, l'on peut envisager un délai bref pour qu'elles soient effectuées, qui pourrait être de deux semaines. .

⁴⁶² Décret n° 2014-1488 du 11 décembre 2014 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel, art. 4, I. JORF du 12 décembre 2014, p. 20822.

Conclusion de la partie

377. Formée par un comité constitué selon des règles lui assurant une grande liberté, l'initiative serait intégralement le fruit d'acteurs sociaux ordinaires, en tous cas par hypothèse. La phase de récolte des signatures serait bien plus encadrée, puisqu'elle serait à la fois centralisée par l'Etat et contrôlée par des acteurs institutionnels. Ce tableau semble équilibré, notamment parce que le déclenchement de la procédure et la récolte des signatures ne répondent pas à la même fonction, comme leur dissociation dans le raisonnement permet de le souligner. La formation de l'initiative serait donc le résultat d'une initiative privée contrôlée par des autorités publiques selon une intensité allant croissant. Cette dynamique correspond au degré de publicité entourant le texte dans l'une et l'autre phase, publicité qui justifie les différents contrôles.

378. Une fois ceux-ci, si le quorum est atteint, l'initiative est formée. Elle n'a néanmoins pas atteint sa forme définitive, au sens où il faut envisager qu'elle soit encore l'objet d'un certain nombre d'étapes avant d'être soumise au corps électoral. *A minima*, il faut qu'elle soit l'objet des vérifications rendues nécessaires par l'établissement de conditions de validité. Autrement dit, elle doit faire l'objet d'interventions institutionnelles, dont la mesure envisageable est particulièrement variable. Ce n'est qu'à l'issue de ces interventions qu'elle sera une proposition en étant d'être soumise à votation. Ce processus est l'objet de la partie suivante, que nous allons à présent aborder

PARTIE 2 : L'ETABLISSEMENT DE LA PROPOSITION

379. En Suisse, l'initiative populaire fédérale est examinée par trois organes différents, à quatre moments différents⁴⁶³, tous situés avant la votation. En Italie, le Bureau Central pour le référendum, puis la Cour Constitutionnelle, connaissent de l'initiative avant un éventuel référendum, et le Parlement peut aussi s'en saisir, indirectement, en abrogeant les dispositions visées avant la votation⁴⁶⁴. La Cour peut aussi être saisie du texte en aval de la votation, aux fins d'en contrôler la constitutionnalité, sa compétence en amont ne concernant que les conditions matérielles de validité spécifiques au texte. Contrairement à ce qui se pratique en Suisse, celui-ci fait l'objet de vérifications matérielles par un organe juridictionnel. De sorte que la votation n'est assurée qu'à l'issue d'un contrôle bien plus poussé qu'un simple contrôle administratif. En Californie, l'initiative fait seulement l'objet de vérifications administratives avant la votation⁴⁶⁵, mais peut, si elle est de rang législatif, être soumise à un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* comme n'importe quelle loi. Le dispositif encadrant l'initiative partagée prévoit quant à lui l'intervention d'un contrôle de constitutionnalité avant la récolte des signatures⁴⁶⁶.

380. Ce très sommaire tableau est suffisant pour souligner la diversité de solutions existantes à l'étranger quant aux étapes introduites entre la récolte des signatures et l'organisation de la votation. Leur seul point commun est que toutes ces étapes impliquent l'intervention d'un organe de l'Etat pour la validation de l'initiative. Hormis cela, la diversité entre les solutions retenues concerne tant le nombre d'étapes que leur nature puisqu'existent des cas où aucun contrôle juridictionnel ne précède la votation et d'autres où un tel contrôle est prévu. En outre, la nature des normes dont le respect est vérifié dans ce cadre est elle-même variable selon la procédure considérée. Il s'ensuit qu'il est nécessaire d'envisager un nombre assez important d'hypothèses pour opérer les choix nécessaires à l'établissement du scénario. Autrement dit, il est nécessaire de réduire la complexité. Établir les choix résultant de cette réduction à l'intérieur des développements consacrés à l'établissement du scénario correspondant, éclaterait leur justification puisque cela aurait pour conséquence de les distribuer dans toute la partie. Il semble dès lors plus clair de consacrer des propos préliminaires spécifiquement à l'architecture générale des interventions institutionnelles, ce qui permettra ensuite de se consacrer à l'analyse des détails des réponses ainsi obtenues. Deux

⁴⁶³ La Chancellerie fédérale, un organe administratif assistant le Conseil Fédéral, qui a lui aussi à connaître de l'initiative, puisqu'il doit en évaluer l'opportunité, pour établir un rapport qui sera soumis à l'Assemblée fédérale, qui statuera sur l'adoption ou le rejet du texte, étant entendu que sa position n'a un impact sur la tenue de la votation que si le comité en est d'accord. Voir la loi fédérale sur les droits politiques, art. 68 à 75, et const. féd. de la Suisse, art. 139 à 139b.

⁴⁶⁴ Loi n° 352 du 25 mai 1970, art. 12, 32, et 39.

⁴⁶⁵ Elections Code § 9033(a).

⁴⁶⁶ Art. 11 de la constitution et art. 45-2 de la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, *op.cit.*

types d'interventions seront ensuite retenues : celles ne relevant pas du contrôle, s'approchant plutôt d'une consultation, et celle dont le contrôle est l'objet. La chronologie de ces interventions, fixée dans le premier chapitre, sera suivie pour établir l'ordre dans lequel elles seront ici abordées. Nous aborderons donc les interventions consultatives (chapitre 1) avant celle du Conseil constitutionnel (chapitre 2).

Propos préliminaires : l'architecture générale du contrôle

381. La complexité est une constante qui caractérise toutes les procédures d'initiative populaire ou assimilées à l'initiative populaire. On peut pointer deux causes différentes à cette circonstance. La première est liée au fait que l'initiative populaire est une procédure qui vise à l'adoption d'une norme, ce qui implique un certain degré de formalisation. La seconde est liée à la circonstance que cette norme doit, dans le cadre de l'initiative populaire, être adoptée par les citoyens.

382. S'agissant de la première, il faut souligner qu'elle est inévitable : il est impossible d'envisager de permettre à des individus non-sélectionnés en amont, et donc indéfinis de consulter le corps électoral sans que la formalisation juridique de cette faculté ne se traduise par une certaine complexité. Ainsi, et pour ne prendre qu'un exemple, la question de la rédaction de la proposition amène forcément la question de sa qualité, car il est indispensable qu'elle soit lisible, qualité qui ne se peut présumer eu égard, précisément, au caractère absolument aléatoire de la compétence de ses rédacteurs. Il est donc nécessaire de prévoir certains dispositifs de filtrage, ou de contrôle – en réalité les deux – pour s'assurer que la proposition respecte, de ce point de vue, un certain standard. Il en va de même de la question de l'intérêt suscité par la proposition dans le corps électoral ou de l'insertion de la norme éventuelle dans un cadre juridique préexistant.

383. La seconde dimension est plus « idéologique » en ce qu'elle tient à la méfiance suscitée par les procédés dits de démocratie semi-directe dans la classe politique, et donc chez les individus responsables de la mise en place de ces procédés. Bien qu'elle soit en apparence plus susceptible de discussion que la dimension précédente, en ce qu'elle se présente d'emblée comme politique, et n'a donc aucune apparence de « neutralité », elle n'en est pas moins inévitable. En effet, la méfiance envers les « passions populaires » est si consubstantielle des régimes représentatifs qu'elle pourrait en constituer une clé d'explication et il y a lieu, par conséquent, d'en postuler le caractère indépassable. Or, cette méfiance a un impact majeur sur la complexité de la procédure : ainsi, l'obligation pour la proposition de n'intervenir que dans un domaine matériel spécifique est liée à la volonté de protéger ce domaine des aléas de l'expression directe du corps électoral de façon plus restrictive que ce n'est le cas pour l'expression issue des représentants. Il en va de même, pour donner un exemple précis, de la question du contrôle préalable de constitutionnalité de la proposition, qui existe dans l'initiative du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution, qui a lieu avant la récolte des signatures, ce qui est un facteur de complexité en ce qu'il conduit à doubler l'intervention d'une autorité de contrôle.

384. L'impératif de formalisation, et la peur suscitée par un dispositif entraînant une intervention normative des citoyens pèsent sur l'ensemble de la procédure. Néanmoins, ces deux dimensions exercent une influence plus singulière sur la question du contrôle. La raison

en est assez évidente, puisqu'il est l'instrument privilégié pour s'assurer que sont respectés tant les prescriptions formalistes que les dispositifs visant à se préserver des supposés excès populaires.

385. Ces contraintes, en tant qu'elles ne procèdent pas du droit à proprement parler, s'imposent à la procédure, sans que l'on puisse juridiquement les supprimer : la formalisation est nécessaire, la crainte suscitée par la procédure d'initiative populaire est un contexte politique, et donc un horizon juridiquement indépassable. Mais, étant extérieures au processus en tant que tel, elles ne sauraient entrer dans le cadre de notre raisonnement, et nous ne les évoquerons donc pas plus avant.

386. En revanche, cette influence exercée par les deux dimensions évoquées se traduit d'une manière à la fois juridique et endogène à la procédure d'initiative populaire : le caractère très disparate des contrôles à effectuer. Lequel explique par ailleurs le phénomène qui est la source directe de la complexité : l'éclatement des types de contrôle à effectuer. Elle conduit également à considérer le moment du contrôle comme un moment privilégié pour tenter de favoriser une dynamique d'institutionnalisation, et donc à envisager les interventions des institutions appelées à connaître de la proposition. C'est dans cette optique qu'il faut tenter de les déterminer, en prenant en compte les contraintes induites à la fois par les différents impératifs évoqués et par les choix opérés.

387. L'éclatement se manifeste d'abord et avant tout dans la grande diversité des contrôles à effectuer.

388. Il est en effet inévitable de contrôler le respect des règles relatives :

- à la constitution du comité d'initiative ;
- à la forme de la rédaction de la proposition⁴⁶⁷ ;
- au fonctionnement du comité d'initiative⁴⁶⁸ ;
- à la forme des formulaires de soutien ;
- à la validité des signatures recueillies ;
- à la clarté de la question posée en cas d'issue référendaire.
- à la clarté de la question posée en cas d'issue référendaire.

389. Chacun d'entre ces objets renvoie en réalité à un groupe de règles, c'est-à-dire qu'il y a, dans chaque cas, plusieurs règles à faire respecter. Et il ne s'agit là que des contrôles qui sont absolument inévitables, dans la mesure où leur addition constitue le degré le plus minimal de formalisation de la procédure⁴⁶⁹. Cumulés, ils forment ce que Patrick Taillon

⁴⁶⁷ Son caractère propositif, sa clarté, etc...

⁴⁶⁸ Et notamment du respect des règles de financement, direct et indirect.

⁴⁶⁹ Nous nous permettons d'affirmer ceci de façon quelque peu péremptoire, dans la mesure où ces « groupes de règles » s'observent dans tous les systèmes juridiques prévoyant des mécanismes assimilables à l'initiative populaire. Et ce que l'on se situe dans un système privilégiant une approche « libérale » (comme la Suisse) ou face à des procédures très encadrées (comme l'Italie). Il serait fastidieux de faire une liste suffisamment complète pour permettre une comparaison, mais le lecteur intéressé pourra utilement se reporter à : Auer A., Le référendum et l'initiative populaire aux Etats-Unis, *Economica*, 1989, pp. 35-69 ; Fatin-Rouge M., Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle, *Economica-PUAM*, 2004, 381 p. ; Giudicelli J., La Cour Constitutionnelle Italienne et le référendum abrogatif, Th., Toulon, 2002, 490 p. ; Schott S., L'initiative

appelle l'admissibilité formelle⁴⁷⁰, l'admissibilité désignant en doctrine italienne⁴⁷¹, l'ensemble des règles s'appliquant spécifiquement aux procédures référendaires, notion qui se subdivise en, « admissibilité formelle » et « admissibilité matérielle » selon la nature des règles considérées (nous reviendrons ultérieurement sur ces distinctions).

390. Néanmoins, aucune procédure réellement existante ne s'arrête à ces contrôles. Toutes contiennent plusieurs règles supplémentaires. Globalement, on peut dire que se retrouvent dans la plupart des procédures d'initiative populaire :

- un contrôle du respect par la proposition des exclusions matérielles prévues par les règles encadrant la procédure (traités internationaux, lois budgétaires, droits fondamentaux...);
- un contrôle de « l'homogénéité », de « l'unité matérielle » de la proposition : en substance un contrôle de sa cohérence matérielle;
- un contrôle de conformité de la proposition aux normes supérieures ;

391. A ces contrôles, il faut encore ajouter la possibilité d'envisager un encadrement de la « campagne pré-référendaire ». En outre, il faut également avoir à l'esprit la question des contrôles à effectuer après le déclenchement de la procédure référendaire, qui se décomposent comme suit :

- un contrôle du respect des règles applicables à la campagne précédant le référendum ;
- un contrôle du respect des règles applicables aux opérations référendaires.

392. Non-exhaustive, et masquant sous des « groupes de règles » des prescriptions dont le nombre excède largement ce qui est ici écrit, cette liste nous paraît néanmoins suffisante pour souligner la grande diversité de contrôles à effectuer dans le cadre d'une procédure d'initiative populaire. Diversité, ici, doit se comprendre tant au sens de « plusieurs » qu'au sens de « pluriels » : c'est-à-dire que l'on constate ici tant un volume important de règles que leur caractère hétérogène.

393. L'étude du volume n'a pas, en soi, d'intérêt particulier. Ce qui est intéressant, c'est la circonstance que ces différentes règles appellent des contrôles qui sont de nature différente. En effet, cette différence de nature conditionne le choix des acteurs du contrôle, duquel découle le choix du ou des moments du contrôle. C'est pourquoi il ne sera pas question ici à de volume, du nombre de contrôles à effectuer. En revanche, nous étudierons leur hétérogénéité pour faire ressortir la complexité des modalités générales – acteurs et moments – du contrôle.

394. On retrouve en doctrine essentiellement deux distinctions, d'ailleurs complémentaires.

populaire dans les États fédérés allemands : contribution à la connaissance d'une institution démocratique, LGDJ, 2012, 538 p ; Giroux D., Les procédés d'initiative populaire dans l'administration locale suisse. Plaidoyer pour une démocratie plus directe sous forme d'approches multiples d'un phénomène complexe, Th., Paris II, 1993, 1306 p.

⁴⁷⁰ Taillon P., Le référendum, expression directe de la souveraineté du peuple ?, Dalloz, 2012, thèse, pp.46-47.

⁴⁷¹ Fatin-Rouge Stéfanini M., *op.cit.*, p. 221. Pertici A., Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo, G. Giappichelli ed., 2010.

395. La première se focalise sur le caractère spécifique ou non spécifique des règles à appliquer. Le contrôle du respect des règles spécifiques aux référendums sera appelé « contrôle d'admissibilité ». Les règles sont dites spécifiques lorsqu'elles ne s'appliquent qu'aux procédures référendaires existantes dans le système considéré⁴⁷², non-spécifiques lorsqu'elles s'appliquent également à d'autres objets⁴⁷³.

396. Bien que le terme « admissibilité » ait été initialement utilisé en Italie⁴⁷⁴, la distinction entre le contrôle d'admissibilité et les autres – singulièrement le contrôle de constitutionnalité – permet de décrire l'architecture du contrôle de toutes les procédures d'initiative populaire dont nous avons connaissance⁴⁷⁵. Une distinction similaire existe d'ailleurs en doctrine aux États-Unis⁴⁷⁶. En effet, le caractère spécifique ou non des règles à appliquer semble être le seul critère de distinction clair, en ce qu'il est à la fois objectif et peu susceptible d'être brouillé par la pratique⁴⁷⁷.

397. Il existe cependant une autre distinction, centrée sur la nature des contrôles à effectuer : il s'agit de la distinction formelle/matérielle. Assez classique en contentieux, elle fait ressortir la circonstance que le contrôle du référendum est partagé entre, d'une part, des prescriptions relatives à « l'aspect extérieur de l'acte » et d'autres relatives au « contenu de l'acte »⁴⁷⁸. Là encore, la distinction a une portée descriptive très importante, en ce qu'il y a effectivement des contrôles strictement formels⁴⁷⁹ coexistant avec des contrôles nécessitant d'interpréter le contenu de l'acte⁴⁸⁰. Bien qu'elle s'applique plus spécifiquement à l'admissibilité, la distinction formelle/matérielle en excède les limites, puisque le contrôle de constitutionnalité est à la fois formel et matériel. Pour autant, elle a plus de pertinence si elle est utilisée comme une sous-distinction : on distingue d'abord selon le caractère spécifique des prescriptions observées, ensuite selon le caractère formel ou matériel du contrôle exercé⁴⁸¹.

⁴⁷² Ainsi, par exemple, de la vérification des signatures, ou du respect des règles applicables aux formulaires, ou de la clarté de la question posée.

⁴⁷³ Selon l'explication de Patrick Taillon, dans sa thèse, *op.cit.*, p. 46 note n°70. Il donne l'exemple des règles constitutionnelles, que toute norme doit respecter, ou des règles s'appliquant aux opérations référendaires, qui sont presque les mêmes que celles qui s'appliquent aux opérations électorales.

⁴⁷⁴ Où la distinction est utilisée par la Cour Constitutionnelle elle-même. Elle a ainsi pu affirmer : « « l'hypothétique illégitimité constitutionnelle de la demande dans ses effets, ne peut être prise en considération et peser sur la déclaration de l'inadmissibilité de la demande référendaire » Sentence n°26/1987, Gazz. Uff., la serie speciale, (n°7) 1987/2. Nous avons emprunté la citation à Fatin-Rouge M., *op.cit.*, p. 225, qui est également l'auteur de la traduction.

⁴⁷⁵ Comme le montre assez bien un tableau effectué par Marthe Fatin-Rouge : *op. cit.*, annexe I p. 341.

⁴⁷⁶ Ainsi, J.D Gordon et D.B Magleby, auteurs d'un article de synthèse assez fameux sur les référendums existants aux États-Unis, distinguent les « *subject matter restrictions* » des « *general substantive prohibitions* ». Les secondes s'appliquant à toute norme, les premières simplement au référendum. Gordon J. et Magleby D, « Pre-election judicial review of initiatives and referendums », *Notre-Dame Law Review*, 1989 (n°64), p. 316. Librement disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol64/iss3/2/>

⁴⁷⁷ Encore que ce point puisse être relativisé, ce que nous allons voir dans les développements qui suivent

⁴⁷⁸ Les termes sont de Marthe Fatin-Rouge, *op.cit.*, p. 208.

⁴⁷⁹ Règles relatives aux signatures, aux délais, ou à la forme de la demande ou du texte.

⁴⁸⁰ Qu'il s'agisse du contrôle des limites matérielles au référendum, ou du contrôle de conformité aux normes supérieures.

⁴⁸¹ C'est par exemple le cas de Patrick Taillon, qui suit ce cheminement dans sa thèse, *op.cit.*, pp. 46-47.

398. Puisqu'elles visent à décrire un objet différent, les aborder successivement permet d'isoler les problématiques amenées par les contrôles qu'elles impliquent. Ensuite pourront être évoqués les éléments procédant de logiques extérieures aux contraintes mentionnées, qui sont spécifiques à notre procédure. Allant du général au particulier, nous verrons d'abord que la coexistence d'un contrôle spécifique et non-spécifique produit une complexité singulière dans notre procédure (I), puis que la distinction interne à l'admissibilité voit de ce fait son périmètre modifié (II), et enfin que le moment des contrôles peut être utilisé pour répondre en partie à certaines difficultés posées par l'initiative populaire (III).

I : La coexistence des contrôles spécifiques et non-spécifiques

399. La distinction fondée sur le caractère spécifique a une utilité descriptive très importante.

400. En effet, comme on a pu le dire, elle se fonde sur un critère plus objectif que celui de la matérialité du contrôle. Le caractère spécifique d'une règle de droit et donc du contrôle qui la sanctionne se déduit aisément de la simple observation du droit positif. *A contrario*, le caractère formel ou matériel d'un contrôle est parfois plus difficile à faire ressortir et ne peut, en toute hypothèse, être visible qu'à l'issue d'une démonstration. Celle-ci est parfois délicate car « *certaines limites [au référendum] peuvent avoir un caractère à la fois formel et matériel. Ainsi, la règle de « l'objet unique », ou encore, l'exigence de clarté relative au titre ou à la formulation de la mesure devant être soumise au vote* »⁴⁸². De telle sorte que pour décrire le processus de contrôle d'une procédure d'initiative populaire, la distinction entre admissibilité et constitutionnalité ouvre moins de possibilités de discussions, et permet ainsi de tirer un constat fiable sur la question du contrôle.

401. Ce constat, assez évident, est celui d'une dualité dans les contrôles à effectuer. Or, celui-ci procède du double-impératif pesant sur la question du contrôle du processus référendaire. En effet, comme évoqué précédemment, le processus référendaire est avant tout un processus d'adoption de norme. Lequel se décompose nécessairement en deux temps : celui de l'élaboration, celui de l'adoption.

402. L'élaboration implique que les règles encadrant la procédure répondent à une série de questions qu'on peut synthétiser ainsi : qui ? Quand ? Comment ? Or, une observation, même succincte, des processus d'élaboration d'un acte juridique fait ressortir le caractère chronologiquement dispersé de l'application des règles permettant de répondre à ces questions⁴⁸³. Par conséquent, la simple observation de la distinction entre l'admissibilité et le

⁴⁸² Fatin-Rouge Stéfanini M., *op.cit.*, p. 210.

⁴⁸³ Ainsi, la procédure législative parlementaire contraint à ce que le projet ou la proposition soit d'abord examiné en Commission, à la suite de quoi, et à l'issue d'un délai déterminé, la discussion publique pourra avoir lieu. Mais elle peut ne pas avoir lieu s'il y a motion de rejet préalable à l'ouverture de la séance publique. Dans l'hypothèse inverse -la plus courante- il y aura séance publique, et donc première lecture. Mais le régime applicable variera selon que le Gouvernement utilise, ou non, ses facultés relevant du « parlementarisme rationalisé ». En outre, il est possible, en cours de séance, de saisir le Conseil Constitutionnel -voir par exemple l'article 41 de la Constitution-. Même après que le vote ait eu lieu, il faudra encore que la future norme passe

reste du contrôle fait apparaître un premier élément de complexité : celui des moments d'intervention du contrôle.

403. L'adoption implique que l'on s'assure de sa sincérité, mais également, dans un État de droit, que l'on s'assure de la conformité au droit supérieur de la norme ainsi produite. Or, ce dernier point implique nécessairement l'intervention d'un juge. A ce titre, la distinction le contrôle spécifique -l'admissibilité- et les autres amène donc un deuxième élément de complexité : le bloc constitué par le « contrôle non-spécifique » relève d'une compétence juridictionnelle. Et, pour ce qui concerne la France, de la compétence du Conseil Constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité des lois lui étant attribué par la Constitution⁴⁸⁴.

404. Dans les systèmes étrangers, le contrôle de constitutionnalité est, à quelques exceptions près, un élément extérieur à la procédure d'initiative populaire puisqu'il a lieu *a posteriori*, conformément à la façon dont il s'exerce ordinairement dans les systèmes considérés⁴⁸⁵. De sorte que la coexistence entre les deux contrôles n'y pose pas de difficultés particulières.

405. Seulement, il y a de fortes raisons de penser qu'il ne pourrait en être de même en France.

406. D'abord, et évidemment, la position traditionnelle du Conseil Constitutionnel empêche tout contrôle de la loi référendaire, c'est-à-dire de la loi adoptée par référendum. Déjà ancienne⁴⁸⁶, mais confirmée par la suite⁴⁸⁷ et encore très récemment⁴⁸⁸, il n'y a absolument aucune raison de penser qu'elle soit susceptible d'être renversée, au moins à moyen terme. Puisqu'on l'on imagine mal le Conseil se saisir d'office du texte avant la votation sans qu'aucun texte ne l'y habilite, l'initiative ne ferait pas, en l'état du droit, l'objet d'un contrôle visant à s'assurer de sa conformité à la Constitution. Pourtant, ce contrôle semble inévitable, le degré d'installation de l'État de droit en France étant si avancé que l'on peut raisonnablement exclure d'emblée qu'une initiative populaire serait incorporée sans que le constituant ne s'assure que les textes qui en seraient issus respectent les prescriptions des normes supérieures. La seule question qui se pose est celle du comment.

407. Il est toujours possible de postuler l'inclusion dans l'article introduisant l'initiative populaire d'une phrase autorisant explicitement le Conseil à contrôler les lois référendaires en

devant l'autre assemblée. Enfin, une fois adoptée, elle pourra être contrôlée pour sa constitutionnalité par le même juge constitutionnel. Et il faudra encore qu'elle soit promulguée, voire complétée par des dispositions réglementaires, pour devenir applicable. L'on voit bien, ici, la « pluralité de moments » dans l'application des règles, et d'ailleurs la diversité des moments d'intervention d'une autorité de contrôle.

⁴⁸⁴ L'on peut d'ailleurs noter qu'il doit de toute façon intervenir pour le contrôle des opérations de votation.

⁴⁸⁵ Notamment en Italie et aux Etats-Unis, comme on l'a vu.

⁴⁸⁶ Posée pour la première fois par Cons., const., Déc., n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, « Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct », JORF du 7 novembre 1962, p.10778, Rec. p. 27.

⁴⁸⁷ Cons., const., Déc., n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, « Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne », JORF du 25 septembre 1992, p.13337, Rec. p.94

⁴⁸⁸ Cons., const., Déc., n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, JORF du 27 avril 2014, p.7360, texte n°21.

général⁴⁸⁹. Mais c'est une démarche que notre cadre méthodologique exclut, dans la mesure où il est possible de raisonner sans ce postulat. En outre, il y a de solides raisons de penser qu'en l'état actuel du paradigme politico-institutionnel, cette option ne serait pas retenue.

408. L'exemple de l'introduction du référendum d'initiative partagée offre à cet égard un élément de comparaison intéressant. En effet, alors même que l'initiative partagée a été introduit dans le cadre de la révision de 2008 qui porte également la procédure de QPC, la possibilité de soumettre les lois issues de l'initiative partagée au régime normal de contrôle de constitutionnalité n'a même pas été envisagée. Même si la QPC a de toute évidence remporté un franc succès, y compris auprès des parlementaires, il nous semble malgré tout raisonnable de conclure que l'absence de contrôle de constitutionnalité de la loi référendaire fait l'objet d'un certain degré de consensus politique, malgré les critiques juridiques que cette position peut susciter. En revanche, le constituant a inséré, dès l'origine, un contrôle de constitutionnalité spécifique, situé avant la récolte des signatures.

409. Ce choix semble logique. La légitimité du Conseil Constitutionnel, et singulièrement telle qu'elle semble être perçue par les acteurs politiques, n'est pas équivalente à celle qui peut exister à l'étranger. Même s'il semble bel et bien perçu comme un juge, ses décisions sont encore sporadiquement contestées. Plus généralement, le contrôle *a priori* semble le plus indiqué dans le cadre d'un processus d'initiative populaire, pour éviter que le corps électoral n'ait à se prononcer sur une loi possiblement inconstitutionnelle⁴⁹⁰, avec toutes les conséquences que cela pourrait entraîner pour la sérénité du contrôle et donc, *in fine*, les conditions de protection de l'État de droit⁴⁹¹. C'est pourquoi il semble raisonnable de construire nos développements sur l'hypothèse d'une reprise, dans le cadre d'un dispositif d'initiative populaire, de l'intervention du Conseil telle que conçue pour l'initiative partagée⁴⁹².

410. Il s'ensuit que la coexistence entre le contrôle de l'admissibilité et celui de la constitutionnalité entraînerait plus de complexité dans notre hypothèse qu'à l'étranger. Ce constat est accru par une analyse plus approfondie du contenu recouvert par la notion d'admissibilité.

II : La distinction des contrôles formels et matériels

411. L'explication du contenu de la distinction comme les conséquences à en tirer sont des aspects qui ont été traités avec une grande clarté par Marthe Fatin-Rouge Stefanini dans sa

⁴⁸⁹ Par exemple « le Conseil Constitutionnel contrôle les lois issues de cette procédure dans les mêmes conditions que les lois ordinaires ».

⁴⁹⁰ Rapport n°1009 enregistré le 02 juillet 2008 fait par Jean-Luc Warsmann pour la commission des Lois, p. 167, en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1009.asp#P1542_481300.

⁴⁹¹ Fatin-Rouge Stefanini M., *op.cit.*, pp. 243-281.

⁴⁹² A savoir une intervention *a priori*, prévue dans la partie constitutionnelle du dispositif, et circonscrite à la seule hypothèse ouverte par l'initiative populaire.

thèse⁴⁹³, maintes fois citée. C'est pourquoi nous nous appuyons largement ici sur ses travaux.

412. Elle qualifie le contrôle formel « d'extrinsèque », et le contrôle matériel « d'intrinsèque ». C'est-à-dire que le premier s'intéresse à « *l'aspect extérieur de l'acte* » et le second à son contenu, et « *plus exactement aux matières visées par le référendum* »⁴⁹⁴. Ainsi, entrent dans le cadre du contrôle formel, par exemple, le contrôle de la présence des mentions obligatoires dans les formulaires, ou encore la validité des signatures. Entrent dans la catégorie « contrôle matériel » le contrôle de la clarté de la question posée, le contrôle de « l'homogénéité »⁴⁹⁵ ou de « l'unité de la matière »⁴⁹⁶ c'est-à-dire le contrôle de l'existence d'un lien matériel entre les diverses dispositions proposées par l'initiative⁴⁹⁷. Bien évidemment, le contrôle d'éventuelles limites matérielles entre également dans cette catégorie.

413. La caractéristique du contrôle matériel est donc d'impliquer un travail d'interprétation tant des normes à appliquer que du contenu de la proposition. C'est pourquoi Marthe Fatin-Rouge affirme que cet « *examen comporte une part de subjectivité et, par conséquent, une appréciation discrétionnaire* ». Ceci est aggravé par la circonstance que « *certaines objets (comme le contrôle de la clarté de la question) sont de fait tellement difficiles à mettre en œuvre qu'ils donnent en pratique aux autorités chargées d'exercer ce genre de contrôles de très larges pouvoirs pour « filtrer » et écarter certaines décisions populaires* »⁴⁹⁸. Ce qui conduit à considérer que le contrôle de la validité matérielle doit être juridictionnel, impliquant que « *l'autorité qui en est chargée ne se contente pas de constater un fait*⁴⁹⁹, mais elle « *dit le droit* » à partir d'un texte préétabli »⁵⁰⁰.

414. *A contrario*, le contrôle formel nécessite simplement « [d'appliquer une norme] à une situation concrète, c'est-à-dire un acte qui relève de l'administration »⁵⁰¹.

⁴⁹³ Fatin-Rouge Stéfanini M., *op.cit.*, 207-212.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 208.

⁴⁹⁵ Ainsi appelé en Italie.

⁴⁹⁶ Ce terme est utilisé en Suisse.

⁴⁹⁷ Il est ainsi défini par la Commission de Venise : « sous réserve du cas de révision totale d'un texte (Constitution, loi), il doit exister un rapport intrinsèque entre les différentes parties de chaque question soumise au vote, afin de garantir la liberté de vote de l'électeur, qui ne doit pas être appelé à accepter ou rejeter en bloc des dispositions sans lien entre elles ; la révision simultanée de plusieurs chapitres d'un texte est assimilée à une révision totale ». Commission de Venise, Code de bonne conduite en matière référendaire, p. 12, en ligne : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)008-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)008-f).

⁴⁹⁸ Taillon P., *op.cit.*, p. 47.

⁴⁹⁹ Ce qui est le cas, par exemple, dans le cadre du contrôle de la validité des signatures : l'autorité chargée du contrôle se contente de compter, au sens strict, et se borne ensuite à constater qu'il y a, ou non, le nombre requis pour la poursuite de la procédure. Si, en revanche, elle devait également s'assurer que les signatures ont été recueillies, par exemple, dans des conditions permettant de raisonnablement penser que les signataires ont été à même d'exercer un jugement éclairé, elle devrait également déterminer des critères pour évaluer une forme de clarté, de sincérité des conditions de recueil. En clair, elle devrait interpréter souverainement le sens d'un terme inclus dans un énoncé juridique : elle accomplirait ainsi le travail interprétatif propre à l'office du juge.

⁵⁰⁰ Fatin-Rouge Stéfanini M., *op. cit.*, p. 212.

⁵⁰¹ Auer A., Problèmes et perspectives du droit d'initiative à Genève, Collection Juridique Romande, Payot, Lausanne, p. 43.

415. Or, cela pose question quant à l'homogénéité concrète de la catégorie « admissibilité ». Et ce, sur deux aspects.

416. Quant à l'homogénéité interne de la catégorie, tout d'abord. En effet, l'admissibilité formelle implique de ne pas avoir à juger de la substance du texte de la proposition. Ainsi du contrôle de la validité des signatures – qui implique simplement de vérifier une quantité – ou de celui de la présence de mentions obligatoires dans un formulaire. Mais celui de la question posée, qui porte sur l'aspect extérieur de l'acte, implique en réalité d'interpréter le texte auquel la question se rapporte. On peut parler alors d'un objet « formel-substantiel » de contrôle.

417. Quant à l'unicité de l'autorité appelée à en assurer le contrôle, ensuite. Car si le contrôle de l'admissibilité formelle peut tout à fait être exercé par une autorité purement administrative⁵⁰². Il en va très différemment de l'admissibilité matérielle, car il est beaucoup plus délicat de prouver l'exercice, par une autorité, d'un contrôle en opportunité lorsque le travail d'application du droit implique nécessairement une part d'interprétation des textes à appliquer comme du texte auquel les appliquer⁵⁰³. La technicité du langage, l'équivocité propre aux notions juridiques⁵⁰⁴, notamment, sont des foyers de discussions infinies sur l'objectivité de l'interprétation retenue par l'autorité chargée du contrôle. C'est pourquoi la question de l'impartialité objective nous paraît si essentielle pour abaisser le degré de suspicion susceptible de naître de cette situation. À cet égard, les juridictions sont les seules institutions à offrir des garanties réelles. En effet, elles sont soumises à la procédure juridictionnelle et notamment à l'égalité formelle entre les parties. De même, elles sont obligées de respecter les contraintes inhérentes à l'interprétation juridique⁵⁰⁵ de sorte que leurs décisions seront nécessairement le fruit d'un cheminement intellectuel dont les éléments constitutifs seront mis au jour, explicités.

418. En outre, l'on sait, que le droit, par ses caractéristiques propres et notamment grâce à la « magie de la forme »⁵⁰⁶ produit un « effet de légitimation » en drapant la décision des « habits de la neutralité et de l'universalité »⁵⁰⁷. Mais ceci ne résulte pas du seul usage du droit, encore faut-il que cet usage soit le fait d'un émetteur perçu comme légitime à produire un discours juridique, de façon à ce que celui-ci soit considéré comme revêtant la neutralité du droit, qui lui vient de ce qu'il est considéré comme un champ autonome⁵⁰⁸. Cet émetteur ne saurait être simplement celui qui était sa position en se fondant sur le droit constitutionnel, ni même celui – juriste – qui se prévaudrait de ses titres pour « étayer l'appareil d'étayage » par

⁵⁰² Comme on l'a vu, tel n'a pas été le choix du législateur organique pour l'initiative partagée. Puisque nous avons repris le dispositif issu de la loi organique, il en va de même en l'occurrence.

⁵⁰³ Ceci concerne donc aussi les objets « formels-substantiels ».

⁵⁰⁴ Sur ce point, voir Severino C, *La doctrine du droit vivant*, Economica-PUAM, 2003, pp. 110-115..

⁵⁰⁵ De Béchillon D., *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Th., Pau, 1993, p. 219 et s.

⁵⁰⁶ Bourdieu P., « La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986/9, pp. 3-19.

⁵⁰⁷ Roussel V., « Le droit et ses formes, éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu », *Droits et Société* 2004/1 (n°56-57), p. 42.

⁵⁰⁸ Bourdieu P., « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », *in*. *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. L.G.D.J., 1991, Paris, p. 99.

l'autorité de sa fonction. En effet, ni le premier ni le second locuteur ne sont des interprètes autorisés des normes ; ils n'en sont pas les interprètes authentiques. Ne tirant pas leur légitimité⁵⁰⁹ de la même source (dans le premier cas), ou dans une mesure différente (dans le second cas) leur intervention ne saurait produire exactement le même « effet de légitimation ».

419. Il faut que cet émetteur soit l'interprète authentique, et donc, le juge. Mais là encore, cette circonstance ne suffit pas. Il est nécessaire que le juge intervienne dans le cadre de sa fonction d'interprète, car c'est « *parce que le juge occupe, en vertu de titres et de procédures spécifiques, un poste donné, que sa parole peut avoir le caractère d'un énoncé performatif – donc créateur de réalité sociale –, à condition toutefois que cette parole soit prononcée dans certaines formes et dans un cadre ritualisé tel que celui du procès* »⁵¹⁰.

420. Enfin, le juge est aussi pris dans une structure, une institution, qui le dépasse et pour l'intégration à laquelle il doit adopter un certain nombre d'attitudes⁵¹¹, qu'on pourrait qualifier sommairement « d'*ethos* ». Et, parmi les caractères, les comportements à adopter, figure l'intériorisation de la nécessité d'une certaine objectivité⁵¹². Il y a donc quelque raison de postuler que le juge est un acteur plus à même de donner des signes extérieurs de neutralité, car il se les présente d'abord à lui-même dans sa pratique.

421. Il est donc important qu'un juge intervienne dans le cadre d'un contrôle juridictionnel à chaque fois que le contrôle à effectuer le rend nécessaire, ce qui est le cas pour l'admissibilité matérielle. Ceci accentue la complexité de la répartition des contrôles dans notre cadre. D'abord car les deux éléments que recouvre la catégorie « admissibilité » appellent des contrôles de nature différente, et peuvent donc appeler des contrôleurs différenciés, mais la question ne se pose pas dans notre hypothèse⁵¹³. Mais surtout car la fonction remplie par l'admissibilité matérielle⁵¹⁴ recoupe en partie celle assurée par le contrôle de constitutionnalité, sans la recouvrir totalement⁵¹⁵, et alors même que tous deux devraient s'exercer en amont de la votation. Le caractère juridictionnel de l'admissibilité matérielle peut donc conduire à un surcroît de protections de fond, réduisant ainsi le champ de la discussion permise dans le cadre de l'initiative populaire, sans que cela découle nécessairement d'une volonté délibérée d'obtenir ce résultat. Il faudra prendre en

⁵⁰⁹ Entendue ici comme « *une prétention à la validité de la part d'une autorité déterminée quant à l'orientation de son action, le critère de la validité étant celui de la reconnaissance de facto du bien-fondé de l'action par les acteurs concernés par cette autorité (qu'il y ait par ailleurs conformité ou non de leur activité aux prescriptions émises par l'autorité et quels que soient les motifs de cette reconnaissance)* » : Coutu M., « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », *Droit et société* 2004/1 (n°56-57), p. 233-256.

⁵¹⁰ Roussel V., « Le droit et ses formes, éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu », *Droits et Société*, 2004/1 n°56-57, p.42.

⁵¹¹ Latour B., *Un anthropologue au Conseil d'état*, La découverte, 2002, pp. 207-259.

⁵¹² Chevallier J., « Pour une sociologie du droit constitutionnel », *in*. *Architecture du droit*, Mélanges offerts à Michel Troper, *Economica*, 2006, p. 291. Il importe peu de savoir si elle relève ou non d'une « *illusio* » au sens de Bourdieu : Bourdieu P., *op.cit.*, p. 96. L'important est que les acteurs se la représentent comme sincère : *ibid.*, même page. Même auteur, *La force du droit*, éléments pour une sociologie du champ juridique, *op.cit.*, p. 14.

⁵¹³ Cf. *infra*, n°438 et s.

⁵¹⁴ La protection des droits fondamentaux, des finances publiques, de la matière internationale.

⁵¹⁵ Notamment le contrôle de la question posée

considération cet élément dans la répartition des contrôles, même si l'essentiel de l'agencement des périmètres respectifs des contrôles matériels sera abordé dans le cadre de l'intervention du Conseil constitutionnel.

422. Les contraintes naissant des différents contrôles à effectuer ayant été évoquées, nous pouvons aborder un dernier élément, qui relève non pas d'une nécessité, mais d'une opportunité.

III : Envisager des interventions non-contraignantes

423. Parmi les nombreuses critiques formulées contre les référendums, il en est une qui retient particulièrement l'attention : celle qui consiste à souligner l'absence presque totale de discussion organisée sur le texte en amont de son adoption⁵¹⁶. Et cette critique est effectivement juste, au moins sur le constat dont elle part⁵¹⁷. La chose est aggravée si l'on ajoute, en outre, la place prise par les commissions des assemblées dans le processus d'élaboration du texte avant sa présentation en discussion. Car il y a peut-être quelque vérité dans l'idée – défendue notamment par Jürgen Habermas – que ce n'est pas tant l'origine du texte proposé qui fonde sa légitimité, mais son processus d'adoption⁵¹⁸. En tous les cas, sans chercher à la confirmer ou la réfuter, il peut être intéressant de la prendre en considération. En effet, il est indiscutable que, contrairement aux lois ordinaires, le texte proposé dans le cadre de l'initiative populaire ne fait pas l'objet du travail d'affinement et d'amélioration apporté par la procédure législative⁵¹⁹. Or ce peut être un problème, et ce à deux titres. D'une part, quant au fond du texte, car le processus délibératif permet d'éliminer certains aspects trop « extrêmes » qui, même s'ils ont peu de chances d'être adoptés, peuvent nuire au climat général. D'autre part, quant à la qualité rédactionnelle et juridique. Ce qui a son importance, d'abord pour l'établissement d'un débat national sur la question, car le texte peut être flou, obscur, ou ambigu. Ensuite car la qualité de la formulation peut parfois influencer sur la suite du processus, et notamment sur les conséquences concrètes entraînées par une éventuelle application du texte. De sorte qu'une telle démarche pourrait également permettre d'améliorer la perception de la procédure d'initiative populaire par ses opposants, en ce qu'elle

⁵¹⁶ On en trouve un exemple chez Roussillon H., « Contre le référendum », Pouvoirs, 1996. Pour une opinion du même ordre, plus argumentée : Papadopoulos Y., Démocratie directe, Economica, 1996, p. 128. Pour une critique de l'utilisation de la pensée délibérative aux fins de dévaloriser la « démocratie de masse », voir Chambers S., « Rhetoric and the public sphere: has deliberative democracy abandoned mass democracy? », Political Theory, 2009/3 (vol. n°37), pp. 323-350.

⁵¹⁷ S l'on prend le terme « discussion » au sens parlementaire du terme, c'est-à-dire un débat public où l'ensemble des acteurs disposent de moyens d'action leur permettant de modifier le texte.

⁵¹⁸ Dans son ouvrage « droit et démocratie », Habermas cite les propos suivants de J.Dewey : « *La règle de la majorité, en tant que telle, est aussi absurde que le prétendent ses critiques. Mais ce n'est jamais purement et simplement une règle de la majorité [...]. Les moyens par lesquels une majorité parvient à être la majorité, voilà la chose la plus importante, autrement dit les débats antérieurs, la modification des conceptions en fonction des opinions défendues par les minorités [...]* ». (p. 329)

⁵¹⁹ Pour un exemple concret : Viktorovitch C., « Entre dialogisme et antagonisme : le Parlement comme espace de résolution des controverses. », Raisons politiques 2012/3 (n° 47) , pp. 57-82, voir notamment la deuxième partie de l'article.

comporterait certaines garanties relativement à des aspects souvent critiqués au moment d'évoquer les procédures étrangères.

424. Ce propos peut étonner à ce stade, car ces observations, dans le cadre du référendum, semblent essentiellement s'appliquer au temps de la discussion – c'est-à-dire, pour l'initiative populaire, à la campagne référendaire, voire à la période de récolte des signatures –, mais nullement aux processus de contrôle.

425. Et pourtant, le temps du contrôle peut être un moment adapté pour essayer d'atténuer les difficultés posées par l'absence de processus comparable au travail parlementaire, puisqu'il partage avec ce dernier le fait de se dérouler avant l'adoption du texte, ce qui en fait l'instant chronologiquement idoine pour envisager d'en faire également un temps de travail d'amélioration du texte.

426. Ceci paraît d'autant plus utile qu'une telle démarche présente d'autres avantages que ceux déjà envisagés. Ainsi, se servir du temps du contrôle pour améliorer les conditions d'élaboration du texte proposé peut contribuer à atténuer les inégalités de moyens entre les comités, lesquelles peuvent avoir des conséquences devant les instances de contrôle. Enfin, cela peut accroître la capacité des citoyens dont le soutien sera sollicité à exercer un jugement éclairé sur la proposition, et donc la sincérité de l'ensemble de la procédure.

427. Évidemment, la démarche peut paraître inutile dès lors que la clarté du texte fait partie de l'admissibilité matérielle⁵²⁰. Mais ce contrôle ne contribue pas à hausser le niveau de qualité de l'ensemble des propositions ; il a seulement vocation à garantir un certain standard en vue de l'issue référendaire⁵²¹. Il est ensuite particulièrement susceptible de jeter la suspicion sur le caractère strictement juridique des considérations présidant aux décisions juridictionnelles, ce qui est probablement inévitable, mais n'est pas de nature à atteindre l'objectif que nous évoquons ici.

428. Il s'agirait plutôt ici d'organiser, dans le moment du contrôle, un processus permettant d'améliorer la qualité formelle et, si possible, matérielle des propositions.

429. Or ceci n'est pas sans influence sur l'architecture du processus. En effet, pour maximiser les potentialités de ce procédé d'amélioration du processus d'initiative populaire, il paraît nécessaire qu'il implique l'intervention d'acteurs publics⁵²² bénéficiant d'une certaine expertise dans le domaine juridique. Dès lors, cela contraint soit le moment d'intervention, soit le choix des acteurs puisque comme on l'a vu, pareille intervention est difficilement envisageable en amont de la récolte pour une autorité exerçant par ailleurs d'autres fonctions.

⁵²⁰ Dans les systèmes étrangers, mais également en France, dans la mesure où la clarté et l'intelligibilité de la loi font partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Même si la jurisprudence sur ce point est particulièrement obscure, elle entre dans le contrôle de la qualité de la loi. De sorte que même si elle n'était pas prévue expressément par le texte posant les limites matérielles au référendum, cette condition serait vérifiée dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Sur la jurisprudence du Conseil sur la question, voir Raapi P., L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel, Dalloz, 2014, pp. 1-135.

⁵²¹ C'est pour cette raison qu'il s'exerce, en Italie comme en Suisse, après la récolte des signatures.

⁵²² Sans quoi il ne serait d'aucun effet, symboliquement, sur les acteurs politiques, et aurait un impact limité sur les inégalités entre les comités.

430. Il faut également qu'il ne soit pas accompagné d'un pouvoir de contrainte sur le texte. Cela bouleverserait à l'excès l'équilibre entre les différentes nécessités gravitant autour du dispositif d'encadrement, en conférant trop de pouvoir sur le processus à une autorité non-juridictionnelle. S'il s'agit d'une sérieuse limite, nous verrons qu'il est en réalité possible d'imaginer un dispositif permettant à une autorité dénuée de pouvoir de contrainte d'influencer la qualité des textes, au moins sur un plan technique. Mais il est évident que, pour que cette influence puisse se déployer dans les meilleures conditions, le Conseil d'État doit se garder de débattre de l'opportunité politique de la proposition.

431. C'est pourquoi l'on peut également envisager une autre intervention pour influencer plus efficacement le contenu de la proposition, et non seulement ses caractéristiques techniques. Il s'agirait de permettre aux autorités politiques de l'État d'agir dans le cadre de l'initiative populaire. Plus légitimes à travailler dans ce sens qu'une instance consultative dont la neutralité est essentielle pour l'efficacité de son travail, les organes politiques semblent indiqués pour répondre à d'éventuels excès induits par le processus. Pour ne pas trop écorner le principe directeur de l'initiative populaire, cette intervention ne devrait pas entraîner de contraintes. Ceci, comme nous le verrons, est tout à fait envisageable.

432. En toute hypothèse, l'on voit clairement ici que la volonté d'améliorer la délibération dans la procédure a un impact tant sur le nombre et la nature de l'intervention des autorités publiques que sur le moment de leur intervention. En cela, elle est bien un axe de la procédure.

IV : La distribution des différentes compétences de contrôle

433. Les différents aspects jusqu'ici évoqués amènent certaines contraintes dans la distribution des contrôles.

434. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel est une institution qui dispose de moyens limités. Son budget de fonctionnement prévisionnel pour 2015 était de 10 191 000 euros. À titre de comparaison, celui de la Cour Constitutionnelle italienne s'élevait, en 2016, à environ 54 849 000 euros⁵²³. En outre, le budget du Conseil Constitutionnel est en baisse, et la QPC absorbe environ les trois-quarts de ses dépenses de fonctionnement⁵²⁴. Enfin, ses « moyens humains » sont également assez maigres : il ne compte en 2016 que 64 individus affectés à son service, dont seuls 8 juristes travaillant au service juridique. Il est donc assez mal armé, matériellement, pour faire face à un afflux important de requêtes référendaires⁵²⁵.

⁵²³ Bilan annuel de la Cour Constitutionnelle pour l'année 2015, disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.cortecostituzionale.it/documenti/composizione/bilancio/Bilancio_2015.pdf.

⁵²⁴ Rapport Le Fur n°2260 enregistré le 09 octobre 2014, fait pour la Commission des finances, sur la mission « pouvoirs publics » du PLF pour 2015, p. 59 et s.. Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.assemblee-nationale.fr/14/budget/plf2015/b2260-tIII-a36.asp#P1770_128199

⁵²⁵ Il est évidemment assez probable qu'une éventuelle introduction d'une procédure d'initiative populaire s'accompagnerait d'une augmentation de la dotation du Conseil Constitutionnel. Néanmoins, il ne nous est pas permis, dans ce cadre qui est le nôtre, de parier sur des éléments dont nous ne sommes pas en état d'évaluer la faisabilité, ou, en l'occurrence, d'évaluer le volume.

435. Par ailleurs, le contrôle *a priori* a pour défaut d'être déconnecté de l'application concrète qui sera celle du texte qu'il a à juger, ce qui nuit à l'efficacité de son contrôle⁵²⁶.

436. Le premier point implique que le Conseil ne saurait être submergé de requêtes référendaires sans que cela n'entrave, voire paralyse, le cours normal de ses activités. Or ceci n'est possible que si son intervention n'a lieu qu'après que la proposition ait franchi un certain nombre d'étapes procédurales qui joueraient concrètement un rôle de filtre. Il ne saurait intervenir qu'après la récolte des signatures.

437. Le second point implique que le juge soit mis, autant qu'il est possible, en condition de juger un texte définitif, dont les énoncés seraient suffisamment précis et la rédaction suffisamment claire pour que les conséquences constitutionnelles de son adoption comme de son application soient relativement discernables. En somme, cela implique qu'il soit mis en état de juger un texte à la qualité suffisante pour être jugé. Étant donné que l'on envisage d'introduire des interventions non-contraignantes ayant pour but d'influer sur la qualité de la proposition, il s'ensuit que ce contrôle ne pourrait avoir lieu qu'après ces interventions.

438. **Concernant l'admissibilité matérielle.** La question qui se pose est celle d'une attribution de cette compétence à l'autorité juridictionnelle dont l'intervention est déjà prévue dans la procédure – le Conseil Constitutionnel – ou à une autre autorité juridictionnelle. Ce n'est pas sans importance. En effet, en Italie, il a pu être remarqué que le fait que le contrôle de l'admissibilité matérielle soit exercé par le juge constitutionnel entraîne une difficulté de distinction entre le contrôle d'admissibilité matérielle et le contrôle de constitutionnalité. Mais ceci n'est problématique que dans le contexte transalpin. En effet, la procédure italienne ne prévoit pas, on l'a déjà dit, de contrôle de constitutionnalité spécifique quant à son moment d'intervention. Or, l'exercice du contrôle d'admissibilité tel qu'il est pratiqué par la Cour Constitutionnelle italienne fait peser une incertitude sur la possibilité de saisir ultérieurement la Cour de la loi référendaire pour que soit contrôlée sa constitutionnalité⁵²⁷. Il en irait très différemment ici, le contrôle de constitutionnalité s'exerçant *a priori*, et étant obligatoire, il aurait nécessairement lieu et ne serait donc pas précarisé par l'existence d'un contrôle d'admissibilité antérieur par le même juge. En réalité, il nous semble que l'hypothèse est même exactement inverse.

439. Le contrôle d'admissibilité matérielle, comme le contrôle de constitutionnalité, ont tous deux lieu avant le référendum. Ils s'exerceraient donc successivement, quel que soit l'ordre et quel que soit le temps réel écoulé. Par ailleurs, les énoncés portant des restrictions matérielles au référendum sont nécessairement flous, et peuvent entraîner des interprétations totalisantes qui finissent par l'apparenter un à un contrôle de constitutionnalité⁵²⁸. *A contrario*, ils peuvent aussi s'interpréter de façon tellement étroite qu'ils finissent par en devenir presque fictifs⁵²⁹. Attribuer les deux contrôles à deux juges différents crée donc un risque de stratégies d'interprétation divergentes, et donc d'incohérence dans le fonctionnement de la procédure, ce

⁵²⁶ Mettre une référence aussi.

⁵²⁷ Fatin-Rouge Stéfanini M., Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle, *op.cit.* pp. 224-231

⁵²⁸ *Ibid.*, pp. 311-321.

⁵²⁹ Grisel E., Initiatives et référendum populaires, traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, Staempfli, 3^{ème} éd. 2003, pp. 241-256.

qui risque de faire ressortir le caractère relativement contingent des interprétations juridictionnelles. En revanche, l'attribuer à un seul juge permet de développer parallèlement deux jurisprudences cohérentes entre elles, si nécessaire. Si on veut vraiment décharger le Conseil⁵³⁰, il est tout à fait possible de confier le contentieux de l'admissibilité matérielle à la formation prévue pour l'admissibilité formelle, à condition qu'elle intervienne à un autre moment, à savoir après que le texte soit définitif. La faire intervenir avant le Conseil Constitutionnel statuant sur la constitutionnalité de la proposition permettrait d'introduire une forme de mécanisme d'appel, et d'unifier la jurisprudence rendue sur la question.

440. **Concernant l'admissibilité formelle**, la question a été réglée précédemment. La solution présente l'avantage, du point de vue ici abordé, de trouver un compromis entre contrôle juridictionnel et contrôle administratif. Notamment, elle permet d'évacuer le risque de critiques quant à l'indépendance du contrôle, en tout cas dans des proportions permises par les institutions existantes. Elle aurait vocation à s'exercer à la fin de la récolte des signatures, de façon à sécuriser la suite du processus.

441. **Concernant la question de l'amélioration de la qualité formelle**. La notion de « qualité de la loi » est en réalité extrêmement floue et semble surtout servir de support à une critique doctrinale d'une dérive supposée tant en volume – « l'inflation législative »⁵³¹ – qu'en qualité – « lois bavardes », par exemple⁵³². Par ailleurs, sa déclinaison jurisprudentielle en « accessibilité et intelligibilité de la loi » ne semble pas permettre de préciser la notion⁵³³.

442. Dans sa thèse, Patricia Raapi montre que le terme englobe en réalité deux problématiques différentes : les qualités « *ex-ante* » et « *ex-post* » de la loi⁵³⁴. *Ex-ante*, c'est-à-dire « l'information pré-juridique du citoyen », *ex-post*, c'est-à-dire qu'elle doit « *prédéterminer l'action juridique de l'Administration* ». En somme, « l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi » renvoie à une exigence de compréhensibilité des textes, donc à une certaine simplicité rédactionnelle, et également à une exigence de prévisibilité du droit, donc de sécurité juridique : les textes doivent être suffisamment clairs pour ne pas laisser une trop grande ambiguïté qui se traduirait en pouvoir discrétionnaire tant des autorités chargées de l'appliquer que de celles chargées de contrôler cette application.

443. On peut ajouter à ces considérations la question de la cohérence des dispositions contenues dans la norme – qu'elle est appelée à devenir, ou qu'elle est déjà – avec l'ensemble du droit positif, dont on peut estimer qu'elle fait partie des aspects à prendre en considération pour ce qui concerne la prévisibilité de l'application qui en sera faite.

⁵³⁰ La chose ne paraît guère nécessaire eu égard de la réduction du périmètre de l'admissibilité matérielle induite par l'intervention du contrôle de constitutionnalité *a priori* (cf. *infra*, n°804). Elle pourrait avoir son importance si une autre solution devait être retenue sur ce point.

⁵³¹ Voir par ex. Conseil d'Etat, Simplification et qualité du droit, La doc. fra., EDCE, 2016, 256 p.

⁵³² Voir par ex. les vœux de Pierre Mazeaud, alors président du Conseil constitutionnel, pour l'année 2005. En ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique.51930.html>.

⁵³³ Voir Raapi P., L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, Dalloz, 2014, pp. 17-139, not. pp. 135-139.

⁵³⁴ *Ibid.* Il s'agit là des éléments fondamentaux justifiant le plan général de la thèse.

444. Sans renvoyer rigoureusement à cette notion, nous visons ici des problématiques très proches de celle recouverte par « l’accessibilité et l’intelligibilité de la loi ». Néanmoins, la problématique posée par la « qualité de la loi » dans le cadre qui est le nôtre pose aussi certaines questions d’opportunité, et c’est en ce sens que nous emploierons désormais ce terme.

445. Il y a, sur ce point, deux types de solutions envisageables.

446. Soit s’appuyer sur le droit positif : c’est-à-dire d’une part la jurisprudence actuelle du Conseil Constitutionnel qui permet de « filtrer » les propositions sur ce critère, d’autre part la campagne référendaire qui précède tout référendum.

447. Soit envisager de prévoir des dispositifs spécifiques dans l’appareil normatif introduisant l’initiative populaire. Ceci peut s’imaginer de deux façons, *a priori* alternativement. On peut s’appuyer sur le contrôle juridictionnel, en renforçant les dispositifs relatifs à la qualité de la loi actuellement existants⁵³⁵, ou l’on peut instituer un dispositif d’assistance juridique en amont du contrôle. Il nous semble que les deux solutions s’excluent mutuellement, de sorte qu’elles ne peuvent être envisagées simultanément. En effet, si sur un plan strictement juridique rien n’empêche qu’un contrôle juridictionnel invalide sur le plan de la qualité rédactionnelle une proposition antérieurement travaillée de concert avec, par exemple, une autorité publique chargée d’aider à la rédaction, il nous paraît peu pertinent d’introduire d’un côté un dispositif de conseil pour renforcer de l’autre un dispositif de contrôle portant sur le même aspect.

448. La première solution nous paraît devoir être écartée. En effet, les critiques portant sur cet aspect de l’initiative populaire paraissent particulièrement pertinentes. Mais au-delà de ces considérations juridiques, fondamentalement applicables toutes choses égales par ailleurs à tous les dispositifs d’élaboration de norme, il y a de vraies raisons « stratégiques » d’envisager de prendre ces critiques en compte.

449. D’abord, le discours sur la qualité des normes est un puissant vecteur de décrédibilisation des autorités normatives, qui jouerait avec d’autant plus de force qu’il serait dirigé contre des normes supposément rédigées par des « profanes ». Ensuite, les craintes exprimées quant à la faible qualité des propositions sont susceptibles de se répercuter sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans la mesure où les normes permettant de sanctionner la faiblesse rédactionnelle des textes contrôlés sont particulièrement plastiques⁵³⁶. Ainsi, tant dans la jurisprudence nationale que dans celle observable à l’étranger, il est frappant de constater que des principes similaires donnent lieu à des applications extrêmement hétérogènes de sorte qu’il n’y a qu’une très faible prévisibilité de la jurisprudence.

450. Or les inégalités de moyens, déjà évoquées, sont inévitables. Naturellement, elles se manifesteront d’abord sur la capacité à bénéficier d’une expertise juridique. Ce qui est un

⁵³⁵ Il est tout à fait possible, par exemple, d’introduire une disposition spécifique, par exemple dans la loi portant application de la loi organique –inévitabile pour un dispositif aussi complexe que l’initiative populaire–, qui formulerait une exigence particulière quant à la qualité des propositions.

⁵³⁶ Raapi P., *op.cit.* Le propos est celui de l’ensemble de la thèse.

avantage concurrentiel significatif face à n'importe quel contrôle juridictionnel, dont l'impact sur les chances de succès face au contrôle est notamment corrélé à la prévisibilité des normes dont il faut respecter les prescriptions : c'est d'ailleurs une des justifications avancées pour la nécessité de la jurisprudence sur l'intelligibilité. Autrement dit, ne rien prévoir quant à l'amélioration de la qualité des propositions revient à cristalliser des inégalités de moyens entre les citoyens, formellement égaux devant le droit d'initiative institué par l'initiative populaire. Or, ceci n'est pas sans impact sur les arguments politiques avancés en faveur de la procédure puisque son caractère « démocratique » dépend, dans la rhétorique habituellement utilisée pour la défendre, de son accessibilité à chaque citoyen.

451. Cette argumentation peut être transposée à l'identique s'agissant d'un renforcement du contrôle juridictionnel sur ce point.

452. *A contrario*, l'intervention d'une structure visant à assister les comités pour la rédaction de leur proposition présente peu d'inconvénients. *Primo*, elle ne présente aucune des difficultés posées par les solutions précédentes. Elle permet d'agir spécifiquement sur la question de la qualité des propositions, tout en n'ayant aucune influence négative sur les inégalités matérielles entre les éventuels comités. *Secundo*, elle n'empêche nullement que les normes relatives à la question de la qualité des normes s'appliquent aux propositions dans le cadre du contrôle juridictionnel.

453. Cependant, la forme que prendrait une intervention de ce type peut être assez difficile à envisager. Créer une autorité spécifique est évidemment possible, mais cela n'amène aucune plus-value par rapport à l'intervention d'une autorité déjà existante, qui exerce notamment cette fonction : le Conseil d'État, dans le cadre de sa mission consultative. Rompue à cet exercice, la haute-juridiction présente l'avantage de disposer déjà des moyens et de la compétence pour rendre un avis sur la qualité de la proposition. Son intervention ne pose pas de difficulté juridique particulière, puisqu'il exerce déjà cette mission pour le Gouvernement et l'Assemblée. Reste que cela appelle quelques précisions.

454. Tout d'abord, celle du moment. Puisque le Conseil constitutionnel devrait connaître du texte définitif, une consultation technique ne peut avoir lieu qu'en amont du contrôle de la validité du texte. Puisque le Conseil d'État ne saurait être consulté pour des initiatives n'ayant pas atteint le nombre de signatures requis, il interviendrait donc après la récolte et avant le contrôle.

455. Par ailleurs, cette opération pose la question de son impartialité⁵³⁷. En effet, d'une part, le Conseil d'État a une longue tradition de conseil du Gouvernement, et d'autre part, de service de l'État. Si la question de l'État procède surtout d'une inquiétude sociologique⁵³⁸, le problème posé par le caractère de conseil du Gouvernement du Conseil d'État est plus aigu.

⁵³⁷ Cette question ne se pose qu'en opportunité, il va de soi qu'en droit, rien dans sa consultation ne soulève de telles questions.

⁵³⁸ Qu'on pourrait synthétiser en disant qu'il y a lieu de craindre une incompatibilité *d'habitus* entre des serviteurs de l'État et des citoyens investis dans une cause donnée. Ainsi, par exemple, le Gouvernement dispose de tout un appareil administratif qui assure, en réalité, les discussions avec les sections administratives du Conseil, et il y a lieu de penser que cela structure significativement la forme comme le fond des discussions. Il n'en ira pas de même ici.

En effet, le Gouvernement n'est pas un acteur neutre, d'autant moins qu'il est tout à fait imaginable que des propositions soient directement dirigées contre une politique menée par un gouvernement en place. En outre, et plus profondément, conseiller le Gouvernement n'est pas la même chose que de conseiller des individus peu familiers des usages en vigueur dans les sphères de la Haute-Administration. Ces mêmes individus dont les intérêts et les motivations peuvent être peu clairs et qui, surtout, ne sont réputés ni en droit ni en fait poursuivre l'intérêt général. Ce dernier point est le plus problématique car il peut stériliser l'intérêt de l'intervention du Conseil. Reste qu'il ne relève nullement d'un raisonnement juridique, et qu'il est possible d'en circonvenir quelque peu les effets, comme nous le verrons au moment d'aborder les formes précises de l'exercice des compétences des autorités intervenantes.

456. **Sur l'intervention politique**, enfin, il paraît évident qu'elle doit être le fait des acteurs habituels de la procédure législative, à savoir le Gouvernement et le Parlement. Si la question des modalités de cette intervention est réservée pour les développements relatifs au contre-projet, nous pouvons au moins souligner ici qu'elle ne saurait avoir lieu qu'après la consultation du Conseil d'État, de façon à ce qu'elle porte sur un texte définitif.

CHAPITRE 1 : LES INTERVENTIONS NON-CONTRAIGNANTES

457. Puisque leur principe a été justifié ci-avant, il faut maintenant envisager l'intervention du Conseil d'État (section 1) et des organes politiques de l'État (section 2). Les opérations étant toutes deux non-contraignantes, elles peuvent être évoquées dans la même subdivision. Pour autant, leur fonction n'est pas identique, tout comme les conséquences qu'elles pourraient produire, ce qui justifie de les aborder séparément. Enfin, l'ordre des sections correspond toujours à une logique chronologique même si, comme nous le verrons, le moment de l'intervention parlementaire pose un certain nombre de questions particulières.

Section 1 : L'intervention du Conseil d'Etat⁵³⁹

Historiquement première⁵⁴⁰, la fonction consultative du Conseil d'État s'est entièrement construite comme une mission de conseil à l'administration, laquelle est en collaboration constante avec le Palais-Royal. Cette interpénétration, cette osmose entre la haute institution et « l'administration active »⁵⁴¹, fruit tant du statut des membres du Conseil que de la culture institutionnelle de celui-ci, a pour conséquence que faire intervenir le Conseil d'État dans notre procédure pose question. En outre, même s'il intervient depuis longtemps en matière législative⁵⁴², il ne le fait que depuis très récemment dans un autre cadre que celui de la préparation des projets de loi⁵⁴³. Ceci incite à faire penser que l'intervention du Conseil d'État est en l'occurrence, une démarche qu'il faut interroger, tant pour en faire ressortir les attentes que l'on peut nourrir à son égard que pour en souligner les dangers. Nous commencerons

⁵³⁹ Une fraction importante des aspects techniques qui seront évoqués dans ces développements s'appuient sur l'ouvrage de Jean Massot et Thierry Girardot, *Le Conseil d'Etat*, La doc. fra., 2^{ème} éd., qui date de 2001. Ceci permet de bénéficier des connaissances et réflexions « d'insiders » sur une question où la plus-value d'une telle expertise est particulièrement précise. Le caractère ancien de la source n'est guère problématique dans la mesure où la principale réforme intervenue concerne principalement l'organisation interne du Conseil d'Etat dont nous traiterons que peu. Voir cependant le décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, JORF n°0057 du 7 mars 2008, p. 4244, texte n°20.

⁵⁴⁰ Quoique rapidement adjointe d'une compétence pour régler les « affaires contentieuses », encore très embryonnaire (article 11 du règlement du 26 décembre 1799). Voir Pacteau B., *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX^{ème} siècle*, PUF, coll. Léviathan, 2003. Notamment sur le point précédemment évoqué pp. 16-27.

⁵⁴¹ Le simple fait qu'il existe un terme consacré pour différencier l'administration du Conseil manifeste ce phénomène.

⁵⁴² Article 39 de la Constitution. La V^{ème} République a ici consacré constitutionnellement une compétence en matière législative qui a connu de nombreuses modifications. Pour une recension rapide de ces diverses évolutions : Massot J. et Girardot T., *Le Conseil d'Etat*, La doc. Fra., 2^{ème} éd., 2001, p. 20.

⁵⁴³ L'on évoque ici la nouvelle possibilité pour le Conseil d'Etat d'être saisi d'une proposition de loi, insérée par la révision du 23 Juillet 2008 à l'article 39 al. 4. D'ailleurs, cette nouvelle compétence a entraîné quelques adaptations, sur lesquelles nous reviendrons.

donc par mener une analyse générale sur les spécificités d'un avis consultatif rendu par le CE en matière d'initiative populaire (§1), pour en déduire le cadre de sa compétence (§2).

§1 : Considérations générales quant à la pertinence de l'intervention du Conseil d'Etat dans une procédure d'initiative populaire

458. La circonstance qu'une institution aussi emblématique de l'État produise une opinion renseignée sur un texte issu d'un processus d'initiative populaire n'est pas neutre. On peut raisonnablement postuler un effet propre à cette relation entre un texte dont on présume qu'il ne serait pas issu d'un savoir perçu comme expert et l'institution qu'est le Conseil d'État. Ainsi conçu, ce qu'on peut appeler « l'effet de légitimation », peut justifier l'intervention, mais affecte aussi l'ensemble du processus. Ce dernier qui est d'ailleurs déjà affecté par la seule possibilité d'une consultation. Il semble donc plus logique d'aborder d'abord l'effet de légitimation (I), pour pouvoir ensuite évoquer avec une certaine précision la nature de l'impact de l'intervention du Conseil d'État sur le processus d'initiative populaire (II).

I : L'effet de légitimation

459. Le premier apport que l'on puisse imaginer, et le plus immédiat, est bien évidemment l'amélioration de la qualité technique du contenu des propositions (A). Mais nul n'est besoin de solliciter le Conseil d'État pour obtenir ce résultat, d'autres solutions peuvent être envisagées, qui ne mettent pas la Haute-Juridiction administrative à contribution : assistance des services de l'État, création d'une AAI *ad hoc* ayant pour mission de proposer des améliorations textuelles des propositions... de sorte que ce seul élément n'est pas suffisant en soi pour cerner l'effet de légitimation.

460. Si aucune de ces solutions n'est aussi attirante que l'intervention du Conseil, c'est parce que celle-ci est à même de faire bénéficier les propositions de la légitimité institutionnelle du susmentionné (B) mais aussi parce que la position et la qualité des membres du Conseil d'État offre de vraies garanties de sécurité juridique pour la suite du processus d'initiative populaire (C).

A : La légitimation par l'amélioration des caractéristiques techniques du texte

461. Nous avons déjà évoqué les critiques parfois adressées aux processus d'initiative populaire et portant sur l'absence de processus délibératif ou de toute autre sorte à même d'amener ce que le travail parlementaire peut amener : compromis et amélioration des qualités de la norme. Ces critiques sont probablement les plus efficaces, en ce qu'elles renvoient aux fondements de l'organisation du pouvoir dans les régimes libéraux tels qu'ils se présentent à eux-mêmes.

462. Or la fonction consultative du Conseil d'État, intégrée dans un processus d'initiative populaire, pourrait contribuer à relativiser la portée de ces critiques. En effet, il bénéficie, dans cet exercice, d'une forte légitimité, au sens où il peut faire ce qu'il fait sans que sa qualité à le faire soit remise en cause. Il est considéré compétent, et la double acception du mot est ici fort utile : compétent car il dispose certes du titre juridique à donner un avis, compétent car il est considéré comme techniquement à même d'éclairer la décision dans le périmètre qui est le sien, à savoir l'opportunité juridique puisque c'est de sa légitimité de Haute-Institution du droit qu'il s'agit. Mais ce n'est pas anodin, puisque « être porteurs de la légalité pour les professionnels du droit leur permet de tenir un rôle éminent dans le travail de légitimation du politique ou de disqualification de sa légitimité. »⁵⁴⁴. Autrement dit, lorsqu'un avis du Conseil d'État, donné sur un projet déterminé, ne soulève aucune difficulté juridique, ce projet s'en trouve renforcé politiquement. Il s'agit donc d'un effet de légitimation : le rejaillissement, sur une proposition donnée, d'une fraction de la légitimité de l'institution elle-même.

463. Seulement, ce constat n'entraîne pas par lui-même de transposition du phénomène sur les propositions soumises dans le cadre de l'initiative populaire. Il faut donc s'interroger sur les conditions nécessaires pour que cela puisse s'envisager. Pour ce faire, il faut émettre des hypothèses sur les sources de cette légitimité, pour ensuite figurer ces conditions.

464. La première source de légitimité de la fonction consultative du Conseil d'État, c'est bien évidemment son expertise⁵⁴⁵, qui procède tant de son **expérience** dans l'exercice de cette fonction que la **qualité technique** des avis rendus.

465. L'expérience du Conseil d'État vient d'abord de l'ancienneté de cette fonction consultative, exercée au niveau réglementaire depuis sa création en 1799⁵⁴⁶, et pour les normes de rang législatif de façon constante depuis 1945, compétence consacrée constitutionnellement par la Constitution du 4 Octobre 1958. Si l'on se concentre sur ce dernier point, cela fait donc soixante-dix ans que le Conseil exerce une activité comparable à celle que l'on voudrait ici lui confier. Dans la mesure où sa saisine pour avis est obligatoire s'agissant des projets de lois, et que ceux-ci représentent l'essentiel du volume législatif

⁵⁴⁴ Commaille J., Droit, Sociologie., in. Encyclopaedia universalis, récupéré de : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/droit-sociologie/>.

⁵⁴⁵ Le mot « expert » peut être appréhendé, selon une acception traditionnelle, comme celui qui est « rendu habile par l'expérience » ou, selon une approche plus contemporaine, comme un « spécialiste ». Voir Delmas C. « I. L'expertise, enjeu de définitions », in. Sociologie politique de l'expertise, La Découverte, 2011, p. 9. S'agissant d'appréhender, spécifiquement, le Conseil d'Etat comme un « expert » alors qu'il est un organe qui n'est spécialisé dans l'accomplissement d'une ingénierie déterminée, la même note que « « Les grands corps techniques de fonctionnaires, aujourd'hui recrutés principalement par la voie de l'École polytechnique et de ses écoles d'application, forment un vivier d'experts faisant pour la plupart carrière dans l'État, leur ancienneté historique leur conférant une forte légitimité symbolique et un réseau de cooptation solidement implanté. Leur fonction d'expertise, fondée sur une compétence technique, est toutefois concurrencée, dès le XIX^e siècle, par les corps administratifs plus généralistes, qui se consolident progressivement : Conseil d'État, Cour des comptes et surtout Inspection des finances ». Delmas C., « II. La fin d'un modèle de rationalisation de l'action publique ? », *ibid.*, p. 19.

⁵⁴⁶ Nous avons retenu la date conventionnellement admise. Pour un examen relativement approfondi des origines du Conseil d'Etat, voir Fougère L. (dir.), Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974, Editions du CNRS, 1974, 1012 p.

depuis l'aube de la V^e, l'on mesure ici l'importance de l'expérience de la Haute-Institution en la matière.

466. Mais l'expérience n'est pas l'expertise. Celle-ci vient également du fait que rendre des avis en matière législative est une activité extrêmement exigeante techniquement, dans un univers juridique à la fois touffu⁵⁴⁷, contraint⁵⁴⁸, et partant, particulièrement complexe. La circonstance que le Conseil l'exerce depuis longtemps, implique par conséquent que nombre de ses membres ont développé une connaissance approfondie des diverses branches du droit, les projets de lois qui lui sont soumis l'étant dans leur entièreté, ne se limitant évidemment pas au champ de compétence qui est celui de la Haute-Juridiction au contentieux. Ceci est accentué par le fait qu'il exerce également une compétence consultative en matière réglementaire, dans un cadre constitutionnel où le domaine réglementaire est très large, ce qui ne peut qu'approfondir la connaissance de ses membres. Enfin, et peut-être surtout, l'organisation même du Conseil accroît cette compétence technique. Ainsi, l'organisation des formations administratives en sections permet une spécialisation de ceux qui y siègent⁵⁴⁹. Celles-ci sont en effet stables dans leurs dénominations comme dans le périmètre de leurs compétences, les affectations étant décidées, notamment, en fonction des profils des membres⁵⁵⁰.

467. Pour finir, les caractéristiques particulières du Conseil d'État⁵⁵¹ confèrent à ceux qui y exercent ce qu'on pourrait appeler un *habitus* professionnel, ainsi qu'un esprit de corps⁵⁵² qui orientent une pratique laquelle, si elle est souvent remarquée dans l'exercice de la fonction contentieuse, est particulièrement précieuse dans le cadre consultatif. En effet, il s'y manifeste un souci particulier de ménager la réalité comme le droit, sans renier la contrainte de l'un ni brutaliser l'autre⁵⁵³. Et la connaissance empirique de cette réalité est relativement forte et variée parmi ses membres⁵⁵⁴, comme, par ailleurs, la technique et la matière juridique. Les avis rendus par le Conseil sont donc particulièrement mesurés – au sens où rien n'y est laissé au hasard – tout en restant juridiquement très solides. Ceci, tout en procédant de

⁵⁴⁷ Alain Lambert et Jean-Claude Boulard, dans leur rapport sur l'inflation normative établi le 26 mars 2013, estimaient le « stock » de normes en vigueur en France à 400 000. Voir Lambert A., et Boulard J.C., Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative, La doc. Fra., p. 10.

⁵⁴⁸ Par une hiérarchie des normes qu'il n'est pas aisé d'appréhender dans son entièreté, eu égard au volume et à la complexité des normes internationales.

⁵⁴⁹ Massot J. Girardot T., *op.cit.*, p. 65.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ La construction de sa jurisprudence comme de son existence en tant que juridiction à la manière d'un juge relevant d'un système de *common law*, son organisation, ses modes de recrutement, le cumul des fonctions contentieuse et consultative, la double-affectation, la diversité des missions dans une seule carrière par ses membres... Sur l'ensemble de la question, voir Latour B., *La fabrique du droit* ; éd. La Découverte ; 2002, not. pp. 119-139, mais l'ouvrage traitant précisément du Conseil sous un angle « ethnographique », il est difficile d'en extraire un passage sur un point aussi général. Pour une photographie plus détaillée des profils sociologiques des membres du Conseil d'Etat, voir Bui Xian A., "Le Conseil d'État : quelle composition réelle ?", *Pouvoirs*, (n°123), 2007, p.89-104. Sur la nature de l'esprit de corps au Conseil, voir Chevallier J., « Le Conseil d'Etat, au cœur de l'état », *Pouvoirs*, (n°123), 2007, pp. 5-17.

⁵⁵² Chevallier J., *op.cit.*, pp. 8-10.

⁵⁵³ Pour un exemple concret, voir Latour B., *op.cit.*, pp. 163-179.

⁵⁵⁴ Et ce en raison de la possibilité pour eux d'aller exercer d'autres fonctions –l'éventail des possibles étant très varié– puis de revenir au Conseil. Bruno Latour peut ainsi écrire que « [les membres du Conseil] *vivent au Palais-Royal comme sur une vaste plate-forme d'envol ou d'atterrissage en direction et en provenance d'autres fonctions* » (*op.cit.*, p. 123).

l'organisation au sens large du Conseil, est également le fruit d'une longue pratique qui a produit des processus de décision, des procédures, des techniques de délibération ainsi et surtout, que des méthodes de pensée comme de travail. Pour cela, il est impossible de les voir se reproduire ailleurs. On pourrait dire, en forçant un peu le trait, que l'expérience et la compétence ont pour résultat une expertise qui se renforce elle-même par la pratique à mesure que celle-ci s'installe dans la durée⁵⁵⁵.

468. Ces trois éléments forment le cœur de la légitimité technique du Conseil, dont il est le seul à disposer dans une telle mesure⁵⁵⁶. Néanmoins, il ne nous semble pas que cela suffise à expliquer l'autorité attachée à ses avis. Ces raisons, qu'on pourrait qualifier d'objectives, au moins en ce qu'elles reposent sur des phénomènes mesurables, ne sauraient être les seules car une institution, pour exercer son pouvoir, dépend aussi de sa « *qualité pédagogique, c'est-à-dire de la capacité des normes qui [la constitue] à être enseignées et apprises*⁵⁵⁷. », autrement dit, de son pouvoir symbolique⁵⁵⁸.

B : La légitimation par le pouvoir symbolique du conseil

469. Il nous paraît raisonnable de postuler que le Conseil d'État doit une grande partie de ce fort capital symbolique⁵⁵⁹ à son caractère de « *garant de l'identité étatique* »⁵⁶⁰, et donc l'association de sa parole à celle de l'État. Ainsi, Jacques Chevallier peut qualifier le Conseil « *d'incarnation de l'État* »⁵⁶¹ sans trahir la réalité de la psyché des membres de l'institution lorsqu'ils exercent leurs fonctions⁵⁶². Mais cette représentation que l'institution se fait d'elle-même se répercute aussi dans la façon dont elle est perçue, ne serait-ce que parce que ses membres incarnent cet *ethos*⁵⁶³. Nous mesurons aisément le capital symbolique que représente cette association entre une institution et l'intérêt de l'État⁵⁶⁴. En outre, cette « légitimité

⁵⁵⁵ Ce que Bruno Latour appelle le capital « hommes-années » du Conseil. Voir Latour B., *op.cit.*, p. 135.

⁵⁵⁶ Pascale Gonod cite à cet égard ces écrits de Jules Simon : « [le Conseil d'Etat] est tout à la fois un corps politique, un corps judiciaire et un corps administratif ; c'est dire qu'il exerce des attributions qui, partout ailleurs qu'au Conseil d'Etat, seraient inconciliables, et qui, dans le Conseil même, ne peuvent coexister qu'à force de prudence, de sagesse, de modération [...] » Simon J., « Nos fonctionnaires », *Le Matin*, 31 Octobre 1892, cité par Gonod P., « Le Conseil d'Etat, conseil du Parlement », RFDA 2008, p. 871.

⁵⁵⁷ Bourricaud F., in. Encyclopædia Universalis, récupéré de <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/institutions/>. Le terme « normes », ici, s'entend évidemment au sens sociologique.

⁵⁵⁸ Bourdieu P., *Langage et pouvoir symbolique*, Points, 2001, pp. 201-211.

⁵⁵⁹ « *Le capital symbolique, que l'on peut résumer comme la « reconnaissance » par autrui de l'agent social et de ses qualités, donc de ses capitaux. Le capital symbolique fonctionne comme une sorte de méta-capital puisqu'il est l'objectif suprême de l'action des agents.* ». Durand J.P., « Capital, sociologie ». in. Universalis éducation [en ligne]. Encyclopædia Universalis, consulté le 14 mai 2016. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/capital-sociologie/>.

⁵⁶⁰ L'expression est empruntée à Jacques Chevallier. Voir Chevallier J., *op.cit.*, p. 6.

⁵⁶¹ *Ibid.*, même page.

⁵⁶² Et dont on peut avoir un aperçu dans *La fabrique du droit*, et notamment pp. 163-179.

⁵⁶³ Parlant de la « noblesse d'Etat », c'est-à-dire du groupe d'individus issu de celles des grandes écoles qui sont des voies de recrutement privilégiées de la haute-fonction publique, Pierre Bourdieu notait qu'« *ils se sentent tenus de penser dans une perspective « sociale », de se conduire en agents de l'Etat plutôt qu'en hommes d'affaires et de fonder leur décision sur la « neutralité » de « l'expertise » et sur l'éthique du service public.* » Bourdieu P., *La noblesse d'Etat*, éd. De Minuit, 1989, p. 549.

⁵⁶⁴ Le même Pierre Bourdieu note que « *les juristes du XVIème siècle qui posent les fondements de la philosophie politique moderne jusqu'à ceux qui, pendant tout le XVIIIème siècle, élaborent nombre de notions*

d'État » se double, pourrait-on dire de la légitimité de l'État de droit⁵⁶⁵, c'est-à-dire de la double légitimité conférée au Conseil par son association à l'idée d'État et par le fait qu'il est « légiste et juriste »⁵⁶⁶. Il s'ensuit qu'il a comme institution la force symbolique⁵⁶⁷ non seulement de l'État, « centre géométrique de toutes les perspectives »⁵⁶⁸ mais également de la compétence juridique.

470. En somme, il bénéficie, dans le champ juridique, d'un pouvoir « de constituer le donné par l'énonciation, de faire voir et de faire croire, de confirmer ou de transformer la vision du monde et, par là, l'action sur le monde, donc le monde, pouvoir quasi magique qui permet d'obtenir l'équivalent de ce qui est obtenu par la force, grâce à l'effet spécifique de mobilisation »⁵⁶⁹.

471. Dès lors, l'effet de légitimation pourrait jouer sur les propositions soumises dans le cadre de l'initiative populaire du seul fait que le Conseil d'État donne un avis « favorable » au sens, bien évidemment, où il n'y relève aucun problème juridique puisque telle est sa mission. Il est important de rappeler que cet effet ne peut jouer qu'à condition que l'avis en question soit techniquement irréprochable : le capital symbolique du Conseil est une donnée construite, il n'est par conséquent pas immuable, et il doit sans cesse relégitimer sa position par la démonstration de ses qualités techniques ainsi que par la représentation de ces qualités.

C : La légitimation par la sécurisation juridique du texte

472. Le positionnement singulier évoqué plus haut, « au cœur de l'État »⁵⁷⁰, contraint le Conseil d'État à faire preuve d'une forte résilience, dont on a pu voir quelques signes dans les grandes évolutions que sa jurisprudence a connu ces trente dernières années. Ainsi, le renversement de perspective opéré en matière contractuelle l'a conduit à non seulement embrasser, mais mener le mouvement de contractualisation de l'action administrative. Plus spectaculaire peut-être, la « communautarisation » de sa jurisprudence à la suite de l'arrêt Nicolò l'a replacé au centre du jeu institutionnel, ce dont sa position antérieure menaçait de l'éloigner⁵⁷¹, circonstance dont l'institution semblait consciente au moment d'opérer ce

destinées à inspirer la Révolution Française, par l'intermédiaire des Girondins, ont apporté une contribution décisive à la construction de la représentation officielle du service public comme dévouement désintéressé à l'intérêt général ». Bourdieu P., *ibid.*, p. 545.

⁵⁶⁵ Lagroye S., *op.cit.*, pp. 27-31.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

⁵⁶⁷ Sur la notion de pouvoir symbolique dont la force symbolique est un corollaire, voir Bourdieu P., *Langage et pouvoir symbolique*, Points, pp. 201-211.

⁵⁶⁸ L'expression est de Leibniz, employée par lui à propos de Dieu, mais ici empruntée à Pierre Bourdieu qui l'utilise en parlant de l'Etat. Voir Bourdieu P., *Sur l'État, Raisons d'agir*, 2012, p. 113.

⁵⁶⁹ Bourdieu P., *Langage et pouvoir symbolique*, *op.cit.*, p. 210.

⁵⁷⁰ Chevallier J., *op.cit.*

⁵⁷¹ « *Il n'est donc pas interdit de penser que le mouvement [d'adoption de la jurisprudence de la CJUE] auquel a procédé le Conseil d'État est peut-être moins motivé par la crainte et par le renoncement que par l'intérêt bien compris de sa propre puissance.* ». De Béchillon D., Terneyre P., "Le Conseil d'État et la Cour de justice des Communautés européennes. Nouvelle donne", *Pouvoirs*, , 2007/11 (n°123), pp.105-116. En ligne: <http://www.revue-pouvoirs.fr/Le-Conseil-d-Etat-et-la-Cour-de.html>.

renversement⁵⁷². De même, si l'instauration d'un juge constitutionnel n'a pas été sans entraîner de rivalités entre les deux ailes du Palais-Royal⁵⁷³, la plus jeune des deux institutions porte de nombreuses traces de l'influence de son aînée⁵⁷⁴ de sorte qu'il ne paraît pas exagéré d'affirmer que la rivalité masque assez mal une adaptation du Conseil d'État orientée de façon à le maintenir « au cœur de l'État ».

473. Cette résilience, cette adaptation permanente aux évolutions de l'État, confère au Conseil une relation singulière avec les juridictions supérieures.

474. Évidemment, la chose est plus vraie pour la juridiction constitutionnelle que pour la CJUE, et moins fautive pour celle-ci que pour la CEDH. On a ainsi pu dire que le Conseil d'État était le « créateur » du Conseil Constitutionnel⁵⁷⁵ et il est indéniable que le premier a participé à la création du second, tant institutionnellement – il a, comme l'on sait, tenu un rôle essentiel dans la création de la V^e République – que « juridictionnellement » – la Haute-Juridiction administrative ayant beaucoup œuvré pour la juridictionnalisation du juge constitutionnel⁵⁷⁶. Les relations institutionnelles ont par la suite été on ne peut plus suivies, comme la réception jurisprudentielle, dans les deux sens. L'instauration de la QPC a d'ailleurs été l'occasion d'observer l'habileté avec laquelle le juge administratif a su éviter une confrontation possible⁵⁷⁷ là où son homologue judiciaire, ayant choisi l'affrontement direct⁵⁷⁸, a finalement dû s'incliner, après certains épisodes assez humiliants pour la plus ancienne juridiction nationale⁵⁷⁹. Démonstration du fait que non seulement la relation est privilégiée, mais que, là encore, le Conseil d'État est la seule institution de juristes à pouvoir s'en targuer⁵⁸⁰.

475. Sans qu'il s'agisse nécessairement d'une conséquence directe de ce qui précède, cette relation privilégiée se manifeste aussi directement dans le cadre qui nous intéresse ici, à savoir l'exercice de la fonction consultative par le Conseil d'État. Ainsi, le Conseil Constitutionnel

⁵⁷² Concl. Frydman sur CE. Ass., 20 octobre 1989, « Nicolo », Rec. 190, RFDA 1989, p. 815 et s.

⁵⁷³ Leroyer S., L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^e République, Dalloz, 2011, pp. 513-607 (sur l'ensemble des rapports entre les deux juridictions).

⁵⁷⁴ Vedel G., Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, in. Droit administratif (Mél. René Chapus), Montchrestien, 1992, pp. 647-671. Leroyer S., *op.cit.*, pp. 526-533 (sur l'apport humain et jurisprudentiel du juge administratif au juge constitutionnel) et pp. 585-599 (sur l'influence de la fonction consultative du Conseil d'État sur la jurisprudence constitutionnelle).

⁵⁷⁵ Leroyer S., *op.cit.*, p. 515.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 518.

⁵⁷⁷ Fatin-Rouge Stefanini M., Jacquinet N., Magnon X., Mastor W. et Roblot-Troizier A., « Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs: quelle(s) tendance(s)? », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 38, Janvier 2013.

⁵⁷⁸ Cass., Ass. plén., 19 mai 2010, n° 09-70.161 et Crim., 19 mai 2010, n° 09-87.651. L'on fait ici référence à la querelle bien connue ayant opposé la Cour de Cassation au Conseil Constitutionnel et relative à la recevabilité de moyens déposés en QPC contre non pas une disposition législative mais l'interprétation donnée de celle-ci par une jurisprudence constante.

⁵⁷⁹ Audition du Premier Président de l'époque devant la Commission des Lois, le 1^{er} septembre 2010. Sur l'ensemble de la polémique, voir Molfessis N., « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC. », Pouvoirs 2/2011 (n° 137), pp. 83-99.

⁵⁸⁰ Nicolas Molfessis notait d'ailleurs, à l'occasion de la polémique déjà évoquée, que « le Conseil d'État [est] dans une proximité plus évidente avec le Conseil constitutionnel – tant leurs contentieux et au-delà leurs membres entretiennent des rapports de voisinage – que la Cour de cassation » Molfessis N., « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC. », Pouvoirs 2/2011 (n° 137), p. 83-99.

demande toujours la transmission de l'avis lorsqu'il est appelé à juger d'une question sur laquelle l'autre juge du Palais-Royal s'est déjà prononcé en formation administrative⁵⁸¹. Il a en outre été affirmé que la juridiction constitutionnelle « suit les avis du Conseil d'État »⁵⁸². Sans aller jusque-là, il est notable que la Haute-Juridiction administrative elle-même a pu souligner que sa fonction consultative l'amène à régulièrement se confronter avec des questions constitutionnelles. Ainsi, « *se trouve en permanence noué le lien entre nos deux instances dans le souci de complémentarité et de convergence des jurisprudences* »⁵⁸³. Par conséquent, il y a effectivement tout lieu de penser que l'avis exprimé par le Conseil d'État a, en matière constitutionnelle, une autorité supérieure à celle d'une simple opinion et ne peut être reçu qu'avec le plus grand sérieux par ses destinataires, dans la mesure où il préfigure très probablement la jurisprudence de son voisin du Palais-Royal. Au demeurant, la doctrine est assez unanime sur ce point⁵⁸⁴.

476. Or, être en mesure de prévoir les difficultés constitutionnelles posées par le texte que l'on envisage de soumettre est essentiel pour parvenir à transformer sa volonté en norme. En outre, s'agissant de notre initiative populaire, qui serait un processus probablement considéré avec méfiance, cela pourrait constituer, sur le long terme, un facteur notable de légitimation, dans la mesure où un faible *ratio* de censures constitutionnelles contribuerait à ce qu'elle soit perçue comme un élément endogène du système d'adoption des lois, dans un État de droit où les juges chargés de contrôler les lois bénéficient, implicitement, du pouvoir de dire ce qui est acceptable ou non.

477. La même affirmation peut être formulée relativement au droit international. Bien que l'on ne puisse constater de relation privilégiée entre le Conseil d'État et les deux principales juridictions supranationales, la circonstance qu'il applique quotidiennement ou presque les normes issues du droit de l'Union Européenne et de la CEDH permet de dire qu'il bénéficie d'une grande compétence sur ce plan. Ainsi, là encore, son intervention consultative amoindrit le risque contentieux.

478. Si l'on fait le bilan de tout ce qui précède, on peut dire que l'avis du Conseil d'État serait comme un facteur important de légitimation de la proposition issue d'un processus d'initiative populaire. Pour cette raison, il peut être vu comme un facteur d'institutionnalisation⁵⁸⁵ de l'initiative populaire comme processus de décision public. Mais parce que cet effet procède de la force institutionnelle particulière du Conseil d'État, il est le fruit d'un pouvoir et, à ce titre, doit être encadré pour ne pas affecter excessivement le processus. Il s'agit d'ailleurs d'une nécessité qui serait également présente dans n'importe quelle consultation, quel que soit l'organe qui en assure la charge. Il faut donc à présent

⁵⁸¹ Roux M., « La fonction consultative du Conseil d'Etat », la Rev. Adm., 1999, n° spécial, p. 21.

⁵⁸² Leroyer S., *op.cit.*, p. 590.

⁵⁸³ Les associations et la loi de 1901, cent ans après, rapport public du Conseil d'Etat, EDCE, 2000, p. 63.

⁵⁸⁴ Leroyer S., *op.cit.*, p. 591 : on y trouvera un certain nombre d'exemples allant en ce sens.

⁵⁸⁵ « *Un ensemble de positions qui autorisent ceux qui s'en réclament à se livrer légitimement à des pratiques sans encourir le risque d'être accusés d'imposture ou d'arbitraire* » (définition d'institutions par Bastien François, « Le Président, pontife constitutionnel », in Bernard Lacroix et Jacques Lagroye (dir.), *Le Président de la République*, 1992).

aborder cette altération, pour pouvoir envisager entièrement l'impact sur le processus de l'intervention ici examinée.

II : L'inévitable altération de la procédure par l'intervention du Conseil d'Etat

479. Cette altération se manifeste à deux niveaux, qui correspondent aux deux dimensions différentes de l'intervention du Conseil d'État : sa nature, une consultation, et l'organe qui l'exerce. Le premier aspect modifie le déroulé général du processus (A), le second appelle à un aménagement spécifique de la procédure ordinaire d'avis du Conseil (B).

A : La nécessité de modifier le texte de l'initiative.

480. Pour produire ses effets, l'intervention consultative du Conseil d'État doit pouvoir déboucher sur une éventuelle modification du texte, de façon à ce que les comités soient en mesure de tirer les conséquences des suggestions du Conseil, sans quoi le locataire du Palais-Royal n'aurait aucune vocation à intervenir puisque son avis ne pourrait être exploité.

481. Or, une telle démarche n'a rien d'évident. En effet, la consultation aurait lieu après la récolte des signatures, et nous avons déjà souligné qu'il n'était pas possible d'envisager l'intervention de quelque institution que ce soit avant cette phase⁵⁸⁶.

482. Par conséquent, permettre une modification revient à autoriser une altération du texte ayant servi de fondement aux signatures. Or, ces signatures, une fois validées, sont le support concret du titre juridique permettant au comité de poursuivre la procédure.

483. Dès lors, une éventuelle modification du texte peut, *prima facie*, apparaître comme une atteinte à la sincérité de la procédure.

484. Seulement, en droit, il n'est pas certain que la signature s'analyse comme venant au soutien d'un texte. En effet, la question à laquelle répond le citoyen qui signe le formulaire de soutien est celle de l'opportunité d'une votation, et seulement cela. C'est d'ailleurs pourquoi elle n'entraîne, en droit comme en fait, aucune présomption d'adoption.

485. Dès lors, la modification du texte ne vicie nullement la sincérité du processus d'initiative populaire puisqu'elle est antérieure à l'expression d'un positionnement sur le texte lui-même qui ne se déroule que lors de la votation.

486. En revanche, il est nécessaire, comme on l'a dit⁵⁸⁷, d'informer, par une mention directe sur les formulaires de soutien, de la possibilité pour le comité de modifier ultérieurement le texte.

⁵⁸⁶ Cf. supra, n°364 et s.

⁵⁸⁷ Cf. supra, n°145 et s.

B : Le déséquilibre entre le Conseil d'Etat et les comités : la proposition « saisie par l'Etat » ?

487. Faire intervenir le Conseil d'État dans la procédure va le mettre en situation de relation directe avec des comités d'initiative, par hypothèse composés de citoyens aux profils très variables.

488. Bien que cette relation soit totalement saisie par le droit, la seule analyse des compétences respectives de chacun des deux acteurs, si elle est indispensable, ne suffit pas à rendre compte des rapports que cette mise en relation induit.

489. Car ces rapports sont des rapports de force, au sens où ils mettent en place une relation spécifique entre des entités exclusives l'une de l'autre, c'est-à-dire défendant des intérêts qui, s'ils ne sont pas nécessairement divergents, ne sont pas nécessairement convergents non plus : autrement dit, leurs intérêts sont autonomes.

490. Or, dans ce cadre, le Conseil d'État dispose d'atouts indéniables.

491. D'abord, en tant qu'il est revêtu de la « légitimité de l'État de droit », il dispose d'un capital symbolique qui, avant même que la relation ne soit effectivement engagée, que l'un de ses membres n'ait commencé son travail de rapporteur, lui confère une force particulière qui s'impose à ses interlocuteurs.

492. Ensuite, dans le cadre d'une relation de communication, la compétence technique est un facteur primordial de persuasion, laquelle étant « *le mode spécifique de l'influence* » est la clé pour s'assurer, toujours dans ce cadre, d'imposer un point de vue⁵⁸⁸. Or, le Conseil est, techniquement très compétent, comme on l'a souligné.

493. La conjonction de ces deux atouts dans le rapport de force implique que le Conseil bénéficie d'une forme de confiance spontanée, c'est-à-dire, la « *croyance [inconsciente] dans la légitimité des mots et de celui qui les prononce* »⁵⁸⁹. Il en découle un indéniable avantage, favorisant la capacité du Conseil à persuader, et donc à influencer les comités.

494. Ce phénomène n'est pas problématique en soi. Il est même souhaitable, dans la mesure où c'est parce qu'il peut exercer une influence que le Conseil d'État peut contribuer à légitimer l'initiative populaire, et à sécuriser juridiquement les propositions. En outre, son influence joue également dans les relations qui s'engagent dans le cadre de sa fonction consultative classique. Néanmoins, ses interlocuteurs ont eux-mêmes des avantages stratégiques, conférés tant par leur position institutionnelle⁵⁹⁰ que par l'ancienneté de celle-ci. En outre, il s'agit d'individus sélectionnés en amont tant par leur capital scolaire, lequel se

⁵⁸⁸ Chazel F., « Influence », in. Universalis éducation [en ligne]. Encyclopædia Universalis, consulté le 3 juin 2016. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/influence/>. Il faut noter que l'auteur ne fait que reprendre pour les synthétiser les principaux travaux sur cette question, trop nombreux pour les citer ici, mais qui sont listés dans l'article référencé.

⁵⁸⁹ Bourdieu P., Langage et pouvoir symbolique, *op.cit.*, p. 210.

⁵⁹⁰ Ils sont dépositaires de la fonction politique, au sens de délibérer et trancher pour la Nation.

double d'un capital social⁵⁹¹ que, s'agissant d'élus, par les processus de sélection propres au monde politique⁵⁹². En conséquence de quoi ils peuvent s'appuyer tant sur une compétence propre assez élevée que sur une habitude des relations inter-institutionnelles et un personnel formé pour les soutenir dans leurs tâches. On peut parler de « rapports entre égaux » pour qualifier les relations nouées avec le Conseil d'État dans le cadre d'une consultation, même s'il s'agit évidemment d'une affirmation à nuancer. Il n'en reste pas moins que les relations étant relativement équilibrées, l'influence du Conseil demeure cantonnée à une mesure acceptable, suffisante pour contribuer à l'amélioration substantielle des textes, insuffisante pour qu'elle soit considérée comme autre chose que ce qu'elle est. D'ailleurs, la portée de ses avis est loin d'être absolue, et il n'est pas rare que le Gouvernement prenne de grandes libertés avec l'avis du Conseil⁵⁹³⁵⁹⁴. Il est également très courant qu'il le suive, de sorte que s'il n'est pas excessif d'affirmer que le juge administratif joue bien « un rôle politique »⁵⁹⁵, y compris par sa fonction consultative, il ne l'est pas plus de dire que ce rôle ne renvoie qu'à une influence relative.

495. Il n'en irait pas nécessairement de même pour ce qui nous intéresse ici. En effet, si les comités exerçant une compétence constitutionnellement garantie disposeraient bel et bien d'une légitimité juridiquement équivalente à celle du Gouvernement lorsqu'il se présente comme l'interlocuteur du Conseil dont il sollicite l'avis, celle-ci, en tant qu'elle serait nouvellement créée, devrait encore s'éprouver en pratique. Et de ce point de vue, les comités ne bénéficient pas des éléments extérieurs au strict exercice de leur compétence leur permettant de « légitimer leur légitimité ».

496. En tant que structure de droit, le comité d'initiative ne bénéficie tout d'abord pas d'une position institutionnelle à même d'opposer, au pouvoir symbolique du Conseil d'État, une force de même nature. Ne disposant d'aucune autre compétence que celle de lancer et porter une initiative, il ne saurait être considéré comme un organe central de l'État. Structure *ad hoc* qui ne vit que le temps d'une initiative pour disparaître puis renaître lors de la suivante, il souffre de ne pas pouvoir appuyer sa position sur une administration, ni un ensemble de leviers institutionnels.

497. Mais surtout, les individus appelés à le composer n'ont, par hypothèse, pas la capacité de compenser ce handicap initial. Il ne saurait en effet être question d'envisager qu'ils soient sélectionnés en amont. En conséquence, il convient de penser les membres des comités comme des profanes, relativement à la matière juridique.

⁵⁹¹ Nous faisons ici allusion à "l'homologie structurale" entre la sélection scolaire et la sélection sociale, objet de la démonstration menée par Pierre Bourdieu dans «La Noblesse d'Etat », déjà citée.

⁵⁹² Sur ces deux points, voir, pour un tableau statistique assez complet : Les députés, Les cahiers du CEV initiative populaire OF, n° 55, septembre 2011.

⁵⁹³ Massot J. et Girardot T., Le Conseil d'Etat, *op.cit.*, p. 81.

⁵⁹⁴ A cet égard, l'on se souviendra de l'exemple de la loi 2010-1192 du 11 Octobre 2010 portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, qui opta pour une prohibition législative, générale et inconditionnée, qui est intervenue après un avis du Conseil proposant des solutions nettement plus nuancées dans leur dispositif. Voir l'étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, disponible en ligne sur le site du Conseil d'Etat à l'url suivante :

http://www.conseil-etat.fr/content/download/1731/5221/version/1/file/etude_vi_30032010.pdf.

⁵⁹⁵ Lochak D., Le rôle politique du juge administrative français, L.G.D.J., Paris, 1972.

498. Seulement, la mise en relation de simples citoyens, proposant un texte portant un « potentiel législatif », avec le Conseil d'État, dans le cadre d'une relation où nul n'a juridiquement autorité sur l'autre est totalement inédite de sorte que la mesure de l'influence du Conseil peut y être supérieure à ce que l'on observe dans le cadre de sa fonction consultative classique.

499. Or, une influence excessive peut contribuer à stériliser l'initiative populaire en institutionnalisant par trop les propositions, tant dans la forme – le langage utilisé dans le texte de l'initiative, qui doit rester accessible, singulièrement en des temps où le langage du droit devient impénétrable⁵⁹⁶ – que dans le fond, par un effet de conformisme, c'est-à-dire de neutralisation systématique de ce que le texte peut avoir de conflictuel, de tranché, ou de rare comparativement aux textes de lois produits par le jeu ordinaire des institutions.

500. En outre, elle pourrait induire une distorsion de la perception que les groupements appelés à constituer des comités auraient de l'avis du Conseil, ce qui pourrait entraîner une professionnalisation – de façon à lutter contre son influence – et, partant, aggraver les inégalités de moyens entre les comités.

501. Il faut nuancer la portée de ces scénarios, dans la mesure où, d'une part, les comités conservent le dernier mot quant aux suites à donner à l'avis et où, d'autre part, ces phénomènes existeraient de toute façon du fait de l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité avant la votation.

502. Reste qu'il faut avoir conscience que l'intervention du Conseil d'État, en contribuant à intégrer l'initiative populaire au jeu institutionnel existant, risque également de contribuer à la couper de son caractère « populaire ».

503. Il est donc nécessaire, au moment de réfléchir à la procédure, de garder cela à l'esprit afin d'aménager le régime de la consultation de façon à permettre aux comités de disposer de la façon la plus éclairée possible de l'avis du Conseil. C'est à cette condition que l'intervention de ce dernier pourrait être un facteur d'amélioration de la procédure sans en être un facteur d'affaiblissement de ses potentialités.

⁵⁹⁶ Pour un exemple concret -celui de la loi de novembre 2015 instaurant l'état d'urgence- voir Beaud O., Guérin-Bargues C., «L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique - §§ I-II », Jus Politicum, n° 15 [<http://juspoliticum.com/article/L-etat-d-urgence-de-novembre-2015-une-mise-en-perspective-historique-et-critique-I-II-1073.html>].

§2 : Détermination des caractères de l'avis à adopter dans une procédure d'initiative populaire

504. Une revue, même rapide, de la doctrine disponible sur la fonction consultative du Conseil en général fait immédiatement ressortir la circonstance que les avis qu'il rend comprennent une part significative de conseils donnés en opportunité⁵⁹⁷, mais une opportunité singulière, fruit d'un subtil équilibre qui apparaît comme une caractéristique majeure des avis du Conseil d'État, et qu'il conviendra par conséquent d'étudier. En outre, comme n'importe quelle procédure, les modalités de saisine constituent un point essentiel pour mesurer l'impact de la consultation puisque selon qu'elle est obligatoire ou facultative, qu'elle intervient avant le contrôle, ou un éventuel examen parlementaire, elle ne saurait avoir les mêmes effets. Enfin, la procédure de consultation prise pour elle-même, en ce qu'elle définit le cadre dans lequel se déroulerait les relations entre comité et Conseil d'État et le déroulé de l'examen – et donc la modification – du texte est également déterminante.

505. Ces trois aspects seront les trois étapes de notre développement, que nous aborderons chronologiquement : la saisine (I), la portée de la consultation (II), et la procédure de consultation (III).

I : La saisine

506. Réfléchir sur la saisine du Conseil d'État pour avis implique de se pencher sur deux aspects : son moment, et son caractère obligatoire ou facultatif. Ces deux questions n'ayant pas d'influence l'une sur l'autre, nous les aborderons chronologiquement.

507. La question du moment ne semble guère poser de difficultés. Dans la mesure où l'objectif est d'amoindrir les risques contentieux comme d'améliorer la qualité de la proposition, il semble pertinent de prévoir l'intervention du Conseil d'État avant toute intervention juridictionnelle, et préalablement à ce que le Parlement ne s'en empare. En outre, l'intervention consultative n'a de sens que si les comités peuvent en tenir compte, qu'ils puissent modifier la proposition. Or, il ne peut y avoir de contrôle juridictionnel que si la proposition est en état d'être jugée, et qu'elle est donc présentée en sa version définitive. En outre, et même s'il n'y a pas réellement de nécessité juridique à cet égard, la même considération vaut pour l'examen parlementaire : celui-ci n'aurait guère de sens s'il avait lieu sur une version provisoire de la proposition. Par conséquent, l'intervention consultative du Conseil d'État ne saurait avoir lieu qu'avant toute autre intervention d'une autorité appelée à discuter ou à contrôler le fond de la proposition.

⁵⁹⁷ Todorova M., *op.cit.*, p. 127. Long M., « Le Conseil d'Etat et la fonction consultative: de la consultation à la decision », RFDA 1992, p. 790. Massot J., « La fonction consultative du Conseil d'Etat », La Rev. Adm., n° spécial « deuxième centenaire du Conseil d'Etat », p. 477, pour quelques exemples de travaux évoquant le caractère non simplement juridique des avis du Conseil en général, et singulièrement dans le cadre de l'élaboration des projets de lois.

508. On peut néanmoins s'interroger sur l'agencement du processus suivi par la proposition et celui applicable à l'éventuel contre-projet parlementaire, mais cette question sera traitée dans les développements consacrés spécifiquement à ce dernier point.

509. Le caractère obligatoire ou facultatif de la saisine est en revanche plus épineux. En effet, l'instauration par la révision du 23 Juillet 2008 d'une possibilité pour les présidents des assemblées de soumettre une proposition de loi au Conseil d'État pour avis n'est pas allée sans heurts⁵⁹⁸, semble-t-il justifiés par la crainte d'un empiètement de la Haute-Institution sur la souveraineté parlementaire⁵⁹⁹. À telle enseigne qu'on a pu affirmer, que « *le caractère facultatif de la consultation [...] [apparaît comme un] garant de la liberté politique des assemblées* »⁶⁰⁰. Le problème ressort ici très clairement : toutes choses égales par ailleurs, la même considération ne pourrait-elle valoir pour les propositions soumises dans le cadre de l'initiative populaire ?

510. Strictement, en droit, rien n'impose l'une ou l'autre solution. À ce stade de la procédure, la proposition est le seul produit de la volonté du comité qui l'a formulée, sans quoi il ne pourrait la modifier, la retirer. Son examen ne saurait donc léser une prérogative quelconque, et, notamment, il ne peut se comprendre comme mettant le Conseil d'État en situation d'analyser une volonté issue, ou même à destination – la proposition pouvant être modifiée – du corps électoral. Par ailleurs, l'exclusion du caractère obligatoire de la consultation parlementaire du Conseil n'est pas liée à sa nature juridique, ni même à une conséquence de droit issue de la qualité de son auteur, mais est simplement liée à des considérations d'opportunité.

511. Il en irait rigoureusement de même ici. Seulement la question est délicate. Nous l'avons déjà souligné, l'organisation d'un dialogue entre le Conseil d'État et un groupement composé d'individus divers mais nullement rompu aux usages de la haute-administration ne va pas de soi, d'une part, et un examen, même consultatif, implique l'établissement d'un rapport de force entre les deux parties au dialogue, d'autre part.

512. Dans cette perspective, la saisine obligatoire s'analyse comme un pouvoir donné au Conseil d'État, puisqu'il serait en position d'influencer le contenu de la proposition, non du fait de la volonté de son auteur, mais en application de la Constitution, autrement dit du fait de l'agencement institutionnel prévu pour assurer l'équilibre constitutionnel des facultés de statuer et d'empêcher.

513. Le caractère consultatif de l'intervention n'enlève rien à ce constat : il s'agit bien d'un pouvoir. Mais un comité n'est pas le gouvernement, et ne dispose pas des mêmes moyens pour discuter avec le Conseil d'État, pas plus qu'il n'est nécessairement en capacité d'analyser l'avis et d'en tirer ses propres conclusions. Par conséquent, il serait désavantagé

⁵⁹⁸ Sur ce point, voir Gonod P., « Le Conseil d'Etat conseil du Parlement », RFDA 2008, p. 871.

⁵⁹⁹ Pascale Gonod dans l'article précité, rapporte notamment les propos suivants, tenus en la séance du 23 Juin 2008, par le sénateur Bernard Frimat « *le Conseil d'Etat [...] n'a déjà que trop tendance à vouloir se comporter comme une chambre parlementaire pour que nous ne lui demandions pas d'être notre conseiller* ».

⁶⁰⁰ Todorova M., *op.cit.*, p. 142.

dans le rapport de force, à telle enseigne que cela pourrait restreindre l'intérêt de la consultation dans l'optique d'une amélioration de la proposition.

514. Néanmoins, ceci peut être atténué par le caractère secret de l'avis, ainsi que par l'instauration d'un délai suffisant pour que le comité s'en empare. En effet, dès lors qu'il peut en disposer à sa guise et qu'il bénéficie d'un temps raisonnable pour le faire, l'effet d'institutionnalisation reste circonscrit à l'agencement des relations qui se noueront dans le cadre de la discussion entre le Conseil et le comité. Il s'agit là d'une limite que le droit n'a pas nécessairement à franchir dès lors que l'encadrement de la procédure permet aux acteurs les plus vulnérables dans le rapport institutionnel de bénéficier d'une certaine marge de manœuvre.

515. Or, la saisine obligatoire a un potentiel de légitimation que la saisine facultative n'a pas puisqu'elle coupe court à toute tentative d'analyse politique du choix du comité de saisir ou non le Conseil. Et comme en outre l'intervention du Conseil d'État présente des vertus objectives, il paraît plus raisonnable d'opter pour une saisine obligatoire.

II : L'étendue de la consultation

516. Les avis rendus par le Conseil d'État préalablement au lancement de la procédure d'adoption d'une norme ne se bornent pas à la seule faisabilité dans un univers juridique complexe et contraint mais visent, plus largement, à s'assurer de « *l'adaptation de ses prescriptions au but poursuivi, l'équilibre de ses dispositions, l'harmonisation de celles-ci avec l'ensemble du système législatif, éventuellement son opportunité. Par contre, le Conseil n'a pas à prendre parti sur les options politiques qui commandent parfois ses dispositions et qui doivent être regardées par lui comme des données qu'il n'a ni à approuver ni à critiquer. [...] Quels que soient ses sentiments personnels à l'égard de ces dernières, le rapporteur est tenu à une loyauté absolue vis-à-vis des intentions du Gouvernement* »⁶⁰¹. Qu'il s'agisse d'un projet ou d'une proposition de loi, ou encore d'un projet de décret, Mariette Todorova relève qu'il « *se livre à une recherche de l'impact de la proposition de loi sur la sécurité juridique. Il vérifie notamment le respect des normes de droit supérieur [...] également si la proposition de loi s'articule correctement avec le droit existant ; [...] s'engage également dans une recherche de « l'opportunité » législative et administrative du texte qui lui est soumis, [c'est-à-dire examiner] la cohérence tant interne qu'externe de la proposition de loi ainsi que la pertinence des solutions retenues au service des objectifs du texte. Il apprécie la possibilité de mettre en œuvre efficacement ces objectifs. En ce qui concerne le dernier niveau de son contrôle, le Conseil d'État procède non seulement à une correction purement formelle mais également à une correction juridique des projets et des propositions de loi qui lui sont*

⁶⁰¹ Les termes sont de Roland Maspétiol, ancien président de la section de l'intérieur -qu'il n'était pas encore quand il écrivait ces lignes- et la citation est empruntée à Massot J., « La fonction consultative du Conseil d'Etat, La rev. Adm., n° spécial deuxième centenaire du Conseil d'Etat », 1999, tome II, p. 477.

soumis. [...] Le Conseil d'État s'attache à vérifier si le texte s'insère correctement « à sa place, par rapport notamment aux textes et aux codes existants » »⁶⁰².

517. Ces trois aspects posent une question qui est celle du pouvoir conféré au Conseil par l'attribution d'une compétence consultative dans la procédure. Il est nécessaire, pour tenter d'y répondre, d'aborder chaque aspect du contrôle comme un élément autonome de l'ensemble.

518. Le premier aspect, « l'impact de la proposition de loi sur la sécurité juridique », est à la fois le plus et le moins problématique. Il est délicat car, étant donné la forme généralement vague des normes en cause et le caractère parfois aléatoire de l'activité prédictive en droit, il amène nécessairement un travail d'interprétation de type juridictionnel au Conseil d'État. Par conséquent, la consultation peut effectivement s'apparenter à un contrôle, alors même que le sens qu'elle indique n'a aucune force obligatoire. Il ne l'est pas – problématique – car cette recherche, cette étude, est précisément ce qu'on attend d'une consultation. En conséquence de quoi il n'y a aucun intérêt à raisonner plus avant sur la pertinence ou la nécessité de tronquer les avis du Conseil d'État de cet aspect-là de sa compétence, dans une procédure d'initiative populaire. Il sera en revanche possible d'envisager d'en limiter certains effets dans le cadre de la procédure suivie lors de la consultation elle-même, mais ce n'est pas l'objet de ces développements.

519. Le deuxième aspect, « l'opportunité administrative et législative » pose évidemment question parce qu'il sort du cadre strictement juridique et semble de ce fait conférer au Conseil un pouvoir d'appréciation supérieur à celui qu'implique une consultation classique.

520. Le terme d'opportunité est ambigu. Il ne s'agit pas vraiment pour le Conseil de se prononcer sur le point de savoir si le projet ou la proposition est adapté aux circonstances, s'il est pertinent de l'envisager. La Haute-institution cherche plutôt : « *adaptation des moyens mis en œuvre aux fins poursuivies, économie des moyens, cohérence, simplification et stabilité des textes, respect de l'ordre normal des compétences administratives et juridictionnelles, améliorations des rapports entre l'administration et les administrés* »⁶⁰³. Évidemment, ce n'est pas tout à fait rien, et la frontière entre l'opportunité ainsi définie et le jugement sur les options politiques qui commandent aux textes soumis à son analyse peut sembler ténue. L'on a d'ailleurs pu lire qu'« *en beaucoup de domaines, légalité et opportunité sont étroitement mêlées* »⁶⁰⁴.

521. Mais elle prend bien plus d'épaisseur à l'issue d'une observation un peu plus fine car l'institution Conseil d'État « produit du détachement »⁶⁰⁵. Par la grâce tant de son organisation interne – la double affectation, d'ailleurs voulue pour cette raison –, que des carrières de ses membres – qui, en faisant des allers-retours entre l'administration active et le Conseil d'État apprennent à varier les points de vue – ou des procédures suivies dans

⁶⁰² Todorova M. *op.cit.*, p. 130.

⁶⁰³ Rapport d'activité de la Section de l'intérieur, EDCE, 1988, n°39, p. 208.

⁶⁰⁴ Quermonne J.L., *L'appareil administratif de l'Etat*, le Seuil, Paris, 1991, p. 98. La citation est empruntée à Charles C., *Le juge administratif, juge administrateur*, Th., 2003, p. 340.

⁶⁰⁵ Latour B., *La Fabrique du droit*, La Découverte, 2002, p. 220 et s.

l'exercice de ses compétences⁶⁰⁶, l'institution imprime sur ceux qui y travaillent une singulière capacité à « éloigner la solution retenue des particularités de l'affaire »⁶⁰⁷. Sans entrer dans des considérations qui ont été soit déjà étudiées, soit sont appelées à l'être un peu plus tard dans les développements, il faut néanmoins souligner qu'ici réside la clé d'explication permettant au Conseil d'État de sortir d'une perspective strictement juridique sans pour autant entrer dans une discussion politique du texte soumis à son analyse.

522. Il faut cependant préciser que la démarche suivie par le Conseil peut être assez approfondie, et partant, modifier substantiellement le texte. Ainsi, et pour ne prendre qu'un exemple, le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a fait l'objet d'une ample réécriture par le Conseil qui a rendu son avis le 24 mars 2016⁶⁰⁸. Qu'il s'agisse d'améliorer l'efficacité d'un dispositif de protection en opérant des ajouts au texte présenté par le Gouvernement⁶⁰⁹, de modifier le régime d'exécution d'une peine nouvelle⁶¹⁰ ou encore d'avaliser une nouvelle incrimination après une brève analyse de son impact économique⁶¹¹, le résident du Palais-Royal y manifeste une pluralité de préoccupations qui concrétisent assez bien le caractère vaste des domaines relevant de « l'opportunité administrative ».

523. Mais le même avis permet de mesurer l'intérêt de cette vastitude pour la qualité du texte. Car, au-delà des corrections visant à clarifier formellement les énoncés⁶¹², de l'aiguillage quant à l'échelon normatif adapté⁶¹³ ou de la prévention d'une censure possible⁶¹⁴,

⁶⁰⁶ L'attribution d'un rapporteur, le fait qu'il doit souvent reprendre un rapport fait plusieurs semaines auparavant, voire parfois reprendre un rapport effectué par un autre que lui, la reprise collégiale du dossier...

⁶⁰⁷ Latour B., *op.cit.*, p. 225. Comme les termes l'indiquent, l'affirmation est formulée dans le cadre d'une observation de l'activité contentieuse, mais vaut tout à fait pour la fonction consultative, dans la mesure, d'une part, où la procédure qui s'y applique partage des traits avec la procédure contentieuse et où, d'autre part, ceux qui y officient sont les mêmes individus.

⁶⁰⁸ Avis disponible en ligne à l'adresse suivante <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/projets/pl3623-ace.pdf>.

⁶⁰⁹ « Le Conseil d'Etat a complété le dispositif de protection des lanceurs d'alerte pour prévoir la nullité de plein droit des mesures défavorables à l'égard des intéressés pour le motif qu'ils ont procédé à un signalement aux autorités compétentes et définir le régime de la preuve applicable en cas de contentieux », p. 8 du document .pdf précité.

⁶¹⁰ « Le Conseil d'Etat [a introduit] la possibilité qu'il soit mis fin de façon anticipée [à la peine de mise en conformité applicable aux infractions de corruption et trafic d'influence actifs] afin de permettre davantage de souplesse dans sa mise en œuvre », p. 9 du même document.

⁶¹¹ S'agissant de l'incrimination du trafic d'influence d'agent public étranger, le Conseil note « si elle obligera peut-être certaines entreprises françaises à adapter leurs pratiques commerciales dans certains Etats, afin de ne pas commettre de faits susceptibles de recevoir la qualification de trafic d'influence, elle ne les placera pas dans une position économique excessivement désavantageuse, compte tenu du nombre d'Etats prévoyant déjà cette incrimination », p. 12.

⁶¹² « Le Conseil d'Etat n'a pas adopté la formulation suivant laquelle le service est chargé de la « détection » de la corruption, terme susceptible de créer une confusion avec la compétence des autorités judiciaires [...] ». P. 5.

⁶¹³ « Si la création d'un service national relève normalement d'un décret simple, le Conseil d'Etat a estimé que le recours à la loi était nécessaire en raison de la nature des compétences de ce service [...] ». Même page.

⁶¹⁴ « D'une part, en raison de la valeur juridique indéterminée de ces « lignes directrices », il reviendrait au juge de préciser celle-ci, alors que l'OVC de clarté et d'intelligibilité de la norme, avec plein exercice de sa compétence par le législateur, impose à celui-ci d'adopter des dispositions suffisamment précises [...]. D'autre part, à supposer que ces « lignes directrices » imposent des normes aux collectivités territoriales, elles méconnaîtraient le principe de la libre-administration des collectivités territoriales en ce qu'un service administratif –et non la loi– fixerait des obligations à l'égard des collectivités territoriales. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il substitué aux « lignes directrices » des « recommandations » ». P. 6.

qui relèvent d'une expertise juridique « pure », le « contrôle » en opportunité permet au Conseil de maximiser les chances pour le texte d'atteindre ses objectifs. Ainsi, et pour ne prendre qu'un exemple, s'agissant de la transparence de la vie publique, objectif allégué du texte que nous avons pris pour exemple, le Conseil d'État a élargi le champ des représentants d'intérêts concerné par la création d'un « répertoire numérique des représentants d'intérêts »⁶¹⁵. Or, il s'agit ici d'une démarche qu'il n'aurait pu opérer s'il avait dû se cantonner aux stricts aspects juridiques, même en y intégrant les nécessités rédactionnelles.

524. Certes, il est toujours possible d'élargir le champ de ce qui procède « du juridique » en entretenant volontairement dans la rédaction, une confusion sur ce qui relève et ne relève pas d'une appréciation de la légalité – au sens large. Mais, précisément, il y a bien plus à espérer d'une appréciation portée en opportunité et explicitement assumée comme telle que d'une démarche « camouflée » dans la mesure où cela simplifie l'exercice d'une décision éclairée par les comités quant aux suites à donner à l'avis. Le risque pris en passant outre un avis négatif du Conseil d'État est en effet bien plus grand si son positionnement résulte de considérations purement juridiques, dans la mesure où il s'ensuit un risque contentieux, ce qui n'est pas le cas d'un avis négatif fondé sur des raisons d'opportunité⁶¹⁶

525. Reste que si cette singularité donne un relief particulier aux avis du Conseil, elle renforce également la circonstance qu'il soit souvent compris comme un contrôle⁶¹⁷, et partant, puisse être reçu comme tel par les comités. D'autant plus que les liens déjà évoqués entre le contenu d'un avis du Conseil et la jurisprudence à venir de son voisin du Palais-Royal ainsi que le poids que son prestige confère à la Haute-Juridiction administrative sont de nature à donner un fondement concret à ce type de réception. En soi, il n'y a pas là d'obstacle au bon déroulé de la procédure. D'ailleurs, il semble que le Gouvernement lui-même envisage le Conseil d'État comme un contrôleur⁶¹⁸, sans que pour autant le processus législatif ne s'en trouve entravé.

526. Il n'en demeure pas moins que les comités restent souverains quant aux suites effectives à donner à la consultation, la façon dont ils la recevront est essentielle du point de vue de l'amélioration de la proposition qui reste l'objet initial de la consultation du Conseil dans notre cadre. Mais cela se peut envisager *via* d'autres aspects de la procédure, sans même parler d'une forme de « *self-restraint* » que le Conseil sait pratiquer en adaptant l'intensité de sa consultation⁶¹⁹. Par conséquent, les avantages l'emportant sur les inconvénients, il n'y a pas lieu selon nous d'envisager une spécificité des avis rendus dans le cadre d'un processus d'initiative populaire s'agissant de sa compétence en opportunité.

⁶¹⁵ « *Le Conseil d'Etat a, en revanche, estimé que la définition de la finalité de l'activité des représentants d'intérêts retenue par le projet -« influencer sur l'élaboration d'une loi ou d'un règlement » - apparaissait beaucoup trop restrictive au regard de l'objectif recherché par le Gouvernement. Il a préféré définir cette finalité comme « visant à influencer sur la décision publique, notamment en matière législative ou réglementaire ».* P. 14.

⁶¹⁶ Jean Massot et Thierry Girardot notent, à ce sujet et pour les mêmes raisons, que « *l'important pour le Gouvernement est que, si le Conseil d'Etat se prononce tant en opportunité qu'en droit, il précise bien, dans chaque cas, sur quel terrain il se place* ». Massot J., Girardot T., *op.cit.*, p. 83.

⁶¹⁷ Charles C., *op.cit.*, p. 325.

⁶¹⁸ Voir Latour B., *op.cit.*, not. pp. 69-79.

⁶¹⁹ Charles C., *op.cit.*, pp. 337-340.

527. Le troisième point, la « *correction purement formelle mais également [la] une correction juridique des projets et des propositions de loi qui lui sont soumis* »⁶²⁰ renvoie plutôt à la forme de la rédaction de l'avis qu'à l'étendue de sa compétence. En effet, il s'agit ici de la façon dont le Conseil explicite son positionnement. Corrige-t-il une rédaction défailante ? Ou se contente-t-il de rédiger un avis sous forme de note générale ? Il s'agit donc d'un point relevant plutôt de la procédure que de la compétence. C'est pourquoi il sera abordé dans la subdivision suivante.

III : La procédure de consultation

528. La consultation peut être décomposée en trois temps, qui soulèvent tous des questions particulières et seront abordés de façon chronologique : la saisine du Conseil d'État (A), la préparation de l'avis par le rapporteur (B), l'examen du texte par les formations collégiales (C).

A : La procédure de saisine du Conseil d'Etat

529. La procédure de saisine renvoie à la question des titulaires de la compétence pour saisir (1), des éléments à transmettre (2), et des délais. Si ces derniers n'appellent pas de commentaires particuliers, étant évident qu'ils ont vocation à être très bref étant donné la charge induite par la démarche, il n'en va pas de même des seconds, qui appellent à s'interroger de manière plus approfondie.

1 : La compétence pour saisir

530. La première étape de la procédure de consultation est évidemment la saisine : qui serait compétent pour saisir le Conseil ? S'agissant d'un avis obligatoire⁶²¹, la solution systématique en droit positif est que l'auteur de l'acte est chargé de saisir l'organe à consulter, l'absence de la consultation entachant la procédure d'irrégularité pour les projets de loi⁶²², et est assimilée à un vice de fond pour les décrets délibérés en conseil des ministres⁶²³.

531. La seule analogie véritablement pertinente étant celle qui se peut faire avec les projets de lois – la consultation applicable aux propositions de lois étant facultative –, c'est à partir de ce modèle qu'il convient de raisonner.

532. On peut s'interroger sur l'intérêt de prévoir un mécanisme, spécifique à la procédure d'initiative populaire, et qui consisterait en une saisine automatique du Conseil. Cela aurait

⁶²⁰ Todorova M., *op.cit.*, p. 130

⁶²¹ C'est-à-dire, selon la terminologie ordinairement utilisée, un avis nécessaire à la validité de l'acte, mais que l'auteur de ce dernier n'est pas contraint de suivre sur le fond.

⁶²² Cons. const., 3 avr. 2003, déc. n° 2003-468 DC.

⁶²³ CE, ass., 9 juin 1978, SCI 61-67 boulevard Arago : Rec. CE 1978, p. 237.

pour intérêt de préserver le texte d'une censure par le juge constitutionnel sur le fondement d'une absence de consultation. En effet, celle-ci étant obligatoire, la jurisprudence déjà citée s'appliquerait évidemment dans le cadre de l'initiative populaire. Et l'on peut, en opportunité, faire valoir sur ce plan une spécificité de la proposition d'initiative populaire par rapport aux projets de lois du point de vue des effets politiques d'une censure du Conseil Constitutionnel, ce qui justifierait la différence de régime.

533. En pratique, l'on pourrait envisager que la formation chargée de vérifier la validité des signatures saisisse le Conseil d'État, ce qui serait possible dans la mesure où elle disposerait du texte de la proposition, qu'il lui suffirait dès lors de transmettre.

534. Néanmoins, cette solution paraît plus de nature à compliquer la procédure qu'à la simplifier. En effet, il est nécessaire que les comités restent, en droit comme en fait, les auteurs de la proposition afin de maintenir une certaine cohérence dans le dispositif. Or, il faut se rappeler que l'on envisage de ménager une possibilité de retirer l'acte jusqu'à la fin de l'examen parlementaire⁶²⁴, ce qui implique, pour se justifier juridiquement, que le comité qui est à l'origine de l'initiative soit l'auteur de la proposition. Et une procédure de transmission automatique s'agissant d'une consultation, même obligatoire, n'est guère compatible avec le statut d'auteur de l'acte.

535. En conséquence, il paraît plus cohérent de se borner à imiter ce qui vaut pour la consultation obligatoire en matière de projets de loi. Évidemment, l'imitation ne saurait être que relative, puisqu'en la matière c'est au Premier Ministre ou au secrétaire général du gouvernement⁶²⁵, d'opérer cette saisine et qu'il ne saurait en être de même ici. En conséquence, la responsabilité de la saisine du Conseil reviendrait à l'individu chargé de représenter le comité.

2 : Les éléments à transmettre au Conseil.

536. Matériellement, cette saisine se traduirait par le dépôt du texte. Néanmoins, en matière de projets de lois, le texte seul ne suffit pas et n'est qu'une partie d'un dossier comprenant exposé des motifs, étude d'impact, « *copie des lettres d'accord des autres ministres intéressés ou le relevé de décisions établi à la suite d'une réunion interministérielle tenue à Matignon [...] les avis du ou des organismes qui doivent être consultés [...] les noms, qualités et coordonnées des fonctionnaires qui défendront le texte devant le Conseil d'État* »⁶²⁶.

537. Si la plupart de ces éléments ne sauraient s'appliquer à notre procédure, pour des raisons évidentes tenant aux différences structurelles entre l'auteur d'un projet de loi et celui d'une proposition d'initiative populaire, certains méritent d'être examinés avec plus

⁶²⁴ Cf. *supra* n°169 et s.

⁶²⁵ Circulaire du 30 janvier 1997 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au Journal officiel et à la mise en œuvre de procédures particulières incombant au Premier ministre. JORF n°0027 du 1 février 1997 p.1720.

⁶²⁶ Massot J., Girardot T., *op.cit.*, p. 69. A noter que ces auteurs reprennent et synthétisent ici des éléments compris dans la circulaire susmentionnée.

d'attention. Il s'agit de l'exposé des motifs, de l'étude d'impact, des avis des organismes devant être consultés, et des informations relatives aux individus appelés à défendre le texte devant le Conseil.

538. Le premier et le dernier point amènent peu d'observations. L'exposé des motifs a surtout vocation à « *indiquer les raisons pour lesquelles le projet de loi est soumis au Parlement, l'esprit dont il procède et les objectifs qu'il se fixe* »⁶²⁷, et peut donc tout à fait être rédigé par le comité ou ses représentants. En outre, cela permet, dans le cadre d'un avis couvrant une part d'opportunité, de constituer un point de référence pour le Conseil d'État chargé d'évaluer le texte notamment à l'aune des objectifs fixés à celui-ci. Enfin, les propositions de lois parlementaires comportent elles-mêmes un exposé des motifs, et il n'y a pas lieu que les celles formulées dans le cadre de l'initiative populaire fassent exception de ce point de vue. De même, les informations relatives aux individus représentant le comité répondent à un souci évident de permettre une communication fluide entre le Conseil et l'auteur de l'acte. En conséquence, ces deux éléments nous paraissent devoir figurer dans le dossier transmis au Conseil d'État dans le cadre de l'initiative populaire.

539. La question de la consultation des organismes dont l'avis est suggéré ou imposé par la loi, comme celle de l'étude d'impact est plus épineuse.

540. Sur le premier point, il est acquis que les propositions de lois ne sont pas soumises au même régime que les projets. Ainsi, les auteurs du « guide de légistique » publié conjointement par le secrétariat général du gouvernement et le Conseil d'État, notent que « *pour les lois, seule la méconnaissance d'une obligation de consultation résultant de la Constitution elle-même ou d'une loi organique peut conduire à la censure du texte par le Conseil constitutionnel. Mais, en amont, un projet de loi qui n'a pas fait l'objet des consultations prescrites par une disposition législative ou un décret sera rejeté par le Conseil d'État* »⁶²⁸ de sorte que si le processus d'adoption peut être entravé par l'absence de consultation, dans l'hypothèse où celle-ci est obligatoire, il n'en va pas de même des propositions. Les textes présentés en application de l'initiative populaire devant s'analyser comme des propositions de lois, sont donc seules visées les consultations rendues obligatoires par une loi organique ou la Constitution. Sont seulement concernées les propositions intervenant sur des dispositions particulières aux collectivités d'outre-mer définies par l'article 74 de la Constitution. Pour éviter une censure sur ce fondement, il paraît pertinent d'insérer dans la norme introduisant la consultation obligatoire du Conseil d'État la possibilité pour celui-ci de geler le processus d'initiative populaire, en indiquant au comité concerné la nécessité de saisir l'autorité à consulter. Cela permettrait, sans donner de compétence exorbitante au Conseil, de protéger la proposition d'une censure évitable sans que cela ait d'incidence sur son avis (ce dernier ne pouvant être fourni que sur un texte en état d'être apprécié, c'est-à-dire en version définitive). Pour le reste, à savoir les consultations prévues par la loi, il ne paraît pas nécessaire de prévoir un régime particulier, dans la mesure où il n'y

⁶²⁷ Circulaire du 30 Janvier 1997, préc. Le texte précise ensuite « *Il comporte une brève explication par article (pour les textes longs, une explication par division suffit)* ».

⁶²⁸ Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, p. 63, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique>.

a aucune raison d'imposer aux comités ce qui ne s'impose pas aux parlementaires. D'autant que cela compliquerait très significativement le processus d'initiative populaire dans son ensemble.

541. Sur le second point, les études d'impact font l'objet d'une intense réflexion doctrinale qui se conjugue à un intérêt croissant des pouvoirs publics. À ce jour, cela s'est traduit concrètement par la nouvelle rédaction de l'article 39 de la Constitution introduite par la révision du 23 Juillet 2008 et l'adoption de la loi organique en portant application⁶²⁹, laquelle rend obligatoire la réalisation d'une étude impact pour certains projets de lois⁶³⁰. Il s'ensuit donc que les propositions de lois en sont exemptées, notamment en raison des moyens à engager pour les produire⁶³¹. Il semble que la seule façon de dépasser cette situation soit de donner un accès aux moyens administratifs dont dispose le Gouvernement pour réaliser ces études⁶³² doublée de l'instauration d'une autorité indépendante pour en assurer la neutralité⁶³³. Autrement dit, l'extension de l'obligation de réaliser des études d'impact aux propositions de lois ne peut s'envisager que par le biais d'un dispositif impliquant une modification substantielle du droit positif, qu'il ne nous appartient donc pas de penser ici. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'imaginer un régime spécifique pour les propositions formulées dans le cadre de l'initiative populaire qui devraient donc relever du régime général applicable aux propositions de lois, et ne pas être soumises à l'obligation de réaliser une étude d'impact.

B : La préparation de l'avis par le rapporteur

542. L'observation des régimes respectifs de l'examen par le Conseil d'un projet ou d'une proposition de loi permet de faire ressortir les principaux enjeux de la question. Le Gouvernement et le Parlement entretenant en effet, en tant qu'organes, un rapport plus ou moins intense avec la fonction représentative, les différences entre les deux encadrements mettent en évidence l'intensité du pouvoir exercé par la Haute-institution sur le texte examiné. Comme nous allons le voir, il en ressort principalement deux aspects qu'il est nécessaire d'aborder : le travail préparatoire au projet d'avis (1), et la présentation formelle de celui-ci (2).

⁶²⁹ Loi organique n°2009-403 en date du 15 avril 2009.

⁶³⁰ Dans leur rapport fait au nom de la mission d'information sur la simplification législative, remis le 09 octobre 2014, Laure de la Raudière et Régis Juanico en dressent la liste : « *Les projets de loi ordinaire ; projets de loi organique ; projets de loi de programmation autres que ceux relatifs aux finances publiques ; certaines dispositions des projets de loi de finances et de financement de la sécurité sociale doivent faire l'objet d'une étude d'impact. ; les projets de loi d'habilitation à prendre des ordonnances et les projets de loi tendant à autoriser la ratification ou l'approbation d'un traité ou accord international sont soumis à une étude d'impact allégée* ». Rapport d'information sur la simplification législative, Assemblée nationale, 2014, p. 21.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 81.

⁶³² *Idem.*

⁶³³ *Idem*, voir également *Rapport sécurité juridique et initiative économique*, Club des juristes, Mare et Martin, 2015, p. 87.

1 : Le travail préparatoire au projet d'avis

543. Une fois le dossier transmis, il sera confié à l'une des cinq sections administratives du Conseil⁶³⁴ ou à plusieurs d'entre elles. Il existe des formations spéciales, mais il paraît plus simple de laisser le locataire du Palais-Royal organiser lui-même l'affectation des dossiers, en suivant la procédure déjà en vigueur pour les projets et les propositions de loi. Cela permettrait de faire bénéficier le texte de l'expertise accumulée dans les sections dont les intitulés sont relativement stables, et la composition effectuée en fonction des compétences acquises par leurs membres au cours de leur carrière⁶³⁵. Les règles d'attribution seraient identiques, dans la mesure où, s'agissant des projets de loi, la section saisie est celle qui est compétente pour connaître de la matière la plus impactée par le texte. Pour permettre aux comités de vérifier l'absence d'arbitraire dans cette attribution, il peut être envisagé un récépissé de dépôt – nécessaire de toute façon pour faire courir le délai dans lequel le Conseil aura à fournir son avis – dans lequel seront expliquées brièvement les règles applicables à l'affectation des textes.

544. Le président de la section saisie est ensuite chargé de désigner un rapporteur, lequel est chargé de réaliser une « étude exhaustive du dossier, avec les représentants des administrations intéressées et prépare, à l'intention de la section, soit un nouveau projet de texte soit un projet d'avis »⁶³⁶. On mesure donc l'importance de sa fonction : assurer le lien entre l'auteur du texte et la section, aspect fondamental s'agissant d'une consultation dont le résultat est à la discrétion de son destinataire ; trouver, dans le dédale du droit positif, le chemin le plus à même d'optimiser les chances du texte d'atteindre son objectif ; orienter l'essentiel du travail de la section en envisageant toutes les conséquences possibles d'une mauvaise rédaction ou d'un terme ambigu ; proposer, enfin, des améliorations. Pour la bonne réalisation de sa mission, deux aspects importants sont à considérer.

545. D'abord, le temps. En effet, il est assez courant que le rapporteur doive travailler dans l'urgence, du fait que le Gouvernement utilise la procédure accélérée⁶³⁷. Dans la mesure où, s'agissant d'une initiative populaire, le temps est un élément déterminant d'une insertion harmonieuse de la procédure dans le jeu institutionnel, il n'y a aucune raison de permettre aux comités d'accélérer le processus. En conséquence, le rapporteur y bénéficierait systématiquement de la plénitude du délai de droit commun.

546. Ensuite, les relations avec le comité. En effet, comme indiqué par Michel Roux dans le passage susmentionné, le rapporteur est le seul individu qui, dans le cadre de la procédure d'avis, a des relations suivies avec les représentants des auteurs du texte. Il joue de ce point de vue un rôle essentiel puisque la qualité de ces échanges impacte notablement la procédure d'avis et, surtout, sa réception. Cela serait d'autant plus vrai dans le cadre d'une initiative populaire que, si le terme « d'auteurs du texte » était un peu excessif s'agissant de

⁶³⁴ Section de l'administration, des finances, de l'intérieur, sociale, des travaux publics.

⁶³⁵ Massot J., Girardot T., *op.cit.*, p. 65.

⁶³⁶ Roux M. « La fonction consultative du Conseil d'Etat, La rev. Adm., n° spécial deuxième centenaire du Conseil d'Etat », 1999, p. 418.

⁶³⁷ Massot J., Girardot T., *op.cit.*, p. 70 et s.

l'administration⁶³⁸, il n'en irait pas de même dans le contexte ici supposé. Par conséquent, la réception d'éventuelles critiques s'opérerait dans un contexte dont on peut postuler qu'il serait plus passionnel. C'est pourquoi, même s'il n'est guère possible d'influer sur ces relations par une norme, l'on peut au moins imaginer un cadre favorable. Et, dans cette optique, la circonstance que les échanges se déroulent au Palais-Royal⁶³⁹ apparaît comme un facteur clé de leur qualité. En effet, elle peut s'analyser ici comme la manifestation d'une préséance, un peu sur le modèle des déductions sur le poids institutionnel opérées à partir de l'ordre protocolaire⁶⁴⁰, dans la mesure où celui qui reçoit oblige, implicitement, par cette seule réception, au respect des usages en vigueur dans le lieu de réception. En outre, il y règne une certaine solennité à même de produire une sorte « d'effet de prestige » qui pourrait contribuer à permettre des discussions apaisées. Enfin, le cadre malgré tout informel de ces échanges – ils ne sont guère encadrés, ni par le droit, ni par la pratique – en ce qu'il permet de conserver une certaine liberté de ton, permet d'éviter que les considérations énoncées ci-dessus n'emportent des conséquences excessives.

547. A priori, les comités ne peuvent participer à ces rencontres avec la totalité de leurs membres. En effet, l'effectif théorique maximum serait, dans notre hypothèse, de vingt-sept. C'est évidemment trop, dans la mesure où il représenterait quasiment l'effectif de l'assemblée générale ordinaire. Même des effectifs plus restreints paraissent excessifs, tant est essentielle ici la fluidité des échanges. Et il est assez évident que la multiplication des individus y participant n'est pas de nature à en favoriser l'instauration. En outre, la présence de la totalité du comité n'est absolument pas nécessaire. Il faut en effet insister sur le caractère informel de ces rencontres, qui ne sont nullement comparables aux séances devant la totalité de la section qui interviennent plus tard dans la procédure. Au demeurant, même ces dernières n'appellent guère ce genre de positionnement puisque le seul intérêt de ces séances est d'informer tant le comité que la section, la façon dont les comités envisagent de s'y présenter relève par conséquent de leur organisation propre.

548. Il est donc nécessaire que le comité y soit représenté⁶⁴¹. C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles il est indispensable que ces structures désignent un individu habilité à défendre leurs intérêts. Reste que la complexité des questions abordées rend nécessaire la possession d'un capital technique important, dont bénéficient les fonctionnaires des ministères invités à participer à ces échanges dans le cadre des avis rendus sur les projets de loi, voire les parlementaires, mais pas, par hypothèse, la totalité des individus théoriquement aptes à représenter les comités. Par conséquent, la possibilité serait grande pour ceux d'entre eux disposant des moyens pour le faire de recourir à des mandataires, ce qui poserait de nouveau des problèmes d'inégalité devant le déroulement de la procédure. Seulement, pour les raisons précédemment évoquées, ce recours est plutôt souhaitable, de sorte qu'il nous semble qu'il

⁶³⁸ Dans la mesure où, d'une part, les ministères intéressés excède de loin le champ des rédacteurs du texte et où, d'autre part, ils ne partagent pas nécessairement les orientations générales du texte, n'étant pas décideurs.

⁶³⁹ Massot J. Girardot T., *op.cit.*, p. 71.

⁶⁴⁰ Le décret n°89-655 du 13 septembre 1989 relatif aux cérémonies publiques, préséances, honneurs civils et militaires, qui en fixe les règles, parle d'ailleurs de « règles de préséance ». Sur le lien entre ordre protocolaire et poids institutionnel, voir Schnapper D., *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, NRF, essais, 2010, pp. 41-43.

⁶⁴¹ A noter que cette possibilité existe également pour les parlementaires auteurs des propositions soumises à l'expertise du Conseil, en application de l'article R. 123-24-1 du Code de Justice Administrative.

vaut mieux en limiter les effets néfastes en imposant la présence d'un seul individu mandaté en plus des porte-paroles désignés par les comités. L'égalité ne serait pas parfaite, mais la pédagogie des membres du Conseil d'État suffirait probablement à compenser les difficultés subsistantes. Quant au statut de ce mandataire, il paraît raisonnable, dans la mesure où il n'y a nulle obligation d'y recourir, de contraindre à ce qu'il s'agisse nécessairement d'avocats, sans cependant restreindre aux avocats au Conseil, leurs émoluments étant supérieurs à ceux d'un avocat à la Cour. Cela permet de garantir un minimum de compétence juridique des potentiels représentants des comités.

549. Par ailleurs, et toujours symétriquement à la procédure suivie pour les projets de loi, il ne devrait pas y avoir de possibilité pour les tiers de participer à ces réunions. Tout au plus peut-on envisager de permettre la transmission d'observations écrites au rapporteur, comme cela se pratique dans le cadre des consultations sur les projets de lois⁶⁴².

550. Cette règle devrait-elle s'appliquer à toute l'administration ? En effet, si la réponse est assez évidente pour le Gouvernement lui-même qui n'a aucune vocation à intervenir dans une procédure d'initiative populaire à ce stade, il en va différemment des services administratifs des ministères, dans la mesure où ils seraient appelés à mettre en œuvre la loi en cas d'adoption référendaire. Pour cette raison, il semble que les comités gagneraient à être mis en relation avec certains des fonctionnaires composant ces services. Le cadre des réunions supervisées par le rapporteur s'y prête particulièrement, en ce que le formalisme y est relâché, qu'elles n'ont aucune conséquence décisive, et que le rapporteur peut y orienter les débats. Cela permettrait de donner la possibilité aux comités d'accéder à une réalité qu'ils ne connaissent pas. En revanche, l'examen par la formation collégiale ne devrait être ouvert qu'aux seuls représentants des comités. En cela, cette participation suivrait le régime de la procédure de consultation du Conseil en matière de propositions de lois d'origine parlementaire, dans le cadre de laquelle des fonctionnaires travaillant dans les services des ministères concernés ont été entendus en application de l'article R. 123-26 du Code de Justice Administrative⁶⁴³⁶⁴⁴, mais n'étaient pas présents lors des séances de section ou d'assemblée générale⁶⁴⁵. Simplement, cela semble reposer sur le seul usage. Le CJA autorisant la présence en formation collégiale des individus ainsi désignés, on pourrait envisager que cela prenne la forme d'une autorisation distincte de celle prévue par le CJA, de façon à pouvoir interdire l'accès aux travaux en formation collégiale afin de renforcer l'impartialité perçue de la procédure de consultation.

⁶⁴² Massot J. Girardot T., *op.cit.*, p. 72.

⁶⁴³ Bouchez R., « Le Conseil d'Etat, conseil du Parlement. Premières consultations du Conseil d'Etat sur des propositions de loi », JCP. A., n° 17, 26 avril 2011, p. 2161.

⁶⁴⁴ C'est-à-dire en tant que « *personnes que leurs connaissances spéciales mettraient en mesure d'éclairer les discussions* » Article R. 123-26 CJA, préc.

⁶⁴⁵ Bouchez R., *op.cit.*

2 : La forme du projet d'avis

551. Dans le cadre de la procédure actuellement suivie, le rapporteur rédige ensuite un projet d'avis⁶⁴⁶. La forme de celui-ci varie selon qu'il est rendu sur un projet ou une proposition de loi. En effet, dans le premier cas, le rapporteur rédige une proposition de texte, distincte du texte du gouvernement, lequel peut être « *amendé, voire complètement remanié* »⁶⁴⁷ là où, dans le second cas, il se borne à passer « *en revue les dispositions transmises en suggérant des reformulations, mais sans proposer de nouvelle rédaction d'ensemble.* »⁶⁴⁸.

552. Cette variation s'accompagne d'une différence de régime quant aux effets de la consultation. En effet, une fois l'avis rendu sur son projet, le Gouvernement ne peut, disposition par disposition, qu'opter pour la totalité de la nouvelle rédaction suggérée par le Conseil ou conserver celle d'origine, sans pouvoir les panacher⁶⁴⁹. En revanche, le parlementaire, s'il accepte l'avis, est souverain quant à la façon dont il entend en tenir compte ; il n'est pas enfermé dans la même alternative que le Gouvernement⁶⁵⁰. Cette différence de régime est suffisamment importante pour que l'on puisse qualifier les avis donnés sur les projets de loi de « *faux-avis* »⁶⁵¹ relevant d'une fonction « *paralégislative* »⁶⁵² et ceux rendus sur les propositions de lois de « *purement consultatifs* »⁶⁵³.

553. En outre, dès lors que le rapporteur modifie le projet gouvernemental, c'est sur sa proposition de rédaction nouvelle que se noue la discussion collégiale devant la section⁶⁵⁴. Il va de soi que le Conseil peut, dans ce cadre, réécrire totalement le texte, et donc en rejeter totalement certaines parties. Il n'a pas cette possibilité pour les propositions parlementaire puisqu'il n'y effectue pas de rédaction séparée.

554. On voit ici la cohérence dans chacun des régimes applicables. On voit également que la possibilité de réécrire partiellement ou totalement le texte est le point-clé permettant de déduire l'étendue du pouvoir conféré au Conseil sur celui-ci. En effet, il serait inutile que le rapporteur opère un travail de réécriture si cela n'était pas pour que sa version soit celle sur laquelle porte les travaux de la formation collégiale. De même, il ne serait guère utile d'imposer une telle démarche si le destinataire de la consultation pouvait choisir quels

⁶⁴⁶ Massot J., Girardot T., *op.cit.*, p. 72.

⁶⁴⁷ *Idem.*

⁶⁴⁸ Todorova M., *op.cit.*, p. 137.

⁶⁴⁹ Massot J., Girardot T., *op.cit.*, p. 74.

⁶⁵⁰ Rapport de l'Assemblée nationale n° 2095 relatif à la proposition de loi n° 1890 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, p. 23.

⁶⁵¹ Hoepffner H., « Les avis du Conseil d'État », RFDA, 2009, p. 895. Voir dans le même sens, mais avec d'autres mots, Massot J. et Girardot T., *op.cit.*, p. 85.

⁶⁵² Gaudemet Y., « La Constitution et la fonction législative du Conseil d'État », in. Jean Foyer, auteur et législateur, Écrits en hommage à Jean Foyer, PUF, 1997, p. 61.

⁶⁵³ Todorova M., *op.cit.*, p. 140.

⁶⁵⁴ Massot J., Girardot T., *op.cit.*, p. 72. Ils qualifient d'ailleurs cette règle de « *principe absolu* ».

éléments de la nouvelle rédaction il conserve⁶⁵⁵ puisqu'une phrase, surtout en droit, n'a de sens que prise dans l'ensemble rédactionnel qui seul donne un sens précis à son contenu.

555. Dès lors, pour résoudre la question de la forme rédactionnelle de l'avis, il faut d'abord résoudre celle de l'étendue du pouvoir que l'on entend lui conférer.

556. Deux arguments sont avancés pour justifier le régime spécifique appliqué aux propositions de lois. Le premier tient au moment de la consultation dans la procédure d'examen de la proposition, le second à la qualité de son auteur.

557. Sur le premier point, il a pu être noté que « [...] *Lorsqu'un projet de loi est soumis au Conseil d'État, ce n'est en réalité qu'un avant-projet du Gouvernement, en phase de confection, qui n'a pas encore vraiment d'existence institutionnelle. Il peut être facilement modifié ou amputé de certaines de ses dispositions [...] En revanche, la procédure nouvelle de consultation sur une proposition de loi intervient après dépôt de cette proposition, de sorte que l'initiative du ou des parlementaires auteurs de la proposition est déjà « cristallisée » par un texte et rendue publique, et que la procédure parlementaire est déjà engagée sur cette base ; il en résulte notamment que la proposition de loi déposée ne peut être modifiée que lors de son examen en commission puis en séance publique, selon les procédures prévues à cet effet par les règlements des assemblées.* »⁶⁵⁶.

558. Quant au second point, l'on a pu lire que « Le Gouvernement ne dispose pas de la même légitimité que le Parlement. Ainsi, si le Conseil peut aller jusqu'à remanier complètement le projet de loi, voire proposer un projet alternatif, il ne peut pas se permettre de faire de même face aux propositions de loi, sauf à s'approprier un pouvoir qui ne lui est aucunement destiné : le pouvoir normatif. Placé au cœur du pouvoir exécutif, le Conseil d'État peut être ainsi perçu comme un usurpateur, comme une menace potentielle à l'exercice de la souveraineté nationale »⁶⁵⁷.

559. Si le second argument ne semble pas applicable à l'initiative populaire, dans la mesure où, comme il a déjà été indiqué, les comités ne bénéficient aucunement du statut de représentant de qui que ce soit, le premier argument peut largement valoir dans notre cadre.

560. En effet, et dès lors que l'on a exclu la possibilité de former une initiative « formulée en termes généraux »⁶⁵⁸, les individus qui seraient venus au soutien de l'initiative lors de la phase de récolte des signatures l'auraient fait sur la base d'un texte entièrement rédigé. Autrement dit, et pour paraphraser Rémy Bouchez, la discussion publique sur la proposition a déjà eu en partie lieu sur la base du texte présenté au Conseil d'État.

561. Or, s'il est admissible de permettre des modifications de ce texte par le comité sur les suggestions du Conseil, envisager une substitution totale ou partielle à celui-ci d'un autre texte, rédigé par le rapporteur, est une altération d'une toute autre mesure puisqu'elle

⁶⁵⁵ Rappelons que cette règle ne vaut que disposition par disposition et non, bien entendu, sur l'ensemble du texte.

⁶⁵⁶ Bouchez R., *op.cit.*,

⁶⁵⁷ Todorova M., p. 138.

⁶⁵⁸ Pour reprendre la terminologie suisse.

implique de faire du Conseil un « co-auteur » de la proposition. Cela pose, par conséquent, très sérieusement la question de la sincérité de l'ensemble du processus.

562. En outre, la possibilité pour le Parlement de soumettre un contre-projet n'a de sens que parce qu'il lui est impossible de modifier la proposition du comité, laquelle interdiction est fondée, précisément, sur l'impératif de sincérité de la procédure. Certes, le pouvoir conféré au Conseil en lui permettant d'adopter une rédaction nouvelle ne serait pas unilatéral comme le serait celui du Parlement s'il pouvait modifier le texte. Reste que, dans cette hypothèse, le simple fait que le comité soit enfermé dans un choix binaire – modifier et abandonner sa rédaction, ou la conserver en entier et se priver des améliorations suggérées par le Conseil – paraît excessif au regard des impératifs susmentionnés. Car enfermer dans une alternative est un pouvoir bien plus grand qu'émettre critiques et suggestions, le récepteur de celles-ci décidant souverainement des suites à leur donner. Et la circonstance que les comités restent libres de rejeter l'avis paraît dérisoire, au regard des considérations déjà évoquées, tenant à la dissymétrie dans le rapport de pouvoir entre le Conseil d'État et ces structures.

563. Or, ni la sécurisation juridique du texte, ni les éventuelles considérations d'opportunité pouvant conduire à sa modification ne justifient de restreindre ainsi les prérogatives des comités, d'autant moins que, puisqu'un contrôle juridictionnel a lieu avant la votation, l'intervention consultative du locataire du Palais-Royal a surtout pour vocation d'assister les auteurs des initiatives.

564. L'ensemble de ces considérations conduit à privilégier l'avis en la forme qu'il prend actuellement lorsqu'il est rendu sur une proposition de loi.

565. Par conséquent, le rapporteur n'aurait pas à rédiger, de toutes pièces, un nouveau texte, mais simplement, disposition par disposition, à soulever des difficultés juridiques ou d'opportunité et à suggérer des solutions qui pourraient prendre la forme de propositions de rédactions nouvelles.

C : L'examen de la proposition par les formations collégiales

566. Une fois son travail achevé, il reste encore à présenter le texte devant les formations collégiales. En effet, les projets de lois font l'objet d'un double examen : en section, d'abord, en assemblée générale ordinaire⁶⁵⁹, ensuite⁶⁶⁰. Il en va de même pour l'examen des propositions de loi⁶⁶¹. Puisque l'on a jusqu'ici opté pour une procédure « de droit commun »,

⁶⁵⁹ Créée par l'article 15 du décret n°63-766 du 30 Juillet 1963, l'assemblée générale ordinaire, au lieu de comprendre tous les membres du Conseil d'Etat, comprend, d'après le site internet du Conseil : le Vice-président du Conseil d'État et les présidents de section ; l'un des présidents adjoints de la section du contentieux ; les présidents adjoints des sections administratives ; dix conseillers d'Etat désignés chaque année par le vice-président du Conseil d'État sur proposition du président de la section du contentieux parmi les conseillers affectés à cette section ; un conseiller d'État par section administrative, désigné chaque année par le vice-président du Conseil d'État sur proposition du président de la section administrative intéressée. Il s'agit d'une sorte « d'assemblée générale restreinte » qui se réunit en moyenne une fois par semaine.

⁶⁶⁰ Massot J., Girardot T., *op.cit.*, p. 67.

⁶⁶¹ Bouchez R., *op.cit.*, §6.

et le double examen étant lié à l'importance des textes concernés⁶⁶², il n'y a aucune raison d'envisager une procédure spécifique.

567. Quant à l'examen à proprement parler, il pourrait, lui aussi, se dérouler dans les mêmes conditions que pour les projets et propositions, selon la description qu'en ont donné Jean Massot et Thierry Girardot : *«dès que l'affaire a été appelée, l'on fait entrer dans la salle de séance les commissaires du gouvernement et le président donne la parole au rapporteur. Ce dernier présente un rapport général qui situe le texte dans l'état du droit en vigueur, qui fait ressortir les raisons pour lesquelles le Gouvernement se propose de modifier l'ordonnancement juridique et indique les problèmes généraux que paraît poser le projet. Au terme de cet exposé d'ensemble, le rapporteur indique le sens général de sa proposition. [...] Le président ouvre alors une discussion générale à laquelle peuvent prendre part tous les membres de la section et les commissaires du gouvernement. Si la solution générale proposée par le rapporteur est contestée, la discussion se clôt par un vote auquel ne participent que le président, le rapporteur, et les conseillers d'état en séance. Si le texte n'a pas été rejeté dans son ensemble, sa discussion commence alors. Sont examinés successivement le titre, les visas, puis chacun des articles. [...] Lorsqu'après l'examen en section, le texte n'est pas dispensé d'un passage devant l'assemblée générale, la discussion devant cette formation se déroulera suivant le même schéma. Le rapporteur peut préparer un document supplémentaire, dit « feuille bleue », qui résume les principales questions de droit et d'opportunité posées par le texte et qui sera diffusé aux membres de l'assemblée»⁶⁶³⁶⁶⁴. Si l'on en sait peu sur la procédure suivie pour les propositions de loi, il semble qu'elle soit similaire⁶⁶⁵. Dès lors, les spécificités de cette procédure dans le cadre de l'initiative populaire concerneraient seulement les individus habilités à participer à ces séances : les membres du comité sélectionnés par celui-ci, ainsi que leur représentant. En revanche, les représentants de l'administration ayant participé aux réunions ne devraient pouvoir être présents, symétriquement à ce qui prévaut en matière de propositions de loi⁶⁶⁶. Cette interdiction devrait être précisée dans l'un des textes d'application, probablement un décret, si l'on se base sur le schéma normatif suivi pour la mise en vigueur de la procédure de consultation sur les propositions de loi⁶⁶⁷.*

568. S'agissant des pouvoirs de ces formations collégiales sur l'avis, il n'y a pas non plus lieu d'envisager de régime spécifique. Par conséquent, et en prenant pour modèle la procédure relative aux propositions de lois, le Conseil pourrait : n'émettre aucune suggestion particulière sur une disposition ; soulever un problème formel ; soulever un problème de non-conformité avec une norme supérieure ; proposer une nouvelle rédaction, jusqu'à suggérer une réécriture totale de l'article concerné ; rejeter le texte en tout ou partie.

⁶⁶² Massot J., Girardot T., *op.cit.*, p. 67.

⁶⁶³ *Ibid.*, pp. 72-73.

⁶⁶⁴ Les passages coupés concernent les aspects relevant du pouvoir de réécriture conféré au Conseil dans le cadre de l'examen des projets de loi. Puisque nous suggérons l'impossibilité pour le juge du palais-royal de bénéficier de ce pouvoir dans notre cadre, nous n'avons pas jugé utile de faire état des aspects de la procédure en relevant.

⁶⁶⁵ Bouchez R., *op.cit.*, §6.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, §3.

⁶⁶⁷ Les points de procédure ont été précisés par un décret simple, le décret n° 2009-926 du 29 juillet 2009.

569. Enfin, le dernier point à aborder est celui du temps dans lequel l'ensemble de ce processus pourrait se dérouler. Si aucun délai précis ne vient encadrer la procédure relative aux propositions de loi⁶⁶⁸, il semble que le Conseil entende se tenir à la pratique suivie en matière de projet⁶⁶⁹, à savoir un délai de quatre semaines⁶⁷⁰. Ce dernier peut être réduit si le Gouvernement invoque l'urgence⁶⁷¹.

570. Si ce n'est pas le cas, ce temps se décompose comme suit : environ trois semaines sont accordées au rapporteur, puis neuf jours séparent l'examen par la section de celui par l'assemblée générale⁶⁷².

571. Il faut également ajouter, s'agissant des propositions de loi, le délai de cinq jours accordés à l'auteur du texte pour qu'il décide d'accepter ou de rejeter l'avis du Conseil⁶⁷³.

572. Ces délais paraissent pouvoir se transposer tels quels à notre procédure, à l'exception de deux points : l'urgence, et le délai de cinq jours accordé aux parlementaires auteurs des textes sur lesquels un avis a été rendu.

573. Concernant l'urgence, la chose paraît assez évidente, dans la mesure où elle ne répondrait à aucune nécessité dans un processus d'initiative populaire.

574. Concernant le délai de cinq jours, puisque les suites à donner à l'avis du Conseil se peuvent décider de façon collégiale au sein du comité, il paraît plus raisonnable d'envisager un délai de quinze jours. Ceci serait également le délai accordé aux comités pour modifier le texte avant que le Parlement ne puisse s'en saisir, le triplement du temps accordé au parlementaire paraît justifié.

575. De sorte qu'au total, la procédure de consultation du Conseil d'Etat s'étendrait sur quarante-cinq jours maximum. Cela peut paraître long, mais, encore une fois, le temps n'est pas nécessairement un ennemi du processus d'initiative populaire. Plus singulièrement, étant donné les contraintes s'exerçant sur le pouvoir normatif, et le peu de garanties qu'apporte une procédure référendaire ascendante quant aux connaissances techniques des initiants, la possibilité d'améliorer la proposition apparaît comme essentielle. Or, il faut du temps pour rédiger un avis, même allégé ; il en faut également pour convaincre les comités du bien-fondé des corrections apportés. Le temps est donc un facteur conditionnant largement les chances de réussite de l'intervention consultative du Conseil d'Etat.

576. Reste à aborder la question de la publicité des avis. En effet, même si le caractère confidentiel des avis ne semble plus être de mise pour les projets de loi⁶⁷⁴, il n'en va pas de

⁶⁶⁸ Bouchez R., *op.cit.*

⁶⁶⁹ En effet, le Conseil n'y a pas dépassé ce délai de quatre semaines, alors même qu'il a pu être saisi de propositions très volumineuses. Voir Bouchez R., *op.cit.*, §32.

⁶⁷⁰ Massot J., Girardot T., *op.cit.*, p. 70.

⁶⁷¹ *Idem.*

⁶⁷² *Ibid.*, p. 73.

⁶⁷³ Ord. n° 58-1100, 17 nov. 1958, art. 4 bis al. 2.

⁶⁷⁴ Annonce a ainsi été faite par le Président de la République, lors du discours prononcé à l'occasion des vœux aux corps constitués le 20 Janvier 2015, que les avis rendus par le Conseil sur les projets de loi seraient désormais publics.

même pour les propositions, dont le destinataire- qui n'est pas l'auteur- est souverain quant à une éventuelle publication.

577. Il semble plus raisonnable de suivre ici le régime applicable aux propositions de loi. D'abord, un comité d'initiative n'est pas le Gouvernement, et n'est pas soumis aux mêmes injonctions politiques de transparence, dans la mesure où il ne relève pas de l'Etat. Ensuite, les conséquences d'une publication systématique ne seraient pas les mêmes. En effet, étant donné le prestige associé au Conseil d'Etat, un avis négatif pourrait devenir extrêmement handicapant pour l'initiative. De sorte que cela pourrait mettre le juge du Palais-Royal dans une position délicate, la proposition ayant été soutenue par un nombre significatif de citoyens. En outre, le sens de son intervention dans la procédure n'est pas d'entraîner un jugement de valeur sur la proposition, mais d'en améliorer la qualité formelle comme matérielle. Enfin, la publicité n'aurait pas grand-intérêt, dans la mesure où l'information des citoyens n'a de sens que lors de la campagne référendaire, qui, ayant lieu après l'intervention du Conseil Constitutionnel, porte nécessairement sur un texte juridiquement valide.

578. Certes, laisser les comités décider unilatéralement de publier ou non l'avis met le Conseil d'Etat à la merci d'une utilisation politique de son travail. Mais il n'y a là rien à quoi la Haute-Juridiction ne soit déjà accoutumée, les fuites plus ou moins intéressées ayant été légion sous la Vème République, et singulièrement durant les périodes de cohabitation⁶⁷⁵.

579. Enfin, ultime précision, il va de soi que la pratique consistant à transmettre au Conseil Constitutionnel, à sa demande, le texte de l'avis, aurait probablement cours également dans notre hypothèse. Ce point étant de nature à renforcer l'influence de l'avis du Conseil d'Etat sur les comités, et cette influence étant nécessaire à l'intégration institutionnelle du processus d'initiative populaire dans son ensemble, il ne semble pas y avoir lieu de le déplorer.

580. Ainsi conçue, la consultation du Conseil d'Etat par les comités, inspirée de la procédure prévue pour l'examen des projets et des propositions de loi, pourrait favoriser l'existence d'un phénomène d'institutionnalisation⁶⁷⁶ de l'initiative populaire comme processus de décision public. L'organisation de la procédure en ménageant le poids de la concurrence des légitimités, comme le fait de laisser au comité la main sur le texte, permettrait de ne pas conférer à la Haute-institution un poids trop important. Mais son prestige institutionnel, sa compétence technique, et le caractère obligatoire de sa saisine seraient à même de contrebalancer les éventuels effets de ces concessions faites à la singularité de la procédure. De sorte que la démarche pourrait permettre de maintenir un standard de qualité suffisant pour pallier en partie les défauts intrinsèques à un processus aussi faiblement délibératif. Il faut à présent examiner sous un angle similaire l'intervention parlementaire.

⁶⁷⁵ Massot J., Girardot T., *op.cit.*, p. 92.

⁶⁷⁶ « *Un ensemble de positions qui autorisent ceux qui s'en réclament à se livrer légitimement à des pratiques sans encourir le risque d'être accusés d'imposture ou d'arbitraire* » (définition d'institutions par Bastien François, « Le Président, pontife constitutionnel », in Bernard Lacroix et Jacques Lagroye dir., *Le Président de la République*, 1992).

Section 2 : L'intervention parlementaire

581. Les procédures existantes à l'étranger, comme d'ailleurs l'initiative partagée, connaissent toutes une forme d'intervention parlementaire dans le processus d'initiative populaire qui a toujours vocation à évaluer l'opportunité de l'adoption du texte, *a minima*. Hormis cette similarité sur le principe de l'intervention, les modalités en sont très variables, la portée également. Par ailleurs, ces diverses options traduisent des choix très différents quant au pouvoir des représentants dans le processus

582. Il est donc encore une fois nécessaire, pour proposer un scénario (§2), de s'atteler d'abord à envisager les diverses hypothèses, à la lumière de ce que l'on peut attendre, dans notre optique, de l'intervention parlementaire (§1).

§1 : Éléments de discussion quant à l'examen parlementaire d'une initiative populaire

583. Une fois encore, l'appui sur le droit existant est ici compliqué par de grandes différences entre les principales procédures d'initiative populaire. Nous devons donc à nouveau analyser ces distinctions (I). Ceci permettra d'établir la matière à partir de laquelle il sera possible de bâtir un scénario. Mais pour fournir un cadre d'utilisation de cette substance, il faudra également examiner l'intérêt, ce qu'on peut attendre de l'intervention parlementaire au regard des impératifs définis en introduction (II). Le cumul de ces deux démarches permettra ensuite de proposer une forme pour cette intervention.

I : Les modèles d'examen parlementaire

584. Les différences relatives à l'encadrement de l'intervention parlementaire entre les différents régimes existants n'ont pas toutes la même portée sur le dispositif d'initiative populaire. On peut à cet égard affirmer que les divergences les plus significatives sont celles qui sont liées au pouvoir des représentants sur la procédure, soit en ce qu'ils peuvent l'interrompre, soit en ce qu'ils peuvent modifier unilatéralement le texte. C'est donc sur cet aspect que nous allons concentrer l'analyse. Celle-ci sera dirigée par le souci d'établir une typologie des différentes formes d'intervention parlementaire, à partir du degré de contrainte exercée sur la processus, formant ainsi la matrice à partir de laquelle orienter les propos suivants sur l'opportunité de cette intervention.

585. Pour ce faire, il a fallu sélectionner des modèles. Dans la mesure où l'initiative populaire correspond nécessairement à un processus à l'issue duquel un organe légitime statue sur un texte, l'initiative partagée ne sera pas abordée. De même, comme depuis le début de ce travail, nous n'évoquerons pas l'ensemble des processus d'initiative populaire, mais seulement ceux qui sont à la fois utilisés couramment et emblématiques à certains égards. Ici,

les modèles italiens (A) et suisse (B) sont probablement les plus intéressants car les plus proches de notre modèle institutionnel, mais également en ce qu'ils comportent, du point de vue de l'intervention parlementaire, une forte spécificité. Il faudra également dire un mot de quelques exemples américains, qui éclairent d'autres pratiques liées à des choix similaires à ceux observables soit en Suisse, soit en Italie (C). A l'issue de cette étude, nous serons en mesure de proposer une typologie des différentes formes d'intervention parlementaire (D).

A : Le modèle italien

586. On a déjà évoqué les difficultés ayant marqué l'introduction de la procédure de référendum abrogatif transalpine et qui naissaient d'une méfiance extrême vis-à-vis de la démocratie directe. Ces préventions ne s'étaient aucunement atténuées au moment de l'adoption de la loi n°352 du 25 mai 1970 qui rendait enfin possible la mise en œuvre du référendum abrogatif de l'article 75 de la Constitution Italienne⁶⁷⁷. Cette loi porte par conséquent la trace des conditions politiques entourant sa naissance, et notamment par l'un de ses articles les plus commentés : l'article 39. Celui-ci dispose en effet que « *si avant le déroulement du referendum, la loi, ou l'acte ayant force de loi, ou les seules dispositions auxquelles le referendum se réfère, sont abrogées, le Bureau central pour le referendum déclare que les opérations qui leur étaient relatives n'ont pas lieu.* »⁶⁷⁸.

587. Etant donné la visée purement abrogative de la procédure italienne, il est certain que cette formulation laissait un pouvoir presque discrétionnaire au législateur parlementaire pour filtrer en opportunité politique pure les requêtes référendaires. L'abrogation n'est en effet pas nécessairement « sèche » et peut tout à fait s'accompagner de dispositions de remplacement. Rien n'étant indiqué quant à ces dernières, les autorités compétentes pouvaient librement abroger une disposition en la remplaçant par une autre, quasiment identique et aux effets similaires. Par conséquent, en cet état, la formulation de l'article 39 permettait à une majorité au Parlement de décider discrétionnairement de la tenue d'un référendum, vidant de son intérêt la procédure de l'article 75 dans la mesure où il en résultait la transformation d'un mécanisme ascendant à un mécanisme descendant.

588. Consciente du caractère extrêmement contradictoire de cet article avec l'esprit de l'article 75, la Cour constitutionnelle italienne l'a partiellement censuré, en neutralisant ses conséquences les plus défavorables à l'expression référendaire par la création d'un cadre visant à empêcher son utilisation à des fins dilatoires, ou manipulatoires. Saisie de la constitutionnalité de l'article 39 la Cour a affirmé, dans sa décision n° 68 du 16 mai 1978, qu'il était partiellement inconstitutionnel « *dans la partie où il ne prévoit pas que, si l'abrogation des actes ou des dispositions particulières auxquels se réfère le référendum est assortie d'une autre réglementation de la même matière, sans modifier ni les principes inspirateurs de la réglementation préexistante en son entier ni les contenus normatifs*

⁶⁷⁷ Pertici A., Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo, G. Giappichelli éd., 2010, pp. 29-35.

⁶⁷⁸ Article 39 de la loi n°352 du 25 Mai 1970. La traduction est de Michèle Guillaume-Hofnung, dans son article 3L'expérience italienne du référendum abrogatif, RIDC, 1983/1 (vol. n°35), p. 121.

essentiels de préceptes particuliers, le référendum s'effectue sur les nouvelles dispositions législatives »⁶⁷⁹. Selon Julien Giudicelli, la Cour opère ainsi une distinction entre l'abrogation « formelle » et l'abrogation « substantielle » effectuée par le législateur parlementaire⁶⁸⁰. Dans le premier cas, la requête référendaire reste admissible, car « *l'intention du législateur demeure fondamentalement identique* »⁶⁸¹ et, donc, la procédure se poursuit. Dans le second, « *l'intention du législateur [...] se révèle fondamentalement différente [...] en ce sens que les principes inspirateurs ont été changés par rapport à la précédente réglementation de la matière, la nouvelle législation n'est plus reliée à la précédente initiative référendaire [...]* »⁶⁸² et, par conséquent, la procédure s'interrompt puisque la requête référendaire n'a plus d'objet, les dispositions qu'elle vise n'existant plus.

589. Malgré tout, cette neutralisation des effets évoqués plus haut n'a été que partielle. Car, même s'il est incontestable que la Cour a ici sauvé « *la conception même du référendum* »⁶⁸³, sa solution, en laissant au législateur parlementaire la possibilité de devancer la votation, donne à la procédure de l'article 75 un visage singulier. En effet, l'exigence issue de la décision n°68 porte simplement sur l'obligation faite au Parlement de modifier substantiellement la norme en cause. L'article 39 de la loi de 1970, tel qu'encadré par la Cour offre donc deux options au législateur : supprimer les dispositions visées sans adopter de normes de remplacement, ou en adopter, à condition qu'elles apportent un vrai changement. Seulement, le fond de cette modification peut n'être pas souhaité par les promoteurs du référendum, ni par les signataires ni, surtout, par le corps électoral. On pourrait objecter que la seule visée de la procédure est l'abrogation d'une ou plusieurs dispositions législatives et qu'en conséquence l'adoption et le sens d'un éventuel régime de remplacement relèvent de l'appréciation du seul législateur parlementaire. Mais il se trouve que la loi de 1970 fait obligation aux promoteurs du référendum de faire figurer dans la requête référendaire « *outré l'indication de la loi ou de l'article en vertu des deux alinéas précédents, l'indication de l'alinéa ; le texte littéral des dispositions de loi dont on propose l'abrogation devra être aussi intégralement reproduit* »⁶⁸⁴. Ce qui a donné lieu à l'apparition de ce que Julien Giudicelli nomme les « *référendums manipulateurs* »⁶⁸⁵. Il s'agit d'une utilisation par certains comités de la faculté évoquée au-dessus pour réécrire la disposition en abrogeant certaines de ses parties, afin de créer de nouvelles phrases dont le sens est ainsi modifié, ce qui engendre un nouveau régime légal⁶⁸⁶. Par conséquent, ce qui était supposé être une simple abrogation devient une proposition déguisée. Même si cette pratique est pathologique dans le sens où elle est un effet indésirable, il n'en demeure pas moins qu'elle est, en droit strict, légale. Elle n'a pas moins de valeur juridique que l'article 39. En conséquence, ce dernier offre au législateur parlementaire non pas la possibilité de devancer les souhaits des promoteurs du référendum, mais celle d'adopter un régime nouveau sans l'avis de ces derniers qui se trouvent ainsi privés

⁶⁷⁹ Arrêt n°68 du 16 Mai 1978, traduction J. Giudicelli in. La Cour Constitutionnelle italienne et le référendum abrogatif, Th., Toulon, 2002, p. 96.

⁶⁸⁰ Giudicelli J., *op.cit.*, p. 97.

⁶⁸¹ Arrêt n° 68 de 1978, *op. cit.*, trad. Giudicelli J., *ibid.*

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ Guillaume-Hofnung M., *op.cit.*, p. 125.

⁶⁸⁴ Article 27 al. 3 de la loi n°325 du 25 Mai 1970. Traduction Giudicelli J., *op.cit.*, p. 101.

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ *Ibid.*, et pp. 102-103.

de l'issue référendaire sans que pour autant leur proposition d'abrogation ait été adoptée. Le Parlement est donc doté d'un pouvoir discrétionnaire d'interruption de la procédure, fondé sur des motifs politiques.

590. Peut-on tirer des enseignements généraux de ce dispositif d'intervention parlementaire dans une procédure ascendante ? Existe-t-il, à cet égard, un modèle italien ?

591. Pour que modèle il y ait, il est nécessaire que la chose observée présente des « *caractéristiques, des qualités, [permettant de] servir de référence à l'imitation ou à la reproduction* »⁶⁸⁷. Or, de ce point de vue, la procédure italienne présente une singularité qui rend délicate l'extraction de considérations générales fondées sur elle : elle a été conçue pour n'être qu'abrogative, et c'est de cette nature particulière que naissent les difficultés évoquées plus haut.

592. En effet, la requête référendaire n'est pas supposée être propositive, il s'agit même d'un motif d'inadmissibilité⁶⁸⁸. Autrement dit, le droit, qu'ont les comités à supprimer des parties de phrases au sein des dispositions dont ils demandent l'abrogation, est contrôlé en profondeur. La Cour s'assure ainsi que la compétence octroyée aux initiants par le dispositif ne soit pas exercée abusivement.

593. Le législateur parlementaire, peut tout à fait, en réponse à l'initiative, adopter un texte prévoyant des dispositions se substituant à celles qu'il a supprimées. En effet, la loi de 1970 se borne à autoriser son intervention, mais la compétence qu'il exerce sur ce fondement est sa compétence législative générale qui ne saurait par conséquent être limitée au-delà de ce que la Cour a déjà fait dans son arrêt de 1978. Par conséquent, l'intervention du législateur ne peut être symétrique avec celle des promoteurs du référendum, en raison de la nature abrogative de la procédure.

594. Certes, le contrôle exercé par le juge constitutionnel sur le texte soumis par les comités n'empêche pas tout détournement. Car, comme on l'a dit, « *toute abrogation est innovante, en ce que le vide créé par l'abrogation d'une norme est aussitôt comblé par l'extension des effets d'autres normes* »⁶⁸⁹. Dès lors, l'effet recherché par les promoteurs du référendum peut aller tout à fait au-delà d'une simple suppression de norme.

595. Ainsi, le caractère abrogatif du processus référendaire jette une ambiguïté sur toute la procédure et cristallise un niveau d'inégalité structurelle entre les différents acteurs politiques, au-delà même des choix opérés par le législateur de 1970. La seule façon de sortir de cette complexité est donc d'empêcher purement et simplement l'intervention du Parlement.

596. Il y a, *a priori*, une nuance de taille empêchant de parler de « modèle italien » en matière d'intervention parlementaire, puisque notre procédure ne serait pas abrogative. Seulement, pour affirmer avec certitude que les phénomènes observés en Italie sont seulement liés au caractère abrogatif de la procédure, il faut étudier une intervention parlementaire dans

⁶⁸⁷ CNRTL : modèle

⁶⁸⁸ Voir par exemple l'arrêt n°36 de 1997, in. Racc. Uff. Ord. Sent. Corte const., 1997, vol. CXXIII, p. 299. Cité par Giudicelli J., *op.cit.*, p. 101.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 103.

le cadre d'une initiative propositive : la Suisse, pour voir si les différences qu'on y observe sont liées au caractère propositif de la procédure, ou à d'autres facteurs.

B : Le modèle suisse

597. Tout comme la procédure de l'article 75 de la Constitution italienne, l'initiative populaire fédérale suit un déroulement impliquant l'intervention d'un nombre important d'autorités constituées de l'Etat. Mais, plus encore qu'en Italie, les autorités politiques y jouent un rôle central puisque le Conseil Fédéral comme les deux chambres sont appelés à intervenir. Ces interventions sont multiples. Ainsi, le Conseil doit transmettre un « projet d'arrêté fédéral »⁶⁹⁰ accompagné d'un message gouvernemental qui « *s'exprime sur la validité de la demande [...] puis sur son contenu. C'est dire qu'il examine à la fois les aspects juridiques et politiques de la question posée.* »⁶⁹¹. Néanmoins, il ne s'agit que d'un avis : l'exécutif fédéral n'a aucun pouvoir d'interruption du processus d'initiative. Il est courant qu'à cette occasion, il organise une procédure de consultation telle qu'elle existe pour les lois fédérales⁶⁹², ce qui implique de faire intervenir, à titre consultatif, de nombreuses organisations de la « société civile ». A la suite de quoi, l'Assemblée Fédérale examine l'initiative. La procédure varie selon que celle-ci est rédigée en termes généraux ou de toutes pièces, mais le Parlement a dans tous les cas la possibilité de l'approuver, de la rejeter⁶⁹³ ou de l'annuler pour des motifs des droits⁶⁹⁴. Il ne peut toutefois, en aucun cas, adopter le texte de l'initiative pour empêcher la votation⁶⁹⁵ ni modifier le texte de l'initiative⁶⁹⁶. Il y a évidemment ici une différence selon que l'initiative est rédigée ou formulée termes généraux

⁶⁹⁰ Loi sur le Parlement (LParl) du 13 Décembre 2002, art. 97, al. 1, lit. 1. Les arrêtés fédéraux sont des actes produits par l'Assemblée Fédérale et n'étant pas « des dispositions importantes fixant des règles de droit » qui doivent être « édictées sous la forme d'une loi fédérale » (art. 164 Const. Féd., qui liste de façon non-exhaustive les « dispositions fondamentales » ainsi visées). Les arrêtés fédéraux ne peuvent créer que des « décisions d'application de normes générales et abstraites prévues dans la loi » (Auer A., Malinverni G., et Hottelier M., Droit constitutionnel suisse, vol. I - L'Etat, éd. Staempfli, Berne, 2000, p. 501). Ils peuvent toutefois avoir une portée générale, en cas d'urgence et par exception, auquel cas ils sont, comme les « lois d'urgence » de l'article 165 de la Constitution Fédérale, soumis à une durée provisoire de validité ainsi qu'à diverses exceptions, notamment relatives à la possibilité de les soumettre à référendum.

⁶⁹¹ Grisel E., Initiative et référendum populaires, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, Staempfli, 3^{ème} éd., 2004, p. 219.

⁶⁹² Loi Fédérale sur les consultations du 18 Mars 2005, art. 3. FF 2013 7957.

⁶⁹³ Art. 139 al. 4 Const. Féd. : « *Si l'Assemblée fédérale approuve une initiative populaire conçue en termes généraux, elle élabore la révision partielle dans le sens de l'initiative et la soumet au vote du peuple et des cantons. Si elle rejette l'initiative, elle la soumet au vote du peuple, qui décide s'il faut lui donner suite. En cas d'acceptation par le peuple, l'Assemblée fédérale élabore le projet demandé par l'initiative.* »

⁶⁹⁴ Art. 139 al. 3 Const. Féd. : « *Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle.* »

⁶⁹⁵ Art. 139 al. 5 Const. Féd. : « *Toute initiative revêtant la forme d'un projet rédigé est soumise au vote du peuple et des cantons. Si l'Assemblée fédérale approuve une initiative populaire conçue en termes généraux, elle élabore la révision partielle dans le sens de l'initiative et la soumet au vote du peuple et des cantons. Si elle rejette l'initiative, elle la soumet au vote du peuple, qui décide s'il faut lui donner suite. En cas d'acceptation par le peuple, l'Assemblée fédérale élabore le projet demandé par l'initiative. L'Assemblée fédérale en recommande l'acceptation ou le rejet. Elle peut lui opposer un contre-projet.* »

⁶⁹⁶ « [S'agissant de l'initiative rédigée] la proposition formulée doit d'abord être soumise sans altération à la sanction du constituant ; [...] ce sont donc le peuple et les cantons qui tranchent ». Grisel E., *op.cit.*, p. 228.

puisque dans la seconde hypothèse l'Assemblée Fédérale doit, en cas d'approbation, rédiger un projet. Mais celui-ci sera de toute façon soumis à votation, et un rejet entraîne également une votation sur le principe de l'initiative⁶⁹⁷. Le principe est donc bien que l'objet de l'initiative est l'organisation d'une votation, les seules possibilités d'interruption étant la non-conformité avec les prescriptions de l'article 139 de la Constitution Fédérale et le retrait par le comité. Mais le Parlement n'est pas désarmé vis-à-vis de l'initiative, car entre l'approbation et le rejet existe également un terme intermédiaire : l'Assemblée Fédérale peut opposer un contre-projet à l'initiative⁶⁹⁸, lequel obéit à un régime différent selon que l'initiative est rédigée ou exprimée en termes généraux.

598. Le terme « contre-projet » a deux sens différents, qui renvoient à deux procédures différentes.

599. Le premier, appelé « contre-projet direct » est régi par l'article 139 al. 3 de la Constitution Fédérale. Etienne Grisel le définit comme « *un texte que l'Assemblée fédérale décide d'exposer au vote en même temps qu'une initiative entièrement rédigée qui tend à la révision partielle de la Constitution* »⁶⁹⁹. En tant qu'il est une réponse à l'initiative, il doit porter sur « *la même matière constitutionnelle que l'initiative* »⁷⁰⁰. Il doit donc être étroitement lié au texte de l'initiative, tout en s'opposant à elle. « *Le contre-projet ne posera donc pas au peuple une autre question que l'initiative. Tout au plus proposera-t-il une réponse différente. Il couvrira un domaine moins vaste, se montrera moins ambitieux ou préconisera des mesures plus souples. Toutefois, il reste suffisamment proche de la demande populaire pour que les citoyens aient le sentiment d'avoir à choisir entre deux termes d'une véritable alternative* »⁷⁰¹.

600. Le second, appelé « contre-projet indirect » ou « contre-projet improprement dit ». L'article 97 LParl. le définit comme « un projet d'acte en rapport étroit avec l'initiative populaire ». Il « *s'analyse comme une contre-proposition indirecte, ou comme un contre-projet de fait* »⁷⁰². Il se différencie du contre-projet direct par sa source dont découle également une divergence quant à la procédure suivie pour l'adopter. Le contre-projet indirect découle de la compétence générale qu'a le Parlement de faire les lois, et non d'un article spécifique relatif à l'initiative populaire. Il s'ensuit que le texte ne sera pas soumis à votation de façon automatique et concomitamment à la votation sur le texte de l'initiative. Il peut néanmoins être soumis à référendum, mais dans le cadre du référendum facultatif ouvert à la demande de 50.000 citoyens en application de l'article 141 de la Constitution Fédérale⁷⁰³. Ce

⁶⁹⁷ Art 139 al. 4 Const. Féd., *op. cit.*

⁶⁹⁸ Art. 139 al. 5, *op. cit.*

⁶⁹⁹ Grisel E., *op.cit.*, p. 277.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ Grisel E., *op.cit.*, p. 278.

⁷⁰² Grisel E., *op.cit.*, p. 279.

⁷⁰³ « Si 50 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote ou huit cantons le demandent dans les 100 jours à compter de la publication officielle de l'acte, sont soumis au vote du peuple:

a. les lois fédérales;

b. les lois fédérales déclarées urgentes dont la durée de validité dépasse un an;

c. les arrêtés fédéraux, dans la mesure où la Constitution ou la loi le prévoient;

d. les traités internationaux qui:

qui permet de le qualifier malgré tout de « contre-projet » est que sa substance est liée à celle de l'initiative, et qu'il n'a aucun effet automatique sur la procédure d'initiative populaire en elle-même : la votation sur le texte de l'initiative aura quand même lieu, sauf si le comité qui en est à l'origine retire son projet. Il peut même, dans le cadre du contre-projet indirect, conditionner le retrait à l'adoption du texte élaboré par l'Assemblée⁷⁰⁴.

601. On voit, à l'issue de ce bref tableau, que la procédure d'initiative populaire fédérale helvétique est toute entière organisée autour de l'idée que le texte de la proposition est intégralement aux mains des comités. En effet, celui-ci n'est pas modifiable et la procédure ne peut être interrompue que par le seul comité. C'est pourquoi ce n'est pas tant la visée référendaire qui est préservée que les droits des initiants.

602. Les deux procédures de contre-projet comme la faculté de retirer l'initiative doivent être vues comme des conséquences de cette protection du texte des initiants. Modalités procédurales permettant la discussion entre les autorités politiques et les comités, ces éléments permettent l'équilibre du système. Etienne Grisel note ainsi que le contre-projet se « *justifie amplement, dans une démocratie semi-directe qui recherche l'équilibre entre la souveraineté populaire et la représentation. Pour que ce système complexe fonctionne bien, il faut que les éléments antagonistes se compensent. Cela implique une relation dialectique entre les groupes de citoyens et les autorités élues. D'un côté, le droit d'initiative assure aux individus la possibilité de remettre en cause n'importe quel aspect de l'ordre juridique ; il garantit un régime ouvert et fournit une arme puissante aux mouvements excentriques [...]. D'un autre côté, la société ne saurait se désintéresser du bien général, lequel dépend naturellement d'un effort de synthèse et de compromis [...]* »⁷⁰⁵.

603. Nous mesurons dans ces propos, que le droit d'initiative est conçu en Suisse, comme devant impliquer un réel pouvoir d'action et non seulement de sollicitation. Par ailleurs, il suffit d'une lecture cursive des principaux textes applicables aux « droits politiques » pour noter l'importance qu'ils ont dans l'organisation politique helvétique : la loi fédérale sur les droits politiques, adoptée le 17 décembre 1976 pour rationaliser l'exercice de ces droits comprend 92 articles, cinq de ses titres - sur huit au total - concernent des « familles » différentes de ces droits, tant ils sont hétérogènes. Ceux-ci sont protégés au niveau

1. sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables,

2. prévoient l'adhésion à une organisation internationale,

3. contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales ».

⁷⁰⁴ Art. 73a LDP : « Art. 73a1 [...]

1 Le retrait d'une initiative populaire est en principe inconditionnel.

2 Toutefois, si l'Assemblée fédérale oppose à l'initiative un contre-projet indirect élaboré sous la forme d'une loi fédérale qu'elle adopte au plus tard à la date du vote final sur l'initiative, le comité d'initiative peut assortir le retrait de son initiative de la condition expresse que le contre-projet ne soit pas rejeté en votation populaire.

3 Le retrait conditionnel prend effet:

a. si le contre-projet n'a pas donné lieu à un référendum, dès que le délai référendaire a expiré;

b. si le référendum déposé contre le contre-projet n'a pas abouti, dès que son non-aboutissement a été valablement constaté;

c. si une demande de référendum a abouti et que le peuple a accepté le contre-projet, dès que le Conseil fédéral a validé le résultat de la votation [...]

⁷⁰⁵ Grisel E., *op.cit.*, p. 277.

constitutionnel, en tant qu'ils sont mentionnés directement dans le catalogue qui ouvre la Constitution fédérale⁷⁰⁶.

604. De ce point de vue, le dispositif suisse se différencie donc nettement de la procédure italienne. Celle-ci, en effet, semble s'organiser autour de l'abrogation portée par le comité : l'important est qu'il y ait un résultat, lequel se résout par un changement dans le droit positif, peu importe que celui-ci passe par la voie parlementaire ou référendaire. C'est pourquoi les institutions représentatives y disposent de plus de moyens juridiques que les comités. En revanche, en Suisse, l'exercice des droits populaires priment puisque le comité conserve le dernier mot quant à la manière d'atteindre son objectif.

605. Cette différence résulte-t-elle des différences de nature opposant les deux procédures ? Plus exactement, la structure fédérale de l'Etat suisse et la circonstance que l'initiative populaire fédérale vise des normes de rang constitutionnel, exemptant le texte de l'initiative de contrôle de conformité aussi poussé que dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois⁷⁰⁷, sont-elles des variables permettant d'expliquer cette différence de régime ?

606. Elargir le périmètre de la comparaison permet d'affirmer qu'il n'en est rien.

C : Les exemples Américains

607. S'agissant des procédures référendaires « d'en bas » prévues par les constitutions des Etats fédérés, la doctrine américaine différencie « l'initiative directe » de « l'initiative indirecte »⁷⁰⁸.

608. Le premier terme désigne des procédures dans le cadre desquelles « *le Parlement est mis à l'écart. Il n'a pas à se prononcer officiellement sur l'opportunité de l'initiative et ne dispose pas, par conséquent, de la possibilité de proposer un contre-projet formel* »⁷⁰⁹.

609. Le second terme renvoie à des dispositifs d'initiative dont « *la caractéristique est de s'adresser au parlement, qui doit se prononcer sur son objet, et de ne provoquer une votation populaire qu'au cas où celui-ci la rejette ou la modifie* »⁷¹⁰.

610. Dans les deux cas, cette typologie regroupe des procédures en réalité très différentes les unes des autres. Mais si dans le premier, il est constant que le fond du texte proposé et la votation sont dans les seules mains des initiants, il n'en va pas de même dans le second.

611. Ainsi, la Constitution de l'Alaska consacre, par son article 11, un droit d'initiative au bénéfice de ses citoyens⁷¹¹. Mais ce droit ne peut aboutir, entre autres conditions, que si le

⁷⁰⁶ Art. 34 Const. Féd.

⁷⁰⁷ Ces deux points sont les principales différences juridiques entre les deux systèmes constitutionnels, d'une part, et les deux procédures d'initiative populaire d'autre part, abstraction faite de la distinction abrogation/proposition.

⁷⁰⁸ Auer A., Le référendum et l'initiative populaire aux Etats-Unis, *Economica*, 1989, p. 60.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 61.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 62.

Parlement n'adopte pas une loi visant «*substantially the same measure*»⁷¹². Or, ce terme manquant singulièrement de précision, la Cour Suprême de l'Alaska a pu en faire une interprétation assez défavorable aux droits des initiants. Andreas Auer donne comme exemple la décision Warren v. Boucher, rendue le 28 Novembre 1975 : «*l'initiative en question visait à limiter les contributions et les dépenses pendant les campagnes électorales, sous peine d'amende voire d'invalidité de l'élection, et ouvrait une voie d'action à des particuliers. La loi votée par le parlement imposait des limites bien moins sévères, exigeant simplement la divulgation des finances électorales et atténuant sensiblement les sanctions. Estimant qu'elle poursuivait le même but avec des moyens comparables, la Cour a jugé que la condition de la « similarité substantielle » posée par la Constitution était remplie*»⁷¹³. Le Parlement y dispose donc d'une marge de manœuvre considérable puisque son projet peut se substituer à celui des initiants, sans que le corps électoral, ou lesdits initiants, puissent intervenir. Pourtant, la procédure est bien propositive, et si l'Alaska est bien un Etat inclus dans une fédération, sa structure, prise isolément, n'est pas fédérale.

612. *A contrario*, la procédure californienne, tout en n'incluant aucune possibilité de contre-projet des autorités exécutives ou du Parlement, ne prévoit pas d'interruption du processus autre que les cas de non-conformité classiques (admissibilité matérielle, et inconstitutionnalité)⁷¹⁴. Autrement dit, les autorités politiques en général, et le Parlement en particulier n'ont aucun moyen d'action institutionnel sur le processus. Là encore, il s'agit d'un mécanisme propositif.

613. Quoique ces exemples n'aient rien d'exhaustifs, on mesure ici la variété des solutions choisies par les constituants des divers Etats connaissant un mécanisme référendaire ascendant.

614. C'est pourquoi il ne paraît pas possible d'affirmer que la forme de l'Etat, ou le caractère restreint ou large des objets permis par les diverses initiatives, soient des facteurs d'explication de la mesure du pouvoir accordé au Parlement dans un processus d'initiative populaire déterminé.

615. En conséquence de quoi, il peut être en revanche soutenu que l'existence d'un examen parlementaire de la proposition soumise dans le cadre d'une initiative populaire, comme la mesure du pouvoir dont y bénéficie l'assemblée concernée, relèvent de pures considérations d'opportunité.

⁷¹¹ Const. of the state of Alaska, art. 11: "The people may propose and enact laws by the initiative, and approve or reject acts of the legislature by the referendum".

⁷¹² *Ibid.*, art. 11.4 : «*If, before the election, substantially the same measure has been enacted, the petition is void*», que l'on peut traduire par «*si, avant l'élection [le référendum en Alaska est organisé en même temps que la première élection législative qui suit le dépôt], une mesure qui est substantiellement la même est adoptée, la pétition [le texte de l'initiative] est annulée*».

⁷¹³ Auer A., *op.cit.*, p. 63.

⁷¹⁴ Const. Of California, art. 2, sect. 8.

D : Typologie des différentes formes d'intervention parlementaire

616. On peut raisonnablement affirmer que l'initiative populaire, comme d'ailleurs le référendum, repose en son principe sur une opposition dialectique entre deux types d'acteurs : « l'élite politique » et « le peuple » (peu important) ; par ailleurs la correspondance entre cette opposition théorique et la réalité, est souvent plus complexe. L'objet de n'importe quelle procédure référendaire est bien de faire disposer le « peuple », ici représenté par le corps électoral, en lieu et place des autorités ordinairement habilitées pour ce faire⁷¹⁵. C'est pourquoi le Parlement est la seule institution dont les compétences soient juridiquement atteintes par l'initiative populaire. En conséquence il ne sera ici question que de cet organe, même si, dans les faits, l'ensemble du circuit politique de décision est touché. En outre, c'est cela qui permet d'affirmer que cette dialectique procède d'une opposition plus large, présente dans tous les régimes démocratiques-libéraux, entre une tendance « élitiste » et une tendance « populiste » toutes deux irriguant les constitutions libérales, dans des mesures variables dans l'espace et dans le temps⁷¹⁶.

617. Par ailleurs, il faut souligner que ce phénomène de restriction de la compétence du Parlement est accentué dans l'initiative populaire puisqu'il ne peut jamais consentir à l'opération, dans la mesure où il n'y dispose pas de la possibilité de la déclencher. C'est d'ailleurs notamment cela qui fait que ce procédé est communément perçu comme « plus démocratique »⁷¹⁷ que les autres mécanismes référendaires.

618. Néanmoins, « le peuple », même dans l'initiative populaire, n'obtient que le pouvoir de disposer : il n'intervient jamais jusqu'à la tenue de la votation. La particularité de l'initiative populaire est seulement d'ouvrir la possibilité de déclencher un référendum à des individus n'appartenant pas « à l'élite politique ». Mais la compétence du « peuple » ne concerne que l'issue référendaire. D'ailleurs, l'ensemble des procédures d'initiative populaire existantes ne prévoient de conséquence concrète à l'intervention parlementaire que sur ce point. Ainsi, en Suisse, qui est le pays où le Parlement a le plus de compétences sur le

⁷¹⁵ Il est à noter qu'il s'agit, dans les Etats démocratiques libéraux qui le pratiquent, de la seule procédure constitutionnellement organisée qui exclut totalement le Parlement de l'exercice de la compétence de faire la loi, au sens où il est normalement l'auteur de « l'acte juridique loi ».

⁷¹⁶ « [...] Tous les systèmes démocratiques oscillent dans leur fonctionnement entre deux pôles : d'un côté les tendances à l'élitisme, de l'autre celles au populisme. Précisons d'emblée qu'il n'y a là aucun jugement de valeur sur d'éventuelles dérives ; d'ailleurs la définition de seuils à partir desquels le système basculerait d'un côté ou de l'autre est malaisée, et fait elle-même souvent l'objet de controverses politiques. [...] La tension entre élitisme et populisme apparaît autour du questionnement sur les limites de la délégation et, corrélativement, sur les frontières de l'exercice de la citoyenneté : la question du degré d'inclusion-exclusion dans les processus politiques y est centrale ». Papadopoulos Y., *Démocratie directe, mobilisation, intégration*, in. *L'ignorance du peuple*, PUF, 1998, p. 118.

⁷¹⁷ Voir par ex. Papadopoulos Y., *op.cit.*, p. 79 : « Parmi les instruments référendaires, nous nous pencherons plus particulièrement sur ceux que l'on peut considérer comme les plus « démocratiques », dans le sens où l'impulsion y vient du « bas », des citoyens [...] ». Il faut souligner que l'auteur ne porte ici aucun jugement de valeur, il ne fait que reprendre une certaine forme de vulgate politiste, l'objet de sa contribution étant précisément d'apporter des éclairages issus d'études empiriques aux affirmations théoriques formulées pour ou à l'encontre des mécanismes référendaires.

processus d'initiative populaire⁷¹⁸, l'exercice de ce pouvoir n'a de conséquence juridique que sur la tenue de la votation⁷¹⁹.

619. Par conséquent, la relation dialectique de pouvoir dont il est ici question concerne exclusivement ce point. L'intervention parlementaire doit donc être comprise comme seulement relative à l'organisation du référendum.

620. Dans ce cadre, toute intervention parlementaire institutionnalisée - au sens où elle est juridiquement organisée - dans un processus d'initiative populaire doit être vue comme une intégration de « l'élite politique » dans un circuit décisionnel qui a pourtant pour vocation généralement avancée de faire décider « le peuple ». Dans la mesure où cette intégration vise une institution normalement exclue de ce circuit⁷²⁰, plus l'intervention se traduira par un pouvoir important sur la procédure, plus forte sera l'intégration.

621. Ces propos permettent d'établir la typologie suivante :

- Là où le Parlement ne peut intervenir, l'intégration sera dite nulle.
- Là où le Parlement peut réagir, par un contre-projet, sans que cela empêche la votation, l'intégration sera dite limitée.
- Là où le Parlement peut adopter le texte de la proposition ou un texte portant « substantiellement le même » projet, empêchant ainsi l'organisation d'un référendum l'intégration sera dite étendue.

622. En outre, cette intégration est le résultat de l'attribution d'une compétence dans le processus d'initiative populaire, et donc d'un pouvoir sur ce processus. Or, celui-ci reposant sur une opposition dialectique, tout exercice d'un pouvoir résultant d'une compétence dans le cadre de la procédure impacte mécaniquement l'étendue du pouvoir de l'autre acteur de la relation. Autrement dit, toute attribution de compétence au bénéfice du Parlement agit sur l'amplitude du pouvoir du peuple dans l'initiative populaire.

623. C'est pourquoi on peut dire que plus la procédure intègre le Parlement dans le circuit décisionnel qu'est l'initiative populaire, moins « le peuple » aura de chances d'exercer le pouvoir que ce circuit lui octroie.

624. Cette typologie permet de discuter de l'opportunité de l'examen parlementaire et de la forme qu'il pourrait prendre en mesurant les conséquences que cela a sur la dynamique générale de la procédure.

⁷¹⁸ L'Assemblée Fédérale y bénéficie dans le cadre de l'initiative populaire fédérale de la compétence de contrôle de la proposition en plus du contre-projet.

⁷¹⁹ Interruption de la procédure et donc absence de référendum pour la compétence de contrôle, modification de la question posée au référendum par l'adoption d'un contre-projet.

⁷²⁰ Dans l'esprit commandant celui-ci eu égard à la conception que l'on s'en fait généralement.

II : Discussion sur l'opportunité de l'examen parlementaire

625. Discuter de l'opportunité de cet examen parlementaire est assez délicat. En effet, il n'existe pas à notre connaissance, d'étude spécifique quant aux conséquences de l'intégration parlementaire sur un processus d'initiative populaire, ni globale, ni particulière. Effectuer pareille étude excèderait largement le champ du présent travail. Par conséquent, nous ne pouvons que formuler des hypothèses, dont nous considérons qu'elles sont probables, à défaut d'être empiriquement étayées.

626. Même ainsi, il est assez difficile de former un raisonnement. Il existe un nombre impressionnant de variables susceptibles de peser sur les conséquences d'un examen parlementaire, quelle que soit sa forme : la culture politique, l'histoire, les différences sociologiques, culturelles entre les individus etc.

627. C'est pourquoi les développements qui vont suivre ont simplement pour vocation de discerner les potentialités de l'examen parlementaire, et non d'établir des règles générales.

628. Le propos peut être divisé entre des considérations générales sur le principe de l'intervention parlementaire dans l'initiative populaire, ici comprise comme un élément d'intégration institutionnelle de cette dernière⁷²¹ (A), et des considérations spécifiques à l'insertion de cet élément dans notre scénario (B).

A : Vices et vertus de l'intégration institutionnelle de l'initiative populaire

629. L'intervention parlementaire concerne, au premier chef, tant l'appareil institutionnel dans lequel le Parlement s'insère (de sorte qu'il en serait ici le représentant) que le corps électoral, le peuple, *a priori* destinataire du processus d'initiative populaire. Nous pouvons donc construire les considérations qui viennent autour du double point de vue constitué par les deux acteurs mentionnés.

1 : Du point de vue des institutions existantes

630. On a déjà pu l'évoquer, l'introduction du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution lors de la révision du 23 Juillet 2008 a donné lieu à la manifestation d'une franche hostilité d'une part importante des parlementaires au mécanisme d'initiative populaire. Entre autres positions, cette hostilité a parfois été appuyée par la circonstance que pareille procédure dépossède la représentation nationale d'une partie de sa compétence laquelle idée, d'ailleurs, peut se retrouver en doctrine⁷²². Par ailleurs, cette position a pu, à

⁷²¹ Puisqu'il s'agit de l'intervention d'une institution politique majeure dans le processus.

⁷²² L'on peut par exemple citer Denys de Béchillon qui, lors d'une journée d'études relative à la révision -alors à peine née- du 23 Juillet 2008, s'exprimait ainsi : « *Tout d'abord, pourquoi un référendum d'initiative minoritaire, et non pas un référendum d'initiative populaire ? Fondamentalement par souci de cohérence. Nous*

d'autres moments, être appuyée sur des arguments rejoignant tant les critiques sur l'absence de délibération dans l'initiative populaire que sur les risques qu'elle fait peser sur les droits fondamentaux⁷²³. De sorte que l'inquiétude parlementaire n'est pas nécessairement un réflexe de défense de leurs intérêts par les représentants, ce qui pousse à la prendre d'autant plus au sérieux.

631. Or, s'il est indiscutable que le référendum, quel qu'il soit, implique un dessaisissement du Parlement, les possibilités d'intervention parlementaire évoquées plus haut établissent une possibilité de réaction. Dans les procédures où l'intégration est totale, la ou les chambres peuvent exercer pleinement leur compétence législative et, comme on l'a vu pour l'Italie et pour l'Alaska, conservent pour ce faire une marge de manœuvre presque totale. Ce sont donc elles qui, discrétionnairement ou presque, décident de l'opportunité de se dessaisir de leur compétence législative. Dans celles où l'intégration est limitée, le Parlement est toujours dessaisi, mais il peut élaborer un texte qui sera soumis au même référendum. Il n'y conserve pas la plénitude de sa compétence, mais en conserve une fraction.

632. Par conséquent, leur éventuelle insertion dans la procédure pourrait rassurer les parlementaires amenés à introduire l'initiative populaire dans la constitution. Circonstance qui est de nature à faciliter cette introduction.

633. Plus globalement, sur un plan institutionnel, il y aurait quelque logique à intégrer, au sein du processus d'initiative populaire, les organes de l'Etat participant d'ordinaire au circuit d'adoption des normes. Cela renforcerait le caractère institué de l'initiative populaire, et faciliterait sa greffe sur un *corpus* constitutionnel existant. Par ailleurs et plus concrètement, cela permettrait d'inclure un peu de délibération dans une procédure dont ce n'est pas le premier caractère.

634. Telles sont selon les potentialités que l'on peut discerner, en première analyse, dans le fait d'opter pour une procédure intégrée. Néanmoins, on l'a vu, il y a deux grands types d'intégration, et selon que l'on choisit l'un ou l'autre, l'on peut envisager des effets différents.

635. Une procédure à intégration étendue, en maintenant au Parlement la quasi-plénitude de sa compétence, s'assimilerait parfaitement à la logique constitutionnelle, puisqu'elle donnerait le dernier mot au Parlement quant à l'organisation de la votation, celui-ci continuant d'être le

sommes partis de l'idée que l'urgence – et la mission essentielle du comité – étaient de renforcer la crédibilité de l'institution parlementaire. Or on ne peut vouloir à la fois que le Parlement soit perçu comme de plus en plus légitime à assurer sa fonction fondamentale, qui est de faire la loi, et le dessaisir en même temps de ce sceptre en accréditant la thèse selon laquelle il y a, sur le marché, beaucoup mieux et beaucoup plus formidable que le Parlement pour exercer cette fonction. ». Intervention successive à l'exposé de Fatin-Rouge Stéfanini M., « Le rôle du peuple est-il renforcé ? », Revue française de droit constitutionnel 2008/5 (HS n°2), p. 143.

⁷²³ L'on peut par exemple reprendre ce propos tenu par Pierre Mazeaud lors de la discussion au Parlement sur la révision constitutionnelle de 1995 et rapportés par Marthe Fatin-Rouge Stéfanini : « *La procédure du référendum est une procédure qui n'est pas particulièrement souple, et c'est la raison pour laquelle je souhaite que l'on réserve les libertés publiques à la compétence du Parlement. Pourquoi ? Parce qu'il y a deux chambres, des navettes et le droit d'amendement, par lequel on exerce, en quelque sorte, un droit de repentir. Il est donc nécessaire de pouvoir délibérer longuement et avec beaucoup de souplesse sur les libertés publiques qui concernent le droit et la liberté des citoyens au lieu de les réserver au seul référendum* », Déb., parl., AN, Ire séance du 11 juillet 1995, JORF, p. 913. Cité par Fatin-Rouge Stéfanini M., Le référendum et la protection des droits fondamentaux, RFDC, 2003/1, p. 84.

point de passage obligé du processus législatif. Certes, il y perdrait malgré tout tant l'initiative que la possibilité de refuser purement et simplement toute adoption d'une loi nouvelle. Mais la mesure de l'atteinte ne dépasse en rien le vote bloqué de l'article 44 al. 2, ou l'adoption sans vote de l'article 49 al. 3. En outre, elle permet de maintenir le peuple dans le rôle qu'il tient déjà : celui d'un pouvoir constitué⁷²⁴ dont les interventions à visée normatives sont exceptionnelles, et surtout décidées à l'issue d'une collaboration entre les autorités ordinairement chargées d'adopter les lois. Tandis qu'une procédure à intégration limitée, reposant sur l'idée que le Parlement est en mesure de répondre à la demande sans pouvoir empêcher la votation, expose celui-ci à une confrontation directe au corps électoral sans qu'il ait de recours : il y perd son privilège de compétence.

636. Mais l'intégration limitée présente quant à elle des possibilités que l'intégration étendue ne permet pas d'envisager. En effet, en permettant aux représentants de soumettre, lors de la même votation, un texte alternatif, elle leur donne l'opportunité d'influer sur l'issue de l'opération référendaire.

637. Dès lors, les parlementaires disposent d'un moyen de pression, mais les comités également, puisqu'ils peuvent retirer leur proposition ce qui, en Suisse, semble avoir permis de développer une culture de la négociation dans le cadre de l'initiative populaire⁷²⁵.

638. Or, le compromis est tout autant consubstantiel de notre régime que le monopole des représentants pour faire la loi : l'institution de la séparation des fonctions, l'organisation de moyens d'action directs ou indirects d'un organe sur un autre, et les obligations de collaboration entre eux qui en résultent, ne sont-elles pas des passages obligés de la présentation des démocraties libérales dans les manuels de droit constitutionnel ? De ce point de vue, l'intégration limitée a d'indéniables avantages vis-à-vis de l'intégration étendue puisque celle-ci, en conférant un privilège structurel au Parlement, ne pousse nullement à la négociation avec les comités. En outre, le contre-projet, surtout s'il est accompagné d'une clause de retrait au bénéfice des comités, permet de tempérer quelque peu le caractère de « menace peu nuancée » de l'initiative populaire⁷²⁶.

639. Néanmoins, il est vrai qu'elle considère de ce fait les comités comme une institution à part entière, pouvant discuter à égalité avec une majorité parlementaire, de sorte que le Parlement perd son privilège législatif, pour n'en conserver qu'un reliquat. Mais l'intégration étendue, quant à elle, si elle est plus respectueuse de la logique constitutionnelle existante, vide l'initiative populaire d'une partie significative de sa substance⁷²⁷. En outre, en donnant

⁷²⁴ « [...] *Le peuple en tant qu'autorité « constituée » ne peut jamais être qualifié de Souverain, et pas même dans activité de révision constitutionnelle [...] où il est une autorité qui doit respecter les conditions de forme et surtout de fond posées à toute révision constitutionnelle par la Constitution elle-même* ». Beaud O., *Le souverain, Pouvoirs* (n° 67) 1993/11, p. 38.

⁷²⁵ « [...] *Cette possibilité [retirer une initiative] en Suisse a favorisé l'avènement d'une culture de la négociation et du compromis* ». Papadopoulos Y., *op.cit.*, p. 105.

⁷²⁶ L'expression et l'idée sont de Rouquet P., dans sa thèse « *De l'initiative populaire en Suisse Fédérale* », soutenue à l'Université Jean-Monnet de Saint-Etienne en 1994, p. 269.

⁷²⁷ Pas intégralement, néanmoins, le processus conservant sa capacité à forcer la mise à l'ordre du jour de sujets ignorés par les élites politiques. Il a ainsi pu être noté que le référendum abrogatif avait été un facteur d'affaiblissement du système partitocratique italien qui prévalait avant les années quatre-vingt-dix. Voir Papadopoulos Y., *op.cit.*, p. 109.

au Parlement la possibilité d'interrompre la votation, elle le met également au centre d'une éventuelle pression populaire.

640. En somme, les deux procédés ne visent pas le même objectif. L'institution d'un contre-projet a surtout pour vocation de permettre au Parlement de jouer un rôle tout en sanctuarisant les droits du comité, respectant ainsi l'esprit de l'initiative populaire qui est de décentraliser la compétence d'initier un référendum. L'introduction de la possibilité pour le Parlement d'adopter un projet similaire a surtout pour but d'instaurer un véritable contrôle de l'opportunité d'organiser un référendum au bénéfice du législateur « habituel ».

641. Par ailleurs, leurs conséquences sur l'intégration de l'initiative populaire au sein de l'ordonnement constitutionnel sont très différentes. L'association du contre-projet et de la clause de retrait font des comités de véritables acteurs institutionnels, et du référendum un objet politique normal, au sens où il sera plus présent dans le débat public. L'intégration parlementaire étendue procède d'une logique plus mixte : il est ascendant en ce que, les moyens de déclenchement y étant décentralisés, il ouvre la possibilité de « tenter le référendum » ; il est descendant en ce que, en restant soumis à une décision politique, demeure un instrument ayant une place similaire à celle qu'il occupe sous la Ve République.

2 : Du point de vue du peuple

642. L'examen parlementaire, du point de vue du « peuple », est susceptible d'affaiblir les potentialités de l'initiative populaire classiquement envisagées dans deux dimensions différentes. Elle affaiblit le processus de « pluralisation » des opinions politiques amenées dans le débat public ; elle affaiblit la dimension populaire de l'initiative populaire.

643. Yannis Papadopoulos, dans son article déjà cité, souligne que les mécanismes de type initiative populaire « pluralisent » les espaces politiques, en ce qu'ils permettent « *une impulsion venant de l'extérieur, la mise sur l'agenda politique d'un problème que les gouvernants ont négligé ou dont ils ne veulent pas se saisir* » d'une part⁷²⁸, en ce qu'elle « *élargit le spectre des options [politiques] pensables* »⁷²⁹, d'autre part.

644. Or, nous pouvons penser que plus on intègre les institutions politiques à la procédure d'initiative populaire, plus on institutionnalise le procédé, et moins celui-ci pourrait contribuer à « élargir le spectre des options pensables ». Mais en réalité, s'il est vrai que l'initiative populaire permet une ouverture du système politique à des objets d'ordinaire ignorés, cela repose essentiellement sur la possibilité qu'elle offre de contourner les habituels verrous empêchant d'initier la procédure. Car cette propriété procède de la décentralisation de la compétence de déclenchement et donc du processus qui conduit au référendum. Ce point est donc plutôt impacté par les filtres à l'entrée, et notamment la récolte des signatures, comme nous l'avons déjà souligné, que par un éventuel examen parlementaire.

⁷²⁸ Papadopoulos Y., *op.cit.*, p. 107.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 108.

645. En revanche, il est bien plus susceptible d'affecter le résultat de l'initiative populaire : l'issue référendaire. Qu'il s'agisse de sa version étendue ou limitée⁷³⁰, l'intégration d'un examen parlementaire peut avoir pour résultat que l'organisation de la votation n'ait pas lieu. Or, c'est cette destination référendaire qui, cumulé avec l'ouverture de la compétence d'initiative, donne son caractère populaire à l'initiative populaire. Il est donc incontestable que le fait de prévoir un examen parlementaire l'affaiblit sur ce plan.

646. Il convient cependant de nuancer le propos en fonction du type d'intervention.

647. Si l'intervention parlementaire est prévue sur un mode similaire à celui qui prévaut en Italie, l'affaiblissement est très significatif. D'une part, il cantonne possiblement l'apport de l'initiative populaire à « l'ouverture de l'agenda politique », d'autre part, il affaiblit une autre dimension de l'initiative populaire: son caractère participatif. En effet, parmi les mécanismes référendaires, l'initiative populaire a pour particularité de comprendre une dimension participative, comme souligné par Jean-Marie Denquin : « *cette procédure [l'initiative populaire] réconcilie démocratie participative et démocratie semi-directe. La mise en œuvre de l'initiative – collecte des signatures, formulation des questions – implique l'action de citoyens motivés. Mais tous les citoyens sont appelés à s'exprimer et la majorité d'entre eux décide. Ces mécanismes sont applicables à l'adoption des normes juridiques et aux choix qui intéressent la collectivité* »⁷³¹. Or, en laissant les parlementaires décider, même sous contrainte, de l'issue de la procédure, elle rétablit un degré de contrôle des autorités sur le processus référendaire et, par conséquent, les habituels risques de manipulation politique⁷³². Et ces manipulations, en ce qu'elles résultent d'un pouvoir de décision des élites politiques sur le processus référendaire, sont un des arguments majeurs ordinairement soulevé pour distinguer démocratie semi-directe et démocratie participative⁷³³.

648. Il n'en va pas de même avec l'intégration limitée qui, en ce qu'elle n'ouvre la possibilité d'interruption du processus qu'aux seuls comités, s'inscrit dans la logique générale du système d'initiative populaire, qui « *implique nécessairement l'existence de porte-parole - c'est-à-dire le comité d'initiative- qui agissent en leur nom propre [...]* »⁷³⁴, et se retrouve en réalité à tous les stades de la procédure.

649. Il semble donc plus équilibré d'opter pour l'introduction d'un examen parlementaire, mais dans une version limitée, c'est-à-dire sous la forme d'un contre-projet. Reste encore à examiner la viabilité d'une telle démarche par rapport aux choix qui ont déjà été opérés.

⁷³⁰ Par l'adoption d'un acte législatif dans le premier cas, par la clause de retrait ouverte aux comités dans le second.

⁷³¹ Denquin J.-M., « Démocratie participative et démocratie semi-directe », Cahiers du Conseil Constitutionnel, (n° 23) 2008/2, disponible en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-23/democratie-participative-et-democratie-semi-directe.51858.html>.

⁷³² *Ibid.* : « [...] les dangers de manipulation sont réels, mais ils tiennent au fait que la démocratie semi-directe est instrumentalisée par les élus. Soit ils n'utilisent pas les procédures inscrites dans les textes – en France les réticences à l'utilisation du référendum local sont bien connues, bien qu'il ait été constitutionnalisé – soit ils s'en servent non pour consulter les citoyens mais comme arme dans le combat qui les oppose à leurs adversaires. ».

⁷³³ Voir l'article de Denquin J.-M., *op. cit.*

⁷³⁴ Rouquet P., *op.cit.*, p. 269.

B : Considérations spécifiques à l'hypothèse ici envisagée

650. Pour envisager un examen parlementaire, la principale particularité de notre procédure à prendre en considération est l'intervention du Conseil d'Etat. En effet, celle-ci ayant pour objet d'améliorer en profondeur la forme du texte de l'initiative, elle répond déjà en partie aux situations auxquelles l'immixtion du Parlement « à la Suisse » a vocation à répondre : la qualité rédactionnelle de la proposition⁷³⁵.

651. Néanmoins, le succès du contre-projet de l'autre côté du Jura s'explique surtout par le fait qu'il offre au Parlement la possibilité de « *prendre des positions nuancées : [...] si [...] elles approuvent, au moins partiellement, le principe [de l'initiative], elles font un texte dont la forme les satisfait davantage* »⁷³⁶.

652. Si l'intégration étendue ne vise pas tout à fait le même objectif, elle permet également de reprendre partiellement l'idée poursuivie par l'initiative.

653. En somme et dans les deux cas, l'examen parlementaire permet de répondre aux textes lancés par le biais de l'initiative populaire sur le plan de leur opportunité pure, ce que ne permet pas l'intervention du Conseil d'Etat. Il n'y a donc pas de doublon sur ce point.

654. En revanche, cette double intervention pose deux questions quant à ses effets sur l'ensemble de la procédure. D'abord, l'association de ces deux interventions institutionnelles ne donne-t-elle pas une trop grande influence aux pouvoirs constitués existants sur l'ensemble du processus (1) ? Ensuite, n'allonge-t-elle pas excessivement les délais (2) ?

1 : L'ambivalence des effets de la double intervention sur l'influence institutionnelle dans la procédure d'initiative populaire

655. Dans quelle mesure l'intervention parlementaire est-elle susceptible d'accroître le phénomène d'influence institutionnelle déjà amené par l'intervention consultative du Conseil d'Etat ?

656. En cas d'intervention semblable à ce qui existe en Italie, l'alternative serait une abstention du Parlement à agir ou une absence d'issue référendaire. Ce qui se traduirait donc soit par un impact nul de l'intervention parlementaire, soit par l'exercice d'un pouvoir qu'on peut juger excessif. Dans l'hypothèse du « contre-projet », les conséquences de son intervention seraient probablement plus ambivalentes.

657. En effet, le Parlement est un acteur singulier. En raison du rôle central qu'il joue dans la théorie de la représentation, il est le lieu qui incarne le mieux notre système politique. Il en

⁷³⁵ Evoquant les origines du contre-projet helvète, Philippe Rouquet souligne que « *l'habitude a été très vite prise par le Parlement de présenter un contre-projet pour redresser une rédaction malheureuse entreprise par un comité inexpérimenté et surtout pour opposer au projet initial une autre idée plus acceptable* ». Rouquet P., *op.cit.*, p. 265.

⁷³⁶ Grisel E., *op.cit.*, p. 275.

est la plus ancienne et la plus symbolique des institutions et, à ce titre, est aussi la mieux connue des citoyens. Il bénéficie donc d'une très forte légitimité.

658. Mais, aussi, et pour les mêmes raisons, il est le plus à même d'incarner une classe politique envers laquelle le rejet ne cesse de croître⁷³⁷. Ainsi, sa légitimité peut également contribuer à polariser les citoyens contre son intervention, dans la mesure où ses décisions émanent d'une majorité constituée d'un parti identifié. En définitive, son action pourrait entraîner, vis-à-vis du contre-projet et en fonction d'un ensemble hétéroclite de paramètres, tant une mobilisation d'opposition - en soutenant l'initiative ou en s'abstenant - qu'une certaine mobilisation d'adhésion.

659. Il est d'autant plus difficile de formuler des hypothèses précises que si les représentants sont mal aimés, il n'en va pas de même de la représentation⁷³⁸. Il est donc difficile, en toute rigueur, de postuler une corrélation automatique entre une intervention parlementaire et un comportement électoral déterminé. D'autant qu'un contre-projet n'est pas, à proprement parler, une alternative s'opposant à l'initiative puisqu'elle en respecte le principe ; elle en est simplement une autre version. Il est donc délicat de l'identifier totalement comme « une proposition du Parlement ».

660. En outre, les comités ne seraient pas totalement démunis dans un éventuel conflit de légitimité politique. La décision de le porter à la connaissance de tous l'avis du Conseil d'Etat étant de leur seule responsabilité, il est à peu près certain qu'il ne serait rendu public qu'en cas d'avis favorable, ce qui pourrait renforcer la légitimité technique de l'initiative face au contre-projet. L'avis du juge du palais-royal, s'il ne pourrait être systématiquement utilisé, pourrait donc entraîner une sorte d'effet compensateur.

661. Il n'en irait en revanche pas de même en cas d'hypothèse « italienne ». En effet, un avis favorable publié en cas d'interruption de la procédure par le Parlement soulignerait incontestablement la circonstance que cette dernière est la conséquence d'un pur choix politique. En revanche, en cas d'issue référendaire, l'avis aurait un effet conforme à ce qui a été envisagé dans les développements qui lui sont consacrés.

662. En somme, tant du point de vue des conséquences politiques possibles pour les parlementaires que relativement à la portée du pouvoir octroyé au Parlement dans une procédure « populaire », le contre-projet paraît plus vertueux.

Il n'en va cependant pas de même du point de vue des délais.

⁷³⁷ Voir les différentes vagues du « baromètre de la confiance politique », étude réalisée chaque année depuis 2009, permet de s'en rendre compte : <http://www.cevipof.com/fr/le-barometre-de-la-confiance-politique-du-cevipof/resultats-1/>.

⁷³⁸ Mayer N., « Les dimensions de la confiance », in Grunberg G., Mayer N., Sniderman P. (dir.), *La démocratie à l'épreuve*, Presses de Sciences Po., 2002, pp. 87-107.

2 : L'allongement des délais comme conséquence inévitable de l'instauration d'un contre-projet parlementaire.

663. L'examen parlementaire tel qu'il se pratique en Italie pose assez peu de questions quant aux délais. En effet, s'il peut allonger le temps global du processus d'initiative populaire⁷³⁹, cela relève de la stricte opportunité, puisqu'il est tout à fait possible de prévoir que le Parlement est libre d'adopter un projet similaire pendant que la procédure suit son cours. Cela pose évidemment des questions relatives aux dates entre lesquelles il serait possible d'exercer cette compétence mais il n'y a pas, en toute hypothèse, de contrainte inévitable qui entraînerait un allongement du délai de traitement des initiatives.

664. Il en va autrement s'agissant d'un examen de type « contre-projet ». En effet, s'il s'agit d'un contre-projet direct, il doit nécessairement être adopté par le Parlement avant que celle-ci n'ait lieu puisqu'il doit être soumis à la même votation que l'initiative. Il est donc nécessaire d'imposer un délai au Parlement pour adopter le contre-projet, ce qui pourrait par exemple être réalisé en donnant au Conseil constitutionnel la responsabilité de transmettre au Président de la République le texte dans le délai imparti au Parlement pour adopter le contre-projet plus le délai considéré imposé au juge pour statuer⁷⁴⁰. Par ailleurs, son point de départ pourrait être la décision du Conseil constitutionnel proclamant les résultats de la récolte des signatures. Autrement dit, le processus d'adoption du contre-projet aurait en partie lieu en même temps que l'examen du texte de l'initiative par le Conseil d'Etat, ce qui ne poserait pas de difficultés dans la mesure où l'avis rendu par ce dernier serait réservé aux comités. Reste encore à déterminer le délai accordé pour la discussion sur le contre-projet.

665. L'exemple Suisse n'est pas pertinent ici : dans la mesure où l'Assemblée Fédérale est compétente tant pour l'admissibilité de la proposition que pour l'élaboration d'un contre-projet, et les délais prévus ont vocation à permettre l'exercice de ces deux compétences, l'examen de ceux-ci ne serait guère éclairant.

666. En revanche, il est certain qu'étant donné « *l'engorgement chronique de l'ordre du jour parlementaire* »⁷⁴¹, l'examen d'un éventuel contre-projet ne saurait être soumis à un délai se situant en-deçà de la durée d'une session parlementaire. Par conséquent, il allongerait le délai général d'environ neuf mois. Il se rajouterait donc à l'année prévue pour la récolte des signatures et aux trois mois accordés au Conseil constitutionnel pour l'accomplissement de son contrôle. Il s'agirait donc d'un allongement significatif du délai global.

667. Pourtant, ce n'est pas nécessairement excessif. Ainsi, alors même qu'il ne s'agit que d'effectuer une lecture dans chaque assemblée, six mois sont octroyés au Parlement par l'article 8 de la loi organique n°0284 du 06 décembre 2013 qui encadre le référendum

⁷³⁹ Par exemple, en prévoyant un temps spécifique consacré à la prise de décision par le Parlement, qui gèlerait le processus d'initiative populaire.

⁷⁴⁰ Soit douze mois, dans notre hypothèse.

⁷⁴¹ Nous empruntons l'expression au rapport n° 599 enregistré par la présidence du Sénat le 22 Mai 2013 et fait par Mme Odette Herviaux sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable. Ce rapport donne, par ailleurs, des indications utiles quant à la réalité de cet engorgement.

d'initiative partagée prévu par l'article 11 de la Constitution. Une session pour un examen complet, incluant donc la ou les navettes parlementaires, les passages en commissions, les éventuelles commissions mixtes paritaires... semble donc être un délai minimum. Nous verrons dans le paragraphe suivant s'il est possible de le rendre praticable.

668. Permettre l'adoption d'un contre-projet représenterait donc un alourdissement considérable du processus d'initiative populaire, d'autant plus qu'il semble nécessaire de prévoir des cas d'ajournement - en cas d'élections, par exemple - de sorte que, par hypothèse, le référendum pourrait être organisé une, voire plusieurs années après son déclenchement.

669. Le temps est un acteur politique majeur. Il nous semble qu'il favorise l'implantation de l'initiative populaire dans des institutions qui n'ont pas été prévues pour lui et que, même si la chose doit être mesurée, l'allongement du délai n'est pas un inconvénient de nature à contrebalancer les avantages du contre-projet. Il nous paraît être donc être un choix judicieux et ce tant par rapport à une absence totale d'intervention parlementaire que par rapport à une intégration « étendue ».

670. C'est donc sur les bases d'une intervention limitée, incluant un contre-projet que nous allons envisager de façon précise la forme de l'intervention parlementaire dans notre procédure.

§2 : La forme possible de l'examen parlementaire

671. Même s'il est déclenché par un événement précis et extérieur au jeu institutionnel classique, le contre-projet reste fondamentalement une proposition de loi. Par conséquent, il ne peut prendre sa forme « définitive » - celle qui sera soumise à référendum - qu'à l'issue d'un processus qui suit, pour l'essentiel, la procédure législative parlementaire. Celle-ci s'organise autour de la séance publique, qui en est le point d'orgue. Nous envisagerons donc le cheminement du contre-projet de la même façon, en abordant d'abord l'élaboration du texte qui sera soumis en séance publique (I) pour évoquer ensuite les règles entourant son adoption (II). En soi, ce processus peut sembler n'aborder que des points secondaires pour l'initiative populaire, le contre-projet suivant un parcours autonome et procédant du circuit institutionnel ordinaire. Pourtant, il soulève certaines questions relatives à l'institutionnalisation du processus. La circonstance que le texte issu de cette élaboration ait vocation à concurrencer celui produit par l'initiative populaire amène en effet à s'interroger sur les acteurs, les procédés, les rapports de force politique qui se sont manifestés à son origine. L'élaboration et l'adoption étant encadrées par le droit, leur régime constitue le point de vue juridique idoine à partir duquel explorer ces interrogations.

I : L'élaboration du contre-projet

672. L'élaboration se distingue ici de la création en ce qu'il s'agira moins d'évoquer la rédaction strictement entendue que le processus par lequel le texte atteint la forme qui sera la sienne en séance publique. A cet égard, il est nécessaire de s'atteler d'abord à déterminer le cadre précis que forment les règles déterminant ce qu'il faut entendre précisément par « contre-projet » (A), car ce sont à partir de ces règles que l'élaboration à proprement parler pourrait se déployer (B).

A : Précisions quant au cadre découlant de la notion de contre-projet

673. Même si le choix d'un contre-projet oriente par lui-même l'essentiel du scénario, il reste encore à préciser les aspects relevant de la polysémie propre à la notion que l'on a abordé dans le paragraphe précédent. En prenant la Suisse comme modèle, l'idée ayant été empruntée à son processus d'initiative populaire, principalement deux questions affleurent : la nature du contre-projet (1), et les règles s'imposant quant à la rédaction pour s'assurer du lien entre le texte et celui du comité (2).

1 : Contre-projet direct et indirect

674. Pour envisager la forme de l'examen parlementaire, nous avons choisi, dans le paragraphe précédent, une intervention de type « contre-projet ». Ce type de procédure étant né en Suisse, il y a plus d'un siècle et y étant très pratiquée, il paraît logique de prendre, sur ce point, nos voisins helvètes comme modèles. Néanmoins, l'importation n'est pas si aisée, et ce tant pour des raisons tenant aux spécificités du système politico-institutionnel Suisse déjà évoquées, qu'en égard à la diversité des instruments de démocratie semi-directe et à l'impact que cela a sur l'organisation politique Suisse.

675. Ainsi, le gouvernement y est désigné d'une façon très originale, dite « de la formule magique », qui implique que les sièges y soient attribués aux quatre principaux partis⁷⁴² à proportion de leur force électorale, de telle manière que l'exécutif suisse est toujours un gouvernement de coalition. Ce système ne repose sur aucune règle juridique, mais est le fruit d'un ensemble d'accords tacites entre les partis, et dont la durabilité - il existe depuis 1959 - s'explique entre autres par l'existence des droits populaires⁷⁴³. En outre, l'Assemblée Fédérale est élue « selon le système proportionnel »⁷⁴⁴. Enfin, tous les actes législatifs peuvent être « attaqués » *via* le référendum de l'article 141 de la Constitution⁷⁴⁵. Par conséquent, et même

⁷⁴² L'Administration Fédérale ne comprenant que sept départements, le Gouvernement ne comprend toujours que sept membres.

⁷⁴³ Kriesi H., *Le système politique Suisse*, Economica, 1998, p. 227 et s.

⁷⁴⁴ Constitution Fédérale, art. 149.

⁷⁴⁵ Pour rappel, il s'agit de la possibilité ouverte à quiconque réunissant 50.000 signatures d'attaquer un texte de loi dans les 100 jours qui suivent son adoption. De même, l'habitude prise par l'exécutif fédéral d'organiser une

si la Suisse connaît également une érosion de l'influence des partis politiques⁷⁴⁶, la légitimité démocratique des acteurs du contre-projet comme la circonstance que celui-ci ne soit pas imposé définitivement aux citoyens après son adoption permettent de justifier son existence.

676. Sans même aller jusqu'à évoquer les différences découlant du différentiel de taille entre la France et la Suisse, l'on mesure donc à quel point les facteurs de réussite du contre-projet helvète ne sont pas importables ici.

677. Pour les mêmes raisons, on ne peut ici retenir la terminologie Suisse aux termes de laquelle la notion de « contre-projet » renvoie à deux procédures différentes. En effet, le contre-projet indirect tel qu'il existe là-bas ne saurait, ici et dans notre cadre, être qualifié comme tel. Le fait qu'il ne puisse être remis en question par un référendum déclenché par les citoyens, les difficultés propres de notre pays en matière de relations politiques, la très faible représentativité des partis et donc de leurs élus, le poids du Gouvernement dans la procédure législative... tout ceci conduit à ce qu'un « contre-projet indirect » ne soit rien d'autre qu'une faculté d'interrompre la procédure octroyée aux élites politiques, donc à une dénaturation de l'initiative populaire.

678. Il s'agira donc simplement de s'inspirer des caractéristiques fondamentales du contre-projet, que nous allons par conséquent maintenant aborder.

2 : Comment s'assurer du respect du principe de la proposition initiale ?

679. Pour pouvoir parler de « contre-projet », deux conditions cumulatives sont nécessaires. *Primo*, le texte doit porter sur la même matière que celui de l'initiative. *Secundo*, il doit être soumis à la même votation. Le second point n'appelle pas de développements particuliers. L'on peut seulement indiquer qu'il serait plus opportun que les deux textes soient contrôlés ensemble pour s'assurer que cette concomitance soit assurée, le Conseil constitutionnel contrôlant la question posée, et disposant des moyens d'imposer sa décision au Président de la République, compétent pour organiser la votation. Le premier est à même de susciter plus de commentaires.

680. En droit suisse, comme nous l'avons déjà indiqué, le contre-projet n'est valide qu'à condition de partager la « même matière constitutionnelle »⁷⁴⁷ que la proposition. Philippe Rouquet explique cette notion ainsi : « *le simple fait pour le contre-projet de concerner la même matière que l'initiative ne semble pas suffisant pour que cette relation soit effective. La Constitution précise en effet dans son article [139 al. 5]⁷⁴⁸ que ce projet distinct est élaboré*

consultation des principales forces politiques, sociales et économiques du pays avant de lancer une procédure d'adoption d'un texte s'explique par la possibilité que ce texte soit attaqué par référendum.

⁷⁴⁶ Papadopoulos Y., « Démocratie directe, mobilisation, intégration », in. Duprat G. (dir.), *L'ignorance du peuple*, PUF, 1998, pp. 79-125.

⁷⁴⁷ Art. 101 LParl.

⁷⁴⁸ La Constitution ayant été intégralement révisée depuis lors, mais la disposition concernée étant toujours en vigueur, nous avons inséré la nouvelle numérotation.

dans la mesure où l'Assemblée Fédérale n'est pas d'accord avec l'initiative populaire : il ne peut donc s'agir que d'une reformulation des termes de l'initiative ou d'une réponse différente apportée à une question identique. Le contre-projet lie partiellement le Parlement qui a la possibilité d'atténuer fortement les buts de l'initiative, voire de la vider habilement de son sens ; il n'est lié que par l'objet, non par l'objectif »⁷⁴⁹. Dans une note insérée dans les propos précités, le même auteur donne l'exemple de l'initiative populaire de 1973 relative aux droits populaires en matières de conventions internationales : « [l'initiative] réclamait à la fois la soumission de tous les nouveaux traités internationaux au référendum et l'instauration du droit de référendum pour les traités déjà conclus ; le contre-projet de 1976 ne soumettait quant à lui que certaines catégories de nouveaux traités au référendum et renonçait totalement à l'autre facette de l'initiative »⁷⁵⁰.

681. On le voit, si la notion de « même matière » implique nécessairement un caractère « réactif » du contre-projet et donc un lien véritable, la nature de ce dernier reste assez large.

682. Il pourrait en aller de même chez nous. Il existe déjà, dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel relative au droit d'amendement, la notion d'amendement « non dépourvu de tout lien » avec le texte discuté au principal⁷⁵¹. Il a pu être admis, par exemple, des « amendements qui pouvaient s'inscrire dans le domaine de la loi discutée et non dans le cadre des dispositions précises examinées »⁷⁵². Dans la mesure où la logique même de la notion de contre-projet est de permettre, matériellement, un large éventail de réponses possibles, le caractère assez souple de la jurisprudence du Conseil en matière de droit d'amendement permettrait, à notre sens, d'obtenir un résultat satisfaisant tout en utilisant un objet juridique déjà bien connu.

683. Il n'y aurait nul besoin, en réalité, d'introduire expressément cette possibilité dans le texte détaillant la procédure de contre-projet⁷⁵³. Il suffit que celui-ci définisse le contre-projet comme, par exemple, « un texte adopté par voie parlementaire et constituant une alternative à la proposition mise en initiative, et entretenant à ce titre un lien matériel avec celle-ci ». Il est néanmoins possible, le cas échéant, d'ajouter que « ce lien s'apprécie sur le modèle de celui unissant les amendements aux textes qu'ils viennent modifier ».

⁷⁴⁹ Rouquet P., *op.cit.*, p. 267.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, note n° 218.

⁷⁵¹ Voir notamment Cons., const., Déc., n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, « Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature », JORF du 26 juin 2001 p. 10125 Rec. p. 63; Déc., n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, « Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel », JORF du 18 juillet 2001, p. 11506 Rec. p. 82.

⁷⁵² Fatin-Rouge Stéfanini M., Natale V., Nicot S., Ogier-Bernaud V., Oliva E., Pena-Gaïa A., Poracchia D., Capitani A., « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », RFDC 2005/3 (n° 63), p. 574. Par ailleurs, la décision commentée par l'article ici cité permet de bien cerner le cadre impliqué par cette jurisprudence. En l'espèce, il s'agissait d'une loi transposant une directive communautaire visant à l'ouverture du marché du gaz naturel. Dans ce cadre, le Gouvernement avait introduit un amendement « affectant la limite d'âge des dirigeants de l'ensemble du secteur public » excédant donc largement le seul secteur de l'énergie. Le Conseil Constitutionnel dans Cons., const., Déc., n° 2004-501 DC du 5 août 2004, JORF du 11 août 2004, p. 14337, Rec. p.134, a donc estimé « qu'il ressort des débats [que la modification en litige est] dépourvue de tout lien avec le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, qui comportait exclusivement des dispositions relatives au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières » cons. 23.

⁷⁵³ Qui serait probablement une loi organique, la révision constitutionnelle se bornant à en prévoir la possibilité.

684. Enfin, et puisque le contre-projet serait contrôlé par le Conseil constitutionnel au même titre que le texte de l'initiative⁷⁵⁴, l'on peut tout à fait envisager qu'un lien insuffisant soit sanctionné par l'annulation du contre-projet et l'impossibilité de soumettre à la votation un texte alternatif. Cette sanction devrait être prévue expressément par la loi organique.

685. Ces éléments sont ceux qu'il est absolument nécessaire de respecter pour pouvoir parler de contre-projet. Reste maintenant à aborder les aspects plus secondaires, mais indispensables pour donner forme à une procédure de ce type.

B : L'écriture du projet par une commission parlementaire

686. Le contre-projet est, matériellement comme formellement, un texte de loi non-encore adopté. Mais, si l'on prend le droit Suisse comme exemple, il ne découle pas de la compétence législative générale du Parlement, mais d'un titre de compétence octroyé dans le cadre de la procédure d'initiative populaire⁷⁵⁵.

687. En réalité, et quel que soit le pays considéré, il paraît difficile d'envisager le droit de proposer un contre-projet comme procédant nécessairement du pouvoir législatif général attribué au Parlement par la Constitution. En effet, si tel était le cas, le contre-projet serait de droit, même dans le silence des textes. Or, il s'agit d'un processus spécifique, puisque pour être qualifié comme tel le texte doit remplir des conditions particulières, sans quoi sa soumission au corps électoral lors de la même votation que le texte de l'initiative serait invalide⁷⁵⁶.

688. Dès lors, il est tout à fait possible, lors de la création de l'appareil normatif introduisant l'initiative populaire de prévoir, par un ensemble de dispositions, un régime spécifique et ce, à toutes les étapes de la procédure.

689. Ce qui justifie d'envisager le processus d'adoption du contre-projet comme un objet spécifique, et incite donc à ne pas se borner à renvoyer à la procédure législative ordinaire. S'agissant de sa naissance, cela concernera tant son lancement (1) que la formalisation en commission du texte appelé à être soumis en séance, objet qui appelle à développer le cadre de l'examen (2) qui devrait s'imposer à la procédure suivie (3).

⁷⁵⁴ Cf *infra*, n°753 et s.

⁷⁵⁵ Grisel E., *op.cit.*, p. 250.

⁷⁵⁶ L'on peut noter qu'il découle de cette observation que le Parlement conserve le droit de se saisir du texte de l'initiative et de l'adopter après l'avoir modifié. Simplement, cela ne serait d'aucun effet juridique sur le processus d'initiative populaire. Ce qui n'empêcherait nullement que le comité en tire les conséquences et retire sa proposition.

1 : L'initiative

690. Le droit d'initiative du contre-projet consiste en la faculté de saisir le Parlement de la discussion d'un texte de contre-projet. Et ce point pose question concernant son ou ses titulaires.

691. En effet, s'agissant d'un texte de loi de droit commun, cette compétence est exercée concurremment par le Gouvernement et les parlementaires⁷⁵⁷. Mais, dans notre hypothèse, cela conduirait à faire intervenir un acteur institutionnel supplémentaire, puisqu'aucun organe de l'exécutif n'est appelé à y participer⁷⁵⁸.

692. Là encore, les exemples étrangers ne sont pas pertinents. Le modèle italien ayant été exclu, et la Suisse - où le Conseil Fédéral dispose du droit de proposer à l'Assemblée un contre-projet - ne pouvant servir de modèle en raison des différences de légitimité démocratique entre leur gouvernement et le nôtre (déjà évoquées).

693. L'analyse du droit positif national n'offre guère plus d'indices. S'agissant d'une procédure spécifique, rien n'interdit d'envisager un régime particulier et, partant, d'exclure le Gouvernement du processus puisqu'il ne s'agit pas ici d'un corollaire de la compétence législative issue de l'article 39.

694. Il n'y a pas non plus de logique particulière qui permette d'orienter la décision, que ce soit dans les dispositions constitutionnelles en général⁷⁵⁹, ou dans la procédure en particulier, la variété des solutions étrangères en atteste.

695. Il nous semble cependant que les choix déjà opérés jusqu'ici permettent d'orienter le sens de la solution. En effet, nous avons jusqu'alors souligné les avantages d'une intégration institutionnelle encadrée des acteurs politiques dans le processus d'initiative populaire. En première analyse, l'intégration du Gouvernement ne paraît guère différente. Il reste donc à en analyser les possibles avantages et inconvénients.

696. S'agissant des inconvénients d'abord. Les objections de principe évoquées précédemment, s'agissant de l'intervention du Parlement, paraissent ici d'autant plus renforcées. En effet, des quatre autorités politiques nationales, le Gouvernement est celui dont la légitimité électorale est la plus faible. Cela vaut en général, mais cela vaut encore plus en particulier dans l'ordonnement de la Ve République. Non pas seulement parce que la qualité de représentant du Président de la République est douteuse⁷⁶⁰ mais, plus prosaïquement, parce que le contrôle exercé sur lui est assez faible, dominé par la figure du chef de l'Etat, donc d'un homme seul, dont par nature la capacité à incarner le pluralisme de

⁷⁵⁷ Article 39 de la Constitution de la Vème République.

⁷⁵⁸ Certes, le Président de la République y participe nécessairement, au moins en ce qui concerne la promulgation en cas d'adoption par référendum. Mais il s'agit d'une compétence liée, qui n'implique qu'un pouvoir très restreint sur l'ensemble du processus.

⁷⁵⁹ Puisque l'initiative populaire ne procède de la logique qui les irrigue et que de nombreuses révisions ont déjà contribué à en modifier le visage, fût-ce marginalement.

⁷⁶⁰ Voir not. Denquin J.-M., « Pour en finir avec la crise de la représentation » *Jus Politicum*, (n°4), 2010, p. 22 et s.

la politique nationale est très discutable. A ce titre, le Gouvernement est probablement l'institution qui a le moins vocation à intervenir.

697. Cependant, il est illusoire de penser qu'une simple interdiction de rédiger le texte entraînerait comme conséquence concrète que les contre-projets seraient rédigés ailleurs que dans les cabinets ministériels. Cela se pratique déjà pour les propositions de loi⁷⁶¹, et il n'y a aucune raison de penser qu'il en irait autrement ici.

698. La critique se situe donc exclusivement sur le plan symbolique. Cela n'est pas anodin car, d'une part, les symboles sont précisément des facteurs de légitimation, phénomène dont l'initiative populaire a profondément besoin, d'autre part ce plan symbolique est crucial pour la stabilité des institutions en général⁷⁶².

699. Seulement, concrètement, cette intervention peut apporter à la procédure de contre-projet.

700. En effet, le Gouvernement est « *techniquement mieux équipé [...] pour élaborer les textes que ne le sont les parlementaires.* »⁷⁶³. Il dispose de l'administration, et cette dernière est rouée aux usages de la légistique. En termes de qualité de rédaction, son expertise est incomparable. Et il s'agit d'un des objectifs poursuivis par le procédé du contre-projet : permettre à l'élite politique de soumettre un texte cherchant à atteindre les mêmes objectifs avec un texte techniquement plus viable, de leur point de vue. Certes, l'avis du Conseil d'Etat vise la même finalité, mais il s'agit plutôt d'assister les comités pour leur permettre de faire face au contrôle juridictionnel et de mieux ajuster leur texte à leurs objectifs. Notre hypothèse est ici différente, puisque la possibilité de soumettre un contre-projet à référendum est liée à l'intégration des acteurs politiques dans la procédure, et non à des considérations de qualité de la rédaction de la proposition d'initiative populaire.

701. Enfin, la portée de l'argument symbolique semble assez faible. La dichotomie institutionnelle entre le Parlement et le Gouvernement ne correspond pas totalement à la réalité de sa pratique. C'est devenu un lieu commun que d'affirmer que le *hiatus* s'opère entre l'opposition et la majorité⁷⁶⁴, c'est même une des causes avancées pour l'adoption d'un statut

⁷⁶¹ Vintzel C., *Les armes du gouvernement dans la procédure législative*, Dalloz, 2011, pp. 87-95.

⁷⁶² L'on peut, par exemple, citer Pierre Bourdieu et Loïc Wacquant qui expliquaient le fonctionnement du pouvoir symbolique ainsi : « *Le pouvoir symbolique, pouvoir de constituer le donné en l'énonçant, d'agir sur le monde en agissant sur la représentation du monde, ne réside pas dans les « systèmes symboliques » sous la forme d'une « force illocutionnaire ». Il s'accomplit dans et par une relation définie qui crée la croyance dans la légitimité des mots et des personnes qui les prononcent et il n'opère que dans la mesure où ceux qui le subissent reconnaissent ceux qui l'exerce* ». Bourdieu P., Wacquant L., *Réponses. Pour une anthropologie réflexive*, Paris, Seuil, « Libre examen », 1992, p. 123. L'important n'est pas que l'on soit d'accord ou non sur le fait que la « relation crée la croyance » mais sur le fait que la symbolique entretient une relation avec la légitimité. Voir également la notion de symbolisation telle qu'utilisée chez Ernst Cassirer dans son ouvrage majeur « *la Philosophie des formes symboliques* » qui est, selon le philosophe, un travail par lequel l'on attribue une signification aux phénomènes. Sur ce point voir Janz N., *Globus Symbolicus*, Kimé, 2001, p. 162. C'est grâce à ce mécanisme que la représentation symbolique de leur pouvoir par les institutions permet de contribuer à asseoir leur légitimité.

⁷⁶³ Avril P., « *Qui fait la loi ?* », *Pouvoirs*, (n° 114) 2005/09, p. 92.

⁷⁶⁴ Voir notamment Boyer V., « *Le Sénat, contre-pouvoir au bloc majoritaire ?* », *RFDC*, 2011/1, particulièrement pp. 41-43 et notes n°2 et n°8.

de l'opposition⁷⁶⁵. Et cette réalité est largement évoquée publiquement. On peut donc postuler qu'elle est connue et comprise d'une partie significative de l'électorat. Il semble donc improbable que la seule circonstance que le Gouvernement ne soit pas l'auteur formel du texte suffise à faire penser qu'il n'y a pris aucune part.

2 : Le cadre de l'examen en commission

702. Le poids du Parlement dans l'élaboration des textes de loi se mesure notamment au pouvoir de ses commissions dans ce processus⁷⁶⁶. C'est pourquoi, pour appréhender ici les rapports de force qui se noueraient autour de la rédaction d'un texte de contre-projet, il faut d'abord donner les éléments principaux du cadre dans lequel agissent les commissions parlementaires

703. La révision de 2008 a modifié l'article 42 de la Constitution, qui prévoit depuis que « la discussion des projets et des propositions de loi porte, en séance, sur le texte adopté par la commission saisie en application de l'article 43 [...] ». Ce renversement du principe qui prévalait jusqu'alors offre aux commissions, et donc au Parlement, une position « offensive » dans la discussion parlementaire, au sens où, étant en mesure d'imposer leurs vues au Gouvernement, elles sont mises en situation d'avoir l'initiative⁷⁶⁷.

704. Etant donné les objectifs visés par l'instauration d'un contre-projet, il serait intéressant que les commissions puissent y jouer pleinement leur rôle. Seulement, il n'est pas certain que le contre-projet relève aussi naturellement des « projets et propositions de loi » visés par l'article 42. Ou plus exactement, il est nécessaire de s'assurer que ce soit souhaitable. Ce point est d'autant plus essentiel que les étapes-clés de la procédure législative reposent sur ces notions.

705. Effectivement, le contre-projet, en tant qu'il est limité dans son domaine, conditionné par un acte extérieur, et peut nécessiter que certains points de procédure soient modifiés pour ce qui le concerne, peut être considéré comme un acte législatif *sui generis*. Cela permettrait de le faire déroger au droit commun du processus législatif, ce qui pourrait présenter un intérêt.

706. D'un autre côté, il se présente fondamentalement comme un texte de loi. Le Gouvernement et la majorité parlementaire peuvent être en désaccord sur son opportunité, son contenu... Ce qui rend pertinentes les notions de projet et de propositions de loi. En sus, cela s'inscrit dans la logique du processus. En effet, celui-ci est une affaire purement institutionnelle, dans la mesure où il n'est d'aucun effet direct sur le déroulé de la procédure

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ Il a ainsi pu être noté, à propos de la révision de l'article 42 opérée en 2008 : « Ainsi, les commissions législatives deviennent-elles désormais corédactrices des textes de loi d'origine gouvernementale. Ce rôle majeur conféré aux commissions dans le processus d'élaboration de la loi met, sur ce point, la France au diapason des États soucieux de la qualité et de l'efficacité du travail législatif. » Cartier-Molin T., « La portée du nouveau rôle législatif des commissions parlementaires », RDP, 2010, (n° 5), p. 1404.

⁷⁶⁷ Sur ce point voir Cartier-Molin T., *op.cit.* ; Urvoas J.J., « La lente mais irrépressible renaissance des commissions parlementaires », Pouvoirs, 2013/3, (n°146), pp. 23-25.

d'initiative populaire. Il est donc normal que le jeu institutionnel ordinaire lui soit applicable alors même que le reste du déroulé de l'initiative populaire y échappe pour l'essentiel. Enfin la loi organique peut prévoir un certain nombre de dispositions spécifiques si cela s'avère nécessaire.

707. En outre, le droit interne semble orienter en ce sens, pour autant que la comparaison soit valable. En effet, les propositions du troisième alinéa de l'article 11 obéissent au régime normal encadrant les propositions de loi. Et l'application de la procédure législative n'aurait pas, dans une initiative populaire, les mêmes funestes conséquences que sur l'initiative partagée⁷⁶⁸ puisque l'adoption du contre-projet ne conditionne pas la tenue de la votation.

708. Il semble donc raisonnable de considérer que les contre-projets se définissent comme projet ou proposition de loi à raison de l'auteur de l'acte. Par conséquent, et puisque seraient exclues du champ de l'initiative populaire, dans notre hypothèse, les matières budgétaires⁷⁶⁹, les commissions parlementaires disposeraient de la faculté d'élaborer le texte soumis en séance publique. En outre, et plus concrètement, cela permettrait, comme cela a pu être observé s'agissant des propositions et projets de lois « normaux », d'alléger la séance publique⁷⁷⁰, ce qui se répercuterait sur les délais d'adoption. Il faudrait donc qu'elles soient saisies, et le Gouvernement aurait donc la possibilité de demander la saisine d'une commission spéciale, en application du deuxième alinéa de l'article 43 de la Constitution. Mais cette disposition a un caractère résiduel⁷⁷¹, les mutations des rapports de force institutionnel lui ayant fait perdre de son intérêt, et il n'y a aucun caractère propre au contre-projet qui puisse amener à penser qu'il en ressusciterait l'usage. Il est donc inutile de lui consacrer d'amples développements.

709. L'autre élément important pour se figurer le cadre général applicable aux commissions parlementaires est le délai d'examen qui leur est accordé. Fixé à six semaines par le troisième alinéa de l'article 42⁷⁷², ce délai semble être un élément majeur de la qualité du travail effectué en commission⁷⁷³. Pour cette raison, il n'y a pas lieu d'envisager de prévoir un régime dérogoratoire pour le contre-projet sur ce point.

710. Néanmoins, ce délai peut être réduit si la procédure accélérée est engagée⁷⁷⁴. Etant donné l'impact que cette faculté offerte au Gouvernement a sur la procédure législative et la qualité de la loi⁷⁷⁵, il est évident qu'elle constitue un élément essentiel du cadre dans lequel se déroulera l'examen du contre-projet.

⁷⁶⁸ L'on vise ici essentiellement l'ensemble des mesures dilatoires permises par la procédure législative et qui, dans le cadre de l'initiative partagée où seule une lecture est obligatoire, conduisent à rendre toute la procédure totalement inopérante.

⁷⁶⁹ Cf. infra n°832 et s.

⁷⁷⁰ Urvoas J.J., *op.cit.*, p. 23.

⁷⁷¹ Voir Carcassonne G., *La Constitution*, éd., du seuil, 11^{ème} éd., 2013, p. 209.

⁷⁷² « La discussion en séance, en première lecture, d'un projet ou d'une proposition de loi ne peut intervenir, devant la première assemblée saisie, qu'à l'expiration d'un délai de six semaines après son dépôt. ».

⁷⁷³ Urvoas J., *op.cit.*, p. 25.

⁷⁷⁴ Art. 42, al. 4 Const.

⁷⁷⁵ Sur cet impact, voir Jan P., « La procédure accélérée : bilan de deux ans de mise en œuvre », LPA, 2011, (n°5), pp. 6-10 ; Fuchs O., « La procédure législative d'urgence », RDP, 2009/3, p. 761 et s.

711. Là encore, deux types de considérations s'opposent quant à la solution à adopter.

712. D'un côté, comme souligné précédemment, le contre-projet est un phénomène purement institutionnel, de sorte qu'il y a quelque logique à maintenir les éléments de droit qui encadrent le jeu institutionnel normal, d'autant que les rapports politiques tels qu'ils existent dans le cadre ordinaire et qui justifient ce régime ne sont pas changés par la seule nature singulière du contre-projet. Pour l'initiative populaire, l'important est surtout que le jeu politico-institutionnel n'ait pas d'impact sur l'issue référendaire et, par conséquent, la procédure accélérée ne devrait faire l'objet d'aucun aménagement spécifique dès lors que la non-adoption d'un contre-projet dans les délais n'empêche pas la votation. D'ailleurs, la procédure accélérée pourrait sembler nécessaire, puisqu'un délai d'adoption serait imposé.

713. Mais d'un autre côté, le référendum est un objet politique sensible, dont la qualité influe notablement sur les rapports politiques de représentation, comme l'exemple du référendum de 2005 sur le T.E.C.E l'a démontré. Or, cette qualité est conditionnée intégralement par les conditions dans lesquelles le processus se déroule. Le débat parlementaire fait partie de ces conditions. Et on sait, par ailleurs, que les gouvernements successifs ont une tendance à utiliser excessivement la procédure accélérée⁷⁷⁶. En outre, les enjeux politiques entourant le contre-projet sont légèrement différents. Il n'y a pas ici de nécessité de mettre en œuvre un programme élaboré pour la campagne présidentielle.

714. Il paraît donc difficile de trancher selon des éléments objectifs. Il nous semble donc qu'il vaut mieux, par souci de cohérence, continuer sur la dynamique déjà donnée à la procédure de contre-projet et, considérant qu'il s'agit d'une réaction des élites politiques à un « *output* » « d'en bas », laisser cette réponse s'inscrire dans le cadre des rapports institutionnels « normaux ». Par conséquent, on appliquera là encore le droit commun aux contre-projets, et l'article 45 pourra donc jouer son plein effet. Il est cependant nécessaire d'indiquer qu'en donnant plus de poids au Sénat⁷⁷⁷ comme au Gouvernement⁷⁷⁸ dans la procédure législative, ce choix renforce les institutions les plus éloignées de la légitimité électorale, mettant ainsi l'accent sur les aspects les moins « démocratiques » du régime. Cela renforce le caractère de réponse des institutions « élitistes » du contre-projet.

715. Les éléments principaux du cadre étant posés, reste à aborder brièvement les points les plus marquants de l'examen en commission.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 68.

⁷⁷⁷ D'après Pascal Jan, qui affirme que, puisque la procédure accélérée a notamment pour conséquence d'augmenter le nombre de CMP à l'issue d'une seule lecture dans chaque assemblée, ce qui : « [...] renforce en effet considérablement la position institutionnelle du Sénat dans la confection de la loi [...]. Cette conséquence tient à l'absence de dialogue sur les amendements présentés et adoptés par la seconde chambre saisie, le plus souvent le Sénat [...]. La première chambre saisie ne débattrait pas de ces amendements de la seconde assemblée saisie sauf pour ceux-ci à ne pas passer le filtre de la commission mixte paritaire. Les sénateurs peuvent ainsi défigurer un texte adopté par les députés sans que ceux-ci ne puissent réagir ». Jan P., *op.cit.*, p. 9.

⁷⁷⁸ L'opposition conjointe des deux conférences des présidents de chaque assemblée, nécessaire pour s'opposer à la procédure accélérée est, en effet, très difficile à concrétiser, en raison des rapports entre la majorité et le Gouvernement, et à la faiblesse corrélatrice de l'opposition.

3 : La procédure d'examen en commission

716. **L'attribution du texte à une commission.** Comme l'article 43 de la Constitution implique une certaine automaticité dans la saisine des commissions⁷⁷⁹, celle-ci est un exercice purement formel. Le Président de l'Assemblée concernée saisit la commission compétente⁷⁸⁰, la compétence s'appréciant en fonction du périmètre matériel défini dans l'intitulé de la commission⁷⁸¹. Il n'y a là rien de particulier à noter, si ce n'est la possibilité, déjà indiquée, de demander comme alternative la constitution d'une commission spéciale, faculté tombée en désuétude. Soulignons enfin une évidence : la Commission n'est saisie qu'après dépôt d'un texte sur le bureau de l'une ou l'autre assemblée. Nous avons déjà dit que ce texte pourrait être soumis par un parlementaire comme par le Gouvernement. Par ailleurs, sur un plan matériel, il va de soi que ce texte devrait agir dans le même domaine que l'initiative. Par conséquent, il pourrait tout à fait être une copie conforme du texte du comité, la procédure législative ayant dans ce cas pour but de l'amender en profondeur.

717. **L'attribution du texte à un rapporteur.** Une fois la commission désignée, un rapporteur est désigné, généralement au sein des députés appartenant à la majorité⁷⁸². Comme il joue un rôle fondamental, cette désignation est un moment politique important⁷⁸³. Il est chargé du pilotage du texte tout au long du processus législatif, et son rapport est toujours lu avec attention.

718. Il n'y a rien de notable dans la procédure d'examen qui puisse influencer sur la procédure d'initiative populaire, même s'il faut signaler que le vote s'y fait à la majorité relative de ses membres présents. Deux aspects, peut-être et sans être essentiels, peuvent susciter un intérêt. Il s'agit de l'absence de limitation du temps de parole et du ton par conséquent libre qui caractérisent les commissions⁷⁸⁴, sans compter la présence du Gouvernement aux séances⁷⁸⁵, *via* les ministres qui en font la demande.

719. Le premier point permet aux débats de revêtir une certaine qualité⁷⁸⁶. Le second renforcerait la collaboration institutionnelle autour du contre-projet, même si cette participation peut parfois se transformer en combat politique⁷⁸⁷. Cependant, cela confère du poids au Gouvernement sur l'examen en commission. Et ce d'autant plus que le Conseil Constitutionnel a jugé que sa présence y était nécessaire, notamment, car « *d'après les articles 40 et 41, le Gouvernement peut s'opposer, dès l'examen en commission, à la recevabilité des propositions et amendements lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques soit la création ou l'aggravation d'une charge*

⁷⁷⁹ « Les projets et propositions de loi sont envoyés pour examen à l'une des commissions permanentes [...] ».

⁷⁸⁰ Art. 85 al. 1 R.A.N. Art. 16 al. 1 R.S.

⁷⁸¹ Il y en a huit à l'Assemblée Nationale, sept au Sénat.

⁷⁸² Mauguin-Helgeson M., *L'élaboration parlementaire de la loi, étude comparative*, Dalloz, 2006, p. 169. Phénomène toujours d'actualité d'après Jean-Jacques Urvoas, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁸³ Urvoas J.J., *op.cit.*, p. 25.

⁷⁸⁴ Ceci découle du fait que l'organisation des débats au sein d'une commission est assurée par son bureau. Voir art. 41 RAN.

⁷⁸⁵ Art. 45 RAN ; Art. 18 RS.

⁷⁸⁶ Urvoas J.J., *op.cit.*, p. 27.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 24.

publique, et lorsque ces propositions ou ces amendements ne sont pas du domaine de la loi ou sont contraires à une délégation accordée en vertu de l'article 38 »⁷⁸⁸ ce qui, compte tenu de la contrainte que représentent les irrecevabilités financières de l'article 40⁷⁸⁹, donne un certain pouvoir au Gouvernement sur la commission.

720. **L'issue de l'examen.** Les commissions peuvent adopter en l'état, modifier, ou rejeter un texte⁷⁹⁰. Dans cette dernière hypothèse, c'est la deuxième partie du premier alinéa de l'article 42 qui s'applique : la discussion en séance s'engage sur le texte dont l'assemblée a été saisie.

721. Les débats sont publics ainsi que les comptes-rendus à l'Assemblée Nationale⁷⁹¹, mais pas au Sénat⁷⁹², même si chaque commission peut y décider de rendre ses travaux publics⁷⁹³.

722. Au bilan, l'examen du contre-projet par une commission parlementaire peut parfaitement se dérouler dans les conditions de droit commun, sans que cela n'affecte la procédure.

723. Reste quand même la question des délais d'examen. En effet, un examen « normal », c'est-à-dire sans que la procédure accélérée ne soit déclenchée, prend six semaines pour la première chambre saisie, quatre pour la seconde, et donc dix semaines - deux mois et demi - pour qu'une commission dans chaque chambre soit en état de présenter un texte à son assemblée. Ce qui représente près d'un tiers du temps total envisagé. Il ne semble pas, pourtant, que ce soit réellement un problème. En effet, le temps moyen d'examen complet d'un texte - de son dépôt à son adoption - était de 246 jours pour la XIIIème législature⁷⁹⁴, soit un peu moins de neuf mois de session. Même si celle-ci n'a connu le temps minimum alloué aux commissions qu'à compter de mai 2009, ce chiffre reste un indicateur assez pertinent puisque la législature a encore continué presque trois ans après cette date. On voit bien qu'à ce stade, le délai de neuf mois de session reste praticable. Reste à voir s'il en est toujours ainsi à l'issue de l'étude la séance publique et de ses suites.

⁷⁸⁸ Cons., const., Déc., n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, « Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution », JORF du 16 avril 2009 p.6530, Rec. p. 84.

⁷⁸⁹ Kerléo J-F., « Plaidoyer en faveur d'une réforme de l'article 40 de la Constitution », RFDC, 2014/3, pp. 507-531; voir également Gariazzo O., « Article 40 », in. Conac G et Luchaire F. (dir.), La Constitution de la République Française, Economica, 3^{ème} éd., 2008, pp. 1010-1013.

⁷⁹⁰ Voir art. 86, al. 3 R.A.N, art. 42, al. 6 RS.

⁷⁹¹ Art. 46 al. 1 RAN.

⁷⁹² Art 16. al. 5 RS.

⁷⁹³ Art. 16 al. 11 RS.

⁷⁹⁴ D'après Jan P., *op.cit.*, p. 8.

II : L'adoption du contre-projet

724. Pour que son adoption soit complète, un texte de loi doit être approuvé selon les formes dans chaque assemblée. Il en irait de même pour le contre-projet. S'il est indispensable d'évoquer ici les aspects possiblement problématiques pour l'initiative populaire de ce processus, l'aborder dans tous ses composants et détails serait aussi fastidieux qu'inutile. On se concentrera sur les aspects susmentionnés. En l'occurrence, la question des acteurs et des rapports de force qui les lient se pose essentiellement quant à la structuration de la séance (A) et quant au principe et à l'organisation du bicamérisme (B).

A : Les grands traits de la séance publique

725. Pour que le contre-projet soit discuté en séance publique, il devrait d'abord être inscrit à l'**ordre du jour**. Élément clé de la maîtrise du calendrier parlementaire, l'ordre du jour a longtemps été, sous la Ve République, totalement dominé par le Gouvernement, qui y bénéficiait d'une priorité « *à peu près absolue et inconditionnelle* »⁷⁹⁵. Le constituant de 2008 a entendu y mettre un terme, en révisant l'article 48 de la Constitution de façon à en inverser le principe : les « *assemblées parlementaires redeviennent maîtresses de leur ordre du jour* »⁷⁹⁶. Il dispose en effet en son premier alinéa que « sans préjudice de l'application des trois derniers alinéas de l'article 28⁷⁹⁷, l'ordre du jour est fixé par chaque assemblée ». Le principe qui prévalait jusqu'alors est donc bien inversé. Néanmoins, le Gouvernement y conserve un poids très significatif, d'une part car la moitié du temps disponible reste à sa disposition⁷⁹⁸, d'autre part car il bénéficie en outre de « super-priorités »⁷⁹⁹ pour des textes particuliers⁸⁰⁰. Ces « super-priorités » ont parfois conduit à ce que l'ordre du jour réservé au Gouvernement « déborde » sur les semaines réservées aux parlementaires, aboutissant à ce que ces derniers soient privés d'une partie d'un temps qui leur est en principe réservé. Ces aménagements, comme la pratique de l'article 48 tel que révisé, conduit la doctrine à porter un jugement nuancé sur la réussite de cette nouvelle rédaction, que Stéphanie Douteaud résume par la formule « *des efforts, mais peut mieux faire* »⁸⁰¹. Par conséquent, l'inscription à l'ordre du jour, tout en restant en partie maîtrisée par le Gouvernement, est tout de même largement plus ouverte qu'avant aux parlementaires, par le biais de la conférence des

⁷⁹⁵ Carcassonne G., *op.cit.*, p. 237.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ Qui concernent, rappelons-le, le régime de la séance ordinaire du Parlement.

⁷⁹⁸ Nous paraphrasons ici Guy Carcassonne qui commente ainsi, dans son ouvrage *op. cit.*, le deuxième alinéa de l'article 48 qui dispose que « deux semaines de séance sur quatre sont réservées par priorité, et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, à l'examen des textes et au débat dont il demande l'inscription à l'ordre du jour ».

⁷⁹⁹ Douteaud S., « Un an de gestion parlementaire du nouvel article 48 de la Constitution », RFDC, 2011/3, p. 521.

⁸⁰⁰ Il s'agit de ceux listés au troisième alinéa de l'article 48, à savoir : « En outre, l'examen des projets de loi de finances, des projets de loi de financement de la sécurité sociale et, sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, des textes transmis par l'autre assemblée depuis six semaines au moins, des projets relatifs aux états de crise et des demandes d'autorisation visées à l'article 35 est, à la demande du Gouvernement, inscrit à l'ordre du jour par priorité. ».

⁸⁰¹ Douteaud S., *op.cit.*, p. 546.

présidents... ce qui ne bénéficie qu'à la majorité et « *la met en mesure, si nécessaire, d'offrir au gouvernement le temps supplémentaire dont il peut avoir besoin* »⁸⁰². Certes, l'article 48 prévoit également, en son cinquième alinéa, un accès à l'ordre du jour au bénéfice de l'opposition⁸⁰³, mais, jusqu'ici, la pratique a largement mis cette disposition en échec, ce qui amène Guy Carcassonne à formuler le constat suivant : « *où l'on voulait offrir à l'opposition l'occasion d'un débat véritable, l'on n'a vu qu'une séance réunissant dans l'hémicycle les seuls élus de l'opposition, appelés à vainement bavarder entre eux* »⁸⁰⁴.

726. Ce bref panorama de la pratique du « nouvel ordre du jour » de l'article 48 permet de faire ressortir les trois aspects les plus saillants de la séance publique : place résiduelle de l'opposition et donc prépondérance de la majorité, au sein de laquelle le Gouvernement est dominant, et contingence de temps permettant de restreindre, au-delà de ce que le texte laisse à penser, l'accès des parlementaires à l'ordre du jour des assemblées.

727. Ces trois phénomènes se retrouvent lors de la discussion elle-même.

728. La séance publique au Parlement français « *repose sur une distinction nette entre discussion générale et discussion des articles* »⁸⁰⁵. La discussion générale est un « débat d'ensemble sur le texte [qui] trace les grandes lignes politiques suscitées par le projet ou la proposition de loi »⁸⁰⁶. La discussion des articles, quant à elle, consiste en « *l'examen détaillé du texte, matérialisé par un travail de modification de ses différentes dispositions* »⁸⁰⁷. C'est cette phase que la révision de l'article 42 a conduit à alléger car, avant la révision de 2008, elle était caractérisée par la technicité des débats qu'elle occasionnait, ce que la discussion sur le texte de la commission a permis de modifier, comme déjà indiqué.

729. Or, l'une comme l'autre phase sont marquées par les trois aspects déjà soulignés lors de l'évocation de l'ordre du jour.

730. **La discussion générale** s'ouvre sur l'audition du Gouvernement pour les projets de loi, celle du rapporteur de la Commission pour les propositions⁸⁰⁸. Leur temps de parole est libre. Il en va différemment des parlementaires souhaitant intervenir en séance. En effet, au Sénat, leur intervention est limitée directement par le règlement à deux minutes et demie⁸⁰⁹, mais la Conférence des présidents peut décider d'organiser la séance, auquel cas un temps global d'intervention est attribué à chaque groupe⁸¹⁰. Ce dispositif existe également à l'Assemblée, mais le temps de parole n'est pas automatiquement limité, sauf organisation de la séance par la Conférence des Présidents⁸¹¹. En outre, les amendements déposés après que la Commission a tenu sa dernière réunion ne sont plus recevables après le début de la séance

⁸⁰² Carcassonne G., *op.cit.*, p. 238.

⁸⁰³ « Un jour de séance par mois est réservé à un ordre du jour arrêté par chaque assemblée à l'initiative des groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'à celle des groupes minoritaires. ».

⁸⁰⁴ Carcassonne G., *op.cit.*, p. 238.

⁸⁰⁵ Manguin-Helgeson M., *op.cit.*, p. 224.

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁸⁰⁸ Art. 90 al. 2 RAN, 42 al. 2 RS.

⁸⁰⁹ Art. 42 al. 8 RS. L'article prévoit des exceptions en fonction des situations.

⁸¹⁰ Art. 29 ter RS.

⁸¹¹ Art. 49 RAN.

publique⁸¹². Ce point, justifié par le renforcement des commissions permanentes, permet non seulement de renforcer la maîtrise de la majorité parlementaire sur la procédure, mais également celle du Gouvernement. En effet, en donnant aux commissions le pouvoir d'élaborer le texte présenté en séance, alors que la majorité y domine, on leur donne plus de poids ; et en restreignant le droit d'amendement en séance, l'on renforce le Gouvernement en le protégeant des tentatives d'obstruction⁸¹³. *In fine*, l'on augmente le pouvoir de la majorité prise dans son ensemble sur la séance.

731. Le même phénomène s'observe dans la **discussion sur les articles**. Ce moment est important puisque les parlementaires discutent avec le Gouvernement de chaque article qui compose le texte ainsi que chaque amendement qui s'y rapporte. Il renvoie donc singulièrement au droit d'amendement, et plus spécifiquement au droit d'amendement en séance. Le Gouvernement dispose de nombreuses armes contre ce droit, constitutionnellement garanti à chaque parlementaire comme au Gouvernement par l'article 44 de la Constitution. La plus connue - mais l'une des moins utilisées⁸¹⁴ - est la procédure dite du « vote bloqué », prévue par le troisième alinéa de l'article 44, et qui permet de placer l'assemblée « *devant une alternative : ou bien elle adopte le texte tel qu'il est proposé par le Gouvernement ; ou bien elle le rejette. Mais elle ne peut pas l'adopter en le modifiant par des amendements auxquels le Gouvernement n'a pas donné son accord. En d'autres termes, le vote bloqué aboutit à restreindre considérablement le droit d'amendement qui est la principale forme d'initiative législative restant à la disposition des parlementaires* »⁸¹⁵. Par conséquent, « à l'entrée » comme « à la sortie » le Gouvernement et sa majorité maîtrisent largement le droit d'amendement et donc ses conséquences.

732. Autrement dit, la séance publique est dominée par la figure du Gouvernement ainsi que par celle de la majorité - *via* la Conférence des Présidents - et par la contingence de temps, très présente dans les règlements comme dans les débats. Il s'agit d'un espace de débat très organisé et très contraint. Certes, il est toujours possible, avant la tenue de la discussion proprement dite, de soumettre des motions tendant au rejet du texte sans examen ; cependant l'adoption de celles-ci est bien sûr soumise à toute l'Assemblée, et donc possible pour la seule majorité. En définitive, le moment de discussion politique que constitue la discussion générale est, du point de vue des parlementaires, un moment où il est très difficile d'obtenir des leviers d'actions sur ce qu'il s'y passe.

733. Il est difficile, sinon impossible, d'envisager une procédure législative « spécifique » qui permettrait une autre expression parlementaire plus libre en séance. D'une part, il est douteux que, juridiquement, cela soit faisable, tant sont nombreux les principes et dispositions constitutionnelles qu'il faudrait suspendre pour parvenir à une solution satisfaisante : du droit qu'a le Gouvernement à écarter les amendements non-soumis en commission, à ses

⁸¹² Art. 13, Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JORF n°0089 du 16 avril 2009 p. 6528.

⁸¹³ Le raisonnement a été initialement tenu par Pierré-Caps S., « Une révision constitutionnelle en trompe-l'œil ou la constitutionnalisation du présidentielisme majoritaire », *Politeia*, (n° 15), 2009, pp. 313-314.

⁸¹⁴ Hamon F., Troper M., *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 31^{ème} éd., 2009, p. 783. Les auteurs parlent d'une ou deux utilisations par an.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 782.

prérogatives des articles 44, 49 (notamment), en passant par les irrecevabilités financières de l'article 40... D'autre part, il n'est pas certain que cela soit souhaitable. Il n'y a pas véritablement de plus-value à favoriser la libre action des parlementaires et, à supposer que cela soit faisable, il n'est pas certain que cela soit utile puisque le fait majoritaire, facteur majeur de discipline parlementaire, n'est pas vraiment lié à la procédure législative.

734. En outre, un survol de certaines conséquences du bicamérisme renforce ces considérations.

B : Le bicamérisme

735. Puisqu'il suit le cours normal de la procédure législative, le contre-projet est logiquement soumis à la logique bicamérale du Parlement. En outre, l'article 45 ne permet pas d'envisager que, par exception, le Sénat soit exclu du dispositif, et une révision constitutionnelle en ce sens créerait à n'en pas douter une incohérence institutionnelle qui ne serait pas réellement justifiée, au moins dans la mesure où il s'agirait d'une première. Si exclure le Parlement d'un dispositif débouchant sur l'adoption d'une loi peut être conforme à la dynamique de l'initiative populaire, n'exclure qu'une fraction de celui-ci n'aurait guère de sens, *a fortiori* alors que le Gouvernement est inclus dans la procédure⁸¹⁶.

736. **Le principe dit de la « navette »**, posé par le premier alinéa de l'article 45⁸¹⁷ a une conséquence aussi simple que redoutable : « *l'adoption d'un texte identique, à la virgule près* »⁸¹⁸, par chaque chambre. Simple parce que le mécanisme est très facile à comprendre, une fois le texte adopté dans une assemblée, il est transmis à l'autre, qui, en suivant une procédure très similaire, l'adoptera à son tour. Si elle l'accepte en l'état, le texte est adopté. Si elle le modifie, il est transmis à la première assemblée pour qu'elle se prononce sur ses modifications (les articles n'ayant pas été modifiés « *sortent de la discussion* »⁸¹⁹). Redoutable parce qu'en cas de désaccord, le nombre de lectures peut devenir très important, aucune limite n'étant fixée par un texte de sorte que le temps d'examen peut être très long. Or, ce désaccord peut persister, d'autant plus que, le droit d'amendement restant ouvert sur les articles en discussion, les parlementaires disposent d'un moyen de freiner le texte.

737. Face à cela, les assemblées ne peuvent **forcer la décision** que si le texte est une proposition de loi. En effet, dans cette hypothèse, les présidents de chaque assemblée peuvent, conjointement, « provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargé de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion »⁸²⁰. Le Premier Ministre seul (il s'agit d'une compétence propre), quant à lui, peut faire la même chose, que le texte soit un projet ou une proposition de loi⁸²¹. Ces commissions mixtes paritaires - ci-après CMP - ne peuvent être

⁸¹⁶ Ce qui déjoue toute justification de l'exclusion du Sénat par son déficit de légitimité électorale

⁸¹⁷ « Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique ».

⁸¹⁸ Carcassonne G., *op.cit.*, p. 219.

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 221.

⁸²⁰ Art. 45, al. 2 Const.

⁸²¹ *Idem.*

réunies qu'à l'issue de deux lectures par chaque assemblée, ou une seule si le Gouvernement déclenche la procédure accélérée⁸²². Là encore, il est le seul participant à la procédure législative à disposer de prérogatives lui permettant de débloquent une situation conflictuelle. Ceci s'explique par le fait qu'il n'est « *normalement pas représenté en CMP* »⁸²³, en échange de quoi il est habilité à proposer des amendements au texte proposé par la CMP⁸²⁴. Il peut également accepter des amendements parlementaires. C'est d'ailleurs la seule voie par laquelle les parlementaires peuvent amender le texte de la CMP, le droit d'amendement leur étant normalement fermé⁸²⁵. Certes, depuis la révision de 2008, les conférences des présidents des deux assemblées peuvent s'opposer à la décision mais « *en pratique, cela ne devrait pas changer grand-chose car, compte tenu de l'appui politique dont le gouvernement dispose toujours à l'Assemblée nationale, il est peu probable qu'il se heurte souvent à l'opposition conjointe des deux conférences des présidents* »⁸²⁶.

738. La constitution d'une CMP peut donc se faire assez rapidement. Cependant, Guy Carcassonne souligne que « l'on ne doit pas chercher par tous les moyens un succès s'il doit être fragile : son rejet ultérieur par l'une des deux assemblées ferait plus de temps qu'un échec immédiat de la CMP »⁸²⁷. En effet, même en cas de difficultés entre le Gouvernement et une partie de la majorité, cela serait probablement insuffisant pour obtenir une opposition conjointe : il faudrait véritablement une « fronde » ultra-majoritaire au sein de la majorité parlementaire.

739. C'est notamment pour cela qu'une fois que la CMP est parvenue à un compromis, l'adoption est, d'après Guy Carcassonne « une affaire de minutes »⁸²⁸. Cependant, il s'agit là d'un constat tiré de la pratique. Il est néanmoins possible que la CMP ne parvienne pas à un accord. Même si elle y parvient, les chambres peuvent ne pas adopter le texte issu de cet accord, l'alinéa 3 de l'article 45 prévoyant en effet une nouvelle lecture par chaque assemblée sur le texte issu de la CMP. Dans ces deux hypothèses, seul le Gouvernement peut agir, en enclenchant la procédure dite « du dernier mot », encadrée par le dernier alinéa de l'article 45, et qui consiste en ce que le Gouvernement demande « à l'Assemblée Nationale de statuer définitivement »⁸²⁹. Cette procédure est presque toujours possible⁸³⁰. Elle implique une ultime lecture par chaque assemblée ainsi que la faculté donnée à l'Assemblée Nationale de voter pour son texte initial ou pour le texte issu de la CMP.

740. On le voit, s'il est vrai que le Gouvernement dispose d'un certain nombre d'armes pour contrer une éventuelle opposition du Sénat, cela implique du temps. Or, dans le cadre du

⁸²² *Idem.*

⁸²³ Carcassonne G., *op.cit.*, p. 221.

⁸²⁴ *Ibid.*

⁸²⁵ Art. 45, al. 3 Const.

⁸²⁶ Hamon F., Troper M., *op.cit.*, p. 786.

⁸²⁷ Carcassonne G., *op.cit.*, p. 221.

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ Art. 45 al. 4 Const.

⁸³⁰ A l'exception des lois constitutionnelles (art. 89 al. 2 Const.) -mais elles n'entrent pas dans le cadre de notre hypothèse- des lois organiques relatives au Sénat (art. 46 al. 4 Const.) ou au droit de vote et d'éligibilité des ressortissants de l'U.E aux élections municipales (art. 88-3 Const). On le voit, il s'agit d'hypothèses assez restreintes.

processus de contre-projet, le temps est précisément la contingence majeure. Par conséquent, le Sénat y disposerait d'un poids relativement plus important que celui dont il dispose dans le cadre ordinaire, où la question du temps n'est pas directement liée à une obligation juridique.

741. Puisque par ailleurs, le cadre constitué par la procédure législative avantage le Gouvernement - dès lors que l'on raisonne en terme de faculté à faire adopter les textes issus de sa volonté, la question du contrôle ne nous intéressant pas ici - cela conduit à faire de l'Assemblée Nationale l'acteur institutionnel le plus désavantagé, au sens où elle serait le moins en capacité de faire aboutir, ou échouer, un contre-projet.

742. Néanmoins, cette circonstance résulte d'un agencement politique pérenne qui est celui de la Ve République, et de la logique de « bloc majoritaire » qui en résulte⁸³¹ puisque si la majorité parlementaire se désolidarise d'un bloc du Gouvernement, elle peut juridiquement, non seulement s'opposer à sa politique, mais le renverser. Ainsi, la faiblesse de l'Assemblée dans le processus de contre-projet serait seulement la conséquence inévitable du fait d'organiser une réponse institutionnelle à l'initiative.

743. C'est pourquoi les considérations précédemment exprimées, relativement au Sénat, ne nous conduisent pas à conclure à la nécessité d'un délai plus long.

744. Par conséquent, et au vu de l'ensemble des considérations jusqu'ici exprimées, le délai de neuf mois de session nous paraît praticable. Comme déjà indiqué, il est à peine inférieur au délai moyen d'adoption des lois sous la XIIIe législature⁸³², rapporté par Pascal Jan. En outre, l'objet du processus de contre-projet est de produire une réponse institutionnelle de qualité, ce que le délai de neuf mois n'empêche pas. En réalité, ce délai emporterait deux conséquences. Primo, il bousculerait le calendrier parlementaire préexistant. Cependant, étant donné le temps qui se serait écoulé en amont de l'examen par le Parlement, la question de l'opportunité d'adopter un contre-projet pourrait aisément être anticipée, ce qui nuance largement ce point. Secundo, cela pourrait nuire à la qualité de la délibération. Seulement, en réalité, le Parlement n'est pas véritablement un espace de délibération⁸³³, hormis peut-être au sein ses commissions, et ceci résulte en partie de l'ensemble de l'espace politico-institutionnel au sein duquel il agit⁸³⁴. S'agissant de la qualité des débats, l'essentiel est donc de maintenir intact le délai offert aux commissions, de sorte que l'impact d'un délai restreint sur la qualité du contre-projet, comme celle du cheminement suivi pour son adoption, est assez restreinte.

745. Au bilan, l'adoption d'un contre-projet serait dominée par la figure du Gouvernement, soutenu par sa majorité parlementaire, et le seul frein véritable serait aux mains du Sénat. Ce qui résulte d'une procédure législative où, hormis peut-être la question du Sénat, ces mêmes constats sont largement valables. En effet, tout cela n'est pas nécessairement choquant, et il ne

⁸³¹ Sur la notion de bloc majoritaire, v. Boyer V., « Le Sénat, contre-pouvoir au bloc majoritaire ? », RFDC, 2011/1, p. 42.

⁸³² Cf *supra*.

⁸³³ « [...] *Le parlement n'est tout simplement pas le lieu par excellence de la délibération, mais, au contraire, le lieu spécifique où la délibération est arrêtée par le comptage des voix ; il est donc une part et une simple part, quelque indispensable qu'elle soit, d'un réseau dialogique* ». Ferrié J-N., Dupret B., Legrand V., « Comprendre la délibération parlementaire », Rev. Fr. Sc. Pol., 2008/5, p. 804.

⁸³⁴ *Ibid.*

s'agit nullement ici de dénoncer cet état de fait car « il est dans la nature du travail parlementaire d'être contraint »⁸³⁵. De plus, il est de la nature même du régime représentatif que les décisions prises au sein du Parlement soient souvent rédigées, pensées, anticipées ailleurs⁸³⁶. Simplement, il est important de noter que la contrainte institutionnelle qui s'exerce sur le Parlement, et singulièrement sur l'Assemblée nationale, est extrêmement forte ; que, par conséquent, le contre-projet, puisqu'il est adopté par voie législative parlementaire, serait l'objet du jeu politique ordinaire. Aussi, il est indispensable pour l'initiative populaire dans son ensemble que le déroulé du processus ne puisse être impacté par ce phénomène. Par ailleurs, constater ce point permet également de souligner, moins abstraitement que précédemment, la vertu principale du procédé de contre-projet : il permet une réponse institutionnelle sans que celle-ci n'influence le processus d'initiative.

746. Enfin, envisager le contre-projet comme un processus autonome permet de maintenir l'application normale de la procédure législative ordinaire sans que les caractéristiques de cette dernière ne soient problématiques pour l'initiative populaire. Dès lors, les armes du gouvernement dans la procédure législative, celles de la majorité et tous les aspects évoqués précédemment, peuvent être vus comme des facteurs facilitant tant l'adoption d'un contre-projet que, surtout, le fait que celle-ci se fasse dans des délais raisonnables.

747. Mais dès lors que l'on imagine que l'adoption du contre-projet conditionne la poursuite de la procédure (par exemple en prévoyant, comme sanction à l'absence de texte définitif soumis dans les délais, la suspension de la votation), reviennent les considérations tenant à la légitimité d'acteurs institutionnels - et notamment le « bloc majoritaire » - à geler un processus dont ils sont, en principe, exclus.

748. Autrement dit, le contre-projet ne devient un facteur d'amélioration de la procédure qu'à la double condition que son cheminement n'influe pas outre-mesure sur celui de l'initiative populaire, et qu'il suive la procédure classique d'adoption de norme.

749. Il serait donc nécessaire :

- De prévoir un délai maximal d'adoption.
- De permettre le dépôt dès la validation des signatures.
- De suivre la procédure législative ordinaire.
- De prévoir comme sanction au non-respect des délais l'impossibilité de soumettre un contre-projet à la votation.

750. Ces quatre points constitueraient les bornes fondamentales, fixant le cadre du processus de contre-projet, et permettant que ce dernier s'insère fluidement dans l'initiative populaire.

751. On peut noter qu'une telle démarche permet en outre de mettre en lumière la grande plasticité d'un instrument dont l'association avec des épithètes politiquement chargés conduit parfois à ce qu'il soit perçu de façon monolithique. Ceci se manifeste notamment par la

⁸³⁵ *Ibid.*, p. 808.

⁸³⁶ Manin B., *Principes du Gouvernement représentatif*, Calmann-Lévy, 1995, p. 242 et s.

circonstance qu'en fonction des choix opérés dans sa traduction, découlent des inflexions différentes dans la direction prise entre « élitisme » et « populisme »⁸³⁷. Ainsi, l'intervention parlementaire peut parfaitement se concilier avec un le procédé d'initiative populaire en en respectant le principe directeur. Conjugée à la consultation du Conseil d'Etat, l'immixtion du Parlement nous semble de nature à répondre, au moins en partie, à l'absence dans le processus d'une véritable délibération approfondie. De la première naîtrait une obligation de discussion sur rédaction et l'organisation interne du texte, quand la seconde maintiendrait ouverte la possibilité d'un débat politique dans les conditions ordinaires d'un régime représentatif. Ces éléments paraissent susceptibles de favoriser l'institutionnalisation du processus, notamment eu égard à toutes les possibilités d'influencer le fond comme la forme du texte dans le cadre des interventions telles qu'on les a envisagées. C'est donc une proposition plusieurs fois repensée qui serait contrôlée par le Conseil constitutionnel, contrôle qu'il convient à présent d'aborder.

⁸³⁷ « Tous les systèmes démocratiques oscillent dans leur fonctionnement entre deux pôles : d'un côté les tendances à l'élitisme, de l'autre celles au populisme » ; Papadopoulos Y., Démocratie directe, mobilisation, intégration in. Duprat G. (dir.) L'ignorance du peuple, PUF, 1998, p. 118.

CHAPITRE 2 : L'INTERVENTION JURIDICTIONNELLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

752. A ce stade de nos développements, il est acquis que l'intervention du Conseil serait en matière d'initiative populaire, plus complexe que dans le cadre de la procédure législative parlementaire. *A minima*, elle comprendrait une part de contrôle d'admissibilité matérielle, en sus du contrôle de constitutionnalité et couvrirait donc deux contrôles différents. A cela il faut ajouter, si l'on accepte la démonstration déployée dans la subdivision précédente, la circonstance que deux textes différents seraient possiblement à contrôler.

753. Faut-il, dès lors, évoquer les deux textes séparément, ou peut-on considérer que, ce qui vaut pour l'un valant pour l'autre, l'on peut aborder le contrôle sans nuancer, distinguer ou préciser selon l'origine du texte ?

754. Quant au plan matériel, aux normes de référence du contrôle, la question paraît sans objet. Les restrictions spécifiques éventuellement posées à la requête référendaire n'ont de raison d'être que parce que ce texte a vocation à être soumis au référendum. Dès lors, sur le fond, ce qui vaut pour un texte vaudrait aussi pour l'autre. Sur le plan de la procédure contentieuse, la chose est un peu plus complexe. Les deux textes pourraient suivre un cheminement autonome, ou bien être contrôlés dans un cadre processuel unique, ce qui serait susceptible de justifier un traitement spécifique à chacun d'entre eux dans le cadre du propos ici exposé. En effet, le contre-projet, en tant qu'il serait un texte d'origine parlementaire, pourrait tout à fait s'analyser seulement comme cela, et suivre donc, d'un point de vue contentieux, une voie autonome qui serait celle prévue aux articles 61 et 61-1 de la Constitution. On peut cependant ici, exclure cette possibilité. Car là encore, la vocation référendaire des deux textes doit emporter la décision. Les limites matérielles spécifiques, comme les choix procéduraux qui seront opérés, le seront précisément par rapport à la circonstance que le corps électoral est appelé à se prononcer sur l'adoption de ces textes, avec tous les effets politiques et juridiques que cela emporterait ; ce qui se justifie par la double nécessité de préserver l'Etat de droit tout en ménageant la légitimité singulière de ce qui est perçu comme le peuple. Par conséquent, les aspects essentiels de la procédure de contrôle - nature de la saisine, place des parties dans le procès...- pourraient tout à fait être identiques pour les deux textes. En revanche, les deux contrôles pourraient être dissociés dans le temps : la proposition serait contrôlée à l'issue de l'intervention du Conseil d'Etat et le contre-projet, tout en étant soumis au même régime, le serait à l'issue de la phase parlementaire.

755. Dès lors, les propos qui vont suivre doivent se comprendre comme s'appliquant indifféremment au contre-projet comme à la requête initiale. Nous nous centrerons donc sur le contrôle, et verrons pour ce faire d'abord son périmètre matériel (section 1) puis ses modalités d'exercice (section 2) ; cet ordre permet d'évoquer séparément les normes de référence et la

procédure du contrôle, chacun de ces aspects renvoyant à des problématiques différentes. En effet, si, dans les deux cas, est en jeu l'efficacité du contrôle - au sens amené par la dualité explicitée ci-dessus - l'angle d'analyse est différent, le périmètre matériel renvoyant à ce que l'on entend protéger, là où la procédure est liée au cadre d'exercice de cette protection, et donc aux conditions dans lesquelles elle peut s'envisager.

Section 1 : Envisager le fond du contrôle

756. Pour qu'un contrôle puisse être envisagé, il est nécessaire de définir d'abord ce qui est contrôlé car c'est là que naît sa nécessité. Ce qui renvoie ici aux normes de référence auxquelles il devrait être conforme puisque l'objet du contrôle serait un texte. Une fois ceci défini, il devient possible d'envisager le degré de contrainte qui pourrait se déduire de ces normes.

757. Le périmètre matériel, c'est-à-dire le domaine référendaire, renvoie aux matières sur lesquelles le corps électoral peut être appelé à statuer dans le cadre de l'initiative populaire. Par nature, il se définit à la fois négativement, par des interdictions particulières, et positivement, par l'énonciation des matières dans lesquelles le référendum peut intervenir. Cette énonciation peut être faite sous la forme d'une liste⁸³⁸ ou simplement par renvoi à un rang normatif⁸³⁹ ; auquel cas le domaine n'est spécifique que dans le cas où des interdictions singulières sont prévues, sans quoi il s'agit seulement du domaine du rang en question. Les restrictions peuvent être implicites comme dans le cadre de l'article 11 de la Constitution⁸⁴⁰, ou explicites, comme l'a choisi le constituant italien⁸⁴¹. Par ailleurs, dès lors qu'il est admis que le référendum est de rang législatif, ces restrictions se doublent des interdictions générales qui sont faites à ces normes dans le texte constitutionnel. Le domaine référendaire est donc défini par l'addition du champ matériel d'intervention des lois tel qu'établi par la Constitution, et de celui que la conjugaison des interdictions particulières détermine. Et cela vaut qu'il se confonde ou non avec celui du législateur, qu'il soit délimité par renvoi ou positivement par une liste. Il s'ensuit qu'une interdiction matérielle posée spécifiquement à un référendum législatif ne saurait être surabondante sans être inopérante: elle couvre nécessairement un champ différent de celui couvert par les dispositions constitutionnelles. Car, quand bien même les deux énoncés se juxtaposeraient-ils, la simple circonstance qu'ils

⁸³⁸ Const., de la Vème République, art. 11, al. 1^{er}.

⁸³⁹ Const., de la République italienne, art. 75, al. 1^{er}: « un référendum populaire est fixé pour décider l'abrogation, totale ou partielle, d'une loi ou d'un acte ayant valeur de loi[...] ».

⁸⁴⁰ Const. de la Vème République, art. 11, al. 1^{er}: « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ».

⁸⁴¹ Const., de la Rép. italienne, art. 75, al. 2: « Le référendum n'est pas admis pour des lois fiscales et budgétaires, d'amnistie et de remise de peine, d'autorisation de ratifier des traités internationaux ».

soient compris dans des dispositions différentes⁸⁴², les rend autonomes l'un de l'autre en ce que cette différence place le juge devant l'alternative suivante : soit interpréter les deux énoncés de façon indépendante et développer ainsi une jurisprudence au moins formellement distincte, soit aligner celle de l'un sur celle de l'autre, et donc ne pas appliquer au texte contrôlé l'un ou l'autre énoncé. Par conséquent, puisque l'objet est ici de rang législatif par hypothèse, l'on peut délimiter le périmètre matériel du contrôle par l'étude d'un seul des deux éléments étant donné que, par définition, ce qui n'est pas compris dans l'un, est soit compris dans l'autre, soit à défaut, autorisé et donc inclus dans le domaine.

758. Et il paraît plus simple ici, de se concentrer pour ce faire sur l'admissibilité matérielle, en ce qu'elle couvre un champ plus restreint et surtout, qu'elle est spécifique. Le champ de la constitutionnalité est en effet très bien connu, étudié sous de multiples angles et, puisqu'il s'appliquerait au texte issu de l'initiative populaire à raison de son rang normatif et non de son objet, n'appelle aucune question spécifique quant à son étendue. Ceci vaut d'ailleurs également quant au sens donné par le juge aux dispositions qu'il défend. *A contrario*, le champ de l'admissibilité matérielle induit de nombreuses interrogations sur ces deux plans. Il ne sera donc évoqué à titre principal que les points relevant de l'admissibilité matérielle, étant entendu qu'il sera régulièrement nécessaire pour les éclairer, d'évoquer certains aspects du contrôle général de constitutionnalité.

759. Nous verrons donc dans un premier temps la construction du périmètre de l'admissibilité matérielle (§1), c'est-à-dire ce qu'il semble nécessaire de protéger spécifiquement dans un cadre où le contrôle de constitutionnalité serait exercé *a priori*. Mais l'évocation de la seule substance des normes de référence ne sera pas complète par ce seul examen, et il faudra dès lors en examiner le régime (§2).

§1 : La construction de l'admissibilité matérielle

760. Le contrôle de l'admissibilité matérielle est celui des prescriptions substantielles s'imposant spécifiquement à la proposition. Celles-ci, en dessinant un champ d'application qui est celui de l'initiative populaire, lui désigne un périmètre. L'on parlera alors de domaine référendaire, dont la protection est l'un des objectifs principaux de l'admissibilité matérielle.

761. Il existe déjà, dans le texte de la Constitution, un domaine référendaire. Il paraît assez, sinon logique, du moins naturel de s'interroger au premier chef sur la pertinence d'y cantonner l'initiative populaire. Pour autant, son caractère extrêmement flou ne paraît pas adapté à ce type de procédure, c'est pourquoi il convient d'en exclure, ici, l'application (I). Ceci constitue un préalable nécessaire pour s'apercevoir que la coïncidence du contrôle de constitutionnalité avec celui de l'admissibilité matérielle permet d'envisager un beaucoup

⁸⁴² Ainsi, si d'aventure le Conseil Constitutionnel devait un jour contrôler les textes rédigés sous l'empire du premier alinéa de l'article 11, les restrictions singulières seraient fondées sur ce même article, tandis que le respect des dispositions constitutionnelles dans leur ensemble serait fondé sur les articles 61 ou 61-1, selon la voie procédurale considérée. Il en va de même en Italie, où les restrictions singulières sont fondées sur les alinéas 2 et 4 de l'article 75 de la Constitution, tandis que les restrictions générales liées au rang de la norme contrôlée découlent de l'article 134 de ce même texte.

plus restreint, et même réduit à la portion congrue. Il pourrait en effet ne porter que sur la fraction du contrôle qui n'est qu'en partie substantielle, inévitable car liée à l'issue référendaire du processus (II).

I : L'exclusion du périmètre consacré par l'article 11 de la Constitution

762. Pensé pour servir la fonction présidentielle⁸⁴³, le domaine de l'article 11 s'en ressent. Généralement considéré comme assez restreint⁸⁴⁴, son contenu n'en est pas moins largement indiscernable (A), ce qui s'explique parfaitement pour un référendum censé être utilisé par le chef de l'Etat, qui doit bénéficier d'une certaine latitude pour pouvoir exercer pleinement la fonction que sert sa compétence. De sorte que dans le cadre d'une procédure « d'en haut », ceci pose bien sûr des difficultés, mais qui demeurent acceptables, surtout si l'interprétation des termes du domaine sont définis par un juge⁸⁴⁵. S'il devait s'appliquer à une initiative populaire, ces difficultés s'ajoutent à des éléments spécifiques qui en accroissent la portée (B), alchimie qui conduit à l'exclure du scénario.

A : Analyse du domaine de l'article 11 : un périmètre indiscernable

763. Le domaine de l'article 11 est constitué de trois objets différents, recouvrant des éléments disparates, qui s'additionnent pour définir le périmètre matériel du référendum. Par symétrie, sa caractérisation peut être opérée par l'examen successif de chacun de ces éléments.

764. Nous allons donc voir successivement les trois objets. D'abord les lois qui tendent à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions (1). Ensuite les lois qui portent sur l'organisation des pouvoirs publics (2). Enfin les réformes relatives à la politique économique ou sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent (3).

⁸⁴³ L'article 11 est, rappelons-le, inclus dans le titre relatif au Président de la République.

⁸⁴⁴ C'est au demeurant parce que le domaine était considéré comme étroit qu'il a été élargi en 1995. Voir par ex. Hamon F., « La crise du système référendaire », *Droits*, 2006/1 (n°43), pp. 94-97 ; Conac G., "Les débats sur le référendum sous la Ve République", *Pouvoirs*, revue française d'études constitutionnelles et politiques, 1996 (n°77), p. 105 et s. Ce dernier soutient parallèlement l'hypothèse d'un domaine potentiellement large, à condition qu'il ne soit pas cantonné à la matière législative.

⁸⁴⁵ Tout le problème étant que les référendums présidentiels ne sont précisément pas l'objet d'un contrôle juridictionnel.

1 : Les lois qui tendent à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions

765. Le premier objet référendable concerne toutes les propositions de loi qui tendent à « autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions »⁸⁴⁶. En apparence claire, la formule laisse pourtant perplexe.

766. Gérard Conac et Jacques Le Gall⁸⁴⁷ rapportent que le constituant de 1958 visait les traités qui, du fait de leur importance, étaient susceptibles d'entraîner un débat d'ampleur au sein du corps social⁸⁴⁸. Reste que les trois notions d'incidence, de fonctionnement et d'institutions sont difficiles à définir.

767. Le terme d'« institutions » est particulièrement polysémique. Au sens classique, il s'agissait de « l'ensemble des lois qui régissent une cité : la manière dont les pouvoirs publics et privés s'y trouvent répartis, les sanctions et les ressorts qui mettent en œuvre leur exercice régulier »⁸⁴⁹. Cette définition, qui correspond au sens que prenait le mot chez les philosophes antiques, est à la fois vague et particulièrement datée. Il est donc difficile de savoir si c'est à ce type de signification que renvoyait le constituant. Les définitions plus modernes, quant à elles, sont si diverses que « à s'en tenir à l'état des études qui s'y rapportent, la notion d'institution ressemble fort à une auberge espagnole »⁸⁵⁰.

768. En somme, la notion d'institution telle que visée par le premier alinéa de l'article 11 de la Constitution est assez floue. On peut cependant la préciser quelque peu si on l'analyse dans son contexte. D'abord, il semble raisonnable de penser qu'elle ne recoupe pas exactement la notion de « pouvoirs publics » utilisée dans une autre formule de l'article 11, sans quoi les deux termes utilisés auraient été identiques. Etant donné le caractère probablement assez large de ce dernier terme, on peut donc postuler que « institutions » renvoie à une réalité plus restreinte. Ce qui permet d'une part, d'exclure toutes les institutions privées, d'autre part, d'envisager qu'il s'agisse des organes assurant le fonctionnement institutionnel au sens des organes constitués de l'Etat. Mais, même ainsi réduit, le périmètre recouvert par la notion reste flou. Les autres occurrences du terme « institutions » dans la Constitution peuvent alors fournir une indication. Il apparaît en effet dans quatre autres articles du texte fondamental, les articles : 16, 74, 77, et 88-2. Si l'on peut exclure l'article 16, dans la mesure où il n'a pas fait l'objet de décisions du Conseil susceptibles d'éclairer le sens qu'y prend le terme, il en va différemment des trois autres articles. Ainsi, l'article 74, relatif au statut spécial accordé à certaines collectivités d'outre-mer, dispose en ses deux premiers

⁸⁴⁶ Constitution de la Vème République, article 11, alinéa 1er

⁸⁴⁷ Conac G., Le Gall J., « L'article 11 » *in*. Luchaire F., Conac G., Prétot X., La constitution de la République Française, Economica, 2008, p. 421.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 421

⁸⁴⁹ Bourricaud F., « Institutions », *in* Universalis éducation [en ligne]. Encyclopædia Universalis, consulté le 12 août 2016. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/institutions/>

⁸⁵⁰ Dulong D., « Institutions », *in*. Universalis éducation [en ligne]. Encyclopædia Universalis, consulté le 12 août 2016. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/institution/>

alinéas que: « *les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République. Ce statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante* ». Lequel fixe notamment : « *les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité et le régime électoral de son assemblée délibérante* ». La première loi organique adoptée sur ce fondement fut en 2004, celle relative à la Polynésie Française⁸⁵¹, toujours applicable quoique modifiée à plusieurs reprises. Son article 5 dispose que « *les institutions de la Polynésie française comprennent le président, le gouvernement, l'assemblée et le conseil économique, social et culturel* ». Soit des organes propres participant à émettre les règles mettant en œuvre l'autonomie de la collectivité. Cet article n'ayant pas été censuré par le Conseil Constitutionnel lorsqu'il a pris connaissance du texte, on peut supposer que le terme institutions renvoie *a minima* aux organes concourant à l'élaboration ou l'application des normes. Cependant, on ne saurait affirmer avec certitude que l'analogie ici opérée est valable, dans la mesure où l'autonomie statutaire de la Polynésie est plus restreinte que la souveraineté d'un Etat, et que rien n'indique que le terme tel qu'utilisé dans l'article 11 renverrait nécessairement à une définition similaire, en l'absence d'une décision, ou même d'un avis de l'interprète autorisé de la Constitution sur cet article. Il en va de même pour les autres occurrences du terme, déjà mentionnées.

769. On ne saurait, par conséquent, donner à ces déductions plus de valeur qu'elles n'en ont. Elles permettent en revanche de mesurer à quel point il est difficile de définir précisément le sens des termes-clés du premier alinéa de l'article 11.

770. De même, la notion de fonctionnement implique plus de questions qu'il n'y paraît. Au premier abord, la notion semble claire. Mais en quoi est-elle différente et dissociable de la notion d'organisation retenue pour le second objet du domaine référendable ? Le fonctionnement fait référence à l'activité, donc les moyens -notamment humains- et le domaine d'exercice, c'est-à-dire à peu près tout, si ce n'est les modalités de création.

771. La notion d'incidence est encore plus insaisissable. L'article 11 n'introduit nulle variable liée à la mesure de l'incidence. Faut-il en déduire que toute incidence, fût-elle minime, est susceptible de faire entrer la loi d'autorisation de ratifier un traité dans le domaine référendable ? Mais dans ce cas, tous les traités ont potentiellement une incidence sur le fonctionnement des institutions. Par exemple, en modifiant même légèrement un volume d'activités. Dans ce cas, l'objet devient quasiment illimité et permet de faire entrer tout le droit international dans le champ référendaire, y compris des matières qui en semblent *a priori* exclues comme les droits fondamentaux⁸⁵². Même s'il semble évident que le Conseil Constitutionnel produirait, s'il était amené à se prononcer, une interprétation qui introduirait une mesure dans l'incidence, il est impossible de prévoir cette interprétation.

⁸⁵¹ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut de l'autonomie de la Polynésie Française, JORF n°52 du 2 mars 2004 p. 4183.

⁸⁵² Imaginons que la Convention Européenne des Droits de l'Homme soit adoptée dans deux ans plutôt qu'il y a quarante ans, et ce sont les libertés publiques, même les plus essentielles qui peuvent faire l'objet d'un référendum

772. L'expérience n'est pas d'une grande aide. Le référendum organisé le 23 Avril 1972 sur l'élargissement de la C.E.E l'avait été sur ce fondement, et cela n'avait soulevé aucune contestation. Pourtant, comme le soulèvent Gérard Conac et Jacques le Gall, on ne voit guère quelles incidences il a eu sur les institutions internes⁸⁵³.

773. En tout état de cause, il faudrait que le Conseil fasse la démarche positive de définir ces notions, alors même que leurs significations propres peuvent être contre-intuitives et sont, en tout état de cause, difficilement prévisibles.

2 : Tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics

774. Une première précision doit être faite : si formellement le texte ne vise que les « projets de loi » il va de soi qu'il s'agit d'une conséquence de la rédaction de l'article 11, et non une exclusion implicite de toute autre type de procédure référendaire.

775. Pour le reste, là encore, la formule n'est guère éclairante. D'autant plus si l'on considère que la question du caractère législatif ou constitutionnel du référendum de l'article 11 n'est pas close⁸⁵⁴, mais cette possibilité n'entre pas dans notre cadre de réflexion.

776. Gérard Conac et Jacques le Gall rappellent que le terme « pouvoirs publics » était courant en 1958, et que dans la mesure où l'article 16 vise les pouvoirs publics constitutionnels, il y a lieu de penser que l'article 11 concerne un objet plus large⁸⁵⁵.

777. S'agit-il de tous les pouvoirs publics nationaux y compris les établissements publics ? Ce qui appuierait la nuance avec la notion de pouvoirs publics constitutionnels. Cela nous semble probable, les autorités locales étant plus souvent désignées sous cette dernière appellation que sous l'intitulé de « pouvoirs publics ».

778. Pour le reste, on peut opérer un rapprochement avec la notion de service public. Les deux notions ne sont certes pas clairement synonymes, mais elles se recoupent à bien des égards⁸⁵⁶. Au surplus, elles peuvent être indissociables : la décentralisation d'un service affectera l'organisation du pouvoir qui l'avait jusque-là en charge. Ainsi, Francis Hamon estime qu'*a minima*, l'organisation des services publics relevant des attributions de souveraineté sont concernés⁸⁵⁷ puisqu'ils sont indéfectiblement attachés à des pouvoirs publics. A ce titre, un référendum sur la force de frappe nucléaire serait envisageable sous l'angle des prérogatives détenues par le Président de la République⁸⁵⁸. Mais on peut tout aussi bien soutenir l'opinion contraire en affirmant que la compétence n'est pas l'organisation, laquelle vise plutôt une logique formelle.

⁸⁵³ Conac G., Le Gall J., « L'article 11 » in. La constitution de la République Française, *op.cit.* p. 423

⁸⁵⁴ Conac G., "Les débats sur le référendum sous la Ve République", *Pouvoirs*, revue française d'études constitutionnelles et politiques, 1996 (n°77), p. 103 et s.

⁸⁵⁵ Conac G., Le Gall J., « L'article 11 » in., La constitution de la République Française, *op.cit.* p. 423

⁸⁵⁶ Gérard Conac et Jacques Le Gall donnent l'exemple suivant : l'enseignement est un service public, mais pas un pouvoir public. En revanche la justice est un service public ET un pouvoir public.

⁸⁵⁷ Francis Hamon, « L'extension du référendum », *Pouvoirs*, 1996 (n°77), p. 119.

⁸⁵⁸ Exemple donné par Gérard Conac et Jacques Le Gall., *ibid.*

779. Là encore, seule l'intervention du Conseil Constitutionnel permettrait de trancher la question. Mais son intervention sera tout aussi délicate que pour l'objet précédent.

3 : Les réformes relatives à la politique économique ou sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent

780. Ce dernier objet est présenté, en doctrine, comme une sorte de catégorie fourre-tout⁸⁵⁹. Ajouté par la révision du 04 août 1995, son esprit était d'élargir le champ du référendum de façon substantielle, sans qu'il aille jusqu'à atteindre le champ des libertés publiques⁸⁶⁰.

781. Seulement, il est très difficile de définir la politique sociale de la nation. Qu'est-ce que le social ? Les « principes particulièrement nécessaires à notre temps » du Préambule de 1946 semblent visés, notamment la sécurité sociale, et d'une façon générale, tout le secteur assurantiel public⁸⁶¹. Ensemble très large, donc, et dont il se trouve qu'il peut, pour partie, faire partie d'un dispositif de protection d'une liberté fondamentale. Ainsi, par exemple, de la sécurité sociale, alors même que le constituant de 1995 entendait exclure les droits fondamentaux du champ de sa réforme...

782. La notion de politique économique n'est pas beaucoup plus claire selon le point de référence que l'on retient. La fiscalité par exemple, relève indéniablement de la politique économique. Mais un référendum mené sur cette matière pourrait avoir des conséquences qui dépassent largement la sphère des activités économiques, car la fiscalité est aussi le point d'appui de toute politique volontariste, particulièrement en matière sociale. Prenons encore l'exemple de l'urbanisme. La gestion des sols a un impact économique, mais dans ce cas, qu'est-ce qui n'a pas d'impact économique⁸⁶² ? La question pourrait être résolue par l'exclusion de ce qui est « subsidiairement » économique, mais là encore, la définition de ce qui est subsidiaire implique une grande part d'arbitraire. De sorte que, selon l'interprétation que le juge aurait du terme, le champ d'application du référendum pourrait s'en trouver doté d'une amplitude importante aussi bien qu'être réduit à presque rien.

783. Le volet environnemental, enfin, qui a été rajouté par la révision de 2008. Là encore, il est plus polysémique qu'on ne pourrait le penser. L'instauration d'une politique d'énergies « vertes », ou de normes contraignantes quant à l'indice carbone relèvent indéniablement de la politique environnementale. Mais *quid* par exemple des autorisations d'exploration des mines situées sur les fonds marins, peut-on les interdire au titre de la politique environnementale ? De même, le transport de marchandises est hautement polluant. Pourrait-

⁸⁵⁹ Hamon F., *op.cit.*, p. 118.

⁸⁶⁰ M.Jacques Toubon, alors garde des sceaux, avait affirmé le 10 Juillet 1995 devant l'Assemblée Nationale que cet objet excluait « *les libertés publiques, le droit pénal, les lois de finances* » ainsi que « *les questions de souveraineté comme la police, la défense ou la politique étrangère* ».

⁸⁶¹ La fusion de l'ANPE et de l'UNEDIC, par exemple, aurait donc pu être soumise à référendum, et pourrait l'être en cas d'instauration d'une initiative populaire véritable.

⁸⁶² La politique d'immigration, notamment, implique un volet économique. La question de la légalisation du cannabis, présente dans le débat public depuis plusieurs années, peut être analysée sous un angle économique...

on envisager d'instaurer des limites à certaines productions destinées à l'exportation, par voie législative, au motif que leur transport est polluant et que la politique environnementale de la nation qui consiste à baisser l'indice carbone global y entre ? Qu'est-ce qui au fond n'a pas un impact sur l'environnement? Dès lors que l'on se situe ici dans le cadre d'un déclenchement très ouvert du processus, il y a fort à parier que le Conseil constitutionnel se trouverait rapidement en situation de devoir déterminer ce qui est ou non environnemental, en devant raisonner à partir de propositions précises, dont certaines ne manqueraient pas d'être également rattachables à d'autres objets relevant du domaine référendaire.

784. A cette aune, les libertés publiques seraient susceptibles d'être touchées. Elles le seraient de toute façon par le biais des services publics⁸⁶³.

785. Le seul terme clair est celui de « réforme ». Il implique d'exclure les lois sans contenu normatif spécifique sur l'objet référendaire, telles les lois de gestion comme les lois de finance. En revanche les lois de programmation entrent dans le champ de l'article 11.

786. On le voit, le domaine référendable tel qu'il existe en droit positif est des plus abscons. Evidemment, la circonstance que le juge constitutionnel n'ait jamais eu à se prononcer est un facteur majeur de cette obscurité. Cependant, les chances qu'une telle intervention ait lieu avant une hypothétique introduction d'un véritable mécanisme d'initiative populaire sont extrêmement faibles, l'initiative « partagée » étant un dispositif très lourd pour un résultat sans grand intérêt⁸⁶⁴, et le Conseil n'ayant guère montré d'inflexion dans son refus de contrôler les textes soumis à référendum en application du premier alinéa de l'article 11. En outre, quand bien même aurait-il l'occasion de se pencher sur la question, cela ne serait pas suffisant. L'étendue des termes à éclaircir est en effet telle qu'il serait nécessaire que le Conseil soit saisi de nombreuses requêtes avant que le domaine référendable puisse être totalement balisé ; de sorte qu'il est très probable que cette complexité perdure aussi longtemps que le régime ne connaîtra pas un accroissement significatif du volume de référendums déclenchés sur le fondement de l'article 11.

787. En cas d'introduction d'un dispositif d'initiative populaire, le périmètre de l'article 11 serait donc probablement toujours aussi flou, ce qui laisserait reposer sur les décisions du Conseil constitutionnel la majeure partie de la définition du domaine référendaire, de façon nécessairement constructive.

⁸⁶³ Ainsi, l'instauration d'un service minimum dans les transports atteindrait le droit de grève

⁸⁶⁴ Sur ce point, voir l'intervention de Robert Badinter au Sénat, séance du 19 juin 2008, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/seances/s200806/s20080619/s20080619011.html>. Voir également Hamon F., « Le référendum d'initiative partagée sera bientôt opérationnel mais l'on s'interroge encore sur son utilité », RFDC, 2014/2, pp. 253-268.

B : Les conséquences envisageables d'une application de ce domaine à un processus d'initiative populaire

788. Du point de vue des comités, l'indiscernabilité du domaine aurait deux conséquences principales.

789. La première serait, évidemment, la difficulté à rédiger des propositions respectant le domaine référendable. Cela pourrait néanmoins être amoindri par l'assistance du Conseil d'Etat. Cependant, cette assistance serait sur ce point, nécessairement limitée par l'absence de jurisprudence constitutionnelle qui empêcherait de s'appuyer sur des références réellement fiables, de sorte qu'incapables de prévoir raisonnablement le sens des décisions du Conseil Constitutionnel, les comités, même en s'appuyant sur l'avis de la Haute-Juridiction administrative, se trouveraient exposés à des censures qu'il serait pourtant facile d'éviter si le sens des dispositions du premier alinéa de l'article 11 était plus clair.

790. Evidemment, la mesure de cette difficulté s'amenuiserait avec le temps : plus l'initiative populaire serait utilisée, plus le Conseil serait amené à éclaircir le domaine référendable et donc plus les comités suivants seraient mis en capacité de rédiger leurs propositions en fonction de la jurisprudence ainsi créée. Mais cela implique d'abord que les premiers comités à se saisir de l'initiative populaire courent un risque important de censure. Or, selon l'intensité et la fréquence de ces censures éventuelles, cela peut avoir deux conséquences du point de vue, cette fois, de la procédure : un accroissement des risques de professionnalisation de la procédure et un risque de désuétude de l'usage.

791. Sur le premier point, il est assez probable qu'en cas d'introduction de l'initiative populaire, les premiers temps d'utilisation de la procédure verraient un usage assez important du dispositif par des groupements *ad hoc*, non lié à des organisations déjà en place⁸⁶⁵. Seulement, la mesure de ce type d'utilisation comme sa pérennité dépendent d'un grand nombre de paramètres, comme nous l'avons déjà souligné à de nombreuses reprises. Parmi ceux-ci, le caractère techniquement abordable de la procédure semble important. C'est en tous cas, à notre sens, un des facteurs expliquant la différence entre la Suisse et l'Italie sur cet aspect⁸⁶⁶. Dès lors, si ces premiers temps d'utilisation du dispositif devaient être marqués par un taux important de censure, cela risquerait d'engendrer un accroissement de la monétarisation et donc de la professionnalisation de la procédure, afin de se prémunir de ce risque. D'autant plus que, le contrôle juridictionnel intervenant en fin de procédure, la censure

⁸⁶⁵ C'est en tous cas ce qui a pu s'observer en Suisse et, le temps passant, l'utilisation des processus d'initiative populaire par des comités liés à des organisations déjà en place est allé en s'intensifiant. Voir Rouquet P., *De l'initiative populaire en Suisse Fédérale*, Th., 1994, p. 313 et s. référendum, études et perspectives, la Suisse ?, voir Papadopoulos (démocratie directe)...

⁸⁶⁶ Cela n'en est cependant qu'un facteur. Ainsi, en Californie, le dispositif est simple à utiliser mais les contraintes, notamment relatives aux délais de récolte des signatures, semble pousser à la professionnalisation du dispositif. Voir Gordon J. et Magleby D., « Pre-election judicial review of initiatives and referendums », *Notre-Dame Law Review*, 1989 (n°64), p. 297 ; Broder D., *Democracy derailed*, Harcourt, 2000, p. 55. Il faut également prendre en considération les cultures politiques de chaque pays, les rapports de force politique et les modes de scrutin qui favorisent ou défavorisent l'inclusion de mouvements minoritaires, les modalités de consultation en amont des décisions publiques, qui peuvent inclure ou exclure les groupements professionnels du circuit décisionnel, ou certains d'entre eux...

qui interrompt le processus, interviendrait après un investissement important, notamment dans la récolte des signatures. Or, même si, dans un second temps, le taux de censure baisse, l'image de la procédure en serait écornée, de la même façon que l'actuel référendum présidentiel a « mauvaise réputation » depuis l'échec de 2005 ou que la dissolution semble être tombée en désuétude, en raison d'un précédent dont, pourtant, rien n'indique qu'il serait appelé à se reproduire.

792. Le second point résulte d'une extrapolation du premier. En effet, dans l'hypothèse où le taux de censure serait trop important, rien n'exclut que la procédure finisse par n'être plus, ou très peu utilisée, amenant ainsi un risque de décrédibilisation des instruments de démocratie semi-directe en entier, de la même façon que, là encore, les utilisations démagogiques, voire racistes des mécanismes d'initiative populaire de par le monde peuvent parfois servir d'argument contre le principe même du mécanisme.

793. Certes, il ne s'agit là que d'hypothèses qui n'ont aucune prétention à la validité, tant les conséquences de mécanismes identiques peuvent varier d'un endroit à un autre, d'une époque à une autre... Mais, au-delà des dangers qu'elles permettent de mettre en évidence, elles font également ressortir un autre point, cette fois de l'ordre du constat : un domaine référendaire trop complexe augmenterait très significativement le pouvoir du juge dans la procédure.

794. On connaît la difficulté nationale à voir dans les juges plus qu'une simple courroie de transmission des désirs du législateur, et qui se traduit notamment par une « *invocation plus constante en France de l'existence supposée d'un « gouvernement des juges* » »⁸⁶⁷ ce qui s'expliquerait par d'assez nombreux facteurs⁸⁶⁸.

795. Cette notion existe pourtant aussi dans le pays qui a vu naître la justice constitutionnelle moderne, les Etats-Unis, où l'on a, par conséquent, depuis longtemps envisagé des façons de répondre à cette crainte. La principale est la doctrine dite du « *judicial self-restraint* » qui implique une autolimitation du juge⁸⁶⁹ et qui semble connaître une déclinaison française, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *via* un certain nombre de techniques contentieuses. L'exemple le plus connu est probablement la « doctrine Vedel », aux termes de laquelle « *le Conseil Constitutionnel [...] ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel* »⁸⁷⁰, et qui a été appliquée au Conseil à compter de la nomination comme juge du célèbre doyen en 1980⁸⁷¹.

⁸⁶⁷ Pech L., Le remède au gouvernement des juges : le *judicial self restraint* ?, in. Brondel S., Foulquier N., Heuschling L. (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 67.

⁸⁶⁸ Tradition légicentriste, par exemple. Voir Pech L., *op.cit.*, pp. 63-72.

⁸⁶⁹ Laurent Pech, dans l'article *op. cit.*, rapporte cette définition, tirée d'un dictionnaire juridique américain, le *Black's Law dictionary* : « *une autodiscipline évitant aux juges de faire prévaloir des opinions personnelles qui sont contraires aux précédents existants ou aux lois* ». Pech L., *op.cit.*, p. 85.

⁸⁷⁰ Vedel G., « Le précédent judiciaire en droit public français », *Journées de la Société de Législation Comparée*, vol. IV, 1984, p. 287.

⁸⁷¹ Favoreu L., Destin d'une décision fondatrice, in. "La liberté d'association et le droit" 29-30 juin 2001, Actes de la journée du 29 juin 2001, p. 33. Colloque organisé au Conseil Constitutionnel, dont les actes sont intégralement disponibles sur son site internet : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/dossiers_thematiques/loi_centenaire_loi_1901/1sommaire.pdf.

796. Seulement, il a pu être souligné que le « *self-restraint* » n'a rien de neutre et constitue même en soi un choix tout aussi arbitraire que l'activisme judiciaire puisqu'il repose, aux Etats-Unis tout du moins, sur l'analyse de l'intention de l'auteur et que « *l'interprétation d'un langage est un processus indépendant de la volonté de son auteur* »⁸⁷². Cela n'a rien de surprenant, car il n'y a pas de « vérité » des techniques d'interprétation, de sorte qu'il est en réalité impossible de savoir avec certitude si l'on entre dans une ère de gouvernement des juges ou non, tant la notion ne semble pas avoir de contenu précis⁸⁷³.

797. En somme, la notion de « gouvernement des juges » apparaissant comme un « spectre »⁸⁷⁴, ayant une « fonction rhétorique »⁸⁷⁵, à savoir établir « un critère de transgression de ce qui est admissible en démocratie »⁸⁷⁶, la notion de « *self-restraint* » est là pour déceler, dans une jurisprudence donnée, ce qui permet de ne pas accomplir cette transgression. Mais il ne s'agit bien là que d'un ensemble de notions ayant une fonction rhétorique, né notamment de la difficulté à construire une justice constitutionnelle dans un régime qui s'affirme démocratique.

798. Car il y a effectivement une certaine réalité dans l'idée selon laquelle le jugement des lois par un organe séparé du souverain est une démarche ambiguë, conciliant des idéaux antagonistes, confrontant des pouvoirs irréductiblement opposés⁸⁷⁷. Seulement, cette idée ne renvoie à rien de réellement précis, si ce n'est le caractère subtil de la répartition des pouvoirs dans les Etats libéraux. Elle fonctionne simplement comme un avertissement, un appel à la vigilance.

799. La réalité est en effet très diverse, et la mesure du pouvoir réellement exercé par le juge varie selon la norme qu'il interprète. Certes, il restera toujours prisonnier de la double obligation de « justifier sa production normative par un raisonnement »⁸⁷⁸ d'une part, et d'autre part, d'interpréter pour ce faire une norme préexistante.

800. Et c'est dans les caractéristiques de cette norme que va résider l'étendue de son pouvoir qui ne se présente donc pas comme un bloc monolithique. Si la norme est précise, si ses termes sont clairs, le raisonnement de l'interprète sera d'autant plus contraint. Mais si elle ne l'est pas, si l'énoncé est constitué de mots polysémiques, s'il est ambigu, alors sa liberté sera plus grande⁸⁷⁹.

801. Même si le Conseil Constitutionnel a une tradition de modération assez forte⁸⁸⁰, le caractère profondément flou des énoncés constituant le domaine référendable de l'article 11 le

⁸⁷² Pech L., *op.cit.*, p. 100. L'auteur s'appuie sur d'assez nombreuses références.

⁸⁷³ De Béchillon D., « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », Dalloz, 2002, p. 973 et s.

⁸⁷⁴ Troper M., et Pfersmann O., Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ?, in. *Gouvernement des juges et démocratie*, *op.cit.*, p. 29.

⁸⁷⁵ C'est-à-dire : « tout usage du discours en vue de l'éveil d'émotions dans un auditoire donné ». *Ibid.*, p. 39.

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ La Torre M., La figure du juge à la croisée de deux traditions : le reichstaat allemand et la démocratie française, in. *Gouvernement des juges et démocratie*, *op.cit.*, pp. 133-162.

⁸⁷⁸ Troper M., et Pfersmann O., *op.cit.*, p. 46.

⁸⁷⁹ Vedel G., La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, PUF, 1989, pp. 54-56.

⁸⁸⁰ Pech L., *op.cit.*, p. 112.

contraindrait à user d'une grande liberté pour leur interprétation. Cela est même tout à fait inévitable, comme en témoigne l'exemple italien dont le référendum abrogatif est encadré par un régime qui se caractérise par sa très grande imprécision⁸⁸¹, ce qui a contraint la Cour Constitutionnelle à développer une interprétation créatrice très poussée⁸⁸² qui a suscité de très nombreux commentaires⁸⁸³.

802. Encore une fois, l'on sait à quel point la France peut être rétive à une fonction juridictionnelle forte, ce dont témoignent, par exemple, les débats sur la nature « d'autorité » ou de « pouvoir » de cette fonction⁸⁸⁴. Cette rétivité ne pourrait qu'être plus forte face à l'expression de ce qui serait possiblement perçu -à tort- comme une expression reliée au souverain.

803. Il paraîtrait donc assez raisonnable d'envisager un domaine spécifique à l'initiative populaire, dont les énoncés devraient être moins ambigus que ceux du premier alinéa de l'article 11.

II : La construction d'un périmètre restreint aux contrôles « formels-substantiels »

804. Le périmètre de l'admissibilité matérielle est généralement composé de deux types d'éléments. D'un côté, des prescriptions qui sont proprement matérielles en ce qu'elles imposent le respect d'une ou plusieurs matières déterminées comme condition de validité du texte. De l'autre, des prescriptions qui portent sur la forme de l'initiative mais impliquent nécessairement un contrôle substantiel par le juge pour s'assurer de leur respect. Les premières visent à cantonner matériellement l'initiative populaire, et constituent donc un domaine, les secondes ont plutôt pour objet de protéger le processus afin d'en empêcher une utilisation considérée comme détournée. Les premières peuvent être exclues dans le cadre d'un contrôle *a priori*, le « bloc de constitutionnalité » et la jurisprudence correspondante étant suffisants pour obtenir le même résultat (A), il n'en va pas de même des secondes (B), qui constitueraient donc seules la substance de l'admissibilité matérielle dans notre hypothèse.

A : L'exclusion des prescriptions constituant un domaine matériel spécifique

805. En Suisse, l'initiative populaire fédérale doit, pour être valide, respecter matériellement « les règles impératives du droit international »⁸⁸⁵. En Italie, ne doivent pas

⁸⁸¹ Guillaume-Hofnung M., L'expérience italienne du référendum abrogatif, RIDC, 1983/1, pp. 130-132.

⁸⁸² *Ibid.* Voir également Fatin-Rouge Stéfanini M., Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle, Economica-PUAM, 2004, p. 312.

⁸⁸³ Nous avons déjà évoqué quelques aspects de la démarche de la Cour transalpine *supra*. L'on en trouvera une étude détaillée dans la thèse de Giudicelli J., La Cour Constitutionnelle italienne et le référendum abrogatif, Th., Toulon, 2002, et notamment quant aux restrictions matérielles au référendum pp. 113-198.

⁸⁸⁴ Turpin D., « Pouvoir ou autorité ? », RDP, 2002, p. 383.

⁸⁸⁵ Const. féd. Suisse, art. 139, al. 3.

être atteintes les « lois fiscales et budgétaires, d’amnistie et de remise de peine, d’autorisation de ratifier des traités internationaux »⁸⁸⁶. Sans extrapoler à l’excès à partir de ces exemples, nous pouvons affirmer que ces matières forment, en quelque sorte, un « tronc commun » de l’admissibilité matérielle, dans la mesure où elles touchent aux finances publiques et à la matière internationale, soit deux aspects traditionnellement sanctuarisés, sans être totalement abstraits de la discussion publique⁸⁸⁷. On peut pour cette même raison ajouter les droits fondamentaux puisque leur protection est devenue emblématique des régimes représentatifs occidentaux et qu’il est donc intéressant d’en étudier la protection, spécifiquement. Nous verrons d’abord ces derniers (1), pour nous intéresser ensuite à la protection des engagements internationaux (2), et nous concluons par la question des restrictions liées aux finances publiques (3).

1 : Les droits fondamentaux

806. La menace potentielle pour les droits fondamentaux -et notamment les droits des minorités- qu’incarnerait l’initiative populaire est un argument régulièrement brandi contre elle⁸⁸⁸. Et, même si la réalité est très nuancée, ces craintes ne sont pas totalement infondées⁸⁸⁹, ne serait-ce que parce que toute voie d’action normative qui peut intervenir dans le champ d’application des droits fondamentaux les menacent potentiellement.

807. C’est pourquoi il est nécessaire que l’encadrement du dispositif d’initiative populaire prévoie des mécanismes permettant de protéger ces droits, comme ils le sont d’ailleurs vis-à-vis de tous les pouvoirs pouvant agir juridiquement. N’ayant pas ici de prétention à débattre sur un plan théorique de la validité des diverses conceptions de la notion de « droits fondamentaux », nous nous bornerons à signaler que nous entendons pour notre part le terme comme renvoyant aux droits et libertés consacrés par une norme supra-législative et protégés par un juge dont l’autorité est reconnue en droit interne. En conséquence de quoi le terme renverra ici tant aux droits consacrés par un texte procédant du bloc de constitutionnalité qu’à ceux qui sont issus d’une convention internationale.

808. Ces droits ont donc pour spécificité d’être compris par des énoncés normatifs dont le respect est assuré par une autorité juridictionnelle qui, dans notre hypothèse, contrôle les lois et peut donc purger l’ordre juridique des atteintes qu’elles peuvent porter aux droits fondamentaux. Les lois référendaires, qu’elles soient ou non adoptées par voie d’initiative populaire, ne feraient pas, à cet égard, exception.

⁸⁸⁶ Const. Italienne, art. 75 al. 2.

⁸⁸⁷ Pour une synthèse complète des restrictions matérielles et formelles s’appliquant dans l’espace européen, voir le rapport de la Commission de Venise, *Le référendum en Europe, analyse des règles juridiques des Etats européens*, 2005, 44 p., en ligne : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2005\)034.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2005)034.aspx).

⁸⁸⁸ Voir pour quelques exemples mentionnés de cette critique, Fatin-Rouge Stéfanini M., « Le référendum et la protection des droits fondamentaux », RFDC, 2003/1, pp. 73-78.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, pp. 78-88. Donovan T., Tolbert C., “Do Popular Votes on Rights Create Animosity Toward Minorities?”, *Political Research Quarterly* 2013/4 (n°66), pp. 910-922 ; Frey B., Goette L., “Does the Popular Vote Destroy Civil Rights?”, *American Journal of Political Science*, 1998/4 (n°42), pp. 1343-1348.

809. Elles seraient en effet contrôlées relativement à leur conventionnalité et notamment quant à la conformité de leurs dispositions aux stipulations des principales conventions consacrant des droits et libertés⁸⁹⁰. Elles le seraient également quant à leur constitutionnalité, aussitôt que le constituant aurait explicitement octroyé cette compétence. Il paraît dès lors superflu de prévoir une protection plus avancée.

810. Pourtant, de nombreux pays pratiquant l'initiative populaire prévoient des mécanismes spécifiques de protection des droits fondamentaux -ou de certains d'entre eux- alors même que l'éventuelle loi référendaire est tout à fait susceptible de faire l'objet soit d'un contrôle de constitutionnalité pour les référendums législatifs, soit d'un contrôle spécifique pour les référendums constitutionnels⁸⁹¹. Parmi ces exemples, le plus riche d'enseignements pour ce qui nous concerne est celui de l'Italie. Le dispositif du référendum abrogatif n'y établit pas de protection particulière à l'endroit des droits fondamentaux. Cependant, l'interprétation créatrice de la Cour Constitutionnelle en ce qu'elle a fondé tout un ensemble de notions de références de son contrôle d'admissibilité, lui a permis de les protéger⁸⁹², dans une certaine mesure. Le fondement de ces notions est généralement le caractère législatif de l'abrogation et l'interdiction subséquente d'atteindre une disposition constitutionnelle, alors même que le contrôle de constitutionnalité est ouvert contre les lois référendaires. Il est tentant de déduire de ce fait qu'une protection supplémentaire peut s'avérer nécessaire. Mais ce serait oublier que le contrôle de constitutionnalité en Italie a lieu *a posteriori*, comme c'est d'ailleurs le cas des Etats prévoyant une protection spécifique des droits fondamentaux au stade de l'admissibilité matérielle. Or, dans le système tel que nous l'imaginons ici, le contrôle de constitutionnalité serait réalisé concomitamment à celui relatif à l'admissibilité. Le champ qu'il couvre quant aux droits fondamentaux est particulièrement étendu, et paraît en tous cas suffisant pour qu'un contrôle matériel d'admissibilité soit redondant. Des atteintes demeurent possibles, mais elles le sont déjà par la voie parlementaire et, de fait, elles existent suffisamment pour que le débat sur le respect des libertés dans le pays soit d'une constante actualité. Bien sûr, il est possible de penser qu'un législateur populaire présente moins de garanties à cet égard que la majorité parlementaire dirigée par le Gouvernement, mais il s'agit d'une pétition de principe : dans les pays pratiquant l'initiative populaire, les fréquences d'action par l'une ou l'autre voie sont si différentes qu'aucune comparaison empirique n'est envisageable. En outre, nous voyons mal, encore une fois, comment il serait possible d'envisager une action normative qui ne soit pas susceptible de produire des atteintes au champ couvert par les droits fondamentaux. De sorte que la question semble en réalité masquer une opposition plus large sur l'opportunité de la procédure. Il ne nous appartient donc pas d'en discuter ici. Mais nous pouvons au moins souligner qu'aussitôt qu'un dispositif d'initiative populaire serait instauré, il y aurait quelque logique à accepter la circonstance

⁸⁹⁰ L'on pense particulièrement à la CEDH.

⁸⁹¹ Pour une liste instructive, voir Fatin-Rouge Stéfanini M., *op.cit.*, p. 89.

⁸⁹² Nous faisons ici référence à la notion de « dispositions à contenu constitutionnellement obligatoire », expliqué par Julien Giudicelli dans sa thèse en ces termes : « Si le législateur dispose d'une réelle marge de manœuvre discrétionnaire pour mettre en œuvre une disposition constitutionnelle, la loi pourra être considérée comme constitutionnellement obligatoire, et une requête la visant, admissible. [...] A l'inverse, le législateur aura compétence liée pour réaliser un précepte constitutionnel si le texte fondamental ne lui donne aucun choix pour mettre en œuvre une de ses dispositions. La loi sera considérée à contenu constitutionnellement lié. Son abrogation référendaire serait donc inadmissible [...] ». Giudicelli J., *op.cit.*, pp. 118-119.

qu'un législateur d'un autre type que le Parlement puisse agir en ces matières, dans les mêmes conditions que le Parlement.

811. La circonstance que les énoncés protégeant les droits fondamentaux semble donc une garantie suffisante dans notre cadre. Reste effectivement la question des régimes légaux de protection de droits constitutionnellement garantis⁸⁹³. Mais des outils existent déjà dans la jurisprudence du Conseil pour éviter une suppression pure et simple. Par conséquent, il ne paraît pas nécessaire de prévoir des mécanismes spécifiques de protection des droits fondamentaux.

2 : *Les engagements internationaux*⁸⁹⁴

812. Les traités constitutifs de l'Union Européenne voient, comme l'on sait et une fois ratifiés, leur existence en droit interne constitutionnalisée à l'article 88-1 de la Constitution. Ceci empêcherait *a minima* une tentative d'abroger, par exemple, une loi de ratification relative à l'un de ces traités. Mais hormis ce cas particulier, la matière européenne est exclue du contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois puisque le juge constitutionnel se refuse à être un juge de la conventionnalité⁸⁹⁵. Il en va d'ailleurs de même du droit dérivé de ces traités. En outre, s'agissant des traités internationaux en général, on peut s'interroger sur le point de savoir si le législateur référendaire serait ou non, en situation de mettre l'Etat en position de manquer gravement à ses obligations internationales. En raison de leur sensibilité particulière, ces deux points au moins semblent inciter à prévoir des restrictions spécifiques en la matière. Pour autant, il n'est pas certain que cela soit nécessaire pour la préserver d'éventuelles atteintes excessives.

813. **Quant au premier point**, il faut d'abord souligner que le problème se pose surtout relativement à la possibilité d'abroger une loi de transposition de directive. L'adoption d'une

⁸⁹³ Nous pensons notamment aux objectifs à valeur constitutionnelle.

⁸⁹⁴ Nous ne nous appesantirons pas, dans les propos à venir, sur la distinction traités/accords internationaux de l'article 52 de la Constitution. En effet, dès lors que l'on envisage un régime spécifique, la question de la portée du terme « traité » visé à l'article 11 perd son importance. Et dans la mesure où les lois de ratification ne sont pas concernées par cette distinction, elle perd même toute pertinence. Par ailleurs, le propos portant surtout sur le risque d'une atteinte au droit international par l'issue d'un processus d'initiative populaire, ce point n'a pas grande importance, dans la mesure où cette distinction n'est d'aucune portée en droit international. Nous reprendrons dès lors la terminologie internationale, qui regroupe sous l'appellation générique « traités » une grande variété de dénominations. L'on peut lire, sur les problèmes posés par cette question, et plus largement par les singularités de la procédure française d'intégration des normes internationales : Leboeuf R., « La double nature de la ratification des traités : observations sur les discordances entre les procédures constitutionnelles et internationales », R.F.D.C., 2016/3, p. 601-632.

⁸⁹⁵ Cons., Const., Déc., n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, JORF du 16 janvier 1975 p. 671, Rec. p.19. Sur l'état actuel de ces relations entre le juge constitutionnel et le droit de l'Union Européenne, de différents points de vue, l'on pourra notamment se reporter à Levade A., « Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne », CCC, HS/2009, pp. 63-75 et, du même auteur, « Constitution et Europe, ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de système », CCC, 2005/1 (n°18), p. 133 ; Thorodom A.-T., « Entre droit international et droit constitutionnel : le métissage du droit de l'Union européenne », Revue des affaires européennes, 2016/2, pp. 229-238 ; Polat V., « L'ordre constitutionnel français et l'efficacité du droit de l'Union européenne », Politeia, 2014 (n°26), pp. 529-546 ; Prevost-Gella J., « L'instrumentalisation de la spécificité du droit de l'Union européenne par le Conseil constitutionnel », RFDA, 2015/1, pp. 137-148..

loi de transposition d'une directive non encore transposée non seulement ne poserait pas les mêmes difficultés pour des raisons évidentes mais, en outre, pourrait être censurée par le Conseil Constitutionnel en cas de transposition « *manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer* »⁸⁹⁶. Il resterait évidemment possible que le texte soit malgré tout non-conforme au droit de l'Union Européenne, mais cela serait contrôlé par le juge ordinaire selon les procédures depuis longtemps appliquées. Il faut d'ailleurs rappeler que le contrôle de conformité au droit de l'U.E aurait de toute façon lieu, que la loi transpose une directive ou non⁸⁹⁷.

814. En revanche, la possibilité, pour la proposition d'initiative populaire, d'abroger une loi de transposition existante serait plus problématique. En effet, une abrogation « sèche » mettrait l'Etat en situation de voir sa responsabilité engagée à l'égard des institutions de l'U.E. En droit, cela n'aurait rien de singulier, il s'agirait simplement d'un cas d'ouverture de la procédure de recours en manquement⁸⁹⁸, pour violation du principe de loyauté⁸⁹⁹. En opportunité, il pourrait en être autrement, étant donné les problèmes chroniques de légitimité dont souffre l'U.E vis-à-vis des citoyens européens.

815. Trois types d'encadrement sont alors envisageables. D'abord l'absence d'encadrement particulier. Ici, l'abrogation aurait pour conséquence que l'Etat soit mis en demeure, par la Commission, de supprimer les dispositions litigieuses, par exemple en abrogeant la loi abrogative, ou en faisant adopter par le Parlement une nouvelle loi de transposition. Le contentieux n'intervenant qu'après et selon la réponse de l'Etat à cette mise en demeure⁹⁰⁰, cela pourrait tout à fait s'envisager. Ensuite, il est possible d'interdire toute abrogation des lois transposant une directive, mais étant donné l'ampleur du champ d'intervention du droit de l'Union Européenne, cela nous paraît être une hypothèse extrêmement restrictive de l'action du législateur populaire⁹⁰¹. Enfin, on peut envisager d'interdire, dans le dispositif et s'agissant des lois de transposition de directive -ou de toutes les lois- l'abrogation « sèche » en contraignant les comités à l'accompagner d'un texte de remplacement. Cette dernière hypothèse paraît la plus viable, dans la mesure où elle ne porte aucune interdiction dirimante et où les abrogations sèches ne sont de toute façon guère souhaitables. Bien que cela nous semble plutôt relever de la compétence du législateur organique, il serait nécessaire, pour éviter les difficultés rencontrées lors de l'adoption de la loi organique portant application du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution, que la partie constitutionnelle du dispositif

⁸⁹⁶ Cons., const.. Déc. n° 2006-540 DC, « Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information JORF du 3 août 2006 », JORF du 3 août 2006 p.11541, Rec. p.88, cons. 20.

⁸⁹⁷ Sur la question du contrôle de constitutionnalité du droit dérivé, voir Dupéré O., « Le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. Lectures croisées par le Conseil d'état et le Conseil constitutionnel », RFDC, 2005/1 (n°61), pp. 147-169 ; Picod F., « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union Européenne », CCC, 2005/1 (n°18), p. 144 ;

⁸⁹⁸ Art. 258 à 260 T.F.U.E.

⁸⁹⁹ Art. 4 §3 T.U.E.

⁹⁰⁰ Art. 259 T.F.U.E.

⁹⁰¹ L'on trouvera une analyse à la fois brève, détaillée et quantifiée du phénomène dans le rapport du Conseil d'Etat de 2006 : EDCE, La sécurité juridique, 2006, La doc. Fra., pp. 261-264. Même si le document est assez ancien, la dynamique ne s'est pas démentie, et ses qualités de synthèse font qu'il demeure pertinent comme base de départ.

prévoit la possibilité pour le législateur organique d'introduire des obligations particulières à la charge des comités.

816. **S'agissant du second point**, à présent. Il faut tout d'abord noter qu'à partir du moment où le texte introduisant l'initiative populaire affirme explicitement que celle-ci ne peut intervenir que dans le domaine de la loi tel qu'il est défini par la Constitution, le champ matériel dans lequel elle peut intervenir en matière de traités internationaux est assez limité puisque la seule compétence du législateur est l'autorisation de la ratification qui ne vaut pas ratification par elle-même mais confère seulement le droit aux titulaires de cette compétence⁹⁰² de le faire⁹⁰³. Il resterait certes éventuellement possible d'abroger une loi portant ratification d'un traité. Néanmoins il nous semble, s'agissant d'une norme d'habilitation, que l'abrogation d'une loi autorisant la ratification d'un traité en cours d'exécution n'aurait aucun effet. Il est cependant vrai que la formulation de l'article 53 de la Constitution est assez peu éclairante à cet égard. Toutefois, il faut souligner que, la négociation comme la signature relevant de la compétence exécutive, nous pouvons considérer qu'il est impossible de dénoncer un traité sans une intervention des titulaires du pouvoir exécutif. Il nous semble par conséquent que la répartition des compétences constitutionnelles prive le législateur populaire de la possibilité de mettre en cause les engagements internationaux de l'Etat et que le juge constitutionnel pourrait veiller au respect de cette répartition sans qu'il soit besoin de prévoir des restrictions spécifiques.

817. Il est vrai qu'il s'agit là d'une interprétation constructive, dans la mesure où, par définition, la question ne s'est pas encore posée. Mais il faut ajouter qu'il existe, dans la Constitution, un fondement qui permet au juge constitutionnel de s'assurer de l'absence d'atteinte grave aux engagements de l'Etat par la loi. En effet, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, relative au traité de Maastricht, a explicitement constitutionnalisé la règle *Pacta sunt servanda*⁹⁰⁴. Or, celle-ci implique que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi »⁹⁰⁵, ce dont il découle en droit international, tant une exécution de bonne foi de la part des parties contractantes que l'impossibilité -sauf stipulation contraire de la convention concernée- de se dégager

⁹⁰² A savoir le Président de la République, en application de l'article 52, al. 1^{er}.

⁹⁰³ Dehaussy J., « Autorisation législative », Jcl. Droit international, LexisNexis, Fasc. 11, §33.

⁹⁰⁴ Considérant 7 et 8, dont le positionnement qu'ils contiennent a été rendu nécessaire par la circonstance que le traité de Maastricht modifiait des traités internationaux antérieurement introduits dans l'ordre juridique national : « Considérant que le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, proclame que la République française "se conforme aux règles du droit public international" ; qu'au nombre de celles-ci figure la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; que l'article 55 de la Constitution de 1958 dispose, en outre, que "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie" ; Considérant qu'il appartient au Conseil constitutionnel, saisi, au titre de la procédure instituée par l'article 54 de la Constitution, d'un traité qui modifie ou complète un ou plusieurs engagements internationaux déjà introduits dans l'ordre juridique interne de déterminer la portée du traité soumis à son examen en fonction des engagements internationaux que ce traité a pour objet de modifier ou compléter ». Cons., const., Déc., n°92-308 DC du 9 avril 1992, « Traité sur l'Union européenne », JORF n°87 du 11 avril 1992, p. 5354 Rec. p.55, confirmée par Cons., const., Déc., n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, « Traité portant statut de la Cour pénale internationale », JORF n°20 du 24 janvier 1999, p. 1317, Rec. p. 29.

⁹⁰⁵ Art. 26 de la Convention de Vienne du 23 Mai 1969 sur le droit des traités.

unilatéralement des obligations qui découlent des accords et engagements licites⁹⁰⁶. Il ne s'agirait pas à proprement parler d'un contrôle de conventionnalité, dans la mesure où il ne serait pas question, pour le Conseil de contrôler la conformité de la proposition d'initiative populaire au droit international mais simplement de vérifier qu'elle n'aurait pas pour résultat de mettre en échec le respect par l'Etat de ses obligations internationales. Il s'agirait donc, en quelque sorte, d'un contrôle de la « violation grave et manifeste » qui correspondrait concrètement aux hypothèses dans lesquelles la proposition considérée aboutirait à un résultat comparable à une dénonciation. Une sorte de « dénonciation de fait ». Cela n'entrerait par conséquent pas dans le cadre de l'autolimitation exprimée -et réitérée- par le Conseil dans le dispositif de sa décision IVG.

818. Ainsi, même si l'hypothèse n'a encore jamais été concrétisée, il est possible de penser que si une loi devait avoir pour conséquence une forme de « dénonciation de fait » d'une convention internationale, elle serait censurée par le Conseil⁹⁰⁷. Agnès Roblot-Troizier note d'ailleurs dans sa thèse que « *la décision n°93-321 DC du 20 Juillet 1993 [...] paraît indiquer que le Conseil est en mesure de vérifier au fond le respect de la règle pacta sunt servanda par la loi qui lui est soumise* »⁹⁰⁸. En outre, même s'il est vrai qu'à ce jour, l'alinéa 14 du préambule de 1946, fondement textuel de la constitutionnalisation de la règle en question n'a été utilisé que pour le contrôle des conventions internationales, le même auteur souligne « *cette constitutionnalisation vaut quelle que ce soit la norme qui fait l'objet du contrôle de constitutionnalité. Car autant il est concevable d'admettre que les normes de référence du contrôle varient en fonction de la norme-objet du contrôle, autant la valeur juridique d'une norme ne dépend pas de l'acte juridique auquel elle est confrontée* »⁹⁰⁹. Il y a donc bien quelques éléments permettant d'affirmer que la constitutionnalisation de la règle *Pacta sunt servanda* peut offrir une protection suffisante à tous les accords et engagements internationaux non visés directement par la Constitution⁹¹⁰ face à une atteinte de rang législatif. Et, dès lors que la compétence accordée aux comités porte strictement sur la possibilité de soumettre à référendum un texte intervenant dans le domaine de la loi, il semble que là encore, un contrôle par le Conseil Constitutionnel en amont du référendum soit suffisant pour empêcher que l'initiative populaire conduise à l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat.

819. Evidemment, ce dispositif ne protège pas le droit dérivé des traités, pas plus qu'il n'empêcherait une atteinte à une stipulation donnée de tel ou tel engagement international qui,

⁹⁰⁶ Voir Carreau D., *Traité International*, Répertoire de droit international, n° 169 à 176, Dalloz, dernière actualisation Juin 2015, consulté en ligne le 21 Août 2016.

⁹⁰⁷ L'on pense notamment à l'hypothèse de l'abrogation d'une loi autorisant la ratification d'un traité, soulevée par Stéphane Diémert dans son article relatif au référendum de l'alinéa 3 de l'article 11 de la Constitution. Voir Diémert S., « Le référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution », RFDC 2009/1, pp. 68-69.

⁹⁰⁸ Roblot-Troizier A., *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution Française*, Dalloz, 2007, p. 428. Le considérant auquel elle fait référence est le considérant 37 de la décision citée.

⁹⁰⁹ *Ibid.*

⁹¹⁰ Il faut en effet rappeler que les traités constitutifs de l'Union Européenne sont constitutionnellement protégés, puisque l'article 88-1 de la Constitution les mentionne expressément et que, plus globalement, le titre XV du texte suprême est tout entier relatif à l'U.E. Aucune loi ne saurait donc les modifier, ou dégager la France des obligations qui en découlent.

sans mettre en échec la convention dans son ensemble, nuirait à la bonne exécution par l'Etat de ses obligations internationales. Mais cette sorte d'entrave peut être aisément contrecarrée par l'intervention des juges ordinaires qui assurent depuis longtemps la bonne application du droit international général comme des principales conventions auxquelles la France est partie.

820. Dès lors, le dispositif peut paraître complet et partant, efficient : au juge constitutionnel la protection contre les atteintes directes, au juge ordinaire la protection contre les atteintes indirectes ou ciblées.

821. Mais cette solution doit encore être discutée.

822. D'abord, étant donné le positionnement classique du Conseil constitutionnel quant à son refus de contrôler la conventionnalité des lois, il est difficile d'être absolument certain qu'il accepterait d'opérer un contrôle de la loi référendaire sur ce point, fût-il, comme on l'a évoqué, restreint. Par ailleurs, le contexte de la constitutionnalisation de la règle *pacta sunt servanda* rend incertaine la transposition du raisonnement alors tenu par le Conseil à notre hypothèse. En effet, il s'agissait comme déjà indiqué, du contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht, opéré sur le fondement de l'article 54 de la Constitution. Plus précisément, le Conseil s'est servi de la règle *pacta sunt servanda* afin de s'assurer de « *la non-remise en cause des engagements déjà opposables à la France* »⁹¹¹. Sa décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999 n'est pas d'un plus grand secours dans la mesure où le principe y est invoqué comme motif de la constitutionnalité d'une stipulation du Traité portant statut de la CPI qui permet à celle-ci de se substituer aux autorités judiciaires de l'Etat en cas de défaillance, par celui-ci, à poursuivre un ou plusieurs criminels poursuivis pour des faits entrant dans le champ de la Convention⁹¹².

823. Pour autant, dans les deux cas, il s'agit bien de fonder la constitutionnalité de traités internationaux ou de certaines stipulations sur la nécessité pour l'Etat d'exécuter de bonne foi ses obligations internationales. Il y aurait donc une certaine continuité logique à ce que, dans le cadre de son contrôle de la proposition d'initiative populaire, il s'assure que celle-ci n'empêche pas cette bonne exécution, et il y a également de nombreux indices allant dans ce sens. Il n'est pour autant pas possible d'être certain qu'il le ferait. D'autant moins que « *l'utilisation de l'alinéa 14 si elle n'est pas erratique, est bien ordonnée à telles ou telles fins spécifiques* »⁹¹³. Maintenir le dispositif en l'état serait donc courir le risque que le Conseil refuse d'opérer le contrôle, l'assimilant à un contrôle de conventionnalité au sens de sa décision IVG.

824. Ensuite, il n'est pas certain que s'en remettre simplement aux outils existants offre une solution satisfaisante. L'application de la règle *Pacta sunt servanda* peut impliquer un certain travail d'interprétation par le juge constitutionnel, de la proposition soumise à son examen. Or, toute interprétation, fût-elle le fait d'un juge, augmente les possibilités de discussion de son produit, à savoir la décision juridictionnelle qu'elle appuie. Certes, cela est la substance

⁹¹¹ Picard E., Droit international et contentieux administratif (I - Rapports entre droit international et droit interne), Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, n° 95-97.

⁹¹² Cons., const., Déc., n°98-408 DC, *op.cit.*, cons. 32.

⁹¹³ Picard E., *op.cit.*

même du travail d'un juge et, dès lors que l'on envisage un contrôle du processus d'initiative populaire, la confrontation devient inévitable entre le Conseil d'une part, et des comités possiblement perçus comme manifestant la « volonté populaire », d'autre part. Cependant, les rapports de légitimité seraient, dans l'hypothèse qui nous intéresse ici -la protection des engagements internationaux- modifiés par la nature des normes en cause, le droit international n'ayant pas la même assise, de ce point de vue, que des normes internes. La circonstance que le constituant ait explicitement prévu que le juge chargé de l'admissibilité matérielle -le Conseil Constitutionnel dans notre hypothèse- doive vérifier que la proposition ne mette pas en échec le respect par l'Etat de ses obligations internationales, pourrait être de nature à renforcer la légitimité de ce contrôle. En effet, il s'agirait dès lors d'appliquer le droit interne, à partir d'une source bien plus compréhensible pour les non-initiés, que le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, source constitutionnelle de la règle *Pacta sunt servanda*.

825. C'est pourquoi il pourrait sembler opportun d'offrir une forme de soutien textuel au Conseil pour cette matière, en prévoyant dans le régime spécifique applicable aux propositions soumises dans le cadre de l'initiative populaire, des restrictions relatives aux engagements internationaux. Cette opinion peut être renforcée par la circonstance que deux dispositifs d'initiative populaire très différents quant à la force de leur encadrement matériel - l'initiative populaire fédérale Suisse et l'abrogation Italienne- prévoient pourtant tous deux des protections spécifiques au droit international⁹¹⁴.

826. Il n'y a pourtant rien qui doive convaincre que ces restrictions spécifiques soient susceptibles de fournir une plus-value quant aux considérations évoquées ci-dessus. Un exemple illustre les limites de la démarche. En Suisse, l'interdiction de soumettre une initiative contraire aux « règles impératives du droit international » ne permet pas nécessairement de résoudre les cas les plus polémiques. L'exemple récent de l'initiative « contre l'immigration de masse », adoptée le 09 février 2014 revêt, de ce point de vue, une dimension exemplaire. Cette initiative visait -et a eu pour résultat- d'inscrire dans la Constitution des dispositions permettant de restreindre l'immigration, et notamment l'immigration en provenance des pays de l'Union Européenne, par l'utilisation de « plafonds et des contingents annuels »⁹¹⁵. Cette initiative, quoique de type « rédigée », nécessite une législation de mise en œuvre pour s'appliquer. Or, la Suisse était -et est toujours- partie à une convention bilatérale réglant le libre-accès des travailleurs communautaires au marché du travail Helvète⁹¹⁶, ce qui rend ladite mise en œuvre particulièrement délicate. Pourtant, il était possible d'invalider l'initiative pour non-respect des « règles impératives du droit international », ce que le message rendu par le Conseil Fédéral reconnaissait implicitement en affirmant qu'« *il est possible d'interpréter l'initiative de manière à ce qu'elle ne soit pas*

⁹¹⁴ Art. 139 al. 3 de la Constitution Fédérale Suisse ; Art. 75 al. 2 de la Constitution italienne.

⁹¹⁵ Initiative populaire fédérale « contre l'immigration de masse », acceptée le 09 février 2014, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2014/1391.pdf>.

⁹¹⁶ L'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) signé le 21 juin 1999 entre la Suisse et l'Union européenne.

contraire aux dispositions impératives du droit international public »⁹¹⁷ ; ce qui signifie ni plus ni moins que cette interprétation est nécessaire pour que l'initiative soit conforme à l'article 139.3 de la Constitution Fédérale. On le voit, l'existence d'une restriction spécifique n'est pas nécessairement efficace pour protéger les engagements de l'Etat. Car en explicitant une exception au détriment du législateur populaire, elle mettrait en avant une dynamique de confrontation entre la matière internationale et le processus, alors même que les instances internationales et particulièrement l'U.E, sont impopulaires. Il semble plus judicieux et possiblement plus efficace, de s'en remettre à la jurisprudence ordinaire du Conseil. Ce point, conjugué à toutes les observations qui précèdent, nous conduit à soutenir qu'il n'est pas nécessaire de prévoir pareilles restrictions, dès lors que le contrôle de constitutionnalité préventif paraît suffisant.

3 : La protection des finances de l'Etat par une restriction limitée aux lois de financement

827. Le souci de protéger les finances publiques de l'Etat et ses démembrements d'éventuelles poussées référendaires est assez présent dans les dispositifs étrangers. Et il ne s'agit pas d'une crainte seulement théorique : il est arrivé à l'étranger que la politique fiscale soit bouleversée par le résultat d'une initiative populaire. On peut, pour ne citer qu'un exemple à cet égard, mentionner la célèbre proposition 13 qui fut « *adoptée par les électeurs californiens en 1978 : elle prévoyait un plafonnement des taxes foncières à 1 % de la valeur des biens* »⁹¹⁸ et eut des conséquences majeures, à savoir « *une baisse de 57 % des revenus de cet impôt pour l'État de Californie* »⁹¹⁹. Ce texte eut des conséquences importantes, et est devenu le symbole du mouvement antifiscal aux Etats-Unis⁹²⁰.

828. La Californie ne connaît pas de restriction relative à la matière financière, pas plus que la Suisse. Il en va autrement ailleurs, où les limitations sont systématiques⁹²¹. Ainsi, en Italie, et alors même que le texte constitutionnel contient assez peu de limites explicites à l'abrogation référendaire, l'article 75 de ce même texte dispose en son deuxième alinéa que « le référendum n'est pas admis pour des lois fiscales et budgétaires ». Etant donné la méfiance qu'a suscitée, dans la péninsule, l'institution d'un mécanisme de démocratie semi-directe, et celle que l'on a pu observer ici lors de la révision constitutionnelle de 2008, nous sommes donc fondé à penser qu'elle serait reprise en France.

⁹¹⁷ Message relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse» du 7 décembre 2012, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2013/279.pdf>.

⁹¹⁸ Michelot V., « Le processus référendaire en Californie : un travestissement démocratique ? », *Pouvoirs* 2010/2 (n° 133), p. 58.

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ Haberman C., « The California ballot measure that inspired a tax revolt », *New York Times*, 16 octobre 2016, en ligne : <https://www.nytimes.com/2016/10/17/us/the-california-ballot-measure-that-inspired-a-tax-revolt.html>; O'Sullivan A., Sexton T., Cheffrin S., *Property taxes and tax revolts: the legacy of proposition 13*, Cambridge university press, 1995, 159 p.

⁹²¹ Beltrame P., Mehl L., « Techniques, politiques et institutions fiscales comparées », PUF, 2^e éd., 1997, pp. 489-490.

829. Mais, en admettant cette supposition comme un fait, pareille restriction, c'est-à-dire une restriction spécifique au domaine de l'initiative populaire, serait-elle nécessaire? La réponse n'est pas évidente. Les lois de finances et de financement de la sécurité sociale, visées par l'article 39, sont régies pour une large part par des dispositions spécifiques, ce qui résulte de certaines dispositions constitutionnelles⁹²². Ce sont des lois ordinaires mais qui doivent être prises dans un cadre déterminé par une loi organique⁹²³. Il en existe une par « type » de loi⁹²⁴, et chacune de ces lois organiques prévoient un domaine réservé exclusif qui ne peut être atteint par une loi ordinaire⁹²⁵.

830. Elles seraient donc exclues du champ d'application de l'initiative populaire, mais cela ne réglerait qu'une partie du problème. Les dispositions fiscales n'entrent pas nécessairement dans le champ de cette partie du domaine de la loi de finances⁹²⁶. En l'état actuel du droit, une loi ordinaire peut donc comprendre des dispositions fiscales⁹²⁷.

831. Dès lors, une absence de restriction spécifique à la matière financière en ferait entrer une part certes limitée mais substantielle, dans le domaine de l'initiative populaire. L'exclure ne serait souhaitable qu'à la condition de pouvoir le faire sur un fondement clair⁹²⁸.

832. Il semble qu'un tel support existe en droit interne. Il s'agit de l'article 40 de la Constitution⁹²⁹. Nous pouvons d'ailleurs noter que le Conseil constitutionnel en a affirmé l'applicabilité à l'initiative partagée alors même que le législateur organique était resté muet sur la question⁹³⁰.

833. Son application nécessiterait ici d'être prévue dans la Constitution car la proposition ne serait pas formulée par des « membres du Parlement ». On peut d'ailleurs noter que si tel

⁹²² Et notamment les articles 42 et 47. Voir par ex. Cons., const., Déc., n° 2002-461 DC du 29 août 2002, « Loi d'orientation et de programmation pour la justice », JORF du 10 septembre 2002 p. 14953, Rec. p.204, cons. 91 à 94.

⁹²³ Art 34 al. 4 et 5, art. 47 al. 1^{er} Const.

⁹²⁴ Loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances (LOLF), JORF n°177 du 2 août 2001 p. 12480 ; Loi organique n° 2005-881 du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale, JORF n°179 du 3 août 2005 p. 12633.

⁹²⁵ LOLF, art. 34,II, 7° ; Art. LO 111-13 du code de la sécurité sociale, II, al. 2.

⁹²⁶ Message H., Bermond M., Matt J.-L., L'assemblée nationale et les lois de finances, Connaissances de l'assemblée n°3, 3^{ème} éd., 2007, p. 19. En ligne :

http://www.assembleenationale.fr/connaissance/lois_finances_lois_financement/lois_finances_financement_actu_alisee.pdf.

⁹²⁷ Pour une liste assez précise, voir le rapport n°263 du 7 janvier 2014, fait par Philippe Marini au nom de la commission des Finances du Sénat sur la recevabilité financière des amendements et des propositions de lois au Sénat, pp. 99-104, en ligne : <http://www.senat.fr/rap/r13-263/r13-2631.pdf>.

⁹²⁸ La matière financière étant par essence transversale, elle peut donner lieu à des interprétations constructives affectant lourdement l'amplitude de la limitation. Voir Perici A., Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo, Giappichelli G., éd., 2010, p. 151 ; Giudicelli J., La Cour Constitutionnelle Italienne et le référendum abrogatif, Th, Toulon, 2002, pp. 233-328.

⁹²⁹ Art. 40 const : « les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ».

⁹³⁰ Cons., const., Déc., n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, « Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution », JORF du 7 décembre 2013 p. 19955, Rec. p.1081. Voir Oliva E., « "Initiative partagée" et protection constitutionnelle des finances publiques », RFDC, 2014/3, pp. 676-682.

n'était pas le cas, le législateur populaire aurait un droit d'initiative moins restreint, au moins sur le plan financier, que le législateur parlementaire.

834. La formulation en apparence ambiguë de l'article masque une portée en réalité assez balisée puisqu'il n'a pas été modifié depuis l'entrée en vigueur du texte constitutionnel et qu'il a donc fait l'objet, en plus de soixante ans, d'un grand nombre de précisions⁹³¹. Certes celles-ci pour être comprises et donc respectées, exigent une certaine maîtrise technique, la matière financière d'une façon générale n'étant pas des plus simples. Mais cela est valable pour un grand nombre de dispositions que devraient respecter les propositions d'initiative populaire.

835. En revanche, il est vrai que les restrictions impliquées par l'article 40 sont assez importantes, et ont donc des conséquences majeures⁹³².

836. Ceci résulte d'abord de son champ d'application, aussi large que technique. A cet égard, il a pu être noté que : « *délimiter le champ d'application de l'article 40 suppose de s'interroger sur ce que recouvrent les notions de charge et de ressources « publiques ». Si le cœur de ce domaine est aisément identifiable au travers de la catégorie des « administrations publiques », plus on s'éloigne de ce centre, plus sa sphère devient nébuleuse, en raison en particulier du foisonnement des organismes et instances publics, semi-publics, voire privés, destinés à financer des politiques d'intérêt général ou remplissant des missions de service public. Si la première question qui doit être posée pour identifier le champ de l'article 40 est bien : « à qui s'applique l'article 40 ? », la délimitation de sa périphérie exige davantage de répondre à la question : « à quoi s'applique l'article 40 ? Partir des critères de la comptabilité nationale pour délimiter cette sphère apparaît sinon comme le moyen le plus logique, à tout le moins comme le plus commode. Globalement, le périmètre de l'article 40 recouvre celui des administrations publiques, bien que certaines d'entre elles puissent lui échapper pour des raisons liées à la nature de leur activité ou à leur statut juridique, et bien que le champ de l'article 40 puisse a contrario déborder parfois largement la sphère des administrations publiques, pour venir s'appliquer à des structures privées chargées par exemple de missions de service public. »⁹³³. Nous mesurons bien ici la complexité que cache l'énoncé, très court, de l'article 40, avec les conséquences déjà maintes fois notées.*

⁹³¹ Pour un panorama complet du régime de l'article 40, voir le rapport n°4392 de Jérôme Cahuzac sur la recevabilité financière des initiatives parlementaires, enregistré le 21 février 2012, pp. 15-107 disponible en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i4392.pdf> ainsi que le rapport Marini, *op.cit.*, pp. 15-96.

⁹³² Pour une synthèse de son application concrète, voir Chavy P., « L'application de l'article 40 de la Constitution : des jurisprudences et des pratiques parlementaires méconnues », R.F.D.C., 2017/1, pp. 23-47. Pour une critique voir Kerléo J.-F., « Plaidoyer en faveur d'une réforme de l'article 40 de la Constitution », RFDC, 2014/3 (vol. n°99), pp. 507-531.

⁹³³ Rapport Cahuzac, *op.cit.*, p. 29. Le même précise une page plus loin que « *le départ entre ce qui relève et ce qui ne relève pas de ce champ est rendu encore plus malaisé par les évolutions permanentes de certaines politiques : en effet, si la puissance publique a eu tendance historiquement à réduire ses interventions dans le domaine des activités marchandes, elle a au contraire pu accroître sa présence dans d'autres domaines, par exemple dans le champ social. Le juge de la recevabilité financière doit bien entendu tenir compte de ces évolutions : c'est pourquoi, de ce point de vue, son contrôle relève davantage d'une casuistique que d'une théorie figée et inébranlable.* ».

837. Cependant, ce n'est pas la seule difficulté, car l'application de l'article 40 pourrait entraîner un rétrécissement important du champ d'action ouvert aux comités par l'initiative populaire. En effet, c'est énoncer une évidence que de dire que la possibilité de dégager des moyens financiers est une condition essentielle pour mener à bien une ambition politique portée par un dispositif législatif. Il est donc particulièrement nécessaire qu'il soit exercé selon des critères juridiques objectivant la rigueur du contrôle, et non selon une logique économique ou financière⁹³⁴.

838. Même interprété selon cette ligne de conduite, l'article 40 conserve un grand pouvoir de restriction. Ainsi, « *l'emploi du mot « charge » au singulier interdit toute création ou aggravation d'une dépense publique, quand bien même celle-ci serait compensée par la diminution d'une autre dépense, l'augmentation d'une recette existante ou la création d'une nouvelle recette* ». ⁹³⁵.

839. Son régime s'avère plus souple pour l'autre cas qu'il couvre, puisque « *l'emploi du mot « ressources » au pluriel signifie a contrario qu'il est loisible à un parlementaire de proposer la diminution ou la suppression d'une recette, sous réserve d'en prévoir la compensation par augmentation d'une recette existante ou création d'une nouvelle recette* ». ⁹³⁶.

840. Mais cela n'allège guère le poids de l'interdiction absolue de créer une charge. Celle-ci est en effet très lourde, puisque plus large qu'une interdiction de dépenses⁹³⁷, de sorte que « *de nombreuses initiatives parlementaires qui ne prévoient pas directement la création ou l'aggravation d'une dépense publique sont néanmoins jugées irrecevables, car faisant peser sur des personnes ou organismes dans le champ de l'article 40 -c'est-à-dire mettant à leur charge- des obligations ou missions nouvelles, qui nécessiteront in fine d'augmenter la dépense* ». ⁹³⁸. En conséquence, et pour reprendre un exemple donné par Jérôme Cahuzac, il est impossible, sous l'empire de ce régime, de créer un nouveau droit social⁹³⁹. Il est en revanche possible, toujours selon la même source, de réduire l'assiette d'un impôt ou d'élargir un avantage fiscal, à condition que la perte ainsi générée soit compensée⁹⁴⁰.

841. Il est possible de mesurer ici, que les irrecevabilités financières de l'article 40, selon la façon dont elles sont appliquées, peuvent avoir un effet drastique. Cela vient de leurs origines, liées à la crainte d'une démagogie parlementaire dispendieuse⁹⁴¹. Néanmoins, la pratique a su « *se garder d'une lecture extensive de cet article, qui aurait pu conduire à regarder la quasi-totalité des initiatives parlementaires comme potentiellement coûteuses pour les*

⁹³⁴ Chauvy P., *op.cit.*, p. 31.

⁹³⁵ *Ibid.*, p. 63.

⁹³⁶ *Ibid.*

⁹³⁷ Rapport Cahuzac., *op.cit.*, p. 87.

⁹³⁸ *Ibid.*

⁹³⁹ *Ibid.*

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 66. Cette compensation est elle-même évidemment encadrée : elle doit être « crédible, pérenne, immédiate », et affectée à la même structure que celle qui est touchée par la diminution de recettes. Voir le rapport déjà cité, pp. 81-82.

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 88.

administrations publiques »⁹⁴², de sorte qu'une charge, pour être qualifiée comme telle et donc entraîner l'irrecevabilité de la disposition qui la crée, doit être « directe et certaine »⁹⁴³. Détailler les conséquences concrètes de ce régime serait trop long et fastidieux pour notre propos, mais quelques exemples permettent de l'éclairer. Sans être exhaustifs on peut souligner que dès lors que la disposition concernée exprime clairement la création d'une charge ou qu'elle attribue à une structure publique existante une nouvelle mission ou qu'elle crée une autorité publique nouvelle, la charge sera directe⁹⁴⁴ et donc irrecevable. Le caractère certain, quant à lui, exclut de son champ les dispositions non-normatives ou superflues, qui sont donc recevables⁹⁴⁵.

842. Enfin, il faut préciser que la sanction -l'irrecevabilité- ne concerne que la disposition litigieuse et non la totalité de la proposition ou de l'amendement qui la comprend⁹⁴⁶, ce qui atténue légèrement la rigueur du tableau d'ensemble.

843. Pour achever cette analyse, il faut donc encore l'approfondir en étudiant les conditions de mise en œuvre de la recevabilité financière.

844. En effet, celles-ci sont particulières dans la mesure où cette mise en œuvre est essentiellement assurée par les chambres, sous la surveillance du Conseil⁹⁴⁷. En effet⁹⁴⁸, celles-ci sont systématiquement contrôlées par le Bureau de l'Assemblée Nationale lors de leur dépôt⁹⁴⁹ puis, sur évocation -sur demande du Gouvernement ou d'un député-, à n'importe quelle étape d'une lecture par le Président de la Commission des finances⁹⁵⁰ (de sorte que le contrôle *a priori* n'exclut nullement de lever une irrecevabilité en séance). Au Sénat, ce double contrôle existe également⁹⁵¹.

845. Ce contrôle est certes, comme on l'a dit, supervisé par le Conseil. Mais il l'est dans des conditions telles que celui-ci ne connaît pas de la plupart des décisions fondées sur l'article 40, puisqu'il « *ne peut être saisi de la question de savoir si une proposition ou un amendement formulé par un membre du Parlement a été adopté en méconnaissance de l'article 40 de la Constitution que si la question de la recevabilité de cette proposition ou de*

⁹⁴² *Ibid.*

⁹⁴³ Cons., const., Déc., n°2003-476 DC du 24 Juillet 2003, « Loi organique portant réforme de la durée du mandat et de l'âge d'éligibilité des sénateurs ainsi que de la composition du Sénat », JORF du 31 juillet 2003 p. 13038, Rec. p. 400.

⁹⁴⁴ Cahuzac J., *op.cit.*, pp. 89-92.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 92-93.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 22.

⁹⁴⁷ Carcassonne G., *La Constitution*, Ed., du seuil, 11^{ème} éd., 2013, p. 203.

⁹⁴⁸ Nous ne parlons ici que du contrôle de la recevabilité des propositions de loi. En effet, les amendements font l'objet d'un régime différent. Cependant, dans la mesure où il ne saurait y avoir d'objet analogue à un amendement parlementaire dans la procédure d'initiative populaire, nous n'avons pas jugé utile de mentionner ce régime de contrôle. Le lecteur intéressé pourra utilement se reporter aux pages 22 à 26 du rapport Cahuzac déjà cité.

⁹⁴⁹ Art. 89 R.A.N., al. 1^{er}.

⁹⁵⁰ Art. 89 R.A.N., al. 4.

⁹⁵¹ Art. 24, 28ter al. 1^{er} et 45 R.S.

cet amendement a été soulevée devant le Parlement »⁹⁵². De sorte que s'il s'exerce indiscutablement et comme on a pu le voir sur des critères juridiques, cela n'empêche pas une certaine variabilité dans l'application, qui laisse peser un soupçon d'arbitraire dans la direction dessinée par les décisions⁹⁵³.

846. Cet aspect serait moins présent si l'on transposait le mécanisme à notre procédure puisqu'il n'y aurait aucun moment où la recevabilité financière pourrait être appréciée et donc, soulevée en amont de l'intervention juridictionnelle.

847. Il faut donc, pour envisager la mise en œuvre de l'application de l'article 40 à une procédure d'initiative populaire, envisager une adaptation du processus de contrôle, comme de l'office du juge sur ce point.

848. Tout d'abord, il semble exclu, pour les raisons précédemment évoquées, de rendre les autorités normalement compétentes pour apprécier la recevabilité financière des propositions et amendements parlementaires, à savoir le Bureau des assemblées et les présidents de la commission des finances.

849. De même, on peut exclure de donner au juge constitutionnel l'obligation de se saisir d'office de cette question. Certes, cela est tout à fait faisable, par exemple en insérant dans l'énoncé posant les restrictions spécifiques à l'initiative populaire un membre de phrase affirmant que « le juge de l'admissibilité vérifie la que les propositions soumises en application du présent article respectent les dispositions de l'article 40 » ou même, sans être aussi spécifique, « les dispositions applicables au législateur parlementaire ». Cela ne nous semble cependant pas souhaitable. Certes, on l'a vu, les critères jurisprudentiels d'appréciation de la recevabilité sont bien juridiques mais non économiques et politiques. Néanmoins, les considérations nous ayant conduit à ne pas envisager une exclusion explicite de la matière fiscale nous semblent également valables dans cette hypothèse. Etant donné le caractère politiquement orienté des considérations relatives à la matière financière, comme de l'article 40 lui-même, donner au juge l'obligation de se saisir d'office de cette question serait le mettre dans une position délicate.

850. D'autant plus que, par le jeu de l'intervention en cours d'examen⁹⁵⁴, il est possible de s'assurer que les propositions d'initiative populaire les plus gravement menaçantes pour les finances publiques seraient examinées sous cet angle. Dès lors, il suffit de prévoir, dans les restrictions, l'applicabilité de l'article 40 aux propositions d'initiative populaire. Le juge resterait, quant à lui, libre de définir les limites de son office sur ce point.

851. Sur cet aspect, il faut souligner que, lorsque le Conseil s'est reconnu compétent pour s'assurer du respect de l'article 40 par les propositions soumises dans le cadre de l'initiative minoritaire, il a dû modifier, par exception, son office habituel quant aux irrecevabilités

⁹⁵² Cons., const., Déc., n°77-82 DC du 20 Juillet 1977, « Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale et notamment de ses articles 2, 4, 6 et 7 », JORF du 22 juillet 1977 p. 3885, Rec. p. 37, cons. 4, plusieurs fois confirmée depuis.

⁹⁵³ Kerléo J.-F., *op.cit.*, pp. 518-520.

⁹⁵⁴ Cf. *infra* n°1046 et s.

financières de l'article 40. Il a ainsi affirmé que « [...] *la transmission de la proposition de loi au Conseil constitutionnel a pour effet de suspendre la procédure parlementaire d'examen de la proposition de loi ; que, par suite, le Conseil constitutionnel sera appelé à se prononcer, dans les conditions fixées par l'article 2 de la présente loi organique, sur la conformité à la Constitution d'une telle proposition de loi avant toute discussion devant les assemblées ; qu'il lui appartiendra d'examiner à ce stade sa conformité à l'article 40 de la Constitution même si la question de sa recevabilité financière n'a pas été soulevée au préalable.* »⁹⁵⁵. Même si l'initiative populaire et l'initiative partagée ne sont guère comparables, elles le sont sur ce point, au moins en ce qu'elles partagent la caractéristique de rendre intransposable sans adaptation le contrôle fondé sur l'article 40 tel qu'il existe pour les lois ordinaires « normales »⁹⁵⁶. Il est donc probable que le Conseil adopterait la même démarche dans le cadre d'une initiative populaire. Cependant, afin d'éviter toute incertitude, et étant donné les enjeux, il paraît utile de prévoir la possibilité envisagée au-dessus.

852. Il ne s'agirait donc pas, à proprement parler, d'un contrôle d'admissibilité au sens où les restrictions issues de l'article 40 n'auraient rien de spécifique à la proposition d'initiative populaire. Il s'agirait simplement de prévoir, dans le dispositif d'encadrement de l'initiative populaire, l'applicabilité à l'initiative populaire d'une disposition qui s'applique déjà à la procédure législative parlementaire. Certes il s'agit d'une restriction singulière, mais elle relève du contrôle de constitutionnalité.

853. La protection serait ainsi complète, efficace, et le dispositif n'en serait que plus acceptable pour les individus et mouvements appelés à l'introduire.

B : L'inclusion de restrictions liées à la protection du processus d'initiative populaire

854. Une fois exclu l'essentiel des restrictions spécifiques proprement matérielles, il reste donc à aborder les restrictions dont l'objet est formel, mais ne pouvant être appliquées sans un examen de la substance de la proposition. Il y en a principalement deux : les restrictions visant qui se centrent sur la question posée dans le référendum (1), celles tendant à canaliser l'utilisation qui est faite de celui-ci en imposant des restrictions temporelles aux initiatives (2). Si toutes deux impliquent un contrôle de la substance du texte, elles ont également pour point commun de viser à cadrer dans une certaine mesure les relations entre le processus et la vie politique ordinaire, comme nous allons le voir.

⁹⁵⁵ Cons., const., Déc., n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013 *op.cit.*, cons. n°8.

⁹⁵⁶ Hamon F., « Le référendum d'initiative partagée sera bientôt opérationnel mais l'on s'interroge encore sur son utilité », RFDC, 2014/2 (vol. n°98), pp. 253-268

1 : La protection de la sincérité du processus référendaire par le contrôle de la question posée

855. La question qui sera posée au corps électoral est évidemment un élément clé de tout référendum puisqu'il s'agit du support fondamental de l'exercice par les citoyens de leur droit. En première analyse donc, il paraît logique que cette question soit contrôlée et, étant donné la logique générale de nos institutions, qu'elle le soit par un juge.

856. Un examen plus poussé amène à la même conclusion. En effet, il est assez évident que pour que le résultat du référendum ait un sens, il faut que l'expression du corps électoral ne soit pas, ou le moins possible, sujette à remise en question. Or, une question obscure, équivoque, ou ambiguë conduirait aisément à pareille discussion. Il est donc nécessaire que la question soit claire. Cette clarté doit être vérifiée. Par ailleurs, il est vrai que contrôler la question ne suffit pas à s'assurer de cet aspect puisqu'il implique non seulement que la formulation de la question soit aisément compréhensible par les citoyens mais également que les conséquences de l'une et l'autre réponse permises par l'alternative le soient⁹⁵⁷. Cependant ce dernier point relève plutôt de la campagne officielle, qui sera abordée ultérieurement.

857. En outre, la question posée ne doit pas induire en erreur quant aux conséquences d'une éventuelle adoption du texte en votation. Il ne doit donc pas, par exemple, porter sur une réforme impossible -parce que le référendum porte sur des aspects qui ne relèvent pas de la compétence de l'Etat et ses démembrements par exemple- ou inepte -abrogation de textes indispensables au bon fonctionnement de l'Etat sans mesures de remplacement manifestement viables, par exemple-. Le référendum doit donc être loyal. Là encore, cet aspect recoupe également des éléments relevant de la campagne référendaire, mais la question posée peut entraîner une forme de déloyauté, et cet aspect doit donc être contrôlé.

858. Nous pouvons enfin rattacher à ces deux aspects la question de l'homogénéité de la question posée, c'est-à-dire de l'existence d'un lien rationnel entre les diverses parties d'une même proposition. Ainsi, une initiative visant par exemple à autoriser le port du foulard islamique à l'école qui, entre autres dispositions, prévoirait de rendre obligatoire l'instauration de repas de substitution dans les cantines scolaires publiques comme privées, serait déloyale en ce qu'elle introduirait une mesure n'ayant que peu de rapports avec l'objet principal de l'initiative, contraignant ainsi les citoyens à se prononcer d'un bloc sur des mesures assez différentes pour que l'on puisse être opposé à l'une et favorable à l'autre. Nous rattachons ici la notion d'homogénéité à la loyauté, en ce qu'il s'agit de l'objectif « politique », pour ainsi dire, qu'elle permet d'atteindre : la sincérité et la loyauté du processus. Il ne s'agit pas ici cependant, d'évoquer les notions juridiques d'homogénéité et de loyauté telles qu'elles peuvent exister, notamment en Italie, pour la première, et en France,

⁹⁵⁷ Fatin-Rouge Stéfanini M., « Le référendum et la protection des droits fondamentaux », RFDC, 2003/1, pp. 84-86.

pour la seconde. Par ailleurs, à l'étranger, les notions voisines de cette notion d'homogénéité⁹⁵⁸ donnent lieu à un abondant contrôle⁹⁵⁹.

859. De plus, ce contrôle permet également de s'assurer que le référendum n'est pas l'objet d'une démarche manipulatrice qui, derrière une question en apparence sans incidence grave sur les droits fondamentaux, permettraient en réalité de les atteindre. Ainsi, aux Etats-Unis, les initiatives « *english only* », déjà mentionnées, et qui envisageaient de faire de l'anglais la seule langue officielle des Etats concernés, entraînaient en fait une discrimination de fait des populations immigrées, ou d'une fraction d'entre elles, dans la mesure où « [...] *les textes officiels et encore plus, les propositions soumises à un vote populaire, sont rédigés dans un langage soutenu ou volontairement ambiguë et, par conséquent, difficilement compréhensible même par la population utilisant d'ordinaire la langue anglaise.* »⁹⁶⁰. A ce titre, le contrôle de la question doit donc être vu également comme permettant de maximiser l'efficacité des protections générales et spécifiques.

860. Au bilan, nous ne pouvons qu'être d'accord avec Marthe Fatin-Rouge Stéfanini lorsqu'elle souligne, à propos de la menace potentielle pour les droits fondamentaux incarnée par les référendums : « *Cela conduit à se poser une question essentielle qui est de savoir si, dans le cadre des référendums, il faut se méfier de la réponse du peuple ou plutôt de celui ou ceux qui posent la question. Pour notre part, la réponse est claire, le danger provient de la question posée et des conséquences qu'elle implique un vote positif. Ces conséquences bien souvent ne sont pas claires pour de nombreux citoyens. Cela ne vaut pas seulement pour des initiatives populaires dont l'objectif caché est de porter atteinte aux droits d'une minorité ; sont aussi concernés les référendums portant sur l'adoption de textes difficilement compréhensibles par une majorité de la population* »⁹⁶¹.

861. C'est donc un contrôle important et utile, mais déjà existant. En effet, dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, la notion de « clarté et loyauté des consultations référendaires »⁹⁶² est dégagée et utilisée de longue date pour les référendums locaux d'auto-détermination⁹⁶³. Elle est également appliquée par lui, au référendum présidentiel de l'article 11 dans sa décision Hauchemaille et Meyet du 24 Mars 2005⁹⁶⁴. Cependant, dans la mesure

⁹⁵⁸ « *Single-subject rule* » aux Etats-Unis, « unité de la matière » en Suisse, « homogénéité » en Italie. Pour une recension assez complète de ces trois notions et de l'usage qui en est fait, voir Fatin-Rouge Stéfanini M., « Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle », *op.cit.*, pp. 173-186.

⁹⁵⁹ Marthe Fatin-Rouge Stéfanini note d'ailleurs à cet égard que « *l'examen du droit comparé révèle que le contrôle de la clarté et de l'homogénéité de la question posée est une exigence minimale devant exister pour tout référendum, quel que soit le rang de la norme sur laquelle il intervient* ». *Ibid.*, p. 173.

⁹⁶⁰ Fatin-Rouge Stéfanini M., « Le référendum et la protection des droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 83.

⁹⁶¹ Fatin-Rouge Stéfanini M., « Le référendum et la protection des droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 84.

⁹⁶² Sur cette notion, voir Fatin-Rouge Stéfanini M., « L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté des consultations », Mélanges Louis Favoreu « Renouveau du droit Constitutionnel », Dalloz, 2007, p. 1528

⁹⁶³ Dans Cons., const., Déc., n°87-226 DC du 2 Juin 1987, relative à « la consultation des populations calédoniennes », JORF du 4 juin 1987 p.6058, Rec. p.34. Voir Fatin-Rouge Stéfanini M., « Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle », p. 188, et la note n° 787 pour des références exhaustives.

⁹⁶⁴ Voir Fatin-Rouge Stéfanini M., « La décision du Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet : un nouveau pas en matière de contrôle des référendums », RFDA, 2005/5, p. 1040. On trouvera une synthèse de l'architecture du contrôle des référendums en France sur le site du Conseil Constitutionnel, à l'adresse suivante :

où jusqu'à présent une telle notion n'est appliquée que dans le cadre du contrôle du décret présidentiel portant convocation des électeurs, et en une seule occasion s'agissant d'un référendum national, il n'est pas certain que cette notion ait déployé toutes ses potentialités. En outre, le moment où ce contrôle s'effectue est différent de celui que l'on envisage ici puisque le contrôle d'admissibilité s'exercerait, dans notre hypothèse avant la convocation des électeurs⁹⁶⁵. Cela n'emporte pas nécessairement de différence de régime, mais nécessite une précision explicite dans le dispositif normatif d'introduction de l'initiative populaire. C'est pourquoi le contrôle de la question doit être intégré dans le contrôle d'admissibilité matérielle.

2 : Protéger la vie politique du régime : les restrictions temporelles

862. Nous observons couramment, dans les procédures étrangères ou dans les processus référendaires existants en droit interne, une volonté de protéger la vie politique professionnelle par la sanctuarisation, soit de certains moments particuliers, soit de certaines décisions entrant normalement dans le champ du référendum. Cette volonté se manifeste en droit par des restrictions temporelles, c'est-à-dire l'impossibilité d'organiser un référendum sur une période donnée. On en trouve deux grands types : les interdictions liées à un événement à venir, comme la tenue d'élections, celles liées à un événement passé, comme la tenue d'un référendum sur le même objet, ou le caractère récent de l'adoption du texte implicitement ou explicitement abrogé par l'initiative. Les premières sont par nature, systématiques et donc absolues, les secondes sont nécessairement limitées dans le temps, sans quoi il s'agirait d'une exclusion à raison de la matière concernée. Si les restrictions liées aux élections ont plutôt vocation à être évoquées dans le cadre des développements consacrés à l'organisation du référendum, il est possible d'aborder ici les autres.

863. On en trouve deux grands types : les restrictions visant à préserver pour un temps un texte adopté récemment, celles visant à empêcher temporairement la tenue d'un référendum sur un objet déjà tranché par cette même voie. Les deux types se rencontrent par exemple en droit interne, aux troisième et cinquième alinéas de l'article 11, et s'appliquent donc au

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/dossiers-thematiques/2005-referendum-traite-constitution-pour-l-europe/synthese-de-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-et-du-conseil-d-etat.42603.html>.

⁹⁶⁵ A cet égard, Marthe Fatin-Rouge Stéfanini notait que « *le fait que le juge soit parfois en présence d'un décret présidentiel, ou soit conduit à examiner un acte relevant plus de la politique que du droit, tel l'exposé des motifs à un projet de loi, n'induit-il pas un contrôle nécessairement restreint ?* » L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté des consultations. *in*. Renouveau du droit constitutionnel, Mél. Louis Favoreu, Dalloz, 2007, p. 1532.

référendum d'initiative partagée⁹⁶⁶. Mais des restrictions similaires peuvent s'observer en droit comparé, comme c'est le cas en Italie, dans la loi n°352 du 25 mai 1970⁹⁶⁷.

864. La première restriction a été introduite dans le dispositif du troisième alinéa de l'article 11 pour « éviter que la procédure puisse permettre à un groupe parlementaire d'essayer de remettre en cause immédiatement, par la voie référendaire, un texte qu'il aurait combattu lors des débats parlementaires, mais qui aurait été adopté définitivement par le Parlement »⁹⁶⁸. La seconde, elle, a été justifiée dans les termes suivants par l'auteur du sous-amendement qui l'a introduite, Michel Charasse : « lorsque le peuple a rejeté une première proposition de loi qui lui a été soumise par référendum, on ne doit pas pouvoir le ressaisir du même sujet avant qu'un délai de deux ans ne se soit écoulé. Sinon, on pourrait, tous les quatre matins, consulter les Français jusqu'à ce qu'ils cèdent ! »⁹⁶⁹. La première semblait donc liée, dans l'esprit du constituant, à l'origine parlementaire de la procédure considérée, quand la seconde paraît plutôt s'expliquer par le caractère référendaire du processus.

865. Nous pouvons raisonnablement nous appuyer sur cette circonstance pour exclure d'emblée la restriction liée à la date d'adoption du texte éventuellement abrogée. D'une part, les délais seraient suffisamment longs pour qu'une loi nouvelle ait le temps de produire des effets avant la tenue de la votation, mais c'est aussi le cas dans le cadre de l'initiative partagée. D'autre part, il nous semble que puisque l'initiative populaire amène par hypothèse la participation d'acteurs politiques non-professionnels, il serait politiquement injuste d'empêcher une réaction à l'adoption d'une loi au prétexte que celle-ci serait récente, alors même que ce type de remises en cause fait aussi partie de l'intérêt du processus.

866. Il en va différemment de la seconde restriction puisqu'elle, est comme on l'a dit, justifiée par la nature référendaire de la procédure. Il est difficile ici, d'argumenter sur ce point, tant il relève de la pure opportunité politique sans pour autant restreindre à l'excès les possibilités du législateur populaire ; celui-ci conservant la possibilité de se prononcer à nouveau à l'issue d'un délai de deux ans. En outre, les délais étant en partie calculables à l'avance, il est tout à fait possible, dans le cadre de la formulation telle qu'elle existe, de déclencher une initiative populaire avant l'échéance du délai ; en effet, l'interdiction porte sur la possibilité d'organiser un référendum, et non de déclencher un processus à visée référendaire. Elle comprend *a priori* peu d'inconvénients à l'application, si ce n'est eu égard à l'ambiguïté des notions « d'objet » et de « sujet ». Il est de même compliqué d'être très

⁹⁶⁶ Art. 11, al. 3 : « Un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an. ». Art. 11, al. 5 : "Lorsque la proposition de loi n'est pas adoptée par le peuple français, aucune nouvelle proposition de référendum portant sur le même sujet ne peut être présentée avant l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date du scrutin ».

⁹⁶⁷ Art. 38: « Nel caso che il risultato del referendum sia contrario all'abrogazione di una legge, o di un atto avente forza di legge, o di singole disposizioni di essi, ne è data notizia e non può proporsi richiesta di referendum per l'abrogazione della medesima legge, o atto avente forza di legge, o delle disposizioni suddette, fermo il disposto dell'articolo 31, prima che siano trascorsi cinque anni ».

⁹⁶⁸ Rapport n°387 établi en première lecture pour la Commission des lois du Sénat par Jean-Jacques Hiest, p. 66, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/rap/107-387/107-3871.pdf>.

⁹⁶⁹ Intervention de Michel Charasse lors de la séance du 19 juin 2008 au Sénat, JORF n°48 S. (C.R) du vendredi 20 juin 2008, p. 3029, compte-rendu en ligne : <http://www.senat.fr/seances/s200806/s20080619/s20080619.pdf>.

affirmatif quant à la transposition de cette disposition à notre procédure. On peut malgré tout souligner qu'elle n'a soulevé aucune objection particulière en séance et que le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, saisie en deuxième lecture, l'a reprise sans que cela ne suscite de difficultés. Par ailleurs, le délai de deux ans semble raisonnable, en tous cas comparativement au délai de cinq ans retenu en Italie. Et, puisqu'elle est présente dans la Constitution, il paraît plus probable qu'elle serait reprise en cas d'institution d'une autre procédure référendaire. Nous nous appuyons donc à présent sur cette hypothèse.

867. Il nous semble que le degré de protection substantielle permis par le contrôle de constitutionnalité est suffisant pour envisager une réduction aussi drastique du périmètre de l'admissibilité matérielle. Bien sûr, le champ ainsi ouvert à l'initiative populaire peut sembler considérable. Mais nous allons voir qu'il est possible, par le contrôle des seules restrictions maintenues dans le raisonnement, de figurer une protection spécifique suffisamment rigoureuse pour que le contrôle juridictionnel pallie les éventuelles difficultés singulières posées par l'initiative populaire.

§2 : La fabrication d'un scénario de protection de l'admissibilité matérielle

868. Il est entendu que le scénario de protection de la partie constitutionnelle du domaine de l'initiative populaire n'a pas besoin d'être évoqué, dans la mesure où celle-ci ne changerait rien à la jurisprudence générale du Conseil constitutionnel. Il n'est donc ici nécessaire que d'évoquer la partie relevant de l'admissibilité matérielle. Les restrictions relatives à la protection d'une décision antérieure sont peu complexes. On peut donc se concentrer sur le contrôle de la question, qui appelle des développements approfondis en raison de son caractère central dans l'admissibilité matérielle telle qu'on l'a construite (II). Le cadre formel dans lequel s'enchaînerait le dispositif de protection semble être un autre élément qu'il est pertinent d'évoquer, puisqu'il en conditionne en partie l'efficacité (I).

I : La création d'un cadre clair

869. Le cadre, c'est-à-dire ici la physionomie générale du dispositif, la façon dont il est agencé. Cet aspect a en effet une influence sur l'exercice du contrôle par le juge et sur son appréhension par les comités, qui peuvent être facilités par un travail sur la forme rédactionnelle des prescriptions relatives au domaine (A), sur l'agencement des diverses normes qui les mettraient en œuvre (B).

A : La détermination du domaine référendaire

870. La forme rédactionnelle est un facteur important de l'efficacité des restrictions substantielles au référendum. En effet, plus elles seront claires, plus elles seront susceptibles

d'être comprises par les comités et partant, plus elles joueront un rôle de prévention des atteintes, avant même le contrôle juridictionnel. En outre, elles n'en seront que mieux acceptées par leurs principaux destinataires. Enfin, elles faciliteront l'intégration du juge à un processus référendaire, dont nous savons qu'il est susceptible de le placer en position de « *surexposition politique et médiatique* »⁹⁷⁰.

871. Au-delà de la qualité des énoncés pris pour eux-mêmes, et du caractère précis des groupes de normes ou des matières qu'ils excluent, la façon dont le domaine est construit est une condition majeure de la clarté de ces restrictions.

872. Nous avons en effet vu, que le domaine référendaire tel qu'il est défini par le premier alinéa de l'article 11 est construit de façon spécifique. Il ne s'agit pas d'exclusions particulières à la matière référendaire, mais d'un domaine *ad hoc*. Or, il s'agit d'une des raisons pour lesquelles il ne saurait être réellement clair, puisqu'à moins de prévoir un domaine très restreint, il est extrêmement difficile de renvoyer à des termes précis.

873. Néanmoins, l'observation des exemples étrangers semble indiquer que le fait d'opter pour un domaine qu'on pourrait dire « de droit commun » -constitutionnel ou législatif- mais comprenant des restrictions spécifiques, ne permet guère de surmonter la difficulté. Ainsi, les notions de « règles impératives de droit international » ou « d'unité de la matière »⁹⁷¹ ne sont guère intuitives. Les exclusions du deuxième alinéa de l'article 75 de la Constitution italienne semblent plus claires⁹⁷², mais le caractère abrogatif de l'initiative a contraint la Cour Constitutionnelle à en faire une interprétation poussée, ce qui a rendu le dispositif d'admissibilité « *aléatoire* »⁹⁷³ sur certains points⁹⁷⁴, et a plus globalement conduit à ce que la jurisprudence de la Cour apparaisse « *mouvante* »⁹⁷⁵. Pour autant, ces constats concernent des énoncés plus limités dans leur portée que dans le cas de la construction d'un domaine particulier.

874. Malgré ces tempéraments, il nous paraît donc à la fois plus lisible et au moins aussi efficace, dans le cadre de la Vème République, d'opter pour des restrictions spécifiques.

875. Tout d'abord, le domaine ainsi consacré aurait au moins le mérite d'être suffisamment bien établi pour offrir aux initiants l'avantage d'une certaine prévisibilité puisqu'il s'agirait pour l'essentiel de celui du législateur parlementaire.

876. Ensuite, comme on l'a dit, le processus ici considéré verrait une concomitance des contrôles d'admissibilité matérielle et de constitutionnalité. Il s'ensuit que, là où le contrôle Suisse est exercé sur une norme constitutionnelle par une autorité politique et la Cour italienne contrainte de protéger les droits fondamentaux à partir de la seule admissibilité, le

⁹⁷⁰ Fatim-Rouge Stéfanini M., Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle, *op.cit.*, p. 317.

⁹⁷¹ Art. 139 al. 3 Constitution Fédérale Suisse.

⁹⁷² « Le référendum n'est pas admis pour des lois fiscales et budgétaires, d'amnistie et de remise de peine, d'autorisation de ratifier des traités internationaux ».

⁹⁷³ Fatim-Rouge Stéfanini M., Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle, *op.cit.*, p. 314.

⁹⁷⁴ En l'occurrence, Marthe Fatim-Rouge évoquait la notion « d'homogénéité » de la question posée.

⁹⁷⁵ *Ibid.* L'auteur parle exclusivement du contrôle de la question, mais Julien Giudicelli a pu émettre les mêmes critiques, sur d'autres aspects de la jurisprudence de la Cour. Voir Giudicelli J., La Cour Constitutionnelle italienne et le référendum abrogatif, *op.cit.*, ensemble du titre II de la première partie.

Conseil constitutionnel pourrait s'assurer du respect par la proposition de l'ensemble des prescriptions déjà prévues par le bloc de constitutionnalité. Il n'aurait donc pas à faire de choix politiques majeurs ou à bâtir une jurisprudence à partir de rien ou presque.

877. Enfin, les principales exclusions matérielles prévues dans les dispositifs étrangers ne seraient donc pas nécessaires dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité préventif remplirait une fonction équivalente avec une efficacité satisfaisante. Nous opterons donc plutôt pour une construction par exclusions plutôt que par la rédaction d'un domaine spécifique.

878. Une telle démarche implique que ces exclusions soient définies par rapport à un champ d'application de référence qui serait donc dit de droit commun. Il s'agira ici de celui de l'article 34. Seulement, un tel choix implique quelques précisions, notamment quant à ce qu'il en serait des normes législatives spécifiques qui sont prévues par lui ou auxquelles on peut l'associer.

879. Certaines ne sauraient être atteintes -et donc proposées- dans le cadre de notre procédure sans une disposition spécifique le prévoyant : les lois d'habilitation de l'article 38 lequel vise « le Parlement », et les lois organiques de l'article 46 qui relèvent d'une procédure spécifique. Dans les deux cas, il semble raisonnable de les maintenir exclues du champ du processus, car elles répondent toutes deux à des fonctions singulières que l'initiative populaire de par ses caractéristiques, ne saurait remplir. Les ordonnances procèdent en effet de l'organisation des rapports de pouvoir entre des organes permanents et le jeu des allers-retours de l'autorisation est incompatible avec l'initiative populaire. Les lois organiques visent à appliquer la Constitution et structurent par conséquent la vie institutionnelle, structure dans laquelle l'initiative populaire parce qu'elle n'institue pas d'organe, ne saurait être impliquée.

880. Mais il en irait différemment des lois qui tout en demeurant ordinaires, sont singularisées. Ainsi des lois de programmation prévues par l'article 34⁹⁷⁶, ou des lois que le législateur a qualifiées de « loi-cadre ». Il nous semble que dès lors que ces textes ne sont pas soumis à une procédure spécifique d'adoption, comme les lois de finances et étant donné le flou régnant autour de ces catégories⁹⁷⁷, il ne paraît pas nécessaire de prévoir d'exclusions spécifiques sur ce point.

881. Dès lors, le domaine matériel d'intervention de l'initiative populaire sera donc ici envisagé comme identique à celui de l'article 34.

B : L'agencement normatif

882. Par ailleurs, ces exclusions devraient figurer directement dans la Constitution, à l'instar des exemples étrangers, notamment la Suisse et l'Italie. Cela permettrait de les rendre

⁹⁷⁶ Art. 34 al. 21 Const.

⁹⁷⁷ Savonitto F., « Les lois de programmation du vingtième alinéa de l'article 34 de la Constitution : une nouveauté à abandonner », RDP 2013/1, p. 113 et s.

indisponibles à la majorité parlementaire comme au corps électoral, et donc insusceptibles d'être affectées par une éventuelle instabilité politique, propice aux « coups ».

883. Il s'agirait donc d'exclure, par des formulations aussi précises que concises, la possibilité pour le législateur populaire d'atteindre les matières que l'on entend protéger. Néanmoins, l'expérience de l'instauration du référendum d'initiative minoritaire du troisième alinéa de l'article 11, ainsi que l'observation de la pratique du dispositif italien invitent à formuler deux remarques.

884. *Primo*, le renvoi à la loi organique doit être formulé de façon à permettre une compétence large du législateur organique. En effet, la Constitution connaît des modalités de renvoi très diverses. Ainsi, si l'article 6 –relatif à l'élection du Président de la République– se borne, en son troisième alinéa, à disposer que « les modalités d'application du présent article sont fixées par une loi organique »⁹⁷⁸, le quatrième alinéa de l'article 11, pour sa part, est bien plus restrictif en ce qu'il énonce « les conditions de [la] présentation [de la proposition prévue au troisième alinéa du même article] et celles dans lesquelles le Conseil constitutionnel contrôle le respect des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par une loi organique. ». Or, le second type de formulation n'est pas sans poser problème. Tout d'abord, cela implique par essence un potentiel de difficultés techniques qui n'est pas négligeable, et que Stéphane Diémert résumait par l'adage « *qui trop embrasse mal étreint* »⁹⁷⁹, et notamment en ce que cela restreint la compétence du Conseil Constitutionnel. De surcroît étant donné le peu de sérénité qui a caractérisé les débats relatifs à la révision de l'article 11, il est permis de penser que cette rédaction, non seulement, n'était pas totalement pensée, mais que le même phénomène pourrait tout à fait advenir en cas d'adoption d'un dispositif d'initiative populaire. Ensuite, plus concrètement, cela a effectivement conduit à un certain niveau d'incertitudes contentieuses lors du contrôle de la loi organique par le Conseil, dans la mesure où le degré de latitude du législateur organique n'était pas aisément discernable par celui-ci. Cela a pu notamment poser problème s'agissant de la possibilité pour le législateur organique d'instaurer une commission *ad hoc* de contrôle de la validité des signatures⁹⁸⁰, point qui a opposé les deux assemblées.

885. *Secundo*, il est essentiel que la loi organique soit suffisamment précise tant quant au périmètre de la compétence juridictionnelle que relativement à la portée des normes posant des restrictions spécifiques. En effet, l'expérience italienne a montré que les difficultés qui naissent de la conjugaison d'un texte constitutionnel volontairement insuffisant⁹⁸¹ et d'un

⁹⁷⁸ Et ce alors même que les deux alinéas précédents sont assez succincts, puisqu'ils disposent seulement « Le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct. Nul ne peut exercer plus de deux mandats consécutifs. ».

⁹⁷⁹ L'article auquel nous faisons référence contient, par ailleurs, une longue critique solidement étayée de la rédaction et de l'agencement du référendum d'initiative minoritaire. Voir Diémert S., « Le référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution », RFDC, 2009/1, pp. 60-62.

⁹⁸⁰ Voir rapport du Sénat n°373 de M. Jean-Pierre Sueur pour la Commission des lois, déposé le 20 Février 2013, point D du III, disponible en ligne : http://www.senat.fr/rap/112-373/112-373_mono.html#toc112.

⁹⁸¹ Ainsi Michèle Guillaume-Hofnung notait, à propos du contrôle de la requête référendaire : « *L'article 75 donne peu d'élément de réponse et de toutes façons ne prévoit rien de précis pour son propre respect.* » Guillaume-Hofnung M., *L'expérience italienne du référendum abrogatif*, *op.cit.*, p. 113.

dispositif d'application silencieux quant à l'étendue de la compétence du juge⁹⁸². Précisément, ces difficultés ont été relatives au positionnement du juge chargé du contrôle juridictionnel, dans une position délicate et qui, au-delà de son travail normal d'interprétation, doit être protégé de certains effets néfastes de la surexposition politique qui en découle par le texte fondant sa compétence. Néanmoins, ce problème devrait être naturellement circonscrit par le rattachement des restrictions spécifiques à l'initiative populaire à des principes constitutionnels déjà établis. C'est pourquoi leur formulation devrait faire référence à ces principes. Cependant, afin de ne pas surcharger le texte constitutionnel de détails qui n'y auraient pas leur place, il nous semble qu'il s'agirait là de la mission du législateur organique.

886. Dès lors, il faut à présent aborder ces formulations.

C : L'organisation matérielle de la protection

887. S'agissant des **droits fondamentaux** tout d'abord. Certes, nous avons dit qu'il ne nous paraissait pas nécessaire de prévoir des restrictions spécifiques à cet égard. Néanmoins, et puisqu'il est nécessaire de prévoir l'introduction, dans le texte constitutionnel, d'une disposition explicite prévoyant la compétence de contrôle du Conseil Constitutionnel, il nous paraît utile d'envisager que le dispositif donne quelques indications quant à l'office du juge.

888. Tout d'abord, il faudrait que le texte introduisant la compétence juridictionnelle énonce clairement que «en sus de ces restrictions spécifiques, la proposition doit être conforme à l'ensemble des dispositions constitutionnelles, et notamment les droits et libertés qu'elles protègent. Le Conseil Constitutionnel est compétent pour s'assurer du respect de ces dispositions. ».

889. Ensuite, au-delà des précisions indispensables -moment du contrôle, notamment- la loi organique devrait préciser que, la proposition étant une proposition de loi, le respect dû aux normes constitutionnelles l'est au même titre et de la même façon que pour les propositions de lois parlementaires. Ceci permettrait d'éviter la création d'un office spécifique, sauf, évidemment, lorsque la nature particulière de la proposition d'initiative populaire le rend indispensable, ce qui justifie le caractère légèrement ambigu de notre formulation.

890. S'agissant maintenant des **engagements internationaux**. On l'a dit, l'interdiction de la matière internationale dans son intégralité est impossible, et un ensemble d'interdictions plus ciblées n'est pas nécessaire, le droit positif comprenant déjà des normes ou des principes, permettant d'obtenir un résultat satisfaisant sur ce plan. Il pourrait cependant être utile, tout comme pour les droits fondamentaux, de préciser dans la loi organique que, la proposition intervenant dans le champ de compétence du législateur parlementaire, elle doit respecter les engagements internationaux de l'Etat au même titre que celui-ci.

891. S'agissant enfin du **contrôle de la question**.

⁹⁸² La même soulignait, dans le même article, que « [...] *la Constitution et de la loi 352* [...] *lui laissent le soin de définir les concepts clefs* [du contrôle de l'admissibilité matérielle] ». *Ibid.*, p. 130.

892. Nous l'avons dit, le Conseil Constitutionnel a dégagé un principe de clarté et de loyauté des opérations référendaires qui, puisqu'il est applicable au référendum en tant qu'il est un scrutin posant une question au corps électoral, s'appliquerait de même à la votation issue d'une initiative populaire.

893. Seulement, le Conseil n'a pas indiqué quels étaient les fondements de cette double exigence⁹⁸³. En outre, il a pu être observé en droit comparé que, s'agissant d'une initiative populaire, ce type de contrôle devient non seulement plus systématique, mais également plus rigoureux⁹⁸⁴. Enfin, les occurrences d'application de ces principes ont été rares puisque seuls trois référendums ont donné lieu à un contrôle sur ce fondement : une fois lors d'un référendum national (celui organisé sur le T.E.C.E)⁹⁸⁵, et deux scrutins locaux dans des collectivités d'outre-mer⁹⁸⁶⁹⁸⁷. Même si certaines de ces consultations ont donné lieu à plusieurs décisions différentes, cela représente au bilan, un volume faible de décisions. Il est donc tout à fait envisageable que, malgré le caractère préexistant de ce contrôle et des notions sur lesquelles il s'appuie, il prenne une forme singulière dans le cadre de son application au processus d'initiative populaire. Ce phénomène est cette fois, impossible à empêcher, pour les raisons que l'on vient d'évoquer. Il est en revanche possible de maîtriser partiellement les effets de ce contrôle, en prévoyant un délai à l'issue de la décision juridictionnelle, durant lequel les comités auraient la possibilité de modifier leur question. En ce cas, le juge statuerait une nouvelle fois, simplement sur la question. En cas de non-respect une seconde fois, la procédure serait annulée. Par ailleurs, il serait également utile de prévoir la possibilité de scinder les requêtes, de façon à organiser plusieurs référendums, en cas de texte trop hétérogène⁹⁸⁸. Ces deux dispositions seraient de rang organique.

894. **Au bilan**, nous voyons qu'il est possible de rattacher l'ensemble des règles spécifiques de la matière référendaire à des normes déjà existantes. Cela implique seulement de prévoir, dans la partie constitutionnelle du dispositif introduisant l'initiative populaire, une habilitation large pour le législateur organique, qu'il est possible cependant d'encadrer en précisant dans le texte constitutionnel que l'initiative populaire peut intervenir dans les matières où le législateur parlementaire est compétent, et que le texte étant une loi, il est soumis à la hiérarchie au même titre que cette dernière.

⁹⁸³ Sur ce point, voir. Fatin-Rouge Stéfanini M., « L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté des consultations, in. Renouveau du droit constitutionnel », Mél. Favoreu, Dalloz, pp. 1528-1529.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 1530 et 1550.

⁹⁸⁵ Voir notamment Cons., const., Déc., n° 2005-31 REF du 24 mars 2005, JORF du 31 mars 2005 p. 5834, Rec. p. 56, qui affirme l'applicabilité de ces exigences à un référendum national.

⁹⁸⁶ Cons., const., Déc., n° 428-DC du 04 Mai 2000, « Loi organisant une consultation de la population de Mayotte », JORF du 10 mai 2000 p. 6976, Rec. p. 70, et Cons., const., Déc., n°87-226 DC du 02 Juin 1987, JORF du 4 juin 1987 p.6058, Rec. p.34, pour les décisions principales. En effet, il a pu être saisi, sur un même référendum, par plusieurs requérants différents, sur plusieurs aspects différents.

⁹⁸⁷ A noter que ces principes ont été appliqués par le Conseil d'Etat de façon plus régulière. Néanmoins, il n'a expressément visé la « clarté et la loyauté » qu'après la décision n° 428 DC du 04 Mai 2000 *op.cit.*

⁹⁸⁸ Nous faisons ici référence à une possibilité réclamée par la Cour Constitutionnelle italienne, s'agissant de la sanction du non-respect du principe d'homogénéité de la requête.

II : Le contrôle de la question⁹⁸⁹

895. Le contrôle de la question est, comme on l'a dit, déjà existant en droit interne. Pour autant, les différences objectives entre la votation issue de l'initiative populaire et celle découlant de l'actuel référendum présidentiel invitent à envisager ce contrôle comme un objet dont la transposition à notre hypothèse doit être interrogée. Il faut donc étudier l'état du droit interne sur ce point (A) pour en analyser ensuite la possible transposition (B).

A : L'état du droit positif national

896. La question posée en votation est un élément autonome du texte auquel elle se rapporte. Mais elle ne saurait se comprendre par elle-même. Cette singularité rejait sur son contrôle en ce que cela conduit à en interroger la portée (1) : la question est-elle contrôlée « dans son contexte » ? Jusqu'où le champ des éléments contrôlé dans ce cadre se trouve-t-il élargi ? Par ailleurs, s'agissant d'un contrôle juridictionnel, il faut, pour en compléter l'analyse, en évoquer l'intensité (2).

1 : Quant à la portée

897. La double exigence de clarté et de loyauté concerne évidemment au premier chef la formulation de la question. Ainsi, la première décision portant application de ces principes a été rendue sur la loi n°86-844 du 17 Juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie qui prévoyait, en son article premier, que la population de l'île serait interrogée sur la question suivante : « *voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à l'indépendance ou demeure au sein de la République française avec un statut dont les éléments ont été portés à votre connaissance ?* ». Les électeurs pouvaient répondre soit « *je veux que la Nouvelle-Calédonie accède à l'indépendance* » soit « *je veux que la Nouvelle-Calédonie reste au sein de la République Française* ». Or, le statut dont il était question n'avait pas encore été définitivement arrêté de sorte que le Conseil a jugé que « *cette rédaction est équivoque ; qu'en effet, elle peut dans l'esprit des votants faire naître l'idée erronée que les éléments du statut sont d'ores et déjà fixés, alors que la détermination de ce statut relève, en vertu de l'article 74 de la Constitution, d'une loi prise après consultation de l'assemblée territoriale ; qu'il suit de là que les dispositions de l'article premier de la loi relatives aux éléments essentiels d'un statut ne satisfont pas à l'exigence constitutionnelle de clarté de la consultation.* »⁹⁹⁰. Il a donc, après avoir considéré que le membre de la phrase faisant référence au statut était

⁹⁸⁹ Le cheminement du raisonnement ici suivi a été fortement inspiré par la lecture de la contribution déjà citée de Marthe Fatin-Rouge Stéfani aux mélanges Louis Favoreu. L'on s'y reportera donc utilement.

⁹⁹⁰ Cons., const., Déc., n°87-226 DC du 02 Juin 1987 *op.cit.*, cons. 9, Fatin-Rouge Stéfani M., « L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté des consultations », *op.cit.*, pp. 1532-1533.

séparable du reste de la question⁹⁹¹, autorisé le référendum dont la question était par conséquent amputée de sa deuxième partie.

898. Ce qui posait difficulté ici était bien l'ambiguïté qui entourait les conséquences concrètes d'un vote contre l'indépendance, puisque celles-ci, en raison de l'absence de caractère définitif du statut dont il était question, ne pouvaient se deviner aussi précisément que ce que laissait entendre la question posée. Une autre application de cette double-exigence⁹⁹² par le Conseil constitutionnel, a fait ressortir un souci similaire puisqu'il y a formulé la réserve suivante : « *considérant toutefois qu'il appartiendra aux autorités compétentes, en particulier au pouvoir réglementaire, de prévoir toutes dispositions utiles afin de rappeler à la population de Mayotte la portée purement consultative de son vote* »⁹⁹³.

899. Mais cette même décision a également montré que la double exigence de clarté et de loyauté s'étendait aussi au texte soumis à référendum. En effet, les requérants y affirmaient notamment « *que certains articles de cet accord seraient en outre rédigés soit dans " un jargon technocratique " qui s'accommoderait mal de l'exigence de clarté, soit dans des termes que seul " un public de juristes avertis " serait susceptible de comprendre* »⁹⁹⁴. Or, dans le considérant suivant, le Conseil examine au fond la pertinence de ces arguments puisqu'il y affirme que « *le contenu de l'accord décrit avec une clarté suffisante les éléments essentiels du statut de " collectivité départementale " envisagé par le législateur afin de permettre à Mayotte " d'adopter une organisation juridique, économique et sociale qui se rapprochera le plus possible du droit commun* »⁹⁹⁵.

900. Cette portée déjà importante donnée à la double-exigence a encore été accentuée par les décisions rendues par le Conseil en 2005, comme juge électoral, dans le cadre du contrôle du référendum relatif au T.E.C.E⁹⁹⁶. Ainsi, il a souligné « *que les exigences constitutionnelles de clarté et de loyauté de la consultation imposent par elles-mêmes à l'administration de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour faire en sorte que les électeurs puissent en prendre utilement connaissance avant le scrutin* »⁹⁹⁷. Dans une autre décision rendue relativement au même référendum, il a également accepté d'examiner le principe de la diffusion aux citoyens d'un exposé des motifs annexé au projet de loi soumis au référendum, ainsi que son contenu⁹⁹⁸. Or, l'exposé des motifs relève de l'information des citoyens appelés à s'exprimer et a vocation à être transmis en cours de campagne. Autrement dit, en contrôlant l'exposé des motifs, le Conseil a étendu le champ de son contrôle à la campagne référendaire. Certes, il n'a pas directement contrôlé la question, mais aucun grief n'a été soulevé qui

⁹⁹¹ Sur ce point, voir Avril P., Gicquel J., « Chronique constitutionnelle française », Pouvoirs, (n° 43), 1987, p. 213.

⁹⁹² Lors du contrôle de la loi portant organisation d'une consultation sur l'évolution du statut de Mayotte.

⁹⁹³ Cons., const., Déc., n° 428 DC du 04 Mai 2000 *op.cit.*, cons. 17.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, cons. 14.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, cons. 16.

⁹⁹⁶ Il convient de rappeler qu'il s'agissait de la première application de la double-exigence à un référendum national.

⁹⁹⁷ Cons., const., Déc., n°2005-31 REF du 24 mars 2005 *op.cit.*, cons. 11. Pour plus de précision sur ce point, voir Fatin-Rouge Stéfanini M., L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté des consultations, *op.cit.*, p. 1534.

⁹⁹⁸ Cons., const., Déc., n°2005-33 REF du 7 avril 2005, JORF du 9 avril 2005 p. 6457, Rec. p. 61, cons. 4 à 9.

mettait en cause la formulation de cette dernière, probablement parce qu'étant assez courte et concise, la complexité du questionnement soumis aux citoyens résidait ailleurs⁹⁹⁹. Nous pouvons d'ailleurs souligner que cela donne un éclairage particulier à la dynamique extensive que le Conseil imprime à la portée de l'exigence ici analysée.

901. En outre, il est notable que le Conseil d'Etat qui dispose d'une compétence résiduelle en matière de contrôle des actes préparatoires au référendum ait suivi une démarche similaire, puisqu'il a pu accepter de contrôler, sur le fondement de la même double exigence, la date de transmission des documents permettant d'éclairer les citoyens sur le sens de leur vote¹⁰⁰⁰.

902. La clarté et la loyauté de la consultation impliquent donc, non seulement un contrôle de la question posée, mais également du texte soumis à référendum, et même des documents transmis par l'Administration dans le cadre de la campagne référendaire. Cette portée donnée à la double exigence est très large, et ne se retrouve pas en droit comparé puisque « *dans la plupart des Etats reconnaissant une règle similaire, c'est avant tout la question soumise au référendum qui est visée par un principe de clarté, ou encore d'homogénéité* »¹⁰⁰¹.

903. Cependant, la portée étendue de la double-exigence ne signifie pas qu'il en découle des obligations importantes pour les auteurs de la requête référendaire. Autrement dit, l'extension importante de l'applicabilité de la double-exigence n'entraîne pas nécessairement de rigueur quant au contrôle effectué. C'est pourquoi il faut à présent aborder ce point.

2 : Quant à la rigueur des obligations qui découlent de la double-exigence

904. Les occurrences d'application de la double exigence n'ont donné lieu à aucune censure ou modification du libellé fondé sur la complexité de la question elle-même, sans que l'on puisse réellement y voir une preuve de laxisme de la part du juge. Ainsi, la consultation de la population de Mayotte se matérialisait par le questionnement suivant : « *approuvez-vous l'accord sur l'avenir de Mayotte, signé à Paris le 27 Janvier 2000 ?* ». Le référendum de 2005 portait quant à lui sur la question « *approuvez-vous le projet de loi qui autorise la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe ?* ». Et nous avons déjà évoqué la question qui devait être posée à la population de Nouvelle-Calédonie. Dans ces trois cas, les questions étaient aisément compréhensibles.

905. En revanche, la mise en rapport entre la formulation de la question et les conséquences concrètes du référendum a posé plus de difficultés. Ainsi que nous l'avons déjà souligné, c'est en effet l'absence de précision quant au caractère consultatif de la votation qui a entraîné

⁹⁹⁹ Qui était la suivante : « *approuvez-vous le projet de loi qui autorise la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe ?* ». Voir décret n°2005-218 du 9 mars 2005 décidant de soumettre un projet de loi au référendum, JORF n°58 du 10 mars 2005 p.3984, art. 2.

¹⁰⁰⁰ Qui était la suivante : « *approuvez-vous le projet de loi qui autorise la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe ?* ». Voir décret n°2005-218 du 9 mars 2005 décidant de soumettre un projet de loi au référendum, JORF n°58 du 10 mars 2005 p.3984, art. 2.

¹⁰⁰¹ Fatin-Rouge Stéfanini M., « L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté des consultations », *op.cit.*, p. 1539.

l'émission d'une réserve par le juge lors du référendum sur l'avenir de Mayotte, et la mention ambiguë d'un accord qui n'avait pas encore lieu qui a justifié la censure partielle de la question prévue par la loi de 1986 sur la Nouvelle-Calédonie. La double exigence implique donc, en premier lieu, que la question informe suffisamment par elle-même, des conséquences entraînées par l'une ou l'autre branche de l'alternative amenée par la votation. Ce qui implique une certaine précision dans sa formulation qui peut parfois en rendre la compréhension délicate pour un non-initié. Ainsi, le scrutin de 2003, organisé en application de l'article 73 de la Constitution et relatif au principe de création d'une collectivité locale unique en Guadeloupe était matérialisé par la question suivante : « *approuvez-vous le projet de création en Guadeloupe d'une collectivité territoriale demeurant régie par l'article 73 de la Constitution, et donc par le principe de l'identité législative avec possibilités d'adaptations, et se substituant au département et à la région dans les conditions prévues par l'article ?* ». Le juge administratif a jugé « *qu'il ressort des termes de la question posée par le décret attaqué qu'elle est suffisamment précise pour indiquer aux électeurs intéressés la portée exacte de leur vote* »¹⁰⁰². Cette notion de précision est un ajout du Conseil d'Etat qui, « *comme a pu le souligner le Tribunal constitutionnel portugais, [l'obligation de précision] peut justifier la rédaction de questions plus complexes* »¹⁰⁰³. Si elle n'a pas été reprise en tant que telle par le Conseil Constitutionnel, elle apparaît comme un corollaire nécessaire de l'exigence selon laquelle les électeurs ne doivent pas être « *tenus dans l'ignorance des conséquences de leur vote* »¹⁰⁰⁴. L'irrecevabilité partielle relevée par le Conseil Constitutionnel lors de la décision de 1987 paraît également aller dans ce sens.

906. Il est certes permis de penser que ces questions « plus complexes » le sont en réalité trop, dans la mesure où l'idée selon laquelle les électeurs seraient éclairés par l'utilisation de notions aussi techniques que « l'identité législative » paraît illusoire. Il serait en revanche excessif, à notre sens, d'en déduire un quelconque laxisme dans l'encadrement effectué par le juge, pour la raison qu'il est tout bonnement impossible d'envisager des questions précises sans qu'elles deviennent, par là-même, techniques. En outre, il n'est pas certain que cette technicité soit exigée par le juge qui se borne dans cette décision, à constater le caractère précis de la question¹⁰⁰⁵. Il n'en demeure pas moins qu'en toute hypothèse, la double exigence a bien pour conséquence une obligation de précision quant à la portée tant du référendum que de l'adoption ou du rejet du texte dont le juge vérifie l'observance, et que ceci se traduit concrètement par une certaine complexité de la question posée.

907. Il nous semble qu'il en va de même quant aux obligations découlant de l'application de cette double-exigence au texte soumis à référendum ou auquel renvoie implicitement la question posée. Ainsi, en 2000, dans la décision « Consultation de la population de Mayotte »,

¹⁰⁰² CE, 04 déc. 2003, « Feler », Rec. p. 491.

¹⁰⁰³ Fatin-Rouge Stéfani M., « L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté des consultations », *op.cit.*, p. 1537.

¹⁰⁰⁴ Voir notamment Cons., const., Déc., n° 2005-35 REF du 19 mai 2005, JORF du 21 mai 2005 p.8849, Rec. p. 90, cons. 8.

¹⁰⁰⁵ Dans la mesure où il ne s'est plus jamais prononcé directement sur la clarté et la loyauté d'une question soumise à référendum. Il a effectivement été saisi de la validité de la consultation organisée le 24 Janvier 2010 en Martinique, mais le requérant n'avait pas soulevé de griefs quant à la formulation de la question. CE, 19 juillet 2010, req. n° 336270.

le Conseil constitutionnel semble avoir vérifié avec une certaine minutie que le texte de l'accord sur l'avenir de Mayotte était compréhensible¹⁰⁰⁶, minutie qui a été permise par les griefs précis émis par les requérants à l'encontre du texte. Il n'en a certes pas été de même en 2005, lors du référendum sur la ratification du T.E.C.E. Seulement, le référendum portait sur le projet de loi de ratification du traité, et non sur le traité lui-même. En outre, aucun requérant n'a fait valoir d'arguments tendant précisément à faire ressortir l'obscurité du texte. Enfin, quand bien même le juge aurait voulu s'assurer de la clarté du texte du traité - objectivement complexe, même pour un juriste-, il n'aurait pu empêcher le référendum sur ce fondement sans outrepasser ses attributions, dans la mesure où l'article 11 autorise ce procédé alors même que, par nature, un traité international peut être excessivement technique. Plus largement, il paraît très délicat d'envisager un contrôle juridictionnel approfondi de la clarté, du caractère compréhensible d'un texte juridique, étant donné les ambiguïtés insurmontables qui entourent une telle démarche¹⁰⁰⁷. Il est donc plus équilibré qu'il incombe aux requérants de souligner dans la requête quels passages du texte paraissent prêter à confusion, qu'ils lient ces formulations à la violation d'un principe constitutionnellement protégé, et que le juge statue à partir de ces éléments. Il nous semble alors qu'à partir du moment où, dans ces conditions, le Conseil vérifie le caractère non trompeur, précis, voire clair du texte en litige, il donne un contenu réel à l'obligation découlant de l'applicabilité de la double exigence au texte soumis à référendum, tout en restant éloigné de la limite entre contrôle juridictionnel et contrôle d'opportunité. Par ailleurs, les quelques exemples mentionnés plus haut font ressortir le contenu des obligations amenées par la double exigence avec une certaine précision : la question doit être formulée de sorte à ne pas entraîner de confusion quant aux conséquences du vote ; le texte auquel elle renvoie doit être suffisamment clair par lui-même pour que les votants identifient les principales conséquences de chaque choix proposé. Ceci nous paraît être d'une précision suffisante pour constituer un cadre satisfaisant. La rigueur du contrôle opéré sur certains éléments relevant de la campagne référendaire est en revanche plus ambiguë.

¹⁰⁰⁶ « Considérant que l'article 1er de la loi déferée dispose expressément que la population de Mayotte est invitée à formuler " son avis " sur l'accord précité du 27 janvier 2000 ; que le troisième alinéa du I dudit accord stipule que " Mayotte sera dotée d'un nouveau statut instauré par une loi " après que les Mahorais auront été " consultés sur les grandes orientations de ce statut " ; qu'ainsi la question posée aux votants ne comporte pas par elle-même d'équivoque quant à l'absence d'effet normatif de la consultation ; que, par ailleurs, le contenu de l'accord décrit avec une clarté suffisante les éléments essentiels du statut de " collectivité départementale " envisagé par le législateur afin de permettre à Mayotte " d'adopter une organisation juridique, économique et sociale qui se rapprochera le plus possible du droit commun " ; qu'en dénommant la nouvelle collectivité " collectivité départementale ", le législateur n'a pu entretenir de confusion avec un département d'outre-mer dès lors, notamment, qu'il est clairement précisé au point 4 du II de l'accord que " Mayotte continuera de bénéficier de la spécialité législative ", les lois ne s'y appliquant que " sur mention expresse et après avis du conseil général " ; que l'objectif est de n'étendre à Mayotte le principe d'identité législative qu'" à l'horizon 2010 " [...] ». Cons., const., Déc., n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, « Loi organisant une consultation de la population de Mayotte », JORF du 10 mai 2000, p. 6976, Rec. p. 70, cons. 16.

¹⁰⁰⁷ Sur ce point voir Raapi P., L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, Dalloz, 2014, not. pp. 247-253. Flückiger A., « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », Cahiers du Conseil constitutionnel, (n° 21) Dossier : La normativité, 2007/1, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/le-principe-de-clarte-de-la-loi-ou-l-ambiguite-d-un-ideal.50557.html>.

908. Lorsqu'il a contrôlé le principe comme le contenu de l'exposé des motifs adressés aux électeurs dans le cadre du référendum relatif au T.E.C.E., le Conseil Constitutionnel a fait de la communication de ce document une obligation, rattaché à la double exigence de clarté et de loyauté¹⁰⁰⁸. L'applicabilité de ces principes au-delà de la question et du texte auquel elle renvoie implique donc au moins une obligation véritable. Par ailleurs, le Conseil affirme que « *l'exposé des motifs d'un projet de loi a pour objet non seulement d'en présenter les principales caractéristiques, mais encore de mettre en valeur l'intérêt qui s'attache à son adoption* »¹⁰⁰⁹. Il ne voit donc pas de violation de la clarté et de la loyauté du référendum dans la circonstance que l'acte soumis à l'approbation du corps électoral soit accompagné d'un texte incitant à choisir le « oui » plutôt que le « non ». Dans le commentaire annexé à la décision, cette position est justifiée d'une part par le fait que ce caractère partial est consubstantiel de la nature de l'exposé des motifs, et d'autre part par l'absence « [...] *de teneur apologétique* » et également parce qu'il « [...] *ne comporte ni contre-vérité, ni polémique* »¹⁰¹⁰. Le document conclut que l'exposé des motifs n'est donc « *pas de nature à altérer la sincérité du scrutin* »¹⁰¹¹. Il s'en déduit que l'exigence de clarté et de loyauté implique également, quant au contenu de l'exposé des motifs, une limite : celui-ci peut certes « *mettre en valeur l'intérêt qui s'attache* » à l'adoption du texte qui l'accompagne, mais ne saurait en faire l'apologie, comporter des mensonges, ou critiquer la position inverse à celle qu'il défend. Il s'agit cependant ici de jugements de valeurs que l'on peut ne pas partager sans que l'on puisse trouver de positionnement objectif. Il serait trop long de citer ici *in extenso* un document de sept pages¹⁰¹², mais on peut relever certaines affirmations. Il y est dit, par exemple, que « *L'Europe est en marche depuis près de cinquante ans. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, six nations marquées par l'horreur du conflit et l'expérience de la barbarie, ont décidé d'établir entre elles une union toujours plus étroite, pour rendre la guerre à jamais impossible sur notre continent qu'elle avait si souvent déchiré.* » puis, plus loin, que « [...] *pour continuer à progresser, elle doit nécessairement renouveler ses méthodes et adapter ses institutions, car ce qui valait à 6, 9, 12 ou même 15 pays membres ne peut plus fonctionner à 25.* ». Il est donc implicitement établi un lien nécessaire entre la paix et la construction de l'Union Européenne d'abord, et entre la poursuite de cette construction et le vote « oui », ensuite. Or, l'ensemble des affirmations ici citées sont discutables, non parce qu'elles seraient fausses, mais parce qu'elles attribuent à un phénomène complexe -la paix- une cause unique -la construction communautaire-, et laissent planer la menace d'une dégradation de l'état de paix en cas de vote « non » lors d'un référendum sur un traité qui renvoie essentiellement à des délégations de compétences et à des processus de décision dans un système institutionnel complexe. Autrement dit, il s'agit d'une version partielle et partielle,

¹⁰⁰⁸ Cons., const., Déc., n°2005-33 REF du 7 avril 2005 *op.cit.*, cons. 5 et 6 : « *Considérant, d'une part, que, lorsqu'un projet de loi est soumis au référendum en application de l'article 11 de la Constitution, les exigences de clarté et de loyauté de la consultation imposent que ce projet soit transmis par avance aux électeurs ;*

Considérant, d'autre part, que l'exposé des motifs, qui, conformément à la tradition républicaine, accompagne un projet de loi et présente les motifs pour lesquels son adoption est proposée, est inséparable de ce projet. ».

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, cons. 9.

¹⁰¹⁰ Commentaire disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/200533REFccc_2005_070405_villiers_peltier.pdf.

¹⁰¹¹ *Ibid.*.

¹⁰¹² Que l'on trouvera dans son intégralité à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/dossiers_thematiques/referendum_2005/2document.pdf.

tant de l'histoire¹⁰¹³ de l'Union Européenne que des enjeux gravitant autour de l'adoption ou du rejet du traité. Il ne s'agit pas ici de dénoncer de quelque façon que ce soit cette démarche, effectivement naturelle dans le cadre d'un exposé des motifs, mais plutôt de souligner qu'il est impossible pour le juge, de discerner avec précision ce qui est ou ce qui n'est pas une « contre-vérité » ou un récit « apologétique ». Il peut seulement opérer ce qui pourrait s'apparenter à un contrôle de « l'erreur manifeste d'appréciation », ici du « mensonge manifeste ».

909. Cela permet de faire ressortir le caractère extrêmement délicat -pour ne pas dire impossible- de l'application du principe de clarté et de loyauté à des documents qui n'ont pas pour vocation d'être objectifs, mais qui visent à présenter un point de vue. Plus largement, cela renvoie à l'impossibilité de juger profondément, au regard de la double exigence de clarté et de loyauté, des documents transmis durant la campagne ; de sorte que s'il est vrai que les obligations découlant de l'application de la double-exigence à l'exposé des motifs sont des plus faibles, c'est parce que l'objet « campagne référendaire » n'est pas adapté à un contrôle poussé des informations qui y sont transmises car cela reviendrait à transformer des jugements de valeur en normes. En revanche, l'existence de ce contrôle permet de s'assurer que l'exposé des motifs ne « *comporte aucune information erronée ou de nature à induire en erreur les électeurs* »¹⁰¹⁴, en tant qu'il est un document pouvant être perçu comme de nature à éclairer le vote de façon neutre, car adressé aux électeurs par l'administration. C'est pourquoi, s'il est vrai que les obligations découlant de l'application de la double-exigence sont très limitées, il n'y a pas lieu de le déplorer et que, malgré tout, ce contrôle conserve une utilité.

910. Plus largement, ce panorama des obligations découlant de la double exigence de clarté et de loyauté en matière de référendum fait ressortir une certaine retenue de la part du juge dans son application¹⁰¹⁵, qu'il s'agisse du Conseil Constitutionnel ou du Conseil d'Etat¹⁰¹⁶. Nous avons également vu que cette intensité varie, malgré tout, selon la nature de l'acte à contrôler. Il est cependant difficile de tirer des conclusions réellement définitives, dans la mesure où le juge n'a eu que peu d'occasions d'opérer un contrôle sur ce fondement. En outre, la nature descendante du référendum peut avoir une influence sur l'intensité du contrôle. Il est évidemment impossible de vérifier cette assertion, dans la mesure où il n'existe pas en droit interne, de procédure référendaire ascendante. C'est pourquoi il est nécessaire, pour compléter cet examen du contrôle de la question et être en mesure d'en envisager une transposition à l'initiative populaire, d'aborder quelques éléments de droit comparé.

¹⁰¹³ Sur la construction d'un récit historique légitimant la construction européenne, l'on lira cette intéressante étude autour de la présentation de Jean Monnet comme « père fondateur » des institutions européennes, et notamment les travaux plus généraux sur lesquels elle s'appuie : Cohen A., « "Le père de l'Europe", la construction sociale d'un récit des origines », Actes de la recherche en sciences sociales 2007/1 (n° 166-167) , pp. 14-29.

¹⁰¹⁴ Cons., const., Déc., n° 2005-35 REF du 19 mai 2005 *op.cit.*, cons. 13.

¹⁰¹⁵ Voir dans le même sens Fatin-Rouge Stéfanini M., « L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté de la consultation », *op.cit.*, p. 1547.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

B : La transposition à une procédure d'initiative populaire

911. Pour pouvoir envisager la transposition (1), nous devons dresser un bref tableau des régimes relatifs à ce contrôle dans les procédures étrangères (2).

1 : Les enseignements du droit comparé

912. Les procédures référendaires étrangères connaissent toutes un contrôle de la clarté de la question posée, auquel s'ajoute systématiquement un contrôle de « l'homogénéité », au point que ce double-contrôle a pu être qualifié « *d'exigence minimale devant exister pour tout référendum* »¹⁰¹⁷. On peut s'arrêter quelque peu sur la notion d'homogénéité, que l'on a déjà brièvement évoquée¹⁰¹⁸, dans la mesure où elle n'existe pas en droit Français s'agissant du contrôle des référendums.

913. Classée en doctrine dans le contrôle de la question, aux côtés de la notion de clarté¹⁰¹⁹, cette exigence va, en raison de sa nature, concerner plus spécifiquement « *l'objet matériel de la question soumise aux électeurs* »¹⁰²⁰. Systématique en matière d'initiative populaire, elle peut également s'appliquer à des référendums descendants¹⁰²¹. Elle est exigée parfois directement par le texte constitutionnel, parfois à l'issue d'une interprétation constructive du juge chargé du contrôle¹⁰²². Mais les similarités entre ces différentes procédures s'arrêtent là, tant varie le niveau d'intensité du contrôle pratiqué sur le fondement de ce principe. Ainsi, Marthe Fatin-Rouge Stéfanini note que « *les Etats-Unis sont marqués par une pratique très hétérogène [...]. En Suisse, le contrôle de l'unité de la matière a été pratiqué d'une manière très libérale jusqu'en 1995 tandis qu'en Italie, [...] le juge constitutionnel [...] a poussé ce contrôle très loin* »¹⁰²³. Cette diversité se manifeste tant dans les termes employés pour expliciter les obligations découlant de la règle de droit¹⁰²⁴ que dans la dureté de l'obstacle

¹⁰¹⁷ Fatin-Rouge Stéfanini M., Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle, *Economica-P.U.A.M.*, 2004, p. 173.

¹⁰¹⁸ Cf. *supra*, p. 280.

¹⁰¹⁹ Fatin-Rouge Stéfanini M., Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle, *op.cit.*, p. 167 ; Taillon P., Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ?, Dalloz, 2012, p. 206.

¹⁰²⁰ Taillon P., *op.cit.*, p. 196.

¹⁰²¹ C'est notamment le cas au Portugal, où l'initiative référendaire peut provenir aussi bien du Président de la République, que d'une fraction du corps électoral, ou du Gouvernement (art. 115 de la Constitution du 2 avril 1976).

¹⁰²² Sur ces deux points, voir Fatin-Rouge Stéfanini M., Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle, *op.cit.*, p. 173 : « [le principe d'homogénéité] découle parfois de la Constitution, comme en Suisse fédérale, aux Etats-unis et au Portugal, ou du juge lui-même, à l'exemple des cas suisse au niveau infra-étatique et italien ». A noter que le cas Portugais se situe en réalité à mi-chemin entre les deux hypothèses, puisque si l'art. 115 al. 6 de la Constitution dispose en effet que « chaque référendum portera sur une seule matière [...] », le terme « d'homogénéité » a été amené par le Tribunal Constitutionnel, chargé du contrôle, comme souligné par le même auteur dans son article aux mélanges Louis Favoreu, déjà cité, p. 1541.

¹⁰²³ Fatin-Rouge Stéfanini M., Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle, *op.cit.* p. 173.

¹⁰²⁴ Ainsi, en Californie, « *les Cours considèrent généralement que le principe de l'unité de matière est respecté si un lien « rationnel et raisonnable » peut être établi entre les différentes parties d'une proposition* » alors qu'en Floride « *la Cour Suprême [...] exige une unité « logique et naturelle* ». En Italie, la Cour Constitutionnelle parle quant à elle de « *matrice rationnelle unitaire* ». Voir Fatin-Rouge Stéfanini M., *op.cit.*, p. 175 et 180.

constitué par ces obligations. Ainsi, en Italie, la Cour constitutionnelle en a fait un élément essentiel du contrôle d'admissibilité, voire son pivot¹⁰²⁵ qu'il est difficile de surmonter puisque 28 sentences d'inadmissibilité sur les 67 rendues entre les années 1978 et 2005 l'ont été sur ce fondement¹⁰²⁶ alors que le Parlement Suisse n'en a annulé que 4 depuis 1955, dont trois pour non-respect de l'unité de matière¹⁰²⁷.

914. En outre, qu'il s'agisse des Etats-Unis, de la Suisse ou de l'Italie, la jurisprudence sur ce principe est systématiquement critiquée par la doctrine pour son incohérence (en Italie¹⁰²⁸ comme en Suisse¹⁰²⁹) ou son inefficacité liée à une application essentiellement dictée par des raisons politiques (pour les Etats-Unis¹⁰³⁰). Il est à noter que ces critiques sont majoritaires à ce que le contrôle soit opéré par une autorité juridictionnelle comme en Italie ou aux États-Unis ou par une autorité politique, comme en Suisse.

915. Les auteurs cités en note rapportent tous de nombreux exemples d'applications incohérentes entre elles à l'intérieur du même système juridique, et il serait trop long d'en faire de même ici. Nous pouvons néanmoins signaler que le Parlement Fédéral suisse a pu annuler, pour absence d'unité de la matière, l'initiative « pour moins de dépenses militaires et davantage de politique de paix » qui proposait la réduction des budgets militaires pour allouer les sommes récoltées à la politique de paix et à la sécurité sociale¹⁰³¹ alors qu'a été acceptée, en 2006, l'initiative « Bénéfices de la Banque nationale pour l'AVS » qui proposait la taxation des profits de la banque nationale suisse pour financer un fonds de compensation « de l'assurance vieillesse et des survivants »¹⁰³².

916. Il est possible de penser que ces différences d'application sont d'abord liées au caractère flou des énoncés à appliquer, caractère qui découle de l'impossibilité d'objectiver la signification des notions-clés de ces énoncés pour pouvoir l'appliquer d'une façon cohérente. Cependant, ces difficultés de définition se posent pour de nombreux énoncés juridiques, constitutionnels ou non. Il est donc possible de les réduire par le travail d'interprétation. D'ailleurs, la Cour Constitutionnelle Italienne a toujours affirmé que le caractère homogène d'une requête référendaire s'appréciait objectivement car « *l'homogénéité de la question*

¹⁰²⁵ Julien Giudicelli note ainsi que « *clarté, univocité, simplicité de la question ne sont que des précisions du critère substrat de l'homogénéité* ». Giudicelli J., *La Cour Constitutionnelle italienne et le référendum abrogatif*, Th., Toulon, 2002, p. 82.

¹⁰²⁶ Chiffres fournis par Fatin-Rouge Stéfanini M., *L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté des consultations*, *op.cit.*, p. 1540.

¹⁰²⁷ Statistiques fournies par le site de la Chancellerie Fédérale et disponibles en ligne à l'adresse suivante : https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_2_2_5_6.html.

¹⁰²⁸ Voir notamment Giudicelli J., *op.cit.*, pp. 83-95, et les notes en bas de page citant une doctrine italienne très critique.

¹⁰²⁹ Voir notamment Taillon P., *op.cit.*, pp. 205-206 ; Grisel E., *Initiative et référendum populaires*, Staempfli éditions SA, 3^{ème} éd., 2004, p. 250 qui affirme « *dans son ensemble, la jurisprudence n'a guère montré de fermeté ni surtout de cohérence* ».

¹⁰³⁰ Voir Taillon P., *ibid.*, p. 213, note n°776.

¹⁰³¹ Arrêté Fédéral concernant l'initiative populaire « pour moins de dépenses militaires et davantage de politique de paix », FF 1995 III 563, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10108284>.

¹⁰³² Message de l'Assemblée Fédérale disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2005/6789.pdf>. Les deux exemples ont été tirés de Taillon P., *op.cit.*, p. 205.

référendaire ne peut être évaluée [...] à l'aune des intentions subjectives des présentateurs et des signataires de la requête, en raison notamment du caractère fluctuant de leurs intentions qui pourraient induire les électeurs à voter pour ou contre l'abrogation »¹⁰³³. Cette appréciation objective est supposée s'effectuer *via* le critère de la « matrice rationnellement unitaire », un principe juridique commun, liant les diverses dispositions visées par la requête référendaire. Ainsi, une requête demandant l'abrogation de 31 articles du Code pénal relatifs à des délits d'opinion, de réunion, et d'association a été rejetée pour ce motif. *A contrario*, a été admise la requête demandant l'abrogation, elle aussi, de plusieurs dispositions du Code pénal, qui étaient liées en ce qu'elles « *tendaient toutes à libéraliser l'avortement* »¹⁰³⁴. Et l'on voit effectivement que si, dans le premier cas, le principe commun unissant les diverses dispositions visées par la requête n'a d'unicité qu'en matière politique, il en va autrement en droit, alors que dans le second cas, l'avortement est un objet juridique unique.

917. Pourtant, cette même Cour a pu, en d'autres occasions, se détacher de cette ligne de conduite. Julien Giudicelli souligne à cet égard qu'en au moins deux occasions, la Haute-Juridiction italienne a déclaré inadmissible des requêtes référendaires en appuyant son analyse sur les intentions exprimées par les promoteurs du référendum¹⁰³⁵. Il s'agissait, en réalité, de trancher entre deux interprétations juridiquement possibles de la requête, de façon que les intentions des requérants aient été utilisées en dernier recours, le principe demeurant l'interprétation objective de la requête¹⁰³⁶. Cela met cependant en lumière le poids que peut prendre le contexte, et donc les considérations politiques, dans l'appréciation d'une requête référendaire, amenant ici la question de la part de subjectivité du juge dans l'exercice du contrôle. Cette part existe évidemment dans tout travail d'interprétation, même juridictionnel, mais elle peut cependant prendre plus d'importance en matière référendaire, étant donné la sensibilité des rapports de légitimité qu'elle charrie dans son sillage¹⁰³⁷.

918. C'est d'ailleurs probablement ce paramètre qui explique le mieux les différences d'application, au moins lorsqu'on compare les différents systèmes entre eux. Ainsi, la Cour constitutionnelle comme le Tribunal constitutionnel portugais ont déjà pu exprimer leurs réserves quant à la capacité de la campagne référendaire à éclairer le sens et les enjeux de la votation. La première a ainsi affirmé que « [...] *quand la question ne se révèle pas marquée par la simplicité, la clarté et la cohérence, il est illusoire de croire que la campagne référendaire suffira à rendre vraiment et parfaitement simple ce qui est complexe, clair ce qui est obscur, cohérent ce qui est contradictoire* »¹⁰³⁸. Pour sa part, le juge constitutionnel lusitanien avait avancé, s'agissant d'une requête référendaire relative à la consultation du

¹⁰³³ Arrêt n°28 du 10 Février 1981, la traduction est de Julien Giudicelli, *op.cit.*, p. 74.

¹⁰³⁴ Arrêts n°16 du 02 Février 1978 et 26 du 10 Février 1981, rapportés et traduits par Julien Giudicelli, *op.cit.*, pp. 73-74.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, pp. 77-78. Il s'agit des arrêts n°16 du 02 Février 1978 n°29 du 04 Février 1993.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, p. 79.

¹⁰³⁷ Sur ce point, voir Taillon P., *op.cit.*, pp. 214-215.

¹⁰³⁸ Arrêt n°27 du 10-13 Février 1981, la citation et la traduction sont empruntés à Fatin-Rouge Stéfani M., « L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté de la consultation », *op.cit.*, p. 1548.

corps électoral portugais sur le traité d'Amsterdam, qu' « [...] *il ne semble pas que les insuffisances de la question puissent être comblées par la campagne électorale [...] »*¹⁰³⁹.

919. Il est notable que les deux juges aient la même position, alors que les notions matricielles du contrôle de la question sont différentes : homogénéité en Italie, clarté au Portugal. On peut en déduire que la rigueur de l'encadrement ne dépend pas tant des notions en cause que de l'objet du contrôle, mis en relation avec le positionnement de chaque juge.

920. En outre, nous ne pouvons qu'être frappé du caractère péremptoire de ces affirmations, dans la mesure où il est extrêmement difficile de les étayer de façon convaincante, pour la simple raison que les lectures du sens d'un vote, forcément rétrospectives, sont des plus complexes¹⁰⁴⁰, *a fortiori* pour des juristes dont ce n'est guère le cœur de compétence ; il est donc très difficile de discerner l'impact réel d'une question obscure sur la campagne comme sur le résultat d'une votation. Même si, pour les mêmes raisons, on ne peut guère contre-argumenter, nous pouvons au moins souligner que les élections, dans un monde complexe, soulèvent des questions des plus épineuses et que l'encadrement de la campagne ne porte nulle trace d'une pareille infantilisation des électeurs¹⁰⁴¹. La circonstance que l'enjeu d'un référendum porte sur une décision précise n'est guère pertinente pour justifier une différence de traitement dans la mesure où, la plupart du temps, les parlementaires ne sont dans leur majorité guère plus compétents sur le fond des décisions qu'ils prennent, étant donné l'extrême technicité de la plupart des lois qu'ils ont à voter. Il a d'ailleurs été noté, en Suisse, que l'unité de matière, applicable également aux initiatives parlementaires, « *est un « double-standard » qui s'applique différemment en fonction de l'identité de l'auteur de l'initiative »*¹⁰⁴². Nous rejoignons donc cet auteur lorsqu'il affirme que « *le contrôle de la clarté de la question [...] apparaît comme un des procédés possibles pour rendre à l'occasion plus difficile l'expression d'une volonté populaire susceptible de contredire les politiques menées par les autres organes de l'Etat »*¹⁰⁴³.

921. Or, les phénomènes évoqués -retenue ou rigueur excessive, politisation du contrôle- ont tendance à s'accroître lorsqu'il s'agit d'une requête référendaire issue d'un processus d'initiative populaire, car le contrôle tend à déborder le seul cadre de la question pour se porter également sur le texte¹⁰⁴⁴, au moins dans la mesure où celui-ci n'a pas fait l'objet d'une discussion en amont de son adoption. Pour la même raison, il est d'autant plus indispensable, et c'est pourquoi, malgré les difficultés qu'il pose, il paraît malgré tout inévitable d'introduire ce contrôle. Cependant ce rapide examen du droit comparé en la matière invite à envisager des moyens d'atténuer le caractère aléatoire du contrôle.

¹⁰³⁹ Décision du 29 Juillet 1998, n°531/98, *ibid.*

¹⁰⁴⁰ Pour un exemple, voir Lehingue P., « Le Non français au traité constitutionnel européen (mai 2005). Sur deux lectures « polaires » du scrutin », Actes de la recherche en sciences sociales 2007/1 (n° 166-167), p. 123-139.

¹⁰⁴¹ Nous faisons ici référence à une célèbre tribune du professeur Guido Neppi Modona, parue le 10 Février 1978 dans la Repubblica, à propos d'une décision d'inadmissibilité, et intitulée : « la Cour protège le peuple-enfant ».

¹⁰⁴² Taillon P., *op.cit.*, p. 217.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, p. 218.

¹⁰⁴⁴ Fatin-Rouge Stéfanini M., L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté des consultations, *op.cit.*, p. 1550.

2 : Conclusions quant à la figure que pourrait avoir le contrôle de la question dans un processus d'initiative populaire

922. De ce qui a été vu jusqu'à présent, trois aspects principaux sont à retenir.

923. *Primo*, le droit positif national est, quant au contrôle de la question, matériellement suffisant. En effet, le cadre qu'il a déjà posé, pour embryonnaire qu'il puisse paraître, embrasse la totalité du processus référendaire d'une part, et contient des obligations comparables en leur principe à ce qui se pratique à l'étranger, d'autre part. Ainsi, et notamment la notion de « loyauté » pourrait tout à fait comprendre une obligation quant à l'homogénéité de la question, dans la mesure où ce principe a pour vocation de protéger l'électeur des questions manipulatoires qui l'obligeraient à voter « en bloc » sur des dispositions disparates. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir l'introduction de principes particuliers ou nouveaux, ou de précisions quant à la teneur des principes actuels.

924. *Secundo*, les modalités du contrôle de la question tel qu'il est actuellement pratiqué peuvent être plus problématiques. En effet, et comme nous avons pu l'observer de façon incidente, le juge n'effectue le contrôle que lorsqu'il est saisi en ce sens par les requérants. Cela pose évidemment la question de l'exercice de ce contrôle dans le cadre d'une initiative populaire puisqu'il y aurait lieu à un autre moment et dans un autre schéma contentieux que celui du contrôle des actes préparatoires au référendum dans lequel il se déploie actuellement. Le juge serait-il légitime à soulever d'office la question ? L'absence de fondement explicite dans la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel n'aide guère à envisager clairement de solution. Cependant, même si cela devait évoluer, les fondements envisageables - souveraineté au sens de l'article 3 de la Constitution, notamment¹⁰⁴⁵- permettraient de légitimer juridiquement, une saisine d'office sur ce plan. Il est cependant assez évident qu'il est plus simple, et surtout plus sécurisant, de prévoir dans le texte constitutionnel, une mention expresse de ce contrôle, à l'instar de ce qui existe, notamment dans la Constitution portugaise. Afin de ne pas lier par trop le juge, une simple référence à la soumission de l'éventuelle votation à la double-exigence de clarté et de loyauté paraît suffisante.

925. *Tertio*, des solutions sont envisageables pour éviter de placer le juge dans l'obligation de trancher entre laxisme et sévérité excessive. D'abord, le processus tel qu'il a été envisagé comprend déjà des singularités qui permettent de supposer que le Conseil Constitutionnel chargé du contrôle d'admissibilité aura plus le loisir d'envisager de laisser le processus se dérouler sans encadrer par trop la question. L'intervention du Conseil d'Etat et l'encadrement légal de la campagne référendaire sont de nature à alléger le poids pesant sur son office dans l'initiative populaire. Ensuite, on peut envisager des sanctions s'ajoutant à l'alternative validation/annulation qui permet de renforcer ce phénomène. D'abord en s'appuyant sur l'existant, c'est-à-dire en s'inspirant des outils dont dispose déjà le Conseil Constitutionnel pour neutraliser ou maîtriser des rédactions ambiguës dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. Le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs montré le parti

¹⁰⁴⁵ Voir, pour les fondements possibles à la double-exigence de clarté et de loyauté, Fatin-Rouge Stéfanini M., « L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté des consultations », *op.cit.*, p. 1529.

que l'on peut tirer des outils contentieux qui existent pour le contrôle des lois en les transposant au contrôle d'une question référendaire. Il l'a fait dans la décision n°87-226 DC relative à la Nouvelle-Calédonie en s'appuyant sur la notion de séparabilité d'une disposition de l'ensemble du texte auquel elle appartient, pour ne supprimer qu'une partie de la question tout en sauvegardant le reste¹⁰⁴⁶. Il a également pu utiliser la technique des réserves d'interprétation dans son contrôle du référendum organisé à Mayotte en 2000¹⁰⁴⁷. Les deux hypothèses sont intéressantes pour une initiative populaire, dans la mesure où elles permettent de sauver le référendum tout en neutralisant certains effets potentiellement délétères amenés par un questionnement ambigu. Cependant, la première n'est pas applicable en l'état actuel du droit, puisqu'elle ne s'applique qu'au contrôle d'une loi, dans la mesure où elle procède de l'article 22 de l'ordonnance du 07 Novembre 1958¹⁰⁴⁸ qui dispose « *dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution et inséparable de l'ensemble de cette loi, celle-ci ne peut être promulguée* »¹⁰⁴⁹. Son application nécessiterait donc une modification de cet article. Il n'en irait pas de même pour les réserves d'interprétation puisqu'il s'agit d'une technique prétorienne forgée par le Conseil¹⁰⁵⁰. En outre, l'on peut considérer que l'utilisation des réserves d'interprétation, et notamment des réserves « constructives »¹⁰⁵¹ qui impliquent une forme de réécriture de la question, conférerait un pouvoir excessif au juge. En effet, la proposition issue de l'initiative devant rester à la disposition des comités dans notre perspective, il y aurait quelque chose d'étrange à autoriser le juge à réécrire la question sans que ceux-ci puissent, à tout le moins, refuser l'organisation d'un référendum. C'est pourquoi l'utilisation des réserves d'interprétation serait plus cohérent avec la logique du dispositif d'initiative populaire si les comités conservaient le droit de retrait de leur texte jusqu'après la décision du Conseil.

926. Par ailleurs, il est également envisageable de prévoir des sanctions spécifiques qui ne s'appliqueraient qu'au contrôle de la question. Ainsi il devrait être possible au juge, pour le cas spécifique des requêtes comprenant une pluralité d'objets hétérogènes de scinder les requêtes afin d'organiser plusieurs référendums sur chaque question ainsi obtenue.

927. Nous verrions ainsi apparaître une palette de sanctions, allant de la réécriture à l'annulation du processus référendaire, en passant par l'émission de réserves d'interprétation, la suppression d'un membre de la question et la scission des requêtes. Ceci permettrait au juge de moduler les effets de son contrôle, rendant ce dernier moins problématique tant pour l'initiative populaire que pour la position politico-institutionnelle du Conseil Constitutionnel. Il est à noter d'ailleurs, que la modulation des effets d'une décision juridictionnelle est une

¹⁰⁴⁶ Cons., const., Déc., n°87-226 DC du 2 juin 1987, JORF du 4 juin 1987 p. 6058, Rec. p.34, cons. 11.

¹⁰⁴⁷ Cons., const., Déc., n°2000-428 DC du 4 mai 2000, JORF du 10 mai 2000 p. 6976, Rec. p. 70, cons. 17.

¹⁰⁴⁸ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, JORF du 9 novembre 1958 p. 10129

¹⁰⁴⁹ Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution et inséparable de l'ensemble de cette loi, celle-ci ne peut être promulguée

¹⁰⁵⁰ Cons., const., Déc., 59-2 DC du 17 juin 1959, JORF du 3 juillet 1959 p. 6642, Rec. p.58

¹⁰⁵¹ Technique par laquelle le Conseil « *ajoute* au texte ce qui lui manque pour être conforme, sous couleur de l'interpréter » d'après Drago G., cité par Xavier Samuel, Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel, Exposé présenté à l'occasion de l'accueil des nouveaux membres de la Cour de Cassation, 26 Janvier 2007, p. 13. Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/reserves.pdf.

thématique qui monte en puissance depuis quelques années, permettant l'élargissement du champ des recours contentieux en maîtrisant les potentiels effets néfastes sur l'exigence de sécurité juridique¹⁰⁵². Ce type de démarche s'inscrit donc également dans une dynamique existante. Il serait en revanche probablement nécessaire d'inscrire ces possibilités dans le texte de la loi organique, par renvoi à l'ordonnance du 07 novembre 1958.

928. On le voit, le contrôle de la question, tel qu'il existe actuellement en droit interne, est matériellement suffisant ; et il est possible de l'organiser de façon à se prémunir, autant que possible, des dérives observées à l'étranger, en permettant au juge d'adapter son office à chaque requête. Il n'est par conséquent pas nécessaire, sur le fond, d'envisager des règles spécifiques à l'initiative populaire : une fois encore, le droit existant, soit directement par la teneur de certaines dispositions, soit en s'inspirant de dynamiques ou de principes qu'il contient déjà, est tout à fait adapté à l'introduction d'une initiative populaire.

929. Il en va en revanche autrement des modalités d'organisation du contrôle qui en l'état, ne se prêtent pas à ce que le contrôle de la question posée prenne la forme que l'on a ici envisagée. Il faut donc aborder ce point. Cependant, en tant qu'il touche à la question plus large de l'organisation du contrôle juridictionnel de la requête référendaire, il le sera dans ce cadre.

930. On le voit, les éléments venant habituellement justifier le contrôle d'admissibilité matérielle ne vaudraient guère pour une initiative populaire Française. Les restrictions générales présentes dans la Constitution et pesant sur le législateur parlementaire, conjuguées à la singularité contentieuse que constitue un contrôle de constitutionnalité *a priori* de la requête référendaire, rendent l'essentiel des éléments de ce contrôle superflu.

931. En outre, le seul élément restant -le contrôle de la question- ne paraît pas nécessairement justifier le maintien d'un moment contentieux dédié spécifiquement à l'admissibilité en général. En effet, ce contrôle tel qu'il existe en droit positif, s'exerce dans le cadre de la compétence contentieuse que le Conseil Constitutionnel tient de l'article 60 de la Constitution. En conséquence, il s'exerce au moment de contrôler les opérations référendaires et sur saisine, comme on l'a dit. Concrètement, il a lieu dans les mois précédant la votation. Autrement dit, le contrôle le plus aléatoire s'opère à l'instant dont on peut postuler qu'il constitue le *climax* politique du processus référendaire. Il est évident qu'il serait plus raisonnable, dans notre hypothèse, d'envisager l'introduction d'une norme spécifique qui prévoierait que les vérifications relevant de l'admissibilité matérielle s'exerce concomitamment au contrôle de constitutionnalité.

932. Dès lors, dissocier les deux contrôles n'aurait d'intérêt que dans l'hypothèse où une partie des normes de référence du contrôle ne serait pas insérée directement dans la Constitution, mais dans une disposition législative ordinaire. Or, étant donné le peu de

¹⁰⁵² Dieu F., « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », AJDA, 2006, p. 2428. Disant M., « Les effets dans le temps des décisions QPC », NCCC, (n°40), en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-137430.pdf>.

dispositions spécifiques à insérer et le rattachement de celles-ci à des dispositions constitutionnelles existantes, cela ne serait pas nécessaire.

933. Autrement dit, si la distinction admissibilité/constitutionnalité resterait valable en théorie, dans la mesure où les deux types de contrôle n'ont pas exactement le même objet¹⁰⁵³, elle n'aurait qu'une portée concrète très limitée. Par conséquent, les deux contrôles s'exerceraient dans le même moment procédural, que nous allons à présent aborder.

Section 2 : Envisager le cadre d'exercice du contrôle

934. Pour l'envisager, il faut essayer de discerner ce qui, dans le droit positif, pourrait servir de modèle à ce contrôle, afin d'observer les caractères de ce modèle, pour ensuite envisager la transposition à notre procédure. Comme il s'agit d'un contrôle visant notamment à s'assurer de la conformité de la proposition à la Constitution, ce sont les différents types de contrôle de constitutionnalité existants en droit interne qu'il faut étudier. Nous pouvons d'emblée exclure le contrôle tel qu'il se pratique en QPC, dans la mesure où nous nous situons ici dans un contrôle *a priori*. Nous allons d'abord tenter de déterminer de quel type de contrôle existant le contrôle de l'initiative populaire pourrait se rapprocher (§1) pour en transposer le modèle à notre procédure (§2).

§1 : Le choix de la saisine comme matrice de la procédure de contrôle

935. L'analyse des modes de saisine fait ressortir l'importance du mode de déclenchement du contrôle sur la procédure suivie. On verra que la saisine automatique semble être la plus adaptée au contrôle du texte issu d'une initiative populaire (I), avant que d'en envisager les conséquences sur la structure procédurale (II).

I : Le choix d'une saisine automatique

936. Il convient de faire ressortir l'influence de la nature de la saisine (A), avant que d'arrêter le choix orientant le scénario (B).

¹⁰⁵³ Sur ce point, voir Fatin-Rouge Stéfanini M., Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle, *op.cit.*, p. 225.

A : La nature de la saisine, facteur unique de la différenciation des contrôles

937. Abstraitement, Il est possible d'envisager trois types de saisine déclenchant un contrôle, juridictionnel ou non. Une saisine facultative, une saisine obligatoire, une saisine automatique.

938. La saisine sera dite facultative lorsque les autorités disposant du droit de saisir l'autorité chargée de contrôle bénéficient pour ce faire, d'une compétence discrétionnaire. Bien que la saisine soit nécessairement conditionnée à l'accomplissement d'un certain nombre de formalités, le choix de l'exercer ou non dépend intégralement de la volonté de la ou des autorités concernées. En matière de contrôle de constitutionnalité, ce cas correspond évidemment à la saisine prévue par l'article 61 al.2 de la Constitution qui permet, comme nous le savons, au Président de la République, au Premier Ministre, aux présidents de chaque assemblée, ainsi qu'à 60 députés ou 60 sénateurs de saisir le Conseil Constitutionnel.

939. La saisine sera dite obligatoire lorsqu'à l'inverse, la ou les autorités disposant de cette compétence seront contraintes de l'exercer lorsque les conditions sont réunies. Elles disposent alors d'une compétence liée. En droit constitutionnel français, ce type de saisine correspond aux hypothèses prévues par l'article 61 al.1 de la Constitution, à savoir le contrôle des lois organiques, des règlements des assemblées, et des propositions de lois du troisième alinéa de l'article 11. Pour que la saisine soit qualifiée d'obligatoire, deux éléments sont nécessaires : d'une part la transmission doit être rendue obligatoire par le texte prévoyant la saisine, d'autre part une ou plusieurs autorités doivent être désignées pour l'accomplir. Ainsi, les articles 46 et 61 de la Constitution prévoient la transmission obligatoire du texte au Conseil en vue du contrôle de sa constitutionnalité¹⁰⁵⁴, et l'article 17 de l'ordonnance 58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique relative au Conseil Constitutionnel désigne l'autorité compétente pour l'accomplir¹⁰⁵⁵.

940. C'est ce deuxième point -l'existence d'une autorité habilitée à accomplir la saisine- qui différencie selon la doctrine¹⁰⁵⁶, la saisine obligatoire de la saisine automatique. Ainsi, Jean-Christophe Car, en s'appuyant notamment sur les travaux de Marcel Waline, affirme que « *le choix de cette autorité [le Premier Ministre] témoigne en premier lieu du caractère non automatique de la transmission de la loi au Conseil Constitutionnel* »¹⁰⁵⁷. Il s'ensuit que cette dernière, pour être qualifiée comme telle, doit s'accomplir sans intervention d'une autorité. La différence peut sembler ténue. Cependant, l'exemple combiné des lois organiques et de la

¹⁰⁵⁴ Art. 46. Const. : « *Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution* ». Art. 61 Const. : « *Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution* ».

¹⁰⁵⁵ Art. 17. Ordonnance n°58-1067 du 07 Novembre 1958 *op.cit.*, : « Les lois organiques adoptées par le Parlement sont transmises au Conseil constitutionnel par le premier ministre. [...] ».

¹⁰⁵⁶ Cette distinction peut être nuancée quant à sa portée pratique sur l'office du juge. Voir Meunier J., *Le pouvoir du Conseil constitutionnel, essai d'une analyse stratégique*, Bruylant- LGDJ, 1994, p. 204.

¹⁰⁵⁷ Car J.-C., *Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 04 Octobre 1958*, *Economica-PUAM*, 1999, p. 354.

procédure de QPC permet de se le représenter plus clairement. La Constitution en effet, prévoit un délai à l'intérieur duquel la loi -organique ou non- doit être promulguée¹⁰⁵⁸ et, puisque le contrôle des lois organiques est obligatoire en application des articles 46 et 61 al.1 du même texte, ce délai doit être compris comme étant également le délai de saisine du Conseil¹⁰⁵⁹. L'autorité de transmission dispose donc d'une marge de manœuvre certes légère mais réelle, dans l'accomplissement de la saisine, dans la mesure où rien n'est indiqué quant au moment précis où cette dernière doit avoir lieu¹⁰⁶⁰. Il n'en irait logiquement pas de même dans le cadre d'une saisine automatique, celle-ci résultant mécaniquement de la réunion des conditions prévues par le texte l'introduisant. Ainsi, en matière de QPC, dès lors que le délai d'examen par la Cour suprême chargée du filtre est échu, le Conseil Constitutionnel est saisi de la question¹⁰⁶¹ sans qu'aucune intervention ne soit nécessaire. Dès cet instant, la « saisine automatique » semble ne pouvoir être, en droit constitutionnel, que la transmission du texte objet du contrôle de façon mécanique, sans intervention d'aucune sorte¹⁰⁶².

941. Si cette dernière modalité est extrêmement résiduelle en droit constitutionnel interne - elle n'existe, à notre connaissance, que pour la QPC selon les modalités susmentionnées- il n'en va pas de même des saisines facultatives et obligatoires puisque, comme on l'a vu, elles coexistent selon les textes considérés au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution. Il ne faut cependant pas exclure la saisine automatique du champ des modèles possibles, dans la mesure où comme nous le verrons, elle présente par elle-même, des potentialités propres. Il est cependant difficile, au-delà de la saisine elle-même, d'en déduire l'impact sur la procédure de contrôle. Il n'en va pas de même des saisines obligatoires et facultatives.

¹⁰⁵⁸ Art. 10 al.1 Const. Ce délai est de 15 jours.

¹⁰⁵⁹ Car J.-C., Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 04 Octobre 1958, *op.cit.*, p. 356, note n° 652.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 356, qui reprend un raisonnement tenu par Guettier C., Le Conseil Constitutionnel et le droit parlementaire sous la Vème République, T. I, Th., 1986, Paris I, p. 74. Jean-Christophe Car relève cependant un certain nombre de cas dans lesquels il semble que le Premier Ministre ait entendu jouer sur le délai de transmission : *ibid.*, p. 357.

¹⁰⁶¹ Ordonnance n° 58-1067 du 07 Novembre 1958, *op.cit.*, art. 23-7 : « Si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel ».

¹⁰⁶² L'origine de cette modalité se trouve dans l'audition de Marc Guillaume à la Commission des lois dans le cadre du rapport rendu par celle-ci le 03 septembre 2009, et relatif au projet de loi organique d'application de l'article 61-1. Son intervention, effectuée alors qu'il était secrétaire général du Conseil Constitutionnel, éclaire à la fois l'objet et le fonctionnement de ce procédé : « Je saisis cette question pour dire quelques mots sur le délai de trois mois laissé au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour que ces juridictions se prononcent. Tout laisse à penser qu'il sera respecté. Néanmoins, par hypothèse, quelle serait la sanction dans le cas inverse ? Le constituant semble avoir expressément prévu la réponse à l'article 61-1 de la Constitution, qui impose que ces juridictions « se prononcent dans un délai déterminé ». Cette précision, ajoutée par amendement lors des débats parlementaires, implique une sanction du non-respect du délai. Dès lors, si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé sous trois mois, la question de constitutionnalité doit être transmise au Conseil constitutionnel par leur secrétariat ou leur greffe. ». Rapport n°1898 fait par Jean-Luc Warsmann pour la commission des Lois, déposé le 3 septembre 2009, p. 164, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r1898.pdf>. Cette disposition a d'ailleurs fait l'objet d'une discussion en séance publique avec le Gouvernement, représenté par la Garde des sceaux, qui s'y opposait. Sa teneur souligne bien l'importance qui a été accordée à la question des délais, puisque certains membres de la Commission des Lois, dont son président, ont offert une défense appuyée, et couronnée de succès, de la disposition que leur commission proposait. Voir séance du lundi 14 septembre 2009, JORF n°98 A.N. (C.R) du 15 septembre 2009, p. 7037. La retranscription de la séance est disponible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2008-2009-extra2/20092001.asp>.

942. En effet, les contrôles déclenchés par une saisine obligatoire et ceux déclenchés par une saisine facultative sont assez différents, et cette différence découle précisément des conditions de saisine.

943. Ainsi, le contrôle des lois organiques comme celui des règlements des assemblées n'est pas considéré en doctrine, comme un contrôle contentieux puisque le contrôle obligatoire « *prouve l'absence de volonté, donc l'absence de contestation possible* »¹⁰⁶³. Il n'y a pas de requête accompagnant la saisine qui, d'ailleurs, est qualifiée par l'ordonnance n°58-1067 du 07 novembre 1958 de « lettre de transmission »¹⁰⁶⁴ ; et la fonction de transmettre s'analyse moins comme un pouvoir que comme une « *fonction purement administrative* »¹⁰⁶⁵. En outre, elle se distingue de la saisine facultative puisque celle-ci conduit au « *défèrement* »¹⁰⁶⁶ et non à la transmission, ce qui « *va dans le sens d'une distinction de nature selon les saisines* »¹⁰⁶⁷. Enfin les lettres parlementaires, dans le cadre de la saisine facultative, constituent une requête qui comprend des arguments lesquels, devenus des moyens, mettront le juge dans l'obligation de répondre à chacun d'entre eux¹⁰⁶⁸, ce qui « *modélise la motivation de la décision rendue sur le contrôle d'une loi ordinaire* »¹⁰⁶⁹. Il s'agit bien, pour le Conseil, de se « *prononcer sur une certaine conception de la question de droit telle qu'elle est envisagée par les requérants* »¹⁰⁷⁰. Rien de tel pour le contrôle obligatoire où l'autorité chargée de la transmission se borne la plupart du temps à renvoyer au texte à contrôler et où, de toute façon, le Conseil contrôlera nécessairement l'ensemble des dispositions que ce dernier comprend. Il n'y a donc aucunement litige, même objectif. C'est pourquoi Marcel Waline s'appuyait sur le contrôle des lois organiques pour parler du Conseil Constitutionnel comme d'une juridiction non-contentieuse¹⁰⁷¹, c'est pour cette raison que l'on a pu lire que « *le caractère gracieux du contrôle obligatoire semble pouvoir être acquis* »¹⁰⁷².

944. Cette différence de nature entre les contrôles a elle-même un impact important, déjà rapidement mentionné : la structure de la décision et l'ampleur du contrôle exercé. Dans le cadre du contrôle obligatoire, le contrôle portera en effet toujours sur l'ensemble du texte qui sera jugé en toutes ses dispositions, démarche qui est apparente dans le texte des décisions. Il n'en va pas de même dans le cadre du contrôle facultatif qui, comme on l'a dit, est nettement structuré par la requête saisissant le Conseil. Nous approfondirons cet aspect

¹⁰⁶³ Jan P., « Les recours ordinaires ouverts devant le juge constitutionnel (suite et fin) », LPA, 2000/10, p. 8.

¹⁰⁶⁴ Ordonnance n° 58-1067 du 07 novembre 1958, *op.cit.*, art. 7.

¹⁰⁶⁵ Car J.-C., *op.cit.*, p. 355, circonstance démontrée, selon l'auteur, par « *le fait que le Premier Ministre a pu être remplacé dans cette compétence à deux reprises par le garde des sceaux agissant sur délégation, à propos de deux lois organiques relatives au statut de la magistrature, sans que le Conseil Constitutionnel y trouve à redire [...]* ».

¹⁰⁶⁶ Ordonnance n° 58-1067 du 07 novembre 1958, *op.cit.*, art. 18.

¹⁰⁶⁷ Bezzina A.-C., Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil Constitutionnel, Dalloz, 2012, p. 77.

¹⁰⁶⁸ Obligation à laquelle il s'astreint lui-même, aucun texte ne le lui imposant.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 70.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

¹⁰⁷¹ Dans sa préface aux «Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel », 16^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2011, p. XI-XX. L'exemple a été emprunté à Anne-Charlène Bezzina, *op.cit.*, p. 70.

¹⁰⁷² Bezzina A.-C., *op.cit.*, p. 70.

ultérieurement¹⁰⁷³ ; il est suffisant ici de noter que la nature du contrôle a un impact sur son exercice.

945. Le choix du type de saisine que l'on prendra pour modèle aura donc une influence majeure sur le type de contrôle que l'on envisagera. C'est cette circonstance qu'il faut avoir à l'esprit pour pouvoir choisir le type de saisine que l'on veut.

B : Le choix d'une saisine automatique

946. La systématique de la saisine paraît plus indiquée pour un processus d'initiative populaire (1), et dans ce cadre, la saisine automatique semble l'option la plus raisonnable (2).

1 : Le choix d'une saisine systématique

947. Pour choisir un type de saisine, deux espèces de considérations doivent être abordées : celles tenant au type de saisine probable, celles tenant au type de saisine souhaitable.

948. Quant au type de saisine le plus probable, tout d'abord. Il est assez difficile d'envisager la solution que retiendrait le constituant souhaitant introduire l'initiative populaire. Néanmoins, on peut raisonner à partir d'une procédure existante, à savoir l'initiative partagée. Dans ce cadre, l'intervention du Conseil Constitutionnel, si elle dispose bien d'une assise dans le texte de la Constitution¹⁰⁷⁴, est bornée et organisée par la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 qui introduit de nouvelles dispositions dans l'ordonnance 58-1067 du 07 Novembre 1958¹⁰⁷⁵. L'article 1 de la loi organique n°2013-1114 reprend le caractère systématique du contrôle, déterminé dans la Constitution par l'article 61-1, mais le précise en disposant que « *la proposition de loi est transmise au Conseil constitutionnel par le président de l'assemblée saisie* ». Il s'agit donc d'un contrôle obligatoire puisqu'une autorité est habilitée à « transmettre » la proposition au Conseil Constitutionnel. Enfin, l'article 45-2 de l'ordonnance de 58 définit le périmètre de la compétence du Conseil¹⁰⁷⁶.

949. Il est donc possible d'imaginer qu'une éventuelle procédure d'initiative populaire, reprenant l'architecture générale adoptée pour l'initiative partagée, opérerait pour un contrôle obligatoire du texte des comités. Cette idée est renforcée par les ambiguïtés terminologiques ayant caractérisé le débat parlementaire sur l'initiative prévue au troisième alinéa de l'article 11, et dont on pourrait postuler qu'elles ont contribué à entretenir, dans l'esprit de certains parlementaires, un lien entre l'initiative partagée et l'initiative populaire.

¹⁰⁷³ Cf. *infra* n°248 et s.

¹⁰⁷⁴ Art. 11, al. 4 : « *Les conditions de [la présentation de la proposition de loi] et celles dans lesquelles le Conseil constitutionnel contrôle le respect des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par une loi organique.* »

¹⁰⁷⁵ Art. 45-1 à 45-6, et art. 56.

¹⁰⁷⁶ Et notamment le fait qu'il est amené à contrôler la constitutionnalité de la proposition.

950. Cependant, à y regarder de plus près, il n'est pas si certain que le contrôle de la proposition d'initiative partagée soit sur ce point, transposable tel quel à une procédure d'initiative populaire. La difficulté tient au choix de l'autorité de transmission. En effet, dans le cadre de l'initiative partagée, la désignation de cette autorité était presque naturellement amenée par le processus de déclenchement de la procédure. Celui-ci étant matérialisé par le dépôt du texte et des signatures sur le bureau de l'assemblée concernée, il est effectivement logique que le Président de l'assemblée saisie soit chargé de la transmission. Seulement, il n'y a pas, s'agissant d'une initiative populaire, d'autorité de transmission « naturelle ». Ceci tient à deux facteurs principaux : d'abord, c'est une évidence parce que, s'agissant d'un référendum « d'en bas », il n'y a aucune institution rattachée au déclenchement du processus et donc aucune autorité à qui il serait logique de confier cette prérogative ; ensuite parce que, plus encore qu'un référendum « d'en haut », cette dernière pose des questions d'opportunité : sous-tendue par l'idée qu'il faut créer une voie législative fermée aux représentants et aux institutions de l'Etat, l'initiative populaire pose nécessairement et systématiquement question quant aux pouvoirs confiés à ces institutions dans son déroulement. Il est donc difficile, pour ces raisons, d'établir un parallèle entre initiative partagée et initiative populaire sur ce point. Néanmoins, un aspect doit malgré tout retenir l'attention : la circonstance que la systématisme du contrôle ait été d'emblée retenue par le constituant de 2008. Il n'y a pas eu en effet, dans les débats parlementaires, de discussion notable quant au caractère facultatif ou obligatoire que pourrait avoir le contrôle de la proposition. Ceci n'étant lié à aucune considération juridique mais plutôt à la nature référendaire de la proposition qui a été systématiquement mise en avant par les parlementaires, on peut *a minima* envisager que les mêmes causes produisant les mêmes effets, le contrôle envisagé dans une éventuelle initiative populaire serait de nature systématique. Il est donc possible d'exclure l'hypothèse d'un contrôle facultatif¹⁰⁷⁷.

951. Pourtant, le contrôle facultatif et le contrôle systématique n'impliquent pas exactement la même entrave institutionnelle sur l'exercice du droit de disposer pour la nation. Le second est en effet présenté comme amenant une contrainte plus forte¹⁰⁷⁸ en tant qu'il permet d'anéantir toute velléité d'atteinte aux équilibres institutionnels. Ceci s'explique partiellement par la circonstance qu'il est la seule modalité de contrôle permettant de s'assurer qu'aucune disposition n'échappe à l'examen juridictionnel. Il est connu en effet que, sous l'empire du seul contrôle *a priori* du deuxième alinéa de l'article 61, beaucoup de textes n'étaient pas contrôlés par le Conseil ; et ce, même après l'institution de la saisine parlementaire par la révision de 1974. Logiquement, plus les chances d'échapper au contrôle sont faibles, plus la contrainte qu'il amène est importante et plus le carcan qu'il engendre est étroit. Mais ce phénomène se comprend surtout dans le cadre de l'équilibre des pouvoirs tel qu'il résulte de

¹⁰⁷⁷ Cette solution ne présenterait, par ailleurs, aucun avantage, alors qu'elle comporte de lourds inconvénients, ne serait-ce qu'eu égard aux considérations d'opportunité qui présideraient nécessairement aux décisions de saisine du Conseil.

¹⁰⁷⁸ Voir notamment Jan P., La saisine du Conseil Constitutionnel, L.G.D.J., p. 121. Cet auteur affirme en effet que les recours institutionnels « confirment l'objet pour lequel le Conseil Constitutionnel a été institué : contrôler les élus et leurs activités pour les parlementaires ». Il définit en amont les recours institutionnels comme « [...] permettant de soumettre une question de droit au juge constitutionnel intéressant les institutions politiques, tant s'agissant de leurs élus que de leurs actes ».

la Constitution ; c'est-à-dire de l'organisation de la prépondérance exécutive par le double effet de l'introduction de dispositions visant à interdire l'empiètement du Parlement sur le périmètre de la compétence exécutive, et l'institution d'un ensemble de voies de saisines permettant de saisir le juge constitutionnel pour les faire respecter. Ainsi, les articles 37 al. 2 et 41 de la Constitution, ainsi que les deux premiers alinéas de son article 61 sont des menaces planant au-dessus de ce qui était conçu, en 1958, comme des armes parlementaires¹⁰⁷⁹.

952. Ceci est particulièrement vrai des lois organiques puisque « *l'institution d'un tel mécanisme de contrôle témoigne de la volonté de l'exécutif de se protéger contre les atteintes que pourraient porter à son indépendance et à ses prérogatives les lois organiques qui, parce qu'elles ont pour objet de compléter l'édifice constitutionnel, sont susceptibles d'en modifier l'économie.* »¹⁰⁸⁰.

953. Autrement dit, c'est moins le caractère systématique du contrôle que les dispositions qu'il conduit à faire respecter¹⁰⁸¹ qui expliquent le choix d'un contrôle obligatoire.

954. Il n'est donc pas certain que ce qui valait pour l'équilibre entre le Parlement et le Gouvernement puisse totalement être affirmé pour l'initiative populaire. En effet, le dispositif d'encadrement de l'action législative des comités s'y limite, par définition, au contrôle matériel des dispositions contenues dans le texte ainsi qu'au contrôle de la question. Cela amène effectivement une contrainte quant au périmètre d'action, mais cette contrainte est plus centrée sur la protection des dispositions substantielles de la Constitution que sur celle du champ de compétences du Gouvernement, ou sur la procédure législative car, en toute hypothèse, le législateur populaire serait un législateur ordinaire et ne pourrait donc accéder aux dispositions organiques qui encadrent ces éléments. En conséquence, le contrôle systématique ne ferait pas du Conseil le « défenseur de l'exécutif », mais plutôt celui de l'Etat de droit.

955. En somme, les techniques de rationalisation du parlementarisme seraient, en matière d'initiative populaire, essentiellement axées vers la protection de l'Etat de droit, en ce que l'encadrement du législateur qu'elles entraînent aurait ici surtout vocation à permettre un respect strict par le législateur populaire des protections matérielles mises en place par la Constitution.

956. Par conséquent, les mécanismes existants n'auraient pas, appliqués à l'initiative populaire, nécessairement le même objet que lorsqu'ils sont appliqués aux institutions politiques.

957. Cependant, demeurerait valable un autre aspect problématique de la saisine facultative : son caractère très politique car, comme le soulignait Pascal Jan, « [...] *l'appréciation de déférer une loi aux fins de son examen de constitutionnalité est totalement*

¹⁰⁷⁹ Respectivement la possibilité d'empiéter, par la loi, sur le domaine réglementaire pour les deux premiers cités, celle de modifier certains aspects de la procédure législative pour le troisième, et celle de disposer dans une autre direction que celle voulue par le Gouvernement pour le quatrième.

¹⁰⁸⁰ Boulouis J., « Le défenseur de l'exécutif », *Pouvoirs*, (n°13), 1986, p. 35.

¹⁰⁸¹ Voir en ce sens Pini J., *Recherches sur le contentieux de la constitutionnalité*, Th., Aix-en-Provence, 1997, p. 129.

discrétionnaire »¹⁰⁸² et résulte par conséquent, de considérations d'opportunité. Sachant cela, choisir les autorités de saisine serait une gageure.

958. Le contrôle systématique ne présente pas les mêmes inconvénients. Et puisqu'il est assez probable que le contrôle facultatif serait exclu aussi rapidement qu'il l'a été pour l'initiative partagée, nous pouvons affirmer à partir d'éléments assez solides, qu'il n'y a pas lieu de considérer plus avant ce contrôle comme une hypothèse.

2 : Le choix d'une saisine automatique

959. Reste maintenant à envisager ce qui serait souhaitable entre le contrôle obligatoire, et le contrôle automatique puisqu'il est impossible de déterminer *in abstracto* lequel serait plus probablement sélectionné par un constituant hypothétique.

960. La principale question qui se pose, en opportunité, est d'abord celle du bien-fondé puis celle des conséquences politiques potentielles de l'intervention d'une autorité aux fins de saisine dans le cadre d'une procédure où les interventions institutionnelles doivent être limitées autant qu'il est possible. En effet, comme on l'a déjà dit, le contrôle obligatoire implique une transmission, et donc une action positive. Pour les envisager, on peut s'appuyer d'une part sur les prérogatives existantes de transmission d'un texte au Conseil dans le cadre du contrôle obligatoire, et d'autre part sur l'ordre protocolaire¹⁰⁸³. En considérant que cette responsabilité ne saurait incomber qu'à une autorité nationale, se pourrait être le Président d'une Cour suprême, les présidents des assemblées, le chef de l'Etat, ou éventuellement le Défenseur des droits ou le Président du CESE. Autrement dit, trois types d'autorité : des autorités politiques, des autorités juridictionnelles, des autorités « d'influence ». Aucun de ces trois types d'autorité ne paraît spécialement qualifié pour intervenir dans la procédure, fût-ce pour l'exercice d'une compétence liée.

961. Les autorités politiques posent un problème spécifique, de même nature que celui qui a été évoqué précédemment. Certes, les termes du problème sont assez différents dans la mesure où il ne s'agirait après tout, que d'une compétence liée. Ce dernier point change la nature de la compétence, en ce qu'elle rend la transmission -et donc le contrôle- « *indépendant de toute initiative extérieure traduisant une quelconque stratégie politique* »¹⁰⁸⁴. Néanmoins, la prérogative de transmission n'est pas totalement « neutre » ; il s'agit malgré tout d'une prérogative institutionnelle qui, si elle est exercée par un organe politique, peut susciter la suspicion. Ceci serait surtout problématique si d'aventure l'autorité de transmission ajoutait des arguments constitutionnels à la lettre de transmission, chose qui, si elle ne se pratique pour ainsi dire pas dans le cadre du contrôle des lois organiques, n'est

¹⁰⁸² Jan P., « Déferer une loi au Conseil Constitutionnel, un choix discrétionnaire attaché à la procédure législative », R.D.P. 2001, p. 1655.

¹⁰⁸³ Tel que défini par l'article 2 du décret n°89-655 du 13 septembre 1989 relatif aux cérémonies publiques, préséances, honneurs civils et militaires, JORF du 15 septembre 1989 p. 11648

¹⁰⁸⁴ Boulouis J., « Le défenseur de l'exécutif », Pouvoirs, (n°13), 1986, p. 35. La remarque vaut également pour les règlements des assemblées, *ibid.*, p. 34.

nullement interdite par les textes, l'article 17 de l'ordonnance 58-1067 étant totalement silencieux à cet égard.

962. En outre, en tant qu'elle est une prérogative visant à saisir la juridiction constitutionnelle, elle pose la question de la carence à agir de son titulaire. Il est question cette fois, d'une problématique qui se pose quelle que soit la nature de l'autorité considérée : que se passerait-il si, dans le délai imparti par les textes, l'autorité chargée de transmettre le texte s'en abstenait ? C'est actuellement, certes une « hypothèse d'école », comme le souligne Jean Christophe Car dans sa thèse¹⁰⁸⁵, et il est assez probable qu'en ce cas, le Conseil en viendrait à s'autosaisir, comme le soutient Henri Roussillon¹⁰⁸⁶. Il n'en reste pas moins qu'il n'y a pas de réponse établie à cette question. Il paraît plus sain de se garder, concernant des questions politico-institutionnelles, de nourrir des certitudes à partir de postulats, fussent-ils très solidement étayés : le contexte politique peut, parfois, commander des réponses qui auraient été inenvisageables quelques mois auparavant. Il faut également considérer, comme on l'a vu, que l'autorité de transmission conserve un minimum de marge de manœuvre, *via* le délai de transmission.

963. Dès lors et à ce stade du raisonnement, il est possible au moins affirmer que la saisine obligatoire ne doit être sélectionnée que si elle se présente comme plus avantageuse pour la procédure que la saisine automatique. Or, celle-ci présente peu d'inconvénients. Ne faisant intervenir aucune autorité particulière, elle ne se pose aucune question d'opportunité ou de rapports politiques. Elle n'amène aucune question inédite quant à la carence à l'effectuer puisqu'elle n'implique aucune action positive. Il semble par conséquent plus simple et donc plus avantageux pour la procédure, de prévoir une saisine automatique.

964. Celle-ci pourrait prendre la forme suivante : « le lendemain de l'expiration du délai imparti au Parlement pour l'élaboration d'un contre-projet, le texte de la proposition d'initiative populaire ainsi que, le cas échéant, celui du contre-projet parlementaire, sont transmis au Conseil Constitutionnel ». Lier la transmission du texte des comités à celui du contre-projet est dans la logique de la procédure telle qu'elle a été jusqu'ici conçue puisque l'examen parlementaire est la dernière étape de formation de la question référendaire et des textes auxquels elle renvoie. Par ailleurs, cela permet d'aligner totalement les régimes applicables aux deux textes, ce qui renforce l'idée d'une égalité entre les comités et le Parlement dans la procédure.

965. On opérerait donc pour un contrôle automatique. Il convient dès lors d'aborder plus en profondeur l'impact de ce choix sur la nature du contrôle.

¹⁰⁸⁵ Car J.-C., *op.cit.*, p. 354.

¹⁰⁸⁶ « [...] on peut se demander si le Conseil ne pourrait pas s'autosaisir véritablement en cas de carence évidente du Premier Ministre. ». Roussillon H., « La saisine du Conseil Constitutionnel, contribution à un débat », RIDC, 2002, p. 494.

II : Les conséquences du choix d'une saisine automatique sur la nature du contrôle

966. En l'état actuel du droit, une saisine automatique entraîne une procédure non-contentieuse (A) et intégrale (C), ce qui ne retire rien à sa nature juridictionnelle (B), autant de caractères dont il faut envisager l'impact sur le contrôle exercé.

A : Un contrôle non-contentieux, accomplissement mécanique d'une mission imposée par la Constitution

967. S'il semble que la nature contentieuse du contrôle facultatif *a priori* soit, en droit Français du moins, incertaine¹⁰⁸⁷, il n'en va pas de même du contrôle systématique. Il semble en effet y avoir un certain consensus dans la doctrine pour qualifier ce type de contrôle de contrôle non-contentieux¹⁰⁸⁸. Comme nous l'avons déjà indiqué, cela résulte de l'absence de volonté à l'origine de la saisine. Il en découle l'absence de contestation comme point de départ, et donc l'absence de litige. Puisqu'il n'y a pas de volonté dans la saisine, que celle-ci n'est que le fruit d'une application mécanique des textes, elle est « *l'accomplissement d'une mission imposée par la Constitution* »¹⁰⁸⁹, il ne saurait y avoir de « *tension [ou] de lutte* »¹⁰⁹⁰ à son origine. Plus exactement, la circonstance qu'il y ait ou non une « lutte » en amont de la saisine et relativement au texte contrôlé est sans pertinence quant au déclenchement du contrôle. Or, quelles que soient les définitions retenues pour la notion de litige, il semble admis que celui-ci est au minimum le fruit d'une contestation¹⁰⁹¹. Il est donc établi que, dès lors que la saisine est systématique car imposée par un texte, il n'y a pas contentieux. Il n'y a par conséquent pas non plus de parties¹⁰⁹². Dès ce moment, un contrôle systématique de la requête référendaire dans le cadre d'une initiative populaire serait lui aussi « *un exemple typique de juridiction non-contentieuse* »¹⁰⁹³.

968. Pourtant, même dans le cadre du contrôle des lois organiques, cette présentation, si elle est conforme à la réalité du droit, n'est pas nécessairement apte à décrire la réalité des attentes autour du jugement de constitutionnalité¹⁰⁹⁴ ; en effet, comme on l'a dit, ce n'est pas tant qu'il n'y a pas de litige réel, mais c'est que cette circonstance est sans pertinence. Ainsi, Joseph Pini notait que « *dans les cas de contrôle obligatoire, comme dans le système français,*

¹⁰⁸⁷ Jan P., *op.cit.*, pp. 106-107. L'auteur s'appuie notamment sur les travaux de Louis Favoreu et Georges Vedel.

¹⁰⁸⁸ Voir notamment Car J.-C., *op.cit.*, p. 348. Jan P., *op.cit.*, p. 109. Waline M., *op.cit.*, p. XVI.

¹⁰⁸⁹ Di Manno T., *Le Conseil Constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica-PUAM, 1994, p. 19.

¹⁰⁹⁰ Nous faisons ici référence à Pini J., *op.cit.*, p. 99 : « *à l'origine même du terme [contentieux], on retrouve l'idée de tension et de lutte* ».

¹⁰⁹¹ Pini J., *op.cit.*, p. 99.

¹⁰⁹² Comme le soulignait justement François Luchaire : « *le Conseil, ou plutôt son rapporteur, sollicite les observations du Gouvernement ; mais lorsqu'il s'agit d'une loi organique, il ne peut les communiquer aux requérants, puisqu'il n'y a pas de requérants* ». Luchaire F., « *Les lois organiques devant le Conseil Constitutionnel* », R.D.P., 1992, p. 392.

¹⁰⁹³ Waline M., *op.cit.*, p. XVI.

¹⁰⁹⁴ Ce qui n'est certes pas du tout son objet.

il semble que l'élément litigieux fasse défaut. Toutefois, la fonction vacuatrice du contentieux éventuellement remplie par le Conseil Constitutionnel n'est pas absente, certains éléments pouvant révéler l'existence d'une contestation en amont »¹⁰⁹⁵. Par exemple il est tout à fait possible que le jugement issu du contrôle soit susceptible de léser des intérêts subjectifs ; c'est-à-dire ce que certains individus ou groupements directement concernés par le jugement - on peut penser, pour notre cas, au comité à l'origine du texte- considèrent comme leurs intérêts, et non ce que les textes déterminent abstraitement comme susceptibles de relever de leurs intérêts dans le cadre de l'intérêt à agir comme fondement de la légitimité de la saisine.

969. Cette problématique serait particulièrement valable dans notre hypothèse où l'issue du jugement de constitutionnalité peut conduire à stopper le processus référendaire, aboutissement de la démarche initiée par le comité concerné pour l'atteinte duquel il aurait nécessairement engagé des ressources.

970. Or, ce point est délicat, car de l'absence de contestation naît l'absence de nécessité d'appliquer les dispositions ou principes supralégislatifs imposant le principe du contradictoire, les droits de la défense et leurs corollaires. Plus largement, elle implique également, si on se fonde sur l'état actuel du droit, l'absence de prise en considération formalisée de tout argument de droit ou de fait soutenant ou contestant la constitutionnalité du texte en question¹⁰⁹⁶ ; de sorte qu'une transposition stricte des caractères actuels du contrôle systématique conduirait à ce que les comités ne soient pas mis en mesure de défendre « leur » texte, pas plus d'ailleurs, que les parlementaires ou le Gouvernement s'agissant du contre-projet. Même si le corollaire de cette interdiction serait l'impossibilité symétrique d'argumenter contre le texte en cause, il n'est pas certain que cette solution soit satisfaisante.

971. Il est d'ailleurs possible d'observer, en droit comparé, des solutions divergentes quant à l'application de principes processuels au contrôle de la requête référendaire¹⁰⁹⁷. Ainsi, si en Italie, la procédure comprend indiscutablement une « dose » de contradictoire, il n'en va pas de même en Suisse¹⁰⁹⁸, alors même que dans les deux cas nul litige n'est à l'origine du contrôle qui est systématique et imposé par les textes.

972. A ce stade de l'analyse, il est difficile d'affirmer que la difficulté est réellement cruciale. Ceci dépend en effet d'autres paramètres : le mode d'exercice du contrôle, son résultat... C'est pourquoi il convient, avant d'envisager de statuer sur ce point, d'approfondir encore l'examen du contrôle de la requête référendaire. Il est néanmoins important de garder à l'esprit qu'en l'état du droit, ce contrôle s'exercerait probablement sans procédure contradictoire.

¹⁰⁹⁵ Pini J., *op.cit.*, p. 118.

¹⁰⁹⁶ Ainsi, la lettre de transmission du Premier Ministre, point de départ de la saisine du Conseil aux fins de contrôler une loi organique, ne comprend aucun argument constitutionnel. De même, le Conseil a refusé, dans Cons., const., Déc., n°92-305 DC du 21 Février 1992 « portant loi organique relative au statut de la magistrature », JORF du 29 février 1992 p. 3122, Rec. p.27, que lui soit adressées des requêtes émises par des parlementaires et ayant pour objet d'argumenter contre la constitutionnalité de la loi organique concernée. Il a néanmoins accepté cette même démarche dans Cons., const., Déc., n°2009-579 DC du 09 avril 2009, JORF du 16 avril 2009 p.6530, Rec. p.84, en la qualifiant différemment. Nous y reviendrons.

¹⁰⁹⁷ Fatin-Rouge Stéfanini M., Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle, *op.cit.*, p. 224.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*

B : Un contrôle juridictionnel

973. Le Conseil constitutionnel est une juridiction ou, plus précisément, un organe juridictionnel. Même s'il ne semble plus de nos jours, raisonnable de le contester, il convient de se souvenir que le débat a longtemps été âpre¹⁰⁹⁹ et qu'un rappel peut donc avoir son utilité dans un cadre où sa légitimité pourrait être mise à l'épreuve.

974. Le Conseil constitutionnel est bien une juridiction car, quel que soit le cadre d'exercice de son office, il revêt au moins deux caractères majeurs de l'organe juridictionnel : il apprécie toujours la validité des actes ou faits soumis à son examen « en droit » ; ses décisions sont revêtues de l'autorité de chose jugée en application de l'article 62. al. 2 de la Constitution¹¹⁰⁰. Par ailleurs, le contrôle de constitutionnalité des lois qui constitue le « noyau dur »¹¹⁰¹ de son activité, est toujours exercé en forme juridictionnelle, à savoir que : « *l'appréciation de la constitutionnalité constitue la fin en soi de l'acte qui énonce la sentence ; [qu'elle est] le résultat d'une décision obligatoire, pas seulement d'une interprétation directrice ; [qu'elle est] le fait d'un tiers désintéressé et suffisamment impartial par rapport au litige* »¹¹⁰².

975. Le contrôle qu'il exercerait dans le cadre d'une initiative populaire correspondrait bien à ces critères, puisqu'il jugerait un texte en droit à partir d'énoncés préétablis ; que sa décision aurait pour seule finalité de s'assurer de la conformité de ce texte aux prescriptions dont le dispositif qui l'instaure impose le respect ; le résultat de sa décision s'imposerait à tous, sans qu'il soit nécessaire d'adopter d'autres actes pour que ce point soit respecté¹¹⁰³.

976. Enfin, l'absence de caractère contentieux du contrôle n'est aucunement contradictoire avec son caractère juridictionnel. Là encore, le parallèle avec les contrôles obligatoires du premier alinéa de l'article 61 permet de l'affirmer : le contrôle des lois organiques est, pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-avant, un contrôle juridictionnel. Et il n'est nullement contentieux, comme déjà développé. C'est pourquoi Marcel Waline parlait de « *juridiction non-contentieuse* »¹¹⁰⁴ à propos du Conseil. C'est également pour cette raison

¹⁰⁹⁹ L'on trouvera une liste assez complète de contributions sur ce point dans la thèse de Joseph Pini, *op.cit.*, p. 86, note 244.

¹¹⁰⁰ Pini J., *op.cit.*, p. 87, note 249.

¹¹⁰¹ De Béchillon D., *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Th, Pau, 1993, p. 257.

¹¹⁰² *Ibid.*, p. 257. L'auteur démontre également que le Conseil, singulièrement, répond à ces exigences générales, *ibid.*, pp. 262-266.

¹¹⁰³ Ce dernier point mérite d'ailleurs de s'y attarder quelque peu. En effet, le résultat de la sentence rendue par le Conseil dans notre cadre serait non seulement l'arrêt du processus d'initiative populaire mais également, au moins en cas de censure pour inconstitutionnalité, l'impossibilité de voir adopter ce texte par quelque biais que ce soit, celui-ci ayant été déclaré **définitivement** non-conforme à la Constitution. C'est un aspect fondamental du cadre relationnel qui unit le Conseil et le comité concerné par le contrôle à l'instant T. Ceci peut même s'étendre à des dispositions contenues dans une autre loi, mais ayant un objet analogue.

¹¹⁰⁴ Dans sa préface déjà citée aux Grandes décisions du Conseil constitutionnel, p. XVI.

que Joseph Pini dissocie fermement les notions de « *juridiction constitutionnelle* » et celle de « *contentieux de la constitutionnalité* »¹¹⁰⁵.

977. Ce caractère juridictionnel du contrôle ne pose *a priori* aucun problème par lui-même. En revanche, il renforce la problématique posée par l'absence d'application des garanties processuelles, et notamment du principe du contradictoire, en raison des conséquences attachées à une décision prise en forme juridictionnelle, ayant autorité de chose jugée, *a fortiori* rendue par une juridiction statuant en premier et dernier ressort. En effet, les conséquences concrètes comme symboliques de l'arrêt du processus d'initiative populaire par un acteur tiers peuvent être subjectivement assez mal vécues par les comités ; ce point étant renforcé par l'absence de recours possible contre la décision. C'est d'ailleurs pour cela que l'intervention d'un acteur juridictionnel pour effectuer l'activité de contrôle présente des avantages, en tant qu'elle est susceptible d'apporter un surcroît de légitimité à la décision qui en serait issue.

978. Car le contrôle systématique de la requête référendaire est sur ce point, très différent des contrôles obligatoires du premier alinéa de l'article 61. Ces derniers, en effet, implique un contrôle systématique de normes certes, mais de normes issues d'institutions établies pour participer au processus législatif de manière constante. Ainsi, les lois organiques peuvent avoir été rédigées matériellement par le Gouvernement, être soumises à l'approbation parlementaire qui en devient ainsi l'auteur formel ; le Premier Ministre saisira dans tous les cas le Conseil. Le résultat de cet examen peut être une censure totale de la loi organique ; le Gouvernement et le Parlement remettront leur ouvrage sur le métier et, *in fine*, une norme finira par être issue de ce processus. Il n'en irait évidemment pas de même pour des comités *ad hoc* constitués seulement pour une proposition. Les conséquences concrètes sont donc très différentes.

979. Mais surtout les acteurs faisant agir ces institutions sont sociologiquement proches de leur contrôleur, et bien souvent les différents intervenants se connaissent¹¹⁰⁶. Comme souligné par Guillaume Drago, il n'en résulte nullement un manque d'impartialité dans l'instruction, l'examen ou le jugement¹¹⁰⁷. En revanche, cela conduit à faire « *évoluer le débat constitutionnel dans un cercle trop restreint, qui se connaît trop pour ne pas se comprendre à demi-mot, à demi-considérant [...]* »¹¹⁰⁸. L'absence de contradictoire formalisé ne nuit donc pas à son existence de fait : on se connaît, on se parle. En outre, les individus intervenant ou concernés par ces procédures sont issus ou sont proches de milieux juridiques ; l'absence de

¹¹⁰⁵ Il est difficile d'isoler une page en particulier qui étayerait à elle seule la distinction, car il s'agit d'un aspect important du travail de thèse de l'auteur. Voir donc Pini J., *op.cit.*, pp. 49-110.

¹¹⁰⁶ « *Les membres du service juridique du Conseil, le secrétaire général lui-même, les représentants du SGG, les membres mêmes du Conseil, souvent, sont issus de milieux juridiques et juridictionnels trop proches, issus très souvent de la juridiction administrative [...]* » Drago G., *Contentieux constitutionnel Français*, PUF, 3^{ème} éd., 2011, p. 376. Ainsi, à la date du 29 Octobre 2016, le directeur du secrétariat général du Gouvernement, Conseiller d'Etat, a pris ce poste à l'issue de la fin de ses fonctions au secrétariat général du Conseil. Son directeur-adjoint est un conseiller d'Etat. Le successeur du précité à la direction du secrétariat général du Conseil est conseiller d'Etat, et a par ailleurs été conseiller technique au SGG. Deux membres du Conseil, dont son président, sont d'anciens conseillers d'Etat, et un troisième a occupé de nombreuses fonctions dans les services juridiques de l'Assemblée.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

contradictoire formalisé ne nuit donc pas non plus à la compréhension du processus par une partie de ses acteurs¹¹⁰⁹. Il en irait tout à fait autrement dès lors que la partie la plus intéressée par le déroulé et l'issue du contrôle serait animée par des acteurs très éloignés des cercles dont il est ici question -il y aurait donc moins d'échanges informels- et dont, par hypothèse, on peut supposer qu'ils seraient dépourvus ou très partiellement pourvus de capital juridique¹¹¹⁰. L'absence de contradictoire n'y serait donc pas perçue de la même manière par les acteurs concernés, et n'aurait partant, pas non plus les mêmes conséquences.

980. A ce stade de l'analyse, il est possible de commencer à entrevoir que si les modèles fournis par le droit positif peuvent rejoindre des considérations d'opportunité pour envisager un contrôle efficace, les catégories préexistantes de ce même droit positif amènent une difficulté singulière quant à l'exercice de ce contrôle dans un cadre nouveau pour le juge amené à l'effectuer. En effet, le contrôle juridictionnel est souhaitable, le contrôle systématique également, mais les conséquences de cette « juridiction non-contentieuse » sur la procédure de contrôle de l'initiative populaire peuvent nuire à la procédure toute entière. Cependant, la seule circonstance que la décision du Conseil soit revêtue de l'autorité de chose jugée ne suffit pas à épuiser l'examen des conséquences procédurales du choix d'un contrôle systématique. Il reste encore à aborder les effets de ce choix sur le degré d'intensité du contrôle exercé par le juge.

C : Un contrôle de l'intégralité du texte

981. Si, dans le cadre du contrôle facultatif *a priori*, le Conseil constitutionnel peut soulever moyens et conclusions d'office¹¹¹¹ de sorte qu'il n'est pas tenu par les prétentions des « requérants », il reste que les saisissants peuvent dans les faits, influencer sur les moyens et les dispositions examinés. En effet, le Conseil répond systématiquement aux moyens invoqués à l'appui des lettres de saisine de manière qu'ils influencent non seulement la teneur de la décision -en attirant l'attention sur tel et tel point problématique dans telle et telle dispositions- mais aussi sa structure, et l'instruction qui la précède¹¹¹². Cette simple circonstance donne un certain pouvoir, dans le processus d'examen de la constitutionnalité d'une disposition, à ceux qui l'attaquent comme à ceux qui la défendent, malgré la circonstance que « *le contrôle a priori de constitutionnalité des lois, du fait de l'existence même des techniques de contrôle, est intégral* »¹¹¹³. De façon que si le juge peut potentiellement contrôler l'intégralité du texte, et va souvent au-delà des moyens contenus

¹¹⁰⁹ Encore qu'il faille nuancer : Guillaume Drago développait les propos précités pour souligner précisément combien cela conduit à écarter les parlementaires des débats constitutionnels et, partant, amène leur désinvestissement de la question.

¹¹¹⁰ Sur la possession d'un capital juridique comme facteur favorisant l'accès au droit, voir notamment Bianucci M., « Inégalités dans l'accès au droit », disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.inegalites.fr/spip.php?article400&id_mot=43#nh16.

¹¹¹¹ La distinction, qui sera explicitée dans les développements à venir, est issue du travail de Di Manno T., Les moyens et conclusions soulevés d'office, *Economica-PUAM*, 1994, p. 11.

¹¹¹² Bezzina A.-C., Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel, *Dalloz*, 2014, p.

108

¹¹¹³ Verpeaux M., préface à Bezzina A.-C., *op.cit.*, p. XX.

dans les saisines ou des dispositions qu'elle vise, l'étendue de son contrôle reste en partie contingentée par la saisine.

982. Il n'en va pas de même dans les contrôles systématiques puisqu'il n'y a pas de moyens auxquels répondre. Le juge est saisi de l'intégralité du texte, non pas seulement au sens où il peut examiner tout le texte, mais au sens où il est tenu de le faire effectivement et systématiquement. La différence réside donc non pas sur l'étendue possible du contrôle, mais sur son étendue réelle, effective.

983. Il en résulte un pouvoir plus grand du juge dans le contrôle systématique, ou en tous cas plus visible (1), mais également une différence quant aux effets de la décision (2).

1 : Un contrôle sans moyens

984. Il faut d'abord s'assurer que le caractère systématique du contrôle est bien le fondement de l'étendue de ce même contrôle. Pour ce faire, il faut s'assurer qu'il y a bien à cet égard, une différence entre le contrôle systématique et le contrôle facultatif, et voir de quoi elle découle.

985. Selon Jean-Christophe Car, l'étendue du contrôle des lois organiques n'a « *suscité aucune controverse ou discussion en doctrine. Il a été admis sans hésitation que le contrôle exercé par le Conseil Constitutionnel sur les lois organiques est global* »¹¹¹⁴. Le même auteur note plus loin que « *l'explication de cette unanimité provient sans doute du caractère obligatoire de la saisine du Conseil Constitutionnel pour toutes les lois organiques. La Haute-Juridiction a en tenu à indiquer que la même solution s'appliquait aux règlements des assemblées parlementaire* »¹¹¹⁵.

986. De nombreux indices qu'il serait inutile de citer ici¹¹¹⁶ vont dans le même sens: le caractère obligatoire du contrôle emporte nécessairement comme conséquence que celui-ci s'exerce sur l'intégralité du texte concerné¹¹¹⁷. La solution paraît logique, dans la mesure où il n'y a pas de saisine au sens strict comme point de départ de l'examen : l'ordonnance n°58-1067 parle en effet de « lettre de transmission » alors que son article 18, relatif à la saisine parlementaire, parle de « lettres » dont le Conseil est « saisi »¹¹¹⁸. Le Conseil en tire les conséquences puisqu'il refuse toute requête parlementaire venant s'ajouter à la lettre de

¹¹¹⁴ Car J.-C., *op.cit.*, p. 359.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, p. 360. La décision auquel l'auteur fait référence est Cons., const., Déc., n°59-1 DC du 14 Mai 1959, JORF du 17 mai 1959 p. 5093, Rec. p. 57.

¹¹¹⁶ L'on en trouvera une recension assez importante dans la thèse, de M. Car *op.cit.*, pp. 359-362.

¹¹¹⁷ Bezzina A.-C., Les questions et moyens soulevés d'office par le Conseil Constitutionnel, Dalloz, 2014, p. 71.

¹¹¹⁸ Sur cet argument, voir également Bezzina A.-C., *op.cit.*, pp. 70-71.

transmission¹¹¹⁹ et qu'il contrôle systématiquement toutes les dispositions de la loi organique soumises à son examen¹¹²⁰.

987. Mais en quoi ce contrôle intégral est-il différent du contrôle facultatif *a priori* des lois ordinaires ? Car, comme on l'a dit, ce dernier est aussi intégral, exercé « *sur la totalité du texte quelle que soit la motivation* »¹¹²¹ puisque les requêtes ne sont pas « *des demandes introductives d'instance, elles ne délimitent ni l'objet ni la cause du litige qui est immuablement fixé à la totalité de la loi par rapport à la totalité de la Constitution* »¹¹²². Là aussi, de nombreuses conséquences sont attachées à ce caractère : impossibilité pour les saisissants de retirer la lettre de saisine¹¹²³, recevabilité des saisines « blanches » dont il découle « *l'absence de nécessité juridique d'une motivation* »¹¹²⁴...

988. En outre, l'étendue de ce contrôle semble aussi découler de la « *particularité de la saisine* »¹¹²⁵ en ce que les textes qui la fondent ne prévoient nullement d'obligation de motivation ; il s'ensuit que le juge ne saurait être tenu par les arguments éventuellement contenus dans la lettre de saisine.

989. C'est précisément dans ce dernier point que réside la différence entre les deux contrôles. En effet, dans le cadre du contrôle facultatif des lois ordinaires, le juge peut aller au-delà des questions soulevées par les saisissants -et donc examiner la constitutionnalité d'une ou plusieurs dispositions non-visées par l'acte de saisine- ou envisager d'autres moyens que ceux qu'ils invoquent. Mais il ne le fait pas systématiquement. C'est d'ailleurs pour cela que l'on a pu s'interroger sur la « *signification des moyens et conclusions soulevés d'office* »¹¹²⁶. Garant du respect de la Constitution, le Conseil use de son droit à dépasser le cadre de la saisine de façon rationnelle et non-systématique¹¹²⁷. Cette différence est essentielle et peut se mesurer à l'aune d'une de ses conséquences pratiques : dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi ordinaire, le juge ne vise pas dans les motifs de sa décision l'ensemble des dispositions de la loi, pour la bonne raison qu'il ne les a pas toutes examinées, la plupart du temps. Or il s'agit, comme déjà indiqué, d'une démarche qu'il accomplit dans le cadre du contrôle des lois organiques¹¹²⁸.

¹¹¹⁹ Notamment dans Cons., const., Déc., n°92-305 DC du 21 Février 1992 *op.cit.*

¹¹²⁰ Pour un exemple, voir Cons., const., Déc., n° 2015-724 DC du 17 décembre 2015, loi portant « dématérialisation du Journal Officiel de la République Française », JORF du n°0297 du 23 décembre 2015 p. 23807.

¹¹²¹ Bezzina A.-C., *op.cit.*, p. 92.

¹¹²² Bezzina A.-C., *op.cit.*, p. 91.

¹¹²³ Cons., const., Déc., n°96-386 DC du 30 Décembre 1996, « Loi de finances rectificative pour 1996 », JORF du 31 décembre 1996 p. 19567, Rec. p. 154. Voir *ibid.*, p. 94.

¹¹²⁴ *Ibid.*, p. 104.

¹¹²⁵ *Ibid.*, p. 99.

¹¹²⁶ Di Manno T., *op.cit.*, pp. 99-170. Anne-Charlène Bezzina accomplit une démarche similaire. Il est difficile de cibler des passages de son travail en particulier, tant la question en irrigue de nombreux développements.

¹¹²⁷ L'on ne saurait trop insister cependant sur la complexité de cette question. Cette seule affirmation, bien trop synthétique, mériterait probablement d'être discutée. L'on ne peut, là encore, que renvoyer aux travaux effectués sur ce point, et notamment à ceux de Thierry Di Manno et Anne-Charlène Bezzina.

¹¹²⁸ Il faut signaler qu'il n'a pas toujours procédé ainsi. Sur l'évolution de la structure des décisions rendues dans le cadre du contrôle des lois organiques, voir Car J.-C., *op.cit.*, pp. 366-371. Sur l'examen intégral des dispositions du texte dans le cadre des contrôles obligatoires, voir Bezzina A.-C., *op.cit.*, p. 243.

990. Les deux contrôles sont donc tous deux intégraux, mais la portée de ce caractère est variable dans le cas du contrôle des lois ordinaires, stable et maximale pour le contrôle obligatoire. Ce qui n'est qu'une présomption d'examen, voire une « fiction »¹¹²⁹ dans le contrôle facultatif est une réalité pérenne dans le contrôle obligatoire.

991. Il faut cependant nuancer cette différence entre le contrôle obligatoire et le contrôle facultatif, car il a été noté que le juge constitutionnel a pu montrer une certaine tendance à les rapprocher¹¹³⁰.

992. Ainsi, et comme relevé par Anne-Charlène Bezzina, le juge a admis, dans sa décision n° 2009-579 DC du 09 avril 2009, « *s'enrichir, durant la période d'instruction, de la lettre de saisine des parlementaires qu'il a considérée comme des observations* »¹¹³¹ qu'il juge recevable, alors qu'il s'y était refusé dans la décision n°92-305 DC. Seulement, comme le note cet auteur, cela s'explique par le fait qu'il considère cette lettre comme de simples observations et non comme une lettre de saisine. Or, c'était précisément parce qu'il considérait ces lettres comme une saisine parallèle qu'il avait rejeté en 1992, la démarche des parlementaires¹¹³². Jean-Christophe Car notait d'ailleurs que si le Conseil avait bien voulu considérer la démarche des parlementaires pour ce qu'elle était, à savoir « *un complément à la lettre du Premier Ministre* »¹¹³³, la solution eût pu être différente. Il s'agit donc effectivement d'un « *changement de jurisprudence* »¹¹³⁴ mais au sens strict, c'est-à-dire un affinement qui ne va pas jusqu'au revirement : le principe est maintenu, son application est modifiée en profondeur. Le fondement principal proposé par la doctrine pour expliquer la différence d'exercice de contrôle entre les deux alinéas de l'article 61 n'est donc pas modifié : le caractère obligatoire du contrôle, en ce qu'il fonde une différence entre les saisines, entraîne également une différence de l'étendue du contrôle exercé¹¹³⁵.

993. Celle-ci existe donc bel et bien et découle en effet de leur différence de nature, elle-même issue des différences entre les modalités de saisine. Il faut cependant préciser que ceci n'est pas seulement le produit de l'application mécanique d'un régime à une procédure à raison de la nature de celle-ci, mais aussi celui des conséquences de cette nature sur les conditions d'examen du texte à contrôler. En effet, aucune question de constitutionnalité ne

¹¹²⁹ Bonnet J., « Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois : analyse critique d'un refus », Dalloz, 2009, p. 149, cité par Bezzina A.-C., *op.cit.*, p. 237..

¹¹³⁰ Bezzina A.-C., *op.cit.*, p. 77.

¹¹³¹ Bezzina A.-C., *op.cit.*, p. 78.

¹¹³² Cons. const., Déc., n°92-305 DC du 21 février 1992, *op.cit.*, cons. 2 : « *Considérant que pour les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques, la transmission obligatoire du texte au Conseil constitutionnel effectuée en application des dispositions précitées est exclusive de toute autre procédure ; qu'elle fait ainsi obstacle à ce que le Conseil constitutionnel puisse être saisi d'une loi organique sur le fondement du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution* ».

¹¹³³ Car J.-C., *op.cit.*, p. 365.

¹¹³⁴ Bezzina A.-C., *op.cit.*, p. 77.

¹¹³⁵ Il reste néanmoins que, concrètement, le changement de régime du contrôle obligatoire est réel, comme en témoigne le fait que le Conseil ait permis au Gouvernement de répondre aux observations des députés, dans Cons. const., Déc., n°2009-579 DC du 9 avril 2009 *op.cit.*. Le fait que le Conseil ait accepté que des parlementaires lui transmettent leurs observations permet donc d'établir une sorte d'ébauche d'échanges autour de la question de constitutionnalité du texte déferé par la voie de la saisine obligatoire. Nous y reviendrons.

sera soulevée devant le Conseil¹¹³⁶ à l'encontre du texte qu'il a à contrôler sur le fondement du premier alinéa de l'article 61, de sorte que pour s'assurer de la conformité du texte concerné à la Constitution, le Conseil ne dispose que de très peu d'éléments à même de guider son office. Il est donc contraint d'examiner l'intégralité du texte systématiquement. Il en irait donc nécessairement de même dans le cadre de notre hypothèse, sauf à aménager un régime spécifique.

994. Or, cet examen intégral n'est pas sans conséquences concrètes. En effet, il a pour résultat la circonstance que le contrôle est un contrôle d'office, dans son entièreté. Le juge, en quelque sorte, « fait les questions et les réponses » : il soulève les questions, formule les moyens, et tranche. Les comités n'auraient donc qu'une influence très limitée sur la procédure, à partir du moment où, si l'on suit le modèle des contrôles obligatoires existants, ils pourraient à peine formuler des observations. Il s'agit d'un point dont il est difficile de prédire les conséquences subjectives. Néanmoins, étant considéré le caractère presque saugrenu de l'absence de formalisation de la procédure de contrôle obligatoire si on l'envisage appliquée à une instance impliquant de « simples » individus, on peut postuler que ces conséquences seraient au moins négatives.

995. Par ailleurs, la formalisation d'une discussion contradictoire n'a pas pour seul intérêt de permettre aux parties d'être entendues, ou de s'être senties entendues. Elle améliore également la qualité de l'instruction comme du jugement¹¹³⁷, et partant, de la décision rendue¹¹³⁸.

996. Ces affirmations sont renforcées dans le cas d'un contrôle portant nécessairement sur l'intégralité du texte soumis à l'examen du juge. Il implique une forme de vigilance renforcée de la part de ce dernier, dans la mesure où il ne dispose que de très peu d'éléments susceptibles de faciliter le jugement, alors même qu'il a potentiellement plus de travail d'analyse et d'interprétation à fournir. Le juge constitutionnel paraît d'ailleurs en avoir conscience puisqu'il semble adopter des positions différentes selon que les saisines sont motivées ou non. Notamment, les décisions rendues sur saisines blanches seraient plus courtes, et l'examen du texte en litige moins poussé, de sorte que le juge refuse de délivrer un « brevet de constitutionnalité »¹¹³⁹ tout en autorisant la promulgation¹¹⁴⁰.

¹¹³⁶ A l'exception, dorénavant, du cas où des parlementaires lui transmettent leurs observations, mais l'on conviendra qu'il s'agit là d'une exception dont la portée concrète reste limitée : ces observations s'apparentent plus à celles effectuées par la voie de la « porte étroite » qu'à une saisine motivée.

¹¹³⁷ « *Le contradictoire cesse progressivement d'être perçue comme un instrument de défense des seuls intérêts subjectifs en litige, pour se dévoiler progressivement comme un outil de qualité de la décision, desservant une fonction objective de régulation de la complexité* ». Idoux P., « La contradiction en droit constitutionnel français », communication au VIème Congrès de l'AFDC tenu à Montpellier les 9, 10 et 11 Juin 2005. Du même auteur voir également « Vers un redéploiement de la contradiction en droit administratif français », AJDA, 2009, p. 637 et s. Voir aussi, et notamment, Connil D., *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2012, p. 39 ; Schrameck O., « Quelques observations sur le principe du contradictoire », *in*. Mélanges Braibant, Dalloz, 1996, p. 629 ;

¹¹³⁸ Bezzina A.-C., *op.cit.*, p. 249. Di Manno T., « Chronique de jurisprudence du Conseil Constitutionnel, RFDC 1996, p. 359.

¹¹³⁹ Cons., const., Déc., n°2011-630 DC du 26 Mai 2011, « Loi relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016 », JORF du 2 juin 2011 p. 9553, Rec. p. 249.

¹¹⁴⁰ Bezzina A.-C., et Verpeaux M., Carton rouge pour les saisines blanches, JCP 2011, (n°35), pp. 1497-1498.

997. Ces affirmations seraient renforcées dans le cas d'un texte intervenant dans le domaine de la loi ordinaire. En effet, les lois organiques sont souvent des textes relativement brefs, comparativement à certaines lois ordinaires. Or, contrôler intégralement un texte long est plus complexe et implique une plus grande probabilité d'imprécisions, voire d'erreurs, qu'un texte plus ramassé. Nous pouvons d'ailleurs voir un indice de ce phénomène dans la persistance de la délivrance d'un « brevet de constitutionnalité » aux textes très courts, alors même que cette pratique a été abandonnée pour l'essentiel¹¹⁴¹. En outre, dans le cadre des contrôles obligatoires existants, le juge dispose malgré tout d'un matériau permettant de tirer des enseignements, des indices ou des pistes quant à la constitutionnalité de telle ou telle disposition : les travaux parlementaires¹¹⁴². Il n'en serait pas de même dans notre hypothèse.

998. Ainsi, le caractère intégral du contrôle renforce les difficultés posées par le choix d'un contrôle systématique quant à sa conséquence majeure : l'absence de garanties processuelles, notamment quant aux exigences relatives à l'organisation d'un échange contradictoire. Un mouvement inverse de celui que l'on peut constater en analysant les effets attachés aux décisions rendues dans le cadre de ce type de contrôle.

2 : Les effets sur l'autorité de la décision rendue

999. L'autorité de la décision¹¹⁴³ rendue obéit au même principe quelle que soit la nature du contrôle qui en est à l'origine : ne sont revêtues de l'autorité de chose jugée que les dispositions sur lesquelles le Conseil a expressément statué dans les motifs et qui sont visées dans le dispositif¹¹⁴⁴.

1000. Mais cette similarité s'arrête au plan des principes pour diverger dans la portée concrète de la décision et ce, en raison de la systématisme du contrôle intégral des normes concernées par le contrôle obligatoire. Il s'agit là de la conséquence mécanique de l'affirmation précédente : dès que toutes les dispositions examinées dans les motifs sont couvertes par le « considérant-balai », comme le souligne Marc Guillaume¹¹⁴⁵, elles

¹¹⁴¹ Sur ce point voir Bezzina A.-C., *op.cit.*, pp. 237-249.

¹¹⁴² L'on peut citer, en s'appuyant sur les travaux d'Anne-Charlène Bezzina, Cons., const., Déc., n°2011-630 DC du 26 Mai 2011 *op.cit.*, dans laquelle, saisi par saisine blanche de la loi relative au championnat d'Europe de football de l'UEFA, il juge, au troisième considérant : « *Considérant, d'autre part, que les requérants n'invoquent aucun grief à l'encontre de ce texte ; qu'au demeurant, aucun motif particulier d'inconstitutionnalité ne ressort des travaux parlementaires ; qu'il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, d'examiner spécialement ces dispositions d'office.* ». Comme souligné par l'auteur précité « *la décision semble enseigner que ces derniers sont l'une des premières références choisies par le juge pour relever d'office* » (*op.cit.*, p. 312). Si l'affirmation est formulée dans le cadre de l'analyse d'une décision rendue sur une loi ordinaire, l'on peut penser qu'elle vaut *a fortiori* pour les contrôles obligatoires, comme d'ailleurs *Car J.-C.*, l'affirme, dans sa thèse *op.cit.*, pp. 366-367.

¹¹⁴³ Nous empruntons la terminologie à Anne-Charlène Bezzina, *op.cit.*, p. 200.

¹¹⁴⁴ Guillaume M., « La question prioritaire de constitutionnalité », *Just. et cass.*, 2010, p. 290. Bezzina A.-C., *op.cit.*, pp. 233-234. Connil D., « L'étendue de la chose jugée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité : observations dubitatives sur l'état de la jurisprudence », *RFDA*, 2011, p. 742. Dutheillet de Lamothe O., in G. Drago (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Dalloz, 2007, p. 202.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

bénéficient du fameux « brevet de constitutionnalité »¹¹⁴⁶, et sont donc juridiquement sécurisées. Par conséquent, elles ne peuvent faire l'objet d'une QPC, sauf changement de circonstances¹¹⁴⁷.

1001. S'agissant d'une procédure d'initiative populaire, cela présenterait un grand intérêt en offrant une solution à la question du statut contentieux d'une éventuelle loi qui en serait issue. En effet, en l'état actuel de sa jurisprudence, et comme déjà indiqué, le Conseil refuse de contrôler une loi référendaire, c'est-à-dire celles « adoptées par le Peuple français par la voie du référendum »¹¹⁴⁸. Il en irait donc logiquement de même avec la loi adoptée par voie référendaire à l'issue d'un processus d'initiative populaire. Une éventuelle décision d'irrecevabilité ne poserait pas plus de difficultés que celles résultant déjà de cette ligne jurisprudentielle¹¹⁴⁹. Mais les effets du contrôle systématique suppriment les difficultés sur ce point. Systématiquement contrôlées dans les motifs et le dispositif d'une décision juridictionnelle, les lois issues de l'initiative populaire seraient à la fois conformes à la Constitution et sécurisées juridiquement ; ce qui bénéficierait tant aux auteurs du texte qu'au Conseil, tout en s'assurant d'un respect, par les textes présentés sur ce fondement, des prescriptions constitutionnelles.

1002. Cette analyse ne vaut évidemment que pour l'autorité de la décision de conformité. Deux autres hypothèses doivent être envisagées.

1003. L'autorité de la décision de conformité sous réserves, tout d'abord. Cette hypothèse ne pose pas de problème singulier, au sens où la nature du texte contrôlé n'emporte aucune conséquence particulière¹¹⁵⁰. On peut simplement souligner que les juridictions ordinaires -principales concernées par la question- semblent faire une interprétation assez restrictive de l'autorité de la décision de conformité sous réserves puisqu'elles « considèrent que l'article 62 s'applique aux réserves d'interprétation émises directement sur la loi déferée au Conseil constitutionnel »¹¹⁵¹. Elles font ainsi fi de la portée que le Conseil donne à l'autorité de ses décisions.

¹¹⁴⁶ Bezzina A.-C., *op.cit.*, pp. 242-243, préc.

¹¹⁴⁷ En application de l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 du 07 Novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, JORF du 9 novembre 1958 p. 10129.

¹¹⁴⁸ Cons., const., Déc., n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, JORF du 27 avril 2014 p. 7360.

¹¹⁴⁹ Bien que cela pourrait les rendre plus aigües, dans la mesure où le nombre de lois référendaires pourrait significativement augmenter si, d'aventure, une procédure d'initiative populaire venait à être adoptée.

¹¹⁵⁰ Sur la typologie des réserves d'interprétation, voir Drago G., *Contentieux constitutionnel français*, 3^{ème} éd., 2011, pp. 604-612. Sur la réception de ces réserves avant l'instauration de la QPC, voir la contribution très complète de Marc Guillaume, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », NCCC, 2011, (n° 30), disponible en ligne :

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-30/l-autorite-des-decisions-du-conseil-constitutionnel-vers-de-nouveaux-equilibres.53164.html>. Sur les légères évolutions depuis l'instauration de la QPC, voir Disant M., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », NCCC, 2013/2, (n°39), pp. 306-316..

¹¹⁵¹ Guillaume M., *op.cit.* Pour être plus complet, nous pouvons également citer le passage suivant, issu de la même source : « [...] l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel ne s'impose, aux yeux du Conseil d'État et de la Cour de cassation, que lorsque ceux-ci font application du texte même qui a été déferé au Conseil constitutionnel. Par hypothèse, le texte est alors conforme à la Constitution, faute de quoi il aurait été censuré. C'est donc la qualification juridique retenue par le Conseil constitutionnel qui s'impose, à moins que ce ne soit

1004. En effet, celui-ci donne à ses décisions de non-conformité une portée assez grande puisqu'il considère « *que si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d'une loi ne peut en principe être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution.* »¹¹⁵². Là encore, il n'y aurait pas d'impact singulier sur notre procédure. Il faut cependant attirer l'attention sur le fait que cela permet d'établir une jurisprudence assez lisible, et donc prévisible. Ce qui renforce également la portée de la décision rendue, puisque son autorité se comprend aussi de façon « matérielle »¹¹⁵³.

1005. Au bilan, le contrôle systématique renforce la sécurité juridique du texte issu de l'initiative populaire. Cette conséquence résulte de l'examen intégral réel des textes contrôlés dans ce cadre, lequel résulte de la nature systématique du contrôle, qui lui-même a été conçu comme un avatar du parlementarisme rationalisé.

1006. Le caractère systématique du contrôle, en tant qu'il permet un contrôle juridictionnel non-contentieux détermine le cadre : systématique, intégral, définitif. Il détermine donc également les effets proprement institutionnels du contrôle. Effectivement il a pour conséquence :

- La circonstance que la conformité du texte aux prescriptions constitutionnelles est systématiquement contrôlée. Ce qui permet de s'assurer que les équilibres découlant de l'agencement institutionnel de la Vème République d'une part, et les choix de répartition matériels de compétence - on pense à la constitutionnalisation des droits fondamentaux- du constituant d'autre part, ne soient pas atteints par l'initiative populaire.
- La circonstance que le texte est contrôlé dans son entièreté, ce qui permet de s'assurer de l'atteinte systématique de l'objectif susmentionné.

1007. Sur ces deux points, on notera le poids de l'intention à l'origine du premier alinéa de l'article 61 sur les effets produits par cette disposition. Il faut noter ici la compatibilité de la V^e République avec un dispositif d'initiative populaire. Elle découle du carcan dans lequel le législateur parlementaire s'y trouve maintenu, puisque le dispositif de contrôle en question a été pensé, précisément, pour empêcher toute atteinte aux équilibres institutionnels par le Parlement. Si l'on reste dans une optique d'intégration à logique institutionnelle constante, ce cadre doit donc être conservé.

1008. D'un autre côté, il produit aussi des effets sur les acteurs intéressés par la décision. Au premier rang desquels les comités. En effet, le contrôle systématique est, de tous les types de contrôle, celui qui exclut le plus les destinataires de tous les stades du processus

le sens d'une réserve qu'il aurait émise. Encore la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation distingue-t-elle selon les réserves d'interprétation. ».

¹¹⁵² Cons., const., Déc., n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, « Loi portant amnistie », JORF du 11 juillet 1989 p. 8734, Rec. p. 48, cons. 13. Sur ce point, voir Bezzina A.-C., *op.cit.*, p. 204.

¹¹⁵³ *Ibid.*

juridictionnel. Même en envisageant la possibilité de présenter ses observations, comme l'a autorisé le Conseil pour les parlementaires dans le cadre du contrôle des lois organiques¹¹⁵⁴, le déroulé de la procédure de contrôle juridictionnel pourrait s'avérer très frustrant pour les comités. Leur texte se transmettrait automatiquement au Conseil Constitutionnel et ils n'auraient, une fois ceci fait, aucun accès au processus de jugement. Celui-ci se déroulerait donc dans le secret des murs du Palais-Royal, jusqu'à la communication de la décision. Les comités ne pourraient par conséquent que l'accepter, sans avoir jamais été associés au jugement, et sans avoir jamais reçu progressivement d'éléments à même de faciliter leur acceptation de son résultat.

1009. Il en va de même des parlementaires ou du Gouvernement dans le cadre du contrôle des lois organiques ou des règlements des assemblées. Mais ce sont des acteurs incarnant des institutions permanentes et de ce fait, dans une position structurellement différente des comités puisqu'ils peuvent agir sur le processus décisionnel par d'autres moyens.

1010. Les effets produits ne sont par conséquent pas les mêmes : ce que les acteurs du contrôle des lois organiques peuvent intégrer sans réagir, les comités ne le peuvent pas ou, à tout le moins, il semble plus raisonnable de postuler qu'ils ne le pourraient pas.

1011. Or, c'est là se priver de l'une des grandes forces de la procédure juridictionnelle, et cela serait susceptible d'entraîner d'autres effets qui, par ricochet, pourrait atteindre le régime lui-même.

1012. Nous pouvons fonder ce postulat sur les travaux de Nicklas Luhmann. Il a, en effet, particulièrement bien fait ressortir la fonction légitimatrice d'une procédure juridictionnelle « normale »¹¹⁵⁵ en tant que telle, laquelle, selon lui et pour synthétiser une démonstration qui s'étale sur une cinquantaine de pages, vise à éviter que « *les ressentiments qui se déploient* »¹¹⁵⁶ ne « *s'institutionnalisent* »¹¹⁵⁷. Autrement dit, un risque qui n'existe pas dans le cadre du contrôle du premier alinéa de l'article 61 puisque le niveau de ressentiment des acteurs est limité par les fruits qu'ils tirent de leur position institutionnelle.

1013. Si, encore une fois, l'exploitation que l'on peut ici faire de ses travaux demeure très limitée, nous pouvons nous appuyer sur trois points.

1014. D'abord, celle-ci permet de matérialiser aux yeux des participants à l'instance, le juge comme un tiers impartial, arbitre des arguments soulevés devant lui. L'échange formalisé des arguments entre deux parties, les demandes de précision formulées par le juge, l'information obligatoire lorsqu'il soulève d'office un moyen, sont autant d'éléments manifestant son statut de tiers. Ce point est essentiel, car l'impartialité perçue est l'élément clé permettant la collaboration des acteurs¹¹⁵⁸ concernés, directement ou non.

¹¹⁵⁴ Cons., const., Déc., n° 2009-579 DC du 09 avril 2009 *op.cit.*

¹¹⁵⁵ C'est-à-dire comprenant une dose standard de contradictoire.

¹¹⁵⁶ A savoir les ressentiments des acteurs générés par la décision juridictionnelle.

¹¹⁵⁷ C'est-à-dire d'éviter qu'ils ne trouvent une « résonance sociale ».

¹¹⁵⁸ « [...] le protocole doit mettre un soin particulier à ce que le juge ou le tribunal paraisse le plus impartial possible. Ce n'est qu'à ce titre qu'on peut obtenir la collaboration des individus au procès ». Lukas K. Sosoe,

1015. Ensuite, une telle fermeture de son prétoire aux comités ne peut manquer de créer une sorte de « mystère de la décision » lié à l'absence de la préparation progressive au prononcé de la décision que permettent les diverses modalités d'information aux parties observables dans les procès classiques¹¹⁵⁹. Nicklas Luhmann affirme ainsi « *qu'un tribunal qui ne réclame des participants que les quelques informations dont il ne dispose pas encore et qui, à la surprise de ceux-ci, décide d'après sa propre compréhension, ne tire pas profit des chances de légitimation qu'offre une procédure* »¹¹⁶⁰.

1016. Enfin, la procédure « normale » permet d'intégrer les parties au procès¹¹⁶¹.

1017. La conjugaison de ces trois éléments -notamment- permet d'après Luhmann, de maintenir chez les parties, un certain degré d'incertitude quant à l'issue de la procédure, ce qui lui est indispensable pour remplir sa fonction de légitimation. Cette dernière permet non pas « l'acceptation de la décision » qui ne saurait jamais être totale, mais la protection du « *système social contre les conséquences du choix d'une solution psychique pour le traitement de ce fait qu'est la décision* »¹¹⁶² ; c'est-à-dire, selon Lukas K. Sosoe que « *le choix ne doit trouver aucune résonance sociale, les ressentiments qui se déploient ne doivent trouver aucun moyen de s'institutionnaliser ou de se généraliser* »¹¹⁶³. La légitimation par la procédure n'est donc pas la légitimation par la décision, mais par les conditions procédurales concrètes dans lesquelles elle a été rendue ; elle n'a pas pour destinataire principal les acteurs du « procès », mais l'ensemble du corps social.

1018. On le voit, l'ensemble du propos n'est valable qu'à condition que la procédure organise un procès, donc impliquant des parties. La procédure de contrôle systématique du premier alinéa de l'article 61 n'est aussi peu formalisée que parce que, précisément, il n'y a pas de parties. Et il n'y en aurait pas non plus, à proprement parler, dans notre hypothèse, puisqu'il n'y aurait pas de conflit, de litige. Seulement, il y aurait malgré tout un groupement intéressé, et potentiellement toute une opinion publique comme spectatrice, de telle façon qu'une éventuelle « institutionnalisation du ressentiment » des acteurs pourrait produire des effets sur la vie publique de la nation, ce qui est en soi, un effet institutionnel indirect.

1019. Le droit positif trouve ainsi une limite, du fait de la singularité de la procédure d'initiative populaire. Il faut dire que sa particularité principale¹¹⁶⁴ n'était indubitablement pas une situation envisagée par les rédacteurs de l'article 61.

synthétisant la pensée de Nicklas Luhmann sur la fonction de légitimation remplie par la procédure dans le cadre judiciaire. Préface à Luhmann N., *La légitimation par la procédure*, Presses de l'Université Laval, 2001, p. XLI.

¹¹⁵⁹ L'on peut par exemple mentionner l'article R711-3 du Code de Justice Administrative qui dispose « *si le jugement de l'affaire doit intervenir après le prononcé de conclusions du rapporteur public, les parties ou leurs mandataires sont mis en mesure de connaître, avant la tenue de l'audience, le sens de ces conclusions sur l'affaire qui les concerne.* ».

¹¹⁶⁰ Luhmann N., *op.cit.*, p. 111.

¹¹⁶¹ *Ibid.* : « *la coopération de ceux qui, le cas échéant, sortent perdants possède une importance particulière en ce qui concerne la confirmation des normes, leur établissement à titre de prémisses comportementales contraignantes et personnellement engageantes* ».

¹¹⁶² *Ibid.*, p. 116.

¹¹⁶³ *Ibid.*, préf., p. XL.

¹¹⁶⁴ Le déclenchement d'une procédure législative par des individus non-sélectionnés en amont.

1020. Cependant, s'il s'agit d'une limite à notre intuition de départ, il est difficile à ce stade de l'analyse de discerner sa mesure. S'il s'avérait qu'elle concerne un aspect détachable du contrôle systématique, le constat en découlant ne serait pas le même que si l'on devait envisager un autre type de contrôle, du fait du *hiatus* indépassable créé par le choix de ce type de contrôle.

1021. Le bilan est donc plus nuancé que lors des étapes précédentes de l'analyse, et il est nécessaire d'envisager un cadre *ad hoc* ; ce sera l'objet du paragraphe suivant.

§2 : Envisager une procédure adaptée

1022. Contrairement à la subdivision consacrée à l'intervention consultative du Conseil d'Etat, nous ne nous appesantirons pas, ici, sur le processus interne de prise de décision¹¹⁶⁵. Car si l'enjeu est similaire¹¹⁶⁶, le caractère juridictionnel du contrôle permet ici de n'évoquer que l'intégration du comité à la prise de décision, la question de l'influence exercée informellement par le juge pouvant être écartée dans le cadre d'une décision ayant autorité de chose jugée. Nous verrons donc que les choix procéduraux opérés précédemment conduisent à écarter un contradictoire formalisé selon le standard établi en QPC (I), ce qui se justifie par le fait de privilégier la sécurisation juridique du processus, mais aussi par la circonstance qu'il est possible, en-deçà de ce standard, d'envisager une intégration des comités à la prise de décision (II).

I : Exclure l'application du standard d'échange contradictoire tel que prévu pour la QPC

1023. Le choix d'un contrôle intégral exclut la formalisation du contradictoire au niveau qu'elle atteint dans la procédure de QPC (A), de sorte qu'il faut choisir entre les deux, démarche qui conduit à exclure cette formalisation eu égard à la circonstance qu'il paraît plus conforme à la logique générale de l'initiative populaire telle qu'on l'a ici conçue (B).

A : L'impossible conciliation du contrôle intégral et d'un contradictoire formalisé dans le cadre du contrôle d'une proposition d'initiative populaire

1024. Par définition, le contrôle intégral est un contrôle poussé puisqu'il implique de s'assurer de la constitutionnalité de toutes les dispositions du texte. En outre, la circonstance qu'il s'exerce, dans notre hypothèse, sur des textes relevant du domaine législatif ordinaire

¹¹⁶⁵ Il en ira de même pour ce qui est de la substance du contrôle, son intensité notamment. Ceci parce que la chose a déjà été évoquée pour la part subsistante de l'admissibilité matérielle, et, s'agissant des éléments relevant de la constitutionnalité, parce qu'une telle évocation serait trop vaste.

¹¹⁶⁶ L'intégration des comités dans un processus institutionnalisant.

accroît la charge de travail du Conseil, dans la mesure où ces textes peuvent s'avérer très longs.

1025. C'est pourquoi, on l'a dit, le contrôle facultatif n'entraîne pas systématiquement d'intégralité de l'examen. Le Conseil a d'ailleurs, comme on a pu l'indiquer, abandonné le « brevet de constitutionnalité ». Et il a pu être affirmé que c'était notamment en raison du « caractère définitif » conféré une décision prise à partir d'informations « nécessairement limitées »¹¹⁶⁷. En somme, les contingences pesant sur le cadre dans lequel le Conseil rend sa décision ont fini par le contraindre à abandonner son ambition initiale. Ces contingences, Anne-Charlène Bezzina les résume ainsi : « *l'abandon de la théorie du brevet est lié à la prise en compte d'une contrainte factuelle majeure : le court délai d'examen. Nonobstant ce délai, le juge constitutionnel est également limité par la discussion contradictoire et les informations dont il dispose* »¹¹⁶⁸. On a ici les trois facteurs principaux ayant conduit le Conseil à renoncer à l'effet totalisant qu'il donnait au contrôle facultatif. Apparaît de même leur hiérarchie .

1026. Qu'en serait-il dans notre hypothèse ?

1027. Puisque les délais apparaissent comme « la contrainte factuelle majeure », c'est sur cette base qu'il convient de raisonner. Il est difficile de former un postulat solide. On peut néanmoins tenter de s'appuyer sur les délais applicables au contrôle de la proposition de loi du troisième alinéa de l'article 11, qui est d'un mois¹¹⁶⁹. Ce délai est donc identique à celui du contrôle facultatif de la constitutionnalité de la loi, du contrôle obligatoire, mais inférieur à celui applicable à la décision rendue en QPC, qui est de trois mois¹¹⁷⁰. Il nous semble que les contraintes qu'il implique seraient plus prononcées encore dans le cadre d'une initiative populaire, tout en n'ayant aucun impact positif sur les phénomènes ayant conduits à l'abandon du brevet de constitutionnalité en contrôle facultatif *a priori*. Le contexte de l'initiative populaire accroîtrait en effet les attentes autour de la décision qui porterait sur un texte potentiellement aussi long et complexe qu'un texte du législateur ordinaire. Néanmoins, un délai plus long aggraverait la lourdeur d'un processus d'initiative populaire déjà complexe en augmentant la durée de déroulement, et doit donc être justifié. Il est difficile de trancher au regard des seuls éléments fournis par le droit positif. Le délai d'un mois applicable à l'initiative partagée ne semble pas avoir fait l'objet d'une réflexion quelconque, mais découler simplement de la transposition machinale à la procédure nouvelle du délai prévu au troisième alinéa de l'article 61 de la Constitution¹¹⁷¹. Le délai de trois mois, quant à lui, est

¹¹⁶⁷ Meunier J., « Le Conseil constitutionnel et l'autorité de ses décisions » *in*. L'architecture du droit, Mél. Offerts à Michel Troper, Dalloz, 2006, p. 694.

¹¹⁶⁸ Bezzina A.-C., *op.cit.*, p. 238.

¹¹⁶⁹ Article 45-2 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, *op.cit.*

¹¹⁷⁰ Article 23-10, *Ibid.*

¹¹⁷¹ L'ensemble des affirmations susvisées et à venir et relatives aux motifs ayant présidé au choix des délais applicables aux contrôles instaurés lors de la révision de 2008 est fondé sur la lecture des rapports de la Commission des lois et des séances publiques, produits à l'occasion de l'examen des modifications apportées aux articles 11, 61 et 61-1 de la Constitution. La page du site internet de l'Assemblée Nationale regroupant l'ensemble des travaux parlementaires relatifs au nouvel article 11 est accessible à l'adresse suivante :

essentiellement justifié par des considérations spécifiques au contexte particulier dans lequel intervient la décision rendue en QPC; nous y reviendrons.

1028. Par ailleurs, des différences objectives entre notre hypothèse et les contrôles existant rendent la comparaison malaisée. Ainsi, le nombre de propositions d'initiative populaire arrivant jusqu'au Conseil serait, virtuellement, plus importantes que le nombre d'initiatives parlementaires lancées en application de l'article 11, ne serait-ce qu'en raison des gains potentiels offerts par chaque procédure. En outre, la compétence de contrôler la proposition formulée dans le cadre d'une initiative populaire interviendrait alors que le Conseil Constitutionnel doit déjà faire face à un accroissement de ses missions, lié à l'instauration de la QPC, de sorte que l'impact d'un délai d'un mois pour exercer sa compétence ne serait nécessairement pas le même.

1029. La comparaison est donc délicate. Reste que, sans comparer, il existe de sérieuses raisons de s'appuyer sur ces délais pour mener notre réflexion.

1030. En premier lieu nous pouvons affirmer, après une lecture attentive des travaux parlementaires relatifs à l'instauration de l'initiative partagée, que les parlementaires y ont été largement influencés par l'existant. Il en est de même s'agissant de la QPC¹¹⁷², alors que le procédé de contrôle en lui-même, a été appréhendé comme nouveau¹¹⁷³ et qu'il a donc fait l'objet d'une réflexion approfondie de la part des parlementaires, y compris d'ailleurs, à propos des délais¹¹⁷⁴. On peut postuler que les délais actuellement applicables aux diverses fonctions du Conseil feraient figure de fourchette. Ainsi, on peut conclure que celui qui serait retenu dans notre hypothèse serait compris entre un et trois mois.

1031. Ensuite parce qu'il y a quelques raisons de penser qu'elle constitue une sorte de « standard » des délais du contrôle de constitutionnalité en France; *primo*, eu égard à la circonstance que l'ensemble des contrôles de constitutionnalité des lois existants s'exercent à l'intérieur de la fourchette¹¹⁷⁵; *Secundo*, l'utilisation de ces délais comme des modèles à l'instauration de la QPC semble s'être faite selon une logique de priorité donnée à l'existant. En témoigne la tournure de phrase utilisée dans le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, en première lecture : « *si le Conseil constitutionnel ne dispose, en vertu de l'article 61 de la Constitution, que d'un mois pour rendre ses décisions dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a priori des dispositions législatives, [...] en revanche, dans*

http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/art11_Constitution_pl.asp. Son équivalent pour l'ensemble de la révision constitutionnelle du 23 Juillet 2008 : http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/reforme_5eme.asp.

¹¹⁷² Le délai de trois mois a en effet été justifié en s'appuyant sur l'exemple du contrôle des lois de pays. Le Conseil dispose en effet, dans ce cadre et en application de l'article 105 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF n° 0068 du 21 mars 1999 p. 4197. Rapport n° 1898, *op.cit.*, p. 83.

¹¹⁷³ En témoignent le travail de grande qualité réalisé par la Commission des lois en première lecture, et les multiples occurrences du champ lexical de « l'histoire » en séance publique. Voir la séance du lundi 14 septembre 2009, JORF n° 98 A.N. (C.R.) du mardi 15 septembre 2009 p. 7037. Le compte-rendu est disponible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cri/2008-2009-extra2/20092001.asp>.

¹¹⁷⁴ L'ampleur de ce travail apparaît plus nettement en lisant le rapport n° 1898 de la commission des Lois, déjà cité.

¹¹⁷⁵ Comme relevé dans ce même rapport, les contrôles facultatifs des lois ordinaires, ainsi que le contrôle obligatoire des lois organiques, s'exercent dans un délai d'un mois. Le contrôle des lois de pays de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que le contrôle du respect des matières relevant de la compétence de la Polynésie française par une loi impliquent, eux, un délai de trois mois.

d'autres cas, la durée retenue est de trois mois, [...] il ne semble donc pas illégitime que le Conseil constitutionnel puisse également disposer de trois mois dans le cas de l'examen d'une question de constitutionnalité renvoyée par la Cour de cassation ou le Conseil d'État »¹¹⁷⁶. On le voit, la légitimité du délai retenu semble reposer dans l'esprit du rédacteur du rapport, sur son identité avec les délais existants.

1032. En outre, trois mois semblent être un maximum pour une procédure dont on a déjà dit qu'elle était lourde et impliquait des délais longs, par elle-même de la même façon qu'un mois étant un délai particulièrement bref, il paraît raisonnable de le considérer comme un plancher.

1033. Nous allons donc raisonner à partir de cette fourchette.

1034. Nous savons que le délai d'un mois est un obstacle dirimant pour l'instauration d'une procédure contradictoire, puisque la conjugaison de ce délai avec « l'ébauche » de discussion¹¹⁷⁷ applicable au contrôle facultatif a rendu le contrôle intégral illusoire¹¹⁷⁸.

1035. Le délai de trois mois quant à lui, paraît tout à fait adapté à l'office du juge tel qu'il a été encadré par les diverses normes fondant la procédure de QPC, puisque le juge constitutionnel rend en moyenne ses décisions en 70 jours¹¹⁷⁹, soit 20 jours de moins que le délai maximal. Il semble cependant difficile d'en conclure que ce délai pourrait servir de modèle au contrôle de la proposition d'initiative populaire, tant les différences objectives sont fortes entre l'office du juge en QPC et celui que l'on imagine ici. Ainsi, en QPC, le Conseil est tenu par les termes de la saisine. Par conséquent, il n'examine que la constitutionnalité des dispositions explicitement attaquées ; et ce alors même que le nombre de dispositions législatives potentiellement attaquables dans une seule requête est limité, puisque la recevabilité de la requête est conditionnée à l'applicabilité au litige de la ou des dispositions attaquées¹¹⁸⁰. En outre, même si les effets du contrôle ainsi que certains aspects processuels donnent à la QPC un caractère objectif, il reste que la requête est toujours née d'un litige, de l'application d'une norme et de son énoncé, et non seulement de ce dernier¹¹⁸¹. La conjugaison d'au moins ces deux éléments modifie au moins la mesure, si ce n'est la nature du travail d'analyse et d'interprétation¹¹⁸². Le premier parce qu'il en change la structure et la méthode, en corsetant et donc guidant bien plus la focale du juge. Le second parce qu'il affecte le volume et l'essence des informations dont il dispose. Le contrôle effectué en QPC n'implique donc pas du tout le même type de travail que celui qui serait amené par une

¹¹⁷⁶ Rapport n°1898 de la Commission des Lois du 3 septembre 2009, *op.cit.*, rapport sur l'article 23-9 du projet de loi organique, p. 84

¹¹⁷⁷ Pour un compte-rendu assez détaillé de cette ébauche, voir Drago G., *Contentieux constitutionnel*, PUF, 2011, pp. 363-370. Voir également Bezzina A.-C., *op.cit.*, pp. 241-242.

¹¹⁷⁸ Cf. page précédente.

¹¹⁷⁹ Chiffres tirés de Maugué C., « La QPC : 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue », NCCC, 2015/2, (n°47), p. 15.

¹¹⁸⁰ Art. 23-1 de l'ordonnance n°58-1067 du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel *op.cit.*

¹¹⁸¹ Bonnet J., Gahdoun P.-Y., *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2014, pp. 85-86.

¹¹⁸² Voir notamment Feldman D., « Factors affecting the choice of techniques of constitutional interpretation », *in*. L'interprétation constitutionnelle, Mélin-Soucramanien F. (dir.), Dalloz, 2005, p. 134.

requête d'initiative populaire. Ce dernier se réaliserait totalement *in abstracto*, avec des informations de nature différente¹¹⁸³, et surtout sur l'ensemble du texte. Le terme le plus élevé de la fourchette retenue paraît donc insuffisant pour permettre d'envisager une discussion contradictoire, en tous cas au sens le plus fort que le terme puisse revêtir en droit constitutionnel positif.

1036. Dès lors, la seule hypothèse restante pour intégrer une dimension contradictoire dans notre procédure serait de transposer les modalités de discussion applicables en contrôle facultatif *a priori* à un délai plus long. Cela semble possible *prima facie*, étant donné le faible degré de formalisation de cet encadrement. Mais, la lourdeur de la charge ainsi dévolue au rapporteur serait bien supérieure puisqu'il ne s'agirait pas de discuter avec le comité de la constitutionnalité de quelques dispositions mais de tout le texte. Par ailleurs, et dans le même sens, ce standard d'échanges informels d'informations se déroule exclusivement ou presque entre le Gouvernement et le rapporteur sur la base des arguments de constitutionnalité des saisissants¹¹⁸⁴. Or il n'y aurait pas ici, de saisissants, de sorte qu'il serait très difficile de contourner la difficulté susmentionnée.

1037. Il n'y a donc pas, dans le cadre contraint de l'initiative populaire, de possibilité d'instaurer un contrôle intégral et permettant une discussion contradictoire formalisée et assez approfondie, sauf à aggraver très significativement la sérénité du déroulé de la procédure, par l'aggravation de sa durée.

B : Les raisons amenant à privilégier le contrôle intégral

1038. Si, comme on espère l'avoir démontré, les contingences temporelles conduisent le contrôle intégral et l'organisation d'une discussion contradictoire formalisée à s'exclure mutuellement, il faut alors choisir entre l'un et l'autre.

1039. Or, ici, aucune solution ne se peut choisir en fonction d'éléments objectifs : tout dépend de ce qui est espéré de la procédure.

1040. Sur ces prémisses, on peut statuer en fonction de deux éléments: la continuité avec les choix précédemment formulés et l'utilité pratique de la discussion contradictoire.

1041. Le premier point conduit à privilégier le terme de l'alternative le plus favorable à une institutionnalisation de l'initiative populaire comme mode d'adoption d'une norme législative. De ce point de vue, et comme nous l'avons dit, le contrôle intégral et systématique est un instrument qui présente de nombreuses vertus. La discussion contradictoire formalisée, quant à elle, répond à des fonctions différentes. Elle vise essentiellement à permettre l'intégration des comités, au sens où il est postulé qu'une exclusion presque totale de la procédure multiplierait les chances pour que la décision soit considérée comme injuste, non pas tant par les comités eux-mêmes, mais par la fraction du corps social qui les soutiendrait.

¹¹⁸³ Le volume des informations n'est en effet pas un argument si pertinent que cela, comme nous le verrons dans les développements suivants.

¹¹⁸⁴ Drago G., *op.cit.*, p. 368.

Subsidiairement et comme nous l'avons dit, la discussion contradictoire a aussi pour objet d'aider le juge dans sa décision.

1042. Quant à l'intégration, elle peut être atteinte autrement, en adaptant -largement- la discussion aux contraintes de temps déjà évoquées. En effet, la discussion contradictoire formalisée n'est qu'une modalité visant à permettre la « légitimation de la procédure » au sens où le terme a été employé précédemment. Elle en demeure un élément important. Nicklas Luhmann affirme ainsi que le « *moteur de la procédure, c'est l'incertitude quant à l'issue. Cette incertitude est la force motrice de la procédure, le facteur proprement légitimant. Au cours de la procédure, on doit donc lui accorder un soin particulier et la préserver à l'aide du protocole* »¹¹⁸⁵. Ceci résulte de la circonstance que l'incertitude « *est utilisée à titre de motif afin d'amener le destinataire de la décision à accomplir un travail cérémoniel non rémunéré. Une fois cette prestation accomplie [...] il s'est isolé lui-même. Cela n'aurait pratiquement plus aucun sens pour lui de se rebeller contre la décision. De toute manière, cette rébellion n'aurait aucune chance de réussite* »¹¹⁸⁶. Il est donc fondamental pour éviter que le contrôle juridictionnel de la proposition ne finisse par nuire à la légitimité du juge de maintenir l'incertitude. En ce sens, les garanties offertes par la procédure à ses acteurs ont une fonction institutionnelle. Il est à ce titre important que les destinataires de la décision participent à la procédure pour qu'ils aient quelques garanties quant à la faculté qui leur est reconnue d'influer sur la décision, et cette participation passe nécessairement par un certain niveau de discussion, le dialogue étant une condition de l'expression du conflit, lequel est une caractéristique majeure d'une procédure juridictionnelle¹¹⁸⁷. Mais de ce point de vue, l'important est essentiellement que la discussion ait lieu, et qu'elle ait lieu dans des conditions qui permettent l'intégration des comités. Le niveau de garanties sur ce point doit donc s'apprécier à cette aune, et non au regard d'un standard de formalisation de la discussion. Dès lors, et dans une optique d'institutionnalisation de l'initiative populaire, le contradictoire formalisé ne joue pas un rôle aussi important que le contrôle intégral. Il faut en revanche s'assurer d'une part, de l'existence d'une discussion -que le cadre doit favoriser- et d'autre part, mesurer l'impact de cette discussion au regard de la procédure dans son ensemble.

1043. Quant à la portée pratique, la nécessité d'une discussion contradictoire formalisée pour éclairer le juge doit être, dans notre cadre, relativisée. D'abord pour les raisons évoquées précédemment : dès lors que la discussion est rendue problématique par le délai, elle joue au moins autant comme un facteur de pression sur le travail juridictionnel, que comme une aide. Ensuite parce que le processus tel qu'on l'a conçu, permet au juge de bénéficier d'éclairages dans ce que l'on pourrait appeler la « phase précontentieuse ». L'avis du Conseil d'Etat, ou la délibération parlementaire sont de nature à permettre de faire ressortir un certain nombre d'éléments problématiques amenés par le texte préparé par le comité ce qui, dans une certaine mesure, pourrait compenser le handicap produit par l'absence d'une discussion contradictoire formalisée. Cette compensation ne serait bien évidemment pas complète, mais cela atténuerait l'impact de l'absence de contradictoire. En outre, cette absence ne serait pas totale puisque

¹¹⁸⁵ Luhmann N., *op.cit.*, p. 112.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 113.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 95.

nous l'avons dit, un certain niveau de discussion peut être organisée dans notre cadre. Surtout, la discussion contradictoire ne joue pas, dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité d'un texte de loi, un rôle aussi déterminant pour le juge que ce n'est le cas dans d'autres types de procès. Ceci est lié, à en croire la doctrine¹¹⁸⁸ mais aussi certains juges¹¹⁸⁹, à l'influence moindre des éléments de fait¹¹⁹⁰ sur la décision du juge alors même que le contradictoire est intimement lié à la nécessité d'une discussion sur les faits¹¹⁹¹. Il n'en irait pas différemment pour un texte issu d'un processus d'initiative populaire, puisqu'ici la voie d'initiation de ce texte est sans rapport avec la nature du contrôle exercé par le juge. Certes cela ne signifie pas que la discussion ne joue aucun rôle, ni même qu'elle ne serait pas importante, mais simplement qu'elle est moins fondamentale, moins consubstantielle du procès que ce n'est le cas dans d'autres domaines de l'activité juridictionnelle. Ce qui explique au passage, pourquoi la discussion contradictoire est adaptée pour être assouplie en matière constitutionnelle¹¹⁹². Et qui permet, ici, de contribuer à justifier l'exclusion d'une discussion par trop formalisée¹¹⁹³.

1044. Enfin, exclure ce type de procédure ne poserait *a priori* pas de problème juridique particulier. En effet, l'article 6§1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ne serait pas plus applicable au contrôle par le Conseil de la proposition qu'il ne l'est à celui du contrôle préventif de constitutionnalité. La circonstance que le destinataire de la décision soit un comité constitué d'individus n'exerçant probablement aucune fonction élective ou relevant d'une institution politique nationale ne ferait aucune différence, dans la mesure où il n'y aurait ni « litige¹¹⁹⁴ » ni d'intérêts de nature civile, *a fortiori* pas non plus de sanction pénale en jeu¹¹⁹⁵.

1045. Au bilan, nous pouvons donc exclure l'organisation d'une discussion contradictoire équivalente à ce qui se pratique en QPC, à condition d'envisager d'autres modalités permettant d'intégrer ce comité dans le déroulé du contrôle. Par ailleurs, un délai de trois mois est envisageable pour l'ensemble de la procédure de contrôle. Reste maintenant à voir quel cadre général pourrait la modeler.

¹¹⁸⁸ Voir Santolini T., Les parties dans le procès de constitutionnalité en droit comparé, Th., Toulon, 2006, pp. 309-314.

¹¹⁸⁹ Voir Labetoulle D., « Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil Constitutionnel », in. Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat, Actes du colloque organisé au Sénat les 21 et 22 Janvier 1988, Paris, LGDJ-Montchrestien, 1988, p. 252.

¹¹⁹⁰ Ou plus exactement des faits non généralisables, voir Santolini T., *op.cit.*, p. 314.

¹¹⁹¹ Labetoulle D., *op.cit.*, p. 252 ; Santolini T., *op.cit.*, p. 311 note n° 262, et 312 note n° 263.

¹¹⁹² Santolini T., *op.cit.*, pp. 275-370.

¹¹⁹³ A condition, évidemment, que cela ne conduise pas à exclure l'existence même d'une discussion raisonnablement poussée.

¹¹⁹⁴ Cour EDH., Pl., 26 juin 1993, Ruiz-Mateos c. Espagne, req. n°12952/87.

¹¹⁹⁵ Voir notamment les deux « Guides d'application de l'article 6 » mis en ligne sur le site de la Cour, pour le volet civil (http://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_fra.pdf, voir n°25) comme le volet pénal (http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf). L'on peut souligner également que la sanction financière et d'inéligibilité pour dépassement du plafond de dépenses électorales n'a pas été considéré par la Cour comme appelant l'application des garanties processuelles de l'article 6, au motif que « l'impossibilité d'obtenir un remboursement de dépenses lorsqu'un dépassement du plafond est constaté et l'obligation de verser au Trésor une somme équivalente à celui-ci sont les corollaires de l'obligation de limiter les dépenses électorales : comme celle-ci, elles relèvent de l'organisation de l'exercice du droit litigieux » (Cour EDH., 21 octobre 1997, Bloch c. France, n° 24194/94, voir paragraphes 49 à 51). En raisonnant *a fortiori*, l'on voit mal comment l'adoption d'une norme, fût-elle initiée et promue par des individus issus de la « société civile », pourrait être analysée comme relevant du « volet civil » de l'article 6.

II : Intégrer les acteurs concernés par l'organisation d'une discussion adaptée aux singularités de la procédure d'initiative populaire

1046. Malgré l'exclusion d'un contradictoire réellement formalisé, il est possible d'assurer une certaine intégration des comités dans la procédure, sans entraver excessivement la mission principale du Conseil. Pour le montrer, on évoquera d'abord le fait que l'existence d'une discussion demeure possible (A), puis on essaiera de montrer qu'elle conserverait un niveau satisfaisant si on la considère au regard des possibilités d'intégration des comités qu'amène la procédure d'initiative populaire dans son ensemble (B).

A : L'organisation d'un certain niveau de discussion entre les comités et le juge

1047. Le premier point peut être assuré en raisonnant à partir des contrôles de constitutionnalité existants. En effet, les deux modalités principales de cette famille de contrôle -QPC et contrôle *a priori*- sont caractérisées par la circonstance qu'elles rendent nécessaires la conciliation d'impératifs antagonistes. Ainsi la QPC, dont le déclenchement est conditionné par l'existence d'un litige. De sorte que si son « principe procédural » principal était suivi strictement, il conduirait à l'exclusion du débat de constitutionnalité des groupements ou individus pourtant intéressés au premier chef, au motif que leur intérêt n'est pas lié au litige à l'origine de la décision. Les « mémoires spontanés » y sont pourtant admis, venant au soutien ou en contradiction de la requête, ce qui semble logique eu égard aux effets *erga omnes* de la décision rendue. Même si le déclenchement du contrôle est lié à des considérations subjectives, la circonstance qu'il s'agisse de juger une disposition législative amène un certain degré d'objectivation, qui appelle des tempéraments procéduraux.

1048. De même, le contrôle facultatif *a priori* est conçu comme un contrôle purement objectif, par principe dénué de toute coloration subjective. Pourtant, on y admet ce que le Doyen Vedel appelait les « portes étroites »¹¹⁹⁶, c'est-à-dire « *la pratique consistant, pour le Conseil, à recevoir et lire des lettres que chacun veut bien lui adresser lorsqu'il est saisi d'une question de constitutionnalité dans le cadre de la saisine a priori* »¹¹⁹⁷. Même si nous ne saurions ici, qualifier avec certitude l'interprétation que nous pouvons faire de ce point, il faut noter qu'il a pu être compris comme la conséquence normale du contrôle de constitutionnalité¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁶ Voir sur ce point De Béchillon D., Connil D., Réflexions sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel, Club des juristes, Janvier 2017, 76 p., en ligne :

<http://www.leclubdesjuristes.com/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel-notes-club-juristes-denys-de-bechillon/>.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 89.

¹¹⁹⁸ Guillaume Drago y voit « la marque particulière du contrôle de constitutionnalité de la loi qui est toujours politique et d'intérêt public général » (*in*. Contentieux constitutionnel Français, PUF, 3^{ème} éd., p. 370). Guy

1049. Nous pourrions tout à fait reprendre le principe de ces interventions et le transposer à notre procédure en l'adaptant à la fois à ses spécificités -comme cela a d'ailleurs été effectué pour la QPC¹¹⁹⁹- et à l'objectif d'intégration des comités précédemment exprimé. Pour répondre à cet objectif, il serait nécessaire que ces interventions soient systématiquement communiquées aux comités, et que ceux-ci soient mis en état de présenter leurs observations. Cela permettrait en effet d'établir une ébauche de débat constitutionnel. De plus, cela mettrait les comités en situation de concentrer leurs efforts argumentatifs sur certains points. De sorte que le processus de décision pourrait se dérouler de plus en plus en fonction de quelques points demeurés sujets à discussion. La procédure pourrait ainsi ressembler un tant soit peu à « l'entonnoir » qui « *resserre de manière croissante les limites du possible* »¹²⁰⁰, ce qui, d'après Niklas Luhmann, est un des facteurs favorisant à la fois l'incertitude quant à l'issue de la procédure, moteur de la légitimation, et l'isolement des parties par rapport au reste du corps social, fonction de la procédure. Par ailleurs, pour réduire les soupçons que pourraient faire naître la présentation d'observations par les acteurs politiques institutionnels¹²⁰¹, il serait souhaitable que le Conseil recueille systématiquement l'observation des susdits, s'ils le souhaitent. On pourrait pour ce faire se baser sur ce qui se pratique en QPC¹²⁰². Si nous voulions anéantir ces soupçons, il serait nécessaire de rendre ces observations obligatoires. Mais cela paraît nettement disproportionné, si tant est que cela soit praticable. Reste que la sollicitation de l'avis des organes politiques de l'Etat par le Conseil est plus favorable à un climat politique apaisé autour de la présentation de ces observations que leur transmission spontanée, dans la mesure où, dans le premier cas, la part d'action exigée des acteurs institutionnels est plus faible.

1050. Néanmoins, et comme cela apparaît probablement avec une certaine évidence à la seule lecture des propos qui précèdent, cela ne saurait suffire à faire ressembler notre procédure à « l'entonnoir » susmentionné. Il faut donc cumuler cette transposition avec d'autres éléments. Les possibilités de choix sont cependant limitées. Puisqu'on exclut un contradictoire formalisé, nous ne pouvons envisager d'approfondir l'intégration des comités que par une discussion avec le juge.

1051. Sur ce point il faut rappeler que, suite à la décision n° 2009-579 DC du 09 avril 2009 précitée, il est probable que les comités pourraient présenter leurs observations au juge. Ceci peut être utilisé pour approfondir quelque peu la discussion, et lui donner une direction plus

Canivet, dans le même sens, note que « *les interventions d'amicus curiae sont naturelles dans un débat devant une juridiction constitutionnelle, car elle est saisie d'un débat objectif sur la constitutionnalité de la loi. Il est normal que tout groupe concerné par la question débattue ou toute personne qui y porte intérêt fasse valoir son point de vue* » (*op.cit.*, p. 91).

¹¹⁹⁹ Canivet G., *op.cit.*, p. 91.

¹²⁰⁰ Luhmann N., *op.cit.*, p. 112. Nous avons reconstruit la phrase, mais l'ensemble des termes utilisés comme leur signification sont empruntés à l'auteur, de sorte que nous présentons le propos comme une citation.

¹²⁰¹ Nous entendons par là les acteurs agissant dans le cadre des organes politiques de l'Etat, à savoir les deux chambres du Parlement, le Gouvernement, et le Président de la République.

¹²⁰² Art. 23-8 de l'ordonnance n° 58-1067 portant Loi organique relative au Conseil Constitutionnel *op.cit.* : « le Conseil constitutionnel, saisi en application des dispositions du présent chapitre, avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise. ».

orientée vers un échange. En effet, dans le schéma procédural ici envisagé, les comités présenteraient d'abord leurs observations, à la suite de quoi le juge leur transmettrait, le cas échéant, les diverses interventions effectuées, à charge pour les comités d'y répondre et de transmettre leurs réponses au juge. Cette organisation chronologique permettrait de donner à la discussion une forme un peu plus orientée vers un échange d'arguments, même si son allure générale demeurerait essentiellement une transmission de moyens au juge.

1052. On peut supputer qu'il s'agirait ici d'un niveau assez faible de discussion, y compris entre les comités et le juge.

1053. Seulement, il est difficile d'envisager avec les contraintes déjà évoquées, une organisation du cadre à même d'assurer l'approfondissement de la discussion. Et ce qu'il s'agisse de l'échange devant exister entre juges et comités, ou celui existant entre comités et intervenants opposés à leurs thèses. Il faudrait pour cela que soit le juge réponde aux comités, soit il organise un échange d'arguments en cours d'instruction entre les « parties ». Le second point peut être écarté avec un argument déjà usité : cela n'est pas possible, étant donné la contrainte temporelle. Le premier point quant à lui, ne peut s'envisager pleinement dans un contrôle intégral. En effet, classiquement dans les contrôles dits « objectifs », qu'ils soient subjectivés -comme le recours pour excès de pouvoir- ou objectivés -comme celui effectué en QPC- cette discussion existe dès lors que le juge soulève un moyen d'office¹²⁰³. Or, ici, l'ensemble du contrôle s'effectuerait par le biais de ce type de démarche. Organiser une discussion en vue d'intégrer les comités ne peut donc se faire que relativement à la totalité des dispositions contenues par le texte contrôlé, ou ne pas se faire du tout. Le choix étant déjà fait, nous touchons ici à la limite du niveau d'échange qu'il est possible de formaliser dans le cadre qui est le nôtre.

1054. Il est possible d'affirmer à ce stade qu'il s'agit bien d'une discussion et donc, dans une certaine mesure, que le contrôle systématique intégral de la proposition d'initiative populaire permet l'établissement d'une procédure comprenant une dose de contradictoire. Pour en apprécier les effets éventuels ou le caractère satisfaisant, il faut aborder les éléments qui permettent de nuancer l'impact de l'absence de contradictoire formalisé.

B : Une intégration renforcée par des éléments extérieurs au déroulement de la prise de décision

1055. Il y a principalement deux séries d'éléments qui, tout en ne relevant pas précisément du processus par lequel la décision finale sera prise, peuvent être considérés comme favorisant une intégration des comités au contrôle juridictionnel. Il s'agit des étapes de la procédure d'initiative populaire qui précèdent ce contrôle (1) et les sanctions pour non-respect des prescriptions dont l'observance serait ici vérifiée (2).

¹²⁰³ Voir, pour la QPC, l'article 7 du règlement intérieur de procédure adopté par le Conseil Constitutionnel, disponible en ligne à l'adresse suivante :

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/textes-applicables/reglement-interieur-sur-la-procedure-suivie-devant-le-conseil-constitutionnel-pour-les-questions-prioritaires-de-constitutionnalite.99261.html>

1 : Le renforcement par les étapes précédant le contrôle

1056. La procédure d'initiative populaire offre dans son déroulé, d'autres étapes durant lesquelles les comités sont confrontés aux institutions. Les considérer non plus singulièrement, mais comme des éléments épars d'un ensemble cohérent (le processus d'initiative populaire) permet de faire apparaître une sorte de dialogue, sinon permanent, du moins excédant largement le seul cadre du contrôle juridictionnel. Dans cette perspective, l'échange avec le juge n'est plus qu'une modalité d'un échange plus large, ce qui fait apparaître l'intégration des comités sous un jour nouveau et, partant, relativise l'impact de la seule discussion sur ce point.

1057. Il existe deux phases dans la procédure que nous pourrions considérer comme pouvant fonder un échange entre les comités d'une part, et les institutions d'autre part. Nous faisons bien évidemment référence d'abord à l'avis du Conseil d'Etat, ensuite à l'examen parlementaire ou plus exactement, aux étapes de ces processus durant lesquels est organisée une discussion. L'apport des deux phases doit être différencié. Dans le cas de l'avis du Conseil d'Etat, les comités seraient mis en situation de discuter avec les membres de la Haute-Juridiction, il y a donc un véritable échange. L'intervention consultative du Conseil d'Etat apparaît donc comme le premier temps d'une discussion générale, dont le contrôle juridictionnel serait le second temps.

1058. Dans le cas de l'examen parlementaire, l'apport est plus indirectement corrélé à la notion de discussion, puisqu'il s'agirait surtout pour les comités de suivre les débats parlementaires pour en tirer des conclusions quant aux arguments qu'ils pourraient faire valoir devant le Conseil constitutionnel.

1059. Cette distinction revêt une importante portée si on considère la « discussion globale », l'ensemble de la procédure, puisqu'elle amène à nuancer fortement l'effet d'institutionnalisation éventuel selon l'une ou l'autre hypothèse. Et, sur ce plan, la relation qui se noue entre les comités et son interlocuteur institutionnel ne revêt de dimension dialogique qu'avec le seul Conseil d'Etat. Mais, dans le cadre plus restreint du seul contrôle juridictionnel, les deux étapes ont un impact suffisant sur la relation entre les comités et le juge pour en améliorer les conditions de possibilité. Ainsi, les étapes d'élaboration de l'avis du Conseil d'Etat sont de nature à permettre aux comités d'orienter leurs observations vers les directions les plus pertinentes, chose d'autant plus utile qu'elle serait le fruit d'un examen global, portant sur l'ensemble des aspects à traiter, y compris la formulation de la question. La consultation du Conseil d'Etat permettrait donc d'établir un point de départ à la communication en direction du juge constitutionnel. L'examen parlementaire vient au soutien de cet apport, en l'approfondissant par une discussion de dimension tout aussi globale, en quantité, sur l'ensemble du texte, comme en qualité, sur l'ensemble des aspects susceptibles d'entrer en considération.

1060. Il ne s'agit évidemment pas là d'une véritable discussion au sens d'un dialogue. Et de prime abord, l'intérêt de cette démarche peut de ce fait paraître limité. Il ne s'agirait nullement, en effet, du fondement d'une discussion, mais simplement d'une base permettant

l'orientation des comités, sans que cela ne change la circonstance qu'ils ne seraient jamais mis en état de réellement dialoguer avec le juge, ou avec une « partie » adverse. Si on approfondit quelque peu l'analyse, il nous semble pourtant que cela présente quelques potentialités. En effet, présenter des observations au moment où le juge se saisit de l'affaire n'est pas une démarche neutre puisque cela permet d'orienter l'examen de celui-ci. Mais surtout, dans notre cas, cela permettrait aux comités de répondre par avance à un ensemble de griefs dont la probabilité qu'ils soient examinés par le juge serait assez forte, étant donné la nature des individus qui les ont soulevés en premier lieu et du cadre dans lequel ils l'ont été. Autrement dit, cela permettrait, en quelque sorte, de pallier l'absence d'un dialogue véritable par ce qui serait, en quelque sorte, une discussion « à retardement ». En outre, l'effet serait augmenté en cas d'interventions de tiers dans la procédure. Dans ce cas, le processus serait le suivant : une fois le juge saisi, le comité pourrait présenter ses observations. En cas d'intervention de tiers dans la procédure, il serait mis en état de répondre à leurs observations. De sorte qu'il pourrait, par deux fois, s'exprimer et permettrait d'assurer une certaine intégration. Même si cette dernière ne serait pas aussi poussée que dans le cadre d'un contrôle juridictionnel « normal », elle serait malgré tout nettement plus importante que dans le cadre du contrôle intégral tel qu'il existe.

1061. Il subsiste encore une interrogation. En effet, si ce niveau de discussion peut paraître satisfaisant s'agissant du contrôle de la constitutionnalité du texte, il n'est pas certain qu'il en aille de même pour ce qui concerne le contrôle de la question posée puisque comme nous l'avons dit, il pose d'importantes questions quant à son caractère arbitraire. Il en découle que la réception de la décision pourrait être différente, sur ce point, de celle de la décision relative à la constitutionnalité. S'il nous semble qu'une part importante des difficultés qui naissent du caractère très abstrait des énoncés fondant ce contrôle trouve une réponse satisfaisante dans l'échelonnement des sanctions applicables, on peut s'interroger malgré tout, sur les effets potentiels d'une absence relative de contradictoire quant à ce point précis. Il nous semble cependant qu'il n'est pas possible d'envisager une sorte de « double-procédure » dès lors qu'il est admis que le contrôle de l'admissibilité doit s'effectuer par le même juge et au même moment que le contrôle de la constitutionnalité. En effet, cela complexifierait par trop la procédure de contrôle, la rendant plus difficilement lisible par les comités, ce qui serait susceptible d'affaiblir la légitimité de la décision finale. La seule hypothèse envisageable serait une audience qui précéderait la clôture de l'instruction, dans le cadre de laquelle les comités pourraient faire valoir oralement leurs arguments. Mais, étant donné le degré d'échange déjà imaginé, il est probable que cela ne changerait guère le sens de la décision du juge¹²⁰⁴. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que les comités soient informés du projet de décision du rapporteur en amont de cette audience, mais cela alourdirait excessivement la procédure de jugement. Le contrôle de l'admissibilité comme le contrôle de la constitutionnalité seraient donc effectués en suivant strictement la même procédure.

¹²⁰⁴ En ce sens et s'agissant du contrôle de constitutionnalité, voir Santolini T., *op.cit.*, p. 301.

2 : Le renforcement par les sanctions pour manquement tant aux prescriptions constitutionnelles qu'aux règles relatives à la recevabilité

1062. Nous avons déjà évoqué l'intérêt que peuvent revêtir pour le contrôle de la question, les techniques dégagées par le Conseil pour neutraliser les inconstitutionnalités avérées ou possibles sans invalider l'intégralité du texte contrôlé. Nous faisons ici référence aux seules techniques désignées sous l'appellation « réserves d'interprétation ». Il en irait de même s'agissant du contrôle de constitutionnalité du texte de la proposition. Cet intérêt résulte de plusieurs éléments.

1063. *Primo*, la logique qui sous-tend ces techniques est parfaitement adéquate avec la gestion des ambiguïtés politiques que pourrait susciter l'intervention du Conseil dans notre procédure. Même sans se prononcer sur le point -délicat- de savoir si elles répondent à un souci conscient du juge de maîtriser en partie les effets politiques de ses décisions¹²⁰⁵, il paraît difficilement contestable que les réserves d'interprétation permettent au juge « *d'échapper au caractère quelque peu brutal de cette alternative [déclarer conforme ou non-conforme les dispositions du texte]* »¹²⁰⁶. Or, ce dépassement relatif est de nature à tempérer les conséquences subjectives produites par la décision sur ses destinataires. Même si l'affirmation ne saurait être absolue (tout ressenti subjectif se produisant selon un nombre très important de facteurs que qu'on ne saurait ici présenter ou analyser) elle nous paraît constituer un élément à même de favoriser « l'intégration par la procédure » des comités. En effet, on peut postuler qu'en abaissant le niveau de dureté des conséquences concrètes de la décision, les réserves sont susceptibles de contribuer à rendre plus acceptable le caractère peu formalisé, et peu intégrateur de la procédure de contrôle juridictionnel.

1064. *Secundo*, les réserves d'interprétation s'appliqueraient sans difficulté à notre procédure puisqu'elles ont vocation à être utilisées dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. Cette utilisation étant liée à la nature du contrôle, elle ne dépend pas de la forme dans lequel s'exerce ce dernier. En témoigne l'utilisation des réserves en QPC.

1065. *Tertio*, cette applicabilité générale ne fait pas obstacle à ce que le Conseil adapte l'usage, comme la forme des réserves, au cadre dans lequel il est appelé à exercer son office de juge constitutionnel. Ainsi, confronté à la possibilité -voire la nécessité- de moduler en QPC les effets de sa décision dans le temps, le Conseil a pu utiliser la technique des réserves d'interprétation pour régler les problèmes de droit transitoire posés par l'abrogation différée d'une disposition jugée inconstitutionnelle¹²⁰⁷. Par conséquent, il y a lieu de penser que

¹²⁰⁵ Drago G., *op.cit.*, p. 606. L'auteur s'inscrit en effet en opposition à une partie de la doctrine qui y voit, précisément, la trace du souci susmentionné.

¹²⁰⁶ Samuel X., « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », exposé présenté à l'accueil des nouveaux membres de la Cour de Cassation au Conseil Constitutionnel le 26 Janvier 2007, disponible en ligne à l'adresse suivante :

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/reserves.pdf.

¹²⁰⁷ Cons., const., Déc., n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014, JORF du 22 juin 2014 p. 10315, cons. 14. Il s'agissait, pour le Conseil, de diriger l'interprétation de la disposition en cause de façon à prévenir les cas d'application inconstitutionnelle qui n'aurait pas manqué de naître du fait de l'abrogation différée.

l'usage des réserves d'interprétation serait adapté s'il apparaissait, le cas échéant, que pareille démarche serait rendue nécessaire par les spécificités de l'initiative populaire. Par ailleurs, cela permet de constater la capacité d'adaptation du Conseil à ses nouvelles compétences. Or, ceci est déterminant pour ce qui nous concerne dans la mesure où une procédure faiblement formalisée peut conférer au juge une plus grande capacité d'action sur l'intégration des acteurs.

Conclusion de la partie

1066. Le texte présenté à la votation serait donc assez différent de celui sur lequel se seraient prononcés les signataires. Il aurait été retravaillé avec le Conseil d'Etat, éventuellement opposé à un contre-projet, et valide au moins en regard des règles de droit interne. Sa forme, sa substance, les enjeux impliqués par son adoption seraient possiblement affectés. Il aurait donc été soumis à un cheminement qui, sans offrir les garanties d'une délibération réelle, s'approcherait à tout le moins d'une discussion. Pour autant, tout au long du processus, le comité garderait la main sur son texte et sur les suites de la procédure, sauf évidemment dans le cadre du contrôle juridictionnel. Par conséquent, les interventions institutionnelles et l'inévitable influence qui en découlerait ne s'imposeraient aux comités que dans la limite amenée par la dynamique de l'Etat de droit. L'initiative deviendrait donc bien proposition, mais celle-ci demeurerait celle du comité, et des acteurs sociaux en étant à l'origine ou l'ayant soutenu. L'initiative populaire, comme procédé juridiquement saisi, ne serait pas ici incompatible avec l'influence institutionnelle.

1067. Le texte sur lequel seraient appelés à se prononcer sur les électeurs serait donc, sinon une co-crédation, du moins le fruit d'influences multiples, dont celle des autorités de l'Etat ne serait pas la moindre. Ce serait sur cette base que s'engagerait la discussion finale, celle portant sur l'adoption du texte, sa transformation en norme.

PARTIE 3 : LA CREATION DE LA NORME

1068. Une fois devenu proposition, le texte issu de l'initiative populaire ne pourrait devenir une norme, cela va sans dire, qu'après avoir été adopté. S'agissant d'un référendum d'initiative populaire, ceci ne pourrait avoir lieu que par une votation, autrement dit par l'expression de sa volonté par le corps électoral. Cette opération serait l'ultime étape du processus, le premier acte par lequel le texte cesserait d'être celui d'un comité, retravaillé avec des organes institutionnels, et deviendrait le fruit de la volonté générale. En tant que telle, elle serait aussi le point de départ de son incorporation dans l'ordre juridique, et donc de toutes les conséquences juridiques que cette intégration entraîne d'ordinaire.

1069. Cependant, à ce stade, le corps électoral n'aurait jamais été mis officiellement en mesure de discuter de la proposition. L'ensemble des étapes précédentes devant être vues comme relatives à la fabrication du texte, elles ne sauraient s'assimiler à une discussion collective sur son opportunité. La votation devrait donc être précédée d'un espace de délibération qui, en l'occurrence, ne saurait être qu'une campagne référendaire d'envergure nationale. L'appréhension par le droit de ce moment délibératif serait la dernière occasion d'agir préventivement sur les potentielles conséquences du processus sur la vie institutionnelle, et soulève à ce titre des problématiques autonomes des opérations directement connectées au caractère normatif du texte adopté. Nous verrons la délibération (chapitre 1) pour ensuite aborder la circonstance que la proposition devienne une norme (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : DELIBERER

1070. Le terme de « campagne électorale » a tellement envahi l'actualité médiatique, scandant le rythme de la vie politique, qu'il paraît presque inutile de le définir, même sommairement. Pourtant, les campagnes ne sont pas la vie politique. Elles n'en sont même pas nécessairement l'aspect le plus essentiel. Il faut donc esquisser un effort de circonscription du terme pour préciser les contours de l'objet auquel l'encadrement que nous devons évoquer se rapporte.

1071. Le CNRTL définit la campagne électorale comme « *l'ensemble des opérations de propagande qui précèdent une élection ou un référendum* »¹²⁰⁸. Aussi minimale qu'elle soit, cette définition nous paraît être un point de départ suffisant pour ce qui nous intéresse. En effet la campagne électorale est définie comme une concentration de moyens, ((la propagande), en vue d'une fin, (élection ou référendum.) En outre, elle contient tous les éléments qui sont constitutifs d'une campagne. L'idée de concentration d'un ensemble d'éléments isolément disparates ; l'idée qu'elle est intrinsèquement liée à la communication, (laquelle est le lien unissant ces divers éléments) ; l'idée qu'elle ne se comprend que par rapport à un objet univoquement déterminé à savoir l'élection ou le référendum. Il s'ensuit que la campagne est délimitée temporellement et matériellement. Temporellement, elle se termine avec la clôture des opérations de votation et même si son commencement est bien plus flou, on peut affirmer qu'elle s'ouvre à compter des premières déclarations de candidature. Matériellement, elle renvoie à toutes les opérations de communication -au sens ordinaire du terme- qui se rapportent à ces opérations. on peut à l'issue de ce propos, formuler l'affirmation selon laquelle la campagne a pour fonction première de permettre un certain type de communication qu'on appellera ici politique.

1072. Nous pouvons également formuler la proposition selon laquelle la campagne est en quelque sorte un espace immatériel, et en partie informel, au sein duquel se déploie une discussion dont ni les supports ni les thèmes ne sont prédéterminés, en vue d'affirmer ses positions politiques donc sa vision de l'intérêt général. Il est par conséquent possible de dire que la campagne est le terrain de la compétition dans laquelle divers agrégats d'intérêts privés exposent leur vision de l'intérêt général et les moyens concrets de la servir. Cette compétition dont l'opération de vote est le dénouement a pour résultat le droit d'agir sur la société par l'utilisation de l'appareil d'Etat. Pour cette raison, cet espace implique la rencontre d'une multitude d'acteurs dont certains sont publics, d'autres privés ; certains intéressés au résultat de la compétition électorale, d'autres seulement concernés dans une mesure variable. Il amène donc une interpénétration des sphères publiques et privées, car il procède des deux. Pour cette raison, la campagne doit être encadrée par le droit. Pour cette même raison, cet encadrement est une œuvre délicate à bâtir. C'est ce dernier qu'on appelle « droit des campagnes politiques ».

¹²⁰⁸ CNRTL : campagne.

1073. On définira donc ici la campagne politique comme un espace immatériel de communication public, au double sens où il se rapporte à une compétition entre diverses visions de l'intérêt général, d'une part, et où il vise à permettre la publicité de cette communication, d'autre part. Ce caractère public de l'espace créé par la campagne est beaucoup plus discutable du point de vue de ses acteurs : il est essentiellement créé, géré, animé par une multiplicité d'acteurs privés. Pour autant, il intéresse les structures publiques puisqu'il doit exister conformément aux règles de droit, mais surtout parce que les opérations auxquelles il se rapporte rendent nécessaires à plusieurs titres l'intervention d'acteurs publics.

1074. Cette interpénétration de divers types d'acteurs amène à elle seule la complexité de l'encadrement suscité, car s'agissant de régir un espace mixte, il faut nécessairement respecter un équilibre entre les diverses composantes qui le constituent et dont les intérêts peuvent être contradictoires, au moins en première analyse. Mais le degré de complexité est en outre accru par les moyens de parvenir à cet équilibre. Il est certain, qu'une compétition pour le pouvoir, organisée par le pouvoir, doit garantir aux acteurs privés une grande liberté d'action, particulièrement quant à celle qu'ils doivent avoir de s'exprimer publiquement, ne serait-ce que pour que les « joueurs » s'estiment, pour ainsi dire, traités avec « *fair-play* ». Mais il est tout aussi certain que puisque le résultat de la compétition est la détention des moyens de l'Etat, et qu'elle oppose des « joueurs » entre lesquels les inégalités de départ sont criantes¹²⁰⁹, il est indispensable de faire en sorte que le principe de liberté ne fausse pas à l'excès la compétition. Sans quoi l'Etat finirait par être dominé par des intérêts monolithiques. Parler de démocratie n'aurait dès lors plus grande portée. Ceci est permis par l'application, à la compétition, de règles permettant d'assurer un certain niveau d'égalité entre les candidats. L'équilibre évoqué initialement ne peut donc être atteint que par un autre équilibre, à trouver entre les moyens juridiques utilisés pour l'atteindre.

1075. Il faut enfin souligner que la circonstance que la campagne soit référendaire ou électorale n'amène aucune différence de nature des campagnes afférentes, puisqu'il y a dans les deux cas compétition publique entre des visions divergentes de l'intérêt général. En revanche, il y a bien une différence entre les deux opérations concernées, puisque le référendum amène la constitution de « camps » politiques *ad hoc*, qui se créent dans la campagne et meurent avec elle, alors que les élections amènent l'intervention de « camps » préconstitués, car déjà existants et pérennes, à quelques exceptions marginales près. La façon dont les équilibres politiques s'y constituent, s'y expriment, est donc très différente. En outre, il est possible que le niveau d'exigence relatif à la qualité des informations dispensées dans le cadre de la campagne, varie selon que l'on parle d'une élection ou d'un référendum puisque la nature de la décision à prendre n'est pas la même dans un cas ou dans l'autre. Par conséquent l'encadrement qu'elles appellent respectivement peut varier.

1076. De ces différents éléments, il découle pour nous la nécessité de prendre acte de la complexité de la portée de l'appréhension de la campagne par le droit, tout en respectant la singularité de notre objet. L'étude du droit positif en vue de sa transposition a donc ici un intérêt plus important. On peut en effet présumer que l'encadrement existant est déjà pénétré

¹²⁰⁹ Puisqu'ils procèdent d'intérêts inégaux dans la société.

de cette complexité ainsi que de la singularité du référendum, l'objet étant de droit positif. Pour autant, un référendum issu d'une initiative populaire n'appelle pas tout à fait les mêmes questionnements que le référendum issu d'un organe politique de l'Etat.

1077. Il s'ensuit que l'étude du droit positif, portant sur un objet complexe, doit être opérée de façon plus ample que précédemment (section 1), pour en évaluer la possibilité de transposition (section 2).

Section 1 : Etat du droit positif

1078. Le régime des campagnes référendaires a longtemps été pour ainsi dire inexistant. La réglementation applicable à la campagne était essentiellement comprise dans un décret présidentiel spécifiquement édicté dans ce but et complété pour certains aspects précis par l'intervention, normative ou non, de diverses autorités dont le nombre et la qualité a varié selon les référendums.

1079. Il en va différemment aujourd'hui, puisqu'a été introduit une forme de tronc commun aux divers référendums, qui leur rend applicable une partie des dispositions du code électoral¹²¹⁰. Il s'agit en réalité des sections qu'on retrouvait *in extenso* dans les actes préparatoires des référendums les moins anciens¹²¹¹, qui ne comprennent notamment pas les dispositions financières ou celles relatives à certains aspects de la campagne audiovisuelle, mais incluent la fraction de l'encadrement de la propagande incluse dans le code électoral. La loi n°2013-1116 est donc surtout une consécration de la conduite suivie jusqu'alors par le pouvoir réglementaire. Pour notre hypothèse, cette consécration a un impact majeur : puisque l'article L. 558-44 dispose que « *le corps électoral, appelé à se prononcer sur le projet ou la proposition de loi soumis au référendum, décide à la majorité des suffrages exprimés* » dans un titre consacré aux « opérations référendaires » sans précision de la source à l'origine de l'organisation de la votation. Il s'ensuit qu'une proposition issue d'une initiative populaire entrerait dans le champ d'application de l'article et serait soumise au régime applicable aux votations, sauf disposition expresse contraire. De sorte que l'analyse du droit positif doit ici faire ressortir l'alternative qui se poserait au législateur désireux de transposer à la votation résultant de l'initiative populaire l'encadrement des campagnes politiques : la traiter comme

¹²¹⁰ Par la loi n°2013-1116 du 06 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, JORF n°284 du 7 décembre 2013 p. 19939, qui crée un Livre Vter dans le code électoral, intitulé « dispositions applicables aux opérations référendaires ». L'on y trouve notamment l'article L. 558-44 électoral qui dispose « *sont applicables aux opérations référendaires régies par le présent titre : 1° Les chapitres Ier, II, V, VI et VII du titre Ier du livre Ier, à l'exception des articles L. 52-3, L. 55, L. 56, L. 57, L. 58, des deux derniers alinéas de l'article L. 65, de l'article L. 66, des deux derniers alinéas de l'article L. 68, des articles L. 85-1, L. 88-1, L. 95, des 1° à 5° du I de l'article L. 113-1 et du II du même article ; 2° Les articles L. 385, L. 386, L. 387, L. 389, L. 390-1 et L. 393 ; 3° Les articles L. 451, L. 477, L. 504 et L. 531.*

Pour l'application de ces dispositions, il y a lieu de lire : " parti " ou " groupement habilité à participer à la campagne " au lieu de : " candidat " ou " liste de candidats " ».

¹²¹¹ A savoir les chapitres suivants du titre Ier du Livre 1^{er} du code électoral : I : « conditions requises pour être électeur », II : « listes électorales », V : « propagande », VI : « vote », VII : « dispositions pénales ».

un référendum « classique », ou lui attribuer un régime particulier, qui serait par hypothèse une adaptation du droit des campagnes électorales. L'étude du droit spécifique des campagnes référendaires (§1) devra donc être suivie de celle du droit des campagnes électorales (§2).

§1 : Le droit des campagnes référendaires

1080. Comme on l'a dit, ce qui a été inscrit dans la loi précitée relative à la campagne référendaire est fondamentalement une reprise du procédé suivi pour les décrets qui, dans l'état antérieur du droit, régissaient cet aspect de l'organisation du référendum. L'étude de ceux-ci permet donc toujours de se figurer la substance du droit des campagnes référendaires. Elle permet donc également de matérialiser les lacunes de ce droit.

1081. Par ailleurs, en vue d'éclairer la transposition, le propos sera aussi orienté vers la recherche de constantes dans l'encadrement des campagnes référendaires de façon à déceler une éventuelle dynamique relative au dispositif d'encadrement prévu pour les campagnes électorales. Ceci contribuera à évaluer le périmètre au sein duquel envisager une transposition du droit positif à notre hypothèse puisque, comme on l'a dit, la consécration d'un « droit des campagnes référendaires » au niveau législatif ne recoupe qu'en partie la matière applicable à cet aspect des élections.

1082. Même en l'absence d'un dispositif formellement stable, il est possible que l'encadrement soit constant matériellement. Par ailleurs, et cela n'est pas moins important, il est également envisageable que les mutations, les évolutions que ce droit a connu puissent elles-mêmes s'analyser comme des constantes si une partie significative des dispositions dont elles procèdent peuvent être rattachées à une dynamique identique. Pareil objectif implique une étude chronologique des dispositifs dont il est question, car la chronologie permet de mesurer les variations quantitatives et qualitatives entre ceux-ci. Cette méthode est possible car nous pouvons étudier les dispositifs de façon sinon exhaustive, du moins complète. En effet puisqu'il n'y a eu que dix référendums nationaux sous la Ve république, et donc, dix dispositifs d'encadrement. La distinction introduite ici s'explique par le fait que tout le droit susceptible d'être rattaché à la campagne n'est pas compris dans le décret « relatif à la campagne ». Ainsi, l'envoi aux électeurs du texte soumis au vote voire d'une notice explicative, relève du texte portant organisation du référendum¹²¹². Il y a une part de la propagande qui est assurée par l'Etat, donc gratuite, et qui n'est pas formellement intégrée à la campagne. Nous n'évoquerons ce type d'éléments qu'en tant que de besoin alors que les décrets relatifs aux campagnes seront abordés exhaustivement. Cette présentation s'avère en effet suffisante pour tirer des conclusions générales quant à la dynamique qu'a suivi cet encadrement. Enfin, pour qu'elle soit claire et complète, nous verrons dans un premier temps les décrets(I), et dans un second temps la jurisprudence qu'ils ont occasionnés (II).

1083. Le premier référendum organisé sous l'empire de la Ve République fut celui relatif à l'autodétermination de l'Algérie qui eut lieu le 8 janvier 1961. Le dispositif s'articulait en

¹²¹² Voir par ex. décret n°2005-237 du 17 mars 2005 portant organisation du référendum, JORF n°65 du 18 mars 2005 p. 4571, art. 3.

plusieurs décrets. En effet, l'organisation du référendum se matérialise juridiquement par la prise d'un ensemble d'actes réglementaires nécessaires à sa mise en œuvre qui, pris comme un ensemble, sont généralement appelés « actes préparatoires »¹²¹³.

1084. Parmi ces actes, on trouve toujours un décret relatif à la campagne, qu'on appelle communément campagne « officielle », c'est-à-dire un encadrement spécifique du droit commun électoral applicable quelques semaines seulement avant l'évènement concerné, et particulièrement réglementé. Ce sont ces décrets sur lesquels nous nous focaliserons ici. Sans nécessairement étudier dans le détail chaque texte -ce qui serait fastidieux et guère utile- nous ne saurions ici, en exclure une fraction au seul motif de leur ancienneté ou de l'évolution parallèle du droit électoral général. En revanche, nous n'aborderons pas tous les aspects de l'encadrement de la campagne, pour ne pas noyer le lecteur sous un luxe de détails. Principalement, nous n'évoquerons pas la totalité ni les recommandations de la CNCL (devenue CSA) ni, lorsque ce sera le cas, l'ensemble de leur contenu. Au-delà de la clarté du propos, cette exclusion se justifie par la circonstance qu'évoquer ces textes de façon exhaustive n'est pas nécessaire pour appréhender la dynamique générale du droit des campagnes référendaires. En revanche, il sera utile de comparer leur évolution, et pour cette raison nous aborderons la première et la dernière (chronologiquement parlant), de ces recommandations.

I : Le droit des décrets

1085. La campagne afférente au référendum de janvier 1961 a été organisée par le décret n° 60-318 du 08 décembre 1960¹²¹⁴. Comprenant six articles, il fixe la date d'ouverture de la campagne (art. 1) qui est également la date d'entrée en application des règles qu'il prévoit. Il en fixe également implicitement la fermeture puisqu'il dispose que les émissions dédiées seront autorisées « jusqu'au 5 janvier 1961 inclus » (art.3). Il prévoit également la transposition de ses dispositions à l'outre-mer (art. 5 et 6). Il définit les groupements politiques autorisés à « participer à la campagne »¹²¹⁵, ce qui consiste d'abord dans le droit de poser des affiches sur les emplacements autorisés¹²¹⁶, affiches dont le décret régit les dimensions et l'objet (art. 2). La participation à la campagne implique également le droit « d'utiliser la radiotélévision française » (art. 3, et qui implique donc que cette utilisation soit gratuite ou, plus précisément, financée par l'Etat) selon des modalités fixées par un arrêté

¹²¹³ Le nombre de ces actes, comme leur contenu, a varié dans le temps. L'objet de la réglementation qui en résulte, néanmoins, demeure inchangé, comme nous l'allons voir. Il s'agit d'un ensemble de décrets parmi lesquels on trouve notamment le décret présidentiel décidant de soumettre un texte à référendum ; du décret portant organisation du référendum, qui porte sur la votation à proprement parler ; du décret relatif à la campagne référendaire, ces actes se retrouvent d'ailleurs, sous une forme identique, à chaque référendum. L'on trouve également, des arrêtés primo-ministériels établissant la liste des organisations habilitées à y participer et portant répartition des temps de parole : et de circulaires du CSA, qui visent à réglementer le traitement audiovisuel de la campagne.

¹²¹⁴ JORF du 11 décembre 1960, p. 11141.

¹²¹⁵ A savoir ceux « représentés par un groupe parlementaire à l'Assemblée Nationale ou au Sénat » et « ayant adressé une demande en ce sens au ministre de l'intérieur avant le 16 décembre 1960 à minuit » (art. 4).

¹²¹⁶ C'est-à-dire les « emplacements spéciaux réservés à l'affichage électoral » (art. 1).

séparé du ministre de l'information (*idem*). Ces modalités sont les suivantes¹²¹⁷ : l'arrêté fixe le nombre d'émissions consacrées à la campagne et dans lesquelles les groupements politiques peuvent s'exprimer (art. 1), il en arrête également les jours de diffusion (art. 2), et accorde à chaque groupement un temps déterminé d'expression dans le cadre de ces émissions (10 minutes à la télévision et 8 minutes à la radio, par émission, art. 2). L'ordre « *dans lequel le temps de parole sera attribué aux partis* » est tiré au sort par une commission spécialement constituée dans ce but (art. 2).

1086. Pour sommaire qu'il puisse paraître, ce décret comprend la structure de base -et donc le minimum nécessaire- du droit des campagnes électorales, puisqu'il définit l'espace-temps de la campagne : l'espace, par les lieux où elle se déroule et est réglemantée -panneaux dédiés et supports audiovisuels-, le temps, par les dates d'ouverture et de fermeture. Par ailleurs, le souci de régir avec précision la partie audiovisuelle de la campagne est notable, singulièrement lorsqu'on rappelle que la presse écrite ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique pour les campagnes, référendaires ou électorales¹²¹⁸.

1087. Le décret relatif au référendum suivant¹²¹⁹ est identique. Il comprend la même architecture, notamment en renvoyant à un arrêté ministériel pour le détail de la campagne audiovisuelle, lequel reprend le dispositif prévu en 1960.

1088. Il en va de même du décret pris pour le référendum du 28 octobre 1962 relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel¹²²⁰.

1089. Le décret n°69-300 du 3 avril 1969, relatif à la campagne en vue du référendum sur la réforme du Sénat et la régionalisation, est, lui, légèrement différent. S'il comprend le même nombre d'articles que les précédents, et qu'il en reprend à la fois les lignes directrices et l'architecture, il apporte quelques modifications au régime d'encadrement de la campagne. Ainsi, est abandonnée la pratique consistant à fixer le détail de la campagne audiovisuelle par un arrêté séparé. Celui-ci n'était de toute façon plus nécessaire, dans la mesure où le temps de parole est cette fois attribué par un « volume global » de deux heures (à raison d'une heure pour la majorité et d'une heure pour l'opposition) dont les modalités concrètes -date, horaires, format- doit être fixée par le Conseil d'Administration de l'ORTF, sous le contrôle du Conseil constitutionnel. A noter que ces émissions sont prévues pour être diffusées simultanément à la radio et à la télévision. De même, l'encadrement du droit de poser des affiches sur les emplacements autorisés est plus fourni, puisqu'il renvoie à des modalités empruntées au code électoral, ce qui se matérialise par la mention de quatre des dispositions de ce code¹²²¹. La

¹²¹⁷ AM du ministre de l'information du 20 décembre 1960, JORF du 21 décembre 1960, p. 11502.

¹²¹⁸ Cons., const., Déc., n°67-429 AN du 8 juin 1967, JORF du 18 juin 1967 p. 6029, Rec. p. 111.

¹²¹⁹ Décret n°62-317 du 20 mars 1962, JORF du 21 mars 1962 p. 3082.

¹²²⁰ Décret n°62-1146 du 03 octobre 1962, JORF du 07 octobre 1962, p. 9708.

¹²²¹ L. 48, L. 51, R. 27 et R. 95. Le premier est un renvoi à la loi du 30 juin 1881 sur la liberté de la presse, à l'essentiel de laquelle il soumet les affiches électorales. Le second prévoit et garantit la réservation d'emplacements spéciaux réservés aux affiches électorales, dans chaque commune. Le troisième est relatif à l'interdiction, pour les affiches des groupements politiques, d'utiliser les trois couleurs du drapeau national. Le dernier prévoit des sanctions contraventionnelles en cas d'irrespect de l'article précédent.

définition des groupements politiques autorisés à participer à la campagne¹²²², élément fondamental, est en revanche conservé.

1090. Le décret n°72-244 du 5 avril 1972¹²²³ s'appuie largement sur le précédent. Il lui est en effet très similaire. La seule différence est relative au volume horaire consenti à chaque parti sur les antennes de l'ORTF, puisque, cette fois-ci, chaque groupement dispose de deux heures à la télévision, et deux heures à la radio¹²²⁴, volume dont la répartition est déterminée par les présidents des groupes parlementaires de chaque formation politique concernée.

1091. Le référendum suivant a eu lieu 16 ans plus tard, il s'agit du référendum du 6 novembre 1988 sur l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie. Le dispositif qui l'encadre reprend la technique de l'édiction d'un décret dédié à la campagne¹²²⁵. Là encore, il est largement inspiré par son prédécesseur, sans lui être néanmoins identique, puisqu'il le complète.

1092. Il en reprend en effet l'essentiel, puisque la structure est identique. Ainsi, aux termes du décret, l'espace de la campagne concerne les affiches électorales¹²²⁶ et les programmes audiovisuels¹²²⁷. Cet espace est régi par le droit électoral commun relatif à la propagande¹²²⁸. Les organisations habilitées à y accéder y sont définies¹²²⁹. Il n'y a là rien de substantiellement différent du décret de 1972. Mais son contenu est enrichi. Tout d'abord, et contrairement à son prédécesseur, le décret de 1988 renvoie à l'ensemble de la partie « propagande » du code électoral qui est applicable à la plupart des élections¹²³⁰. Ensuite, la catégorie « organisations habilitées à participer à la campagne » s'élargit, puisqu'il ne s'agit plus seulement des « partis et groupements politiques dont les élus ont constitué un groupe parlementaire » dans l'une des deux chambres parlementaires, mais des « *partis et groupements politiques représentés, à la date du présent décret, au sein d'un groupe parlementaire à l'Assemblée nationale ou au Sénat* »¹²³¹ ainsi que « *des autres partis et groupements, sous réserve que les candidats qu'ils ont présentés aient obtenu, au plan national, au moins 5 p. 100 des suffrages exprimés au premier tour de scrutin lors du dernier renouvellement de l'Assemblée nationale* »¹²³². Néanmoins, seuls les premiers bénéficient du temps alloué pour la campagne audiovisuelle¹²³³, les seconds se voyant reconnaître, chacun,

¹²²² C'est-à-dire le conditionnement du droit à y participer à l'appartenance à un groupe parlementaire.

¹²²³ Décret n°72-244 du 05 avril 1972 « *fixant les conditions dans lesquelles les organisations politiques pourront participer à la campagne en vue du référendum* », JORF du 6 avril 1972 p. 3611.

¹²²⁴ Et non plus deux heures pour les deux médias.

¹²²⁵ Décret n°88-945 du 05 octobre 1988 relatif à la campagne en vue du référendum, JORF du 6 octobre 1988 p. 12584.

¹²²⁶ Art. 4, qui renvoie à certains articles du code électoral, déjà visés à l'article 2, mais également aux articles L. 51 et R. 27, non évoqués par celui-ci.

¹²²⁷ Art. 5.

¹²²⁸ Art. 2, qui renvoie aux articles L-47 à L. 50, L. 52 à L. 52-2, et R. 94 du code électoral, lesquels s'appliquent aux élections législatives, des conseillers départementaux, des conseillers communautaires et des conseillers municipaux.

¹²²⁹ Art. 3.

¹²³⁰ Le chapitre V du titre Ier, déjà évoqué.

¹²³¹ *Ibid.*

¹²³² *Ibid.*

¹²³³ Art. 5, qui prévoit deux heures à la radio et deux heures à la télévision, comme en 1972.

« cinq minutes d'émission télévisée et de cinq minutes d'émission radiodiffusée »¹²³⁴. Dans les deux cas, ce droit concerne les seules « sociétés nationales de programme »¹²³⁵. La façon dont ces volumes horaires sont répartis est également modifiée, puisque c'est le Premier Ministre, par arrêté, qui en fixe la répartition, « proportionnellement » au nombre de députés ou de sénateurs inscrits dans chaque groupe concerné, cette tâche incombant à chaque président de groupe s'agissant de la répartition à l'intérieur de celui-ci¹²³⁶. Par ailleurs, l'ORTF n'existant plus, c'est la Commission Nationale de la Communication et des Libertés (CNCL) qui, sous la surveillance du Conseil constitutionnel, arrête les conditions concrètes de production de ces émissions. Cette autorité est également chargée de faire respecter les dispositions introduites par la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication¹²³⁷, et notamment le principe de pluralisme¹²³⁸. Ceci se matérialise principalement par l'émission d'une recommandation, rappelant aux diffuseurs leurs obligations en la matière, hors-campagne et, spécifiquement, pour les campagnes électorales¹²³⁹. Il y a donc production, par la Commission, d'une recommandation spécifique avant la campagne. Pour la première fois, une campagne référendaire verra l'intervention d'une AAI. Cet acte n'a pas de force contraignante propre, dans la mesure où il se borne à rappeler des obligations existantes. Mais en tant que, précisément, il rappelle quel comportement doivent adopter les diffuseurs en application de dispositions législatives, le fait de manquer aux obligations qu'il rappelle peut entraîner l'application des sanctions prévues par la loi du 30 septembre 1986. Par ailleurs, cet acte peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Pour la campagne de 1988, il s'agit de la recommandation n°88-7 du 7 octobre 1988¹²⁴⁰, qui est donc la première du genre, puisque le référendum précédent avait eu lieu alors que l'ORTF existait encore. Sans en faire une présentation exhaustive, plusieurs points doivent être signalés. *Primo*, la date à compter de laquelle les destinataires de la recommandation doivent en tenir compte est antérieure à la date d'ouverture de la campagne fixée par le décret relatif à cet aspect de l'organisation du référendum¹²⁴¹. La notion de « campagne officielle », et son corollaire qu'est la diversité des

¹²³⁴ Art. 6.

¹²³⁵ Art. 5 et 6.

¹²³⁶ Art. 5.

¹²³⁷ Art. 3, al. 1^{er} de la loi susmentionnée (dans sa rédaction en vigueur en 1988) : « il est institué une commission nationale de la communication et des libertés qui a pour mission de veiller au respect des principes définis à l'article 1^{er} ».

¹²³⁸ Art. 1^{er} de la même loi (même rédaction) : « l'établissement et l'emploi des installations de télécommunication, l'exploitation et l'utilisation des services de télécommunication sont libres. Cette liberté ne peut être limitée, dans le respect de l'égalité de traitement, que dans la mesure requise par [...] l'expression pluraliste des courants d'opinion ». Art 3, al. 2, même loi, même rédaction : « la commission vise à assurer l'égalité de traitement et à favoriser la libre concurrence et l'expression pluraliste des courants d'opinion ».

¹²³⁹ Art 13, al. 1^{er} (idem) : « la commission nationale de la communication et des libertés veille par ses recommandations au respect de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans les programmes des sociétés nationales de programme et notamment dans les émissions politiques ». Art. 16, al. 3 (idem) : « pour la durée des campagnes électorales, la commission adresse des recommandations aux exploitants des services de communication audiovisuelle autorisés en vertu de la présente loi ». L'on notera que le champ des destinataires de la recommandation est plus large pour les périodes de campagne, puisqu'elle ne s'y limite pas aux seules « sociétés nationales de programme ».

¹²⁴⁰ Recommandation n°88-7 du 07 octobre 1988 de la Commission Nationale de la Communication et des Libertés aux sociétés nationales de programme et aux services de communication audiovisuelle autorisés en vue du référendum. JORF du 09 octobre 1988, p. 12785.

¹²⁴¹ La campagne s'ouvre en effet à compter du 24 octobre 1988, selon l'article 1^{er} du décret. La recommandation, quant à elle, dispose que « en ce qui concerne l'actualité liée au référendum, à partir du 10

temps de campagne, s'introduit donc également en droit des campagnes référendaires. *Secundo*, la recommandation comprend principalement deux volets, l'un intitulé « *actualité liée au référendum* », l'autre « *actualité non liée au référendum* ». Le premier renvoie à des règles spécifiques à la campagne, le second à la neutralisation de l'actualité « normale » pour éviter que ne s'y introduise la campagne référendaire. Particulièrement, la recommandation rappelle les règles liées aux derniers jours de la campagne, là où les obligations sont particulièrement strictes. Il est donc possible de dire que la recommandation s'applique à une période qui excède la seule campagne officielle, mais de façon limitée.. *Tertio*, on peut souligner également la prise en compte du fait que l'actualité politique peut être traitée dans des émissions de divertissement, au sujet desquelles la Commission affirme qu'il vaut mieux y éviter « *les interventions ayant un rapport avec le référendum* », le temps de la campagne officielle étant trop bref pour que celles-ci soient « équilibrées »¹²⁴². De même, est demandé aux diffuseurs « *de veiller tout particulièrement à l'utilisation qui pourrait être faite d'archives audiovisuelles concernant des images ou parole de représentants de partis [...] de manière à éviter les montages ou utilisations de toute nature susceptibles de déformer le sens initial du document* »¹²⁴³. La volonté de neutraliser autant que possible le traitement audiovisuel est donc évidente.

1093. Enfin, les derniers articles du décret prévoient des dispositions spécifiques, liées à la circonstance que le référendum concerne un territoire ultramarin.

1094. Le décret de 1988, s'il comble les lacunes du décret de 1972, demeure donc néanmoins dans le même cadre.

1095. Il en va également ainsi du décret n°92-772 du 6 août 1992, qui encadre la campagne organisée pour le référendum sur la ratification du traité de Maastricht. A vrai dire, le degré d'influence du décret précédent sur celui-ci semble encore accru : l'intitulé est identique, et il en va de même de la quasi-totalité des dispositions. La seule différence tient dans le changement de dénomination de la CNCL, entre-temps devenue Conseil Supérieur de l'Audiovisuel.

1096. Le décret n°2000-667 du 18 juillet 2000 est, lui aussi, très similaire au précédent. On y trouve néanmoins un ajout, puisqu'alors que jusqu'ici il était simplement disposé que « *les demandes d'habilitation sont présentées au ministère de l'intérieur* »¹²⁴⁴, il est ici précisé que « *chaque parti ou groupement politique joint à sa demande d'habilitation la liste des parlementaires qui le représentent ainsi que l'indication du groupe de l'Assemblée nationale ou du Sénat auquel ils sont inscrits, rattachés ou apparentés* »¹²⁴⁵. En-dehors de cette précision,

octobre et pour la durée de la campagne, les émissions consacrées à celle-ci [...] tous les partis, groupements, et familles politiques devront pouvoir bénéficier d'un accès à l'antenne et d'une présentation objective et impartiale qui permettra d'assurer l'équilibre » entre la majorité et l'opposition.

¹²⁴² *Ibid.*

¹²⁴³ *Ibid.*

¹²⁴⁴ Art. 3 du décret n° 92-772 du 06 août 1992 relatif à la campagne en vue du référendum, JORF n°183 du 8 août 1992 p. 10788, al. 3.

¹²⁴⁵ Art. 3 du décret n° 2000-667 du 18 juillet 2000 relatif à la campagne en vue du référendum, JORF n°165 du 19 juillet 2000 p. 11070, al. 1.

les seules différences entre ce décret et celui de 1992 sont liées à des contingences de circonstance.

1097. Le décret n°2005-238 du 17 mars 2005 apporte, lui, de significatifs enrichissements à l'encadrement de la campagne référendaire. En effet, s'il reprend l'essentiel de la structure et donc des dispositions des encadrements précédents, il comprend une modification des conditions à remplir pour l'accès à la campagne, quelques modifications plus marginales, un ajout majeur. Par ailleurs, son volume, si on l'apprécie en nombre d'articles, est approximativement doublé par rapport au premier décret similaire adopté en 1960, puisqu'il comprend 13 articles.

1098. La modification principale est la suivante : alors que les décrets précédant réservaient tous l'accès à la campagne aux organisations faisant partie d'un groupe parlementaire, et, à partir de 1988, à celles ayant obtenues un score minimum de 5% aux élections précédant le scrutin référendaire, le décret de 2005 innove. En effet, si la deuxième catégorie subsiste à l'identique, la première est ainsi définie : « *sont habilités à participer à la campagne les partis et groupements politiques auxquels au moins cinq députés ou cinq sénateurs ont déclaré se rattacher pour l'attribution en 2005 de l'aide publique aux partis et groupements politiques prévue par l'article 9 de la loi du 11 mars 1988*¹²⁴⁶ »¹²⁴⁷. Au-delà de son impact sur les formations autorisées à participer à la campagne¹²⁴⁸, on notera que les groupes parlementaires ne sont plus l'élément formant le critère discriminant pour l'accès à la campagne. La circonstance que l'élément de remplacement soit les partis éligibles à l'aide publique consentie aux groupements politiques en application de la loi du 11 mars 1988 n'est pas non plus sans importance, puisqu'il s'agit là de la première loi encadrant le financement des campagnes électorales, nous y reviendrons dans le II de ce paragraphe.

1099. Une modification moins importante est également apportée, puisque quarante minutes d'émission sont ajoutées pour les groupements de la première catégorie, à raison de vingt minutes pour la télévision et vingt minutes pour la radio. Ce fait n'est d'ailleurs pas neutre, et peut s'interpréter comme manifestant la volonté, de la part du pouvoir exécutif qui a rédigé le décret, de permettre une campagne plus intense, ce que l'enjeu justifierait. De même, et s'agissant de la réglementation du traitement audiovisuel de la campagne, on peut signaler la recommandation du CSA¹²⁴⁹ et la comparer avec celle émise par la CNCL en 1988. Tout

¹²⁴⁶ A savoir, aux termes de l'article en question : « -soit [les] partis et groupements politiques qui ont présenté lors du plus récent renouvellement de l'Assemblée nationale des candidats ayant obtenu chacun au moins 1 % des suffrages exprimés dans au moins cinquante circonscriptions ;
-soit [les] partis et groupements politiques qui n'ont présenté des candidats lors du plus récent renouvellement de l'Assemblée nationale que dans un ou plusieurs départements d'outre-mer, ou à Saint-Pierre-et-Miquelon, à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française ou dans les îles Wallis et Futuna et dont les candidats ont obtenu au moins 1 % des suffrages exprimés dans l'ensemble des circonscriptions dans lesquelles ils se sont présentés. ».

¹²⁴⁷ Art. 3 du décret n°2005-238 du 17 mars 2005 relatif à la campagne en vue du référendum, JORF n°65 du 18 mars 2005 p. 4573, al. 3

¹²⁴⁸ Malgré tout assez important, et c'est notable, puisque l'on passe de quatorze formations habilitées en 2000 à huit en 2005. Voir, pour 2000, arrêté du 24 août 2000, JORF n°176 du 25 Août 2000 p. 13011 ; pour 2005 l'arrêté du 1er avril 2005, JORF n°77 du 2 avril 2005 p. 5953

¹²⁴⁹ Recommandation n° 2005-3 du 22 mars 2005 du Conseil supérieur de l'audiovisuel à l'ensemble des services de télévision et de radio en vue du référendum du 29 mai 2005, JORF du 25 mars 2005 p. 5033.

d'abord, elle partage avec cette dernière de nombreux aspects. L'on y retrouve en effet le dépassement de la date de la campagne officielle, la volonté de régir tant l'actualité liée au référendum que celle qui n'y est pas liée, ou la question de l'utilisation des archives. Les deux recommandations sont donc similaires. Une différence, néanmoins, ou plutôt un ajout dans la recommandation du CSA : la prise en compte de la diversité des positionnements au sein même des formations politiques, puisqu'il affirme : « *les services de télévision et de radio veillent à ce que les partis ou groupements politiques bénéficient d'une présentation et d'un accès à l'antenne équitables. Lorsqu'ils rendent compte de la pluralité des positions au sein des partis ou groupements politiques, ils veillent également à le faire dans des conditions équitables* »¹²⁵⁰. Cela peut paraître marginal, mais il nous semble qu'il s'agit là d'une prise en considération de la spécificité, pour la vie partisane, de l'objet référendaire par rapport à l'objet électoral, la « pluralité de positions » étant bien plus ordinaire dans le cadre du premier que dans celui du second.

1100. Dernier point, et cela explique pour partie les changements précédents, est pour la première fois intégrée au droit des campagnes référendaires la prise en considération du financement de la campagne. L'article 8 du décret prévoit en effet que « *les dépenses faites pour la campagne du référendum par chaque parti ou groupement politique habilité dans les conditions posées à l'article 3 du présent décret font l'objet d'un remboursement de la part de l'Etat dans la limite d'un plafond de huit cent mille euros* », ce remboursement couvrant les dépenses faites pour « *frais d'impression des affiches mentionnées à l'article 4 du présent décret ; frais d'impression et de diffusion de tracts, affiches et brochures ; frais liés à la tenue de manifestations et réunions* »¹²⁵¹. Cette insertion d'un volet financier se traduit également par l'intégration au dispositif d'encadrement de la campagne référendaire de trois des principales dispositions permettant le contrôle du financement des campagnes. Ainsi, des comptes de campagne doivent être tenus, et présentés par un membre de l'ordre des experts comptables¹²⁵² à la Commission Nationale des Comptes de Campagne et du Financement de la vie Politique (CNCCFP, qui est une AAI)¹²⁵³, et un mandataire financier doit être désigné pour effectuer les dépenses¹²⁵⁴.

1101. Le décret de 2005 est donc sensiblement différent, en ce qu'il enrichit le droit des campagnes référendaires d'une dimension qui, jusqu'alors, n'était absolument pas prise en compte, alors même qu'elle l'était, dans le droit électoral « commun », depuis 1988. De même, l'ensemble du dispositif semble plus « spécial », que ses prédécesseurs, au sens où il comprend certaines règles ou aspects qui sont liés à la nature référendaire de l'objet politique en cause.

1102. Globalement, l'étude de ces différents actes réglementaires fait affleurer le caractère ambigu de la réglementation applicable aux campagnes référendaires. Pour l'essentiel, ces décrets transposent des normes existant en droit électoral « normal », ce qui conduit à

¹²⁵⁰ *Ibid.*, point a du 1°) du I de la recommandation.

¹²⁵¹ Art. 8, al. 2, 3, et 4.

¹²⁵² Art. 10, al. 2.

¹²⁵³ Art. 9, pour la compétence de la Commission, art. 10, al. 1, pour le dépôt des comptes devant elle.

¹²⁵⁴ Art. 8, al. 5.

s'interroger sur la nécessité d'un encadrement renouvelé à chaque fois, d'autant plus que l'opération de transposition est réitérée à chaque référendum sur les mêmes dispositions. De sorte que ce droit est à la fois non-pérenne, et assez stable, même si des ajouts sont faits au fil du temps.

1103. Ce dernier point permet d'ailleurs d'affirmer que l'appui pris par l'appareil réglementaire sur le droit commun électoral se fait de plus en plus important avec le temps. Mais cela procède aussi de la taille importante du périmètre régi par l'appareil réglementaire d'encadrement : temps de parole, groupements autorisés à participer à la campagne, dates de la campagne officielle, type de financement et modalités de mises en œuvre... Il y a donc là une autre ambiguïté, car la stabilité cache une compétence réglementaire plus large que ce que la répartition imposée par les articles 34/37 de la Constitution ne laisse à penser.

II : L'apport de la jurisprudence

1104. L'histoire de la jurisprudence rendue en matière de campagne référendaire est d'abord celle d'une répartition contentieuse complexe. L'organisation du référendum en plusieurs actes réglementaires, et la circonstance qu'un référendum, en application de l'article 60 de la Constitution, relève de la compétence contentieuse du Conseil Constitutionnel¹²⁵⁵, a en effet entraîné une double-intervention contentieuse. Au Conseil d'Etat, la compétence pour connaître des actes préparatoires, au Conseil Constitutionnel celle de connaître du contentieux naissant de la consultation elle-même. Cette situation résultait de l'interprétation restrictive que le juge constitutionnel avait de sa propre compétence, considérant que ni l'article 60, ni l'article 50 de l'ordonnance n°58-1067 du 07 novembre 1958¹²⁵⁶ ne pouvaient s'interpréter comme lui donnant compétence contentieuse au-delà des opérations de votation elles-mêmes. Plus précisément, cette position résultait de deux arguments. D'abord d'une lecture constructive de l'ordonnance précitée, qui lui donne compétence consultative sur les décrets relatifs à la campagne et dont il estimait qu'il fallait l'entendre comme excluant toute compétence contentieuse. Ensuite d'une lecture restrictive de l'article 50 aux termes de laquelle le Conseil estimait que la présence du mot « opérations », entendu, en droit électoral ordinaire, comme renvoyant au vote, impliquait que son contrôle s'exerçât seulement sur cet aspect¹²⁵⁷.

¹²⁵⁵ Compétence déclinée également dans l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique relative au Conseil Constitutionnel *op.cit.*, qui comprend un chapitre VII intitulé : « de la surveillance des opérations de référendum et de la proclamation des résultats ».

¹²⁵⁶ Inséré dans le chapitre VII de l'ordonnance, intitulé « de la surveillance des opérations de référendum et de la proclamation des résultats », cet article dispose que le Conseil « examine et tranche définitivement toutes les réclamations. Dans le cas où le Conseil constitutionnel constate l'existence d'irrégularités dans le déroulement des opérations, il lui appartient d'apprécier si, eu égard à la nature et à la gravité de ces irrégularités, il y a lieu soit de maintenir lesdites opérations, soit de prononcer leur annulation totale ou partielle ».

¹²⁵⁷ Cons., const., Déc., n° 60-2 REF du 23 décembre 1960 portant sur « le Regroupement National », Rec. p. 67.

1105. Il a ainsi rejeté, pour incompetence, toutes les requêtes le saisissant de griefs dirigés contre les actes préparatoires¹²⁵⁸. Il faut d'ailleurs souligner que les sept décisions de rejet ont été rendues par le Conseil Constitutionnel après des demandes qui avaient toutes, ou presque, un lien avec un aspect de la campagne référendaire. Ainsi, trois sont dirigées contre un refus d'inscrire la formation du requérant sur la liste des organisations habilitées à participer à la campagne¹²⁵⁹, trois sont dirigées contre la pratique consistant, pour le Gouvernement, à envoyer aux électeurs du contenu assimilé par les requérants à de la propagande électorale¹²⁶⁰, et le grief de la dernière n'est pas précisé dans le texte de la décision¹²⁶¹. L'on voit que la campagne référendaire semble être, matériellement, la principale source contentieuse dans les matières régies par les « actes préparatoires ».

1106. Cette impression sort renforcée de l'analyse des décisions rendues par le Conseil d'Etat sur le contentieux des actes préparatoires. En effet, saisi à son tour d'un décret relatif à la campagne référendaire, le Conseil d'Etat a estimé qu'il s'agissait d'un acte détachable du décret décidant de soumettre un texte à référendum¹²⁶², et a accepté de le contrôler¹²⁶³, dans la droite ligne de ses décisions précédentes¹²⁶⁴. Là encore, donc, la décision a pour origine une requête dirigée contre la réglementation relative à la campagne. Il en va de même des autres décisions rendues par la même juridiction, relativement aux décrets organisant le référendum suivant¹²⁶⁵. Trois arrêts sont mentionnés au recueil. Le premier¹²⁶⁶ est rendu sur une saisine visant plusieurs actes différents, mais notamment tous ceux ayant un rapport avec la campagne¹²⁶⁷. La requête à l'origine du deuxième¹²⁶⁸ vise le seul décret relatif à la campagne. Le troisième¹²⁶⁹ est relatif à l'arrêté du Premier Ministre fixant la liste des organisations habilitées à la campagne. Par ailleurs, la jurisprudence issue de cet ensemble de décisions valide le dispositif d'encadrement de la campagne référendaire, dans toutes ses dimensions. L'intervention du pouvoir réglementaire, l'intégration du critère « des 5% » pour la deuxième catégorie d'organisations habilitées à participer à la campagne comme la circonstance que ce

¹²⁵⁸ Il s'agit des décisions : Cons., const., Déc., n° 60-2 REF du 23 décembre 1960 *op.cit.* ; Déc., n° 60-3 REF du 23 décembre 1960 Rec. p.68 ; Déc., n° 62-6 REF du 3 avril 1962 Rec. p. 63 ; Déc. n° 88-13 REF du 25 octobre 1988, JORF du 26 octobre 1988 p. 13521, Rec. p. 191 ; Déc., n° 92-16 REF du 15 septembre 1992, JORF du 16 septembre 1992 p. 12775, Rec. p. 85 ; Déc., n° 92-17 REF du 15 septembre 1992, JORF du 16 septembre 1992 p. 12775, Rec. p. 87 ; Déc., n° 92-18 REF du 18 septembre 1992, JORF du 19 septembre 1992 p. 12981, Rec. p. 89.

¹²⁵⁹ Déc., n° 60-2 REF, n° 60-3 REF et n° 62-6 REF *op.cit.*

¹²⁶⁰ Déc., n° 92-16 REF, n° 92-17 REF, n° 92-18 REF *op.cit.*

¹²⁶¹ Le décret relatif à la campagne y est néanmoins visé, mais trois autres relevant des actes préparatoires le sont également.

¹²⁶² Qui est un acte de gouvernement : CE, Ass., 19 octobre 1962, « Brocas », Rec. p. 553.

¹²⁶³ CE, Ass., 17 octobre 1988, « Centre National des Indépendants et Paysans », rec. p. 385.

¹²⁶⁴ Par exemple, dans l'arrêt « Brocas » *op.cit.*, où il affirmait que le décret portant organisation du référendum est un acte détachable. A noter que la position du juge administratif étant probablement justifiée par le refus de son homologue du Palais-Royal, comme le souligne Fatin-Rouge Stéfani M., *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Economica-PUAM, 2004, p. 154, note n°621.

¹²⁶⁵ Il s'agit bien sûr du référendum du 20 novembre 1992 relatif à la ratification du traité de Maastricht.

¹²⁶⁶ CE, Ass., 10 septembre 1992, « Meyet », rec. p. 329.

¹²⁶⁷ Décret relatif à la campagne (celui applicable à la métropole et celui applicable à Saint Pierre et Miquelon), arrêtés du Premier Ministre fixant la liste des organisations habilitées à y participer et la répartition du temps de parole dans les médias, décision du CSA relative aux conditions de production, programmation et diffusion des émissions s'y rapportant.

¹²⁶⁸ CE, Ass., 10 septembre 1992, « Galland », rec. p. 343.

¹²⁶⁹ CE, 6/2 SSR, 11 septembre 1992, « Association Chasse, pêche, nature, et traditions », req n° 140974

chiffre est calculé seulement au niveau national, le principe et la mesure de la répartition des temps de parole, l'intervention du CSA...

1107. Néanmoins, le contrôle du juge administratif se cantonnait, eu égard aux moyens dont il était saisi, essentiellement au principe de ces divers aspects. Ainsi, dans l'arrêt « CNI » de 1988, était contrôlé le principe de l'intégration d'un nouveau critère d'accès à la campagne, dispositif repris et validé de la même façon en 1992. Mais il n'avait pas eu à se prononcer, par exemple, sur la circonstance que le Gouvernement participait à la campagne, et notamment par l'envoi de documents -comprenant l'exposé des motifs du projet de ratification-, pratique dont le juge constitutionnel avait été saisi lors de la même campagne, comme on l'a vu.

1108. Par ailleurs, le fait que le Conseil d'Etat ait accepté de se prononcer sur la validité des décrets encadrant la campagne n'a pas fait cesser les tentatives de saisine du Conseil Constitutionnel, comme en attestent les trois décisions de rejet émises par ce dernier en 1992. Alors même que le droit des campagnes référendaires évoluait -quoique légèrement-, alors même que le contentieux se développait dans la même mesure, la position du juge constitutionnel restait la même.

1109. Il faut dire que la raison réelle de sa position était probablement bien plus philosophique que juridique, même si sur ce plan elle n'était pas invraisemblable : la circonstance qu'il s'agisse d'opérations préalables à un référendum, donc d'une opération par laquelle le corps électoral s'exprime directement, n'étant probablement pas pour rien dans son refus. En effet, il adoptait une position inverse en matière d'opérations électorales¹²⁷⁰.

1110. Largement critiqué en doctrine¹²⁷¹, notamment parce que l'intervention du Conseil d'Etat ne suffisait pas à éviter totalement un « déni de justice »¹²⁷², le Conseil Constitutionnel a fini, en 2000, par revoir sa position, dans la décision « Hauchemille I » du 25 juillet 2000¹²⁷³. Conservant son raisonnement initial¹²⁷⁴, il revire néanmoins sa jurisprudence antérieure, par l'insertion du considérant suivant : « *Considérant, cependant, qu'en vertu de la*

¹²⁷⁰ Cons., const., Déc., n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981, JORF du 12 juin 1981 p.1725, Rec. p. 97: (après avoir rappelé que sa compétence contentieuse s'exerce normalement sur les litiges nés des résultats des opérations électorales) « *considérant cependant que les griefs allégués par François Delmas mettent en cause les conditions d'application de l'article 12 de la Constitution et, à cet égard, la régularité de l'ensemble des opérations électorales telles qu'elles sont prévues et organisées par les décrets du 22 mai 1981 et non celle des opérations électorales dans telle ou telle circonscription ; qu'il est donc nécessaire que, en vue de l'accomplissement de la mission qui lui est confiée par l'article 59 de la Constitution, le Conseil constitutionnel statue avant le premier tour de scrutin* ».

¹²⁷¹ Pour une synthèse plus générale -car non-centrée sur la question de la campagne- et comprenant de nombreuses références doctrinales, voir Fatin-Rouge Stéfanini M., *op.cit.*, pp. 147-166.

¹²⁷² *Ibid.*, pp. 156-157.

¹²⁷³ Cons., const., Déc., n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000, JORF du 29 juillet 2000 p. 11768, Rec. p. 117.

¹²⁷⁴ *Ibid.*, cons. 3 et 4 : « *Considérant qu'il résulte de l'article 46 de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958 que les attributions du Conseil constitutionnel ont un caractère consultatif en ce qui concerne l'organisation des opérations de référendum ; qu'en revanche, conformément aux dispositions des articles 49 et 50 de ladite ordonnance, le rôle du Conseil a un caractère juridictionnel lorsqu'il statue sur les réclamations afférentes au déroulement de ces opérations ; Considérant que les décrets contestés ont été préalablement soumis à la consultation exigée par l'article 46 de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958 ; que, dès lors, un électeur n'est en principe recevable à inviter le Conseil constitutionnel à statuer en la forme juridictionnelle sur la régularité de ces actes que dans les conditions définies par l'article 50 de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958, précisées et complétées par le règlement de procédure susvisé* ».

mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution, il appartient au Conseil constitutionnel de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics »¹²⁷⁵. Le principe demeure donc, mais peut être exceptionnellement dépassé, à charge pour le Conseil de vérifier, à chaque litige, si les conditions de l'exception sont réunies. Le juge considère que tel est le cas dans la décision ici visée, « eu égard à la nature des actes contestés et des griefs invoqués »¹²⁷⁶. Parmi ces actes, l'on compte le décret n°2000-667 relatif à la campagne référendaire, qui est examiné dans la décision. Même si la requête est rejetée, il est acquis, à compter de cette décision que le décret organisant la campagne est susceptible d'un recours contentieux devant le juge des opérations référendaires.

1111. La décision suivante¹²⁷⁷ porte exclusivement sur ce même décret. Le juge accepte à nouveau d'en connaître. La requête était spécialement dirigée contre les critères d'accès à la campagne officielle, sur le fondement de l'article 4 de la Constitution¹²⁷⁸, du principe d'égalité, et du principe de pluralisme des courants d'idée de d'opinion. Le Conseil la rejette¹²⁷⁹, et ces critères sont ainsi validés.

1112. Les autres requêtes examinées par le Conseil à l'occasion du référendum de 2000¹²⁸⁰ seront aussi dirigées exclusivement ou notamment contre le décret organisant la campagne, et, parfois, contre d'autres actes régissant la campagne¹²⁸¹. Tout comme pour les décisions Hauchemaille I et Larrouturou, précitées, les moyens invoqués seront similaires soit à ceux présentés dans le cadre de ces deux décisions, soit à ceux qui l'avaient été devant le Conseil d'Etat en 1992. Sont ainsi rejetés les griefs prenant appui sur l'article 4 de la Constitution, sur

¹²⁷⁵ *Ibid.*, cons. 5.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, cons. 6.

¹²⁷⁷ Cons., const., Déc., n° 2000-23 REF du 23 août 2000, JORF du 26 août 2000 p. 13166, Rec. p. 137.

¹²⁷⁸ « Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage ».

¹²⁷⁹ *Ibid.*, cons. 6 : « *considérant, en premier lieu, qu'en ajoutant au critère tiré de la représentation au sein d'un groupe parlementaire un critère d'habilitations des partis ou groupements politiques tiré des résultats obtenus à la dernière élection des représentants au Parlement européen et en fixant un seuil de 5% des suffrages exprimés, les auteurs du décret n'ont, en raison notamment du caractère limité du temps d'antenne disponible à la radio et à la télévision en vue de la campagne officielle, ni porté atteinte à l'égalité entre les partis et groupements politiques, ni violé le principe de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants d'idée et d'opinion* ».

¹²⁸⁰ Cons., const., Déc., n° 2000-24 REF du 23 août 2000 *op.cit.* ; Déc., n° 2000-25 REF du 6 septembre 2000, JORF du 9 septembre 2000 p.14165, Rec. p. 144 ; Déc., n° 2000-26 REF du 6 septembre 2000, JORF du 9 septembre 2000 p. 14164, Rec. p. 140 ; Déc., n° 2000-28 REF du 11 septembre 2000, JORF du 14 septembre 2000 p. 14432, Rec. p. 148.

¹²⁸¹ Arrêté du 23 août 2000 portant répartition du temps de parole pour la campagne en vue du référendum, JORF n°196 du 25 août 2000 p. 13010, et celui du 24 août 2000 fixant la liste des organisations politiques habilitées à participer à la campagne en vue du référendum, JORF n°196 du 25 août 2000 p. 13011, dans la décision n°2000-26 REF *op.cit.*. Le Conseil n'a pas statué, estimant que les conditions pour statuer sur ces actes avant la proclamation des résultats n'étaient pas réunies. Il en a jugé de même dans la décision Hauchemaille II, s'agissant de la recommandation n° 2000-3 du 24 juillet 2000 du Conseil supérieur de l'audiovisuel relative à l'ensemble des services de radiodiffusion sonore et de télévision en vue du référendum du 24septembre 2000 et la décision n° 2000-409 du 26 juillet 2000 du Conseil supérieur de l'audiovisuel relative aux conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives à la campagne officielle radiotélévisée en vue du référendum du 24 septembre 2000. Les autres requêtes ne visaient pas ces actes.

le principe constitutionnel de pluralisme des courants d'idée et d'opinion, sur l'article 34 de la Constitution¹²⁸², ainsi que son article 19¹²⁸³. Est aussi rejeté le grief dirigé contre l'application de l'article L. 50 du code électoral¹²⁸⁴.

1113. L'organisation de la campagne référendaire de 2000 a donc été l'occasion de progrès significatifs dans la justiciabilité des actes préparatoires, particulièrement s'agissant des actes relatifs à la campagne. Partant, cela a aussi permis de s'assurer de la compatibilité de l'organisation de cette campagne aux normes constitutionnelles, tant formellement -la technique d'organisation, notamment- que matériellement. Cependant, l'étude du détail des moyens invoqués amoindrit la portée de cette affirmation, dans la mesure où ils furent très similaires à ceux qui avaient été invoqués, en 1988 et 1992, devant le Conseil d'Etat.

1114. La jurisprudence relative à la campagne référendaire de 2005 fut plus instructive¹²⁸⁵.

1115. La première décision rendue est aussi la plus connue, dans la mesure où elle a pour la première fois fait se lever un doute quant à la possibilité pour le Conseil de contrôler au fond le texte soumis à référendum dans le cadre de l'article 11¹²⁸⁶. Cette décision intéresse également le droit des campagnes référendaires. Le décret n°2005-238 du 17 mars 2005, relatif à la campagne, y est effectivement attaqué. Au-delà des habituels griefs évoqués à l'encontre de la décision, par un décret simple, de transposer des interdictions prévues par le Code électoral à la campagne, déjà rencontrés lors des référendums précédents et ici rejetés de même, l'on y trouve de nouveaux moyens. Les requérants y invoquent tant la loi¹²⁸⁷, l'erreur

¹²⁸² Ce dernier moyen était plus nouveau, dans la mesure où le référendum sur le quinquennat était organisé en application de l'article 89 de la Constitution. Il a néanmoins été rejeté, le juge estimant que « *c'est au pouvoir réglementaire, dès lors que manquent les dispositions législatives nécessaires, qu'il incombe de fixer les modalités d'exécution de la décision par laquelle le Président de la République, faisant usage de ses prérogatives constitutionnelles, soumet un texte au référendum, que ce soit en application de l'article 11 ou de l'article 89 de la Constitution ; qu'il appartient ainsi au pouvoir réglementaire de rendre applicables, avec les adaptations justifiées par ce type de consultation, les dispositions législatives et réglementaires régissant d'autres consultations électorales* ». Cons., const., Déc., n° 2000-25 REF *op.cit.*, cons. 2.

¹²⁸³ Ce moyen excipait de l'absence de signature du ministre de la justice pour demander l'annulation du décret. Il a été rejeté au motif que ce ministre ne faisait pas partie de la liste des « ministres responsables ». Cons., const., Déc., n° 2000-28 REF, *op.cit.*, cons. 4.

¹²⁸⁴ Qui dispose, pour mémoire, que « il est interdit à tout agent de l'autorité publique ou municipale de distribuer des bulletins de vote, professions de foi et circulaires des candidats », et dont le requérant estimait qu'il ne pouvait être rendu applicable à la campagne référendaire par le pouvoir réglementaire, s'agissant, selon lui, d'une disposition de nature contraventionnelle. Le Conseil n'a évidemment pas souscrit à cette analyse.

¹²⁸⁵ Pour une synthèse : Camby J.-P., « Le contentieux de l'organisation du référendum du 29 mai 2005 », RDP, 2005/3, p. 587-596.

¹²⁸⁶ Il s'agit de Cons., const., Déc., n° 2005-31 REF du 24 mars 2005, JORF du 31 mars 2005 p. 5834, Rec. p.56. Quant à la question évoquée ci-dessus, l'on se reportera à Fatin-Rouge Stéfanini M., « La décision Hauchemaille et Meyet du 24 mars 2005 : un nouveau pas en matière de contrôle des référendums », R.F.D.A, 2005, (n° 5), pp.1040-1048

¹²⁸⁷ Pour contester la date et l'heure de clôture de la campagne. *Ibid.* Cons. 15 : « *l'article 1er, qui fixe la clôture de la campagne en vue du référendum au samedi 28 mai 2005 à minuit, serait en contradiction avec l'article L. 49 du code électoral, rendu par ailleurs applicable à la consultation en cause par l'article 2 de ce décret* ». Egalement pour contester l'absence de plafond de dépenses alors que le décret prévoit une aide financière, dans le même considérant : « *que, subsidiairement, le décret aurait dû instituer un plafond de dépenses, comme dans le droit commun de l'aide financière publique aux campagnes électorales* ».

manifeste d'appréciation¹²⁸⁸, que des principes de droit des finances publiques¹²⁸⁹, ou des dispositions et principes constitutionnels encore jamais invoqués dans ce cadre¹²⁹⁰. Par ailleurs, et comme on le voit dans les extraits de la décision cités en note, ils se diversifient tant dans le nombre des dispositions attaquées que dans l'angle sous lequel ils les abordent. L'introduction de considérations financières est ici très visible.

1116. Le Conseil les a néanmoins tous rejetés. Il souligne d'abord la spécificité du droit des campagnes référendaires et, ce, par deux biais. Il affirme dans un premier temps que le pouvoir réglementaire, peut, en adaptant à la campagne référendaire les règles de droit commun prévoyant que certaines interdictions entrent en vigueur à des moments chronologiquement déterminés, adapter cette chronologie¹²⁹¹. Dans un second temps, il applique la même logique de raisonnement à l'absence de plafonnement des dépenses¹²⁹². Il faut attirer l'attention sur ces deux affirmations, puisqu'elles impliquent que le pouvoir réglementaire dispose d'une vraie marge d'appréciation dans les règles qu'il choisit, ou non de transposer et, partant, qu'il a un pouvoir assez important sur le fond de l'encadrement. La consécration législative n'apporte ici un changement seulement partiel, cet état du droit est encore valable pour le financement de la campagne.

1117. Il achève ensuite de valider l'introduction de certaines dispositions relatives au financement de la campagne¹²⁹³. La circonstance que l'encadrement de la campagne

¹²⁸⁸ *Ibid.*, « que serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation l'article 2 du décret critiqué en tant qu'il ne fait entrer en vigueur les interdictions édictées par certains articles du code électoral qu'à compter du 9 mai 2005 à zéro heure ».

¹²⁸⁹ *Ibid.*, « qu'aurait dû être inscrite en loi de finances la charge résultant pour l'Etat de l'aide apportée, en vertu des articles 8 à 10 du décret attaqué, aux formations politiques habilitées à participer à la campagne en vue du référendum ».

¹²⁹⁰ Principe d'égalité et d'indivisibilité de la République, toujours dans le même considérant : « que serait contraire aux principes d'égalité et d'indivisibilité de la République, énoncés par l'article 1er de la Constitution, la loi locale du 10 juillet 1906, applicable en Alsace Moselle ». Et, concluant ce considérant : l'article 60 de la Constitution : « qu'enfin, la mission attribuée à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques par les articles 8 à 10 du décret empiéterait sur les prérogatives confiées au Conseil constitutionnel par l'article 60 de la Constitution ».

¹²⁹¹ *Ibid.*, cons. 16 : « considérant, en premier lieu, que ne sont contraires à aucune règle ni à aucun principe de valeur constitutionnelle, et ne sont pas non plus entachées d'erreur manifeste dans l'adaptation au référendum des règles du droit commun électoral, les dispositions de l'article 1er du décret contesté qui, sauf disposition contraire applicable à certaines formes de propagande en vertu d'autres articles dudit décret, fixent la clôture de la campagne la veille du scrutin à minuit ; qu'il en est de même des dispositions de l'article 2 qui font entrer en vigueur les interdictions édictées par l'article L. 50-1, le troisième alinéa de l'article L. 51 et le premier alinéa de l'article L. 52-1 du code électoral à compter du 9 mai 2005 à zéro heure ».

¹²⁹² *Ibid.*, « qu'en l'absence de dispositions législatives applicables en la matière, le pouvoir réglementaire a institué une aide publique aux formations politiques habilitées à participer à la campagne en vue du référendum ; qu'il n'était pas tenu, ce faisant, de transposer l'intégralité des règles régissant les autres consultations électorales, en particulier le plafonnement des dépenses ».

¹²⁹³ *Ibid.*, cons. 18 et 19 : « Considérant, en troisième lieu, que l'article 60 de la Constitution, aux termes duquel : " Le Conseil Constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats ", ne fait pas obstacle à ce que le contrôle de la justification des dépenses exposées par les formations habilitées, ainsi que le calcul de la somme qui leur sera remboursée par l'Etat, soient confiés à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques instituée par l'article L. 52-14 du code électoral ; Considérant, en quatrième lieu, que le décret attaqué n'a pas pour objet, et ne saurait avoir pour effet, de majorer les crédits votés par le Parlement dans le cadre de la loi de finances pour 2005 ; que la dépense résultant, pour l'Etat, de l'application des articles 8 à 10 du décret attaqué s'imputera sur les crédits fixés par la loi de finances initiale pour 2005, le cas échéant modifiés par une loi de

référendaire 2005 soit plus ample que ses prédécesseurs se manifeste donc également dans le contentieux qui s'y rapporte.

1118. La deuxième décision se rapporte également, d'une certaine manière, à la campagne, puisqu'elle porte sur l'envoi d'un exposé des motifs aux électeurs¹²⁹⁴. Cet aspect a cependant été largement commenté *supra*, et nous ne l'évoquerons pas plus avant¹²⁹⁵.

1119. La troisième décision a été rendue sur plusieurs saisines visant toutes le seul décret n°2005-238 relatif à la campagne. Les moyens étaient assez « classiques », si l'on peut dire, dans la mesure où étaient attaqués les critères fixés par le décret pour l'accès à la campagne, sur le fondement de l'article 34 et de l'article 4 de la Constitution. Sans surprise, le Conseil les rejette, par l'utilisation d'un considérant qu'on retrouve régulièrement dans le contentieux de la campagne référendaire¹²⁹⁶.

1120. La quatrième décision est quant à elle très brève¹²⁹⁷, dans la mesure où le Conseil décline sa compétence, la saisine portant sur la campagne d'affichage.

1121. La cinquième décision¹²⁹⁸, si elle ne porte pas sur le décret relatif à la campagne, concerne néanmoins notre sujet, puisqu'elle concerne la transmission aux électeurs par l'administration de certains documents, et notamment l'exposé des motifs du projet de loi de ratification. Le juge accepte de contrôler la teneur de cet exposé, et ce contrôle a déjà été évoqué. Comme précédemment, nous ne l'évoquerons donc pas plus avant.

1122. La sixième décision¹²⁹⁹, enfin, ne concerne pas la campagne référendaire.

1123. Au bilan, le contentieux né de la campagne référendaire de 2005 est assez représentatif, là encore, de son encadrement : apparition de contestations liées au financement public de la campagne, à l'intervention de l'Etat dans l'information des électeurs, en plus de celles liées à des dispositions déjà présentes dans les campagnes précédentes, mais non-encore attaquées, ou par le biais d'autres moyens. L'on notera que, quelle que soit la campagne considérée, ni le Conseil d'Etat ni le Conseil Constitutionnel n'ont censurés, ou même émis

finances rectificative ; que, dès lors, le grief tiré de ce que le décret critiqué aurait empiété sur le domaine réservé aux lois de finances doit être rejeté. ».

¹²⁹⁴ Cons., const., Déc., n° 2005-33 REF du 7 avril 2005, JORF du 9 avril 2005 p. 6457, Rec. p. 61.

¹²⁹⁵ Cf. *supra* n°905 et s.

¹²⁹⁶ Cons., const., Déc., n° 2005-34 REF du 7 avril 2005, JORF du 9 avril 2005 p. 6458, Rec. p. 64, cons. 3 « [...] qu'il appartient ainsi au pouvoir réglementaire de rendre applicables, avec les adaptations justifiées par ce type de consultation, les dispositions législatives et réglementaires régissant d'autres consultations électorales ; que tel est le cas des dispositions qui définissent les conditions dans lesquelles certains partis politiques peuvent être habilités à participer à la campagne, notamment en disposant d'un temps de parole dans les émissions des sociétés nationales de programme ». Et cons. 4 : « [...] qu'en exigeant d'un parti politique, pour qu'il puisse être habilité, qu'au moins cinq députés ou cinq sénateurs aient déclaré se rattacher à lui pour l'attribution en 2005 de l'aide publique aux partis et groupements politiques, ou qu'il ait obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés aux dernières élections des représentants au Parlement européen, totalisés au niveau national, l'article 3 du décret a retenu des critères objectifs qui, en raison notamment du caractère limité des temps d'antenne disponibles à la radio et à la télévision en vue de la campagne officielle, ne portent pas atteinte à l'égalité entre les partis ou groupements politiques et ne méconnaissent pas l'article 4 de la Constitution [...] »

¹²⁹⁷ Cons., const., Déc., n° 2005-36 REF du 3 mai 2005, Rassemblement pour la France, JORF du 5 mai 2005 p. 7872, Rec. p. 87.

¹²⁹⁸ Cons., const., Déc., n° 2005-35 REF du 19 mai 2005, JORF du 21 mai 2005 p. 8849, Rec. p. 90.

¹²⁹⁹ Cons., const., Déc., n° 2005-37 REF du 25 mai 2005, JORF du 28 mai 2005 p. 9447, Rec. p. 93.

une réserve sur le contenu d'un décret. On peut d'ailleurs s'interroger sur l'absence de sévérité, déjà souligné par Marthe Fatin-Rouge Stéfanini¹³⁰⁰. Notamment, la grande liberté laissée au pouvoir exécutif pose question. Il nous paraît assez probable que cette circonstance s'explique largement par la nature du référendum sous la Vème République qui, sans être un « fait du prince », reste une prérogative présidentielle. Il demeure que l'encadrement, par les juridictions compétentes, de l'action exécutive en la matière peut paraître assez limité. Mais, et c'est important pour ce qui nous intéresse, cette limite concerne la seule rigueur du contrôle, et non le champ de ce qui est, ou non contrôlé. De sorte qu'il reste raisonnablement envisageable que ce « laxisme » ne soit que contingent, car le juge accepte de connaître de tous les aspects embrassés par l'appareil réglementaire régissant la campagne référendaire.

1124. Au bilan, l'on peut tirer trois conclusions quant au droit des campagnes référendaires.

1125. Tout d'abord, il est assez stable, puisque chaque décret relatif à une campagne reprend l'essentiel du décret précédent. Cette stabilité est notable pour un droit dont l'essentiel est produit et détruit à chaque occurrence de l'évènement qu'il encadre.

1126. Ensuite, celle-ci ne l'empêche pas d'évoluer vers l'augmentation de la contrainte issue du dispositif créé par le décret. On l'a vu, le dernier décret, celui de 2005, comprend deux fois plus d'articles que celui de 1960. Mais l'évolution n'est pas seulement quantitative, elle est aussi qualitative : l'intégration de dispositions permettant un remboursement des frais engagés par les formations politiques pour les besoins de la campagne, comme l'acceptation par le Conseil constitutionnel de connaître de certains actes préparatoires nous semblent en être les manifestations les plus visibles.

1127. Enfin, cette évolution est permise, et prend appui, par les modifications du droit électoral, voire du droit tout court. Qu'il s'agisse de modifier les critères d'accès à la campagne, d'encadrer plus avant son traitement dans les médias audiovisuels, ou d'introduire un dispositif de remboursement des frais de campagne, le pouvoir réglementaire s'appuie sur l'existant. Lois de financement de la vie politique, loi sur l'audiovisuel, interventions des AAI créées par ces dispositifs (CSA, CNCCFP)... de sorte que le droit des campagnes référendaires se rapproche du droit des campagnes électorales. Néanmoins, cet appui n'est pas total, tant s'en faut. La meilleure illustration de ce constat est probablement la circonstance que des requérants aient pu juger pertinent d'exciper de l'absence de plafonds de dépenses dans le décret relatif à la campagne de 2005 pour en demander l'annulation. En effet, cet argument souligne, sinon l'incomplétude, du moins la différence entre le financement d'une campagne référendaire et celui d'une campagne électorale.

1128. Stable, mais évoluant vers un encadrement plus fort, inspiré du droit des campagnes électorales sans en reprendre l'ensemble, le droit des campagnes référendaires paraît, en effet, soit en cours de mutation, soit incomplet, selon le point de vue que l'on adopte. Là encore, la consécration par la loi n'a pas changé grand-chose : si elle cristallise bel et bien une réglementation pérenne, elle n'est, encore une fois, pas complète si on la compare au périmètre du droit des campagnes électorales.

¹³⁰⁰ Cf. *supra* n°909 et s.

1129. Il est en outre assez marqué par l'architecture des compétences qui se trouve à son origine, comme on l'a vu, ce qui peut expliquer le caractère assez lâche de l'encadrement par le juge, caractère qui le rend, en l'état, difficilement applicable à une initiative populaire, au moins sur le plan de l'opportunité, puisque le pouvoir réglementaire ne saurait disposer d'une compétence aussi importante sur une campagne référendaire corrélée à un processus dans lequel il n'a aucun rôle majeur.

1130. En toute hypothèse, tout ceci rend son étude insuffisante à rendre compte seule de la dynamique du droit des campagnes politiques en France. D'abord parce que le premier est nettement moins touffu que le second, ensuite et surtout parce que le droit des campagnes référendaires semble tendre vers le droit des campagnes politiques.

1131. Il convient donc, pour pouvoir envisager une transposition du droit positif à un processus d'initiative populaire, d'aborder à présent le droit des campagnes politiques, quand bien même n'a-t-il pas nécessairement été utilisé intégralement pour les référendums.

§2 : Le droit des campagnes électorales

1132. Contrairement au paragraphe précédent, il ne saurait s'agir ici de procéder à une étude complète du droit des campagnes électorales. Tout d'abord, le sujet est assez vaste pour occuper deux titres entiers du manuel de droit électoral le plus récent¹³⁰¹, et avoir fait l'objet d'un ouvrage qui l'est plus encore¹³⁰². Mais, surtout, ce n'est pas nécessaire : la matière de la réflexion est ici exhaustivement recensée et commentée dans des ouvrages de qualité¹³⁰³. Autrement dit, on peut s'appuyer sur un travail déjà réalisé pour mettre en évidence les éléments structurants du droit des campagnes électorales. Il sera possible d'utiliser par conséquent ici autant de sources secondaires que primaires. Ainsi, l'observation du plan du code électoral permet, à elle seule, de faire ressortir les deux éléments principaux de la réglementation applicable aux campagnes, qui en constitue l'espace, le cadre, à savoir la propagande (I) et le financement (II). Pareille division exclut implicitement un autre aspect du droit des campagnes électorales : toutes les questions ayant trait à l'encadrement des candidatures. Cette exclusion nous paraît se justifier par le caractère singulier de cette question. Propre à la matière électorale, elle est le seul aspect du régime des campagnes électorales qui ne saurait, par nature, être transposé à la matière référendaire comme, d'ailleurs, en atteste l'absence totale de dispositions comparables ou issues de cet encadrement dans les décrets relatifs aux campagnes référendaires. A l'intérieur de chacun de ces deux aspects, l'appréciation de la direction prise par cette réglementation permet de souligner les éléments structurants. Cette direction peut être objectivée en partant des titres donnés aux subdivisions des différents manuels, démarche que l'on peut doubler, en tant que

¹³⁰¹ Touvet L. et Doublet Y.-M., *Droit des élections*, Economica, 2014, pp. 171-293, pour la campagne strictement entendue et 293-444 pour le financement de celle-ci.

¹³⁰² Rambaud R., *Le droit des campagnes électorales*, L.G.D.J., 2016, 192 p.

¹³⁰³ Touvet L. et Doublet Y.-M., *op.cit.*. On peut également signaler que le Code électoral édité chez Dalloz est une recension complète des dispositions applicables et de la jurisprudence afférente, travail réalisé par le regretté Bernard Maligner.

de besoin, de l'étude tant des intentions à l'origine des dispositions considérées, que de celles de leurs destinataires, ou des principes qu'elles permettent de mettre en œuvre et/ou de faire respecter. Ainsi, il devrait être possible, à l'issue de ce paragraphe, de discerner l'état des équilibres évoqués dans le chapeau de ce chapitre.

1133. Pour finir, il faut préciser que le régime juridique des campagnes électorales ne peut pas tout à fait s'appréhender comme un bloc cohérent, et ce pour deux raisons. La première est que certains aspects du régime applicable diffèrent selon l'élection considérée. Notamment, l'élection présidentielle fait, pour l'essentiel et bien que renvoyant à de nombreuses dispositions du code électoral, l'objet d'une réglementation spécifique, comprise dans la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel. La seconde raison est que les règles constituant le régime d'encadrement des campagnes électorales entrent en application progressivement. Il est en effet nécessaire, pour définir ce qu'il faut entendre par « campagne », de commencer par déterminer à partir de quel moment la vie politique ordinaire bascule dans un « moment de campagne ». Or, cette date varie, au point que l'on a pu affirmer, à ce propos « [...] *il n'existe plus, juridiquement, une campagne, mais des campagnes en fonction de l'élection considérée ou de l'instrument de propagande en question [...]* »¹³⁰⁴. Selon que l'on évoque la régulation des temps de parole, la législation financière ou encore l'encadrement des sondages, pour ne citer que trois exemples, les « temporalités », c'est-à-dire l'espace temporel d'application, ne seront pas les mêmes. Il n'est donc pas possible, ici, de fournir une fenêtre de temps qui serait valable absolument.

1134. Il faut s'appesantir quelque peu sur la « campagne officielle », c'est-à-dire le moment visé par le terme « campagne » lorsqu'il est mentionné dans le code électoral, et dont le point de départ, quoique variable, est systématiquement court¹³⁰⁵. Les autres temporalités se déterminent par rapport à elle¹³⁰⁶, ce qui s'explique par le caractère très strict des dispositions qui la caractérisent. En effet, la campagne « officielle » était initialement pensée pour être, en droit, la campagne tout court : il n'y avait quasiment pas, aux débuts de la Vème République, de réglementation applicable aux moments précédant les dispositions pertinentes du code électoral¹³⁰⁷. Ce n'est qu'à partir des années 80, des premières lois sur le financement de la vie politique, des campagnes électorales, et le pluralisme dans les médias audiovisuels que ces moments ont commencé à être réellement pris en compte par le droit électoral. Cette notion est donc essentielle pour appréhender les différentes temporalités de la campagne. D'une part, elle est la première strate du droit des campagnes électorales. D'autre part, elle est l'aboutissement de l'encadrement de ces événements politiques.

¹³⁰⁴ Rambaud R., *Droit des campagnes électorales*, *op.cit.*, p. 66.

¹³⁰⁵ Elle est, par exemple, vingt jours pour les élections législatives (art. L.164 du code électoral) et de douze jours pour l'élection présidentielle (art. 10 décret n°2001-213 du 8 mars 2001, JORF n°58 du 9 mars 2011 p. 3772.)

¹³⁰⁶ Ainsi le CSA prévoit-il, pour l'élection présidentielle de 2017, deux « temps » ainsi déterminés : « *une première période allant du 1er février 2017 jusqu'à la veille du jour de la publication au Journal officiel de la liste des candidats établie par le Conseil constitutionnel ; une seconde période allant du jour de la publication au Journal officiel de la liste des candidats établie par le conseil constitutionnel jusqu'à la veille de l'ouverture de la campagne électorale* ». On voit donc qu'il y a en réalité trois temps, dont le dernier, étant régi par la loi, ne fait pas l'objet des recommandations du CSA.

¹³⁰⁷ Rambaud R., *op.cit.*, pp. 52-53.

1135. Enfin, ne cherchant pas être exhaustifs, nous n'évoquerons pas spécifiquement telle ou telle élection, mais prendrons, par convention et pour la fluidité du propos, le droit électoral comme un ensemble, démarche rendue possible par la circonstance que les différentes dispositions relatives à chaque élection sont très similaires dans leur esprit.

I : La propagande électorale

1136. La « propagande » est, comme on l'a déjà vu, le terme consacré par le code pour désigner ce que l'on pourrait appeler, en langage ordinaire, les « moyens de campagne », c'est-à-dire « *l'ensemble des procédés grâce auxquels chaque candidat ou liste de candidats entend développer son programme ou mettre en avant ses mérites pour obtenir le vote des électeurs* »¹³⁰⁸. Elle est donc un élément fondamental de la campagne, puisqu'elle en constitue, pour ainsi dire, l'essence. Et, comme souligné dans la définition exposée ci-avant, elle implique une relation entre, d'une part, les candidats, et d'autre part, les électeurs. Mais cette relation est particulièrement unilatérale, les électeurs y sont simplement, en quelque sorte, des spectateurs, passifs, au moins au moment de recevoir les procédés évoqués. Il est à ce titre intéressant de constater que les douze articles du chapitre « propagande » du code électoral visent trois types d'acteurs : les candidats, l'Etat, et des tiers chargés de médiatiser la relation entre les candidats et les électeurs, à savoir les instituts de sondage et les médias. En effet, il s'agit des trois principales catégories d'acteurs susceptibles d'influer sur la réception, par les électeurs, des informations émises durant la campagne. La simple circonstance qu'ils soient visés par les articles du chapitre relatif à la propagande électorale souligne donc un certain souci de maîtriser cette influence. Diviser l'étude de l'encadrement de la propagande électorale par les acteurs qui y sont visés peut donc permettre de discerner la direction prise par celui-ci, sans en préjuger. Quant à l'ordre retenu, il n'y en a aucun dans le code, les acteurs étant même parfois visés à des alinéas différents d'un même article. Nous avons donc pris le parti de commencer par l'Etat (A), pour terminer par les acteurs tiers (C), en passant par les candidats (B). Enfin, il faut préciser que si nous avons ici pris appui sur le chapitre dédié du code électoral, tous les aspects de la propagande n'y sont pas régis, d'autres dispositions du code, voire des dispositions éparses non codifiées, devront donc être également abordées.

Propos préliminaires : les temporalités de la propagande.

1137. Nous avons déjà évoqué la temporalité de la campagne « officielle » pour les élections législatives et présidentielles. Ce moment est celui de l'encadrement le plus strict, c'est-à-dire qu'en plus des règles entrées en application avant le point de départ de cette campagne officielle, sont rendues applicables des dispositions plus rigoureuses encore, jusqu'à l'interdiction totale d'user de procédés relevant de la propagande, à compter de la veille du scrutin¹³⁰⁹. Cette progressivité interne à la campagne officielle se retrouve dans le régime

¹³⁰⁸ Masclat J.-C., E.-P. Guiselin, « Propagande électorale », Jurisclasseur communication, n°2300, §1.

¹³⁰⁹ On peut citer, par exemple, l'article L. 49, al. 2 du code électoral : « *a partir de la veille du scrutin à zéro heure, il est également interdit de diffuser ou de faire diffuser par tout moyen de communication au public par voie électronique tout message ayant le caractère de propagande électorale.* »

applicable en amont de ce moment. Ainsi, les articles L. 50-1, L. 51 al.3, L. 52-1 du code électoral posent des interdictions valables à compter de six mois avant le premier tour de scrutin¹³¹⁰.

1138. Enfin, le contrôle des temps de parole et du respect du principe d'équité, spécifique à la campagne¹³¹¹, et même à la campagne « non-officielle », est déclenché par le CSA, qui dispose d'une certaine latitude pour en déterminer la date d'entrée¹³¹². Ainsi, pour l'élection présidentielle de 2017, cette date a été fixée au 1^{er} février de cette même année¹³¹³. Ces précisions faites, il est possible d'aborder la substance des dispositions relatives aux campagnes électorales.

A : S'agissant de l'Etat

1139. Aussi banal que cela puisse paraître, il n'est pas inutile de rappeler que l'Etat et ses démembrements sont des acteurs de la campagne. Non pas seulement parce qu'ils sont chargés de surveiller le respect des règles applicables à ce moment politique, mais aussi parce qu'ils mettent à disposition certains moyens matériels et consentent certaines facilités aux candidats (1). Même si cette intervention demeure limitée, elle a pour corollaire une obligation de neutralité à la charge des agents et représentants de l'Etat (2).

1 : L'Etat met à disposition certains de ses moyens

1140. Les professions de foi (aussi appelés circulaires) sont envoyées, avec un bulletin de vote par candidat, par des commissions *ad hoc*, appelées « commissions de propagande ». Cet envoi est fait à la demande du candidat¹³¹⁴. Pour l'élection présidentielle, cette tâche est assurée par une commission spécifique, appelée « commission nationale de contrôle »¹³¹⁵.

1141. Le fait de se voir accorder, pour la tenue d'une réunion publique, la possibilité d'utiliser une salle communale est un droit, qui ne peut être refusé que pour des motifs d'intérêt général, à savoir la protection de l'ordre public et les nécessités de l'administration

¹³¹⁰ Certaines de ces dispositions s'appliquaient auparavant à compter d'un an avant l'élection, de sorte qu'il y avait une « temporalité » supplémentaire. Ces délais ont été harmonisés par la loi n°2011-412 du 14 avril 2011, JORF n° 0092 du 19 avril 2011 p. 6831. Pour le détail de ces modifications, voir Rambaud R., *op.cit.*, p. 75.

¹³¹¹ Le CSA exerce aussi un contrôle du respect du pluralisme dans les médias audiovisuels hors période de campagne, lequel est autonome. Voir sa dernière délibération relative à cette réglementation : délibération n°2009-60 du 21 juillet 2009 relative au principe de pluralisme politique dans les services de radio et de télévision.

¹³¹² Rambaud R., *op.cit.*, p. 74.

¹³¹³ Recommandation n° 2016-2 du 7 septembre 2016 du Conseil supérieur de l'audiovisuel aux services de radio et de télévision en vue de l'élection du Président de la République.

¹³¹⁴ Art. R. 38 du code électoral.

¹³¹⁵ Art. 13 du décret n°2001-213 du 8 mars 2001, JORF n° 58 du 9 mars 2001 p. 3772, portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel. La mission de cette commission est plus large que celle des commissions de propagande.

communale, circonstances dont le juge vérifie la matérialité¹³¹⁶. En revanche, cette faculté peut être reconnue à titre onéreux comme gratuit, à condition que tous les candidats ayant sollicité la même prestation aient été traités de façon équivalente¹³¹⁷. Ces éléments sont valables pour toutes les élections.

1142. De même, des emplacements spéciaux sont réservés, par les communes, à l'affichage des candidats¹³¹⁸.

1143. Enfin, et selon le même mécanisme vu pour les campagnes référendaires, les candidats bénéficient, à titre gratuit, d'émissions réservées durant la campagne officielle. Ceci ne concerne que les élections présidentielles¹³¹⁹, législatives¹³²⁰, et européennes¹³²¹.

1144. Cet ensemble de dispositions, à l'exception de la question des réunions publiques, se double d'une prise en charge financière, par l'Etat, des coûts engendrés par le matériel de propagande. Ce remboursement, s'il obéit à des conditions variables en fonction des élections¹³²², concerne la majeure partie d'entre elles¹³²³. Il ne doit pas être confondu avec le remboursement forfaitaire des frais de campagne, car il est de droit et n'est donc pas soumis à l'acceptation des comptes de campagne.

1145. On voit donc que la contribution matérielle de l'Etat est réelle, même si elle est limitée à la campagne officielle¹³²⁴. Etablie pour des raisons soit purement contextuelles¹³²⁵, soit liées au souci d'assurer l'égalité entre candidats¹³²⁶, elle donne un caractère « public » assez marqué à la campagne officielle, puisque son déroulement concret est notablement saisi par l'Etat. C'est pourquoi elle est nécessairement accompagnée d'une obligation de neutralité à la charge de celui-ci, tant il est évident que son intervention dans le processus de compétition pour la distribution des postes de pouvoir peut être source de difficultés.

¹³¹⁶ CE, ord. 19 août 2002, Front national et institut de formation des élus locaux (Iforel), req. n°249666, Rec. p. 311. Où l'on voit également que ce droit est une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, ainsi que la circonstance que ce droit n'est pas spécifique aux périodes de campagne électorale.

¹³¹⁷ Sans quoi, notamment, le gain représenté par la location à titre gratuit sera réintégré aux comptes de campagne. Voir, pour le principe comme pour le lien avec les comptes de campagne : Cons., const., Déc., n° 97-2170/2211 AN du 15 janvier 1998, AN Yvelines, 8^{ème} circ, JORF du 18 janvier 1998 p. 820, Rec. p. 51.

¹³¹⁸ Art. L. 51, L. 52 et R. 28 du code électoral.

¹³¹⁹ Art. 15 al. 2 du décret n° 2001-213 *op.cit.* du 8 mars 2001.

¹³²⁰ Art. L. 167-1 du code électoral.

¹³²¹ Art. 19 de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen, JORF du 8 juillet 1977 p. 3579.

¹³²² Voir, pour le détail, Rambaud R., *op.cit.*, pp. 107-108 ; Touvet L., Doublet Y.-M., Droit des élections, *op.cit.*, p. 215. On peut néanmoins signaler qu'il est nécessaire, pour la plupart d'entre elles, d'atteindre le score de 5% à l'un des deux tours de l'élection pour en bénéficier.

¹³²³ *Ibid.*, plus précisément, sont concernées les élections présidentielles, de l'assemblée de corse, les législatives, les européennes, les cantonales, les municipales et les sénatoriales réalisées au scrutin majoritaire.

¹³²⁴ Elle est tout de même le premier poste de dépenses imputées sur le budget de l'Etat à l'occasion des campagnes électorales. Voir le rapport d'information n° 128 d'Hervé Marseille, déposé à la Commission des lois du Sénat le 28 octobre 2015, p. 11. Disponible en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r15-123/r15-1231.pdf>.

¹³²⁵ Rambaud R., *op.cit.*, pp. 45-46.

¹³²⁶ *Ibid.*, p. 107.

2 : L'Etat doit rester neutre

1146. L'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962, relative à l'élection du Président de la République, et l'article 13 du décret du 8 mars 2001 qui en assure l'exécution concrète manifestent assez clairement à la fois le moyen par lequel la neutralité est assurée et son lien avec l'intervention matérielle de l'Etat dans la campagne. Le premier dispose en effet que « *tous les candidats bénéficient, de la part de l'Etat, des mêmes facilités pour la campagne en vue de l'élection présidentielle* »¹³²⁷. Le second le précise de la façon suivante : « *une Commission nationale de contrôle de la campagne électorale veille au respect desdites dispositions. Elle exerce les attributions prévues aux articles suivants. Elle intervient, le cas échéant, auprès des autorités compétentes pour que soient prises toutes mesures susceptibles d'assurer l'égalité entre les candidats et l'observation des règles édictées au présent titre [...]* »¹³²⁸. Le lien entre les facilités matérielles consenties par l'Etat et l'obligation de traiter également chaque candidat apparaît de façon limpide, de même que la circonstance que l'égalité n'est qu'un biais pour assurer la neutralité de la personne publique dans la campagne. La neutralité de l'Etat se garantit donc d'abord par l'égalité de traitement.

1147. Mais elle est également assurée en un sens plus direct, plus proche de la définition de la neutralité strictement entendue. Ainsi, l'article L. 50 du code électoral dispose que « *est interdit à tout agent de l'autorité publique ou municipale de distribuer des bulletins de vote, professions de foi et circulaires des candidats* ». En outre, comme le soulignent Jean-Claude Masclet et Emmanuel-Pie Guiselin : « *le devoir de neutralité va au-delà de la distribution des instruments de propagande. Il doit s'entendre de l'obligation faite à tout agent public de ne pas user de son autorité et de sa qualité en faveur d'un candidat* »¹³²⁹. Ces mêmes auteurs rappellent ainsi l'exemple d'un préfet qui, à la suite d'un attentat perpétré contre la communauté juive dans la ville où se tenait l'élection en cause, accusa directement une formation politique d'être liée à cet événement, ce qui conduisit le Conseil d'Etat à blâmer cette intervention, tout en n'annulant pas l'élection au motif que l'écart de voix était trop élevé pour que la déclaration litigieuse ait pu en fausser le résultat¹³³⁰.

1148. Le point le plus délicat est probablement le cas des élus. La situation problématique typique est celle d'un élu national, ou d'un membre du Gouvernement, qui voudrait apporter son soutien à un candidat dans le cadre d'une élection locale, ou d'une élection nationale organisée par circonscriptions. A cet égard, les auteurs susmentionnés résument ainsi l'état du droit : « *étant des élus, ils peuvent se prononcer pour des candidats de leur tendance ou de leur parti. L'opinion ne comprendrait pas qu'il en aille autrement. Mais leur intervention ne doit pas impliquer la collectivité dont ils ont la charge. Ils ne doivent donc pas engager leur qualité officielle* »¹³³¹. Il s'ensuit que les situations concrètes sont évidemment difficiles à juger, car l'impartialité de l'Etat ne doit pas être mise en jeu, mais il peut être des plus

¹³²⁷ IV de l'art. 3 de la loi susmentionnée.

¹³²⁸ Art. 13 du décret n°2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel *op.cit.*

¹³²⁹ Masclet J-C., Guiselin E.-P., « Propagande électorale », *Jcl, op.cit.*, §1.

¹³³⁰ CE, 16 mars 1984, n° 52070, n° 52321 et n° 52322, « élect. Mun ». Inédit.

¹³³¹ *Ibid.*

déliçats, s'agissant, par exemple, d'un ministre, de savoir discerner dans quelle mesure tel événement, ou telle déclaration, relève d'une fonction ministérielle ou d'une opinion partisane propre. Parmi la masse de jurisprudence disponible sur cette question, peuvent être mentionnées deux décisions. La première juge illégale la lettre d'un ministre, rédigée sur du papier à en-tête du ministère, et appelant à voter pour un candidat déterminé aux élections sénatoriales¹³³². Ce jugement est particulièrement intéressant, dans la mesure où le collège électoral appelé aux urnes pour les sénatoriales étant essentiellement constitué d'élus locaux, l'électorat n'était pas, en l'espèce, réellement susceptible d'ignorer la qualité de ministre du signataire. Pour autant, le juge a considéré que cet acte était illégal, soulignant ainsi l'importance des apparences dans la manifestation de l'impartialité. La deuxième décision portait sur la visite, par un ministre en exercice et candidat à une élection, d'un établissement de santé et d'un établissement scolaire sis dans la circonscription où il se présentait. Le juge n'a pas considéré que pareille démarche était illégale¹³³³ car « *ne pouvait être de nature à conférer un caractère officiel à sa candidature et à exercer une influence sur le résultat de l'élection* ». La mise en perspective des deux décisions montre bien le niveau d'intrication entre la double qualité d'élus et de candidat, et partant, la délicatesse de la mission du juge. Elle souligne également l'importance du contrôle juridictionnel, pour les mêmes raisons.

1149. Enfin, l'interdiction faite aux candidats d'utiliser les trois couleurs du drapeau national¹³³⁴ va également dans le sens d'une garantie de la neutralité de l'Etat, car cela pourrait conduire à donner aux électeurs l'illusion qu'il existerait des candidatures officielles.

1150. L'examen, malgré sa brièveté, souligne l'importance de l'obligation de neutralité de l'Etat. Plus précisément, on voit qu'elle est la condition de son intervention dans la campagne, mais pas seulement. Elle dépasse en effet largement ce seul cadre. Il est ainsi difficile de rattacher l'obligation, pour le ministre soutenant un candidat, de ne pas le faire ès-qualités à la nécessité pour l'Etat d'intervenir dans la compétition électorale. Dans ce cas, l'obligation de neutralité est plutôt un moyen d'assurer l'égalité entre candidats. Or, l'égalité est, on l'a vu, également un moyen d'assurer l'impartialité, et donc la neutralité de la puissance publique. Partant, on peut affirmer que le principe d'égalité est, s'agissant du rôle de l'Etat dans la campagne, à la fois un moyen et une fin. Il en permet la neutralité, mais celle-ci, à son tour, permet à l'égalité d'être plus qu'un principe vide. Par ailleurs, l'accent mis sur l'égalité comme sur la neutralité doit aussi être compris dans le contexte dans lequel beaucoup de ces dispositions sont nées. La première étape de la construction du droit électoral est située, pour simplifier, dans les quarante premières années d'existence de la IIIème République, qui succédait, on le sait, au Second Empire. Lequel ne manquait pas d'instrumentaliser le suffrage universel à son profit, par divers procédés dont les candidatures officielles ne sont pas les moins fameuses. Beaucoup de ces règles doivent donc se comprendre par rapport à ce souvenir-là, pour nous très éloigné¹³³⁵. Enfin, elles sont aussi rendues concrètement applicables par la tradition administrative nationale, qui, en tant qu'elle est marquée par une

¹³³² Cons., const., Déc., n° 59-212 SEN du 16 juin 1959, JORF du 21 juin 1959 p. 6167, Rec. p. 240.

¹³³³ Cons., const., Déc., n° 67-439 AN du 21 juin 1967, « AN, Rhône, 4e circ », JORF du 1^{er} juillet 1967 p. 6548, Rec. p. 133.

¹³³⁴ Art. R. 27 du code électoral.

¹³³⁵ Rambaud R., *op.cit.*, p. 43.

certaine indépendance vis-à-vis du pouvoir politique, peut organiser des élections, et donc également une partie de la campagne, sans que cela ne nuise à la loyauté du processus. C'est ce qu'affirme, notamment, la commission de Venise, dans son « code de bonne conduite électorale » : « *dans les Etats où existe une longue tradition d'indépendance de l'administration face au pouvoir politique, la fonction publique applique le droit électoral indépendamment des pressions du pouvoir politique. Il est dès lors d'usage, et admissible, que les opérations électorales soient organisées par l'administration, et notamment qu'elles soient supervisées par le ministère de l'Intérieur* »¹³³⁶.

B : S'agissant des candidats

1151. Les candidats déclarés et officiellement validés¹³³⁷ disposent, par principe, d'une liberté d'expression, qu'on peut appeler « liberté de faire campagne »¹³³⁸. Il s'agit d'un véritable droit fondamental (1) qui, en tant que tel, ne supporte de restrictions que si elles sont justifiées par des principes de même valeur, lesquels sont de différents types (2). Cet ordre d'évocation des principes applicables aux candidats dans la réglementation de la campagne électorale correspond à l'empreinte qu'ils laissent sur la campagne elle-même, ce qui permet d'affirmer la prééminence du principe de liberté s'agissant de ses principaux acteurs.

1 : Le principe de liberté de faire campagne, droit fondamental des candidats

1152. « L'histoire du droit de la propagande électorale montre que le premier principe de celui-ci, qui se développa avec le parlementarisme, est la liberté »¹³³⁹. Il y a donc un vrai lien historique entre la construction du droit de la propagande électorale et la liberté de faire campagne, qui explique que cette liberté soit encore aujourd'hui un marqueur important de ce droit.

1153. En droit interne, et au-delà des dispositions de rang constitutionnel consacrant la liberté d'expression, le principe de liberté de faire campagne repose sur deux piliers principaux : l'ensemble formé par les articles 4 de la Constitution, L. 47 et L. 48 du code électoral, et la jurisprudence libérale du juge électoral.

¹³³⁶ Commission de Venise, Code bonne conduite électorale, rapport explicatif et lignes directrices, 18-19 Octobre 2002, §69, p. 27.

¹³³⁷ A cet égard, il faut noter que la question de la validation administrative des candidatures a longtemps été un aspect éminemment polémique du droit des campagnes électorales. De sorte que la première liberté conquise, en droit électoral, à l'avènement du suffrage universel, fut celle de la liberté des candidatures. Remis en cause sous le deuxième Empire, elle fut rétablie par la III^{ème} République, qui n'instaura qu'ultérieurement un régime d'autorisation, conçu comme purement administratif, et non politique. Bien qu'elle n'entre pas réellement dans notre champ d'études, cette question n'est donc pas négligeable. On peut d'ailleurs se faire une idée de son caractère essentiel en s'intéressant aux débats suscités par le système des parrainages à l'élection présidentielle.

¹³³⁸ Bioy X., « La liberté de faire campagne », *in*. faut-il adapter le droit des campagnes électorales ? Esplugas P., Bioy X. (dir.), Montchrestien, 2012, p. 72.

¹³³⁹ Rambaud R., *op.cit.*, p. 42.

1154. Quant à l'article 4 de la Constitution, son apport à la liberté de campagne tient à la circonstance qu'il consacre la liberté, pour les partis politiques, « d'exercer leur activité librement ». Etant entendu que l'activité principale des partis est l'activité politique, cette formule conduit nécessairement à reconnaître un « droit à la campagne », lequel comprend la libre expression, sans, par ailleurs, que cela interdise au législateur de la réglementer. En outre, il a été complété par la révision du 23 juillet 2008, qui lui a ajouté un troisième alinéa ainsi rédigé : « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ». L'article 4 peut donc être vu comme fournissant une assise constitutionnelle spécifique à la liberté de faire campagne.

1155. Les dispositions du code électoral précitées consacrent, quant à elles, un régime libéral d'expression des opinions dans le cadre de la campagne électorale. En effet, la première soumet les réunions électorales aux principes de liberté de réunion¹³⁴⁰, la seconde la propagande électorale au principe de libre expression des opinions sans contrôle préalable¹³⁴¹. De sorte qu'il découle de ces deux articles le droit, pour les candidats, d'organiser, sans contrôle *a priori*, des réunions publiques, d'y parler librement, et de s'exprimer de même dans le cadre de la propagande électorale. Ils bénéficient par ailleurs, au titre de la loi de 1881 sur la liberté de la presse et, par ricochet, du régime libéral de cette loi quant à leur expression publique. Ce droit excède bien évidemment les limites temporelles de la campagne officielle¹³⁴² et, quoi qu'il en soit, le droit commun bénéficie aux candidats, puisque, par exemple, les décisions administratives portant interdiction d'une réunion publique font nécessairement l'objet d'un contrôle approfondi de proportionnalité si elles sont soumises au juge administratif¹³⁴³.

1156. Par ailleurs, le juge électoral a adopté une ligne assez favorable à la libre expression, qu'il s'agisse du juge administratif ou du Conseil constitutionnel. D'une part, l'ensemble des libertés rattachables à la liberté de faire campagne sont des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code justice administrative¹³⁴⁴, et peuvent donc être efficacement protégées. D'autre part, les interdictions du code électoral relatives à la campagne officielle, ainsi que les comportements problématiques avant cette dernière ne sont susceptibles d'entraîner l'annulation de l'élection corrélée qu'à condition qu'elles en aient faussé le résultat¹³⁴⁵. Ce principe étant valable pour l'ensemble du contentieux électoral, il concerne également la campagne non-officielle¹³⁴⁶. De sorte que même les interdictions, c'est-à-dire

¹³⁴⁰ En renvoyant aux lois du 30 juin 1881 et 28 mars 1907, relatives respectivement à la liberté de réunion et au droit d'organiser une réunion publique sans déclaration préalable. Voir art. L. 47 du code électoral.

¹³⁴¹ En renvoyant à la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse

¹³⁴² Rambaud R., *op.cit.*, p. 92.

¹³⁴³ CE, 19 mai 1933, « Benjamin », Rec. p. 541. L'arrêt, surtout connu pour avoir formalisé le contrôle de proportionnalité et son caractère systématique lorsqu'une mesure de police est en cause, était relatif à la liberté de réunion.

¹³⁴⁴ Bioy X., « La liberté de faire campagne », *op.cit.*, p. 76.

¹³⁴⁵ *Ibid.* Voir également, pour le second point, Masclat J.-C. et Guiselin E.-P., *op.cit.*, et Touvet L., Doublet Y.-M., *op.cit.*, p. 258. On pourra se reporter, par exemple, à CE, 20 juillet 1990, « Elections municipales de Valbonne », req. n°109020. Inédit.

¹³⁴⁶ Touvet L., Doublet Y.-M., *ibid.*

des restrictions au principe de liberté de la campagne, sont elles-mêmes limitées par les conséquences que le juge confère à leur transgression.

1157. En outre, ce principe trouve également un soutien en droit européen ainsi qu'en droit de l'union européenne.

1158. La Convention E.D.H. protège la liberté de faire campagne par le biais de ses articles 10¹³⁴⁷ et 14¹³⁴⁸, ainsi que l'article 3 du protocole additionnel n°1¹³⁴⁹, qui offre une protection spécifique aux opinions émises dans le cadre électoral. La jurisprudence issue de ces différentes stipulations a pu être ainsi résumée¹³⁵⁰ : « [elle] indique que l'article 10§2 de la Convention ne laisse guère de place à des restrictions au discours politique ou au débat sur des questions d'intérêt général. Il s'agit d'un véritable droit à l'information tissé dans les mailles du principe démocratique [...] »¹³⁵¹ position, d'ailleurs, partagée par la CJUE¹³⁵². Le même auteur, plus loin affirme que « dans la jurisprudence de la Cour [EDH] le contexte électoral provoque automatiquement une sorte d'attraction vers l'intérêt général du discours »¹³⁵³.

1159. Ceci se manifeste particulièrement s'agissant de la diffamation. Ainsi, pour le juge interne, celle-ci demeure une limite valable à la libre expression des opinions dans le cadre d'une campagne, de sorte que, même s'il tient compte du contexte¹³⁵⁴, il ne tolère pas, par exemple, les atteintes à la réputation telles que le qualificatif « d'aventurier de la politique »¹³⁵⁵. La Cour, quant à elle, a jugé, à rebours des juridictions internes ayant statué sur la même affaire, que le fait d'affirmer que le candidat adverse pratique la fraude électorale ne saurait relever, compte tenu du contexte électoral, de la diffamation¹³⁵⁶. Même s'il ne faut pas exagérer les différences de positionnement entre la jurisprudence interne et européenne, on voit malgré tout que le curseur n'est pas tout à fait le même.

1160. La protection de la libre-expression n'a par ailleurs pas pour seule vocation de permettre à la parole politique de s'adresser aux électeurs à peu près comme elle l'entend. Elle peut également viser à préserver le pluralisme des opinions exprimées, ce qui peut conduire à condamner des décisions ou des législations qui auraient pour résultat de favoriser inégalement l'expression des plus « grosses » formations politiques. Une décision de la CEDH met cette hypothèse en évidence, qui mérite que l'on s'y arrête quelque peu.

¹³⁴⁷ Protection de la libre expression des opinions.

¹³⁴⁸ Principe de non-discrimination dans le bénéfice des stipulations de la Convention.

¹³⁴⁹ Intitulé « droit à des élections libres », cet article stipule : « La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

¹³⁵⁰ L'on en trouvera une synthèse dans la contribution, précitée, de Xavier Bioy.

¹³⁵¹ Bioy X., *op.cit.*, p. 72.

¹³⁵² CJCE, 30 avril 1996, « Pays-Bas c. Conseil », Aff. C-58/94.

¹³⁵³ Bioy X., *op.cit.*, p. 73.

¹³⁵⁴ Cass. crim., 5 nov. 1969 : D. 1970, somm. p. 91. Plus largement sur la question, voir Masclat J.-C., Guiselin E.-P., *op.cit.*, §14.

¹³⁵⁵ T. corr. Soissons, 17 nov. 1962 : D. 1963, somm. p. 30.

¹³⁵⁶ Cour EDH., 4 avril 2006, « Brésil c. France », n° 71343/01.

1161. Le pays concerné est la Norvège, qui, à l'époque des faits, interdisait la publicité politique à la télévision. Cette législation visait à préserver le pluralisme politique en évitant « qu'une telle publicité ne nuise à la qualité du débat politique en déformant des questions complexes, compte tenu de l'impact puissant et généralisé de ce média »¹³⁵⁷. Elle était donc une restriction à la liberté d'expression visant à assurer une certaine qualité au débat politique. Le litige que ce dispositif avait occasionné en l'espèce était lié aux faits suivants : un petit parti- le parti des retraités- avait acheté des spots publicitaires sur les ondes de la chaîne requérante. Une telle démarche avait été accomplie dans le but d'obtenir plus de visibilité, car « les grands partis bénéficient de possibilités de s'exprimer extrêmement importantes dans le cadre de débats [...] à la radio, à la télévision et dans la presse. Le parti des retraités, quant à lui [...] a très peu d'occasions de se faire entendre. De plus, dans les sondages nationaux comme dans les sondages locaux, il n'est jamais désigné de manière individuelle mais toujours rangé dans la catégorie « autres » »¹³⁵⁸. Sanctionnés pour n'avoir pas respecté la législation susmentionnée, les requérants saisissaient donc la Cour de la licéité de cette interdiction. Les juges strasbourgeois ont retenu une violation des stipulations de l'article 10. Mais les motifs soulignent bien que ce sont les conséquences de fait engendrées par le dispositif qui ont entraîné cette condamnation. Ainsi, dans son opinion concordante, le juge Jebens souligne que deux législations identiques peuvent entraîner des décisions opposées, selon les circonstances de l'espèce et les effets qu'elles produisent et, qu'ici, l'atteinte au pluralisme constitue la violation de la Convention¹³⁵⁹. Il précise en effet que l'absence de législation nationale réglementant les temps de diffusion dans les médias, dont il découlait que les directions éditoriales seules décidaient du contenu concret du débat politique, en sus de l'ensemble des considérations déjà évoquées et à l'absence presque totale de couverture médiatique du parti requérant, sont les motifs essentiels de la décision¹³⁶⁰. Laquelle, bien que ne concernant pas une campagne électorale, est riche d'enseignements pour ce qui nous intéresse, car elle démontre bien que la protection du principe de libre expression peut avoir pour conséquences de préserver un certain niveau d'égalité entre formations politiques et, partant, limiter les écarts de départ entre les candidats lors des campagnes.

1162. En tant qu'elle est corrélée à l'intérêt général de par son objet, la campagne électorale doit donc être, pour les candidats, un espace de liberté. Ce même intérêt général confère à ce principe une fonction complexe, touchant autant à la nécessité de maintenir une compétition juste qu'à préserver le corps social, objet de l'expression politique. C'est pourquoi il peut aussi être tempéré pour ces mêmes buts.

2 : Les limites à la liberté de faire campagne

1163. Il va de soi que la liberté de faire campagne ne saurait être absolue. Etant donné l'objet de la compétition électorale, il s'agit d'un principe qui doit nécessairement être aménagé. Au-

¹³⁵⁷ Cour EDH., 11 décembre 2008, « TV VEST AS & rogaland pensjonistparti c/ Norvège », n°21132/05, opinion concordante du juge Jebbens, §4.

¹³⁵⁸ Cour EDH., 11 décembre 2008, *op.cit.*, §10.

¹³⁵⁹ Opinion concordante du juge Jebens sur la décision « TV VA VEST et al. c/Norvège », *op.cit.*, 4

¹³⁶⁰ *Ibid.*, §6 et 7.

délà de la neutralité de l'Etat, déjà examinée, on peut mentionner deux principes sur lesquels s'appuie cet aménagement : « *l'égalité entre les candidats ou listes en présence [...] et la loyauté des procédés employés* »¹³⁶¹. Ces principes trouvent évidemment à s'appliquer, comme on l'a vu, à d'autres acteurs que les candidats. Mais il s'agira ici d'examiner dans quelle mesure ils bornent l'action de ces derniers.

1164. L'existence d'un « principe de loyauté » comme facteur justifiant un ensemble d'interdictions textuelles ou jurisprudentielles semble avoir été relevée pour la première fois par Jean-Claude Masclet, dans son manuel de droit électoral¹³⁶². Le même auteur résume ailleurs le lien entretenu entre la liberté de faire campagne et la loyauté : « *si, de toute évidence, la liberté d'expression doit être pleinement garantie aux candidats, sont toutefois interdits les procédés déloyaux qui pourraient induire les électeurs en erreur et porter atteinte à la sincérité du scrutin* »¹³⁶³. On le voit, la loyauté est étroitement liée à la sincérité du scrutin. Il est nécessaire que la compétition électorale soit loyale, pour que son résultat corresponde à une décision « éclairée », au moins dans une certaine mesure. Cependant cette formule n'éclaire guère quant aux comportements concrets, à la réalité de ce qui n'est pas loyal.

1165. Il est alors possible, pour la clarté du propos et en s'appuyant sur la doctrine, de distinguer trois grands types de procédés déloyaux : la propagation, par un candidat ou une formation politique, d'informations déloyales, le fait de faire pression sur les électeurs, le fait d'utiliser les moyens conférés par une position d'élu pour influencer le résultat du scrutin.

1166. Ainsi, Jean-Claude Masclet et Emmanuel-Pie Guiselin, dans leur contribution au juriscasseur « communication », rattachent à la loyauté un ensemble d'interdictions, spécifiques ou de droit commun, visant à préserver le débat public de la confusion pouvant naître de certaines pratiques. Sont ainsi listées l'interdiction d'utiliser les trois couleurs nationales sur les affiches électorales, déjà évoquée, la diffamation, les informations mensongères, et les violences.

1167. Mais on peut ajouter à ces catégories de procédés les « *pressions exercées sur les électeurs* »¹³⁶⁴ qui, selon les auteurs cités en note, recourent en partie les pratiques évoquées précédemment, mais renvoient aussi à d'autres procédés. Ainsi des « abus de faiblesse »¹³⁶⁵, ou des « transports »¹³⁶⁶, par exemple. Le premier cas vise les opérations de séduction exercées par des candidats sur des individus placés en institution, quel qu'en soit le motif, et qui peuvent s'analyser comme un abus de faiblesse, selon les circonstances. Le second vise les hypothèses où un candidat met gratuitement à disposition des moyens de transport pour aller voter. Ces deux exemples, tirés du manuel précité, ne sont que deux aspects de la problématique plus large des pressions exercées sur les électeurs. Néanmoins, ils permettent

¹³⁶¹ Masclet J.-C., *Droit électoral*, PUF, 1989, p. 226

¹³⁶² *Ibid.*, p. 223.

¹³⁶³ Masclet J.-C., E.-P. Guiselin, « Propagande », *op.cit.*, §11.

¹³⁶⁴ Touvet L., Y.-M. Doublet, *op.cit.*, pp. 270 et s.

¹³⁶⁵ *Ibid.*, p. 272.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, p. 275.

de se rendre compte du caractère ambivalent de certains comportements, qui peuvent n'être nullement répréhensibles ou relever de « pressions », selon les façons dont ils sont accomplis.

1168. C'est pourquoi il est impossible de donner ici les contours exacts du régime de ces interdictions lorsqu'elles s'appliquent en matière électorale, tant elles reposent, pour leur définition, sur la jurisprudence, laquelle montre un attachement systématique à fonder les jugements sur les circonstances de l'espèce. Par ailleurs, la portée de ces interdictions dépend elle aussi des circonstances d'espèce car, dans tous les cas, il n'y aura annulation de l'élection que si l'écart des voix est suffisamment faible pour la justifier, comme habituellement en contentieux électoral. Il faut d'ailleurs souligner que cela ne change en rien l'illégalité éventuelle du comportement visé, de sorte qu'il peut y avoir une condamnation pénale à raison, par exemple, du caractère diffamatoire de propos tenus dans une campagne, sans que cela n'ait de rapport avec la décision du juge électoral.

1169. Il existe cependant un point commun entre tous ces comportements, lorsqu'ils sont répréhensibles, c'est de constituer des « manœuvres ». Ce terme a été proposé par Bernard Maligner pour désigner les pratiques jugées illégales dans la jurisprudence. Il les définissait comme « *les multiples procédés par lesquels la volonté du corps électoral peut être faussée, voire dénaturée ou viciée par des actions destinées à induire en erreur les électeurs ou à les tromper à quelque moment que ce soit du processus électoral* »¹³⁶⁷. Cette définition permet de désigner à la fois le type de comportement interdit et l'objet de ces interdictions : il est nécessaire que la compétition que représente la campagne respecte un certain standard de « *fair-play* » pour que l'électeur puisse s'exprimer correctement, et les comportements ou procédés qui ne relèveraient pas de ce standard soient susceptibles d'être réprimés. Le principe de loyauté, en ce qu'il projette ces manœuvres hors du champ du « *fair-play* », est donc bien une limite au principe de liberté de faire campagne.

1170. Il en est également une autre, que l'on pourrait d'ailleurs aussi rattacher à la loyauté si l'on ne voulait rendre compte de sa spécificité : il s'agit du principe de l'égalité entre candidats, qui implique un encadrement particulier pour les candidats sortants, et donc élus, dans l'utilisation qu'ils font, en temps de campagne, des moyens publics dont leur mandat leur confère la disposition. Comme nous l'allons voir, nombre de ces comportements peuvent également s'assimiler à des « manœuvres », mais l'important, ici, est que l'objet de la restriction à la liberté de faire campagne n'est pas la loyauté.

1171. Laurent Touvet et Yves-Marie Doublet affirment ainsi que « *les interventions d'une collectivité publique concernée par le scrutin dans les semaines qui le précèdent ne sont pas nouvelles. Elles sont sanctionnées, selon les règles habituelles en contentieux électoral, car elles rompent l'égalité entre candidats. C'est d'autant plus le cas si un des candidats exerce des responsabilités au sein de la collectivité qui vient, sur des crédits publics, organiser des manifestations non-dépourvues de tout lien avec la campagne électorale et ainsi avantager l'un des candidats* »¹³⁶⁸. Sont ainsi notamment sanctionnées l'utilisation, par un élu sortant

¹³⁶⁷ Maligner B., *Droit électoral*, Ellipses, 2007, p. 863.

¹³⁶⁸ Touvet L., Doublet Y.-M., *op.cit.*, p. 220.

candidat à sa réélection, des avantages conférés par sa fonction¹³⁶⁹ ou encore toute campagne de promotion publicitaire des réalisations de la collectivité concernée par le scrutin¹³⁷⁰. Cette dernière prescription est parfois fort délicate à juger¹³⁷¹, mais elle est assez emblématique de la portée du principe d'égalité dans la conciliation opérée avec celui de la liberté de faire campagne. Son interprétation a d'ailleurs été l'objet de fluctuations, car la rédaction en était différente¹³⁷². Le Conseil d'Etat l'a d'abord interprétée comme simplement relative à la source de financement, et acceptait de ce fait que les candidats fassent la promotion de leurs bilans si le support était supporté par leurs ressources propres¹³⁷³. Mais il a ensuite estimé qu'une telle démarche pouvait relever de l'interdiction susvisée¹³⁷⁴. Cette jurisprudence a été éliminée par l'article 23 de la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001. Ces soubresauts soulignent la délicatesse de la question, comme la circonstance que la gestion de l'équilibre entre l'égalité et la liberté est l'objet d'une réflexion constante de la part des autorités concernées par le droit électoral.

1172. Il faut enfin, pour conclure, mentionner diverses interdictions portant sur les procédés de propagande, et qui ne se rattachent ni à la loyauté, ni à l'égalité, mais qui pourtant limitent la liberté de faire campagne¹³⁷⁵. Il s'agit d'un ensemble d'interdictions, qui entrent pour la plupart, elles aussi, en application six mois avant le scrutin¹³⁷⁶, dont on peut penser qu'elles procèdent de la nécessité de « *garantir le pluralisme et la qualité du débat politique* »¹³⁷⁷. Nous visons ici l'interdiction de la publicité audiovisuelle¹³⁷⁸, qui est la seule à être permanente, l'interdiction de la mise à disposition d'un numéro d'appel gratuit¹³⁷⁹, ou l'interdiction de la publicité commerciale quel que soit le support¹³⁸⁰. Il est possible, à notre

¹³⁶⁹ Ainsi du candidat qui, peu avant l'ouverture de la campagne officielle, avait utilisé les fonds de la commune dont il était le maire pour une campagne de promotion touristique qui utilisait, notamment, les mêmes slogans que ceux de sa campagne. Cette affaire montre bien l'étendue de l'interdiction. CE, 23 mai 1990, « élections municipales de Lège-Cap-Ferret », rec. p. 132.

¹³⁷⁰ Art. L. 52-1, al. 2 du code électoral : « *a compter du premier jour du sixième mois précédant le mois au cours duquel il doit être procédé à des élections générales, aucune campagne de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité ne peut être organisée sur le territoire des collectivités intéressées par le scrutin. Sans préjudice des dispositions du présent chapitre, cette interdiction ne s'applique pas à la présentation, par un candidat ou pour son compte, dans le cadre de l'organisation de sa campagne, du bilan de la gestion des mandats qu'il détient ou qu'il a détenus. Les dépenses afférentes sont soumises aux dispositions relatives au financement et au plafonnement des dépenses électorales contenues au chapitre V bis du présent titre* ». Pour plus de détails sur cet article dont l'interprétation est très délicate, voir Touvet L. et Doublet Y.-M., *op.cit.*, p. 222 et s.

¹³⁷¹ Voir *ibid.*, pp. 221-232, pour une étude détaillée. La seule mention du nombre de pages de ce manuel consacrées à cette interdiction en souligne la complexité.

¹³⁷² « *A compter du premier jour du sixième mois précédant le mois au cours duquel il doit être procédé à des élections générales, aucune campagne de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité ne peut être organisée sur le territoire des collectivités intéressées par le scrutin* »

¹³⁷³ CE, 8 octobre 1933, « élections municipales de Saint-Brieux-en-Coglès », Rec. p. 164.

¹³⁷⁴ CE, Ass., « élections dans le XVIème arrondissement de Paris du Conseil de Paris et des conseillers d'arrondissement », rec. p. 501.

¹³⁷⁵ Sur la portée de cet ensemble, voir Rambaud R., *op.cit.*, pp. 92-102.

¹³⁷⁶ Cet alignement de régime entre les diverses élections est chose récente, puisqu'il date du « paquet électoral » d'avril 2011.

¹³⁷⁷ Opinion concordante du juge Jebens sur la décision « TV VA VEST et al. c/Norvège », *op.cit.*, 4..

¹³⁷⁸ Article 14 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée, JORF du 1^{er} octobre 1986 p. 11755.

¹³⁷⁹ Art. L. 50-1 du code électoral.

¹³⁸⁰ Art. L. 52-1, al. 1^{er}, du même code.

sens, de considérer cet ensemble comme constitutif d'une troisième limite : la qualité du débat politique.

C : S'agissant des tiers

1173. Par « tiers », nous entendons les acteurs qui ne sont pas directement intéressés par la campagne électorale. Ils ne sont pas juridiquement associés à son organisation, et n'ont pas d'intérêt direct à son résultat. Mais ils en sont néanmoins des acteurs puisque leur intervention est encadrée par le droit. Nous les traitons selon un ordre que nous avons défini en fonction de l'importance que le dispositif juridique leur accorde. Ainsi, les médias audiovisuels sont particulièrement encadrés en période de campagne, en tant qu'ils sont les acteurs principaux assurant le lien entre les candidats et les électeurs (1). Les instituts de sondage sont de plus en plus considérés, eux aussi, par le droit des campagnes électorales, tant les informations qu'ils diffusent sont devenues essentielles dans le paysage politique (2).

1 : Médias audiovisuels

1174. Comme déjà signalé, la presse écrite est libre de traiter des campagnes électorales comme elle l'entend. Cette liberté va jusqu'à la possibilité de prendre position pour tel ou tel candidat, même tardivement¹³⁸¹. Elle n'est donc pas concernée par la réglementation des médias audiovisuels qui, eux, font l'objet d'un régime particulier, en raison de l'influence accrue que leur support leur confère par rapport à la presse écrite.

1175. Cette réglementation excède largement le seul cadre des campagnes électorales, puisqu'elle est issue en grande partie de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication. Elle découle donc du cadre établi comme une conséquence de la libéralisation des médias audiovisuels. Mais les campagnes électorales font l'objet d'une attention particulière. Le dispositif d'encadrement qui en est issu concerne tant la répartition du temps consacré au traitement de la campagne que, sous certains aspects, la manière dont il est réalisé. Il est mis en œuvre par le CSA qui est l'acteur privilégié pour ce faire, puisqu'il est l'instance de régulation des médias audiovisuels¹³⁸². La circonstance qu'il s'agisse d'une autorité administrative indépendante doit, d'ailleurs, être soulignée, puisque cela manifeste plus encore la considération singulière dont les médias audiovisuels sont l'objet par le droit en général, et par celui des campagnes électorales en particulier. Il assure sa mission par de multiples biais, et notamment par l'émission de délibérations et de recommandations, adoptées pour chaque élection, qui précisent les précédentes pour une campagne déterminée¹³⁸³.

¹³⁸¹ CE, 29 juillet 1983, « élections cantonales de Vesoul-Est », rec. p. 347.

¹³⁸² Sur ce point, voir Denis M.-L., « La régulation audiovisuelle et l'élection présidentielle », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2012/1 (N° 34), p. 23-40.

¹³⁸³ Actuellement, le cadre de référence est constitué par deux délibérations. L'une de 2009, relative à l'application du principe de pluralisme hors du cadre électoral (CSA, délib. n° 2009-60, 21 juill. 2009), l'autre,

1176. Quant au contenu de cette réglementation, il faut différencier selon les élections, car elles relèvent, sur ce point, de régimes singuliers. Sans trop approfondir, nous pouvons commencer par souligner ce qui relie ces régimes : ils consistent tous en l'application d'un principe d'égalité entre les candidats quant à la surface de leur traitement dans les médias audiovisuels. Les différences tiennent aux manifestations juridiques de ce principe. L'élection présidentielle a ici un rôle à part, puisqu'elle est divisée en trois phases¹³⁸⁴. Les deux premières sont ainsi déterminées : « *une première période allant du 1er février 2017 jusqu'à la veille du jour de la publication au Journal officiel de la liste des candidats établie par le Conseil constitutionnel ; une seconde période allant du jour de la publication au Journal officiel de la liste des candidats établie par le Conseil constitutionnel jusqu'à la veille de l'ouverture de la campagne électorale* »¹³⁸⁵. Durant ces deux phases, c'est l'équité¹³⁸⁶ qui s'applique. Leur succède la campagne officielle¹³⁸⁷, où l'article 15 al. 1^{er} du décret n°2001-213 du 8 mars 2001 impose une stricte égalité entre les candidats. Rien de semblable pour les autres élections, car l'équité s'y applique à compter d'une date décidée par le CSA à chaque élection, jusqu'au scrutin et donc y compris durant la campagne officielle¹³⁸⁸. Bien que ses traductions concrètes soient différentes, l'équité demeure une modalité de l'égalité, un mode d'application, beaucoup plus souple, mais qui relève d'une dynamique comparable¹³⁸⁹. L'objet de la régulation du CSA durant la campagne, c'est donc d'assurer le respect du principe d'égalité, lequel, ici, semble être corrélé au principe de pluralisme, puisque tel est le fondement de la mission du CSA en la matière¹³⁹⁰.

1177. Ce souci de l'égalité se manifeste dans les critères utilisés pour s'assurer du respect par les éditeurs de la règle de l'équité. Celle-ci s'appuie sur la notion de « représentativité », ainsi que sur l'investissement du candidat, pour fixer les droits d'accès respectifs de chaque prétendant¹³⁹¹. Aux termes de la recommandation du 7 septembre 2016, déjà citée, la

de 2011, relative à cette même application, mais en période électorale (CSA, délib. n° 2011-1, 4 janv. 2011, modifiée).

¹³⁸⁴ Il s'agit là d'un état très récent du droit, puisqu'il résulte la loi organique n° 2016-506 du 25 avril 2016 de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle, JORF n°0098 du 26 avril 2016, texte n° 1. Pour une recension des évolutions de ces phases, et des règles relatives aux temps de parole et d'antenne, voir Masclet J.-C et Guiselin E.-P., *op.cit.*, §52.

¹³⁸⁵ CSA, recommandation n° 2016-2 du 7 septembre 2016 du Conseil supérieur de l'audiovisuel aux services de radio et de télévision en vue de l'élection du Président de la République, 1.1.

¹³⁸⁶ Que l'on trouve ainsi définie par le CNRTL : « (*Principe impliquant l'appréciation juste, (le) respect absolu de ce qui est dû à chacun.* »).

¹³⁸⁷ Soit, aux termes de l'article 10 du décret n°2001-213 du 8 mars 2001, déjà cité : « *la campagne en vue de l'élection du Président de la République est ouverte le deuxième lundi précédant le premier tour de scrutin. Elle prend fin la veille du scrutin à zéro heure* ».

¹³⁸⁸ Voir par exemple l'article L. 167-1 du Code électoral.

¹³⁸⁹ « *L'équité n'est pas un simple assouplissement de l'exigence d'égalité. Elle conduit en effet à aller au-delà en permettant l'introduction d'autres paramètres pour moduler le temps de parole ou de présence à l'antenne, tels que la représentativité des candidats et de leur parti, leur poids dans les sondages, la dynamique de leur campagne* ». Masclet J.C. et Guiselin E.-P., *op.cit.*, §52.

¹³⁹⁰ Voir loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF du 1^{er} octobre 1986 p. 11755.

¹³⁹¹ Il arrive que le temps de campagne fixé par le CSA débute en amont de l'officialisation des candidatures par l'autorité compétente. C'est notamment le cas de la première phase de la campagne présidentielle (au sens du CSA). Ce dernier fixe donc des critères pour apprécier « la capacité à manifester l'intention d'être candidat », lorsque les candidatures sont encore incertaines. Dans la seconde phase, ces critères sont remplacés par d'autres, permettant de mesurer « la contribution du candidat à l'animation du débat électoral ». Pour la présidentielle de

représentativité s'apprécie « notamment » au regard de « *les résultats obtenus aux plus récentes élections, c'est-à-dire celles qui se sont déroulées depuis la précédente élection du Président de la République, y compris celle-ci, par le candidat ou les partis et groupements politiques qui le soutiennent ; le nombre et les catégories d'élus dont peuvent se prévaloir les partis et groupements politiques qui soutiennent le candidat ; les indications de sondages d'opinion réalisés et publiés conformément à la loi* »¹³⁹². Sans porter de jugement sur la pertinence de ces éléments, le souci de ne pas faire de l'équité le cache-misère d'un débat audiovisuel monopolisé par les « grosses formations » politiques¹³⁹³ nous semble patent. Mélanger scores électoraux, mandats électifs divers et sondages revient en effet à mélanger temps long, temps court, divers modes de scrutin... autrement dit, une démarche s'efforçant de neutraliser les distorsions produites par les seuls résultats électoraux, autant que le cadre imposé par l'ensemble institutionnel le permet.

1178. Par ailleurs, la portée donnée à ces obligations est assez poussée. Il serait trop fastidieux d'en examiner tous les aspects, mais deux points méritent d'être soulignés¹³⁹⁴. D'une part, le CSA distingue « temps de parole »¹³⁹⁵ et « temps d'antenne »¹³⁹⁶ de façon à encadrer tant les interventions directes des candidats ou de leurs soutiens que les « séquences » qui leur sont consacrées. D'autre part, il s'assure de pouvoir, en temps réel, vérifier le respect par les éditeurs de leurs obligations, en exigeant la transmission hebdomadaire de relevés mesurant les temps de parole et d'antenne réellement attribués à chaque candidat¹³⁹⁷. Il faut d'ailleurs rappeler qu'il dispose d'un pouvoir de sanction¹³⁹⁸, qui peut aller de la simple lettre de rappel des obligations incombant au diffuseur, au retrait du

2017, les éléments pris en compte pour la première phase sont : « *la désignation d'un mandataire financier ; l'organisation de réunions publiques ; les déplacements et visites de terrain ; l'exposition au public par tout moyen de communication, y compris les réseaux sociaux, de la personne du candidat et des éléments d'un programme politique ; la participation à des débats* ». Ceux de la seconde phase sont « *l'organisation de réunions publiques ; les déplacements et visites de terrain ; l'exposition au public par tout moyen de communication, y compris les réseaux sociaux, de la personne du candidat et des éléments d'un programme politique ; la participation à des débats* ». Ces critères ne sont pas exclusifs. Voir, la recommandation précitée du 7 septembre 2016, *op.cit.*, 1.4.

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ Dont il convient peut-être de rappeler qu'elles sont très minoritaires si on rapporte au nombre d'inscrits leurs scores électoraux réalisés aux premiers tours des élections qui en comportent deux.

¹³⁹⁴ On aurait pu en mentionner un troisième, à savoir la notion de « conditions de programmation comparable » qui impose aux médias d'équilibrer les temps de parole et d'antenne à des heures d'exposition médiatique similaires. Par souci de clarté, nous ne nous sommes pas étendus sur ce point. Mais il peut être utile de signaler son existence.

¹³⁹⁵ « *Le temps de parole comprend toutes les interventions d'un candidat, sauf si des circonstances exceptionnelles conduisent à ne pas les comptabiliser, ainsi que les interventions de soutien à sa candidature* ». *Ibid.*, 1.3.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, « *Le temps d'antenne comprend le temps de parole d'un candidat, les interventions de soutien à sa candidature et l'ensemble des séquences qui lui sont consacrées, dès lors qu'elles ne lui sont pas explicitement défavorables. Les éditoriaux et les commentaires politiques, les revues de presse, les débats réunissant des journalistes, des experts ou d'autres personnes, les analyses et les présentations de sondages d'opinion sont pris en compte dans le temps d'antenne lorsque, pour l'essentiel de leur durée, ils concernent un seul candidat et ne lui sont pas explicitement défavorables* ».

¹³⁹⁷ *Ibid.*, 2.2.

¹³⁹⁸ Qui a pu être qualifié de « *gage de l'efficacité [du] pouvoir de régulation* » par Mathias Guyomar., « La sanction administrative », LPA, 2006/1, p. 7.

droit d'émettre en passant par des amendes pécuniaires¹³⁹⁹. Dans ce cadre, le Conseil d'Etat estime qu'il « dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre des prérogatives qui lui sont conférées par la loi à l'égard des opérateurs qui manquent à leurs obligations »¹⁴⁰⁰. Néanmoins, cette mission s'exerce sous le contrôle du Conseil d'Etat, lequel, s'il en est saisi, exerce un contrôle de l'erreur manifeste sur les décisions, prises par l'AAI, d'user ou non de ses prérogatives¹⁴⁰¹. Enfin, la loi organique n°2016-506 du 25 avril 2016 a introduit l'obligation pour le CSA de publier régulièrement les relevés susmentionnés¹⁴⁰². Elles ont par ailleurs une indéniable portée concrète, qui est visible et audible à chaque campagne, puisqu'il en est régulièrement fait état dans les médias concernés. Il faut cependant noter que cette portée doit s'apprécier eu égard aux limites de l'équité comme modalité de mise en œuvre de l'égalité. De même, la portée de la réglementation est amoindrie par la place de plus en plus importante prise par internet comme média d'information, singulièrement les réseaux sociaux, caisses de résonance du jeu médiatique mais d'une façon tronquée, ce qui en modifie l'impact dans une mesure difficilement appréciable.

2 : les instituts de sondage

1179. « Il existe [...] en France un véritable droit des sondages, qui devrait être considéré comme une part intégrante du droit électoral [...] »¹⁴⁰³. Les instituts de sondage sont donc, comme les médias audiovisuels, l'objet d'une réglementation spécifique¹⁴⁰⁴ ce qui, implicitement, signifie qu'ils sont aux yeux du législateur un acteur singulier du processus électoral. Le dispositif les encadrant repose sur la loi n°77-808 du 19 juillet 1977, légèrement renforcée en 2002¹⁴⁰⁵ et amplement modifiée par l'article 2ter de la loi du 25 avril 2016, susmentionnée¹⁴⁰⁶, et complétée par le décret n°80-351 du 16 mai 1980¹⁴⁰⁷. Il repose principalement sur deux piliers, à savoir la soumission à des obligations particulières de ceux qui réalisent comme de ceux qui diffusent des sondages, et la création d'une autorité, la

¹³⁹⁹ Voir, pour une recension de l'ensemble des décisions individuelles prises par le CSA : <http://www.csa.fr/Espace-juridique/Decisions-du-CSA>. Pour une appréciation critique de l'exercice par le CSA de ce pouvoir : Bardet T., « La régulation audiovisuelle, trente ans après la loi de 1986 », AJDA 2017, p. 726.

¹⁴⁰⁰ CE, 07 février 2017, req. n°388621.

¹⁴⁰¹ Comme c'était le cas dans la décision citée.

¹⁴⁰² Loi organique n°2016-506 du 25 avril 2016, de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle, art. 4 modifiant l'art. 3 de la Loi organique n°62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République, *op.cit.*

¹⁴⁰³ Rambaud R., *op.cit.*, p. 122.

¹⁴⁰⁴ Pour une synthèse rapide mais riche d'enseignements de l'historique de cet encadrement, voir le rapport d'information n°54 réalisés par les sénateurs Portelli et Sueur, pour la commission des lois, et déposé le 20 octobre 2010, pp. 13-15. En ligne : <https://www.senat.fr/rap/r10-054/r10-0541.pdf>.

¹⁴⁰⁵ Loi n° 2002-214 du 19 février 2002 qui renforçait les exigences de publicité et modifiait la composition de la Commission en ajoutant deux personnalités qualifiées aux neufs magistrats jusque-là seuls à y siéger, JORF du 20 février 2002 p. 3257, texte 1.

¹⁴⁰⁶ Ces modifications consistent en un renforcement significatif tant des obligations imposées par la loi aux instituts de sondage et à leurs diffuseurs, ainsi qu'un accroissement des pouvoirs de la Commission. Pour une recension substantielle mais synthétique des apports de la loi, voir Rambaud R., *op.cit.*, pp. 123-126.

¹⁴⁰⁷ Qui comprend un certain nombre d'obligations quant aux conditions de réalisation de sondage, de la nature des questions, des droits des personnes sondées...

Commission des sondages, chargée de réguler les acteurs. Elle a longtemps été considérée comme une AAI¹⁴⁰⁸, catégorie dont elle a depuis été exclue par une récente loi organique qui fixe la liste de ces institutions¹⁴⁰⁹, dans laquelle elle ne figure pas. Sans encore aller plus loin, on observe une forte similarité entre cette démarche et celle ayant présidé à l'encadrement du secteur audiovisuel.

1180. Il y a cependant de nettes différences quant à la mesure de l'encadrement. En premier lieu, les obligations qui incombent aux instituts en période de campagne sont bien moins nombreuses que pour les médias audiovisuels. Il n'y a ainsi qu'un article de la loi de 1977 qui se rapporte spécialement aux périodes électorales¹⁴¹⁰, et il ne restreint la liberté d'action que des seuls diffuseurs, puisqu'il interdit « *la publication, la diffusion ou le commentaire* » de tout sondage à compter de la veille du scrutin. En revanche, il va de soi que l'ensemble des dispositions de la loi s'applique aussi aux périodes de campagne, lesquelles intéressent particulièrement les instituts puisqu'ils y réalisent de nombreux sondages politiques¹⁴¹¹.

1181. La loi définit tout d'abord les sondages visés par ses dispositions, et qu'on appellera ici « sondages politiques ». Ses deux premiers alinéas disposent ainsi que « *un sondage est, quelle que soit sa dénomination, une enquête statistique visant à donner une indication quantitative, à une date déterminée, des opinions, souhaits, attitudes ou comportements d'une population par l'interrogation d'un échantillon. Sont régis par la présente loi les sondages publiés, diffusés ou rendus publics sur le territoire national, portant sur des sujets liés, de manière directe ou indirecte, au débat électoral* »¹⁴¹². Le troisième alinéa impose le caractère représentatif de l'échantillon¹⁴¹³. Le quatrième fait entrer dans le champ de la loi les « simulations de vote »¹⁴¹⁴. On le voit, cette définition a une vraie portée normative. D'abord car, comme toute définition insérée dans un texte juridique, elle a pour conséquence de faire entrer dans le champ des obligations créées par la loi les sondages -ici- correspondant à ce qu'elle définit. Ensuite parce que le troisième alinéa impose un standard méthodologique -le caractère représentatif de l'échantillon- aux instituts. Il y a donc bien une volonté de garantir

¹⁴⁰⁸ Dans le rapport public consacré par le Conseil d'Etat aux AAI. Voir EDCE, Les Autorités Administratives Indépendantes, La Doc. Fra., 2001, p. 302. Egalement dans le même sens Bachelier G., concl. sur CE, Ass. 23 février 2001, « COB », Rec. p. 80.

¹⁴⁰⁹ Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017, relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, JORF n°0018 du 21 janvier 2017, texte n° 1.

¹⁴¹⁰ Il s'agit de l'article 11 de la loi n°77-808 du 19 juillet 1977, Loi relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, JORF du 20 juillet 1977 p. 3837.

¹⁴¹¹ Voir pour les chiffres traduisant cette suractivité le rapport de la commission, « la commission des sondages face aux élections présidentielles de 2012 », p. 3. Il est disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.commission-des-sondages.fr/hist/pdf/2012.pdf>.

¹⁴¹² Art. 1 de cette même loi. Il peut être utile, pour mesurer l'ampleur des modifications par la loi du 25 avril 2016, de citer la version antérieure de cet article : « *Sont régies par les dispositions de la présente loi la publication et la diffusion de tout sondage d'opinion ayant un rapport direct ou indirect avec un référendum, une élection présidentielle ou l'une des élections réglementées par le code électoral ainsi qu'avec l'élection des représentants au Parlement européen. Les opérations de simulation de vote réalisées à partir de sondages d'opinion sont assimilées à des sondages d'opinion pour l'application de la présente loi* ».

¹⁴¹³ « *Les personnes interrogées sont choisies par l'organisme réalisant le sondage de manière à obtenir un échantillon représentatif de la population concernée* ».

¹⁴¹⁴ « *Sont assimilées à des sondages pour l'application de la présente loi les opérations de simulation de vote réalisées à partir de sondages liés au débat électoral* ». Le cumul de ces dispositions permet d'interdire la pratique, qui se répandait, de présenter comme un sondage les questions posées sur un site internet, sans méthodologie particulière.

un certain niveau de qualité des sondages réalisés pour animer le débat politique. Constat qui est renforcé par l'obligation faite aux instituts de transmettre, à la commission des sondages et préalablement à toute réalisation une déclaration d'engagement à respecter les dispositions de la loi. En outre, interdiction est faite aux diffuseurs de publier un sondage qui n'aurait pas été précédé de cette déclaration¹⁴¹⁵.

1182. La loi impose également une certaine transparence aux instituts de sondage comme aux diffuseurs. D'abord en dressant une liste des éléments que tout diffuseur doit rendre public dès lors qu'il publie un sondage (que l'institut l'ayant réalisé doit donc établir et transmettre)¹⁴¹⁶. Ensuite par l'obligation, pour l'auteur du sondage, de le transmettre à la commission, accompagné d'une notice dont les mentions sont précisées par la loi¹⁴¹⁷. Enfin, en affirmant le droit de chacun de consulter ces notices, lequel est renforcé car la loi prévoit également leur mise en ligne par la Commission. Il ne s'agit plus seulement de contrôler le contenu des sondages mais également de faire en sorte que tout citoyen puisse, s'il le souhaite, connaître le cadre de production de tel ou tel sondage. L'objectif général est donc d'éviter que l'utilisation des sondages¹⁴¹⁸ ne soit un vecteur de manipulation des électeurs.

1183. C'est donc logiquement la mission de la Commission des sondages, qui exerce un contrôle en continu, du fait de l'obligation de formuler une demande d'autorisation préalable à la charge des instituts, comme évoqué précédemment. A ce titre, elle peut, notamment, exiger la publication d'une mise au point, qui doit être publiée « *de manière que lui soit assurée une audience équivalente à celle* » du sondage concerné¹⁴¹⁹. Par ailleurs, elle dispose, en application du décret du 16 mai 1980 déjà mentionné, d'une compétence étendue quant au contrôle du contenu des sondages.

¹⁴¹⁵ Art. 7 de la loi du 19 juillet 1977. Le non-respect de ces obligations est puni d'une amende de 75 000 euros en application de l'article 12 de cette même loi, tout comme d'ailleurs toute participation à un sondage ou à sa publication qui serait faite en violation de ses dispositions.

¹⁴¹⁶ Art. 2 : « *La première publication ou la première diffusion de tout sondage défini à l'article 1er est accompagnée des indications suivantes, établies sous la responsabilité de l'organisme qui l'a réalisé : le nom de l'organisme ayant réalisé le sondage ; le nom et la qualité du commanditaire du sondage ou de la partie du sondage, ainsi que ceux de l'acheteur s'il est différent ; le nombre de personnes interrogées ; la ou les dates auxquelles il a été procédé aux interrogations ; le texte intégral de la ou des questions posées sur des sujets mentionnés au deuxième alinéa de l'article 1er ; une mention précisant que tout sondage est affecté de marges d'erreur ; les marges d'erreur des résultats publiés ou diffusés, le cas échéant par référence à la méthode aléatoire ; une mention indiquant le droit de toute personne à consulter la notice prévue à l'article 3. Les informations mentionnées aux 5° et 7° peuvent figurer sur le service de communication au public en ligne de l'organe d'information qui publie ou diffuse le sondage. Dans ce cas, l'organe d'information indique l'adresse internet de ce service* »

¹⁴¹⁷ Art. 3 : « *Avant la publication ou la diffusion de tout sondage défini à l'article 1er, l'organisme qui l'a réalisé procède au dépôt auprès de la commission des sondages instituée en application de l'article 5 d'une notice précisant au minimum : Toutes les indications figurant à l'article 2 ; L'objet du sondage ; La méthode selon laquelle les personnes interrogées ont été choisies, le choix et la composition de l'échantillon ; Les conditions dans lesquelles il a été procédé aux interrogations ; La proportion des personnes n'ayant pas répondu à l'ensemble du sondage et à chacune des questions ; S'il y a lieu, la nature et la valeur de la gratification perçue par les personnes interrogées ; S'il y a lieu, les critères de redressement des résultats bruts du sondage. Dès la publication ou la diffusion du sondage : toute personne a le droit de consulter auprès de la commission des sondages la notice prévue par le présent article ; cette commission rend publique cette notice sur son service de communication au public en ligne* ».

¹⁴¹⁸ Qui suit un accroissement constant, comme le relève la commission des sondages elle-même dans le rapport déjà cité.

¹⁴¹⁹ Art. 9 de la loi n°77-808 du 19 juillet 1977 *op.cit.*

1184. Certes, on voit que le dispositif demeure matériellement faible. Ainsi, les diffuseurs sont finalement peu concernés, alors qu'ils sont particulièrement susceptibles de biaiser la lecture d'un sondage. De même, la Commission se présente surtout comme une institution de régulation, plus que de contrôle, comme en atteste la faiblesse de son pouvoir de sanction comparativement à ses attributions de surveillance et de publicité. Or, elle dispose d'un prestige assez faible, étant peu connue et donc peu à même de réellement alerter l'opinion, ce qui limite l'impact de ses compétences. Au point, même, que certains appellent à son démantèlement pour être remplacée¹⁴²⁰. A ce titre, d'ailleurs, la perte du statut d'AAI ne peut que l'affaiblir plus encore. Mais reste que le dispositif relève d'une logique similaire à celle observée jusqu'à présent. Ce tableau d'ensemble est suffisant pour faire ressortir les restrictions apportées tant à l'activité des instituts qu'à celle des diffuseurs, afin de s'assurer d'un certain degré de sincérité du vote des électeurs. Là encore, et même s'il ne s'agit pas au sens strict du droit des campagnes électorales, le droit relatif à la matière électorale porte l'empreinte de la recherche d'un équilibre entre la liberté des acteurs privés et l'intérêt général consubstantiel d'une élection politique.

1185. Au moment de conclure cet examen, il nous semble qu'un aspect frappe immédiatement : le droit des campagnes électorales est traversé par la nécessité de réaliser un équilibre entre liberté des acteurs et protection de la sincérité du processus électoral. L'égalité, la loyauté, la neutralité sont, au bilan, des moyens d'assurer cette sincérité. Et qu'il s'agisse d'encadrer les médias, les sondages, l'Etat, l'ensemble des dispositifs étudiés sont déterminés d'abord par le souci d'assurer cet équilibre. Ce qui, à notre sens, se manifeste également par la variété des acteurs concernés directement par des dispositions justifiées par le souci de protéger la sincérité du scrutin : le droit des campagnes électorales est un droit qui embrasse tout le spectre du phénomène de la communication politique. Cette circonstance seule est déjà, en soi, structurante. Il n'en va d'ailleurs pas de même partout, tant s'en faut¹⁴²¹.

1186. Par ailleurs, le contenu concret de cet équilibre est assez caractéristique d'une volonté d'empêcher que la liberté des uns restreigne le libre-arbitre des autres. Les obligations imposées aux acteurs autant que les mécanismes de contrôle, attestent de la volonté de s'assurer de l'efficacité du dispositif. Evidemment, il ne s'agit là que du reflet du travail du législateur, qui ne dit pas grand-chose de la portée réelle de l'application de ces dispositions. Mais la structure du droit des campagnes électorales n'en demeure pas moins orientée vers l'objectif susmentionné.

1187. Enfin, les nombreuses entreprises de modification, que l'on a rencontrées dans les développements qui précèdent, n'ont jamais été motivées par une volonté de remise en cause de l'économie générale du droit des campagnes électorales.

1188. Il ne semble donc pas exagéré de conclure cet examen du droit de la propagande électorale par l'affirmation selon laquelle la structure générale de ce droit est caractéristique d'une vision française de la communication politique, laquelle est à la fois teintée de

¹⁴²⁰ <http://www.observatoire-des-sondages.org/Propositions-pour-une-reforme-de.html>.

¹⁴²¹ Ainsi, sur les sondages, voir Rambaud R., *op.cit.* p. 122.

méfiance, d'où l'encadrement, et de réalisme, d'où le maintien d'une liberté d'agir très importante malgré tout.

1189. Mais ce n'est qu'un aspect du droit des campagnes électorales, qui n'embrasse que quelques facteurs potentiels d'influence sur l'électorat. Il reste encore un autre aspect fondamental à étudier : l'encadrement du financement des campagnes électorales.

II : Le financement des campagnes électorales

1190. Nous avons déjà évoqué l'importance que les questions financières ont prises dans de nombreuses procédures d'initiative populaire existantes¹⁴²². Il en va de même en matière électorale, dans tous les pays pratiquant régulièrement ce mode de désignation des gouvernants. La France ne faisant pas exception, le législateur a, à partir de 1988, élaboré un régime par le biais duquel il s'est « *attaché à encadrer le financement tant public que privé des campagnes électorales, à exiger des candidats la transparence de leurs ressources et de leurs dépenses, et à instituer un dispositif de contrôle de l'application de ces règles* »¹⁴²³.

1191. Par ailleurs, la thématique du financement peut, comme celle de la propagande, s'envisager comme impliquant une sorte de relation dialectique entre liberté, et égalité. Le Conseil constitutionnel l'explique d'ailleurs parfaitement, dans la décision rendue sur la loi de 1988. Statuant sur la constitutionnalité des dispositions introduisant, pour les élections législatives, le mécanisme du plafonnement des dépenses électorales et le remboursement forfaitaire, il valide les dispositions concernées. Mais il le fait en passant par deux considérants de principe qui posent très clairement les enjeux juridiques amenés par cette réglementation. Il affirme : « *considérant qu'aux termes de l'article 2, premier alinéa, de la Constitution, la République "assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion" ; que l'article 3 de la Constitution dispose, dans son premier alinéa, que "la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum" et, dans son troisième alinéa, que le suffrage "est toujours universel, égal et secret" ; qu'enfin, l'article 4 de la Constitution dispose que "les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale"* ;

1192. *Considérant que ces dispositions ne font pas obstacle à ce que l'État accorde une aide financière aux candidats aux élections, que ceux-ci se réclament ou non de partis ou groupements politiques ; que l'aide apportée par l'État peut revêtir la forme aussi bien de la prise en charge de certaines dépenses que de l'octroi d'exonérations fiscales destinées à favoriser les concours financiers de la part des contribuables ; que, toutefois, l'aide allouée aux candidats doit, pour être conforme au principe d'égalité, obéir à des critères objectifs ;*

¹⁴²² Voir not., pour le cas américain, emblématique de cette question, Broder David S., *Democracy Derailed*, Harcourt, 2000. Papadopoulos, Y., *Démocratie directe*, Economica, 1998, pp. 171-174. ; Hamon. F., *Le référendum*, L.G..D.J, 2ème éd., 2012, p. 139.

¹⁴²³ Touvet L., Doublet Y.-M., *op.cit.*, p. 294.

*qu'en outre, quel que soit le mécanisme d'aide retenu, il ne doit conduire, ni à établir un lien de dépendance d'un candidat ou d'un parti politique à l'égard de quiconque contribue au financement de ses dépenses, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions, ni à enrichir une personne physique ou morale »*¹⁴²⁴. On voit ici parfaitement l'équilibre qui doit être sauvegardé, entre le financement des campagnes et son encadrement, corollaire de la libre activité des partis, d'une part, et le principe d'égalité ainsi que celui du pluralisme, d'autre part. On voit également en quoi le financement public et le plafonnement peuvent être à la fois acceptables et même justifiés constitutionnellement, car mettant en œuvre pluralisme et égalité, mais ne doivent pas par trop restreindre la liberté des partis. On voit aussi quelles sont les bornes fixées par le Conseil, notamment quant à la question du lien de dépendance amenée par la question financière, ainsi que l'importance revêtue par l'égalité dans la distribution des fonds. On voit, enfin, comme cette relation dialectique est à la fois indispensable à la présentation, et simpliste. La liberté, en effet, permet aussi de protéger le pluralisme en amenant la question du lien de dépendance...

1193. Il s'agira donc là encore d'examiner les termes juridiques de cet équilibre, la façon dont le droit organise la dialectique.

1194. A cet égard, les trois aspects soulignés dans le passage cité, peuvent être vus comme les trois « piliers » de l'édifice d'encadrement du financement. Leur contenu actuel résulte d'un ensemble de lois, qui ont chacune apporté leur pierre à l'édifice sans jamais en bouleverser l'économie générale ou les grandes orientations. Il est notamment possible de citer¹⁴²⁵ les lois du 11 mars 1988¹⁴²⁶, des 15 janvier et 10 mai 1990¹⁴²⁷, du 19 janvier 1995¹⁴²⁸, et celle du 5 avril 2006¹⁴²⁹. Leur réunion permet la régulation voulue par les différents législateurs intervenus en la matière. C'est pourquoi nous avons organisé les développements qui suivent en abordant ces trois aspects successivement. Nous verrons donc les règles encadrant le financement (A), celles relatives à la transparence quant aux sources et à l'usage des fonds permettant ce financement (B), et l'exercice du contrôle par une AAI spécifiquement vouée à cette tâche (C)¹⁴³⁰.

¹⁴²⁴ Cons., const., Déc., n° 88-242 DC du 10 mars 1988, JORF du 12 mars 1988 p. 3350, Rec. p. 36.

¹⁴²⁵ Pour une liste exhaustive de ces lois, résumant en profondeur leurs principaux apports, voir *ibid.*, pp. 295-302.

¹⁴²⁶ Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, JORF du 12 mars 1988 p. 3290.

¹⁴²⁷ Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, JORF n°13 du 16 janvier 1990 p. 639 ; loi organique n° 90-383 du 10 mai 1990 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés, JORF n°109 du 11 mai 1990 p. 5615

¹⁴²⁸ Loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique, JORF n°18 du 21 janvier 1995 p. 1105.

¹⁴²⁹ Loi organique n° 2006-404 du 5 avril 2006 relative à l'élection du Président de la République, JORF n°82 du 6 avril 2006 p. 5192

¹⁴³⁰ Comme on l'aura constaté, nous nous bornons ici à suivre l'approche fournie par les auteurs cités précédemment. Il est opportun de signaler que celle-ci se retrouve largement ailleurs. C'est ce que font, par exemple, Romain Rambaud dans son ouvrage déjà mentionné, ou les auteurs précités du juriste « communication ».

A : Les règles encadrant le financement

1195. Le cadre fondamental du financement des campagnes électorales en France est constitué de trois éléments essentiels. Les dépenses sont plafonnées (1), leurs sources sont sélectionnées (2), en échange de quoi une fraction très substantielle de l'origine des fonds est publique (3). Ce système s'appuie en outre sur l'aide financière consentie chaque année par l'Etat aux formations politiques¹⁴³¹. Ce soutien, il faut ici en dire un mot car, s'il n'entre pas directement dans le cadre du financement des campagnes électorales, n'en demeure pas moins indispensable au fonctionnement de celui-ci puisque qu'il fournit des fonds aux partis qui, ensuite, auront à soutenir des candidats¹⁴³². Il est d'ailleurs considéré comme un des trois « piliers » du système de financement de la vie politique par l'auteur d'un rapport parlementaire remarqué, portant sur cette question¹⁴³³. Par ailleurs, il fournit un éclairage sur la façon dont le droit encadre les ressources des partis, qui sont les principaux acteurs de la compétition électorale. Les caractéristiques majeures du droit du financement des partis politiques sont qu'il organise un système public de financement, et qu'il régleme les sources privées¹⁴³⁴, de sorte que la part publique dans le budget global des partis est très significative¹⁴³⁵. Les inégalités entre partis sont ainsi maîtrisées. Mais en tant qu'elles reposent sur les scores électoraux, et dépendent pour l'autre fraction des distorsions liées aux modes de scrutin, elles demeurent élevées¹⁴³⁶. C'est dans ce contexte qu'interviennent les campagnes électorales, qu'il convient de garder à l'esprit au moment de retracer son encadrement quant aux questions financières¹⁴³⁷.

¹⁴³¹ Dont les modalités sont définies aux articles 8 et 9 de la loi du 11 mars 1988 *op.cit.* Il en résulte que cette aide est versée aux partis qui « ont présenté lors du plus récent renouvellement de l'Assemblée nationale des candidats ayant obtenu chacun au moins 1 % des suffrages exprimés dans au moins cinquante circonscriptions » ainsi qu'à ceux « bénéficiaires de la première fraction visée ci-dessus proportionnellement au nombre de membres du Parlement qui ont déclaré au bureau de leur assemblée, au cours du mois de novembre, y être inscrits ou s'y rattacher ». Ce montant a représenté, pour l'année 2016 à 63 101 868,14 euros (décret n° 2016-111 du 4 février 2016, art. 1). Voir Geffray E., « Les obligations comptables des partis politiques », concl. sur CE, sect., 9 juin 2010, « Association Cap sur l'avenir 13 », Rec. p. 197, R.F.D.A., 2010, p. 1047.

¹⁴³² Pour une synthèse de ce dispositif, voir Marcilloux-Giummarra S., « Droit constitutionnel et vie politique. Le financement des partis politiques », R.F.D.C., 2011/1, p. 163-174.

¹⁴³³ Rapport d'information n° 2979 du député Romain Colas, sur l'évaluation de la pertinence des dispositions législatives et réglementaires relatives au financement des campagnes électorales et des partis politiques pour la Commission des finances, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 15 juillet 2015. En ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i2979.asp#P86_9631. Les trois piliers sont, d'après le rapport, l'interdiction faite aux personnes morales de financer une campagne, le remboursement des frais de campagne par l'Etat, et, donc, le financement public des partis politiques.

¹⁴³⁴ Art. 11-4 de la loi du 11 mars 1988. On peut mentionner que les financements en provenance de personnes morales sont interdites, à l'exception des partis politiques, et que les dons consentis par des personnes privées sont limités à 7500€ par an et par parti.

¹⁴³⁵ Abel François et Eric Phélippeau indiquent une proportion moyenne de 39.9% de part du financement public dans le budget des partis pour l'année 2013. Voir François A., Phélippeau E., *Le financement de la vie politique*, Armand Colin, 2015, p. 49.

¹⁴³⁶ *Ibid.*

¹⁴³⁷ On peut se reporter à une synthèse sur le financement des partis politiques dans le monde, qui comprend en outre de nombreux éléments sur le financement des campagnes électorales : Turgeon J.L., *Les modèles de financement public des partis politiques au Québec et dans d'autres démocraties : perspectives comparées*, rapport réalisé pour le Directeur Général des Elections, 2012. Disponible en ligne : [http://www.electionsequbec.qc.ca/documents/pdf/D-6350.11\(12-09\)_versionPDF_1.pdf](http://www.electionsequbec.qc.ca/documents/pdf/D-6350.11(12-09)_versionPDF_1.pdf).

1 : Le plafonnement

1196. C'est la loi organique n°88-226 du 11 mars 1988 qui a, la première, posé le principe d'un plafonnement des dépenses consenties pour la campagne pour les participants. Il s'agissait de prendre acte d'une inflation de ces dépenses dans les années précédentes¹⁴³⁸. Cette loi était à la fois le début d'un processus et la fin d'un autre. Début de la dynamique d'encadrement par la loi, fin d'une longue lutte politique, transpartisane, manifestée par le dépôt de nombreuses propositions de lois, poussée en ce sens par la multiplication des « affaires »¹⁴³⁹. C'est pourquoi, d'ailleurs, la question du financement des campagnes n'est en réalité qu'un aspect de ce que visait à embrasser ce texte, à savoir le financement de la vie politique en général.

1197. Mais cette législation était encore embryonnaire, globalement, et d'ailleurs surtout conçue comme un point de départ, donc appelée à être révisée¹⁴⁴⁰. Ce qui fut fait par les deux textes de 1990, déjà mentionnés. S'agissant du plafonnement, le premier texte l'étend à toutes les élections se déroulant dans une circonscription comptant au moins 9000 habitants, à l'exception, à l'époque, des sénatoriales. Le second concerne l'élection présidentielle, et fixe le plafond des dépenses applicable à cette élection.

1198. Dès lors, le plafonnement devient un marqueur fort de l'encadrement national des dépenses de campagne. Il n'a jamais été remis en question et a pénétré toutes les strates de la vie électorale, puisqu'il a été étendu y compris aux élections sénatoriales¹⁴⁴¹. Il doit par conséquent être considéré comme un aspect fondamental de l'encadrement du financement des campagnes.

1199. Il appelle la nécessité, pour en cerner la portée, d'aborder trois points cruciaux pour son application.

1200. Il faut tout d'abord souligner qu'il est fixé en valeur. Ainsi, l'article L. 52-11 du code électoral dispose que « *le plafond des dépenses pour l'élection des députés est de 38 000*

¹⁴³⁸ Jacques Chirac, alors Premier Ministre, ouvrit ainsi la discussion en séance à l'Assemblée sur le projet de loi organique qui allait devenir le texte dont nous parlons : « [...] nous sommes en présence d'un fait de société qui pose, avec de plus en plus d'acuité, le problème du financement de la vie politique ». Assemblée nationale, séance publique, 1^{ère} séance du 2 février 1988.

¹⁴³⁹ Le même, dans la suite de son intervention : « [...] les campagnes électorales qui se sont succédé depuis quelques années ont pris, chez nous comme ailleurs, une ampleur jamais vue auparavant, et ont mis en jeu des sommes considérables. Chacun en France a eu le sentiment d'une escalade dangereuse à laquelle il convenait de mettre un terme. Naturellement, et c'est la deuxième raison qui découle de la première, pour faire face à ces dépenses, le risque est grand de voir se développer des pratiques contraires à la morale et à la loi [...]. C'est ce qui s'est passé avec ce qu'il est convenu d'appeler « les affaires », qui ont mis en cause des personnalités et qui ont porté atteinte, ce qui est grave, au crédit de toute la classe politique ».

¹⁴⁴⁰ Jacques Chirac, toujours : « Laissons le temps et l'expérience faire aussi leur œuvre. Rien ne nous interdit, plus tard, d'améliorer, compte tenu de l'expérience, les dispositions prises, et de poursuivre l'édification d'un temple jamais achevé, qui est celui de la morale publique. J'ai la conviction, aujourd'hui, que l'ensemble des mesures inscrites dans ces deux projets de loi seront, dans la vie politique française, le levain d'une époque nouvelle, marquée par davantage de transparence, d'équité, de respect des lois écrites et non écrites ».

¹⁴⁴¹ Loi n° 2011-412 du 14 avril 2011, JORF n°0092 du 19 avril 2011 p. 6831.

euros par candidat. Il est majoré de 0,15 euro par habitant de la circonscription »¹⁴⁴². Son montant était initialement réévalué par décret, tous les ans, mais cette réévaluation est aujourd'hui gelée par les dispositions de l'article L. 52-11, et ce « *jusqu'à l'année au titre de laquelle le déficit public des administrations publiques est nul* ».

1201. Il y a ensuite la notion de dépenses électorales, indispensable pour déterminer ce qui est concerné par le plafonnement. L'article L. 52-12 du code électoral dispose que « *selon leur nature, l'ensemble des dépenses engagées ou effectuées en vue de l'élection, hors celles de la campagne officielle par lui-même ou pour son compte* ». L'absence de précision de la définition ici exposée est évidente. Il faut souligner que la dépense électorale s'y comprend tautologiquement, par son objet : pour être constituée comme telle, elle doit avoir un « but électoral »¹⁴⁴³. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser. Il a considéré « *qu'il résulte de ces dispositions*¹⁴⁴⁴ *que les dépenses pouvant faire l'objet d'un remboursement forfaitaire de la part de l'Etat sont celles engagées par le candidat ou pour son compte pendant l'année précédant le premier mois du jour de l'élection, dont la finalité est l'obtention du vote des électeurs* »¹⁴⁴⁵. Il pose donc deux critères, cumulatifs : l'objet de la dépense, qu'il précise, et la période durant laquelle elle a été effectuée. Ce dernier point pose moins de difficultés. A noter que cette période a été raccourcie par l'article 2 de la loi du 25 avril 2016. Elle est aujourd'hui de six mois, sauf pour l'élection présidentielle. Malgré tout, le critère de l'objet maintient un cadre large, et cela est de toute façon rendu nécessaire par l'hétérogénéité des dépenses potentiellement couvertes. Celles-ci peuvent aussi bien être occasionnées par des transports que par des réunions publiques ou même des livres rédigés par le candidat. Pareille définition appelle donc des précisions à chaque affaire, au « *cas-par-cas* »¹⁴⁴⁶. La CNCCFP s'efforce cependant de préciser autant que possible la notion pour les candidats, *via* son « guide du candidat et du mandataire »¹⁴⁴⁷. Par ailleurs, l'on note la notion de dépenses engagées « pour le compte du candidat », la formulation citée reprenant celle de l'article L. 52-12 du code électoral. Autrement dit, les dépenses engagées par des tiers sont intégrées au compte, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales (notamment les partis), y compris si elles sont engagées spontanément par des individus totalement extérieurs à la campagne du candidat. Cependant, cette prise en compte est conditionnée par l'article précité à l'acceptation du candidat (il doit avoir consenti à la dépense).

¹⁴⁴² L'élection présidentielle est elle aussi soumise à ces plafonds, comme déjà indiqué, mais cela résulte d'un renvoi effectué par l'article 3.II de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 à l'article précité du code électoral. Il est aujourd'hui fixé à 16,166 millions d'euros pour les candidats arrivés au premier tour, et 21,594 millions d'euros pour ceux parvenus au second.

¹⁴⁴³ Masclat J.-C., Guiselin E.-P., *op.cit.*, §89.

¹⁴⁴⁴ Les articles 52-4, 52-11-1 et 52-12.

¹⁴⁴⁵ CE, 5eme et 4eme ss. sect., 10 Août 2005, Req. n°275734.

¹⁴⁴⁶ Rambaud R., *op.cit.*, p. 142.

¹⁴⁴⁷ Voir les pages 46 et suivantes de la dernière édition éditée au 8 février 2017 : http://www.cnccfp.fr/docs/campagne/20161027_guide_candidat_edition_2016.pdf.

1202. Il faut en outre mentionner, sans s'appesantir, l'existence d'un ensemble de caractéristiques singulières à la législation financière qui lui confèrent une certaine rigueur¹⁴⁴⁸.

1203. Enfin, les législateurs successifs ont plusieurs fois agi sur les sanctions au non-respect de ces plafonds. Les sanctions sont d'abord financières, puisque le remboursement forfaitaire n'est exigible qu'à compter de la vérification du compte par la CNCCFP, et qu'il n'y a donc pas de remboursement en cas de dépassement¹⁴⁴⁹. Spécifiquement, le montant constituant le dépassement du plafond doit également être remboursé¹⁴⁵⁰. Le candidat peut aussi se voir infligé des sanctions pénales, la CNCCFP devant transmettre au parquet -notamment- en cas de dépassement¹⁴⁵¹. Enfin, il peut être déclaré inéligible, pour une durée maximum de 3 ans, par le juge de l'élection¹⁴⁵².

2 : L'encadrement des sources privées de financement

1204. Les sources de financement des campagnes électorales n'étaient, jusqu'à la loi de 1988, pas réglementées et, donc, pas connues. Les partis finançaient les campagnes de leurs candidats sur leurs fonds propres, dont l'on ne savait pas réellement par quelles voies ils étaient alimentés. La loi de 1988, déjà citée, s'attela à rationaliser cette situation, en plafonnant les dons pouvant être consentis par des personnes privées et, *via* le compte de campagne, en imposant une traçabilité de ces dons.

1205. Ce dispositif a été modifié par la loi du 19 janvier 1995¹⁴⁵³. C'est depuis cette date que le droit applicable revêt l'entièreté de son aspect actuel. L'encadrement repose sur la distinction entre les sources de financement, fondée sur la nature du donataire, et sur la définition de la notion de « don »¹⁴⁵⁴.

1206. Cette dernière recouvre à la fois tant le versement d'argent que « *les biens ou prestations fournis à des prix inférieurs à ceux habituellement pratiqués* »¹⁴⁵⁵. Ceci résulte de l'article L. 52-17 du code électoral. Il a pu ainsi être jugé que des prêts consentis sans intérêts étaient, eu égard aux circonstances de l'espèce, constitutifs d'un « *avantage qui doit être assimilé à un don en vertu de l'article 52-17 du code électoral* »¹⁴⁵⁶. La notion est donc conçue pour que soit pris en compte l'ensemble des avantages dont un candidat peut bénéficier.

¹⁴⁴⁸ Intégration dans un compte unique de campagne des dépenses du candidat, de tiers, ou de partis politiques, par exemple. Pour un éventail plus complet, voir Touvet L et Doublet Y.-M., *op.cit.*, p. 297 et s.

¹⁴⁴⁹ Art. L. 52-15, al. 5 du code électoral.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, al. 6.

¹⁴⁵¹ Art. L. 113-1 du code électoral pour les sanctions, et L. 52-15 pour la transmission au parquet.

¹⁴⁵² Art. L. 118-3 du code électoral.

¹⁴⁵³ Loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique, *op.cit.*

¹⁴⁵⁴ Pour approfondir, on peut se reporter à Masclet J.-C. et Guiselin E.-P., *op.cit.*, §83 à 88.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, §72.

¹⁴⁵⁶ Cons., const., Déc., n° 95-88 PDR du 11 octobre 1995, JORF du 12 octobre 1995 p. 14844, Rec. p. 118.

1207. Par ailleurs, les tiers voient limitées leurs possibilités de soutenir matériellement un candidat.

1208. Ainsi, les dons des personnes morales sont interdits, qu'elles soient de droit privé ou de droit public¹⁴⁵⁷. La seule exception concerne les partis ou groupements politiques, qui non seulement peuvent donner, mais ne sont pas, pour ce faire, limités quant à la valeur de leur don. Il faut donc rappeler que sont des partis politiques les personnes morales de droit privé bénéficiant de l'aide publique en application de la loi du 11 mars 1988, ou sont agréées par la CNCCFP, toujours en vertu de cette loi¹⁴⁵⁸. Enfin, une interdiction spécifique vise les « personnes morales de droit étranger », y compris les Etats ou les partis politiques¹⁴⁵⁹.

1209. Les personnes physiques, quant à elles, peuvent verser de l'argent à un ou plusieurs candidats, mais l'ensemble des versements ne peut dépasser 4600 euros pour la même élection¹⁴⁶⁰.

1210. Rappelons également que, dans le cadre de l'élection présidentielle, une avance forfaitaire de 153000 euros est versée à chaque candidat à compter de la validation des candidatures.

1211. Par ailleurs, le candidat peut, évidemment, financer sa propre campagne, ce qui se matérialise le plus souvent par le biais de prêts bancaires¹⁴⁶¹. Ceux-ci, comme d'ailleurs les prêts ou avances d'une façon générale, sont en effet autorisés. N'importe quelle personne physique ou morale peut donc consentir un prêt ou avancer une somme à un candidat, sauf pour l'élection présidentielle où ces activités sont interdites pour les personnes physiques¹⁴⁶².

1212. Enfin, les sanctions sont globalement similaires à celles applicables au dépassement du plafond. Ainsi, l'article L. 52-8 fait partie de ceux dont l'irrespect entraîne une transmission, par la Commission, du dossier du candidat au parquet. De même, le non-respect des règles relatives à l'origine du financement entraîne l'invalidation du compte de campagne et, partant, une sanction pécuniaire. Il en va également ainsi de la sanction d'inéligibilité¹⁴⁶³. A noter que le juge d'élection pouvant être saisi de la décision de la CNCCFP, il a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises. La jurisprudence ainsi produite se veut compréhensive, ce dont témoigne l'extrait suivant : « *en cas de manquement aux dispositions de l'article L. 52-8 du code électoral, il incombe, en outre, au juge de tenir compte de l'importance de l'avantage ou du don irrégulièrement consenti et de rechercher si, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, il a été susceptible de porter atteinte, de manière sensible, à l'égalité entre les candidats* »¹⁴⁶⁴. On le voit, à l'instar de la démarche présidant à son office

¹⁴⁵⁷ Art. L. 52-8 du code électoral.

¹⁴⁵⁸ CE, Ass., 30 octobre 1996, « Elect. Mun. de Fos/mer », Rec. p. 394 et Cons., const., Déc., n°97-2433 AN du 20 février 1988, « Gironde, 1^{ère} circ. », JORF du 3 mars 1998 p. 3282, Rec. p. 181.

¹⁴⁵⁹ Art. L. 52-8 du code électoral.

¹⁴⁶⁰ *Idem*.

¹⁴⁶¹ Rambaud R., *op.cit.*, p. 138.

¹⁴⁶² Art. 3 la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 modifiée relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, JORF du 7 novembre 1962 p. 10762

¹⁴⁶³ Art. L. 118-3, al. 3, du code électoral.

¹⁴⁶⁴ CE, ss-sect. n°7, 27 Février 2013, n° 363933, CNCCFP. Inédit.

en matière de propagande, le juge électoral évalue l'impact du manquement pour en déduire la sanction. Par ailleurs, la mention de l'égalité entre les candidats souligne, s'il en était besoin, l'objet de cette réglementation et l'importance revêtue par le principe d'égalité dans la logique qui la sous-tend.

1213. Ce souci se manifeste également dans l'organisation de la part publique de financement des campagnes.

3 : Le système de financement public

1214. L'Etat contribue de façon très significative au financement des campagnes électorales. L'article L. 52-11-1 dispose ainsi que « *les dépenses électorales des candidats aux élections auxquelles l'article L. 52-4 est applicable font l'objet d'un remboursement forfaitaire de la part de l'État égal à 47,5 pour 100 de leur plafond de dépenses. Ce remboursement ne peut excéder le montant des dépenses réglées sur l'apport personnel des candidats et retracées dans leur compte de campagne* ». Le montant de cette contribution est donc contingenté par ce qu'on pourrait appeler un « double-plafond ». Le second a pour objet d'éviter que les candidats ne puissent s'enrichir par la campagne¹⁴⁶⁵. Le premier permet d'assurer un certain degré d'égalité entre les candidats, son niveau étant suffisant pour que chacun puisse faire campagne. Néanmoins, la deuxième condition, bien qu'indispensable, en atténue la portée, puisqu'elle entraîne une cristallisation des inégalités financières, l'apport personnel des candidats conditionnant le volume du remboursement. Il reste que, conjugué aux plafonnements et à l'aide financière aux partis politiques, ce remboursement forfaitaire permet de limiter l'amplitude de ces inégalités et, ainsi, d'en maîtriser l'accroissement.

1215. Cette affirmation n'est pas contredite par le critère principal d'éligibilité au versement de cette contribution. Il est fixé par le deuxième alinéa du même article, aux termes duquel ce versement va aux partis ayant atteint le score de 5% au premier tour du scrutin¹⁴⁶⁶. Même s'il s'agit d'un score assez élevé, le seuil reste suffisamment bas pour maintenir un certain pluralisme¹⁴⁶⁷. De sorte que le remboursement forfaitaire sur fonds publics d'une partie des

¹⁴⁶⁵ Il s'agit d'ailleurs d'une exigence constitutionnelle, le Conseil ayant affirmé : « *qu'un tel remboursement n'est contraire à aucune règle ni aucun principe à valeur constitutionnelle dès lors qu'il ne conduit pas à l'enrichissement d'une personne physique ou morale* » (Décision n° 95-363 DC du 11 janvier 1995, JORF du 14 janvier 1995 p. 733, Rec. p. 159, cons. 12).

¹⁴⁶⁶ Sauf aux élections européennes, où, aux termes de l'article 18 de la loi n°77-729 du 7 juillet 1977, JORF du 8 juillet 1977 p. 3579, le seuil est de 3% des suffrages. Par ailleurs, les candidats à l'élection présidentielle n'ayant pas réalisé ce score bénéficient malgré tout d'un remboursement à hauteur de 4.75% de leur apport personnel.

¹⁴⁶⁷ Le remboursement forfaitaire ainsi été versé, aux élections présidentielles comme législatives de 2012, à cinq formations politiques. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs considéré que la circonstance que le remboursement soit versé également à des partis non-représentés au Parlement était une condition de la constitutionnalité des dispositions pertinentes de la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990, JORF n° 13 du 16 janvier 1990 p. 639. Voir Cons., const., Déc., n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, JORF du 13 janvier 1990 p. 573, Rec. p. 23, cons. 13. Le caractère ambivalent du nombre de formations politiques à en bénéficier doit être souligné. Ainsi, lors de la présidentielle de 2012, environ 92% des voix attribuées l'ont été à des candidats ayant reçu un remboursement forfaitaire. Ce qui est plutôt important. Mais il faut se souvenir des biais affectant pareille méthode d'analyse, notamment eu égard à la différence existant entre l'expression d'une opinion politique

frais de campagne peut être considéré comme une modalité essentielle du système français de contrôle des dépenses électorales. Aux côtés des autres modalités de financement public, ainsi que des limitations relatives au financement privé, il contribue à conférer au système susmentionné un « aspect public » très marqué.

1216. Il est évident qu'un dispositif pesant autant sur les finances publiques implique un contrôle quant à l'utilisation des fonds. C'est la vocation des règles imposant la transparence sur ce point.

B : Les règles permettant le contrôle du financement

1217. Ces règles ne seraient que proclamations vides si elles n'étaient doublées d'un dispositif permettant d'en faciliter l'application. Il repose principalement sur deux obligations imposées aux candidats : l'obligation de désigner un mandataire financier (1), l'obligation pour ce dernier de tenir un compte de campagne (2).

1 : L'obligation de désigner un mandataire financier

1218. Instituée pour « *installer un écran entre la source de financement et le candidat* »¹⁴⁶⁸, l'obligation de désigner un mandataire a été constamment renforcée dans le temps¹⁴⁶⁹. Initialement applicable aux seuls candidats collectant des fonds, c'est-à-dire ne finançant pas leur campagne sur leurs seuls deniers propres¹⁴⁷⁰, elle a été rapidement étendue à tous les candidats¹⁴⁷¹, et a fini par devenir une condition de recevabilité de la candidature¹⁴⁷². Par ailleurs, le juge de l'élection lui avait très tôt conféré une importance singulière, en considérant qu'elle était une « *obligation substantielle à laquelle il ne peut être dérogé* »¹⁴⁷³.

1219. Fondamentalement, le rôle du mandataire renvoie à deux fonctions : l'utilisation des fonds de campagne, et leur retracement dans un compte bancaire unique¹⁴⁷⁴.

sincère et l'acte de vote. De sorte que si un champ large des opinions politiques des citoyens sont représentés par des formations ou des candidats bénéficiant du remboursement forfaitaire, une fraction certes très minoritaire, mais significative, en est exclue.

¹⁴⁶⁸ Touvet L., Doublet Y.-M., *op.cit.*, p. 307. Plus précisément, la CNCCFP rappelle que « *l'objectif était de séparer les opérations du patrimoine personnel de celles liées au financement de la campagne en procédant à cette désignation dès lors qu'il y a collecte de fonds en vue du financement de la campagne* » (rapport 1996-1997, p. 32).

¹⁴⁶⁹ Elle est prévue depuis l'origine à l'article L. 52-4 du code électoral, dont on peut retrouver les différentes rédactions sur legifrance.

¹⁴⁷⁰ Aux termes de la loi n°90-55 du 15 janvier 1990, *op.cit.*

¹⁴⁷¹ Par l'ordonnance n° 2003-1165 du 8 décembre 2003, JORF n°284 du 9 décembre 2003 p. 20961.

¹⁴⁷² Loi n°2011-412 du 14 avril 2011. Ceci avait pour objet de réduire le taux de rejet des comptes de campagne, l'absence de recours à un mandataire financier en étant un motif récurrent. Voir Masclet J.-C. et Guiselin E.-P., *op.cit.*, §75.

¹⁴⁷³ CE 29 juillet 2002, « élections municipales de Gerzat », n°240459. Inédit.

¹⁴⁷⁴ Ces deux fonctions sont prévues à l'article L. 52-4 du code électoral.

1220. Il est ainsi, à compter de sa désignation, seul habilité à recevoir des dons et engager des dépenses¹⁴⁷⁵. Même si le juge peut parfois faire preuve d'indulgence quant au respect strict de cette obligation, la portée de sa tolérance demeure restreinte puisqu'elle ne s'applique que si le candidat n'a réglé lui-même que des dépenses très limitées¹⁴⁷⁶. A cet effet, il doit ouvrir un compte ce qui, depuis la loi de 2011 précitée, est un droit¹⁴⁷⁷. Il ne peut donner procuration à quiconque sur ce compte, et doit exercer personnellement ses fonctions. Ce compte bancaire doit être unique, et retracer l'ensemble des dépenses et recettes utilisé pour la campagne. Ces deux aspects sont considérés par le juge comme singulièrement importants, car permettant de tracer à la fois l'origine des fonds et leur utilisation, et, partant, participent d'une obligation de transparence¹⁴⁷⁸. Le mandataire doit également, dans les trois mois qui suivent le dépôt du compte de campagne du candidat, établir un bilan comptable, ce qui permet de renforcer l'efficacité du contrôle de la CNCCFP.

1221. Le mandataire peut être une personne physique, ou une personne morale, auquel cas on parlera « d'association de financement », qui est une « association loi 1901 ». En revanche, les deux modalités ne peuvent coexister, car il ne saurait y avoir qu'un seul mandataire¹⁴⁷⁹.

1222. Il ne s'agit là que d'un échantillon très restreint des dispositions applicables¹⁴⁸⁰. En effet, l'encadrement résultant tant des textes que de la jurisprudence est des plus précis, ce qui semble souligner l'importance que la désignation du mandataire remplit dans le dispositif global de régulation du financement des campagnes électorales. Il en va de même s'agissant de l'obligation de tenir un compte de campagne.

2 : L'obligation de tenir un compte de campagne

1223. « Chaque candidat ou candidat tête de liste soumis au plafonnement prévu par l'article L. 52-11 et qui a obtenu au moins 1 % des suffrages exprimés est tenu d'établir un compte de campagne retraçant, selon leur origine, l'ensemble des recettes perçues et, selon leur nature, l'ensemble des dépenses engagées ou effectuées en vue de l'élection, hors celles de la campagne officielle, par lui-même ou pour son compte, au cours de la période mentionnée à

¹⁴⁷⁵ Même article, al. 3 : « il règle les dépenses engagées en vue de l'élection et antérieures à la date du tour de scrutin où elle a été acquise, à l'exception des dépenses prises en charge par un parti ou groupement politique. Les dépenses antérieures à sa désignation payées directement par le candidat ou à son profit, ou par l'un des membres d'un binôme de candidats ou au profit de ce membre, font l'objet d'un remboursement par le mandataire et figurent dans son compte bancaire ou postal ».

¹⁴⁷⁶ Pour un propos détaillé sur ce point, voir Touvet L., Doublet Y.-M., *op.cit.*, p. 311 et s.

¹⁴⁷⁷ Art. L. 52-6 al. 3 du code électoral. Ce droit se concrétise à l'alinéa suivant, qui dispose « en cas de refus de la part de l'établissement choisi, le mandataire peut saisir la Banque de France afin qu'elle lui désigne un établissement de crédit situé dans la circonscription dans laquelle se déroule l'élection ou à proximité d'un autre lieu de son choix, dans un délai d'un jour ouvré à compter de la réception de la demande du mandataire et des pièces requises ».

¹⁴⁷⁸ CE, 10e et 9e ss-sect. réunies, 17 oct. 2012, n° 357273. Inédit.

¹⁴⁷⁹ La désignation, pour la personne physique, ou la constitution, pour la personne morale, sont encadrées par les articles L. 52-5 et L. 52-6 du code électoral. Le non-respect de ces prescriptions peut entraîner le rejet du compte de campagne et, donc, comme on l'a déjà vu, le non-versement du remboursement forfaitaire.

¹⁴⁸⁰ On trouvera dans le guide du candidat et du mandataire de 2016 plus de détails quant à cet encadrement : http://www.cnccfp.fr/docs/presidentielle/cnccfp_presidentielle_2017_memento_20160613_consolide.pdf.

l'article L. 52-4 »¹⁴⁸¹. Ainsi le compte de campagne doit-il être unique et exhaustif. Ces deux aspects permettent d'assurer l'efficacité de la fonction remplie par l'obligation de tenir un compte de campagne, à savoir la traçabilité des fonds de campagne, support de la transparence du financement. Ils sont donc essentiels au fonctionnement du dispositif dont l'établissement du compte de campagne est le support fondamental. C'est pourquoi le fait, pour le candidat, de contrevenir à ces obligations est sanctionné avec une certaine sévérité par le juge. Le non-respect de ces principes entraîne par conséquent le « prononcé de l'inéligibilité du candidat, sa démission d'office s'il a été élu ou l'annulation de son élection si celle-ci a été contestée »¹⁴⁸². Il en est ainsi tant s'agissant de l'exigence d'unicité¹⁴⁸³ que de celle d'exhaustivité¹⁴⁸⁴. Cette dernière implique que soient retracées toutes les recettes et dépenses. C'est-à-dire, quant aux premières, les sommes d'argent versées, y compris « les avantages directs ou indirects, les prestations de services et dons en nature »¹⁴⁸⁵. De l'exigence d'unicité découle notamment l'obligation de tracer les dépenses même lorsqu'elles ont été consenties par des tiers, mais au profit du candidat¹⁴⁸⁶. Comme indiqué dans la fraction de l'article citée ci-dessus, ces obligations ne s'appliquent que durant une période fixée par la loi, qui s'étend, depuis la loi du 25 avril 2016 « pendant les six mois précédant le premier jour du mois de l'élection et jusqu'à la date du dépôt du compte de campagne du candidat »¹⁴⁸⁷. Cette période ne s'applique pas à l'élection présidentielle, les parlementaires ayant conservé le délai d'un an, qui valait, avant la loi précitée, pour toutes les élections¹⁴⁸⁸. Cette différence se justifie par la différence de traitement médiatique entre les campagnes, et, partant, par la spécificité de la campagne présidentielle, qui s'engage bien plus tôt que pour les autres scrutins¹⁴⁸⁹.

1224. En outre, la mise en œuvre de ces obligations est renforcée par le deuxième alinéa du même article L. 52-12, qui impose une date-limite pour le dépôt du compte devant la CNCCFP, ainsi que des règles formelles et matérielles de présentation¹⁴⁹⁰. Par ailleurs, ce même alinéa rend obligatoire une présentation par « un membre de l'ordre des experts-comptables », ce qui renforce la garantie de transparence que le dispositif cherche à imposer. Le respect de ces dispositions est, pour le candidat, une « obligation substantielle », dont la

¹⁴⁸¹ Art. L. 52-12, al. 1^{er}.

¹⁴⁸² Masclat J.-C., Guiselin E.-P., *op.cit.*, §78.

¹⁴⁸³ Cons. const., 16 déc. 1997, n° 97-2145/2239 AN, Moselle, 3e circ., M. Delrez et Mme Gardin-Virte.

¹⁴⁸⁴ CE, 5e et 4e ss-sect., 19 juin 2009, n° 322051, Mme Ollivro c/ CNCCFP.

¹⁴⁸⁵ Art. L. 52-12 al. 1^{er}.

¹⁴⁸⁶ *Idem.*

¹⁴⁸⁷ Art. L. 52-4, al. 2.

¹⁴⁸⁸ II, 2° de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel. Précisément, la loi vise la période s'étendant « pendant l'année précédant le premier jour du mois de l'élection et jusqu'à la date du dépôt du compte de campagne du candidat, les fonds destinés au financement de la campagne et règle les dépenses engagées en vue de l'élection ».

¹⁴⁸⁹ Voir l'intervention en séance du député Romain Colas sur ce point, lors de la première séance du mercredi 16 décembre 2015, JORF n° 146 A.N. (C.R.) du jeudi 17 décembre 2015 p. 10770. Disponible en ligne au lien suivant : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160089.asp>.

¹⁴⁹⁰ « Au plus tard avant 18 heures le dixième vendredi suivant le premier tour de scrutin, chaque candidat ou candidat tête de liste présent au premier tour dépose à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques son compte de campagne et ses annexes accompagné des justificatifs de ses recettes ainsi que des factures, devis et autres documents de nature à établir le montant des dépenses payées ou engagées par le candidat ou pour son compte ».

transgression entraîne le rejet du compte. Ceci vaut tant pour le respect des délais¹⁴⁹¹ que pour le recours à un expert-comptable¹⁴⁹².

1225. Enfin, le compte ne saurait être déficitaire¹⁴⁹³, et, en cas d'excédent, les possibilités de réversion sont réglementées¹⁴⁹⁴.

1226. On le voit, l'encadrement du compte de campagne, brièvement décrit ici, souligne l'importance que cet instrument revêt pour l'efficacité du dispositif de financement. Le compte apparaît comme le véritable pivot de ce dispositif. En permettant la traçabilité quant à la provenance des fonds et globalement la transparence quant à leur utilisation, il facilite le contrôle. Ainsi, il permet également de faire du remboursement forfaitaire non seulement une condition de la régulation de la monétarisation des campagnes, mais aussi une incitation à respecter les règles relatives au financement, puisque ce remboursement n'est versé qu'après le contrôle du compte, ce qui est possible grâce aux règles évoquées ci-avant.

3 : L'exercice du contrôle

1227. Globalement concentré entre les mains de la CNCCFP¹⁴⁹⁵, il s'exerce pour l'essentiel *a posteriori*. Comme on l'a déjà vu, il débute véritablement à la remise des comptes, et donc après le scrutin. La mission de la commission est en effet surtout de vérifier le respect par les candidats des obligations relatives à la tenue du compte de campagne et au mandataire financier. Elle dispose d'ailleurs de prérogatives destinées à faciliter l'accomplissement de cette mission¹⁴⁹⁶. Elle doit, dans les six mois qui suivent le dépôt dudit compte, l'approuver, le rejeter, ou le réformer¹⁴⁹⁷, c'est-à-dire y réintégrer des sommes qui n'y figurent pas alors

¹⁴⁹¹ CE, 10e ss-sect., 20 févr. 2013, CNCCFP, Req. n° 364004. Inédit.

¹⁴⁹² *Ibid.*

¹⁴⁹³ Art. L. 52-12 du code électoral.

¹⁴⁹⁴ Rambaud R., *op.cit.*, p. 137.

¹⁴⁹⁵ Auteur du rapport n°2979 pour la commission des finances enregistré le 15 juillet 2015, le député Romain Colas fournit la liste des missions de la Commission : « recevoir et contrôler les comptes de campagne des candidats ; approuver, réformer, rejeter les comptes examinés après une procédure contradictoire et également constater le non-dépôt ou le dépôt hors délai des comptes par les candidats ; saisir le juge de l'élection (juge administratif ou Conseil constitutionnel pour les élections présidentielles, législatives et sénatoriales) en cas de rejet du compte de campagne, en cas d'absence de dépôt ou de dépôt hors délai ou si le compte de campagne fait apparaître après réformation un dépassement du plafond des dépenses électorales ; transmettre au procureur de la République compétent tout dossier pour lequel des irrégularités de nature à contrevenir aux dispositions des articles L. 52-4 à L. 52-13 et L. 52-16 du Code électoral auraient été relevées ; arrêter le montant du remboursement forfaitaire dû par l'État ; fixer, dans tous les cas où un dépassement du plafond des dépenses électorales a été constaté, une somme égale au montant du dépassement que le candidat est tenu de verser au Trésor public ; assurer la publication au Journal officiel des comptes de campagne dans une forme simplifiée » (pp. 24-25). Le rapport est disponible en ligne au lien suivant : http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i2979.asp#P230_62907.

¹⁴⁹⁶ A savoir « recourir à des experts à même d'évaluer les coûts des services et des prestations retracés dans les comptes de campagne [...] » et « demander à des officiers de police judiciaire de procéder à toute investigation qu'elle juge nécessaire pour l'exercice de sa mission » (art. L. 52-14, al. 10 et 12).

¹⁴⁹⁷ Art. L. 52-15 du code électoral.

qu'elles doivent y figurer et en tirer les conséquences¹⁴⁹⁸. En cas de non-respect des délais, les comptes sont réputés approuvés¹⁴⁹⁹. En cas de rejet ou si un dépassement est constaté, elle saisit le juge de l'élection¹⁵⁰⁰. On a déjà mentionné, également, un mécanisme similaire vis-à-vis du parquet¹⁵⁰¹.

1228. Etant une autorité administrative indépendante, et ne disposant pas, par elle-même, d'un pouvoir juridictionnel, ses décisions sont de nature administrative¹⁵⁰², et relèvent du juge de l'excès de pouvoir. La procédure suivie devant elle est néanmoins contradictoire¹⁵⁰³.

1229. On le voit, la régulation prend, en matière de financement, un aspect plus directement répressif qu'en matière audiovisuelle. Qu'il s'agisse des règles applicables ou de la manière dont elles sont mises en œuvre, contrôlées, et sanctionnées, la liberté des candidats et des formations politiques y est plus restreinte qu'en matière de propagande, au moins si l'on prend en compte, pour la comparaison, la durée d'application des règles spécifiques à la campagne. Ceci s'explique notamment par l'utilisation des deniers publics, qui justifie l'exercice d'un contrôle minutieux de la régularité des comptes, notamment pour éviter la possibilité d'un enrichissement personnel de certains candidats¹⁵⁰⁴. En outre, et de notre point de vue, la méfiance que suscitent les rapports entretenus entre argent et vie politique expliquent également cette rigueur singulière¹⁵⁰⁵.

1230. Cependant, ce contrôle rencontre quelques difficultés qui en limitent la rigueur. Ainsi, la Commission souligne régulièrement que les moyens dont elle dispose sont trop limités eu égard à l'ampleur de ses tâches¹⁵⁰⁶. Plus structurellement, l'absence de pouvoirs propres d'investigation conjuguée à la brièveté des délais imposés la met en situation de dépendre fortement des informations transmises par les candidats. Enfin, ce contrôle n'a de sens que

¹⁴⁹⁸ Ce qui peut conduire au constat d'un dépassement du plafond de dépenses autorisées, après que le bilan ait été recalculé. C'est d'une telle opération qu'a découlé le rejet des comptes de campagne du candidat Nicolas Sarkozy, en 2012.

¹⁴⁹⁹ Art. L. 52-15 du code électoral.

¹⁵⁰⁰ Même article que ci-dessus, troisième alinéa.

¹⁵⁰¹ Cf. *supra*, 1 du A de cette subdivision.

¹⁵⁰² Cons. Const., décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, cons. 3. 6, et 7. Le Conseil insiste particulièrement, dans cette décision, sur l'importance de la liberté que le juge de l'élection conserve par rapport aux décisions de la Commission.

¹⁵⁰³ <http://www.cnccfp.fr/index.php?art=689>.

¹⁵⁰⁴ Le Conseil, dans les diverses décisions rendues sur les lois organiques et ordinaires relatives aux règles de financement des partis ou des dépenses de campagne, a d'ailleurs explicitement soulevé cette circonstance comme une limite. La formule déjà citée, selon laquelle « *un tel remboursement n'est contraire à aucune règle ni aucun principe à valeur constitutionnelle dès lors qu'il ne conduit pas à l'enrichissement d'une personne physique ou morale* » se retrouve ainsi dans plusieurs décisions. Voir par ex. les décisions n° 95-363 DC et n° 88-242 DC, déjà citées.

¹⁵⁰⁵ Voir notamment le rapport d'information n° 186 fait au nom de la commission des lois, et déposé au Sénat le 15 décembre 2010, pp. 56-58 et 70-76. <https://www.senat.fr/rap/r10-186/r10-1861.pdf>.

¹⁵⁰⁶ Voir ses rapports d'activités, et notamment ceux de 2014 et 2015, disponibles à l'adresse suivante : <http://www.cnccfp.fr/index.php?art=699>. La question, par nature conjoncturelle, est pourtant chronique. La Commission n'a de cesse de souligner la faiblesse de son budget depuis sa création. Globalement, sa dotation varie entre 3 et 5 millions d'euros, selon que l'on est dans une année électorale ou non. Pour un tableau détaillé des évolutions récentes du budget de la CNCCFP, voir le rapport d'information n°123 du sénateur Hervé Marseille, déposé le 28 octobre 2015, disponible en ligne : http://www.senat.fr/rap/r15-123/r15-123_mono.html#toc42.

corrélé à celui qui s'exerce annuellement sur les comptes des partis politiques, lequel bute sur des difficultés plus importantes encore¹⁵⁰⁷.

1231. Par ailleurs, le caractère répressif de la régulation peut être nuancé. La Commission s'efforce d'informer les partis et les candidats de leurs droits et obligations, très en amont de l'élection. Ainsi, l'édition annuelle d'un « guide », à destination du candidat et de son mandataire, peut être vue comme une tentative de réduire les contentieux, ou en tous cas ceux naissant d'une mauvaise compréhension des règles applicables¹⁵⁰⁸. Par ailleurs, la sévérité du contrôle dépend largement de celle du juge de l'élection, qui semble s'être récemment assouplie sur ce point, à en croire le Président de la Commission¹⁵⁰⁹.

1232. Quoiqu'il en soit, il semble peu douteux, à l'issue de cet examen, que le financement des campagnes électorales fait l'objet d'une réglementation assez stricte.

1233. En première analyse, l'importance jouée par le principe d'égalité et les dispositions ou principes dérivés qui en permettent l'application est évidente. L'Etat intervient pour assurer un certain degré d'égalité entre les candidats. Certes, selon le domaine et le moment considéré, cette intervention produit des effets plus ou moins contraignants. Egalité stricte ou équité dans les médias audiovisuels en fonction de la proximité temporelle de l'élection. Traitement égal de chaque candidat face aux moyens consentis par l'Etat par le principe de neutralité... Mais il reste que, quelle que soit la portée conférée à la nécessité d'assurer l'égalité entre candidats, courants d'opinion ou partis politiques, un nombre très significatif de dispositions en découlent. Et lorsque le principe d'égalité ne joue qu'un rôle très limité, comme en matière de libre expression des candidats dans la campagne, d'autres principes viennent limiter la portée de cette liberté, comme la loyauté de la campagne, ou les limites pénales à l'expression publique. Il est donc tentant d'en conclure que la liberté, dans l'espace de campagne, est très limitée, et que l'égalité, le pluralisme et la loyauté en sont des éléments particulièrement structurants.

1234. Cela ne serait pas faux, mais pas juste non plus. Car pareille conclusion s'appuie essentiellement sur une vision quantitative. Il est vrai que l'analyse des dispositions encadrant les campagnes donne la sensation d'une multiplicité de restrictions. Mais, qualitativement, cela souligne plutôt la grande portée de la liberté reconnue aux acteurs de la campagne, d'une part, et aux acteurs politiques en place, d'une façon générale, d'autre part. En effet, l'égalité, les dispositions qui en découlent, et les autres principes associés ou jouant un rôle similaire ont une fonction essentiellement réactive. Si l'on se concentre sur l'égalité, elle apparaît toujours comme le moyen de la régulation de la campagne, régulation rendue politiquement nécessaire par les « excès » amenés par la liberté. De sorte que cette dernière apparaît comme le principe premier de la campagne électorale, et la première comme un correctif aux effets non-désirés de ce principe. Les médias audiovisuels sont contrôlés, régulés dans la façon dont ils retranscrivent l'expression publique des candidats et mouvements politiques, mais cela

¹⁵⁰⁷ François A., Phélippeau E., *Le financement de la vie politique*, Armand Colin, 2015, p. 37.

¹⁵⁰⁸ Logerot F., « Le contrôle de la CNCCFP », *in*. Faut-il adapter le droit des campagnes électorales ?, Actes du colloque organisé le 14 avril 2011 à UT1 Capitole, Montchrestien, 2012, p. 170.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 169.

n'est qu'une manière de rendre la liberté de traitement de la campagne moins nocive pour la qualité du débat public¹⁵¹⁰. Les sondages sont encadrés, mais la liberté de sonder reste, pour les instituts, intacte pour l'essentiel¹⁵¹¹. L'égalité peut être un principe justificateur de dispositions restrictives¹⁵¹² comme un principe produisant directement des effets de droit¹⁵¹³, elle demeure toujours liée à un ensemble de dispositions réactives, c'est-à-dire ayant une fonction de limitation, de régulation. La liberté est la substance du droit électoral, l'égalité structure cette substance, et lui donne sa forme en dessinant ses contours.

1235. Si l'on se rappelle qu'une campagne politique se présente comme un espace-temps dans lequel s'expriment des intérêts privés pour la poursuite d'un intérêt public, on peut formuler l'hypothèse que ces dispositions visent à protéger le caractère public dans un cadre général où l'expression des intérêts privés est favorisée. Autrement dit, dès lors que se manifestent égalité, pluralisme ou loyauté, se manifeste la « publicisation » de la campagne. Il s'ensuit que la plus ou moins grande portée donnée à ces principes par les dispositions qui s'y rattachent est corrélée à la plus ou moins grande emprise de l'Etat sur le domaine réglementé.

1236. Dès lors, la structuration du droit de la campagne électorale autour de la relation existant entre principes de liberté et d'égalité peut être vue comme reflétant la structure de l'imbrication entre sphères publiques et privées dans cet objet « mixte » qu'est la campagne.

1237. Cette grille d'analyse est surtout intéressante si elle est utilisée à l'intérieur des différents aspects du droit des campagnes électorales. Ainsi, l'on peut envisager que le financement, en ce qu'il est marqué par un encadrement plus global¹⁵¹⁴ et donc plus contraignant, est plus « publicisé » que le droit de la propagande électorale. A l'intérieur de chacun de ces deux pôles du droit des campagnes électorales, le tableau est également nuancé. Les médias audiovisuels sont plus encadrés que la parole des candidats ou la presse écrite. Les sondages sont moins réglementés, mais le sont plus aujourd'hui qu'hier. Etant entendu que toute aggravation des contraintes amenées par l'encadrement traduit une plus grande « publicisation ». En toute hypothèse, cette « publicisation » reste d'ampleur limitée. Il est possible de le mesurer en considérant le droit du financement des campagnes, qui est le plus encadré de tous les aspects de la campagne, et dont, pourtant, on ne pourrait affirmer qu'il constitue une négation du poids des acteurs privés, puisque les partis, les banques, et les fonds propres des candidats y demeurent des sources essentielles de financement.

1238. Cela permet de conclure en une affirmation finale, esquissant la structure générale du droit des campagnes électorales. L'aspect public y est matérialisé juridiquement d'abord par

¹⁵¹⁰ Ils restent maîtres des angles des reportages traitant de la campagne, de leur ligne éditoriale, de l'orientation des interviews des candidats... et même, pour l'essentiel de la temporalité de la campagne, relativement souverains quant au temps de parole, puisque l'équité n'implique nullement l'égalité au sens propre.

¹⁵¹¹ Ils peuvent sonder ce qu'ils veulent, qui ils le veulent, au moment où ils le veulent ou presque, les conditions imposées par la loi relevant essentiellement des obligations méthodologiques de base de l'exercice statistique.

¹⁵¹² Les obligations de neutralité imposées à l'Etat, le plafonnement des dépenses, car la maîtrise des dépenses électorales procède en partie de considérations égalitaires...

¹⁵¹³ Notamment s'agissant de l'encadrement des médias audiovisuels.

¹⁵¹⁴ Les dispositions qui constituent les limites à la liberté des acteurs agissent à un niveau plus général qu'en matière de propagande, où les dispositions sont plus ciblées.

le principe d'égalité, ensuite par des principes produisant des effets plus ciblés que sont loyauté et pluralisme. L'aspect privé y est matérialisé par la liberté des acteurs. Chacun de ces principes produit à la fois des effets généraux, et s'appuie également sur des dispositions précises, qui doivent donc être assimilées aux « éléments structurants », en ce qu'elles en sont le soutien nécessaire. L'organisation du financement repose sur le contrôle des sources et l'octroi d'une subvention publique sous forme de remboursement forfaitaire, lesquels sont permis par la grande transparence imposée aux candidats *via* les obligations relatives au compte de campagne et au mandataire financier. L'expression médiatique y repose sur un encadrement de la parole formulée dans un média audiovisuel, et l'organisation d'une équité singulière, car n'existant pas hors campagne. Mais cette équité serait vide sans les critères d'appréciation de la « représentativité » et les relevés des temps d'antenne et de parole, transmis au CSA. L'expression des candidats d'une façon générale repose sur la libre parole et la liberté des moyens pour la transmettre. L'intervention des acteurs tiers, indispensables pour « l'expression de masse », y repose sur un contrôle des méthodes professionnelles utilisées.

1239. Par ailleurs, on mesure la différence profonde qui sépare le droit commun des campagnes électorales du droit des campagnes référendaires. Attribués aux partis, les fonds publics ou les temps de parole ne sont plus corrélés à l'enjeu de la campagne. L'ensemble des structures représentant une option -le oui ou le non- peut donc recevoir moins de financement public, non parce qu'il aurait été dépensé moins, mais parce que les partis y seraient moins nombreux que dans l'autre camp. Il en va de même pour les temps de parole. L'égalité n'y fournit donc pas du tout le même cadre. Sans même aborder les différences d'ordre technique, que la lecture des deux sections devrait, on l'espère, avoir éclairé, l'on voit donc à quel point le droit des campagnes référendaires est dérogoire. Par conséquent, envisager une transposition implique bien de choisir entre l'un et l'autre régime. Dans la mesure où la loi n°2013-1116 du 06 décembre 2013 serait probablement applicable au référendum d'initiative populaire en l'absence de disposition expresse contraire, l'idée de transposition renverra dorénavant à l'application du droit des campagnes électorales, dans sa plénitude.

1240. Pour conclure, il est possible de dire que le droit des campagnes électorales est un droit libéral, ayant une tendance à la publicisation, qui est d'autant plus marquée dans les aspects et les moments les plus sensibles, à savoir le financement, et les semaines les plus proches de l'élection. Parallèlement, le droit des campagnes référendaires est une version à la fois plus libérale - en ce que les règles y sont moins présentes, surtout en matière financière- et moins égalitaire, sans que le second point soit totalement la conséquence du premier, puisqu'un droit des campagnes proprement libéral ne serait pas à ce point dominé par les partis. C'est pourquoi il semble que le terme « transposition » paraît adapté : ce n'est pas seulement élargir le champ du droit des campagnes électorales qu'il s'agit, mais bien bâtir un cadre adapté à un objet singulier pour faire en sorte que la substance des deux champs de la relation soit similaire.

1241. Ce dont il convient d'envisager la transposition, c'est donc un droit équilibré, où l'Etat joue un rôle de régulateur de la liberté, par la neutralisation des effets d'entraînement

amenés par le caractère fondamentalement privé de la campagne¹⁵¹⁵. Cette neutralisation n'est concrètement possible que par l'appui de dispositions particulières, évoquées précédemment, et les principes qui les justifient. Tels sont les éléments structurants. Le périmètre de la transposition, c'est-à-dire ce qui ne saurait être adapté, mais introduit tel quel, ce sont ces éléments. Ce sont ces derniers qui doivent pouvoir, le cas échéant, être adaptés.

Section 2 : Transposition du droit positif

1242. Avoir dégagé les éléments structurants du droit des campagnes électorales permet à présent d'en envisager la transposition sans entrer dans le détail des dispositions à appliquer. Autrement dit, si transposition il devait y avoir, elle s'appuierait sur les éléments évoqués dans la section précédente.

1243. Cependant, cela ne dit rien de l'opération en elle-même. Plus précisément, cela n'informe pas quant à la probabilité de la voir s'effectuer si d'aventure l'initiative populaire était véritablement introduite en droit interne (§1), ni de la forme que cette transposition pourrait prendre en considération de l'objet à régler (§2). Or, il s'agit là de deux points essentiels. En effet, il ne sert à rien d'avoir évoqué la substance du droit des campagnes électorales si ce n'est pas pour en envisager l'application à une campagne déclenchée dans un processus d'initiative populaire. Mais ce dernier point n'a d'intérêt qu'à condition que la transposition du droit actuellement applicable aux campagnes politiques à notre procédure soit probable.

§1 : Evaluer la probabilité de transposition

1244. S'il est difficile de cerner réellement une probabilité dans notre hypothèse, il demeure nécessaire de fonder en raison les développements qui vont suivre, de sorte que leur conclusion, pour subjective qu'elle soit, comprenne malgré tout une part d'évaluation et, donc, puisse tenir en partie du constat. L'ambition ainsi limitée, il nous semble possible de la réaliser, au moins si l'on accepte l'idée exposée en introduction et selon laquelle tout dispositif d'encadrement s'inspire d'abord de l'existant. Cette dynamique de transposition de ce qui existe déjà, à quelque chose qui n'existe pas encore, nous semble être remise en question surtout quand l'existant est précaire. Comme pour tout ce qui est politique, cette précarité n'est pas donnée, elle ne se mesure pas dans l'abstrait. Elle n'est observée que dès lors qu'elle est présentée comme telle de façon suffisamment forte et cohérente pour être visible des acteurs de la transposition. Pour autant, cela n'est pas suffisant pour amener à ce qu'un dispositif d'encadrement soit considéré comme « dépassé ». Encore faut-il que les critiques se fondent sur des éléments empiriques, au moins dans une certaine mesure.

¹⁵¹⁵ Privé au sens où elle est une manifestation d'expressions privées, en provenance d'acteurs privés, issus de la société, et non de l'Etat.

1245. C'est pourquoi nous observerons dans un premier temps la stabilité de la structure du dispositif (I), pour ensuite aborder la question de la pertinence de la transposition(II). Etant entendu que nous continuerons de nous focaliser sur les éléments structurants dégagés dans la section précédente.

I : La structure du dispositif n'est pas remise en cause

1246. Pour envisager la stabilité du dispositif, un appui sur deux types d'éléments est possible. L'idée, ici, est en effet d'établir que le dispositif bénéficie d'un certain degré de stabilité, en partant de l'hypothèse que plus ses éléments structurants sont remis en cause, moins il le demeure, et réciproquement. Par ailleurs, cette remise en cause doit être orientée vers une modification de l'orientation de la logique sous-tendant le dispositif, et non vers son renforcement. Ainsi, une critique visant à augmenter la rigueur du contrôle, ou les moyens d'une instance de régulation, ne serait pas « hors-cadre », puisqu'elle vise en réalité à augmenter l'efficacité du dispositif.

1247. Nous avons décidé de traiter les critiques adressées en fonction de la nature de leur auteur. Il existe en effet deux grandes catégories normalement susceptibles d'analyser, et donc de juger le droit électoral. La doctrine¹⁵¹⁶, d'une part, et les acteurs, d'autre part. Et il est évident qu'un discours n'a pas le même impact sur la stabilité de la structure de ce droit selon qu'il provient de l'un ou l'autre groupe de source, ce qui explique notre choix. Quant à l'ordre, nous les traiterons par ordre croissant de proximité avec la pratique du droit des campagnes électorales, et verrons d'abord les critiques de la doctrine (A) pour aborder ensuite celles des acteurs (B).

A : Les appréciations doctrinales

1248. Globalement, la littérature spécialisée en droit électoral est caractérisée par une optique technicienne assez marquée¹⁵¹⁷, et ne s'avère critique qu'occasionnellement, ce qui la rend difficilement exploitable ici puisqu'elle ne se veut pas analytique. On trouve néanmoins des appréciations plus nettes dans un certain nombre de contributions, issues d'auteurs plus récents ou moins spécialisés. Le propos y est souvent assez général, de sorte que les critiques sont formulées dans le cadre d'analyses qui, sur d'autres aspects, portent des appréciations plus positives du droit des campagnes électorales. Nous nous focaliserons sur le contenu critique, mais il faut souligner le biais que cela confère à la retranscription ici produite de la pensée de leurs auteurs.

¹⁵¹⁶ Le choix de la doctrine comme seule source utilisée quant au discours situé « hors du jeu » est justifié par les limites des connaissances que l'on est ici capable de mobiliser, rendant impossible une utilisation un tant soit peu objective d'autres sources.

¹⁵¹⁷ On pense notamment aux manuels, comme ceux de Laurent Touvet et Yves-Marie Doublet, ou Bernard Maligner, mais aussi aux articles de ce dernier ou aux fascicules du juriscasseur « communications ».

1249. Une première appréciation négative est récurrente, il s'agit du caractère inadapté voire vétuste de certains aspects du droit électoral.

1250. On en trouve un bon exemple dans les travaux de Romain Rambaud, auteur qui, par ailleurs, ne semble pas articuler ses affirmations comme des critiques, mais plutôt comme des constats, et qui est le seul à avoir consacré une monographie spécifique aux campagnes électorales¹⁵¹⁸. Dans celle-ci, il réunit ces éléments disparates pour appuyer son hypothèse, aux termes de laquelle le droit des campagnes électorales est en cours de mutation, poussé en ce sens par la pression générée par une vie politique aux airs de campagne permanente¹⁵¹⁹. Il prend notamment argument de la dernière réforme en date, à savoir l'addition de la loi organique n° 2016-506 et la loi ordinaire n°2016-508 du 25 avril 2016¹⁵²⁰, dont il considère qu'en assouplissant certaines règles¹⁵²¹, elle prend acte de ce que le temps de campagne est en mutation, et que le droit ne l'encadre plus d'une façon tout à fait synchrone. Ce qui, implicitement, l'amène à formuler une appréciation générale sur le droit des campagnes électorales, tendant à souligner son caractère daté. Cependant, ni son ouvrage déjà cité, ni les articles où il évoque spécifiquement le droit des campagnes, ne contiennent de mises en cause des éléments structurants du droit électoral. Ainsi, s'il semble se féliciter du rétrécissement, dans les médias audiovisuels, de l'égalité stricte au profit de l'équité, il ne remet pas en cause le souci d'équilibrer le traitement audiovisuel de la campagne¹⁵²², qui imprègne le dispositif applicable sur ce point.

1251. Par ailleurs, le même auteur a fait un sort à part à la question des sondages électoraux. En effet, la doctrine évoque très peu cette question, semblant en laisser le soin aux politistes, la science politique connaissant une abondante littérature sur le sujet. Il n'inclut pas la question des sondages dans le droit des campagnes¹⁵²³, mais y a consacré un ouvrage entier¹⁵²⁴, suivant une démarche similaire à celle adoptée pour celui relatif au droit des campagnes électorales, déjà évoqué. Il y qualifie l'appareil de sanction de « *principale faiblesse du dispositif* »¹⁵²⁵, ceci résultant d'après lui tant des caractéristiques propres de celles-ci¹⁵²⁶ que de « l'abandon » par la Commission de ses compétences de prévention¹⁵²⁷.

¹⁵¹⁸ Déjà maintes fois citée. La circonstance qu'il s'agisse d'un auteur spécialisé ayant publié une monographie analytique du droit des campagnes électorales explique la place qui lui est ici consacrée.

¹⁵¹⁹ Rambaud R., *op.cit.*, p. 19: « *notre droit électoral, et notamment de la propagande électorale, constitue un héritage de notre démocratie représentative, lequel serait en cours d'évolution vers un autre modèle, qu'il s'agit de comprendre et d'apprécier. Cette transformation produit alors des contradictions, des difficultés, qu'il faut tenter de résoudre* ». A la suite de Dominique Rousseau, cet auteur appelle ce phénomène « démocratie continue ». On peut également le voir ailleurs intitulé « démocratie d'opinion ». Toujours est-il qu'il s'agit du terme désignant l'explication théorique, proposée par plusieurs auteurs de différentes disciplines, du phénomène, observé, d'allongement politique des temps de campagne. On notera qu'un tel terme peut être compris comme un jugement de valeur implicite.

¹⁵²⁰ Rambaud R., « Le paquet de modernisation électorale », A.J.D.A, 2016, p. 1285 et s.

¹⁵²¹ Quant au point de départ de l'obligation d'ouvrir un compte de campagne, quant à l'encadrement des sondages, quant à l'élargissement du champ temporel d'application de la règle de l'équité...

¹⁵²² *Ibid.* p. 1288.

¹⁵²³ Rappelons qu'il soutient par ailleurs que ce droit, pour autonome qu'on puisse le considérer, s'intègre à la question des campagnes.

¹⁵²⁴ Rambaud R., *Le droit des sondages électoraux*, l'Harmattan, 2012, 304 p.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, p. 211.

¹⁵²⁶ A savoir la portée insuffisante des mises au point, et l'inadaptation des sanctions pénales. *Ibid.*, p. 234 et s.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, pp. 222-226.

Au bilan, sa critique du dispositif est, sur ce plan, assez profonde, puisqu'elle aboutit à remettre en cause tant l'usage par la Commission de ses compétences, que l'inefficacité des sanctions. Pour autant, elle ne saurait s'analyser comme dirigée contre la structure puisque, bien au contraire, elle se conclut par un appel au renforcement tant des sanctions que des prérogatives de la Commission¹⁵²⁸. Cohérente avec le positionnement général de l'auteur¹⁵²⁹, cette critique s'inscrit donc dans la même dynamique d'appel à une adaptation du droit des campagnes¹⁵³⁰.

1252. Cette dynamique critique, mesurée, se retrouve dans de nombreuses contributions doctrinales, qu'il s'agisse de l'énoncer pour un aspect bien déterminé¹⁵³¹, ou sur un plan plus général¹⁵³². Cependant, elle ne conduit pas à une remise en cause de la structure fondant le dispositif. Jamais, en effet, ne sont discutés en leur principe plafonnement des dépenses, contrôle public de l'exposition médiatique, remboursement forfaitaire, obligation de tenue d'un compte ou encadrement des sondages.

1253. Une autre critique récurrente dans la doctrine est celle tenant à la complexité du dispositif relatif au financement des campagnes¹⁵³³. Celle-ci a trouvé un relais favorable chez le législateur, et se lit donc moins aujourd'hui. Néanmoins, les auteurs qui s'en faisaient l'écho s'inscrivaient dans la même dynamique de critique sur des aspects précis, en vue d'améliorer le dispositif et non de le remettre en cause¹⁵³⁴.

1254. En toute hypothèse, la discussion porte donc exclusivement sur les aspects du dispositif qui soutiennent ces diverses modalités. Et s'il semble qu'il y ait un certain enthousiasme doctrinal pour la libéralisation et la simplification du droit électoral¹⁵³⁵, celui-ci n'aboutit jamais à remettre en cause la « publicisation » de l'encadrement, et seulement à la marge la portée des principes sur lesquels elle s'appuie¹⁵³⁶. Notons cependant une tendance,

¹⁵²⁸ *Ibid.*, p. 249 et s.

¹⁵²⁹ Qui milite pour une adaptation du droit électoral à la « démocratie continue », dont le fonctionnement s'appuie nécessairement beaucoup sur les sondages, ce qui appelle donc un encadrement plus strict de ces derniers.

¹⁵³⁰ Voir, dans le même sens, Brochot V., « Le sondage d'opinion : attribut de la démocratie ou manipulation de l'opinion ? », *Pouvoirs*, 2013/2, pp. 141-154.

¹⁵³¹ Maligner B., « Le principe d'équité entre les candidats devant les médias », *A.J.D.A.*, 2007, p. 640, dont on peut citer la phrase de conclusion : « *Par conséquent, le CSA et plus de 8 Français sur 10, pour reprendre la formulation du « Parisien », se rejoignent pour considérer que le traitement médiatique de la campagne électorale présidentielle dans la période dite « préliminaire », n'est pas équitable. Mais, aussi louable que soit la position des personnes interrogées en faveur d'un traitement égalitaire et non pas équitable des candidats, il nous semble impraticable de le réaliser pendant cette période.* ».

¹⁵³² Esplugas P., « Adapter les règles », in. *Faut-il adapter le droit des campagnes électorales ?*, *op.cit.*, p. 1., et dont l'incise est ainsi formulée : « *l'adaptation du droit des campagnes électorales est aujourd'hui une idée partagée si l'on en juge par le foisonnement inédit de propositions depuis 2008 à réformer ce droit.* ».

¹⁵³³ *Ibid.* Voir également Ferchiche N., « La rationalisation du droit du financement des campagnes législatives et le renforcement de la transparence de la vie politique », *R.F.D.C.*, 2012/2 (n° 90), p. 87-117.

¹⁵³⁴ Ferchiche N., *op.cit.*, pp. 87-90.

¹⁵³⁵ Voir les quatre contributions précitées, auxquelles peuvent être ajoutés l'ensemble des articles que nous avons pu consulter dans le cadre de ce travail.

¹⁵³⁶ Encore que ce dernier point reste assez limité. Ainsi, en matière de financement, si l'on a pu lire de nombreuses critiques, elles portaient toutes ou presque sur l'automaticité des sanctions –aujourd'hui modulables par la CNCCFP– ou sur la rigueur des règles relatives à la tenue des comptes. Deux auteurs remettent en cause l'interdiction du financement privé –Pierre Esplugas, dans sa contribution *op.cit.*, Romain Rambaud dans sa

chez certains auteurs, à discuter l'ampleur de cette publicisation¹⁵³⁷. Cette position est en général assez peu étayée. Ainsi, Pierre Esplugas la justifie au motif que « la situation est assainie », sans apporter d'éléments empiriques à l'appui de cette assertion. De même, Romain Rambaud semble considérer qu'est problématique la place -importante- de l'Etat dans la réglementation, sans pour autant objectiver sa position¹⁵³⁸. Il est néanmoins notable que ces remises en cause demeurent limitées dans les conséquences que leurs auteurs en tirent en termes de proposition. Il reste que l'on pourrait tout aussi bien estimer qu'il s'agit là d'un timide point de départ pour une contestation à venir de la structure du dispositif. D'autant plus qu'elle bénéficie de relais dans d'autres disciplines, dont les critiques sont à la fois plus voilées et mieux argumentées¹⁵³⁹. Ceci étant dit, il paraîtrait excessif de faire de cette potentialité un obstacle majeur à la démonstration, dans la mesure où elle n'est pas reprise dans les appréciations plus officielles.

B : Les appréciations officielles

1255. Par « appréciations officielles », nous entendons celles émises par des sources institutionnelles, dans le cadre de leurs activités « doctrinales », c'est-à-dire dans les rapports qu'elles émettent. Ces rapports sont de deux types, puisque l'on peut séparer les rapports commandés ou réalisés par des acteurs relevant du pouvoir politique¹⁵⁴⁰, et les rapports d'activité réalisés par les autorités chargées du contrôle. Les premiers offrent généralement une vision globale du droit des campagnes électorales, les seconds éclairent sa pratique. C'est pourquoi nous n'évoquerons ici que les premiers, les seconds s'intégrant plutôt dans la subdivision suivante. Enfin, nous restreignons le champ de nos recherches sur les dix dernières années, pour des raisons tenant au volume des sources utilisées, mais également eu égard au fait que cette décennie a été particulièrement riche en rapports de toutes sortes sur le droit électoral, en général.

1256. Il en va ainsi des rapports remis aux autorités exécutives ou législatives, puisque le droit électoral a fait l'objet d'une attention soutenue. Quatre rapports peuvent être signalés : le « rapport Jospin »¹⁵⁴¹, le « rapport Mazeaud »¹⁵⁴², un rapport de la commission des lois du

monographie- et encore s'agit-il seulement d'envisager une autorisation très encadrée, (*op.cit.*, respectivement pages 7 et 165).

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ La critique a pour fonction discursive de justifier la suggestion d'augmenter les plafonds et d'autoriser, de façon « transparente », le financement par des personnes morales.

¹⁵³⁹ Voir not. François A. et Phélippeau E., *Le financement de la vie politique*, Armand Colin, 2015, p. 207 et s.

¹⁵⁴⁰ Rapports parlementaires, ou rapports commandés par un représentant du pouvoir exécutif ou législatif.

¹⁵⁴¹ « Pour un renouveau démocratique », rapport de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, rendu au Président de la République le 9 novembre 2012, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000596.pdf>.

¹⁵⁴² « Propositions de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales pour les élections législatives », rapport remis au Président de l'Assemblée Nationale, « Propositions de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales pour les élections législatives », rapport du groupe de travail Mazeaud sur le financement des campagnes électorales au Président de l'Assemblée nationale, septembre 2009, disponible en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000434.pdf>.

Sénat¹⁵⁴³, et un rapport du député Romain Colas¹⁵⁴⁴. Enfin, la question des sondages électoraux est là encore traitée spécifiquement, par le rapport d'information des sénateurs Portelli et Sueur, déjà mentionné¹⁵⁴⁵.

1257. Les rapports Jospin et Mazeaud ont pour point commun d'être tenus par les termes de leurs lettres de mission qui, dans les deux cas, impliquait de ne pas émettre de proposition qui bouleverse l'équilibre général des dispositifs soumis à leurs expertises. Le premier avait un objet plus large, et ne s'est intéressé qu'aux seules élections nationales, singulièrement l'élection présidentielle. Le second, comme son titre l'indique, était spécifiquement dédié au financement des élections législatives.

1258. Malgré la réserve suscitée par la circonstance selon laquelle les travaux étaient orientés d'emblée, il semble que l'on puisse affirmer que les deux groupes de travail ont estimé que l'encadrement des campagnes était globalement satisfaisant¹⁵⁴⁶. S'agissant maintenant des pistes de réforme envisagées, il découle de ce qui précède qu'elles ont vocation à agir, sinon à la marge, du moins sur des aspects certes importants, mais non structurants, du dispositif d'encadrement. Sur ce plan, les rapports prennent chacun des orientations propres. Ainsi, le rapport Jospin propose à la fois un durcissement des règles relatives aux financements privés¹⁵⁴⁷ et un renforcement du dispositif de remboursement public¹⁵⁴⁸. Il semble donc s'inscrire dans une volonté d'accentuation de la « publicisation » des campagnes. S'il propose en revanche un allègement quant à la question de l'encadrement du traitement audiovisuel de la campagne¹⁵⁴⁹, il affirme cependant son « attachement » à la structure de cet encadrement¹⁵⁵⁰. Le rapport Mazeaud s'appesantit plutôt sur le contrôle, les

¹⁵⁴³ Rapport d'information n° 186 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, par le groupe de travail sur l'évolution de la législation applicable aux campagnes électorales, enregistré à la présidence du Sénat le 15 décembre 2010. Disponible en ligne : <https://www.senat.fr/rap/r10-186/r10-1861.pdf>.

¹⁵⁴⁴ Rapport d'information n° 2979 du député Romain Colas, sur l'évaluation de la pertinence des dispositions législatives et réglementaires relatives au financement des campagnes électorales et des partis politiques pour la Commission des finances, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 15 juillet 2015. En ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i2979.asp#P86_9631. Ci-après « rapport Colas ».

¹⁵⁴⁵ Rapport n° 54 réalisé pour la commission des Lois, et déposé le 20 octobre 2010. En ligne : <https://www.senat.fr/rap/r10-054/r10-0541.pdf>.

¹⁵⁴⁶ Ainsi, le rapport Mazeaud comprend, l'affirmation suivante formulée sur l'objet de son analyse : « [les règles relatives au financement des campagnes électorales] ont indéniablement atteint leur but et à l'aune des réglementations étrangères comparables, la France peut se flatter d'être dotée d'une législation complète et rigoureuse ». Rapport Mazeaud, *op.cit.*, p. 5. De même, évoquant le financement de la campagne des élections présidentielles, l'on peut lire dans le rapport Jospin, et s'agissant d'évaluer le caractère transparent, loyal et équitable des règles relatives au financement : « le régime actuel [...] répond de manière satisfaisante à ces différentes préoccupations ». Rapport Jospin, *op.cit.*, p. 18.

¹⁵⁴⁷ Ils proposaient en effet de prévoir que le remboursement public ne puisse porter sur la fraction des dépenses personnelles correspondant aux fonds prêtés par une formation politique, afin d'éviter un enrichissement sans cause. Rapport Jospin, *op.cit.*, p. 20.

¹⁵⁴⁸ Suppression du seuil du score de 5%, pour adopter un ensemble plus complexe de seuils, différenciés, permettant ainsi moins d'inégalités entre les candidats qui, en l'état actuel du droit, voit leur remboursement décuplé selon qu'ils franchissent ou non le seuil. Rapport Jospin, *op.cit.*, pp. 20-23.

¹⁵⁴⁹ Le rapport préconise la suppression de la règle de l'égalité de temps de parole dans la période intermédiaire. Cette idée a d'ailleurs été reprise par la réforme d'avril 2016.

¹⁵⁵⁰ « La Commission affirme son attachement au maintien de deux aspects centraux du dispositif actuel : l'encadrement des temps d'antenne et des temps de parole, d'une part, la régulation par l'autorité administrative indépendante compétente, le CSA, d'autre part ». Rapport Jospin, *op.cit.*, p. 25.

propositions qu'il contient visant à la fois à en faciliter l'exercice et adapter les sanctions qu'il occasionne¹⁵⁵¹. Ainsi, le raccourcissement du délai de tenue du compte de campagne, ajouté à la possibilité pour la CNCCFP de moduler les sanctions¹⁵⁵², permet à la fois un allègement du poids des obligations imposées au candidat, tout en facilitant le contrôle et en lui conférant une plus grande souplesse d'exercice¹⁵⁵³. Par ailleurs, le rapport souligne le satisfecit général que suscite le dispositif, en citant le GRECO¹⁵⁵⁴. Celui-ci, et cela mérite d'être ici mentionné, a relevé que « *la France dispose ainsi de diverses règles destinées à assurer un certain niveau de transparence du financement de la vie politique, règles comprenant des procédures de contrôle et de sanctions. Aucune divergence grave entre les textes applicables et la pratique politique n'a pu être constatée* »¹⁵⁵⁵. Les deux rapports cherchent donc un ajustement de l'équilibre général, sans toucher aux éléments structurels, dont ils se félicitent par ailleurs de l'intérêt et de l'efficacité. Mieux, ils en soulignent tous deux le caractère fondamentalement vertueux.

1259. Il en va de même des deux rapports parlementaires, ce qui est d'autant plus notable qu'ils ne sont pas, eux, soumis à une volonté préalable. Pour cette même raison, ils balayent un champ plus large, le rapport sénatorial s'intéressant même à l'ensemble de l'encadrement des campagnes électorales. Il est d'ailleurs plus critique que les deux rapports précédemment évoqués. Il souligne les difficultés posées par la vétusté du code électoral¹⁵⁵⁶, l'hétérogénéité des règles applicables en fonction des élections et des diverses temporalités¹⁵⁵⁷, sa technicité le rendant « inintelligible », et pour finir l'inadéquation des sanctions¹⁵⁵⁸. Pour autant, il ne remet jamais en cause les principes fondamentaux du dispositif. Il comprend certes de nombreuses propositions allant dans le sens d'un allègement¹⁵⁵⁹, mais aucune ne visant un « pilier » de ce droit. Au contraire, les seules suggestions susceptibles de concerner un de ces éléments vont dans le sens d'un affermissement¹⁵⁶⁰. Il souligne d'ailleurs les convergences

¹⁵⁵¹ Le groupe de travail résume ainsi son orientation : « *Deux principes doivent inspirer le droit du financement des campagnes électorales: la rigueur et le réalisme. Arrivées à maturité, les règles du financement des campagnes électorales pour les élections législatives doivent faire preuve de réalisme sans renoncer à leur rigueur d'origine. C'est cet équilibre qu'a souhaité préserver le groupe de travail réuni sous l'autorité du président Pierre Mazeaud. Il appartiendra au législateur d'apprécier s'il y est parvenu* ». Rapport Mazeaud, *op.cit.*, p. 22.

¹⁵⁵² *Ibid.*, p. 23.

¹⁵⁵³ Ces deux propositions ont depuis été intégrées en droit positif.

¹⁵⁵⁴ Groupe d'Etats contre la corruption, émanation du Conseil de l'Europe, qui rend des rapports d'évaluation réguliers sur la transparence financière des campagnes électorales, <http://www.coe.int/fr/web/greco/>.

¹⁵⁵⁵ Rapport d'évaluation de la France, transparence des financements politiques, p. 36, en ligne : <https://rm.coe.int/16806c5dd0>.

¹⁵⁵⁶ On peut mentionner le titre du IA : « le manque de cohérence d'ensemble et l'obsolescence du code électoral », dont les sous-titres dénoncent l'incomplétude de la codification de l'ensemble du dispositif, l'incohérence du code, et la complexité amenée par une jurisprudence d'après eux obscure. Rapport d'information remis à la commission des lois du Sénat, *op.cit.*, pp. 12-23.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, pp. 25-37.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, pp. 49-52.

¹⁵⁵⁹ Ainsi des propositions n°12 et 13 : « *Mettre fin au contrôle des comptes de campagne des candidats ayant obtenu moins de 1 % des suffrages exprimés ; réduire le délai couvert par les comptes de campagne, qui devrait être ramené à six mois* ». *Ibid.*, p. 6.

¹⁵⁶⁰ Ainsi de l'élargissement du champ d'application du dispositif aux « nouveaux » moyens de communication (n°25) ou de rendre obligatoire la validation des documents de propagande par la commission de propagande (n°29). *Ibid.*, p. 7.

existant entre les diverses propositions de réformes formulées à la date de sa remise, dynamique dans laquelle il s'inscrit¹⁵⁶¹.

1260. Le rapport Colas, quant à lui, concerne la question du financement, notamment des campagnes. Entrepris dans l'optique de dresser un état des lieux du droit positif et de ses effets¹⁵⁶², sans donc s'interdire d'envisager une refonte complète, il en conclut à la nécessité de sauvegarder une législation « vertueuse » en la renforçant¹⁵⁶³. Les propositions formulées visent donc, comme celles du rapport sénatorial, à alléger ce qui peut l'être pour améliorer la façon dont le dispositif est vécu par les acteurs politiques, tout en renforçant d'autres aspects, essentiellement ceux tenant à l'exercice du contrôle par la CNCCFP¹⁵⁶⁴. Par ailleurs, il propose des pistes pour adapter le champ de la législation aux mutations de la vie politique, en s'intéressant aux primaires et aux micro-partis. Il reprend donc également le constat d'un droit en partie inadapté, même si la réalité que le terme y recouvre n'est pas tout à fait la même que dans les autres appréciations évoquées. Enfin, sachant que le rapport a été établi après l'audition de nombreux acteurs, on y trouve une affirmation particulièrement intéressante pour nous. Nous y lisons : « *le Rapporteur spécial note qu'aucun des acteurs et observateur entendus au cours de ses auditions n'a exprimé le désir d'une rupture avec le cadre établi par les lois du 11 mars 1988 et des 19 et 20 janvier 1995. Au contraire, tous se sont félicités de la moralisation de la vie publique que ces dispositifs ont permise* »¹⁵⁶⁵.

1261. Le rapport Portelli-Sueur est le plus critique de tous, étant donné que son objet -les sondages électoraux- est le point le plus faible du dispositif. Constatant la faiblesse du contrôle, et la pauvreté de ses effets, tant eu égard aux orientations prises par la Commission que par l'inadaptation de ses compétences, il propose de nombreux axes de réforme dont une partie a d'ailleurs été reprise dans la loi du 25 avril 2016. Ces axes vont tous dans le sens d'un renforcement des compétences et de la légitimité de la Commission, dans le but de mieux encadrer un outil qui prend une place de plus en plus importante dans la vie politique.

1262. Enfin, et même si cela ne rentre pas exactement dans le cadre du propos ici déployé, il faut dire un mot de l'influence exercée par le droit électoral sur le dispositif adopté lors de la révision de l'article 11 en 2008. Cette influence, qui se manifeste notamment au niveau de l'encadrement des pratiques de récolte et de leur financement, est synthétisée en une phrase

¹⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 52 et s.

¹⁵⁶² « Cette démarche poursuit trois objectifs : déterminer dans quelle mesure les règles applicables assurent un encadrement adéquat des sources de financement et des dépenses des candidats aux élections prévues par la Constitution et la loi (élections présidentielles, législatives, au Parlement européen et scrutins locaux) et des formations politiques ; examiner les moyens à la disposition des pouvoirs publics, des juridictions (Conseil constitutionnel et Conseil d'État) et de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques ; envisager une modernisation des dispositifs existants afin de remédier à leurs éventuelles insuffisances et garantir leur adaptation constante aux formes d'exercice de l'action politique. Il ne s'agit pas là en effet que d'une affaire de finances : de la crédibilité de ce cadre juridique, dépendent non seulement la qualité de notre débat démocratique mais encore la réputation de nos élus ». Rapport Colas, *op.cit.*, p. 6.

¹⁵⁶³ « Il ressort de ces travaux deux conclusions qui proposent un éclairage sur les enjeux auxquels les pouvoirs publics devront répondre à l'avenir : conforter les acquis d'une législation vertueuse en faisant vivre ses principes ; parfaire un « écosystème » qui incite à l'exemplarité et appréhende les pratiques politiques contemporaines ». *Ibid.*

¹⁵⁶⁴ Voir le sommaire du rapport, pp. 3-4.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 19.

présente dans le premier rapport rendu sur le projet de la loi organique par le Sénat : « [...] votre commission a souhaité encadrer, par cohérence avec les dispositions en vigueur en matière de campagnes électorales, la participation des personnes physiques en plafonnant leur participation à 4 600 euros et a interdit le financement par des États étrangers ou des personnes morales de droit étranger »¹⁵⁶⁶.

1263. Au bilan, l'on peut conclure avec un certain degré de certitude que la structure de l'encadrement n'est non seulement pas remise en cause, mais considérée comme un acquis fondamental. Il y a certes des convergences entre les diverses propositions de réforme, et donc une volonté partagée de modifier certaines dispositions, mais elle concerne seulement des ajustements, des adaptations marginales, ce qui renforce le constat de la stabilité. De toute évidence, ce consensus est assez fort pour que l'on en déduise que le dispositif est appelé à conserver le même aspect général.

1264. Pareille affirmation est renforcée par la circonstance que les principales réformes récentes du droit des campagnes électorales¹⁵⁶⁷ se sont inscrites dans cette même dynamique. Ainsi, comme déjà vu, la loi du 25 avril 2016 reprend l'idée d'un raccourcissement du délai durant lequel la tenue d'un compte de campagne est obligatoire. De même, les lois du 11 octobre 2013¹⁵⁶⁸ renforcent les exigences générales de transparence applicables aux mandats électifs, répondant ainsi à quelques observations du rapport Jospin. Enfin, la loi organique du 14 avril 2011¹⁵⁶⁹ suit une orientation similaire à celle observée dans divers rapports ou articles de doctrine quant aux peines d'inéligibilité.

1265. En somme, la dynamique des réformes effectuées est sensiblement la même de celle exprimée par les différentes analyses que nous avons évoquée. Le législateur, dans toutes ses composantes, semble donc lui aussi considérer la structure générale du droit des campagnes électorales comme un « *acquis fondamental* »¹⁵⁷⁰.

1266. L'idée selon laquelle cet encadrement serait transposé, d'une façon ou d'une autre, à un éventuel mécanisme d'initiative populaire semble donc particulièrement étayée. Cependant, il demeure encore une incertitude. L'introduction de mécanismes perçus comme ontologiquement différents de ceux préexistants peut entraîner chez certains acteurs du processus législatif l'impression d'une rupture, ce qui est susceptible d'entraîner l'adoption de dispositifs *ad hoc*, autrement dit empêcher la transposition. Par ailleurs, l'essentiel des conclusions des rapports et articles se focalisent sur la question du financement. Mais la propagande, quoiqu'évoquée parfois, ou la question des médias, sont nettement moins

¹⁵⁶⁶ Rapport n° 373 fait par Jean-Pierre Sueur au nom de la Commission des Lois du Sénat, déposé le 20 février 2013, III, C. Disponible en ligne :

<https://www.senat.fr/rap/112-373/112-3731.pdf>

¹⁵⁶⁷ Les « paquets électoraux » de 2011 et 2016, précités.

¹⁵⁶⁸ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n° 0238 du 12 octobre 2013 p. 16829, et loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n°0238 du 12 octobre 2013 p. 16824.

¹⁵⁶⁹ Loi organique n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs, JORF n°0092 du 19 avril 2011 p. 6826.

¹⁵⁷⁰ Rapport Colas, *op.cit.*, p. 7.

abordées. Il faut donc approfondir, ici, l'analyse, pour mieux discerner encore la probabilité de transposition.

II : La transposition est utile

1267. Pour raisonnablement affirmer que la transposition du droit des campagnes électorales est utile, il faut pour cela avoir quelques éléments tendant à faire penser que le dispositif est efficace (A) mais aussi qu'il le serait plus que l'encadrement alternatif (B).

A : Le dispositif à transposer est efficace

1268. Il faut d'abord préciser ce que l'on entendra ici par « efficacité ». Est dit efficace ce qui produit, « *dans de bonnes conditions et sans autre aide, les effets attendus* »¹⁵⁷¹. Ici, on ne peut se contenter de cette définition, dans la mesure où, s'agissant d'un dispositif juridique complexe, les effets ne peuvent réellement se déployer « sans autre aide », pas plus, d'ailleurs, que l'on ne peut réellement déterminer abstraitement ce que seraient les effets « attendus », dans la mesure où ils sont toujours exprimés de façon générale. Par exemple, le dispositif d'encadrement des médias audiovisuels dans la campagne électorale vise à préserver le pluralisme du débat électoral. Il est difficile d'évaluer objectivement si l'objectif est atteint¹⁵⁷². Il est en revanche possible de s'assurer que des effets sont produits et qu'ils sont, sinon strictement conformes, du moins non-contradictoires avec l'objectif affiché. Cette évaluation peut se déployer sous deux angles. Le premier relève de l'efficacité proprement juridique du dispositif, c'est-à-dire l'existence et la pratique du contrôle. Sera dit efficace le contrôle qui s'exerce réellement, et ne rencontre donc pas de limite dirimante à cet exercice. Cet aspect a déjà été évoqué en partie dans la section précédente, mais suffisamment pour qu'il soit hors de doute que le contrôle est efficace au sens établi plus haut. Il ne nous paraît donc pas nécessaire de l'aborder plus avant. Le second angle relève d'une appréciation plus « globale », c'est-à-dire procédant d'une analyse raisonnée de l'impact du dispositif sur la pratique politique qu'il vise à réglementer. Même s'il n'est évidemment pas question de mener ici une étude d'impact, l'on peut tout de même en adopter la fraction de la démarche qui consiste à puiser à diverses sources disciplinaires, dans le but de donner une idée des effets pratiques du dispositif. Nous nous appuyerons donc ici surtout sur des travaux de science politique, dans la mesure où ils sont les seuls à proposer des méthodes d'analyse empirique portant spécifiquement sur l'impact des dispositifs normatifs.

1269. La partie du dispositif dont l'impact a été le plus étudié est, assez logiquement, celle qui a trait au financement. La question des relations entre argent et politique est à la fois

¹⁵⁷¹ CNRTL : efficacité.

¹⁵⁷² On peut tout de même souligner les faiblesses d'une démarche qui serait purement quantitative, qui déduirait le pluralisme seulement à partir du nombre d'éditeurs, ou même de propriétaires de médias. Elle occulterait en effet la complexité des mécanismes d'offre et demande, se contentant d'une vision spontanée selon laquelle la diversité de l'offre épouse nécessairement la pluralité de la demande, ce qui impliquerait que l'une procède de l'autre, sans circularité des interactions entre elles.

ancienne et particulièrement sensible¹⁵⁷³. Il nous est impossible de discuter des effets de la dépense électorale sur le résultat de la compétition, étant donné la grande complexité de la question, à la fois dans sa réalisation technique¹⁵⁷⁴ et dans la complexité des choix méthodologiques à opérer¹⁵⁷⁵, dont découle l'absence de consensus réel entre les spécialistes. Nous pouvons en revanche faire état de certains travaux, étant entendu que la démarche n'est pas exhaustive.

1270. Ceci est facilité par la circonstance que, s'agissant du cas spécifique de la France, la science politique s'est peu emparée de la question singulière de l'impact de l'encadrement sur la dépense électorale. A notre connaissance, l'ouvrage déjà cité d'Abel François et Eric Phélippeau est la seule monographie disponible, dans cette discipline, à porter sur cette question¹⁵⁷⁶. On peut déjà mentionner leurs conclusions : l'encadrement joue un rôle, en ce qu'il modifie les comportements des acteurs¹⁵⁷⁷, et ce, « profondément »¹⁵⁷⁸, puisque l'interdiction des dons des personnes morales, par exemple, entraîne la « rupture d'un lien »¹⁵⁷⁹ entre entreprises et partis politiques, qui existait auparavant. Ceci se vérifie et se matérialise à la fois, selon ces auteurs, par la grande différence de stratégie des candidats « selon qu'ils se situent en deçà ou au-delà du seuil requis pour obtenir un remboursement public »¹⁵⁸⁰. On observe, comme le notait d'ailleurs le rapport Jospin, précité, un « effet de seuil » très important, les candidats qui peuvent légitimement espérer atteindre les 5% dépensant en effet plus, d'une part, et engageant plus de fonds personnels, d'autre part¹⁵⁸¹. Pour cette raison, les inégalités entre candidats se cristallisent selon qu'ils atteignent ou non le seuil¹⁵⁸². Si la division issue de cette observation excède l'opposition entre partis « de gouvernement » et autres formations politiques, il est indéniable qu'il y ait des « gros » partis, qui tirent mieux leur épingle -financière- du jeu que les autres. Le constat dressé par les auteurs est donc ambivalent. La législation a indéniablement des effets, mesurables et mesurés. Ces effets sont non-contradictoires avec la volonté du législateur, puisque le lien entreprises-partis est coupé ou que les dépenses sont contenues. Mais ils ne sont pas non plus tout à fait conformes. Ainsi, l'interdiction des dons des personnes morales, dont les auteurs cités reconnaissent qu'elle a eu des effets profonds, immédiats, et durables. Mais, parallèlement, les failles du dispositif, la tentation jamais démentie des uns comme des autres de bénéficier ou faire bénéficier les partis et candidats de la masse financière des entreprises, et surtout le manque chronique de moyens de la Commission constituent de sérieuses limites à l'impact de l'encadrement¹⁵⁸³. Notons que ce tableau rejoint les observations évoquées

¹⁵⁷³ François A., Phélippeau E., *Le financement de la vie politique*, Armand Colin, 2015, p. 7.

¹⁵⁷⁴ François A., Foucault M., « Le rendement des dépenses électorales en France. Le cas des élections législatives de 1997 », *Revue économique*, 2005/5, p. 1125-1143.

¹⁵⁷⁵ Clawson D., « Politics is money », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2001/3, p. 34-46.

¹⁵⁷⁶ François A., Phélippeau E., *op.cit.*, p. 10.

¹⁵⁷⁷ Leur « stratégie de financement » : voir *ibid.*, p. 137.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 140 :

¹⁵⁷⁹ François A., Sauger N., « Groupes d'intérêt et financement de la vie politique en France. Une évaluation des effets de l'interdiction des dons de personnes morales », *Revue française de science politique* 2006/2, p. 250.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 137.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 138. Rapport Jospin, *op.cit.*, p. 22.

¹⁵⁸² *Ibid.*

¹⁵⁸³ Phélippeau E., « Le financement de la vie politique française par les entreprises 1970-2012 », *L'Année sociologique*, 2013/1, pp. 212-220.

précédemment, puisque les rapports proposaient tous le renforcement des moyens et prérogatives de la Commission, et que la doctrine soulève régulièrement les carences du contrôle. Cela affecte également l'efficacité du plafonnement, dans la mesure où il n'a de sens que s'il n'entraîne pas une multiplication de fraudes électorales, et donc empêche réellement l'explosion des dépenses électorales.

1271. Pour autant, il ne s'agit ici que de limites. Car il est un fait que l'évolution des dépenses demeure contenue¹⁵⁸⁴, que l'interdiction des dons des personnes morales a entraîné de profondes modifications des stratégies de financement, et que le remboursement forfaitaire permet de limiter les inégalités entre partis et candidats, et donc leurs effets. Autrement dit, si le dispositif demeure perfectible, il permet effectivement de contenir la dépense électorale et de maintenir un certain niveau de pluralisme de la campagne en maintenant les inégalités de moyens entre acteurs à un niveau soutenable. En outre, il n'est pas certain que les difficultés soulignées par les auteurs cités soient réellement imputables aux seules faiblesses de l'encadrement. Ou, plus précisément, celui-ci est-il en partie le reflet de sa singularité : il est un droit corseté par des textes dont les auteurs sont aussi pour partie les destinataires, et porte à ce titre la trace de nombreux désaccords¹⁵⁸⁵. Il est un droit de compromis, qui en tant que tel produit des effets réels, mais modérés. Mais cela ne change rien à ce qui, ici, nous intéresse : le seul fait que des effets conformes soient produits suffit à renforcer le caractère probable de la transposition, puisque cela coupe court à tout appui argumentatif sur la stérilité de l'encadrement.

1272. Il en va de même du contrôle du traitement audiovisuel de la campagne. Si nous n'avons pas trouvé d'enquête poussée tendant à démontrer que la régulation de ce traitement produit des effets¹⁵⁸⁶, deux éléments majeurs permettent de l'affirmer. D'abord, le CSA lui-même rappelle dans tous ses rapports qu'il n'a aucune difficulté à obtenir la collaboration des rédactions¹⁵⁸⁷. Ensuite, de nombreux journalistes se font l'écho des difficultés induites par l'application des règles émises par le Conseil¹⁵⁸⁸, dont il découle évidemment que celles-ci produisent des effets non-contradictoires avec la volonté ayant présidé à leur adoption puisque les difficultés en question découlent précisément du respect par les rédactions des règles fixées par le CSA. Il y a donc bel et bien des effets qui sont produits, puisque subjectivement les acteurs les ressentent. Il est en revanche des plus délicat de déterminer quel impact objectif l'encadrement des temps de parole et d'antenne a spécialement sur le rôle joué par les médias audiovisuels dans la campagne. Ceci n'est pas lié au dispositif en lui-même, mais à la

¹⁵⁸⁴ Voir le rapport du sénateur Hervé Marseille, déposé à la Commission des lois du Sénat le 28 octobre 2015, *op.cit.*, p. 38.

¹⁵⁸⁵ François A., Phélippeau E., *op.cit.*, p. 207.

¹⁵⁸⁶ Voir cependant sur un autre aspect du contrôle de la diffusion audiovisuelle, Méon J.-M., « Contrôle concerté ou censure ? L'euphémisation du contrôle public des médias et sa légitimation », *Raisons politiques*, 2005/1 (n°17), pp. 149-160. Sur la complexité caractérisant l'analyse du traitement audiovisuel de la campagne, voir Veyrat-Masson I., « Les recherches sur les campagnes électorales à la télévision », *Le Temps des médias*, 2006/2 (n° 7), pp. 289-301..

¹⁵⁸⁷ Voir not. le rapport annuel pour l'année 2015, p. 40 et s. En ligne : <http://www.csa.fr/Etudes-et-publications/Les-rapports-annuels-du-CSA/CSA-Rapport-annuel-2015>.

¹⁵⁸⁸ Voir, pour une synthèse de ces plaintes médiatiques exprimées lors de la campagne présidentielle de 2012, Barraud B., « Audiovisuel et pluralisme politique. De quelques pérégrinations du CSA entre réalisme et idéalisme », *Pouvoirs*, 2012/3, p. 119-130.

difficulté de l'analyse de ce rôle, ou plus précisément de l'influence des médias audiovisuels sur une campagne électorale¹⁵⁸⁹. Pareille démarche est dépendante, notamment, de l'analyse des comportements électoraux, laquelle ne fait pas réellement l'objet d'un consensus scientifique¹⁵⁹⁰. En outre, elle nécessite, tout comme cette dernière, de modéliser les électeurs pour limiter les effets de généralisation inhérents à l'analyse des comportements d'une masse d'individus aussi importante. Elle fonctionne donc à partir d'idéaux-types, qu'il ne nous est pas possible de discuter ici. Enfin, elle souffre de la difficulté à discerner l'impact d'un facteur unique sur un comportement soumis à des influences multiples et dont l'intensité respective varie selon les individus. Ces réserves étant exposées, signalons au moins qu'un courant significatif de la science politique insiste sur le caractère trop restreint de la démarche qui consiste à se centrer sur le temps de campagne pour évaluer l'influence des médias. Ainsi, Jacques Gerstlé fournit, sur ce point, un cadre explicatif dont la caractéristique première est de concerner un temps plus long, pour déterminer la façon dont les médias audiovisuels « cadrent » la campagne sur un certain nombre de thèmes, qui s'imposent ainsi parce qu'ils sont fortement présents dans la conjoncture politique bien antérieurement à la campagne, et influencent ainsi les déterminants du vote chez certains électeurs¹⁵⁹¹. On peut en déduire le postulat selon lequel l'encadrement des temps de parole et d'antenne est probablement trop tardif pour corriger ces « effets de cadrage »¹⁵⁹², mais produit malgré tout des effets à la fois symboliques et pratiques. Symboliques parce qu'en permettant à des mouvements minoritaires de s'exprimer à la télévision dans des conditions acceptables, elle donne à voir le pluralisme, et manifeste donc le contrôle sur la médiatisation, dans une époque où la confiance dans les médias comme le personnel politique s'érode. Pratiques parce que la fenêtre discursive ainsi ouverte ne le serait probablement pas, ou pas autant, sans l'encadrement, étant donné les protestations que l'équité comme l'égalité suscitent¹⁵⁹³. Il est possible que d'autres conséquences concrètes soient liées au dispositif, mais nous ne disposons pas d'éléments empiriques pour les postuler.

1273. Enfin, l'encadrement des sondages. Comme on l'a vu, il s'agit du point le plus problématique, car le dispositif y est à la fois peu contraignant et mal appliqué. Les effets en ont jusque-là été très limités, la France se présentant comme un des principaux consommateurs mondiaux de sondages en général¹⁵⁹⁴. En outre, les sondages politiques y sont à la fois très médiatisés et mal retransmis, ce qui occasionne une utilisation souvent

¹⁵⁸⁹ Veyrat-Masson I., « Les recherches sur les campagnes électorales à la télévision », *Le Temps des médias*, 2006/2, p. 289-301. Breton P., « Médias, médiation, démocratie, pour une épistémologie critique des sciences de la communication politique », *Hermès, la revue*, 1995/3, pp. 321-334.

¹⁵⁹⁰ Ainsi, le manuel d'introduction à la sociologie politique rédigé par Jean-Yves Dormagen et Daniel Mouchard consacrent deux chapitres distincts à la question, de façon à présenter les deux approches principales. Voir Dormagen J.-Y., et Mouchard D., *Introduction à la sociologie politique*, De Boeck, 2015, pp. 163-210.

¹⁵⁹¹ C'est-à-dire essentiellement les « indécis ». Voir Gerstlé J., « L'information et la sensibilité des électeurs à la conjoncture », *Revue française de science politique*, (n°5), 1996. pp. 731-752.

¹⁵⁹² Pour un exemple de recherche appliquée allant dans ce sens, voir le rapport fourni par Jacques Gerstlé sur la campagne du référendum de 2005 : Gerstlé J., *L'impact des médias télévisés sur la campagne référendaire française de 2005*, rapport effectué pour l'Institut Delors, 2006.

En ligne : <http://www.institutdelors.eu/media/etud53-gerstle-fr.pdf?pdf=ok>.

¹⁵⁹³ Voir l'article de Barraud B., *op.cit.*

¹⁵⁹⁴ Rapport Portelli-Sueur, *op.cit.*, p. 11.

abusives¹⁵⁹⁵, pas nécessairement du fait de l'outil en lui-même¹⁵⁹⁶, mais de ceux qui s'en servent¹⁵⁹⁷. Par conséquent, alors même que le pays a pris très tôt conscience du problème que peuvent poser les sondages électoraux, puisqu'une loi a été adoptée dès 1977, il n'a toujours pas su le résoudre de façon satisfaisante. Le peu d'autorité dont est revêtue la Commission des sondages auprès des acteurs stérilise ses tentatives de régulation¹⁵⁹⁸, au-delà même du caractère timoré de son action. Et ce alors même qu'aujourd'hui, si la nature des effets produits par les sondages sur la vie politique est très débattue, il n'en va pas de même de l'idée selon laquelle des effets sont produits, quels qu'ils puissent être. C'est pourquoi, comme on l'a vu, les causes de cette faiblesse, telles qu'elles sont mises au jour par la doctrine comme par les rapports parlementaires procèdent d'une trop grande faiblesse du contrôle, et non d'une rigueur qui serait contre-productive. Autrement dit, le constat de l'inefficacité de l'encadrement sur ce point ne remet pas en cause celui de l'efficacité du dispositif d'ensemble mais, bien au contraire, découle du même cadre d'analyse. Il ne remet donc pas en question notre propos, mais le renforce.

B : L'alternative pose des difficultés

1274. L'alternative à la transposition, c'est-à-dire le maintien, en cas d'introduction d'un dispositif d'initiative populaire, du droit des campagnes référendaires dans l'aspect actuel que lui confère le droit positif, puisqu'il lui serait applicable par défaut, encore une fois. L'hypothèse est d'autant plus crédible que la loi n°2013 n°2013-1116 n'a pas augmenté réellement la surface de l'encadrement résultant jusqu'ici des actes préparatoires, le seul renvoi au code électoral excluant de fait un nombre important de dispositions applicables aux campagnes électorales.

1275. Il faut cependant attirer l'attention sur le fait que l'on ne serait pas ici, contrairement au référendum du premier alinéa de l'article 11, dans le cadre d'une compétence présidentielle¹⁵⁹⁹.

1276. En outre, au-delà de ces considérations, cette intégration « à droit des campagnes constant » poserait un certain nombre de difficultés.

1277. *Primo*, elle étendrait au champ de l'initiative populaire les faiblesses propres de cette technique d'encadrement à savoir l'absence de pérennité des règles relatives à des aspects importants de la campagne¹⁶⁰⁰, l'archaïsme du droit jusqu'ici élaboré dans ce cadre comparativement au droit commun électoral, et notamment quant au financement, ou

¹⁵⁹⁵ Pour un exemple appliqué : Rémond A., « Le rôle politique des sondages. Retour sur la réforme des retraites de 2003 », Actes de la recherche en sciences sociales, 2007/4, pp. 48-71.

¹⁵⁹⁶ Sur la question des effets des sondages en eux-mêmes : Lehingue P., « L'emprise des sondages sur le jeu électoral : vrais et faux débats », *Savoir/Agir*, 2007/1 (n° 1), pp. 37-47

¹⁵⁹⁷ Voir Rambaud R., *Droit des sondages électoraux*, *op.cit.*, pp. 181-187. Meynaud H.-Y., Duclos D., *Les sondages d'opinion, la Découverte*, coll. Repères, pp. 86-94.

¹⁵⁹⁸ Meynaud H.-Y., *op.cit.*, p. 169.

¹⁵⁹⁹ Hamon F., « The financing of referendum campaigns in France », *in*. *Financing referendum campaigns*, Palgrave and McMillan, 2010, p. 111.

¹⁶⁰⁰ Le temps de parole et les modalités de financement, particulièrement.

l'importance du rôle joué par le pouvoir exécutif. La campagne relative au référendum de 2005 est riche d'enseignements à cet égard. Tout d'abord, les temps de paroles dans les médias audiovisuels ont été totalement disproportionnés en faveur du oui¹⁶⁰¹, ce qui n'arrive jamais dans ces proportions dans le cadre d'une campagne électorale, et s'explique par l'attribution des temps de parole aux partis, et non en fonction du positionnement adopté par rapport à la question posée¹⁶⁰². Par ailleurs, le montant du seuil au-delà duquel les dépenses de campagne n'étaient pas remboursées -mais non interdites- était non seulement faible, mais surtout fixé discrétionnairement par l'exécutif, pour des raisons probablement stratégiques¹⁶⁰³. De sorte que l'investissement public y était en partie lié à un agenda politique¹⁶⁰⁴, et que l'investissement privé n'y était pas plafonné. On mesure à quel point la campagne référendaire de 2005 a eu lieu dans des standards très différents de ceux exigés pour une campagne électorale.

1278. *Secundo*, l'impact de ces difficultés serait probablement accru dans le cadre d'une initiative populaire. Tout d'abord, la compétence élargie du pouvoir réglementaire n'y aurait pas la même signification. Même si la situation actuelle de la campagne référendaire n'est pas satisfaisante, l'on peut estimer qu'il y a une certaine logique à ce qu'une campagne relative à un référendum déclenchée par l'utilisation, par le Président, d'une de ses prérogatives propres soit encadrée par décret pris en conseil des ministres¹⁶⁰⁵. Il en va déjà différemment s'agissant de l'initiative partagée, et cela serait encore plus choquant pour une initiative populaire, où le chef de l'Etat n'a pas de vocation particulière à intervenir dans la mesure où la procédure ne serait aucunement liée à une de ses compétences constitutionnelles. Ensuite, les lacunes actuelles de l'encadrement pourraient y produire des conséquences plus lourdes. L'absence de plafonnement des dépenses y serait bien plus problématique, ne serait que parce que la chose serait plus visible, eu égard au différentiel probable de fréquence des référendums. On est aussi en droit de penser que cela finirait par amener la question de l'argent au premier plan des préoccupations, ce qui ne manquerait pas de susciter des réserves, dans la population, vis-à-vis du dispositif, voire de la vie politique en général. Enfin, cela conduirait à une situation d'inégalité financière entre les « camps » du oui et du non bien plus importante, potentiellement, qu'elle n'existe entre les différentes protagonistes d'une campagne électorale. L'absence de garanties quant à l'adaptation du droit applicable à l'initiative populaire pourrait entraîner une cristallisation des limites du dispositif déjà constatées dans le cadre du référendum de 2005. Notamment, la disproportion des temps de parole amenés par la distribution des quotas aux partis et non aux « camps » constitués en fonction de la question posée, conséquence de l'absence d'encadrement spécifique, pourrait entraîner, en cas de débat intense, des conséquences politiques similaires à celles de cette campagne, dont le débat

¹⁶⁰¹ Piar C., Gerstlé J., « Le cadrage du référendum sur la Constitution européenne : la dynamique d'une campagne à rebondissements », *in*. comprendre le non français, Cahiers du CEV initiative populaire OF, 2005, p. 67. En ligne : <http://www.cevipof.com/fr/les-publications/les-cahiers-du-cevipof/bdd/publication/428>.

¹⁶⁰² Il n'est pas inutile de rappeler que ce référendum a permis de mesurer l'écart existant, sur la question européenne, entre les leaders des partis politiques et leurs électeurs.

¹⁶⁰³ Hamon F., *op.cit.*, p. 111.

¹⁶⁰⁴ En partie eu égard au remboursement des dépenses de propagande, qui s'est exercé dans les mêmes conditions que pour une campagne électorale.

¹⁶⁰⁵ Donc par un acte dont l'entrée en vigueur est subordonnée à sa cosignature par le Président de la République. *Ibid.*

politique bruisse encore aujourd'hui. Enfin, et plus largement, il serait inopportun, pour ne pas dire plus, de maintenir la campagne référendaire sous un encadrement lâche, alors même que l'importance de ce moment pour la sincérité du processus est probablement plus grande encore que pour une campagne électorale¹⁶⁰⁶.

1279. Le cadre actuel des campagnes référendaires n'est donc pas satisfaisant. La transposition paraît par conséquent nécessaire. Evidemment, elle peut avoir lieu, matériellement, même si le réceptacle formel demeure constant. Le Président de la République peut tout à fait décider par décret le renvoi, pour l'encadrement de la campagne, à l'ensemble des dispositions pertinentes régissant, par exemple, l'élection présidentielle. Mais, même envisagée ici, l'hypothèse d'un encadrement effectué par voie réglementaire nous paraît moins opportune, parce qu'elle ne serait pas pérenne, mais également parce qu'elle ne serait pas constitutionnellement sûre.

1280. Par ailleurs, l'adoption, en cas d'introduction d'un dispositif d'initiative populaire, d'une loi encadrant la campagne référendaire demeure une hypothèse plausible. Le droit actuel des campagnes référendaires est fortement marqué par le droit commun électoral, lequel semble bénéficier d'un certain attachement des parlementaires, qui le connaissent de mieux en mieux.

1281. Pour ces raisons, et puisqu'il nous est plus commode de continuer les développements à partir d'une hypothèse formelle explicitée et stable, nous privilégierons « l'option législative ».

§2 : Envisager la transposition

1282. Puisque nous avons établi que la transposition du droit existant serait l'hypothèse la plus probable, il nous faut à présent envisager l'aspect qu'elle pourrait revêtir, dans le cadre de la structure fournie par le droit positif des campagnes électorales. La question est en effet capitale. Tout d'abord, affirmer que la transposition de la structure est à la fois probable et faisable ne dit rien des modalités de sa mise en application, qu'il faut donc envisager. Ensuite, la circonstance que l'objet référendaire ne soit pas tout à fait identique appelle une réflexion sur l'adaptation du droit existant à d'éventuelles particularités. Enfin, envisager la forme que pourrait prendre la transposition permet de réfléchir à la question des problèmes institutionnels posés par la campagne référendaire. Cette forme correspondrait, dans notre hypothèse, à la substance du droit des campagnes électorales, adaptée dans les parties de l'encadrement qui doivent l'être. C'est cette adaptation nécessaire qu'il faut éclairer (I), à partir de certains éléments observés à l'étranger¹⁶⁰⁷ pour pouvoir envisager d'effectuer la transposition (II).

¹⁶⁰⁶ Hobolt Binzer S., « Campaign financing in danish referendums », *in*. Financing referendum campaigns, *op.cit.*, p. 64.

¹⁶⁰⁷ Il ne s'agira cependant aucunement d'envisager une comparaison scientifiquement établie, les variables seraient trop nombreuses, simplement de bénéficier de quelques éclairages dont il serait possible de s'inspirer, dans la mesure où ils envisagent autrement la campagne référendaire.

I : Eclairer la transposition

1283. Dans la mesure où l'on entend ici renseigner de la démarche de transposition à partir d'expériences concrètes, il semble nécessaire d'évoquer certains effets, rapportés dans la littérature disponible sur la question¹⁶⁰⁸ des réglementations applicables dans d'autres Etats pratiquant le référendum. Ces dernières étant hétéroclites (A), c'est logiquement que leurs effets sont présentés comme variables (B).

A : Des encadrements hétéroclites¹⁶⁰⁹

1284. En posant leur focale sur l'ensemble des encadrements référendaires existants en Europe et en Amérique du sud, trois politistes ont établi une double typologie des pays connaissant une pratique référendaire. L'une concerne la réglementation du financement, l'autre celle relative à la campagne audiovisuelle¹⁶¹⁰. La première comprend quatre catégories, la seconde, cinq¹⁶¹¹. Elles reposent sur une logique de graduation fondée sur le degré d'intervention de l'Etat dans l'encadrement. Il en ressort une grande diversité dans les dynamiques des dispositifs étudiés, puisqu'à chaque extrémité de chaque typologie, l'on a un groupe de pays qui ne comprennent aucune réglementation d'aucune sorte, et un autre constitué d'Etats prévoyant une réglementation très poussée. A savoir, concernant la question de l'argent, la garantie d'un financement public de la campagne et, pour ce qui est de la campagne audiovisuelle, celle d'un accès aux médias ouvert même aux groupes *ad hoc* constitués spécialement pour l'échéance. Il n'y a que deux Etats qui se retrouvent au point le plus bas de la typologie dans chacune d'elles, la Suisse et les Etats-Unis. Hormis deux cantons helvètes¹⁶¹², dont les réglementations demeurent très limitées, les composantes de chacune de ces entités pratiquant le référendum sont en effet caractérisées par une remarquable homogénéité d'encadrement, lequel est caractérisé par son très grand libéralisme. S'y appliquent en effet, et en général, seulement les règles -elles-mêmes très lâches- applicables aux élections¹⁶¹³. Il serait tentant d'établir un parallèle entre ce constat et la pratique de l'initiative populaire, dans la mesure où ces deux Etats sont, de très loin, ceux où cette dernière est la plus marquée. Ce serait néanmoins aller un peu rapidement. D'abord, les

¹⁶⁰⁸ Ou en tous cas une fraction de cette littérature.

¹⁶⁰⁹ L'essentiel des développements contenus dans cette subdivision sont issus de sources secondaires, principalement des contributions de politistes, qui n'indiquent pas toujours la référence des textes dont ils parlent. Bien que les propos eussent été renforcés par l'utilisation de sources primaires, cela ne nous était pas possible, en raison de la grande diversité de pays à évoquer et donc de langues à maîtriser. Nous avons donc choisi de travailler malgré tout à partir de ces sources.

¹⁶¹⁰ Zelweger T., Serdült U., Renfer I., « Referendum campaign regulations in europe and latin america », in. Gilland Lutz K. et Hug S. (dir.), *Financing referendum campaigns*, Palgrave and MacMillan, 2010, pp. 201-202.

¹⁶¹¹ S'agissant de la première : « *those [countries] with no regulations at all ; others which prohibit the use of public funds for campaigning ; states who distribute some advantage to campaigners, but without direct financial support ; and, finally, those countries that grant public funds* ». Quant à la seconde : « *no regulation at all ; general provisions on fair access rules during a campaign ; the prohibition of political advertising ; free airtime for political parties only ; and free airtime for all campaigners, including citizens's groups* ». *Ibid.*

¹⁶¹² Ceux de Genève et Ticino. Voir Serdült U., « Referendum campaigns regulations in Switzerland » *op.cit.*, p. 170.

¹⁶¹³ *Ibid.*, et Smith D., « US States », *op.cit.*, pp. 39-50.

causes juridiques de ces deux phénomènes sont différentes, la Cour Suprême États-Unienne jouant un rôle très significatif dans cet état du droit, ce qui n'est pas le cas en Suisse. Or, cela signifie également que cette situation est disputée outre-Atlantique, alors qu'il n'en va pas de même sur l'autre rive du Lac Léman, de sorte que le rapport à cette réglementation n'est pas le même dans l'une et l'autre hypothèse. Par ailleurs, l'Italie, qui pratique une forme d'initiative de façon régulière, plafonne les dépenses de campagne, qui sont en partie financées sur fonds publics, ce qui suscite une forte opposition populaire entraînant, ainsi, l'instabilité du régime¹⁶¹⁴. Enfin, ce qui est valable au niveau fédéral en Suisse ne l'est pas nécessairement au niveau cantonal¹⁶¹⁵. Il est donc difficile d'établir une corrélation. Il en va d'ailleurs de même d'un éventuel rapport de cause à effet entre la fréquence des votations et le caractère élaboré de la réglementation. Les Etats-Unis et la Suisse sont en effet les entités pratiquant le plus l'outil référendaire, et ne connaissent aucune réglementation réellement poussée. Mais d'autres pays caractérisés par une pratique presque nulle connaissent une faiblesse d'encadrement similaire¹⁶¹⁶, alors qu'*a contrario*, des pays dans la même situation ont adopté une réglementation très poussée, comme le Royaume-Uni¹⁶¹⁷.

1285. De même, il ne semble pas y avoir de lien nécessaire entre le fait d'encadrer fortement le financement et la nature de la réglementation applicable à la campagne audiovisuelle. La Pologne interdit le financement public des campagnes, mais garantit un accès gratuit aux antennes aux groupements valablement inscrits pour la campagne¹⁶¹⁸. Il en va de même, par exemple, au Royaume-Uni¹⁶¹⁹.

1286. En revanche, il faut souligner qu'il existe parfois une certaine cohérence entre le niveau d'encadrement applicable aux élections et celui relatif aux votations. Ainsi, les Etats-Unis, la Suisse, connaissent une réglementation assez faible dans les deux cas. L'Italie connaît elle un financement partiellement public pour les campagnes électorales comme référendaires, quoique les circuits de financement soient différents.

1287. Mais cette cohérence n'est pas systématique. Ainsi, l'Etat estonien participe largement au financement des partis politiques, et donc des campagnes, mais ne s'investit que très peu dans les campagnes référendaires¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁴ Ricci R., « Financing referendum campaigns in Italy: how abrogative referendum can regulate electoral financing », *op.cit.*, pp. 139-141.

¹⁶¹⁵ Le canton de Genève, par exemple, prévoit une aide publique pour le paiement des « frais électoraux », ce qui n'est pas le cas au niveau fédéral: art. 32 du règlement d'application de la loi sur l'exercice des droits politiques (REDP), en ligne : http://www.ge.ch/legislation/rsg/f/rsg_a5_05p01.html. Il n'y a en revanche pas, à notre connaissance, d'aide comparable en matière de votation cantonale.

¹⁶¹⁶ L'on pense notamment aux pays Baltes. Voir Auers D., Ruus J., Krupavicius A., « Financing referendums and initiatives in the baltic states », *op.cit.*, pp. 81-107. Pour une synthèse plus générale des diverses réglementations Zellweger T., Serdült U., Renfer I., « referendum campaign regulations in europe and latin america », *op.cit.*, pp. 201-229.

¹⁶¹⁷ Ghaleigh N.-S., « Sledgehammers and nuts ? Regulating referendums in the UK », *op.cit.*, p. 180 et s.

¹⁶¹⁸ Zellweger T., Serdült U., Renfer I., « referendum campaign regulations in europe and latin america », *op.cit.*, p. 217 et p. 221.

¹⁶¹⁹ Ghaleigh N.-S., « Sledgehammers and nuts ? Regulating referendums in the UK », *op.cit.*, p. 187.

¹⁶²⁰ Auers D., Ruus J., Krupavicius A., « Financing referendums and initiatives in the baltic states », *op.cit.*, p. 95.

1288. Il n'y a donc pas de logique générale aux choix structurels relatifs aux réglementations. Il en va de même s'agissant des structures de ces dernières.

1289. Cette diversité se manifeste à deux niveaux principaux. D'abord, sur la rigueur du dispositif d'encadrement, mise en relation avec les choix opérés quant à la nature du financement. Ensuite, sur les acteurs considérés par le droit.

1290. Sur le premier point, on pourrait s'attendre, spontanément, à ce que le choix d'un financement public, même partiel, s'accompagne d'un encadrement assez strict, et inversement. Or, il n'en est rien. L'Etat Danois contribue très significativement au budget des partis, et alloue le plus souvent des fonds spécifiques pour les campagnes référendaires¹⁶²¹. Mais cette allocation n'est pas imposée par les textes, et son principe comme sa distribution est déterminée par compromis inter-partisan entre les partis représentés au Parlement. Même si une autorité indépendante chargée de distribuer les fonds a été mise en place¹⁶²², ce qui permet de conférer une certaine neutralité à cette opération, la formalisation de l'encadrement demeure très limitée, et se concentre surtout sur la publicité des comptes des partis. En revanche, le Royaume-Uni¹⁶²³, qui ne finance pas directement les partis, ou les campagnes électorales, n'en possède pas moins une réglementation assez stricte quant à la transparence de l'origine et de la destination des recettes et dépenses de campagnes, ces dernières étant plafonnées¹⁶²⁴. Par ailleurs, un régime d'exception est prévu pour les campagnes référendaires, qui institue une autorité indépendante chargée de distribuer des fonds - plafonnés- à deux « camps » (celui du oui, celui du non)¹⁶²⁵. En Irlande, le financement public est prohibé, mais l'Etat a instauré un contrôle assez poussé des fonds utilisés dans la campagne, et instaure une autorité indépendante, chargée à chaque référendum d'émettre une information neutre, ce qui concrètement se manifeste par une présentation égale des arguments opposés¹⁶²⁶. Il est d'ailleurs intéressant de voir que ces deux derniers Etats arrivent à des solutions relevant de logiques similaires par des chemins très différents, le Royaume-Uni s'étant longtemps caractérisé par un libéralisme très poussé en matière de dépenses électorales¹⁶²⁷, alors que l'Irlande connaissait un financement public des campagnes jusqu'à ce qu'une décision de sa cour suprême vienne y mettre un terme, sans l'interdire totalement, mais en la conditionnant à la circonstance qu'elle soit versée équitablement à tous les groupes reconnus comme participants par la loi¹⁶²⁸.

1291. Sans plus avant multiplier les exemples, remarquons que le choix relatif à la rigueur de l'encadrement ne semble pas lié à celui effectué par rapport à la nature du financement, ni

¹⁶²¹ Hobolt Binzer S., « Campaign financing in danish referendums », *in*. Financing referendum campaigns, *op.cit.*, p. 68. On peut remarquer que la question référendaire est là-bas très liée à la construction européenne, ce qui explique que celle du financement y soit assez polémique, car le Danemark est marqué par une grande différence de point de vue entre les partis principaux et une fraction très significative des électeurs.

¹⁶²² L' « *Europanoevnet* », ou bureau pour l'information sur l'Union Européenne. *Ibid.*, p. 67.

¹⁶²³ Dont il peut être intéressant de noter qu'il s'est longtemps caractérisé par l'édition de réglementations *ad hoc* à chaque référendum.

¹⁶²⁴ Ghaleigh N.-S., « Sledgehammers and nuts ? Regulating referendums in the UK », *op.cit.*, pp. 185-189.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, pp. 188-189.

¹⁶²⁶ Gilland Lutz K., « Referendum and spending in Ireland », *op.cit.*, p. 124.

¹⁶²⁷ Au niveau national du moins.

¹⁶²⁸ *Ibid.*, pp. 123-124. L'arrêt en question est la décision McKenna v. An Taoiseach, rendue le 17 novembre 1995.

même dans la présence de règles de régulation de la campagne audiovisuelle. Des dépenses exclusivement privées peuvent être plafonnées, des fonds publics ne l'être point. Par ailleurs, le degré de rigueur de l'encadrement ne semble pas être nécessairement un facteur de l'institutionnalisation, tant les situations politiques Suisses ou Italiennes sont différentes à la fois entre elles, mais plus encore en comparaison de l'actuelle situation britannique ou des polémiques irlandaises liées au second référendum sur le Traité de Nice. A tout le moins, cela ne semble pas être un facteur déterminant.

1292. Le second point est assez important, dans la mesure où il est révélateur du degré de contrôle des partis politiques sur la campagne référendaire. Il est en effet possible d'attribuer des droits aux groupements *ad hoc* constitués pour la campagne, ou de réserver ces droits aux seuls partis existants, qui sont en quelque sorte des acteurs « semi-institutionnels ». En outre, ces deux hypothèses peuvent être doublées par la structuration -exigée par le droit, ou progressivement imposée par la pratique- de deux camps, un pour le « oui », l'autre pour le « non »¹⁶²⁹. Par définition, les Etats qui ont opté pour une quasi-absence d'encadrement, comme la Suisse ou les Etats-Unis, reconnaissent aux groupements spécifiquement tournés vers le référendum les mêmes possibilités qu'aux partis, puisqu'aucun financement public, même indirect, n'est prévu, et qu'aucun contrôle sérieux n'est exercé sur les dépenses. Mais les Etats qui régulent l'accès aux médias audiovisuels, ou octroient des facilités, ou financent directement les participants aux campagnes, ou contrôlent leurs dépenses, ou combinent plusieurs de ces possibilités sont, eux, caractérisés par des régimes à la fois très variés et très comparables. Ainsi, l'Italie prévoit, au bénéfice des comités engagés dans la promotion d'une initiative, le remboursement plafonné des frais engagés, à condition que le référendum ait atteint les 50% de participation requis pour sa validité¹⁶³⁰. Les partis, comme cela est le cas presque partout, s'y prononcent en faveur du oui, du non, ou de l'abstention ce qui, dans le cas italien, a un certain impact dans la mesure où un quorum de participation est exigé pour la validité du référendum. L'*europaevnet* danois divise les fonds qu'il est chargé de distribuer en deux moitiés égales, dont l'une est allouée à des mouvements citoyens -permanents- l'autre aux partis représentés au Parlement. La législation irlandaise prévoit trois catégories d'acteurs, dont deux ne visent pas les partis¹⁶³¹. Les « *third parties* » font l'objet d'un contrôle quant à l'origine de leurs financements -exclusivement privés, rappelons-le-, puisqu'ils sont définis par la circonstance qu'ils aient reçu des donations en vue d'une campagne référendaire. Les « *other persons* », définis comme tout acteur intervenant dans la campagne sans avoir reçu de financement, ne sont soumis à aucune obligation comptable. Le Royaume-Uni, on l'a vu, encadre la campagne référendaire de façon spécifique, selon un régime d'exception qui repose sur la dualité de réponses possibles à la question posée par le

¹⁶²⁹ Cela a par exemple été le cas lors du référendum québécois de 1995 sur l'indépendance. Voir Johnston R., « Regulating campaign finance in canadian referendums and initiatives », *op.cit.*, p. 23 et s., Budge I., « Political parties in referendum campaigns », *in*. Referendum democracy, citizens, elites and deliberation in referendum campaigns, p. 74. Comme on l'a vu, c'est également le cas au Royaume-Uni.

¹⁶³⁰ Ricci R., *op.cit.*, p. 142.

¹⁶³¹ Les « *third parties* » et « *other persons* ». Gilland Lutz K., *op.cit.*, p. 126.

référendum. La Pologne, le Portugal, ou encore la Colombie allouent du temps de parole gratuit aux partis comme aux groupements citoyens dans les médias audiovisuels¹⁶³².

1293. On le voit, que les procédures soient ascendantes ou descendantes, que les réglementations soient ou non pérennes, la spécificité de l'enjeu du référendum est généralement prise en compte dans l'encadrement de la campagne. Il s'agit du seul aspect où se manifeste une véritable convergence entre de nombreux Etats, par ailleurs très différents entre eux d'un point de vue général comme de celui de leurs procédures référendaires. Ce point est particulièrement intéressant pour nous dans la mesure où la France ne partage pas cette dynamique d'encadrement. Il ne remet cependant pas en cause le constat général d'une grande hétérogénéité de réglementation. Ainsi, la Pologne prohibe tout financement public, et ne reconnaît aucun groupement spécifique dans le cadre des dépenses de campagne, alors que c'est le cas de l'Irlande qui connaît la même prohibition. L'Italie restreint le bénéfice de son aide publique à la campagne aux seuls promoteurs, alors que le Danemark l'attribue, en plus de la part versée aux partis, de façon égale entre opposants et partisans. Et il ne s'agit là que d'exemples parmi de nombreuses différences constatées.

1294. Ce constat permet d'écarter toute idée d'une logique singulière, immanente à l'objet référendaire qui se répercuterait sur son encadrement. De même, il renforce l'intuition selon laquelle la législation applicable est fortement corrélée non seulement à des choix politiques purs -ce qui est évident- mais aussi à une culture politique. Il nous paraissait inutile de multiplier les hypothèses, mais l'on peut souligner que d'autres aspects manifestent également cette affirmation¹⁶³³, et particulièrement quant au rôle joué par l'Etat dans la campagne, les Etats de construction récente manifestant une bien plus grande méfiance de ce point de vue que leurs homologues plus anciennement enracinés dans une communauté politique. Il faudrait aussi tenir compte des variables propres à chaque contexte intérieur. Ainsi, en Irlande, l'absence de financement public s'explique par la volonté de ne pas attribuer de fonds à des groupements possiblement violents, et notamment l'I.R.A. Au bilan, donc, le caractère hétérogène paraît assez inévitable. Au-delà de la circonstance que cela renforce la probabilité d'une transposition du droit électoral à la campagne référendaire, puisqu'aucun argument empirique ne vient s'y opposer, cela permet surtout de formuler une hypothèse. En effet, si, comme on le pense, l'encadrement de la campagne est lié avant tout à une culture politique, il faut alors, pour qu'il favorise l'institutionnalisation, qu'il s'intègre au contexte -au sens fort-politique qui lui préexiste, et cela est bien plus favorable à l'intégration de la procédure que le sens et la portée des normes organisant la campagne¹⁶³⁴.

1295. Pour renforcer cette hypothèse, nous allons à présent aborder les effets de ces réglementations.

¹⁶³² Zellweger T., Serdült U., Renfer I., *op.cit.*, pp. 2220-2221.

¹⁶³³ Voir la synthèse générale de l'ouvrage collectif déjà cité : Zellweger T., Serdült U., Renfer I., « referendum campaign regulations in europe and latin america », *op.cit.*, pp. 201-229..

¹⁶³⁴ Voir, dans ce sens, Budge I., « Political parties in direct democracy », *in*. Mendelsohn M., Parkin A., *Referendum democracy, citizens, elites and deliberation in referendum campaigns*, Palgrave, 2001, p. 75.

B : Des effets variables

1296. L'analyse des effets des diverses réglementations ne peut être réalisée ici, considérant le caractère élevé en volume et varié en qualité des facteurs susceptibles d'influer sur le phénomène à comparer. Il s'agirait d'un travail pluridisciplinaire, centré sur un objet de science politique. Car ce que l'on chercherait à évaluer en comparant serait l'impact possible de tel dispositif d'encadrement sur telle activité encadrée. Evidemment, hors du champ de la mesure de l'influence de cette activité sur le résultat, ici l'issue du référendum, cette réflexion n'aurait qu'un intérêt négligeable. Or, ce point est extrêmement discuté. La question de la corruption du processus d'initiative populaire par l'argent suscite, à partir de l'exemple californien, beaucoup de controverses, particulièrement aux Etats-Unis¹⁶³⁵, mais aussi en Suisse¹⁶³⁶. Pour autant, aucun consensus n'a pu être trouvé entre les divers spécialistes¹⁶³⁷. Plus largement, il en va ainsi de l'essentiel des affirmations que l'on peut trouver dans les travaux de science politique et relatives aux effets de tel ou tel aspect des campagnes référendaires. Dès lors, comment comparer les effets des réglementations sur ce qui n'est pas bien connu?

1297. Certaines considérations d'évidence se vérifient cependant assez facilement. Ainsi, il y a plus de dépenses lorsque les montants engagés ne sont pas plafonnés¹⁶³⁸, et les temps de parole tendent à être plus déséquilibrés lorsqu'ils sont attribués par partis plutôt que par « camps du oui et du non »¹⁶³⁹. Mais qu'en est-il de l'impact de l'augmentation des dépenses sur le degré d'influence de l'argent sur le résultat ? Ou de celui du temps de parole sur ce même résultat ? Aucune de ces questions n'a reçu de réponse consensuelle. *A fortiori*, nulle étude de droit comparé n'a pu évaluer précisément la part de la réglementation dans ces phénomènes¹⁶⁴⁰, même s'il semble bien qu'elle ne soit pas sans effet¹⁶⁴¹.

1298. Il est possible, en revanche, de formuler des affirmations générales. Les dépenses ont une influence sur l'intensité de la campagne, qui en a elle-même sur le taux de participation¹⁶⁴². L'exposition médiatique influence par son cadrage¹⁶⁴³ du contexte

¹⁶³⁵ Magleby D., "Ballot access for initiatives and popular referendums : the importance of petition circulation and signatures validation procedures", *The Journal of Law and politics*, 1985, p. 294. Broder Salzer D., *Democracy derailed*, Harcourt, 2000 (l'auteur est un journaliste politique). Mbongo P., « L'industrie des votations populaires aux États-Unis », *RFDC*, 2015/1, pp. 97-120.

¹⁶³⁶ Serdült U., « Referendum campaigns regulations in Switzerland », *op.cit.*, pp. 171-172.

¹⁶³⁷ Kriesi H., *Direct democratic choice : the Swiss experience*, Rowman & Littlefield, 2005.

¹⁶³⁸ Voir pour les évolutions aux Etats-Unis, Stratmann S., "Campaign spendings and ballot measures", *in*. *Financing referendum campaigns*, Palgrave and MacMillan, 2010, p. 9.

¹⁶³⁹ Ainsi le temps de parole lors du référendum de 1995 au Québec ont-ils été presque à l'équilibre, alors que les disproportions étaient énormes, en France, lors de la campagne relative au T.E.C.E. Voir pour le Québec, Jenkins R., Mendelsohn M., « The news media and referendums », *in*. *Referendum democracy, elites, citizens and deliberation in referendum campaigns*, *op.cit.*, p. 222. Pour la France : Hamon F., « The financing of referendum campaigns in France », *in*. *Financing referendum campaigns*, *op.cit.*, pp. 113-114.

¹⁶⁴⁰ L'ouvrage "Financing referendum campaigns", régulièrement cité, a cependant pour objet de poser les premiers jalons d'une telle démarche mais, comme on l'a dit, l'essentiel des contributions est le fait de politistes.

¹⁶⁴¹ Budge I., « Political parties in direct democracy », *in*. *Referendum democracy, citizens, elites and deliberation in referendum campaigns*, *op.cit.*, p. 75.

¹⁶⁴² Gilland Lutz K., Hug S., "Introduction", *in*. *Financing referendum campaigns*, *op.cit.*, p. 5.

¹⁶⁴³ Nous faisons ici allusion aux effets de cadrage et d'amorçage, notions clés de l'analyse cognitive de l'influence médiatique. Il s'agit de deux façons, complémentaires, d'introduire et présenter un sujet ou un

général¹⁶⁴⁴. Mais aucune de ces affirmations n'est réellement utile pour envisager le rapport entre la campagne et l'institutionnalisation du système d'initiative populaire. La Suisse voit ainsi une modification de la structure interne de ses partis politiques¹⁶⁴⁵, et l'initiative en est un facteur¹⁶⁴⁶, mais il en est d'autres, et dont l'action est antérieure¹⁶⁴⁷. Autrement dit, et toutes précautions prises, si la procédure s'intègre aux institutions jusqu'à en constituer une partie de la substance, il est fort probable qu'elle en subisse également le sort, et donc les transformations, dans lesquelles, en tant que part du système institutionnel, elle sera à son tour amenée à jouer un rôle. Par conséquent, l'initiative populaire, et donc la campagne qu'elle occasionne, est une partie d'un système bien plus large. Il s'ensuit qu'évaluer sa part d'influence sur un phénomène donné relève de la géure scientifique.

1299. Par ailleurs, une campagne est, certes, un moment d'interpénétration des sphères privées et publiques. Mais ce n'est pas une fusion, les acteurs relevant de l'une ou l'autre sphère ont des rôles déterminés. La substance, ce qui y est dit, relève des acteurs privés, à savoir les médias, les partis politiques ou les organisations diverses amenées à intervenir, dont l'expression, comme on l'a vu, est aussi libre que possible. Or, c'est précisément ce qui se dit dans une campagne qui a une influence institutionnelle. Il faut donc accepter que la campagne soit un moment dont il est presque impossible de maîtriser les conséquences¹⁶⁴⁸.

1300. Il faut cependant souligner que les acteurs -principalement les partis et les médias- s'adaptent. Dans une certaine mesure, cette adaptation est orientée par les normes régissant la campagne. Mais le périmètre exact de cette orientation n'est pas déterminé au-delà d'hypothèses. On a ainsi pu lire que l'absence d'implication des partis dans la campagne produit généralement des effets négatifs du point de vue de leur emprise sur le pouvoir¹⁶⁴⁹. En conséquence de quoi un encadrement, même ouvert aux groupements non-partisans, serait plus favorable aux groupements politiques¹⁶⁵⁰. Or, même en l'admettant comme vraie, cette affirmation doit elle aussi s'apprécier différemment selon le système auquel elle s'applique.

évènement, qui produisent des biais cognitifs conditionnant l'appréhension que le spectateur aura de l'information traitée. Pour une définition détaillée et appliquée à un cas concret, voir Broustau N., La trajectoire argumentative des représentations médiatiques dans les textes d'opinion en presse écrite : le cas Elián González dans le Miami Herald, le Washington Post et le New York Times, Université Laval, Québec, 2007. Disponible en ligne <http://archimede.bibl.ulaval.ca/archimede/fichiers/24742/ch06.html#d0e1719>. Le lien renvoie vers le chapitre pertinent.

¹⁶⁴⁴ Gerstlé J., « L'information et la sensibilité des électeurs à la conjoncture », *Revue française de science politique*, (n°5), 1996. pp. 731-752. Piar C., Gerstlé J., « Le cadrage du référendum sur la Constitution européenne : la dynamique d'une campagne à rebondissements », in. Laurent A. et Sauger L. (dir.), *Comprendre le non français*, Cahiers du Cevipof, 2005, p. 42 et s.

¹⁶⁴⁵ Mazzoleni O., « Critique et légitimation de la professionnalisation parlementaire en Suisse », *Politix*, (n°75) 2006/3, pp. 165-184.

¹⁶⁴⁶ Rayner H., « Participationnisme d'Etat, le gouvernement de la « libre formation de l'opinion » en Suisse », *Gouvernement et action publique*, 2016/2 (N° 2), p. 86.

¹⁶⁴⁷ Bailer S., Bütikofer S., « From loose alliances to professional political players: how swiss party groups changed », *Swiss political science review*, 2015/4, p. 556 et s.

¹⁶⁴⁸ Il ne faut cependant pas exagérer la portée polémique de cette affirmation, qui est au moins aussi valable pour une campagne électorale, si ce n'est plus, étant donné la très grande pluralité d'enjeux et le lien perpétuellement rappelé entre l'action politique du camp victorieux et ses propos de campagne.

¹⁶⁴⁹ Budge I., *op.cit.*, p. 84.

¹⁶⁵⁰ Le même auteur insiste sur la nécessité de nuancer cette assertion en fonction du rôle joué par chaque parti dans les institutions. Un « gros » parti ne sera pas touché de la même façon qu'un « petit » parti d'opposition.

1301. En tout état de cause, les éléments conditionnant cette adaptation échappent largement à l'encadrement spécifique de la campagne, en tant qu'ils relèvent du contexte politique au sens large. En Californie, un effacement des partis dans les campagnes suscitées par les initiatives populaires a été constaté¹⁶⁵¹. Nous pourrions donc penser que ce phénomène d'affaiblissement a le dispositif d'initiative pour facteur. Pourtant, une observation similaire a été formulée pour d'autres Etats du même pays qui ne pratiquent pas l'initiative populaire, ni aucune autre sorte de référendum¹⁶⁵². Globalement, il semble que les instruments de démocratie semi-directe aux Etats-Unis n'aient pas entraîné d'affaiblissement des institutions représentatives, « *pas plus que le contrôle de constitutionnalité des lois ou le veto exécutif* »¹⁶⁵³. De sorte que l'on peut aussi bien penser que l'affaiblissement procède plus d'une difficulté d'adaptation à un contexte politique en mutation que d'une procédure, quelle qu'elle soit. *A contrario*, en Italie, les partis ont su non seulement s'adapter au processus abrogatif populaire¹⁶⁵⁴, mais ils en ont fait un élément essentiel de leur stratégie politique¹⁶⁵⁵. Enfin, et nous l'avons déjà évoqué, le cas Suisse.

1302. De même, le traitement de la campagne par les médias audiovisuels résulte d'une adaptation aux enjeux singuliers induits par la particularité de la procédure, à partir de leurs méthodes de travail ordinaires¹⁶⁵⁶. Là encore, il paraît probable qu'une réglementation ne soit pas sans effet, comme les différentiels de temps de parole entre les référendums Français et Québécois semblent en attester. Il reste que, comme déjà évoqué avec la notion de cadrage, l'influence médiatique joue bien au-delà de la seule régulation des temps d'évocation, et dépend donc d'une pluralité d'éléments formant un contexte.

1303. Ce survol des diverses réglementations et de leurs effets fait donc surtout ressortir l'absence d'enseignement quant à l'efficacité de tel ou tel type de dispositif. Mais cela est en soi une information : il est extrêmement difficile, si ce n'est impossible, d'établir une grille d'évaluation objective du régime d'encadrement. Il est de même des plus périlleux de s'engager dans une démarche prédictive. Ensuite, on a ici dégagé assez d'éléments pour appuyer l'hypothèse selon laquelle le plus important est que le dispositif encadrant la campagne s'intègre au contexte politique préexistant, au sens où il n'en bouleverse pas les termes. Enfin, nous avons observé une grande diversité de solutions, ainsi que quelques éléments convergents. Parmi ceux-ci, deux retiennent particulièrement l'attention. *Primo*,

Dans certaines hypothèses, cet impact pourrait même être parfaitement positif pour les uns, et négatif pour les autres.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 74.

¹⁶⁵² Budge I., *The new challenge of direct democracy*, Cambridge : polity press, 1996, p. 122.

¹⁶⁵³ Cronin T., *Direct democracy*, Harvard University Press, 1989, p. 196: "*the initiative and referendum have not undermined or weakened representative government. The initiative, referendum, and recall have been no more of a threat to the representative principle than has judicial review or the executive veto*". Le même auteur note à la page suivante que ces instruments n'ont pas pour autant été aussi utilisés que leurs promoteurs initiaux l'espérait, "en partie à cause du fait que les institutions politiques de l'Etat se sont fermement renforcées" (« *in part because state legislatures have steadily improved* »).

¹⁶⁵⁴ Uleri P.-V., « On referendum voting in Italy: YES, NO or non-vote? How Italian parties learned to control referendums », *European Journal of Political Research*, 2002/6, p. 863.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.* et Budge I., « Political parties in direct democracy », *op.cit.*, p. 81.

¹⁶⁵⁶ Ce qui peut entraîner, d'ailleurs, un rapprochement avec le traitement des campagnes électorales. Jenkins R., Mendelsohn M., « The news media and referendums », *in. Referendum democracy, citizens, elites and deliberation in referendum campaigns*, *op.cit.*, p. 229.

l'affirmation selon laquelle un encadrement juridiquement établi favorise les partis, en ce qu'il a un effet moins négatif sur leurs positions. Ceci, conjugué avec les propos précédents, achève en effet de convaincre que la transposition du régime existant est, en l'occurrence, l'opération la plus favorable à l'institutionnalisation, puisque son application s'appuie sur les partis. *Secundo*, la structuration du régime existant autour de l'objet du référendum -une question- dans l'immense majorité des Etats pratiquant le référendum. Il s'agit là, rappelons-le, d'un des seuls points communs entre un nombre significatif de législations. Car il est vrai que la seule organisation autour des partis empêche dans une certaine mesure l'appropriation par divers acteurs de la société civile de la question soumise à la consultation, comme quiconque a vécu une campagne référendaire en France a pu le constater. En outre, cela ne fait que renforcer la tournure partisane de la discussion, alors que ce n'est pas nécessaire à l'institutionnalisation, puisque les partis peuvent préserver leur position même si d'autres acteurs interviennent. Un tel choix ne fait donc qu'accumuler des effets négatifs. Mais une transposition sans adaptation serait faire ce choix.

1304. Cet examen a donc permis de faire ressortir un nombre important d'éléments quant aux voies comme aux techniques d'encadrement pouvant être utilisée pour adapter le régime à la spécificité d'un processus référendaire. Il est donc temps de formaliser ce que pourrait être cette adaptation.

II : Effectuer la transposition du droit des campagnes

1305. A ce stade de l'analyse, la substance du régime que l'on envisage est pour l'essentiel connue : nature mixte du financement, principes présidant à la vérification des comptes, régulation des temps de parole et médias dans lesquels elle a vocation à s'exercer, acteurs publics appelés à surveiller le respect des règles encadrant la campagne et donc l'orientation du contrôle. Ces aspects sont ceux sur lesquels la transposition peut s'exercer sans modification, puisque la matière du droit électoral comme les modalités de mise en œuvre sont, on l'a dit, indifféremment applicables à n'importe quel type de campagne politique. Mais il demeure des incertitudes sur certains aspects relatifs à l'organisation de la campagne, dont on peut considérer qu'ils ne seraient pas adaptés, ne serait-ce que parce qu'ils entraveraient l'application normale de certaines réglementations qui sont plutôt respectées dans une campagne électorale. Ainsi, comme on l'a déjà plusieurs fois souligné, le fait que la réglementation de la campagne référendaire prenne appui sur les partis entraîne des inégalités de temps de parole que la loi de 1986 sur l'audiovisuel a pourtant pour vocation d'empêcher en matière électorale. C'est surtout cet aspect -la définition des structures engagées dans la compétition qu'est la campagne- qui, de notre point de vue, nécessite d'être adapté aux spécificités du référendum. Comme cette adaptation produit tout un ensemble de questions connexes, il paraît plus simple de l'aborder à part (A), pour ensuite s'intéresser aux ajustements rendus nécessaires, cette fois, par l'opération de transposition en elle-même (B).

A : L'adaptation par une définition spécifique des compétiteurs engagés dans la campagne

1306. Si la France a connu un nombre assez important de campagnes référendaires dans son histoire récente, il nous semble que celle de 2005 a été emblématique. Du point de vue de l'encadrement, tout d'abord, puisque, comme on l'a vu, elle était régie par le dispositif le plus fourni, notamment en ce qu'il prenait en compte la question financière. Du point de vue de son impact, ensuite, car tant la campagne que le résultat du référendum ont durablement marqués la vie politique et institutionnelle du pays. En cela, on peut même affirmer que cette campagne a été archétypique des phénomènes juridico-institutionnels susceptibles d'apparaître dans ce cadre : l'enjeu, la participation, le décalage idéologique entre citoyens et élus qu'elle a permis de manifester, l'intensité du débat, particulièrement. Or, cette campagne a aussi été celle du déséquilibre entre les camps du oui et du non. Juridiquement, il n'y avait pas de « camps », mais des partis, qui pouvaient, ou non, se positionner, mais dont l'engagement dans la campagne entraînait, sous certaines conditions, l'application de droits et obligations. Mais, politiquement, et partant réellement, ces camps existaient, et le traitement médiatique de la campagne en a d'ailleurs porté la trace¹⁶⁵⁷. Ce fossé entre le droit et la réalité est typique d'un encadrement inadapté.

1307. Nous avons déjà évoqué un « échantillon » du type de modalités alternatives envisageables¹⁶⁵⁸, que l'on peut regrouper en deux grandes « familles ». Il y aurait d'une part les réglementations qui reconnaissent les groupements désireux d'intervenir dans la campagne, comme c'est le cas en Irlande, et d'autre part ceux qui doublent cette reconnaissance d'une formalité supplémentaire. Celle-ci peut se matérialiser dans le fait de conditionner le droit de dépenser des fonds pour mener campagne à l'affiliation, pour ces groupements, à des « comités-parapluies »¹⁶⁵⁹, c'est-à-dire des comités regroupant plusieurs organisations et dont le seul liant politique est le positionnement par rapport à la question posée, comme c'est le cas au Québec¹⁶⁶⁰. Elle peut également se manifester par la reconnaissance officielle d'un groupement en particulier, chargé de mener la campagne de son « camp » en obtenant de substantiels avantages, comme c'est le cas au Royaume-Uni¹⁶⁶¹, qui a d'ailleurs servi d'inspiration au système Québécois¹⁶⁶². Si l'on suit l'hypothèse formulée par Ian Budge et exprimée précédemment, le second type de dispositif est plus favorable aux

¹⁶⁵⁷ L'on a aussi pu voir des débats opposant un nombre égal de représentants du « oui » et du « non », donnant ainsi l'occasion de voir débattre côte-à-côte un porte-parole d'un parti trostkiste avec le vieux leader d'un parti nationaliste, face à des individus appartenant aux « partis de gouvernement ».

¹⁶⁵⁸ Cf. *supra*, I de ce §, A, 1.

¹⁶⁵⁹ Nous empruntons -et traduisons- l'expression à Ian Budge, *op.cit.*, p. 74.

¹⁶⁶⁰ Ce qui résulte d'un ensemble de dispositions comprises principalement dans la Loi électorale et la Loi sur la consultation populaire, en ligne, respectivement : <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/E-3.3>; <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/C-64.1>.

¹⁶⁶¹ « Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 » (PPERA), art. 105 et s. En ligne : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/41/part/VII/chapter/I/crossheading/permitted-participants>.

¹⁶⁶² Bordeleau F., « Le financement politique et le contrôle des dépenses électorales au Québec, d'hier à aujourd'hui », rapport remis au Directeur Général des Elections, p. 39. En ligne : <http://www.electionsquebec.qc.ca/documents/pdf/DGE-6350.8-vf.pdf>

partis, tout en permettant l'intégration de groupements divers¹⁶⁶³. Logiquement, il nous faudrait vérifier empiriquement cette assertion en essayant de circonscrire les effets respectifs de chaque « famille » de réglementations partout où elles s'appliquent. Mais comme on l'a dit la comparaison est ici extrêmement délicate à mener. Il nous paraît donc plus raisonnable de choisir abstraitement le type de dispositif qui nous paraît le plus constitutif d'un compromis entre la spécificité du référendum en termes d'implication de la société civile et le ménagement nécessaire envers les institutions existantes, puisque cela entre dans le cadre de notre démarche. En outre, le système de financement à transposer à notre procédure est partiellement public, comme c'est le cas des dispositifs Québécois et Britanniques, et contrairement au système Irlandais. Et ce n'est pas un hasard si ces deux législations sont aussi caractérisées par la reconnaissance de « comités officiels », ce biais permettant à l'Etat de financer en partie la campagne en conservant visibilité et maîtrise des fonds à engager. C'est donc la technique des « comités-parapluies » que nous allons examiner, de façon à envisager sa praticabilité dans le contexte national.

1308. Au Québec comme au Royaume-Uni, les possibilités référendaires¹⁶⁶⁴ -très limitées- sont aux mains des partis. Pour autant, l'impact de ce fait sur les modalités de constitution des comités de campagne diffère notablement.

1309. Dans la « Belle-Provence », le secrétaire général de l'Assemblée nationale notifie par écrit à chaque parlementaire la possibilité qui lui est faite de s'inscrire auprès du directeur général des élections¹⁶⁶⁵ (DGE) pour lui signaler son positionnement par rapport à la question posée¹⁶⁶⁶. Les parlementaires ayant effectué cette démarche constituent le « comité provisoire » en faveur de l'une ou l'autre option soumise à référendum¹⁶⁶⁷. Ce n'est qu'à défaut, si aucun parlementaire ne s'est inscrit à l'issue du délai de cinq jours évoqué en note, que le DGE sollicite des individus n'étant pas parlementaires et ayant publiquement pris position dans un sens ou dans l'autre. Une fois le processus de constitution des comités terminé, le DGE doit « convoquer, dans les meilleurs délais »¹⁶⁶⁸ une réunion de chacun de ces comités, en vue d'en désigner un président et d'adopter leurs statuts. Ce n'est qu'à partir de là que les groupements et individus désireux de participer à la campagne peuvent s'inscrire auprès des comités nationaux¹⁶⁶⁹, cette participation étant conditionnée à l'acceptation de la candidature par ces derniers. Pour favoriser cette inscription, la loi impose que les statuts de chaque comité prévoient cette possibilité et l'encadrent¹⁶⁷⁰. Les délais prévus pour ces différentes opérations sont assez restreints. L'Assemblée dispose de 18 jours pour discuter du

¹⁶⁶³ On retrouve cette affirmation, spécifiquement formulée pour l'encadrement Québécois, chez Johnston R., « Regulating campaign finance in Canadian referendums and initiatives », *op.cit.*, p. 26.

¹⁶⁶⁴ Le Québec n'a organisé que quatre référendums à ce jour, le Royaume-Uni trois. Pour ce dernier, il faut toutefois souligner qu'un nombre significatif de référendums a été organisé dans les entités bénéficiant de l'acte de Dévolution.

¹⁶⁶⁵ Equivalent d'une AAI, compétente pour la surveillance des élections et consultations.

¹⁶⁶⁶ Ils disposent pour ce faire de cinq jours à compter de l'adoption parlementaire du texte soumis à référendum, art. 22 de la loi sur la consultation populaire (LCP).

¹⁶⁶⁷ Art. 22 et 23 LCP.

¹⁶⁶⁸ Art. 23, al. 3 LCP.

¹⁶⁶⁹ Art. 24.1, LCP.

¹⁶⁷⁰ Art. 24 LCP.

texte et de sa soumission au référendum¹⁶⁷¹, ce qui laisse le temps au DGE comme aux potentiels acteurs de la campagne de prendre leurs dispositions. Un décret est ensuite pris pour l'organisation de la votation, « *entre 33 et 39 jours avant la tenue du scrutin* »¹⁶⁷² qu'il fixe. Est enfin prévue, à compter de la tenue du scrutin, une période de 90 jours durant laquelle les comités doivent transmettre leurs comptes détaillés, les dépenses électorales étant encadrées dans une mesure comparable à celle qui prévaut en France¹⁶⁷³. Par ailleurs, une partie du financement est public¹⁶⁷⁴, le montant étant fixé par l'Assemblée à chaque référendum¹⁶⁷⁵, et les dépenses sont limitées à hauteur d'un dollar canadien par électeur¹⁶⁷⁶. Bien évidemment, puisque chaque personne morale ou physique désireuse de s'investir dans la campagne doit se rattacher à l'un des deux comités¹⁶⁷⁷, ces prestations sont exclusivement accordées à ces derniers. L'essentiel du contrôle des dépenses, des plafonnements, des interdictions relatives aux sources de financement sont de droit commun, c'est-à-dire qu'elles sont prévues par la loi électorale.

1310. Outre-Manche, les groupements ou les individus s'enregistrent librement¹⁶⁷⁸ auprès de la commission électorale¹⁶⁷⁹ durant une période fixée par elle dans un cadre défini à la fois par la loi PPERA et celle autorisant la tenue du référendum en question¹⁶⁸⁰. En vue de la campagne pour le « *Brexit* », cette période était de deux mois, au terme de laquelle la commission électorale a choisi les deux « *designated organisations* »¹⁶⁸¹ parmi les « *permitted participants* »¹⁶⁸². Elle peut en effet sélectionner deux organisations parmi celles inscrites auprès d'elle, mais ne peut en désigner une seule, ni plus de deux, sauf dans le cas où il y aurait plus d'options possibles lors de la votation, auquel cas la procédure de désignation varierait quelque peu¹⁶⁸³. Lors du dernier référendum, cette opération devait avoir lieu au maximum 10 semaines avant la tenue de la votation¹⁶⁸⁴, soit le 14 avril 2016 à minuit, et la commission électorale procéda à la désignation le 13 avril 2016¹⁶⁸⁵. Les deux DOs obtiennent

¹⁶⁷¹ Art. 14 LCP.

¹⁶⁷² Bordeleau F., « Le financement politique et le contrôle des dépenses électorales au Québec, d'hier à aujourd'hui », rapport remis au Directeur Général des Elections, *op.cit.*, p. 38.

¹⁶⁷³ Pour une synthèse, *ibid.*, p. 40 et s.

¹⁶⁷⁴ Art. 40 LCP.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.* En 1995, la subvention a représenté environ la moitié des dépenses de chaque comité, l'autre moitié étant essentiellement constituée de prêts ou dons de partis politiques. Voir Bordeleau F., *op.cit.*, p. 40.

¹⁶⁷⁶ Appendice 2 LCP, 426. En 1995, cela représentait environ 5 millions de dollars canadiens.

¹⁶⁷⁷ Une exception est aujourd'hui permise pour les personnes physiques ne se reconnaissant dans aucune option défendue par les comités (en clair, souhaitant faire campagne pour l'abstention). Pour plus de détails, voir Bordeleau F., *op.cit.*, p. 42.

¹⁶⁷⁸ PPERA, sect. 105, et 106 pour les informations à fournir. Celles-ci sont minimales, et relèvent de pures nécessités administratives ou liées au référendum : option choisie dans la campagne, adresse, et les noms et qualités des interlocuteurs de la commission électorale.

¹⁶⁷⁹ Équivalent britannique du DGE, il s'agit d'une autorité indépendante qui dispose de compétences étendues en matière électorale comme référendaire.

¹⁶⁸⁰ PPERA, sect. 102.

¹⁶⁸¹ Terme désignant les deux comités chargés de mener la campagne pour chaque option en jeu dans la consultation, abrégé en « DOs ». PPERA, sect. 108.

¹⁶⁸² Les organisations ou individus enregistrés valablement auprès de la commission électorale. PPERA, sect. 105.

¹⁶⁸³ PPERA, sect. 108. Il est en effet tout à fait possible d'envisager un référendum permettant trois réponses ou plus.

¹⁶⁸⁴ European Union referendum act, sch. 1.

¹⁶⁸⁵ <http://www.bbc.com/news/uk-politics-36038672>, consulté le 28 mars 2017.

un certain nombre de droits supplémentaires. Un plafonnement des dépenses de campagne¹⁶⁸⁶ plus élevé que les autres participants, soumis à une logique dégressive en fonction de leurs scores électoraux¹⁶⁸⁷, une aide publique¹⁶⁸⁸ -ce qui est remarquable dans un pays qui ne pratique pas le financement public des campagnes- ainsi qu'à diverses facilités qui correspondent peu ou prou à celles qui sont ici consenties aux partis dans toutes les élections¹⁶⁸⁹, de sorte que la liste des prestations considérées comme des « dépenses » est moins large pour les DOs que pour les PPs¹⁶⁹⁰.

1311. Au vu de ce bref résumé, il apparaît immédiatement que les partis politiques sont particulièrement avantagés par les deux régimes étudiés. Au Québec, les parlementaires sont prioritaires pour la constitution du comité et, sauf hypothèse improbable où aucun ne se manifeste, ils ont la main sur les règles de fonctionnement internes de la structure. Contraints de se greffer pour participer à la campagne, les autres groupements ne peuvent intervenir qu'après l'adoption de ces règles, de sorte qu'ils sont structurellement dominés dans les rapports de pouvoir naissant à l'intérieur des comités. Par ailleurs, les partis étant la principale source privée de financement, ce qui résulte en grande partie de la législation applicable en matière électorale, et la subvention publique n'étant versée qu'aux seuls comités, les acteurs politiques traditionnels maîtrisent également le circuit financier. Au Royaume-Uni, le système est plus ouvert à la « société civile », puisqu'il permet à divers groupements et individus de défendre une option identique sans entretenir de liens juridiques entre eux. Cependant, les plafonnements de dépenses avantagent, comme on l'a vu, largement les partis et, singulièrement les plus puissants d'entre eux. Ainsi, en donnant priorité aux parlementaires dans un cas, et graduant les plafonds de dépenses en fonction des scores électoraux dans l'autre, chaque dispositif répercute une partie des conséquences des distorsions induites par le système électoral sur la campagne référendaire. Malgré tout, il ne faut pas sous-estimer la possibilité ainsi offerte aux petits partis et aux groupements non-partisans, comme la campagne référendaire sur le « *Brexit* » l'a montré, puisque nombre d'entre eux ont participé à la campagne. Il n'en avait pas nécessairement été de même au Québec en 1995, mais la comparaison n'a pas grand intérêt dans la mesure où elle s'appuie sur un nombre très restreint de réalisations concrètes. Enfin, et dans les deux hypothèses considérées, l'emprise partisane se manifeste différemment, puisque les partis ne s'expriment pas en tant que tels, mais par la voix de leurs divers membres, qui peuvent défendre des positions opposées. Il est même prévu qu'ils le fassent. Leur désunion bénéficie donc d'un exutoire institutionnel.

1312. Pour ce qui nous concerne ici, la transposition de ce type de dispositif à notre procédure paraît envisageable. Les éléments rendant le système plus ou moins ouvert aux groupements et individus non-partisans reposent sur les dispositions de mise en œuvre, que sont par exemple les modalités de constitution des comités. Mais la dynamique de ces dispositifs est de maintenir les partis au centre du jeu politique tout en structurant la campagne

¹⁶⁸⁶ A savoir 5 millions de livres. PPERA sch. 14.

¹⁶⁸⁷ PPERA, sch. 14. Les plafonds vont de 5 millions de livres, comme pour les DO's, pour les partis ayant réalisé un score supérieur à 30% aux dernières élections législatives, à 500 000 livres pour ceux ayant réalisé un score inférieur à 5% ou aux individus et groupements non-partisans.

¹⁶⁸⁸ PPERA, sect. 110.

¹⁶⁸⁹ PPERA, sch. 12.

¹⁶⁹⁰ On peut s'en assurer en consultant cette liste, présente dans PPERA, sch. 13.

autour de son enjeu et en intégrant la société civile au processus, et cela est essentiellement assuré par la constitution de comités *ad hoc* autour de chaque option en débat. La reconnaissance officielle et donc les relations constantes entre l'administration et les « camps » en compétition¹⁶⁹¹ ou l'importance du principe d'égalité comme principe structurant l'exercice de la liberté de campagne¹⁶⁹², procèdent de cette seule circonstance et sont des éléments fondamentaux du droit des campagnes électorales tel qu'il existe. Enfin, le fait que ces régimes s'appliquent à des campagnes déclenchées par des référendums « d'en haut » est indifférente puisque, comme on l'a vu, il n'y a pas de logique particulière à l'initiative populaire sur ce point. Sur le principe, donc, la transposition à notre procédure de la technique des « comités officiels » paraît intéressante, mais pose de sérieuses questions quant à ses modalités de mise en œuvre, comme d'ailleurs la transposition en elle-même.

B : Les modalités de mise en œuvre de la transposition

1313. Ces modalités concernent d'abord l'introduction du système évoqué précédemment, ensuite des questionnements plus généraux.

1314. Sur le premier point, aucune solution n'apparaît spécialement inadaptée à notre procédure, même en considérant les choix qui ont déjà été fait. Les deux possibilités - Québécoises et Britanniques- peuvent tout à fait être transposée telles quelles à une initiative populaire. Nous pouvons intégrer le comité d'initiative à l'origine de la proposition, soit en le contraignant à adhérer au camp du oui (s'il entend faire campagne), soit en adoptant le système des « *PPs* » et des « *Dos* », auquel cas il ne serait qu'une organisation parmi d'autres. Nous pouvons de même intégrer le contre-projet à la campagne, en constituant trois « camps », voire quatre si l'on considère le « double-oui »¹⁶⁹³ comme une option à part entière, et cette architecture peut s'envisager que l'on soit dans un schéma « Québécois » ou « Britannique ». On peut également envisager des transpositions adaptées, et ce, dans les deux scénarii. Ainsi, le système en vigueur au Québec pourrait inspirer le droit interne, en supprimant la priorité donnée aux parlementaires, qui serait remplacée par un simple appel à inscription, dans un délai déterminé. Il en va d'ailleurs de même quant aux obligations relatives à la constitution des comités, qui se conçoivent tout aussi aisément que l'on envisage de les renforcer, par exemple en encadrant les statuts, ou de les alléger, par exemple en imposant seulement la désignation d'un porte-parole. Enfin, même la circonstance que le système de financement soit partiellement public n'aiguille pas spécialement le raisonnement, puisque le montant des fonds alloués varie surtout en fonction des plafonds imposés, étant entendu que les fonds publics sont proportionnels à la dépense engagée, et ne couvrent dans l'état actuel du droit interne que 47.5% de celle-ci. Il paraît donc délicat d'envisager le détail d'un scénario en particulier, démarche, qui par ailleurs, n'aurait qu'un intérêt limité, dans la

¹⁶⁹¹ Sollicitation du DGE au Québec, désignation par la commission électorale au Royaume-Uni, par exemple.

¹⁶⁹² Qui, rappelons-le, est mis en échec par une transposition « sèche » du droit des campagnes électorales aux campagnes référendaires, comme l'exemple de la campagne de 2005 l'a démontré.

¹⁶⁹³ Cf. *infra* n°1353.

mesure où, comme on l'a dit, nous ne sommes pas en état d'envisager les effets éventuellement produits par tel ou tel choix à ce niveau-là de précision.

1315. Par conséquent, l'on ne peut, ici, que se borner à proposer des « pistes ».

1316. *Primo*, il nous semble que, dans la mesure où le contre-projet, s'il y en a un, procède de la majorité au pouvoir, c'est à elle qu'il revient de faire campagne pour son adoption. Pour ce faire, la création d'un comité spécifique paraît la plus adaptée, à condition qu'il soit soumis aux mêmes droits et obligations que les autres comités, et que seuls les comités puissent faire campagne¹⁶⁹⁴. De sorte que le scénario le plus conforme, à notre sens, à la logique retenue jusqu'ici est celle qui consiste à envisager un comité par option possible.

1317. *Secundo*, le schéma Québécois nous semble plus proche de l'esprit sous-tendant le droit électoral Français en ce qui concerne le financement¹⁶⁹⁵, mais aussi dans la mesure où il impose une coopération entre la société civile et les partis, même les plus puissants d'entre eux. En revanche, les modalités de constitution des comités nous paraissent devoir être adaptées, tant celles en vigueur au Québec sont favorables aux acteurs partisans. Par conséquent, il nous semble qu'un simple appel à inscription d'un nombre limité d'individus constituant le bureau, dans un délai qui pourrait être, par exemple, d'une semaine à compter de la publication du décret convoquant les électeurs, et qui imposerait à la fois la nomination d'un porte-parole et l'adoption de statuts, serait plus favorable aux acteurs de la société civile. Ces statuts pourraient être encadrés, par exemple en imposant un certain pluralisme dans l'expression publique du comité et dans son organisation interne, ou ne pas l'être, laissant les acteurs libres de gérer les éventuels rapports de force internes comme ils l'entendent. Quant à la structure, le statut d'association paraît, là encore, adapté.

1318. *Tertio*, le comité d'initiative à l'origine de la proposition pourrait ainsi choisir de participer ou non à la campagne. Il serait plus opportun que ses comptes propres, établis pour la récolte des signatures, ne soient pas intégrés à la comptabilité du comité de campagne auquel il se rattache, en cas d'hypothèse « Québécoise ». Cela créerait en effet une inégalité financière de départ entre les deux comités.

¹⁶⁹⁴ Ce qui implique que les représentants de l'exécutif ne fassent campagne qu'individuellement, après en avoir décidé collectivement comme le veut la tradition de la solidarité gouvernementale. On peut ajouter qu'il devrait en aller de même du chef de l'Etat. Certes, les dernières interventions présidentielles, matérialisée par le non-décompte de son temps de parole du temps de parole de son camp, n'ont pas suscité de polémique d'ampleur. Mais, rappelons-le, l'on ne serait pas, ici, dans le cadre d'une compétence présidentielle, qui seule pourrait éventuellement justifier en droit cette circonstance. Il nous semble en effet que l'article 5 de la Constitution est trop précis pour justifier d'intervenir ès-qualités dans une campagne ayant pour enjeu l'adoption d'un texte passé entre les mains de trois institutions différentes, dont une juridictionnelle.

¹⁶⁹⁵ Le schéma Britannique nous apparaît comme à mi-chemin de ce qui se pratique, par exemple, en Californie. La déclaration en comités y est obligatoire afin de permettre le contrôle -identité, dépenses...- (Government Code of California, Section 82013(a)), sans qu'il y ait, pour autant, de financement public de quelque sorte que ce soit. Il peut y avoir, simultanément, de nombreux comités pour une même votation, comme ce qu'on observe au Royaume-Uni. Par ailleurs, deux familles de comités coexistent : , les comités de financement, dont les appellations et régimes varient selon les sommes dépensées, et les comités de promotion. Ces deniers se subdivisent en deux types : les comités pérennes (« *General purpose committees* ») et les comités provisoires (« *primarily formed committees* »), dont les régimes diffèrent sur certains points. On trouvera un résumé du droit applicable aux comités à l'adresse suivante :

http://www.fppc.ca.gov/content/dam/fppc/NSDocuments/TAD/Campaign%20Manuals/Manual_3/Manual_3_Ch_1_What_is_a_Ballot_Measure_Committee.pdf.

1319. *Quarto*, les plafonds devraient tenir compte de la potentielle intensité d'occurrence des référendums. Le dernier référendum avait vu l'attribution d'un remboursement forfaitaire s'élevant jusqu'à 800 000 euros à chacun des huit partis intégrés à la campagne, soit 3 600 000 euros de financement public potentiel au total. On imagine aisément le coût que pourrait représenter une telle utilisation des fonds publics en cas de multiplication des campagnes référendaires. Ces occurrences varient en fonction, notamment, du seuil de signatures et du degré d'intensité du contrôle exercé par le Conseil Constitutionnel, mais il reste possible que le volume référendaire devienne assez important. Si l'on envisage quatre référendums par an, ce qui est beaucoup¹⁶⁹⁶, un plafonnement des dépenses de campagne à 1 million d'euros par comité pour environ 1 500 000 euros de financement public maximum paraît raisonnable. La charge procédant de ce poste de dépense serait alors, pour l'Etat et sur cinq ans, nettement inférieure à son équivalent pour l'élection présidentielle¹⁶⁹⁷. Il est évident que selon le délai que l'on retient pour la campagne, les sommes doivent être adaptées. Il est d'ailleurs en réalité inutile de gloser sur les montants des plafonds, tant ce type de thématiques est lié à des éléments contingents. Les chiffres évoqués ont donc surtout vocation à souligner que les montants engagés peuvent avoir un impact limité pour les finances publiques, selon la volonté politique.

1320. *Quinto*, l'on peut s'interroger sur le caractère idoine des structures compétentes pour le contrôle et les relations avec les comités. On constate dans les dispositifs Québécois et Britanniques une centralisation assez marquée des compétences entre les mains d'une autorité indépendante. Le Directeur Général des Elections « *a pour mission d'assurer la tenue des élections et des référendums, de veiller au respect des règles sur le financement politique, de garantir le plein exercice des droits électoraux en plus de promouvoir les valeurs démocratiques de la société québécoise* »¹⁶⁹⁸. La commission électorale britannique a un rôle similaire. La description évoquée plus haut suffit à manifester la profondeur de la différence avec le paysage du contrôle tel qu'il existe en France, où les acteurs sont plus nombreux. L'élection présidentielle est particulièrement emblématique de cette situation, puisque l'on y trouve, pour la seule surveillance de la campagne, de nombreuses commissions¹⁶⁹⁹ qui chacune exerce une part des compétences dévolues, à l'étranger, à un nombre bien plus restreint d'acteurs. Il est possible que les relations entre les comités et l'administration chargée de la surveillance et du contrôle soient plus harmonieuses dans le cadre d'une compétence centralisée. Mais il ne nous appartient pas, ici, de dissenter sur la question.

¹⁶⁹⁶ On peut en prendre la mesure en se reportant à la liste des référendums organisés en Suisse depuis l'origine (1848). On notera particulièrement la moyenne de 9 référendums par an depuis une quinzaine d'années, toutes procédures confondues. https://www.admin.ch/ch/f/pore/va/vab_2_2_4_1_gesamt.html. Ainsi, quatre référendums par an sur la seule base d'une initiative populaire nous situerait dans la moyenne du nombre de référendums organisés au-delà des Alpes sur ce même fondement. L'estimation est donc haute.

¹⁶⁹⁷ D'après le journal « Le Monde », la présidentielle de 2012 a coûté 79 millions d'euros en remboursement des candidats : http://www.lemonde.fr/politique/article/2012/07/31/presidentielle-ce-que-la-campagne-a-coute-aux-candidats_1740455_823448.html. Pour une appréciation plus globale des investissements financiers consentis pour les élections : <http://www.senat.fr/rap/r15-123/r15-1232.html>.

¹⁶⁹⁸ Selon son site internet : <http://www.electionsquebec.qc.ca/francais/a-propos-de-nous/dge-role.php>.

¹⁶⁹⁹ Commission des sondages, CSA, commission nationale de contrôle, CNCCFP... la liste complète est disponible sur le site du Conseil Constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/election-presidentielle-2012/faq/organisation-et-procedures/quelles-commissions-peuvent-intervenir-pendant-le-deroulement-des-operations-electorales.103912.html>.

D'autant plus que cet éclatement n'a jamais été remis en question. Nous pouvons en outre souligner que le point le plus problématique -le volet financier- relève de la compétence d'une seule autorité, à savoir la CNCCFP. Enfin, étant donné la dynamique récente de regroupement et de contrôle sur le mouvement de création des AAI¹⁷⁰⁰, il est envisageable que l'introduction d'un dispositif d'initiative populaire véritable s'accompagne d'une centralisation des compétences relatives à la campagne.

1321. Ce point permet d'aborder une autre question, qui est celle du droit électoral à transposer à notre dispositif. En effet, comme on l'a vu, le « droit commun des campagnes électorales » couvre un périmètre plus restreint que l'on ne pourrait le penser, chaque type d'élections s'appuyant en réalité sur une substance qui lui est partiellement spécifique, et partiellement commune avec les autres élections. Il n'y a, là encore, aucune solution qui paraisse s'imposer d'elle-même. Attirons néanmoins l'attention sur le fait que le droit de la campagne présidentielle est celui où la campagne est la plus encadrée. Par conséquent, on peut estimer qu'il est le plus à même de s'appliquer à un objet aussi sensible que la campagne référendaire.

1322. Sur cette base, il est possible d'envisager, plus précisément, l'opération de transposition. Les comités « officiels » pourraient se structurer en tant qu'association « loi 1901 », ce qui pourrait être imposé par la loi, quoique ce ne soit pas réellement nécessaire¹⁷⁰¹. Dès lors, il devient possible d'imposer la tenue d'un compte unique de campagne, la désignation d'un mandataire financier, et la certification des comptes de campagne, qui sont les principaux « piliers » de la législation sur le financement public des campagnes. Par ailleurs, la transposition de ces règles permet celle des prescriptions relatives aux sources des fonds utilisés et aux modes de dépenses. S'agissant de structures non pérennes, il pourrait être utile d'envisager le versement d'une subvention publique en amont de l'élection, sur le modèle de la campagne présidentielle. Il n'y a là aucune difficulté particulière. En réalité, les principales questions concernent plutôt la répartition interne des responsabilités et des fonds de campagne, entre les différents groupements composant les comités. Il est possible que la gestion interne de la campagne soit plus complexe pour des comités « officiels » que pour des partis, dont le fonctionnement ordinaire permet l'application des règles relatives au financement. Reste que cet obstacle n'a rien de dirimant, et peut-être résolu de biens des façons, par exemple en imposant, par la loi, certains aspects statutaires internes aux groupements. En toute hypothèse, cela n'entraverait pas l'exercice du contrôle des comptes, mais plutôt la bonne application des règles à l'intérieur de chaque comité. Une autre question peut poser des difficultés : celle de la date à compter de laquelle les règles financières commencent à s'appliquer. Il paraît excessif d'imposer le délai d'un an applicable à l'élection présidentielle, la campagne référendaire ne partageant pas les problématiques singulières de

¹⁷⁰⁰ Matérialisée dans des rapports parlementaires comme dans des travaux législatifs, cette dynamique est bien synthétisée dans le dossier législatif afférent à la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017, disponible en ligne sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp15-225.html>.

¹⁷⁰¹ Ce n'est pas réellement le cas des partis politiques, mais, dans les faits, cette obligation existe puisque le financement public implique la personnalité morale des groupements concernés. Dès lors qu'une organisation entend bénéficier de cette voie de financement spécifique aux partis politiques, la constitution en association devient inévitable pour elle.

ce scrutin, et notamment celles relatives à la désignation des candidats. Le délai de six mois, applicable aux autres élections, semble plus raisonnable.

1323. La substance du droit applicable aux campagnes électorales, plus complète, paraît de ce fait mieux adaptée à un processus dont la dynamique implique une participation importante de la « société civile » dans la discussion relative à l'opportunité d'adopter la proposition issue de l'initiative. Par conséquent, la transposition à notre procédure de la plénitude du droit des campagnes électorales, tel que décrit dans la première section de ce chapitre, semble le choix le plus pertinent. Dans la mesure où une telle démarche nécessiterait l'adoption d'un acte législatif, il est possible d'envisager qu'elle s'accompagne de mesures d'adaptation de la matière transposée à l'objet singulier qu'est le référendum d'initiative populaire. Ces mesures pourraient ne porter que sur la structuration des acteurs de la campagne. Ainsi conçue, le droit de la campagne référendaire dans le cadre de l'initiative populaire serait possiblement plus à même de favoriser une intégration apaisée du mécanisme dans l'ordonnement institutionnel : la place de l'argent, la forme du traitement médiatique, des autorités de l'Etat y seraient encadrés par un droit ayant, si l'on peut dire, « fait ses preuves ». La prise en compte de la singularité du processus d'initiative dans l'appréhension des acteurs autorisés à faire campagne dans le cadre défini par le droit permet d'envisager que la dynamique propre de l'initiative populaire puisse produire ses effets. L'espace-temps qu'est la campagne, ainsi appréhendé par le droit, pourrait donc être un facteur d'institutionnalisation du processus. Et serait appelé à peut-être devenir une norme un texte qui, tout en étant réellement le fruit d'acteurs « hors du jeu » politique traditionnel, aurait été l'objet de multiples influences institutionnelles.

CHAPITRE 2 : DEVENIR NORME

1324. L'ultime étape juridique de l'initiative populaire est la votation, qui, au-delà de sa caractérisation politique, est la condition juridique pour que la proposition issue de l'initiative devienne une norme. Pour que ce résultat soit obtenu, il faut d'abord que le corps électoral prenne une décision (section 1). Mais cet élément n'est pas suffisant, il faut encore que le résultat de la votation se voit conférer des effets de droit. Ces effets ne sauraient être automatiques, dans la mesure où ils impliquent nécessairement l'action de certains organes constitués. Il est ainsi nécessaire d'introduire le texte en droit positif, de l'interpréter, d'en juger la conformité au droit supérieur dans le cadre d'un litige ou encore d'en modifier le fond ou la forme. Ces différentes interventions n'ont pas de rapport de droit entre elles, si ce n'est du fait de la chronologie qui les sous-tend : sauf cas particuliers, une norme ne peut occasionner un litige que si elle est appliquée, et donc en vigueur, circonstance qui résulte de sa promulgation et, éventuellement, de l'édition de mesures d'application. Nous suivrons donc cette logique temporelle, en abordant l'exécution de la norme issue de la votation (section 2) pour ensuite s'intéresser aux aléas de son existence juridique (section 3).

Section 1 : La décision du corps électoral

1325. Les opérations référendaires, c'est-à-dire les opérations de vote, sont évidemment un moment incontournable de la procédure d'initiative populaire, puisqu'il s'agit de son aboutissement, au moins en théorie. Juridiquement, c'est une étape qui est extrêmement balisée, dans la mesure où l'opération est très similaire à celle qui prévaut en matière d'élections, matière dans laquelle la France a des habitudes, mais aussi une somme d'*habitus* collectifs très profondément ancrés¹⁷⁰². L'organisation des élections est à la fois un événement et une routine pour les services de l'Etat comme pour les citoyens. Ce qui, au-delà de l'évidente identité entre les deux opérations, explique que, malgré la quasi-absence d'un socle juridique commun, les opérations référendaires telles qu'elles ont eu lieu jusqu'à présent en France ne présentent techniquement que très peu de différences avec les opérations électorales. Par ailleurs, le processus de vote se présente comme un socle essentiel de notre identité politique, et est comme tel pleinement institutionnalisé¹⁷⁰³.

1326. L'opération référendaire n'a, en cette matière, rien de spécifique hormis ce qui est inscrit sur les bulletins de vote, et son déroulement est déjà connu, du fait de la pratique référendaire nationale.

¹⁷⁰² Faucher F., Hay C., « Les rituels de vote en France et au Royaume-Uni », RFSP, 2015/2, pp. 213-236

¹⁷⁰³ Guyonnet P., « Le vote comme produit de la pensée magique », RFSP, 1994/6, pp. 1054-1078.

1327. Il n'y a donc que peu de choses à dire ici sur la question précise des opérations de vote¹⁷⁰⁴. Il subsiste malgré tout des questions spécifiques à la périphérie de la votation strictement entendue. Il s'agit de certains aspects organisationnels (I) et de la question des règles spécifiques conditionnant le résultat de la votation (II).

§1 : Règles d'organisation

1328. Pour l'essentiel, comme on l'a dit précédemment, les règles d'organisation sont les mêmes pour un référendum que pour une élection et, partant, il en irait ainsi s'agissant de la votation issue d'une initiative populaire. Dans la mesure où tout scrutin nécessite la prise d'actes réglementaires pour fixer les modalités précises de son organisation¹⁷⁰⁵, il en irait ici de même, de sorte que le Président de la République¹⁷⁰⁶ serait amené à intervenir dans le processus.

1329. En elle-même, cette intervention est inévitable. C'est en effet au pouvoir réglementaire qu'il revient naturellement d'organiser chaque élection, ou chaque consultation, dans la mesure où ces opérations requièrent pour leur application un ensemble de dispositions dont le niveau de précision est tel qu'il serait absurde d'envisager que le législateur soit seul compétent pour les édicter¹⁷⁰⁷. L'organisation de n'importe quelle élection implique donc le pouvoir réglementaire¹⁷⁰⁸ et, cette même réalité s'observe à l'étranger en matière référendaire, et ce y compris pour les référendums d'initiative populaire¹⁷⁰⁹. Mais le périmètre matériel de cette intervention est généralement très restreint. Ainsi, le décret de convocation des électeurs à l'élection présidentielle précise essentiellement les dates et horaires de l'élection, étant entendu que ces aspects sont encadrés par la loi. Le degré de liberté dont dispose le pouvoir exécutif -il s'agit d'un décret pris en conseil des ministres- est donc très limité. En Italie, le décret présidentiel qui organise le référendum en fixe la date, et détermine la question qui sera posée, ce dernier point découlant évidemment du contrôle du BCR et de la Cour

¹⁷⁰⁴ Pour une information technique, on se reportera aux manuels de droit électoral, et singulièrement à celui de Touvet L., et Doublet Y.-M., *Droit des élections*, Economica, 2014, pp. 491-550. Pour une information historique, on lira notamment Christin O., *Vox populi. Une histoire du vote avant le suffrage universel*, Le Seuil, 2014, 277 p. Pour une approche politiste, on pourra se reporter à Ihl O. et Déloye Y., *L'acte de vote*, Presses de Sc. Po, 2008, 568 p. Pour une approche à la croisée de la sociologie et de l'anthropologie, on pourra entre autres consulter Lehingue P., *Le vote, approche sociologique de l'institution et des comportements électoraux*, La Découverte, 2011, 287 p. Il ne s'agit là que des différents ouvrages que nous avons consultés, il va de soi qu'étant donné l'importance de la question, de nombreux auteurs de toutes disciplines y ont consacré une partie importante de leurs travaux.

¹⁷⁰⁵ Arrighi de Casanova J., « Le juge des actes préparatoires à l'élection », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/4, (n°41), p. 9.

¹⁷⁰⁶ C'est en effet le chef de l'Etat qui est compétent pour l'édiction des actes préparatoires au référendum, étant entendu que le champ d'application de sa compétence est déterminé par la loi.

¹⁷⁰⁷ L'on pense notamment aux dates et heures de tenue des opérations.

¹⁷⁰⁸ Voir par ex. le décret n° 2017-223 du 24 février 2017 portant convocation des électeurs pour l'élection du Président de la République, *JORF* n°0047 du 24 février 2017 texte n° 21.

¹⁷⁰⁹ Voir par ex. la loi italienne n°352 du 25 mai 1970, art. 34, al. 1^{er}, qui dispose en substance qu'à compter de la transmission de la décision de la Cour Constitutionnelle relative à la proposition d'abrogation, le Président de la République dispose de cinq jours pour publier un décret, après consultation du Conseil des ministres, qui fixe la date de la votation, date qui est d'ailleurs encadrée par la loi. Pour les votations fédérales en Suisse, voir l'article 10 de la LDP, qui encadre l'organisation des votations par le Conseil Fédéral.

Constitutionnelle¹⁷¹⁰. En Suisse, le Conseil Fédéral est compétent pour fixer les « objets de la votation », et les dates, qui sont, là aussi, en partie imposées par l'ordonnance sur les droits politiques (ODP)¹⁷¹¹.

1330. Qualitativement, l'appareil réglementaire régissant un référendum en France était bien plus important, mais la situation a récemment évolué. En 2005, le pouvoir réglementaire a ainsi eu à déterminer des aspects aussi importants que le contenu des inscriptions sur les bulletins¹⁷¹², la prise en charge de l'impression et de l'acheminement des textes concernés par la votation¹⁷¹³, et même la règle d'adoption du texte soumis à votation¹⁷¹⁴. Est depuis intervenue la loi n°2013-1116 du 6 décembre 2013, qui aligne les référendums sur les règles applicables à une élection¹⁷¹⁵, de sorte que les aspects évoqués échappent désormais à la compétence réglementaire, de même que la plupart des éléments relevant de l'organisation de l'opération référendaire proprement dite¹⁷¹⁶.

1331. Il serait néanmoins nécessaire de prévoir un délai au terme duquel le chef de l'Etat serait contraint d'organiser le référendum, sur le modèle de la loi organique encadrant l'initiative partagée¹⁷¹⁷. L'intervention du Président étant purement formelle, il semble légitime de retenir un délai bref qui courrait à l'issue de la décision du Conseil constitutionnel. Ce délai pourrait ainsi être d'une semaine.

1332. Le décret décidant de soumettre le projet de loi à référendum comprenait également les termes de la question, ce que la loi n'a pas modifié, de sorte que le Président de la République serait, dans notre hypothèse, chargé de retranscrire dans une norme une question formulée par d'autres. Pour autant, l'exécutif ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire sur l'organisation du référendum. Le Conseil constitutionnel contrôle l'ensemble des actes réglementaires intervenant dans le processus, comme on l'a déjà vu¹⁷¹⁸. Il pourrait ainsi être saisi d'une éventuelle reformulation de la question par le chef de l'Etat, ce qui atténue nettement la portée de la compétence de celui-ci.

1333. Les actes réglementaires relatifs à l'organisation de la votation marquent en tous les points de départ juridique de la « nationalisation » de l'initiative populaire, c'est-à-dire du moment où le processus, qui impliquait jusque-là des acteurs intéressés et des services de l'Etat, concerne la nation toute entière, ce que la campagne matérialise sur un plan politique.

¹⁷¹⁰ Voir, par exemple, le décret du 15 février 2016, disponible en ligne : <https://archive.is/93EfO>.

¹⁷¹¹ Art. 10 LDP, et 2a ODP.

¹⁷¹² Art. 2 du décret n°2005-237 du 17 mars 2005 portant organisation du référendum, JORF n°65 du 18 mars 2005 p. 4571.

¹⁷¹³ *Ibid.*, art. 3.

¹⁷¹⁴ Son article 1^{er} disposait que « le corps électoral, appelé à se prononcer sur le projet de loi soumis au référendum, décidera à la majorité des suffrages exprimés ».

¹⁷¹⁵ Actuels articles L. 558-44, L. 558-45 et L. 558-46 du code électoral.

¹⁷¹⁶ L'article L. 558-46, introduit par la loi n°2013-1116 *op.cit.*, rend en effet applicable aux référendums les dispositions du chapitre VI du code électoral, relatives à l'encadrement du vote.

¹⁷¹⁷ Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, JORF n°0284 du 7 décembre 2013, p. 19937, art. 9, al. 1^{er} : « Si la proposition de loi n'a pas été examinée au moins une fois par chacune des deux assemblées parlementaires dans un délai de six mois à compter de la publication au Journal officiel de la décision du Conseil constitutionnel déclarant qu'elle a obtenu le soutien d'au moins un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales, le Président de la République la soumet au référendum ».

¹⁷¹⁸ Cf. *supra* n°1110.

Il y a donc, au-delà des nécessités pratiques évoquées en incise de ces développements, une certaine forme de logique institutionnelle à ce que le chef de l'Etat et le Gouvernement intervienne, au moins formellement, à cette étape de la procédure.

1334. Enfin, que l'essentiel de l'organisation soit contenu dans une loi ou dans un ensemble d'actes réglementaires, le droit positif est adapté à la réception d'un objet tel que l'initiative populaire. Ce qui souligne d'abord l'absence de spécificité de substance de cet objet sur ce point, mais met également en lumière l'intérêt des évolutions que le droit des actes organisant le référendum présentent pour une éventuelle véritable procédure référendaire « d'en bas ».

1335. Cela n'exclut cependant en rien la possibilité que soient adoptées des dispositions spécifiques, qui pourraient être jugés nécessaires par le législateur.

1336. A cet égard, le seul aspect susceptible d'être concerné en matière d'organisation du référendum est relatif à la date d'organisation. En effet, contrairement aux élections, qui du fait de la limitation des mandats dans la durée peuvent être organisées de façon chronologiquement récurrente, il n'y a pas de terme « naturel » au processus référendaire. Ce phénomène est encore accentué dans le cadre d'une initiative populaire, en raison de la multiplicité d'opérations à réaliser en amont de la votation (récolte des signatures, diverses étapes de contrôle...), mais surtout eu égard au mode de déclenchement, qui n'est pas maîtrisable. Par conséquent, la tenue de la votation peut coïncider avec celle d'une élection. Cette coïncidence peut être parfaite, en ce cas les deux opérations ont lieu le même jour. Mais le chevauchement peut être moins évident, ce qui serait par exemple le cas d'une votation qui aurait lieu une semaine après une élection. Dans tous les cas, les hypothèses ici visées sont celles où les opérations sont chronologiquement très proches les unes des autres, de sorte que les enjeux respectivement brassés par l'une ou l'autre peuvent finir par se mélanger, maximisant l'influence des deux événements l'un sur l'autre.

1337. Cette possibilité est généralement prévue dans les dispositifs d'encadrement observables à l'étranger. C'est aussi le cas en droit interne, pour la procédure du troisième alinéa de l'article 11, dans le cadre de laquelle la récolte des signatures doit être décalée si son point d'arrivée normal¹⁷¹⁹ est situé dans les six mois précédant une élection présidentielle ou les élections législatives¹⁷²⁰. Ceci permet d'éviter la superposition de deux campagnes politiques dont les enjeux diffèrent, supprimant du même coup le risque de « pollution » réciproque des deux processus¹⁷²¹, dont il semble donc que le législateur organique ait voulu

¹⁷¹⁹ C'est-à-dire « dans le mois suivant la publication de la décision par laquelle le Conseil constitutionnel déclare que la proposition de loi présentée en application de l'article 11 de la Constitution satisfait aux dispositions de l'article 45-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, à une date fixée par décret » : art. 4, I de la LO n°2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution *op.cit.*, : « Si une élection présidentielle ou des élections législatives générales sont prévues dans les six mois qui suivent la décision du Conseil constitutionnel, la période de recueil des soutiens débute le premier jour du deuxième mois qui suit le déroulement des dernières élections prévues ou intervenues ».

¹⁷²⁰ *Ibid.*, art. 4, III.

¹⁷²¹ Comme le souligne le rapport n°73 fait en première lecture par Jean-Pierre Sueur au nom de la Commission des lois du Sénat : « Les dérogations envisagées aux III et IV permettent de pallier les inconvénients qui pourraient résulter de l'application mécanique des règles prévues aux I et II. Elles tendent en particulier à éviter que des campagnes électorales viennent interférer avec des campagnes de recueil des soutiens au risque

éviter la réalisation. On peut également mentionner l'existence de restrictions similaires dans le cadre du référendum local, la loi organique portant application de l'article 72-1 de la Constitution interdisant l'organisation d'une telle consultation dans un nombre énuméré de cas¹⁷²².

1338. Ce choix se retrouve à l'étranger. En Suisse, les dates sont fixées avec une grande précision par l'ordonnance sur les droits politiques¹⁷²³, et il est explicitement prévu par le même texte qu'elles ne peuvent avoir lieu « *au mois de septembre de l'année du renouvellement intégral du Conseil national* »¹⁷²⁴, qui est élu « *l'avant-dernier dimanche du mois d'octobre* »¹⁷²⁵. Si le premier point résulte plutôt d'un souci de transparence¹⁷²⁶, la volonté de permettre aux campagnes fédérales de se dérouler sereinement explique la seconde¹⁷²⁷, parmi d'autres dispositions¹⁷²⁸. On retrouve d'ailleurs un souci similaire au niveau cantonal, comme par exemple dans le canton de Genève, où les votations cantonales sont organisées en même temps que les votations fédérales, pour ne pas chevaucher avec les élections législatives fédérales¹⁷²⁹. En Italie, le dispositif prévu par la loi de 1970 est particulièrement détaillé, puisque le calendrier complet de la procédure de l'article 75 de la Constitution est régi par quatre articles différents de cette loi¹⁷³⁰. Si une partie d'entre eux fixe les bornes chronologiques -exprimées en dates-butoirs- du contrôle de la requête référendaire, une autre concerne la tenue du référendum. Ainsi, l'article 31 interdit l'introduction d'une telle requête¹⁷³¹ l'année précédant le terme de la législature en cours dans l'une des deux chambres du Parlement, ainsi que dans les six mois suivant la date de convocation des

d'apporter de la confusion. Elles répondent ainsi au souhait exprimé par M. Jean-Jacques Hyst, rapporteur du projet de loi constitutionnelle en 2008 », chap. 2, art. 3.

¹⁷²² Art. L.O. 1112-6 CGCT : « *une collectivité territoriale ne peut organiser de référendum local : 1° A compter du premier jour du sixième mois précédant celui au cours duquel il doit être procédé au renouvellement général ou au renouvellement d'une série des membres de son assemblée délibérante ; 2° Pendant la campagne ou le jour du scrutin prévus pour des consultations organisées dans son ressort sur le fondement du dernier alinéa de l'article 72-1, de l'article 72-4 et du dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution.*

Aucune collectivité territoriale ne peut organiser de référendum local pendant la campagne ou les jours du scrutin prévus pour : 1° Le renouvellement général ou le renouvellement d'une série des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; 2° Le renouvellement général des députés ; 3° Le renouvellement de chacune des séries des sénateurs ; 4° L'élection des membres du Parlement européen ; 5° L'élection du Président de la République ; 6° Un référendum décidé par le Président de la République ».

¹⁷²³ Ordonnance du 24 mai 1978 sur les droits politiques, art. 2a, al. 1^{er} : « *sont réservés pour les votations populaires fédérales les dimanches suivants: le deuxième dimanche de février, les années où le dimanche de Pâques tombe après le 10 avril, et le quatrième dimanche avant Pâques les autres années; le troisième dimanche de mai, les années où le dimanche de Pentecôte tombe après le 28 mai, et le troisième dimanche après Pentecôte les autres années; le dimanche qui suit le Jeûne fédéral; le dernier dimanche de novembre.* »

¹⁷²⁴ *Ibid.*, al. 3.

¹⁷²⁵ Loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques, art. 19, al. 1^{er}.

¹⁷²⁶ FF 2001 6051, les précisions quant aux raisons fondant le choix de fixer des moments réservés aux votations dans la loi est à la page 6059 du document. En ligne : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2001/6051.pdf>.

¹⁷²⁷ S'agissant d'une ordonnance du Conseil Fédéral, nous ne disposons pas de la feuille fédérale qui retrace les motifs ayant présidé à l'adoption des lois. Mais la chose paraît assez évidente, notamment eu égard à la circonstance que l'interdiction d'organiser commence dès le 1^{er} septembre.

¹⁷²⁸ On pense notamment à l'obligation faite au Conseil Fédéral de fixer les objets des votations quatre mois en avance.

¹⁷²⁹ Art. 19, al. 2 de la loi du 15 Octobre 1982 sur l'exercice des droits politiques.

¹⁷³⁰ Les articles 31,32,33 et 34 de la loi n°325 du 25 mai 1970.

¹⁷³¹ Une requête étant formalisée par le dépôt du dossier contenant les signatures requises pour l'admissibilité. Voir art. 28 al. 1^{er} de la loi précitée.

électeurs pour l'élection d'une de ces deux chambres¹⁷³². Les alinéas deux et trois de l'article 34 complètent ces prescriptions, en prévoyant que, lorsqu'un décret organisant le référendum a été pris, et qu'une dissolution d'une des chambres intervient en aval, la votation est reportée de 365 jours¹⁷³³.

1339. On voit bien, dans les deux cas, que beaucoup de précautions sont prises pour éviter, non seulement le chevauchement des opérations de vote, mais également celui des campagnes. C'est particulièrement visible dans le cas Italien, où le législateur a prévu des délais assez importants. Ce constat renforce l'hypothèse d'une transposition, dans la mesure où la présence de ce type de mécanismes dans des systèmes étrangers relativement bien connus ici¹⁷³⁴ peut leur conférer une forme de présomption de rationalité.

1340. Néanmoins, un contre-exemple peut être mentionné, à savoir la Californie. La Constitution y impose que les votations issues d'un processus d'initiative populaire aient lieu le même jour que les premières élections générales organisées au niveau de l'Etat, à l'issue d'un délai de 131 jours après la validation des signatures¹⁷³⁵. Par exception, le Gouverneur peut convoquer une « *special statewide election* » consacrée à un ou plusieurs référendums issus d'un ou plusieurs systèmes référendaires applicables dans cet Etat. Des règles similaires existent pour les autres types de référendum¹⁷³⁶. Le choix opéré relativement à la coexistence de procédures électorales et référendaires y est donc inverse à ce qu'on observe généralement en Europe¹⁷³⁷, l'organisation d'un moment spécifique à la votation y étant l'exception.

1341. Ces éclairages de droit étranger permettent de souligner un constat similaire à ce qui avait été observé en matière de campagne référendaire : chaque dispositif d'encadrement est

¹⁷³² *Ibid.*, art. 31: « *Non può essere depositata richiesta di referendum nell'anno anteriore alla scadenza di una delle due Camere e nei sei mesi successivi alla data di convocazione dei comizi elettorali per l'elezione di una delle Camere medesime.* ».

¹⁷³³ *Ibid.*, art. 34 al. 2 et 3 : « *Nel caso di anticipato scioglimento delle Camere o di una di esse, il referendum già indetto si intende automaticamente sospeso all'atto della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto del Presidente della Repubblica di indizione dei comizi elettorali per la elezione delle nuove Camere o di una di esse. I termini del procedimento per il referendum riprendono a decorrere a datare dal 365° giorno successivo alla data della elezione* ».

¹⁷³⁴ Ce degré de connaissance a été manifesté largement lors des travaux parlementaires relatifs à la révision de l'article 11. De l'étude d'impact annexée au projet de loi organique aux récurrentes citations explicites, lors des débats, les systèmes Suisses, Italiens, et dans une moindre mesure Californiens ont occupés l'essentiel des éclairages étrangers mentionnés dans les compte-rendu de travaux.

¹⁷³⁵ Constitution of California, art. II, sect. 8, c. « *The Secretary of State shall then submit the measure at the next general election held at least 131 days after it qualifies or at any special statewide election held prior to that general election. The Governor may call a special statewide election for the measure* ». Le « secretary of state » est une fonction élective, donnant accès à la direction d'une « agency » (« the secretary of state's office ») chargée notamment du bon fonctionnement du système électoral et référendaire. Le Gouverneur est le leader du pouvoir exécutif au niveau fédéré.

¹⁷³⁶ *Ibid.*, sect. 9 et 10.

¹⁷³⁷ Nous n'avons évoqué que l'Italie et la Suisse en ce que ces Etats sont ceux qui pratiquent le plus une forme d'initiative populaire en Europe, mais l'interdiction faite aux pouvoirs publics d'organiser un référendum en même temps ou à un moment proche d'une élection existe aussi dans les pays ne pratiquant que les formes descendantes de référendum. C'est par exemple le cas du Portugal (qui connaît certes une forme d'initiative, mais très restrictive et peu usitée) dont l'article 115, al. 7 de la Constitution dispose : « *aucun référendum ne peut être convoqué ou organisé entre la date de convocation et la date d'organisation des élections générales pour les pouvoirs publics constitutionnels, les gouvernements des régions autonomes et les collectivités territoriales et des élections européennes.* ». La traduction est issue de celle disponible sur le site du Parlement Portugais.

spécifique. Cette circonstance s'explique probablement par l'enracinement de chaque procédure dans un contexte institutionnel et politique singulier. Là encore, l'investigation des droits étrangers permet surtout de renforcer l'idée d'une absence de logique immanente à l'initiative populaire, et, partant, la grande liberté qui serait celle de notre législateur supposé. Dans ce cadre, la transposition de l'existant paraît l'hypothèse la plus probable. Les restrictions relatives au moment de la votation sont très répandues. Le choix qui fut celui du législateur organique national n'est pas plus complexe, ou dirimant, ou contre-productif que ceux opérés par nos voisins. Par conséquent, nous pouvons penser que l'introduction d'une initiative populaire véritable verrait la reprise, dans son dispositif propre, des règles inventées sur ce point pour l'initiative partagée. Cette reprise ne nécessiterait pas d'adaptation particulière à son nouvel objet dans la mesure où la restriction « temporelle » ne s'appliquait qu'au stade de la récolte des signatures et, par exception en cas de dissolution de l'Assemblée ou de vacance du chef de l'Etat. Il faudrait cependant modifier le délai pour tenir compte du contre-projet, et donc allonger le délai à dix-huit mois¹⁷³⁸. Plus proche du système Italien que du système Suisse, ce procédé permet de mieux séparer les temps de campagne de chaque opération que le procédé en vigueur sur l'autre rive du Lac Léman. Surtout, il est plus aisément applicable dans un contexte d'Etat unitaire centralisé, où les occasions de voter demeurent plus rares, de sorte que geler le processus d'initiative est plus praticable que fixer des dates réservées et prévoir des interdictions temporelles spécifiques.

1342. La réglementation retenue appelle cependant deux observations. En premier lieu, l'on peut s'interroger sur le fait de ne préserver que les élections législatives et présidentielles. Si ce choix repose sur un critère juridiquement objectif¹⁷³⁹, il ne correspond qu'en partie à la réalité politique. Car si les élections locales brassent effectivement pour une large part des enjeux locaux, elles ont une répercussion nationale¹⁷⁴⁰, et la campagne est logiquement marquée par ce caractère¹⁷⁴¹. Il en va de même des élections européennes. Il en découle que les deux moments politiques pourraient s'influencer réciproquement. Cependant, multiplier les interdictions reviendrait à accroître la contrainte exercée sur le processus d'initiative populaire, les restrictions temporelles imposées au moment de la votation se répercutant sur l'ensemble des étapes de la procédure. Cela pourrait conduire, *in fine*, à concentrer les occasions référendaires en un nombre réduit de moments, à l'image de ce qui se produit en Italie, où cet effet était voulu par le législateur, comme en attestent la précision du calendrier et surtout la création d'une « période référendaire »¹⁷⁴². De l'autre côté des Alpes, il s'agit d'un facteur majeur du phénomène des « votations à objets multiples ». C'est-à-dire de l'organisation, le même jour, de plusieurs votations portant sur des thèmes différents et issues

¹⁷³⁸ Les six mois prévus dans l'actuel dispositif relatif à l'initiative partagée ajoutés aux neuf mois retenus pour l'adoption du contre-projet et aux trois mois accordés au Conseil pour le contrôle.

¹⁷³⁹ Il s'agit en effet des seules élections au suffrage universel direct qui concernent les postes permettant de piloter l'action de l'Etat central.

¹⁷⁴⁰ Il est courant de voir analyser les résultats de ces scrutins sous l'angle de la victoire de tel camp politique, sur la base de résultats locaux agrégés ou additionnés.

¹⁷⁴¹ Ainsi de ces candidats étiquetés du parti au pouvoir au niveau national qui s'efforcent d'effacer, sur leurs affiches de campagne, les traces les plus évidentes de proximité entre eux et le leader de leur camp.

¹⁷⁴² Qui s'étend, aux termes du premier alinéa de l'article 34 de la loi de 1970, du 15 avril au 15 juin.

d'initiatives différentes¹⁷⁴³, mais concernant un même corps électoral et un même plan normatif. Caractéristique des opérations référendaires italiennes, le phénomène s'observe également en Californie¹⁷⁴⁴ mais aussi en Suisse, où il est lié à la multiplicité des types de référendums et des échelons auxquels ils peuvent se déployer.

1343. Dès lors, et c'est notre seconde observation, le fait de prévoir des règles restreignant le choix du moment de la votation pose la question de la pluralité d'objets, puisque restreindre le champ temporel d'organisation restreint aussi la latitude dont bénéficient les autorités chargées d'organiser ces opérations. En soi, la chose n'a probablement aucun impact sur la praticabilité de l'initiative, puisque l'Italie et la Californie sont, encore une fois, des Etats où elle se pratique énormément, alors même que les votations simultanées y procèdent de causes opposées. Nous pourrions éventuellement penser que cela accroît la complexité de la votation, mais ce ne serait qu'une pétition de principe, dès lors que, comme le rappelait Stéphane Diémert sur un sujet proche, chaque citoyen réalise des opérations plus complexes très régulièrement¹⁷⁴⁵. En outre, depuis la rédaction de l'article cité en note, a été introduite l'élection des conseillers communautaires au suffrage universel, qui se déroule «*selon le même mode de scrutin que les conseillers municipaux et par un même vote*»¹⁷⁴⁶.

1344. Il est donc difficile de discerner un aspect objectivement plus négatif dans l'une ou l'autre hypothèse. Tout au plus peut-on attirer l'attention sur la circonstance que cela manifeste une forme de priorité donnée aux élections ainsi préservées, puisque si les moments de campagnes afférents y seraient sanctuarisés, ce ne serait pas le cas des campagnes référendaires qui se dérouleraient simultanément. Mais cela nous semble plutôt relever du détail dès lors que, comme on l'a dit, aucun élément ne vient laisser penser que la dynamique de l'initiative populaire en serait structurellement affectée. D'autant plus que s'il est vrai que cela accroîtrait la probabilité de voir des votations simultanées, ce «*risque*» serait plus faible qu'en Italie ou en Californie, eu égard au caractère très restreint de la fenêtre temporelle ouverte au référendum dans le premier cas, et au caractère très «*ouvert*» de l'initiative dans le second¹⁷⁴⁷.

1345. Toujours est-il qu'une transposition, en l'état, des restrictions applicables à l'initiative populaire ne lui serait pas défavorable, et que le droit positif offre des perspectives

¹⁷⁴³ Ainsi de la votation des 18 et 19 avril 1993, qui portait sur huit questions différentes. Elles étaient néanmoins toutes issues du Parti Radical.

¹⁷⁴⁴ Il est possible de s'en faire une idée en consultant les archives du site officiel du *secretary of state* californien relatives aux votations passées. Voir par exemple la votation du 19 Mai 2009 : <http://vigarchive.sos.ca.gov/2009/special/quick-reference-guide/prop1a.htm>.

¹⁷⁴⁵ «*La prétendue « complexité » qui résulterait de l'organisation simultanée de plusieurs scrutins ne doit pas être exagérée : de nombreux États européens la surmontent en matière référendaire ou simplement électorale. L'utilisation des bulletins de vote comportant l'énoncé de plusieurs questions, auxquelles les électeurs répondraient en cochant des cases, ne devrait pas soulever de difficultés plus aiguës que d'autres opérations de la vie courante auxquelles nos concitoyens sont rompus (telles que remplir une déclaration d'impôts... ou les grilles de certains jeux de hasard bihebdomadaires et très populaires)*» Diémert S., «*Le référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution*», RFDC, 2009/1, p. 91.

¹⁷⁴⁶ <http://www.interieur.gouv.fr/Elections/FAQ/Elections-municipales/Mode-de-scrutin/Les-conseillers-communautaires>. Cette procédure a été introduite à l'article L. 273-6 du code électoral.

¹⁷⁴⁷ Tant du fait de l'ouverture propre du système d'initiative populaire -intensité limitée du contrôle et nombre faible d'étapes intermédiaires entre la récolte et la votation- que de celle du système de financement des campagnes californien.

intéressantes pour l'introduction d'un tel processus, affirmation ici appuyée par le fait que tous les scénarios trouvent un précédent ou un modèle sur lequel s'appuyer en droit interne. On optera donc ici pour cette option.

§2 : Règles d'adoption

1346. S'il y aurait peu de dispositions spécifiques à envisager dans le cadre de l'organisation de la votation, il y en aurait possiblement un peu plus quant aux règles relatives à l'adoption. L'observation des dispositifs étrangers, ainsi que certains choix effectués ici précédemment, font en effet ressortir des questionnements quant aux règles de majorité nécessaires pour l'adoption du texte (I), ainsi que relativement aux réponses entre lesquelles devraient choisir les citoyens dans notre hypothèse (II).

I : La majorité à atteindre

1347. En l'état actuel du droit, un texte soumis à référendum sera adopté si la majorité des votants s'est prononcée pour le « oui »¹⁷⁴⁸. Pour autant, il pourrait en être autrement, cette règle, si elle est la plus commune, pouvant varier selon les contextes considérés. En matière référendaire, particulièrement, les règles relatives à la majorité nécessaire à l'adoption du texte proposé au référendum peuvent être différentes selon les Etats. A ce titre, l'on peut au moins distinguer la majorité simple, qui peut être relative¹⁷⁴⁹ ou absolue¹⁷⁵⁰, de la majorité renforcée¹⁷⁵¹ ou qualifiée¹⁷⁵². Cette question se pose ici pour au moins deux raisons. D'abord elle est, en opportunité, connectée à la thématique référendaire, dans la mesure où la légitimité politique de cette voie d'adoption repose en bonne partie sur la participation qu'elle suscite. Ensuite, sur un plan plus juridique, parce que le fait d'introduire des majorités différenciées en fonction des procédures ou des objets soumis au vote est une pratique qui existe en droit positif, ici comme ailleurs, ce qui contribue à ouvrir l'éventualité que la question se pose en cas d'introduction¹⁷⁵³. L'on peut d'ailleurs noter, à cet égard, que l'idée avait été avancée d'introduire des règles spécifiques de majorité pour l'adoption, en votation, d'une proposition de loi issue de la procédure du troisième alinéa de l'article 11, et que cette suggestion, matérialisée dans un amendement¹⁷⁵⁴, était précisément appuyée par la circonstance que « *un*

¹⁷⁴⁸ Art. L. 558-44 du code électoral.

¹⁷⁴⁹ Est adoptée à la majorité relative la proposition qui arrive devant ses concurrentes, sans considération pour le point de savoir si elle obtient la moitié plus un des suffrages exprimés. L'appellation n'a donc de sens que dans le cas où il y a plus de deux textes -ou candidats- en lice.

¹⁷⁵⁰ Est adoptée la proposition qui obtient la moitié plus un des suffrages exprimés.

¹⁷⁵¹ Qui est une « *définition de la majorité qui requiert des appuis au-delà du seuil de 50 pour cent plus un des voix exprimées* ». Taillon P., *Le référendum, expression directe de la souveraineté du peuple ?*, Dalloz, 2012, p. 223.

¹⁷⁵² Que Patrick Taillon définit comme une « *majorité renforcée à pourcentage déterminé* », c'est-à-dire qu'elle est caractérisée par la fixation en amont d'un pourcentage à atteindre. *Ibid.*

¹⁷⁵³ Il suffirait pour cela que le législateur prévoit un régime spécifique, sur ce point, au référendum d'initiative populaire.

¹⁷⁵⁴ Amendement n°98 rectifié, en ligne : https://www.senat.fr/amendements/2007-2008/365/Amdt_98.html. Il a été modifié, lors de l'examen, par le Sénat et en première lecture du projet de loi constitutionnelle de

tel dispositif existe d'ailleurs dans la plupart des États qui utilisent le référendum »¹⁷⁵⁵. La partie de l'amendement contenant cette proposition a été adoptée par le Sénat, mais supprimée en Commission par l'Assemblée Nationale en deuxième lecture¹⁷⁵⁶, au double motif que ce serait créer une règle d'exception, d'une part, et que l'expérience référendaire passée tendait à souligner le caractère dirimant de cette exigence, d'autre part. Il reste que cela rend l'hypothèse envisageable dans notre cadre.

1348. En droit interne, les référendums nationaux, quelle que soit l'origine, s'adoptent donc à la majorité relative, c'est-à-dire 50 pour cent plus un des suffrages exprimés. En droit parlementaire, les majorités qualifiées comme renforcées existent, mais s'appliquent toutes à des hypothèses relevant, d'une façon ou d'une autre, de circonstances sortant de l'ordinaire. Il en va ainsi de la motion de censure, qui n'est adoptée qu'à la majorité des membres du Parlement¹⁷⁵⁷, ou de la révision constitutionnelle par le Congrès, qui requiert une majorité représentant 3/5^{ème} des suffrages exprimés¹⁷⁵⁸. Mentionnons également la procédure spécifique de « dernier mot à l'assemblée » pour l'adoption des lois organiques, puisque la chambre basse ne peut voter de texte en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres¹⁷⁵⁹. Or, le référendum ici envisagé porterait sur une norme de rang législatif, et ne serait pas issu d'une autorité politique de l'Etat, de sorte que notre hypothèse paraît bien plus relever de circonstances ordinaires¹⁷⁶⁰, matériellement et formellement, que les procédures précédemment évoquées. Il faut à ce titre mentionner que l'échelon local connaît, lui, une condition de majorité renforcée appliquée à un processus décisionnel ordinaire. Les consultations référendaires qui sont organisées dans ce contexte sont en effet adoptées seulement si la moitié des inscrits au moins a participé au référendum¹⁷⁶¹. Il s'agit d'une majorité renforcée.

1349. D'ailleurs, est riche d'enseignements la lecture des travaux parlementaires relatifs à l'adoption de la loi organique mettant en application cette procédure, même s'il est impossible d'en tirer des conclusions particulières pour ce qui nous intéresse. Le projet de loi organique, dans sa première mouture, ne prévoyait aucun quorum de participation¹⁷⁶². Cette exigence a été rajoutée par la commission des Lois du Sénat¹⁷⁶³. Les motifs de cet ajout étaient de

modernisation des institutions de la Vème République, pour prévoir une majorité renforcée. Voir Sénat, séance du 19 juin 2008, JORF n° 48 S. (C.R.) du vendredi 20 juin 2008, p. 3029, en ligne :

<https://www.senat.fr/seances/s200806/s20080619/s20080619.pdf>.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*

¹⁷⁵⁶ Rapport n°1009 de la commission des Lois, pp. 70-71, disponible en ligne :

<http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r1009.pdf>.

¹⁷⁵⁷ Constitution de la Vème République, art. 49 al. 2.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, art. 89 al. 3. L'on notera, d'ailleurs, que le référendum de l'alinéa précédent ne connaît aucune condition particulière de majorité.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*, art. 46 al. 3.

¹⁷⁶⁰ Au sens où elles sont sans rapport avec un blocage ou un rapport de force institutionnel majeur, et où elles ne sont pas liées à la modification du cadre d'exercice des facultés liées au pouvoir politique.

¹⁷⁶¹ Art. LO 1112-7 du Code Général des Collectivités Territoriales : « *le projet soumis à référendum local est adopté si la moitié au moins des électeurs inscrits a pris part au scrutin et s'il réunit la majorité des suffrages exprimés.* ».

¹⁷⁶² Rapport n°315 réalisé par Daniel Hoefel pour la Commission des Lois, le 27 mai 2003, pp. 21-22, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/rap/102-315/102-3151.pdf>.

¹⁷⁶³ *Ibid.*, p. 25. Le rapporteur précise d'ailleurs que « *l'exclusion des actes individuels du champ du référendum local et la soumission de la valeur décisionnelle des résultats du scrutin à une condition de quorum, envisagées*

permettre de préserver la position des élus dans la délibération locale, et d'éviter qu'une minorité de citoyens n'imposent, par le jeu de l'abstention, leur volonté à d'autres citoyens. Par ailleurs le rapporteur, pour rationaliser sa démarche, s'est largement appuyé sur des arguments de droit comparé, interne et externe¹⁷⁶⁴. La même séance a été marquée par des interventions légitimant la démarche susmentionnée par la singularité du référendum local, son autonomie par rapport aux procédures nationales¹⁷⁶⁵, idée notamment appuyée par l'existence d'un quorum exigé pour la validité des délibérations des assemblées délibérantes des collectivités¹⁷⁶⁶. Le droit des collectivités locales connaît d'ailleurs un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles une majorité renforcée¹⁷⁶⁷, voire qualifiée¹⁷⁶⁸, est exigée. Nous pouvons également noter que le représentant du Gouvernement avait, dans la même séance, souligné le risque de stérilisation de l'outil référendaire qui pourrait résulter de l'exigence d'un quorum trop élevé¹⁷⁶⁹, et que, sans préjuger des causes réelles de ce phénomène, il se trouve que le référendum local reste peu utilisé¹⁷⁷⁰. Si le débat parlementaire semble confirmer que la substance des procédures étrangères est un instrument tant d'inspiration que de légitimation de tel ou tel aspect, il exclut de même l'idée d'une

et même annoncées lors de l'examen de la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, ont recueilli l'adhésion de l'ensemble des représentants des associations d'élus rencontrés par votre rapporteur ».

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 49 : « Votre commission des Lois vous soumet un amendement ayant pour objet de subordonner également la valeur décisionnelle des résultats d'un référendum local à un taux de participation minimum, fixé à 50 % des électeurs inscrits. Plusieurs arguments militent en faveur d'une telle solution : une condition analogue a été récemment prévue par les Etats désireux d'adhérer à l'Union européenne ; elle est également prévue, en France, pour les fusions de communes et, en Allemagne et au Portugal, pour les référendums décisionnels communaux ; les délibérations des assemblées locales ne peuvent, elles non plus, être adoptées en l'absence de quorum ; le Conseil de l'Europe s'y est déclaré favorable dans une recommandation n° 96 de 2002 ».

¹⁷⁶⁵ Intervention de Patrice Gélard, séance du 4 Juin 2003, où l'on voit bien que les arguments en faveur du quorum se déploient tant sur un axe général -les conditions d'adoption d'une proposition soumise à référendum- que sur un plan particulier au référendum local : « Permettez-moi d'abord une remarque : la plupart des pays démocratiques européens qui pratiquent usuellement le référendum local ont généralement introduit dans leur constitution un seuil de cette nature. Et je ne parle pas ici des constitutions récentes des pays qui vont adhérer prochainement à l'Union européenne, qui ont toutes exigé le seuil de 50 % en la matière.

Cette remarque étant faite, je souligne que nous ne sommes pas ici dans le domaine du référendum d'Etat. Le référendum prévu à l'article 11 ou à l'article 89 de la Constitution n'a rien à voir avec le référendum local, puisqu'il implique une procédure particulière. Au demeurant, si nous avons adopté, pour ces consultations, un système de quorum, nous aurions risqué, dans certains cas, de ne pas pouvoir faire adopter les mesures proposées ». Voir le compte-rendu des débats en ligne :

https://www.senat.fr/seances/s200306/s20030604/s20030604_mono.html.

¹⁷⁶⁶ Voir notamment, pour le Conseil Municipal, l'article L. 2121-7 du CGCT : « Le conseil municipal ne délibère valablement que lorsque la majorité de ses membres en exercice est présente.

Si, après une première convocation régulièrement faite selon les dispositions des articles L. 2121-10 à L. 2121-12, ce quorum n'est pas atteint, le conseil municipal est à nouveau convoqué à trois jours au moins d'intervalle. Il délibère alors valablement sans condition de quorum ».

¹⁷⁶⁷ L'élection d'un maire par le conseil municipal, par exemple, est acquise à la majorité absolue sauf si, au bout de deux tours de scrutin, aucun candidat ne s'impose, auquel cas il l'élection se fait à la majorité relative. Voir art. L. 2122-7 CGCT.

¹⁷⁶⁸ On pense par exemple à la procédure de fusion entre EPCI à fiscalité propre. Voir art. L. 5211-41-3, II, CGCT.

¹⁷⁶⁹ Intervention de Patrick Devedjian, alors « ministre délégué aux libertés locales », lors de la même séance : « Cela dit, je persiste à craindre qu'en exigeant un taux de participation un peu plus important on ne rende le référendum local d'un usage malaisé et que les élus locaux, redoutant un échec lié à une participation insuffisante, ne renoncent à recourir à cette procédure, ce qui la ferait finalement tomber en désuétude. »

¹⁷⁷⁰ Pour une analyse intéressante de ce phénomène : Prémat C., « Les effets de l'institutionnalisation du référendum local en France et en Allemagne », *Revue française de science politique*, 2008/2, pp. 257-283.

transposition automatique à notre procédure. Il attise donc l'intérêt qu'il y a à survoler lesdites procédures, en mentionnant certains de leurs effets rapportés.

1350. Car les exigences de ce type sont nombreuses à l'étranger, et concerne tous les types de référendums¹⁷⁷¹. Ainsi au Portugal, où les autorités politiques nationales conservent la main sur la procédure, le résultat du référendum n'a de force contraignante que si le texte est approuvé à l'issue d'un scrutin auquel la moitié des inscrits au moins a participé¹⁷⁷². Néanmoins, en cas de participation inférieure, le scrutin conserve une valeur « consultative »¹⁷⁷³, ce qui peut permettre aux autorités politiques nationales d'utiliser le résultat pour appuyer leur position, par exemple en faisant adopter par le Parlement la loi soumise à référendum¹⁷⁷⁴. L'initiative abrogative italienne, elle, n'entraîne d'adoption référendaire que si le même quorum est rempli¹⁷⁷⁵. En Suisse, l'exigence se manifeste selon une logique de distribution géographique, ce qui découle de la structure fédérale de l'Etat helvète : la proposition issue de l'initiative populaire n'est adoptée que si elle recueille la majorité des suffrages exprimés au niveau fédéral et cantonal¹⁷⁷⁶. Il existe aussi des majorités qualifiées dans certains Etats Américains¹⁷⁷⁷, mais cela concerne soit le rang constitutionnel, soit des thématiques singulières. Au vu des exemples cités, il ne semble pas que l'on puisse affirmer que les majorités renforcées entraînent, *ipso facto*, une stérilisation du processus d'initiative populaire puisque les Etats où elles s'appliquent à un tel processus sont aussi ceux qui le pratique le plus. Il est incontestable, en revanche, que cela encourage certaines stratégies politiques, l'abstention devenant, dans ce cadre, une arme contre l'adoption du texte¹⁷⁷⁸. Or, les abstentionnistes ne sont pas un bloc monolithique¹⁷⁷⁹, une abstention « structurelle »¹⁷⁸⁰ coexistant avec une abstention « conjoncturelle »¹⁷⁸¹, ce qui d'ailleurs explique les fluctuations de la participation. Ceci peut offrir à une minorité un pouvoir de blocage, l'abstention « dans le jeu » se greffant alors à l'abstention « hors du jeu »¹⁷⁸² pour

¹⁷⁷¹ L'on en trouvera une recension complète dans Taillon P., *op.cit.*, p. 24 et s.

¹⁷⁷² Constitution du Portugal, art. 115, al. 11.

¹⁷⁷³ Sur ce terme, voir *infra.*, n°1370 et s.

¹⁷⁷⁴ C'est ce qu'il s'est passé pour le référendum portugais sur l'IVG organisé le 11 février 2007. Le résultat, positif, ne pouvait avoir d'issue contraignante en raison de la participation inférieure à 50% des inscrits. Le Premier Ministre de l'époque n'en a pas moins engagé une démarche législative qui a débouché sur l'adoption d'une loi autorisant l'avortement. Voir Taillon P., *op.cit.*, p. 238.

¹⁷⁷⁵ Constitution italienne, art. 75, al. 4.

¹⁷⁷⁶ Constitution fédérale de la Suisse, art. 140, al. 1^{er}. Concrètement, il faut réunir 50% des suffrages exprimés dans 50% des cantons.

¹⁷⁷⁷ C'est notamment le cas en Illinois, pour les initiatives ou référendums de rang constitutionnel. Voir Constitution of the state of Illinois, art. XI, sect. 3 et art. XIV, section II.

¹⁷⁷⁸ C'est notamment très courant en Italie.

¹⁷⁷⁹ Muxel A., « L'abstention : déficit démocratique ou vitalité politique ? », *Pouvoirs*, 2007/1, pp. 43-55 ; Rouet G., « L'abstention aux élections européennes de juin 2009. Une affaire de citoyennetés, d'identités et de cultures », *Cahiers Sens public*, 2009/3, pp. 239-286 ; Muxel A., « La poussée des abstentions : protestation, malaise, sanction », *in*. Pascal Perrineau et Colette Ysmal (dir.), *Le Vote de tous les refus. Les élections présidentielles et législatives de 2002*, Presses de Sciences Po, 2003, pp. 125-160. Braconnier C., « Le vote et l'abstention en temps de crise », *Savoir/Agir*, 2010/3, p. 57-64.

¹⁷⁸⁰ Voir, pour une monographie sur l'abstention des « exclus du vote », Braconnier C., Dormagen J.-Y., *La démocratie de l'abstention, aux origines de la démobilisation électorale en milieu populaire*, Gallimard, 2007, 460 p.

¹⁷⁸¹ Clanché F., « La participation électorale au printemps 2002. De plus en plus de votants intermittents », *Insee Première*, (n° 877) 2003/1, en ligne : <https://www.epsilon.insee.fr/jspui/bitstream/1/408/1/ip877.pdf>.

¹⁷⁸² Les termes sont d'Anne Muxel, qui les utilise notamment dans l'article cité précédemment.

devenir majoritaire, alors même que les abstentionnistes conscients, qui se servent du non-vote comme d'une arme contre la proposition, seraient minoritaires. De sorte que les mécanismes de renforcement de la majorité à atteindre offre un surcroît de pouvoir à une minorité, qui peut être numériquement faible. Ce risque ne décrédibilise pas nécessairement l'idée, mais contribue à ne pas l'essentialiser : n'importe quelle condition procédurale de validité pouvant très bien servir une stratégie politicienne qui n'est pas, abstraitement, conforme avec l'idéal référendaire.

1351. Sans multiplier les exemples, remarquons que les exigences relatives aux conditions d'adoption des normes référendaires sont nombreuses à l'étranger, et qu'elles s'appliquent aussi bien à des processus d'initiative populaire qu'à des procédures « d'en haut ». Il paraît cependant difficile, là encore, d'y voir un exemple à transposer. D'abord, chacune de ces règles a été adoptée en fonction de considérations précises, qui doivent s'apprécier dans leur contexte, c'est-à-dire évidemment dans leur environnement juridico-politique, mais aussi eu égard à la volonté qui est à l'origine de leur adoption. Les « restrictions géographiques », par exemple, sont particulièrement liées à un contexte fédéral, ou au moins de très forte décentralisation¹⁷⁸³, et paraissent donc peu adaptées au contexte hexagonal. Les majorités renforcées, en revanche, s'appliquent effectivement dans des contextes assez divers, mais partagent le fait qu'elles sont issues de volontés similaires, c'est-à-dire visant à éviter que la minorité ne décide. On note que ce souci était également celui des sénateurs qui ont introduit le quorum de participation dans le dispositif encadrant le référendum local. Il n'y a donc pas réellement d'arguments de droit qui se puisse soulever contre l'introduction de pareilles exigences. Il reste que, comme on l'a vu, ce serait créer une exception car le référendum issu de l'initiative populaire serait alors la seule voie de délibération nationale qui comprendrait une telle condition, sans même parler des imperfections propres à ce type de dispositions. En outre, elle serait difficilement compatible avec l'éventuel contre-projet. De notre point de vue, donc, il n'y a pas lieu de retenir une majorité renforcée comme condition de l'adoption d'une norme référendaire dans notre cadre. Les règles relatives à la majorité requise pour l'adoption de la proposition ne seraient donc pas spécifiques. Il en irait autrement quant aux réponses possibles lors de la votation, étant donnée la possibilité de soumettre un contre-projet en sus de la proposition du comité.

¹⁷⁸³ Taillon P., *op.cit.*, p. 230. Voir néanmoins Jean-François Flauss, qui, s'appuyant sur les travaux d'Etienne Grisel, affirme que ce type de règles vise aussi à « assurer une certaine stabilité constitutionnelle », en tous cas en Suisse. Flauss J.-F., « Le nouveau mode de vote sur l'initiative populaire et le contre-projet en droit fédéral Suisse », RDP 1988, p. 1557.

II : Les réponses possibles

1352. La présence du contre-projet dans la votation implique que le corps électoral ne soit pas appelé à se prononcer sur une alternative, mais sur au moins trois possibilités : le maintien de la législation concernée en l'état ; le contre-projet ; l'initiative.

1353. Cette situation rend nécessaire un encadrement par le droit¹⁷⁸⁴. Nous pouvons à ce titre nous intéresser aux diverses expériences menées en Suisse, qui, comme on le sait, est le principal modèle en la matière.

1354. Originellement, les suisses pratiquaient le système dit « de l'alternative pure ». Dans ce système, la question posée était rédigée de la façon suivante : « *a : acceptez-vous l'initiative populaire ? b : Acceptez-vous le contre-projet de l'Assemblée Fédérale ?* »¹⁷⁸⁵. Le votant se voyait présenter un bulletin unique, et ne pouvait répondre, pour que son vote soit valable, que « oui et non » ou « non et non ». Les bulletins blancs étaient assimilés à un « non », de sorte que celui qui votait « oui » à la première question et « blanc » à la seconde était considéré comme ayant voté « oui et non ». Le « double-oui », c'est-à-dire le fait de répondre « oui » aux deux questions était considéré comme nul. Emportait la votation celle des options qui recueillait les suffrages de la « *majorité des citoyens suisses prenant part à la votation et par la majorité des Etats* »¹⁷⁸⁶, autrement dit, la majorité absolue.

1355. Ce système avait le mérite d'être simple¹⁷⁸⁷, mais avait fini par susciter beaucoup de critiques, dont la principale était qu'il conduisait une minorité à bloquer la volonté majoritaire¹⁷⁸⁸ lorsqu'une majorité de votants s'exprimait pour le changement mais que la dispersion des votes entre contre-projet et initiative conduisait au maintien du *statu quo*.

¹⁷⁸⁴ Etienne Grisel synthétise la question que cette situation pose à l'encadrement : « *quelle question convient-il de poser aux citoyens et quels rapports faut-il établir entre les réponses données par la majorité ?* ». Grisel E., Initiative et référendum populaires, traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, Staempfli, 3^{ème} éd., 2004, pp. 279-280. Par ailleurs, il est possible de rappeler qu'en l'absence de réflexion préalable quant aux règles d'adoption, la présence de plus de deux questions peut poser des problèmes d'interprétation du résultat.

¹⁷⁸⁵ Le modèle est tiré de Jean-François Flauss, dans l'article précité, p. 1556.

¹⁷⁸⁶ Art. 121 de l'ancienne constitution fédérale du 29 mai 1874, dans sa rédaction en vigueur au 5 avril 1987.

¹⁷⁸⁷ Flauss J.-F., *op.cit.*, p. 1556.

¹⁷⁸⁸ Comme l'exprime très clairement l'argumentaire envoyé par le Conseil Fédéral aux citoyens suisses à l'occasion de la votation ayant modifié le système ici présenté : « *Dans un régime démocratique, il importe que les électeurs puissent exprimer clairement leur volonté lors des scrutins. Or l'actuelle procédure de vote ne permet pas toujours de respecter ce principe. En effet, le citoyen partisan d'une réforme doit opter pour l'initiative ou pour le contre-projet. Pourtant, il y a des électrices et des électeurs qui, aspirant à tout prix à un changement, seraient disposés à accepter l'une et l'autre. Mais ils ne peuvent l'exprimer, car il leur est interdit d'inscrire deux «oui» sur leur bulletin de vote. En revanche, deux «non» sont autorisés, de même que des blancs. [...]. Ces règles sont de nature à fausser la volonté populaire; elles sont plus favorables aux tenants du statu quo qu'aux citoyens qui souhaitent une réforme. A plusieurs reprises, en effet, tant l'initiative que le contreprojet ont été rejetés, quand bien même seule une minorité des votants s'était clairement opposée à tout changement* ». Votation populaire du 5 avril 1987, explications du Conseil Fédéral, p. 25. Pour une vision moins radicale, voir Grisel E., *op.cit.*, p. 281. L'auteur y privilégie pour sa part un autre angle de critique, à savoir que « *les votants ne pouvaient exprimer leurs vues de manière assez nuancée* », notamment en raison de l'absence de possibilité pour le votant favorable à l'initiative si ce soutien était suffisamment fort pour préférer, en cas d'échec, le *statu quo* au contre-projet.

Il a donc été remplacé par le système dit du « double-oui »¹⁷⁸⁹, toujours en vigueur aujourd'hui¹⁷⁹⁰. Il repose, là encore, sur un bulletin unique, sur lequel sont inscrites trois questions posées au votant : « *s'il préfère l'initiative populaire au régime en vigueur; s'il préfère le contre-projet au régime en vigueur; lequel des deux textes devrait entrer en vigueur au cas où le peuple et les cantons préféreraient les deux textes au régime en vigueur* »¹⁷⁹¹. Chaque question fait l'objet d'un décompte séparé et doit atteindre la majorité absolue¹⁷⁹², la troisième question servant à départager le contre-projet de l'initiative dans le cas où les deux textes atteignent la majorité des votants et des cantons¹⁷⁹³.

1356. D'autres solutions, rapportées par Jean-François Flauss dans l'article déjà cité, ont été envisagées, et écartées. L'auteur en mentionne principalement trois : permettre aux comités de choisir la proposition à soumettre au corps électoral ; créer une procédure de vote en deux étapes ; créer une procédure de « votation éventuelle ».

1357. La première se passe d'explications, et n'est pas sans conséquences sur l'équilibre de la procédure. Le Professeur Flauss a ainsi pu faire valoir qu'elle « *lui conférerait* [le comité d'initiative] *une prérogative tout à fait exorbitante par rapport au contre-projet* »¹⁷⁹⁴, et cela paraît en effet assez évident. Un tel avantage modifierait incontestablement l'économie générale de la procédure, voire conduirait à s'interroger sur l'intérêt réel d'introduire la possibilité d'un contre-projet dans le processus. Il reste qu'elle n'a strictement rien d'impossible¹⁷⁹⁵, même s'il faut toutefois souligner qu'il ne semble pas qu'elle ait jamais été envisagée sérieusement.

1358. La seconde consistait à faire voter, dans une première votation, pour départager entre l'initiative et le contre-projet, puis à organiser une seconde votation entre le texte ainsi désigné et l'absence de modification de la législation en place. Orientée par le souci de simplifier la lecture de la votation par les électeurs, et donc de ses enjeux, elle a l'inconvénient d'alourdir particulièrement la procédure sur le plan de l'organisation. En outre, elle ne règle pas réellement la question de la complexité, car rien ne garantit que les votants intervenant sur la première votation ne s'opposent pas au texte choisi, ou choisissent de s'abstenir, lors de la seconde. Quel que soit le degré réel d'impact de ce type de phénomène, l'évoquer permet surtout de souligner qu'en voulant préserver la sincérité du processus, nous ne faisons que déporter le problème sur d'autres aspects. Reste que là encore, l'hypothèse n'a rien d'impossible, . Elle existait et était pratiquée d'ailleurs dans certains cantons suisses¹⁷⁹⁶. Elle a de même été très sérieusement étudiée par les institutions fédérales, et avait leur faveur,

¹⁷⁸⁹ Par l'arrêté fédéral du 19 décembre 1986, adopté en votation le 5 avril 1987. FF 1987 I 15.

¹⁷⁹⁰ Voir const. féd., art. 139b et LDP, art. 76.

¹⁷⁹¹ Art. 76 LDP, al. 1^{er}.

¹⁷⁹² Art. 76 LDP, al. 2, qui précise également que les « *questions sans réponse ne sont pas prises en considération* ».

¹⁷⁹³ LDP, art. 76, al. 3.

¹⁷⁹⁴ Flauss J.-F., *op.cit.*, p. 1562.

¹⁷⁹⁵ Jean-François Flauss fait observer que, si d'aventure elle était adoptée, elle poserait la question du sort de la proposition rejetée par le comité. *Ibid.*

¹⁷⁹⁶ Voir, pour une synthèse, Flauss J.-F., *op.cit.* pp. 1562-1563. Ces différents encadrements ont aujourd'hui disparu au profit du système du double-oui dans tous les cantons concernés.

mais a été refusée par les groupements politiques consultés sur la question¹⁷⁹⁷, pour les raisons sus-évoquées.

1359. La troisième repose sur le même principe, mais à l'occasion d'une seule votation¹⁷⁹⁸. Cette solution est, en quelque sorte, une solution intermédiaire entre le « double-oui » et le système des deux votations. Il s'agit en effet de faire voter, dans un même espace de temps, sur le principe du changement puis sur la forme qu'il doit prendre (contre-projet ou initiative). Les deux questions sont dépouillées séparément. Si la première question entraîne une majorité de « non », la seconde devient sans objet. Si, au contraire, la première voit une majorité de « oui », c'est la réponse à la deuxième question qui prime. La principale différence avec le système actuellement en vigueur en Suisse est l'impossibilité de se prononcer à la fois en faveur du contre-projet et de l'initiative, simplifiant ainsi la question, mais rendant la réponse moins souple¹⁷⁹⁹. Ce système a existé principalement dans le canton de Vaud¹⁸⁰⁰, qui pratique aujourd'hui celui du « double-oui ».

1360. On le voit, hormis la première solution, les différents systèmes envisageables sont assez proches, et se différencient surtout sur la question des coûts organisationnels et sur celle de la complexité des choix. Il s'agit là d'opportunité pure, et il ne nous appartient pas, ici, de trancher. On peut en revanche souligner que le contre-projet amène un certain degré de complexité au moment du vote. De même, nous pouvons attirer l'attention sur la circonstance que chacun de ces systèmes se matérialise par un bulletin unique, ce qui est assez différent de ce qui se pratique actuellement en droit interne des référendums. Enfin, il convient de signaler que les occasions réelles où ces systèmes ont eu à fonctionner ont été assez rares, tant il est vrai que les initiatives populaires sont, en Suisse, généralement refusées, ce qui, considérant que les contre-projets sont loin d'y être systématiques, réduit d'autant le volume de votations où les citoyens helvètes ont eu à trancher entre le contre-projet et l'initiative¹⁸⁰¹. L'ensemble des cantons ayant néanmoins fini par s'aligner, sur ce point et s'agissant de leur propre droit, sur le droit fédéral, il semble que l'on puisse au moins affirmer que le « double-oui » a les faveurs des institutions suisses. Il reste que cela n'entraîne aucune conséquence quant au choix que l'on pourrait faire dans un contexte français, d'autant que l'une des principales pierres d'achoppement lors des débats relatifs au système à adopter était la « double-majorité » des votants et des cantons, qui pose des problèmes singuliers¹⁸⁰² et n'existe pas ici. Néanmoins, puisqu'il nous faut choisir, nous opterons pour la transposition du système du « double-oui » dans notre hypothèse.

1361. Quoiqu'il en soit, la votation déboucherait sur une décision prise par le corps électoral. La procédure d'initiative populaire, comprise strictement, trouverait donc son issue. Pour

¹⁷⁹⁷ Grisel E., *op.cit.*, p. 282 et FF 1984 II 351 et 372.

¹⁷⁹⁸ Pour plus de détails, notamment quant à l'histoire de ces différentes procédures, voir Flauss J.-F., *op.cit.*, p. 1562 et s.

¹⁷⁹⁹ Sur ce dernier point, voir le message du Conseil Fédéral du 28 mars 1984, p. 370. En ligne :

<https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10104034/>

¹⁸⁰⁰ Art. 27, al. 3, de l'ancienne Constitution du Canton de Vaud, en ligne :

http://appel-vaud.ch/OUI/1885/const_actuelle_1885.pdf

¹⁸⁰¹ Grisel E., *op.cit.* p. 285.

¹⁸⁰² *Ibid.*

autant, cet aboutissement serait aussi le point de départ de l'incorporation de cette décision dans l'ordre juridique. Il est dès lors nécessaire de l'exécuter, point que nous allons à présent aborder.

Section 2 : L'exécution de la décision du corps électoral

1362. La notion « d'exécution » renvoie ici à la plénitude du terme, et recouvre donc tant l'entrée en vigueur que l'exécution au sens que les juristes retiennent d'ordinaire.

1363. Le premier point soulève très peu de questions : un texte référendaire est avant tout une norme et, selon le rang normatif auquel il correspond -ici une loi- relève du droit commun pour son entrée en vigueur, ce qui ne pose guère de difficultés. Ainsi, l'article 10 de la Constitution s'appliquerait de plein droit comme actuellement, et la compétence de promulgation serait donc une compétence liée comme c'est le cas lorsque le texte est d'origine parlementaire. En revanche, on voit mal comment le deuxième alinéa de cet article relatif à la deuxième délibération que le Président de la République peut demander au Parlement pourrait s'appliquer, le terme « Parlement » étant sans ambiguïtés. On peut aussi noter que de nombreux Etats Américains prévoient dans le texte constitutionnel, un délai spécifique pour la promulgation¹⁸⁰³.

1364. La question de l'exécution pose plus de difficultés. Pourtant, *prima facie*, la chose paraît des plus simple : l'exécutif est ici renvoyé à la définition la plus restreinte de sa fonction¹⁸⁰⁴, exécuter la loi. Pourtant, une lecture un peu plus approfondie fait très vite ressortir des éléments de complexité : *quid* des effets de la votation ? Quelle différence faire entre la situation résultant du rejet, par le corps électoral, de la proposition, et celle de son acceptation ? De la possibilité pour le pouvoir réglementaire de prendre des mesures d'application ? De la situation dans laquelle l'application de la loi est paralysée par l'absence d'édition des mesures indispensables à sa concrétisation ? Autant de questions qu'il faut d'abord mettre en perspective, pour tenter de discerner la portée exacte des difficultés éventuelles. Nous verrons comment positionner le problème (§1), pour envisager les solutions que l'on peut proposer (§2).

¹⁸⁰³ Ainsi de la Constitution du Wyoming, qui dispose que : « *An initiated law becomes effective ninety (90) days after certification* », alors que, s'agissant des lois d'origine parlementaire, le délai n'est qu'implicitement prévu, et seulement par déduction de l'article relatif au droit de veto du gouverneur sur les actes législatifs parlementaires. Voir, respectivement : Const. du Wyoming, art. 3, sect. 52 (f) et art. 4, sect. 8.

¹⁸⁰⁴ Ardant P., Mathieu B., Institutions politiques et droit constitutionnel, L.G.D.J., 22^{ème} éd., 2010, p. 54.

§1 : Position du problème

1365. La problématique la plus complexe est, fondamentalement, celle relative à l'exécution de la décision résultant de l'acceptation du texte en votation.

1366. Pour autant il est utile pour isoler cette question, de la distinguer des autres hypothèses (I), pour ensuite évoquer le contexte dans lequel elle aurait vocation à s'intégrer, c'est-à-dire la problématique générale de l'exécution des lois sous la V^e République (II). Ce n'est que par ces détours que nous pouvons fournir une idée suffisamment précise des contours de la question, préalable indispensable à l'évocation de la portée de la problématique.

I : Les effets de la décision

1367. La question générale des effets de la décision prise en votation amène à s'interroger sur deux plans principaux : celui, général des effets juridiques que l'on entend donner à la votation en elle-même (A), et celui plus particulier, des différences d'effets selon que l'on se situe dans le cadre d'un rejet du texte ou de son acceptation (B).

A : Un effet contraignant et normatif

1368. L'interrogation quant à la nature juridique des effets de la votation peut au premier abord paraître saugrenue dans le cadre qui est le nôtre. D'abord parce qu'il semble paradoxal de construire un processus aussi lourd que l'initiative populaire pour lui donner un résultat juridiquement non contraignant. Ensuite, et plus spécifiquement, parce que ce point a déjà été implicitement évoqué dans le cadre de la réflexion relative à l'intervention parlementaire¹⁸⁰⁵. Pour autant, la question conserve une certaine pertinence, au moins dans la mesure où la catégorie « initiative populaire » ne revêtant pas en droit de caractère suffisamment précis pour en déduire un cadre déterminé, rien ne s'oppose par principe à l'introduction d'un mécanisme ayant un effet non contraignant. Le sujet mérite donc d'être mentionné.

1369. Il est d'usage, dans les manuels de droit constitutionnel, de distinguer le référendum décisionnel ou contraignant, du référendum consultatif, soit explicitement¹⁸⁰⁶, soit en mentionnant le caractère non-contraignant d'un référendum en le qualifiant sans plus d'explication de consultatif¹⁸⁰⁷. Il est certain qu'en droit cette distinction a un sens : dès lors que le texte encadrant l'essentiel du régime du référendum considéré affirme de façon claire que son résultat ne lie pas les autorités de l'Etat, aucune action contentieuse ne pourra se

¹⁸⁰⁵ Puisque le Parlement doit adopter un contre-projet pousser essayer de pousser le comité à retirer son texte, il semblerait absurde de donner une issue non-contraignante à la votation.

¹⁸⁰⁶ Chantebout B., Droit constitutionnel, 26^{ème} éd., 2009, p. 86 et 442-443. Ardant P., et Mathieu B., Droit constitutionnel et institutions politiques, 26^{ème} éd., 2014, p. 151. Les auteurs de ce dernier manuel parlent plutôt de « référendum de consultation » auquel ils donnent le sens plus restreint de sollicitation de l'avis du peuple quant à un changement donné.

¹⁸⁰⁷ Favoreu L. et al., Droit Constitutionnel, 2013, 15^{ème} éd., p. 588.

fonder sur le résultat d'une votation organisée dans ce cadre pour exiger desdites autorités la mise en œuvre de la décision du corps électoral. Inversement, dès lors que le fondement textuel de la procédure référendaire affirme clairement que l'adoption en votation a un effet obligatoire pour les autorités de l'Etat, comme c'est le cas à l'article 11 de la Constitution¹⁸⁰⁸, lesdites autorités ne peuvent valablement aller contre la volonté ainsi exprimée. Pour autant, les notions de « référendum consultatif » ou « d'effet non-contraignant » souffrent à la fois d'une faiblesse des effets pratiques du caractère non-décisionnel et d'une indétermination de la catégorie qu'elles représentent¹⁸⁰⁹.

1370. Sur le premier point, il a été empiriquement démontré que le caractère consultatif d'une votation n'entraînait jamais, ou presque, une prise de décision par les autorités de l'Etat qui n'irait pas dans le sens de ce résultat¹⁸¹⁰. Nous avons d'ailleurs eu très récemment un exemple des conséquences politiques que pouvait entraîner un référendum juridiquement consultatif avec le « *Brexit* », dont les conséquences politiques n'auraient pas été moindres s'il avait été contraignant. Plus globalement, il paraît assez peu réaliste, dans des Etats où la démocratie est perpétuellement présentée comme le principe du régime politique¹⁸¹¹, d'imaginer que les autorités compétentes puissent, au prétexte qu'elles ne sont pas tenues juridiquement par le résultat, contredire frontalement le choix exprimé en votation.

1371. Sur le second point, il a été noté que la catégorie « référendum consultatif » était assez obscure, en ce qu'elle recouvrait plusieurs hypothèses qui, pourtant, sont souvent dissociées en droit positif¹⁸¹². Patrick Taillon propose ainsi de distinguer l'effet « exécutoire » de l'effet « contraignant ». Le premier désigne l'hypothèse dans laquelle l'adoption en votation entraîne l'application directe du texte concerné. Le second, le cas où le résultat lie les autorités compétentes, mais où il n'est pas « *une condition suffisante à l'adoption d'un acte* »¹⁸¹³. La différence réelle entre référendum consultatif et référendum décisionnel tiendrait donc au caractère directement exécutoire du résultat, et donc à la nature de ses effets juridiques et

¹⁸⁰⁸ Art. 11, al. 7 : « Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet de loi, le Président de la République promulgue la loi dans les quinze jours qui suivent la proclamation des résultats de la consultation ».

¹⁸⁰⁹ Pierre Bon disait de la catégorie des référendums consultatifs qu'elle ne pouvait « manquer de susciter une certaine perplexité ». Bon P., « Le référendum dans les droits ibériques », R.F.D.C, 1997, p. 463.

¹⁸¹⁰ La démonstration a été magistralement menée par Patrick Taillon dans sa thèse. Voir Taillon P., *Le référendum, expression directe de la souveraineté populaire ?*, Dalloz, 2012, pp. 288-301. On peut notamment citer une phrase qui synthétise la démonstration de l'auteur : « *après analyse des pratiques référendaires, un constat s'impose : là où le référendum est dit « consultatif », les élus sont malgré tout liés par les résultats du scrutin. Les très rares exceptions à ce principe sont fondées sur des justifications qui n'ont ultimement rien à voir avec la nature consultative ou décisionnelle du référendum.* » (p. 301). On trouvera une synthèse de ses travaux sur ce point dans la revue internationale de droit comparé : Taillon P., « Pour une redéfinition du référendum consultatif », R.I.D.C, 2007/1, pp. 143-155.

¹⁸¹¹ Bon P., *op.cit.*, p. 463 ; Chantebout B., *op.cit.*, p. 443 (au sujet du référendum de l'article 72-1 de la Constitution).

¹⁸¹² Taillon P., *op.cit.*, p. 303 et, dans une mesure moindre, Bon P., *ibid.*, p. 464.

¹⁸¹³ Taillon P., *op.cit.*, p. 305. L'auteur utilise cette distinction pour établir les quatre hypothèses envisageables quant à la nature des effets d'une votation. Il distingue ainsi le référendum exécutoire aux effets contraignants (le texte adopté entre en vigueur sans pouvoir être modifié par la voie ordinaire) ; le référendum exécutoire aux effets non-contraignants (le texte peut être modifié) ; le référendum non-exécutoire aux effets non-contraignants (le résultat est un simple avis) ; le référendum non-exécutoire aux effets contraignants (le résultat lie les représentants quant à son orientation générale, mais n'a pas d'effet normatif direct, c'est le cas par exemple lorsque l'objet de la votation n'est pas un texte, mais le choix à opérer par rapport à une question donnée, voir Bon P., *op.cit.*, p. 464, au sujet de la procédure référendaire portugaise).

concrets, qui peuvent être directs¹⁸¹⁴ ou indirects¹⁸¹⁵. La distinction porte donc en réalité sur la marge de manœuvre dont disposent les autorités de l'Etat à l'issue de la consultation : soit elles ne peuvent que promulguer le texte adopté, soit la votation leur impose seulement de produire une norme adéquate à la volonté exprimée.

1372. Envisagée sous cet angle, la question de l'effet « consultatif » (en réalité exécutoire) du référendum recoupe alors en partie la distinction entre le droit pour les initiants de saisir les autorités compétentes d'une proposition, et celui de la soumettre au corps électoral. Par conséquent, ce point a déjà été tranché pour notre procédure. Il n'y aurait en effet guère de sens à envisager la possibilité d'un contre-projet pour éviter un excès d'intervention parlementaire si, à l'issue de la procédure ainsi constituée, la seule conséquence de droit était l'obligation, pour les autorités législatives, d'adopter un texte. Evidemment, les deux hypothèses ne sont pas identiques : le poids politique d'une orientation acceptée par le corps électoral dans son intégralité est sans commune mesure avec celui d'un texte élaboré par un groupe de citoyens et déposé au bureau d'une assemblée. Il en va d'ailleurs de même sur le plan des contraintes organisationnelles. Mais la problématique qui sous-tend ces différentes options est au fond la même : quels effets conférer au texte issu du processus d'initiative populaire ?

1373. Ceci nous conduit à formuler deux observations. *Primo*, l'initiative populaire, considérée comme une catégorie regroupant des procédures hétérogènes, connaît ses propres processus de régulation juridique¹⁸¹⁶, qui paraissent plus adaptés. Ceci est renforcé par la circonstance que, parmi les référendums existants qui sont dits consultatifs, aucun n'est de type « ascendant ». *Secundo*, il ne nous paraît pas cohérent d'introduire une procédure qui est, fondamentalement, un processus décisionnel complet, pour *in fine* faire du résultat une simple orientation générale. C'est pourquoi nous continuerons ces développements en nous appuyant sur l'idée que l'effet juridique de l'initiative populaire telle qu'ici envisagée doit être de nature exécutoire.

1374. Mais, cet effet étant précisé, il reste encore à distinguer les effets de droit selon que le texte a été accepté ou rejeté.

B : La distinction des effets du refus et des effets de l'acceptation

1375. S'il paraît évident que les premières pensées suscitées par la question des effets d'une votation sont relatives à une issue favorable aux initiants, il reste qu'un refus peut, également, produire des effets de droit. Tout d'abord, bien sûr, par l'effet immédiat qui consiste en ce que dans le cadre d'un référendum exécutoire, le texte en votation ne soit pas introduit en droit

¹⁸¹⁴ Intégration de l'acte adopté en droit positif.

¹⁸¹⁵ Obligation juridique ou politique pour les autorités de l'Etat d'élaborer un texte conforme à l'orientation exprimée par le corps électoral.

¹⁸¹⁶ Patrick Taillon parle de processus de « rationalisation », de l'expression référendaire. Si l'intervention parlementaire a déjà été mentionnée, il faut également signaler que la question de la modification, ou de l'abrogation ultérieure de la norme issue de l'initiative populaire procède de la même logique.

positif¹⁸¹⁷. Mais également quoiqu'éventuellement, un refus peut entraîner des effets à plus long terme.

1376. Cette observation est amenée, notamment¹⁸¹⁸, par la lecture de l'alinéa 6 de l'article 11 de la Constitution, qui dispose que : « *lorsque la proposition de loi n'est pas adoptée par le peuple français, aucune nouvelle proposition de référendum portant sur le même sujet ne peut être présentée avant l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date du scrutin* »¹⁸¹⁹. En l'état actuel du droit, un référendum issu de la procédure prévue au troisième alinéa de cet article entraîne des effets de droit que la réponse à la question posée soit positive ou négative.

1377. Il va en revanche de soi que ces effets sont totalement différents dans un cas et dans l'autre. La conséquence visée ci-dessus est purement négative, et n'implique par conséquent aucune action positive de mise en œuvre de la part des autorités compétentes. Elle amène en revanche la nécessité d'un contrôle à la fois formel et substantiel de la proposition, et ce en amont de la votation. Elle semble ainsi relever plutôt de la compétence du Conseil constitutionnel. *A contrario*, en cas d'adoption du texte, il est *a minima* nécessaire que le Président de la République le promulgue. En outre, dans le cadre d'un référendum exécutoire, il est possible que le Premier ministre et son gouvernement soient amenés à prendre des mesures d'exécution¹⁸²⁰. Dans tous les cas, cette intervention n'amène pas la nécessité d'un contrôle, prend place après la votation, et relève de la compétence des organes habilités à produire des énoncés normatifs.

1378. Les deux hypothèses n'induisent donc pas du tout les mêmes interactions, interventions, ou acteurs. Elles n'amènent pas non plus un degré de complexité comparable quant à ces différents aspects, ou à l'intégration d'une éventuelle initiative populaire.

1379. La réponse négative à la question posée en votation produit deux types d'hypothèses différentes. Soit aucune disposition particulière n'encadre la possibilité de soumettre une proposition identique, ou particulièrement ressemblante, auquel cas le seul effet de droit est précisément l'absence de conséquence juridique. Soit une telle disposition est prévue dans le dispositif régissant le processus, et alors une autorité -qui, ici, sera postulée juridictionnelle- doit s'assurer du respect par les initiants de cette prescription. Il s'agit certes, comme déjà souligné, d'un effet de droit, mais qui ne suscite pas d'interrogation, si ce n'est, peut-être,

¹⁸¹⁷ Il peut certes l'être *via* la procédure législative « ordinaire », mais, en droit, cela résulte d'un tout autre processus, peu importe que, matériellement, la substance du texte ainsi adopté soit identique ou presque.

¹⁸¹⁸ Nous pouvons trouver des dispositions analogues dans certains dispositifs étrangers. C'est par exemple le cas en Italie, où l'article 38 de la loi de 1970 interdit de présenter une requête tendant à l'abrogation d'un acte dont la suppression avait déjà été rejetée par référendum, pendant cinq ans.

¹⁸¹⁹ Cette disposition est issue d'un sous-amendement sénatorial, soumis en commission, et adopté en séance sans avoir suscité d'opposition particulière. Il était soutenu par l'idée suivante : « *Le Président de la République ne peut pas faire l'objet d'un véritable harcèlement aux fins de multiplier les consultations sur une proposition dont le Peuple français ne veut pas. Il est donc proposé qu'aucun référendum portant sur le même sujet ne puisse être organisé avant l'expiration d'un délai de deux ans suivant le rejet du texte par le Peuple* ». Sous-amendement à l'amendement n°98 rectifié, 17 juin 2008, disponible en ligne : http://www.senat.fr/amendements/2007-2008/365/Amdt_502.html.

¹⁸²⁰ Dans le cadre d'une procédure qui aurait une issue seulement contraignante, il va de soi qu'une réponse favorable rend nécessaire une intervention des autorités compétentes pour mettre en œuvre la volonté exprimée par le corps électoral.

celle de la formulation de cette disposition. Il avait ainsi pu être écrit, à propos du sixième alinéa de l'article 11, que sa rédaction était défectueuse, en ce qu'elle ne donnait aucune indication quant au point d'achèvement du délai de deux ans¹⁸²¹, d'une part, et en ce qu'elle posait de sérieuses questions d'interprétation quant à la notion de « même sujet »¹⁸²². Et il est vrai que le point de savoir si l'interdiction concerne seulement l'ensemble du texte, ou alors une seule de ses dispositions¹⁸²³, par exemple, ou encore la question du degré exigé d'identité entre les deux dispositions comparées¹⁸²⁴, impliquent un important travail important d'interprétation par le juge constitutionnel. Il est tout aussi vrai que le contenu de cette interprétation aurait un impact sur le degré d'ouverture de la procédure. Mais tout cela est parfaitement identique aux considérations relatives au contrôle juridictionnel de la requête référendaire, pris dans sa globalité. Ces interrogations ne sont donc pas simples à résoudre, mais elles ne procèdent pas d'une complexité qui serait singulière à la restriction ici évoquée.

1380. Il en va différemment des effets de droit entraînés par une adoption de la proposition, dans le cadre d'une procédure exécutoire. Ils sont complexes car ils rendent potentiellement nécessaire l'action positive de création de normes, par un organe politique. Ils sont singuliers car leur complexité naît surtout de la nature concrète de l'organe dont la volonté doit être appliquée par les titulaires de la fonction exécutive. En outre, cette complexité est très nettement accentuée par les difficultés caractéristiques de l'exercice, par lesdits titulaires, de la partie normative de l'activité d'exécution des lois. C'est pourquoi il est utile, avant que d'aborder ces effets à proprement parler, d'évoquer le contexte dans lequel ils seraient produits.

II : Le paysage complexe de l'exécution des lois

1381. On l'a jusqu'ici sous-entendu, mais la circonstance que le texte issu de l'initiative populaire soit susceptible de devoir être complété par voie réglementaire, constitue incontestablement un potentiel pouvoir d'action sur la loi par un organe politique de l'Etat. Car, comme le rappelait Jean Rivero : « nous avons admis [...] depuis toujours que la notion d'exécution des lois conférerait à l'exécutif une part propre de pouvoir normatif. [...] Un

¹⁸²¹ Ce point a depuis été précisé par l'introduction, dans l'ordonnance n°58-1067 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, JORF du 9 novembre 1958 p. 10129, d'un article 45-2, dont le 2° affirme que les délais « sont calculés à la date d'enregistrement de la saisine par le Conseil Constitutionnel ».

¹⁸²² Diémert S., « Le référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution », RFDC, 2009/1, p. 72.

¹⁸²³ Dans le premier cas, il serait possible d'insérer quelques dispositions similaires à des dispositions comprises dans un texte déjà soumis à une votation moins de deux ans auparavant. Dans le second, toute disposition similaire serait supprimée du texte par le Conseil Constitutionnel.

¹⁸²⁴ Sur ce point, Stéphane Diémert donne l'exemple suivant : « Il ne sera pas toujours aisé de faire respecter cette prohibition : si les électeurs rejettent une proposition de loi abaissant à cinq ans la durée des mandats électifs locaux, pourront-ils être saisis de nouveau de l'abaissement de la durée des mêmes mandats à quatre ans ? La réponse est tout sauf évidente, car si l'objet de ces deux propositions est identique (l'organisation des pouvoirs publics), leur sujet l'est tout autant (la durée des mandats électifs locaux), mais leur contenu, lui, diffère. L'exemple que l'on vient d'utiliser peut être aisément décliné dans d'autres occurrences [...] ». Ibid.

pouvoir de réglementation inhérent à la fonction exécutive, c'est une des données de notre tradition constitutionnelle »¹⁸²⁵.

1382. Mais ce pouvoir d'action ne se limite pas à l'édiction d'actes réglementaires ni, par conséquent, à l'action d'un organe politique affiché et perçu comme tel, car il peut se manifester de deux façons principales, dualité procédant de l'ambiguïté de la notion « d'exécution des lois ». Au sens plein, elle désigne en effet tous les actes juridiques et matériels effectués par l'Administration pour l'application de la volonté générale exprimée par la loi. L'opération de police en relève, autant que l'exercice du pouvoir réglementaire¹⁸²⁶. En effet chaque échelon d'application de la loi confère une fraction de pouvoir d'agir sur son effectivité. L'agent de police qui laisse partir le contrevenant routier ne donne pas à la norme qu'il n'applique pas la même portée que celui qui l'applique, et le Gouvernement qui excède le champ de sa compétence dans son devoir d'exécuter la loi agit aussi sur cette portée. Plus largement, la neutralité de l'Administration tient largement, sinon du mythe, du moins d'un énoncé performatif plus que d'une réalité intangible. D'abord parce que « *l'application des textes [...] crée une marge de manœuvre, une faculté d'appréciation* »¹⁸²⁷. Ensuite parce que la conjugaison d'une « idéologie administrative »¹⁸²⁸ et de la concentration des ressources indispensables pour agir sur l'application du droit -organisation, effectifs humains pléthoriques, centralisation de compétences techniques...- confèrent à l'appareil administratif un pouvoir considérable. Enfin, parce que les deux grands moyens de contrôle que sont l'enserrement dans un entrelacs de normes sanctionnées par un juge -contrôle juridique- et la domination de droit d'individus dotés d'une légitimité électorale -contrôle politique- rencontrent certaines limites¹⁸²⁹.

1383. Pour ces raisons, du sommet à la base de l'appareil administratif chargé d'appliquer les lois, les agents intervenants et les logiques institutionnelles sont autant de facteurs favorisant l'incorporation du texte dans la dynamique propre de l'Etat¹⁸³⁰, et la question de l'exécution de la loi référendaire ne saurait donc se limiter à l'édiction de mesures réglementaires par les titulaires de la fonction exécutive. Pour autant, si la problématique est unique, il est possible de restreindre l'analyse à l'action du pouvoir réglementaire. Car si le pouvoir de l'Administration vis-à-vis de la loi prend assurément des formes spécifiques par rapport à celle du pouvoir réglementaire, la loi référendaire issue d'une initiative populaire, elle, se trouve dans une position équivalente qu'il s'agisse de l'un ou l'autre aspect. D'autant plus que les voies de contrôle de maîtrise du pouvoir administratif sont les mêmes que pour le

¹⁸²⁵ Rivero J., *Le domaine de la loi et du règlement*, Favoreu L. (dir.), Economica, 2^{ème} éd., 1981, p. 263. L'auteur ne fait évidemment pas seulement référence au pouvoir normatif que les titulaires du pouvoir exécutif tiennent du fait de la nécessité d'exécuter la loi, mais également de leur pouvoir réglementaire « général ».

¹⁸²⁶ Par convention, nous parlerons ici de « pouvoir réglementaire » pour désigner l'action des titulaires de la fonction exécutive au sens restreint et « d'administration » pour désigner celle de l'appareil administratif considéré dans son entièreté.

¹⁸²⁷ Chevallier J., *Science administrative*, PUF, 3^{ème} éd., 2002, p. 260 et s. Dans le même sens, voir Taillon P., *Le référendum, expression directe de la souveraineté du peuple ?*, Dalloz, 2012, p. 352 et s.

¹⁸²⁸ *Ibid.*, p. 563.

¹⁸²⁹ *Ibid.*, p. 268 et s.

¹⁸³⁰ On se reportera utilement à l'ouvrage de Chevallier J., *Science administrative*, PUF, 3^{ème} éd., 2002. Pour une contribution plus courte, on pourra lire Lochak D., « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs*, (n°46), 1988, pp. 43-55.

pouvoir réglementaire considéré singulièrement. Parler des rapports de pouvoir spécifiques qu'elle fait naître au stade de son exécution par le pouvoir réglementaire, c'est donc, en creux, parler de ceux que son application par l'appareil administratif « ordinaire » induit.

1384. Ceci étant dit, et en se concentrant sur l'exécution des lois par le pouvoir réglementaire général, il faut tout de même sous-distinguer entre l'intervention de ses titulaires lorsqu'elle est appelée par la loi, explicitement ou implicitement, et l'intervention facultative. Si la seconde hypothèse vaut quelles que soient les circonstances, elle n'a pas le même impact que la première qui, si elle découle de circonstances qui ne seraient pas systématiques, peut entraîner une paralysie de l'application du texte, et confère donc aux titulaires du pouvoir exécutif un plus grand pouvoir sur le sort de la loi. Nous faisons ici, allusion à la question du retard pris par le Gouvernement à prendre les mesures d'exécution des lois. Par conséquent, si les deux hypothèses doivent être abordées, la seconde mérite un examen attentif. Elle placerait en effet la proposition dans un contexte singulier en tant qu'il est marqué par des difficultés récurrentes, lesquelles cristallisent de nombreuses thématiques liées aux mutations de l'exercice du pouvoir politique. Ceci mérite ici quelques mots supplémentaires.

1385. Car, si est déjà ancienne l'idée d'une évolution de la réalité de la séparation des pouvoirs qui se serait déplacée du couple exécutif/législatif vers celui constitué par la majorité et l'opposition¹⁸³¹, sa concrétisation dans un ensemble normatif qui en institutionnaliserait pleinement l'augure, a en France tardé. En effet, il n'a réellement été mis en œuvre que par la révision de 2008¹⁸³² et ses conséquences concrètes peuvent dans une certaine mesure décevoir¹⁸³³. Par ailleurs, il n'y a dans ce processus rien de réellement achevé, en tous cas pas au point d'affirmer que la séparation organique entre le Parlement et la dyarchie exécutive ne se double plus du tout aujourd'hui d'une concurrence pour l'exercice d'une fraction du pouvoir¹⁸³⁴. Cette ambiguïté entre, d'un côté la persistance d'une concurrence entre deux organes et, de l'autre la réalité d'une communauté d'intérêts entre majorité et titulaires du pouvoir exécutif, se matérialise assez bien dans la question de l'exécution des lois, en ce qu'elle mêle des difficultés proprement techniques et, de façon au moins résiduelle, des conflits plus politiques. Cette ambiguïté se conjugue avec la difficulté, pour les organes de l'État, de trouver des solutions efficaces à ce problème. C'est donc dans un contexte complexe (A) que s'insérerait la question de l'exécution des lois issues de l'initiative populaire, insertion dont tracer la perspective nécessite d'envisager la spécificité (B).

¹⁸³¹ Nabli B., « L'opposition parlementaire : un contre-pouvoir politique saisi par le droit », *Pouvoirs*, 2010/2, pp. 125-141.

¹⁸³² Vidal-Naquet A., « L'institutionnalisation de l'opposition. Quel statut pour quelle opposition ? », *R.F.D.C.*, 2009/1, pp. 153-173.

¹⁸³³ Vidal-Naquet A., « Le renouveau de l'opposition », *Pouvoirs*, 2013/3, pp. 133-147.

¹⁸³⁴ Thiers E., « La majorité contrôlée par l'opposition : pierre philosophale de la nouvelle répartition des pouvoirs ? », *Pouvoirs*, 2012/4, pp. 61-72.

A : L'intervention spontanée

1386. C'est l'une des caractéristiques de la Ve République, qui a en son temps fait couler beaucoup d'encre : le pouvoir réglementaire dispose d'un domaine propre¹⁸³⁵ dans lequel son intervention n'est pas conditionnée par l'insuffisante précision d'une loi. Cette intervention est donc spontanée et, en ce sens, autonome¹⁸³⁶. Il en résulte que le Premier Ministre peut tout à fait adopter un ou plusieurs règlements venant pour l'application d'une loi, sans que celle-ci le rende indispensable explicitement ou implicitement, à condition que cette intervention se fasse dans le domaine de l'article 37. Le pouvoir législatif ne peut empêcher cette intervention en incluant dans les textes de lois des dispositions réglementaires. En effet, dès lors que le texte empiète sur le domaine de l'article 37-ce qui n'est pas un motif d'inconstitutionnalité¹⁸³⁷- le Premier Ministre peut intervenir pour obtenir la possibilité de modifier ou d'abroger ces dispositions par décret. Mais cette intervention est encadrée en application de la procédure prévue au deuxième alinéa de l'article 37 de la Constitution : le chef du Gouvernement ne peut obtenir cette possibilité qu'après avoir saisi le Conseil constitutionnel afin qu'il confirme le caractère réglementaire des dispositions concernées¹⁸³⁸, ce qui entraîne, en aval, leur « délégalisation », et donc la possibilité pour le pouvoir réglementaire de les supprimer. Qu'en serait-il dans notre hypothèse ?

1387. Le tableau dressé ci-dessus correspond au régime applicable aux « textes en forme législative »¹⁸³⁹, c'est-à-dire les lois adoptées par le Parlement¹⁸⁴⁰, les ordonnances de l'article 38, celles de l'article 92, et les décrets ayant été correctement validés, *a posteriori*, par une loi¹⁸⁴¹. Autrement dit, l'article 37 al. 2 n'a jamais été appliqué à une loi référendaire. Or, comme nous le savons, la loi référendaire est en l'état actuel du droit non-susceptible d'un contrôle de constitutionnalité, qu'il s'agisse de la voie ouverte à l'article 61¹⁸⁴² ou de la QPC de l'article 61-1¹⁸⁴³. Guillaume Drago affirme d'ailleurs qu'une loi référendaire n'est pas susceptible d'être soumise à une demande de délégalisation¹⁸⁴⁴. Et il est vrai que cette dernière procédure concernant, par définition, une loi en vigueur, et puisque rien, dans la jurisprudence du Conseil, ne laisse à penser que sa position sur les lois référendaires puisse être renversée, cette affirmation paraît tout à fait robuste. Par conséquent, si nous suivons la réflexion de cet auteur, le pouvoir réglementaire serait sans possibilité de protéger son domaine en cas d'empiètement par la proposition.

¹⁸³⁵ Défini -négativement- par le célèbre article 37 de la Constitution.

¹⁸³⁶ Favoreu et alii., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006, p. 195.

¹⁸³⁷ Cons., const., Déc., n°82-143 DC du 30 juillet 1982, blocage des prix et des revenus, JORF du 31 juillet 1982 p. 2470, Rec. p.57.

¹⁸³⁸ CE, Ass., 27 février 1970, « Sieur Dautan », Rec. p. 141.

¹⁸³⁹ Titre du chapitre III de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, qui comprend les trois articles encadrant la procédure applicable à cette voie de droit.

¹⁸⁴⁰ Du moins celles adoptées après l'entrée en vigueur de la Constitution, aux termes du premier alinéa de l'article 37 de la Constitution.

¹⁸⁴¹ Rousseau D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2001, pp. 284-285. Drago G., *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2^{ème} éd., 2006, pp. 308-309.

¹⁸⁴² Cons., const., Déc., n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, « Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne », JORF du 25 septembre 1992 p. 13337 Rec. p. 94

¹⁸⁴³ Cons., const., Déc., n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, JORF du 27 avril 2014 p. 7360.

¹⁸⁴⁴ Drago G., *op.cit.*, p. 309.

1388. Par ailleurs, le texte rédigé par les comités, si c'était celui-là qui était adopté, ne pourrait pas non plus faire l'objet de la procédure de l'article 41 de la constitution, celle-ci ne s'appliquant qu'aux propositions de loi et amendements produits pendant la procédure législative¹⁸⁴⁵. On peut bien sûr, soutenir que l'initiative populaire s'analyse matériellement, comme une procédure législative dont l'objet est une proposition puisque le texte ne serait pas d'origine gouvernementale¹⁸⁴⁶. Mais cela constitue une interprétation très constructive du texte et le procédé prévu à l'article 41 s'appliquerait mal au déroulé de l'initiative populaire.

1389. De telle sorte que le Gouvernement serait démuné, alors même que la jurisprudence « blocage des prix » n'a de sens que comprise dans un contexte normatif où le titulaire du pouvoir réglementaire général peut défendre sa compétence¹⁸⁴⁷. Il y a donc ici un problème qui ne produirait certes pas d'effets néfastes pour l'initiative populaire, mais qui en résulterait, et dont le fond concerne fondamentalement un équilibre institutionnel. Par ailleurs, s'il ne relève pas de l'exécution de la loi au sens strict, il est révélé par cette thématique, et lui est connectée par les acteurs et le domaine auxquels il renvoie. Il sera donc abordé dans cette section, mais au paragraphe suivant.

B : L'intervention nécessaire

1390. Compétence originellement unique de l'organe exécutif et partant, élément essentiel de justification de l'existence de la fonction associée¹⁸⁴⁸, la prise d'actes normatifs pour l'exécution des lois demeure une part fondamentale de l'activité gouvernementale. Dans l'esprit révolutionnaire dont on sait la marque qu'il a laissé sur notre droit public, la fonction exécutive est donc nécessairement subordonnée¹⁸⁴⁹. Mais la densification de l'activité de

¹⁸⁴⁵ Art. 41 al. 1^{er} const. : « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité. ».

¹⁸⁴⁶ Ceci ne vaut évidemment que dans l'hypothèse où le texte est cantonné au domaine de la loi.

¹⁸⁴⁷ On peut citer Dominique Rousseau qui affirme, dans son manuel, que : « la logique [de la décision blocage des prix] repose entièrement et explicitement sur l'idée que, par le jeu de l'article 37, al. 2, le gouvernement peut toujours se voir 'restituer l'exercice de son pouvoir réglementaire, après la promulgation de la loi, par la voie d'un déclassement' ». Rousseau D., *op.cit.*, p. 282. Cette analyse s'appuie sur le considérant suivant de la décision en question (cons. 11) : « Considérant, sur le second point, que, si les articles 34 et 37, alinéa 1er, de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, la portée de ces dispositions doit être appréciée en tenant compte de celles des articles 37, alinéa 2, et 41 ; que la procédure de l'article 41 permet au Gouvernement de s'opposer au cours de la procédure parlementaire et par la voie d'une irrecevabilité à l'insertion d'une disposition réglementaire dans une loi, tandis que celle de l'article 37, alinéa 2, a pour effet, après la promulgation de la loi et par la voie d'un déclassement, de restituer l'exercice de son pouvoir réglementaire au Gouvernement et de donner à celui-ci le droit de modifier une telle disposition par décret ; que l'une et l'autre de ces procédures ont un caractère facultatif ; qu'il apparaît ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en oeuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi ; que, dans ces conditions, les députés auteurs de la saisine ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution ».

¹⁸⁴⁸ Verpeaux M., *La naissance du pouvoir réglementaire*, PUF, 1991, p. 15.

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 31.

l'Etat, la multiplication des compétences réglementaires au bénéfice des titulaires de la fonction exécutive notamment, vont presque immédiatement brouiller le droit positif. Pour autant, les conceptions spontanées, héritées de la Révolution, ont perduré¹⁸⁵⁰, de même que la nécessité de préciser certaines dispositions pour les rendre applicables, qui n'auraient soit pas leur place dans un texte législatif -qui doit rester un tant soit peu lisible- soit n'avaient pas été prévues par ses auteurs. C'est donc logiquement qu'en parallèle de ces évolutions, un phénomène de « mal-application » a commencé à émerger¹⁸⁵¹, c'est-à-dire soit l'absence de diligence normale du Gouvernement à prendre les mesures nécessaires pour une loi donnée, soit la prise de mesures partielles¹⁸⁵².

1391. Ces différentes considérations expliquent que la doctrine¹⁸⁵³ a d'abord pu s'interroger sur l'existence d'une obligation pour le Gouvernement à exécuter les lois¹⁸⁵⁴, puis une fois cette obligation unanimement reconnue, sur sa nature, à l'époque considérée par tous ou presque comme purement politique¹⁸⁵⁵. Le juge administratif viendra clore ces débats en affirmant clairement l'existence d'une obligation juridique d'exécuter la loi¹⁸⁵⁶. Il n'hésitera pas d'ailleurs à user de ses pouvoirs -nouveaux à l'époque- d'injonction et d'astreinte¹⁸⁵⁷, et même à juger une affaire comme si le règlement d'exécution nécessaire avait été adopté alors qu'il ne l'avait pas été, eu égard au délai pathologique d'absence de prises de mesures par le Premier ministre¹⁸⁵⁸.

1392. Par ailleurs¹⁸⁵⁹, l'inflation législative¹⁸⁶⁰, la complexification du droit et notamment la multiplication des strates normatives¹⁸⁶¹, principalement, ainsi que certaines conjonctures politiques ont entraîné une amplification du phénomène. En outre, la logique même de l'article 34 de la Constitution rend, au moins en théorie, cette problématique plus aiguë,

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, pp. 407-418.

¹⁸⁵¹ Logiquement, puisque le pouvoir exécutif s'est autonomisé, et le droit s'est complexifié.

¹⁸⁵² On peut affiner l'affirmation en distinguant l'application des lois de l'application des dispositions législatives, ce qui correspond bien plus à la réalité vécue par les acteurs. Ainsi, une loi peut très bien être considérée comme « non-appliquée » au sens où elle n'a pas reçu toutes les mesures d'exécution qu'elle nécessite, alors même qu'une seule de ses dispositions reste inappliquée.

¹⁸⁵³ Auby J.-M., « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », JCP 1953, I, n° 1080, synthétise les diverses positions.

¹⁸⁵⁴ Hauriou M., Précis de droit administratif, 6ème édition, p. 309.

¹⁸⁵⁵ Barthélémy, Revue politique et parlementaire, tome 6, p. 324 ; Duguit L., Traité de droit constitutionnel, 2ème édition, tome 4, p. 708.

¹⁸⁵⁶ D'abord, en 1951, où la Haute juridiction affirme sans équivoque l'existence de cette obligation. Ensuite, le Conseil d'Etat en tire les conséquences en admettant l'annulation du refus de prendre les règlements d'exécution d'une loi, puis en acceptant d'engager la responsabilité de l'Etat du fait du dommage causé par la non intervention des règlements d'exécution. Respectivement : CE, Sect., 13 juillet 1951, « Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF », Req. n°27492; CE, 13 juillet 1962, « Kevers-Pascalis », rec. p. 475 ; CE Ass., 27 novembre 1964, « Vve Renard », rec. p. 590.

¹⁸⁵⁷ CE, 28 juillet 2000, « Association France Nature Environnement », rec. p. 323.

¹⁸⁵⁸ CE, Sect., 25 février 2005, « Mme Barbier », rec. p. 81.

¹⁸⁵⁹ Les causes « techniques » ici évoquées sont souvent désignées. L'on pourra, à cet égard, lire le compte-rendu du débat organisé au Sénat à la demande du groupe RDSE le 12 janvier 2011, et notamment la deuxième intervention du sénateur Yvon Collin. JORF, n°2 S. (C.R.), 13 janvier 2011, p. 73. En ligne :

<https://www.senat.fr/seances/s201101/s20110112/s20110112.pdf>.

¹⁸⁶⁰ Qui rend parfois les lois inapplicables, ce qui conduit les titulaires du pouvoir exécutif à différer les mesures d'exécution.

¹⁸⁶¹ Qui complique d'autant plus la charge des services administratifs du Gouvernement qu'il n'est pas toujours possible d'anticiper l'ensemble des normes à prendre en compte pour la rédaction d'un règlement d'exécution.

puisque'une partie du domaine législatif que cet article définit est censé se cantonner aux « principes fondamentaux », ce qui semble consacrer implicitement un périmètre d'intervention assez important pour le pouvoir législatif. De sorte que les assemblées ont fini par se doter, sous la Ve, de moyens de contrôle -*via* des actions d'évaluation et de pressions limitées sur le Gouvernement- dès 1971 pour le Sénat, à partir de 2004 pour l'Assemblée Nationale¹⁸⁶².

1393. Le phénomène est donc ancien, et sa mesure est prise depuis longtemps. Néanmoins, le poids des représentations anciennes brièvement exposées ci-dessus continue de produire quelques effets, sans même parler de considérations spécifiques à l'équilibre des pouvoirs sous la Ve République, ce qui se manifeste dans l'efficacité limitée du contrôle juridictionnel ainsi que dans les difficultés du contrôle politique.

1394. S'agissant du premier, il y a également plusieurs facteurs plus immédiats, dont les principaux sont liés aux acteurs et à l'objet singulier de ce contentieux. Ainsi, le juge considère que la non-exécution n'est illégale que si elle excède un délai raisonnable qui est fixé abstraitement à six mois¹⁸⁶³, mais ne peut réellement s'apprécier qu'*in concreto*¹⁸⁶⁴, chaque texte étant susceptible d'amener des difficultés spécifiques en plus des causes générales du phénomène brièvement évoquées. Par conséquent ce délai peut parfois être important¹⁸⁶⁵ et la jurisprudence sur cette question est difficile à prévoir¹⁸⁶⁶. Par ailleurs, et comme le notait Denys de Béchillon : « [...] *le premier élément à sauter aux yeux n'est autre que la profondeur du hiatus entre l'importance de ce phénomène et la faiblesse de la réaction contentieuse à laquelle il donne lieu. Il y a, selon toute évidence, assez peu de recours diligentés contre ce type de carence du gouvernement* »¹⁸⁶⁷. Sans s'étendre plus avant, il est donc patent que le contrôle juridictionnel rencontre en cette matière de sérieuses limites qui en restreignent très fortement la portée. Celle-ci n'est pas pour autant inexistante puisqu'il y a bel et bien des situations pathologiques que l'intervention du juge permet de faire cesser et, ce faisant, contribue à limiter le phénomène.

1395. Le second semble, quant à lui, être dans une dynamique plus favorable. Comme nous l'avons dit, les premières mesures de contrôle de l'application des lois mises en place par une assemblée parlementaire le furent par le Sénat qui, à partir de l'année 1971, a mis en place un dispositif de contrôle consistant en ce que chaque commission permanente assure « *le suivi de*

¹⁸⁶² Résolution du 22 avril 1971 pour le Sénat, du 12 février 2004 pour l'Assemblée Nationale.

¹⁸⁶³ Il s'agit en réalité plus d'une déduction que le résultat d'une affirmation qui aurait été explicitement faite par le juge. Ce délai est issu de la décision CE, 28 juillet 2000, « Association France nature environnement », *op.cit.*, et agit depuis comme une référence, y compris par des acteurs politiques qui la mentionnent volontiers.

¹⁸⁶⁴ Galmot Y., Conclusions sur CE, Ass., 27 novembre 1964, Dame veuve Renard, Rec. Leb., pp. 590-600 : « *il appartient au juge administratif de déterminer dans chaque cas particulier, et compte tenu des difficultés propres à chaque affaire, le délai raisonnable dont dispose l'administration pour agir et au-delà duquel son abstention devient illégale* ».

¹⁸⁶⁵ CE, 3 oct. 1997, « ANAFE », Rec. p. 327, pour un délai de 21 mois justifié, selon le juge, par un changement de gouvernement.

¹⁸⁶⁶ Voir par exemple CE, 27 juillet 2005, « syndicat national des pharmaciens », Req. n°277663, où le Conseil d'Etat sanctionne un délai de 29 mois, dans des circonstances similaires de changement de gouvernement.

¹⁸⁶⁷ De Béchillon D., « A propos de l'obligation faite au gouvernement de prendre des règlements d'exécution des lois », AJDA 2009, p. 687.

l'application des lois »¹⁸⁶⁸. L'Assemblée Nationale n'a pu imiter cette initiative qu'en 2004¹⁸⁶⁹, les tentatives précédentes ayant échoué¹⁸⁷⁰. Le Sénat a quant à lui approfondi cet aspect du contrôle de l'action gouvernementale, par la publication annuelle de rapports de synthèse dont la présentation peut être accompagnée d'une séance de questions orales.

1396. Il y a donc aujourd'hui une profusion de sources chiffrées, ce qui n'était pas le cas il y a encore une quinzaine d'années. Pour autant, comme le notait Denys de Béchillon dans l'article précité¹⁸⁷¹, la quantification du phénomène demeure incertaine, tant la terminologie recouvre une réalité hétéroclite, ce qui complique d'autant les méthodes de récolte des données¹⁸⁷². Il est donc délicat de délivrer ici des chiffres fiables qui auraient été récoltés concomitamment à la mise en place de ce dispositif, seule façon d'en envisager sérieusement l'impact¹⁸⁷³. En revanche, la mise en place à partir de 1981 d'une base de données recueillant l'ensemble des lois examinées par les commissions du Sénat¹⁸⁷⁴, ainsi que des mesures réglementaires qu'elles nécessitent, offre un certain recul à partir de cette année-là, d'autant que la chambre haute les a également centralisé et diffusé dans des rapports uniques¹⁸⁷⁵. Il faut néanmoins garder à l'esprit que ces diverses informations sont difficiles à analyser, et que l'espace que nous allons ici leur consacrer n'est pas adapté à un traitement satisfaisant. Nous nous bornerons ici à émettre des considérations générales et renvoyons donc, pour plus de détails, aux travaux des diverses commissions permanentes des assemblées, et notamment à ceux de la commission sénatoriale pour l'application des lois qui a produit des rapports sur la question de 2011 à 2014¹⁸⁷⁶. Malgré ces réserves, il paraît peu discutable que les deux dernières législatures¹⁸⁷⁷ ont permis des progrès significatifs du contrôle par les assemblées de l'application des lois. D'abord par la montée en puissance de la fonction générale de contrôle par le Parlement de l'action du Gouvernement, dont le contrôle de l'application des lois est un

¹⁸⁶⁸ Art. 22, al. 1^{er} RS.

¹⁸⁶⁹ Selon des modalités figurant aux articles 145 et suivants du RAN.

¹⁸⁷⁰ A.N, Bignon J., et Sauvadet F., Mission d'information commune sur les problèmes généraux liés à l'application des lois : « l'insoutenable application de la loi », la doc. Fra., 1995, pp. 25-27.

¹⁸⁷¹ De Béchillon D., *op.cit.*, p. 687.

¹⁸⁷² Voir, sur ce point, le rapport n°623 fait par David Assouline pour la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois pour l'année 2013, enregistré le 17 juin 2014, pp. 32-33. En ligne :

<http://www.senat.fr/rap/r13-623/r13-6231.pdf>.

¹⁸⁷³ Ces chiffres sont néanmoins disponibles dans les différents rapports établis par le Sénat sur le sujet, mais ont longtemps fait l'objet de controverses récurrentes entre le secrétariat général du gouvernement et les membres concernés du Palais du Luxembourg. Ces polémiques semblent aujourd'hui éteintes, ce qui nous permet à tout le moins d'évoquer, sans risquer de communiquer des données biaisées, les éléments fournis dans les rapports établis depuis 2011.

¹⁸⁷⁴ La base « Apleg », ainsi définie par le premier rapport de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois : « *le contrôle de la parution des textes d'application des lois est exercé à partir d'une base de données propre au Sénat (base Apleg), tenue à jour par les commissions permanentes, chacune pour les lois qu'elle a examinées au fond. Les commissions recensent, loi par loi, les dispositions législatives appelant des mesures réglementaires et suivent la parution au Journal Officiel des textes attendus* ». Rapport n°323, fait par David Assouline pour la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois, sur l'application des lois, enregistré à la présidence du Sénat le 1^{er} février 2012, p. 21, en ligne :

<https://www.senat.fr/rap/r11-323/r11-3231.pdf>.

¹⁸⁷⁵ Depuis 1993, précisement.

¹⁸⁷⁶ On pourra également lire, pour une analyse plus critique que l'exercice du rapport parlementaire de suivi ne le permet, et incomparablement plus fournie que ce que nous effectuons ici : Preuvot P., « L'amélioration de l'application des lois : un enjeu dans la relation Parlement-Gouvernement », RDP, 2012/1, p. 39 ; Bordier D., « L'application des lois, les parlementaires et le Conseil d'Etat : le malentendu », AJDA, 2012, p. 2022.

¹⁸⁷⁷ Soit, à la date où ces lignes sont écrites, la XIII^{ème} et la XIV^{ème}.

aspect¹⁸⁷⁸, et à laquelle la révision de 2008 a donné plus d'ampleur¹⁸⁷⁹. Ensuite et spécifiquement, par le surcroît d'investissement tant des parlementaires que du Gouvernement¹⁸⁸⁰. Ces progrès sont d'ailleurs notés par les parlementaires puisque si le premier rapport de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application de la loi dressait un constat mitigé¹⁸⁸¹, il n'en allait pas de même du dernier de ces documents, publié en 2014¹⁸⁸², qui note un effort très significatif du gouvernement « Valls ». De sorte que nous pouvons affirmer que depuis que quelques années, le contrôle parlementaire de l'application des lois a permis de sérieux progrès en la matière.

1397. Il reste que ce contrôle est affecté d'une limite majeure : l'absence totale de possibilité de contrainte. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision rendue sur la résolution du 12 février 2004 formalisant un contrôle des commissions permanentes sur l'application des lois¹⁸⁸³, a en effet émis une réserve neutralisant toute possibilité de donner à ces mécanismes un caractère contraignant¹⁸⁸⁴. Si la démarche est tout à fait conforme à sa jurisprudence classique sur les résolutions parlementaires¹⁸⁸⁵, il n'en demeure pas moins que cela restreint fortement le potentiel d'efficacité du contrôle par le Parlement de l'application de la loi. D'autant plus que les parlementaires ne semblent pas pouvoir agir « ès-qualités », au contentieux pour doubler le contrôle politique d'un contrôle juridictionnel¹⁸⁸⁶ dont l'on a par ailleurs évoqué les limites.

1398. En outre, les causes essentiellement techniques que nous avons très brièvement mentionnées¹⁸⁸⁷ constituent par elles-mêmes, et également, une limite dans le sens où étant en partie extérieures à la volonté des acteurs, elles ne peuvent être totalement maîtrisées par eux.

1399. Le texte issu de l'initiative populaire s'insérerait donc dans un contexte complexe et dont rien n'interdit de penser qu'il pourrait être un facteur de ralentissement des conséquences normatives portées par la proposition, même si la dynamique actuelle du contrôle politique

¹⁸⁷⁸ Voir not. Türk P., *Le contrôle parlementaire en France*, L.G.D.J., 2011.

¹⁸⁷⁹ Le débat organisé au Sénat, mentionné précédemment (note 1931), l'a par exemple été dans le temps réservé au contrôle par l'opposition.

¹⁸⁸⁰ Nous avons déjà mentionné un certain nombre d'innovations parlementaires attestant de cet investissement. Les différents gouvernements ont également pris un certain nombre de mesures, dont la principale incarnation est probablement la circulaire du 29 février 2008 relative à l'application des lois, qui formalise un délai « normal » de six mois.

¹⁸⁸¹ « *Si, cette année, par rapport à l'an dernier, l'appréciation semble, de prime abord et dans l'ensemble, nettement plus favorable, en particulier pour la mise en application des lois récentes, cela est d'abord dû à un double changement de la période de référence très favorable au Gouvernement, mais cela ne saurait masquer les retards inexplicables ou d'autres motifs d'insatisfaction récurrents et significatifs qui subsistent* ». Rapport n°323 de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois, *op.cit.*, p. 18.

¹⁸⁸² Rapport n°623 pour la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois pour l'année 2013, enregistré le 17 juin 2014, pp. 7-8.

¹⁸⁸³ Cons., const., Déc., n° 2004-493 DC du 26 février 2004, JORF du 29 février 2004 p. 4164, Rec. p. 64.

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*, Cons. 3 : « *considérant que les missions de suivi ainsi définies revêtent un caractère temporaire et se limitent à un simple rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution ; [...]* ».

¹⁸⁸⁵ Voir, sur ce point, Niquègue, S. « Les résolutions parlementaires de l'article 34-1 de la Constitution », RFDC, 2010/4, pp. 865-890.

¹⁸⁸⁶ Carpentier E., « L'intérêt à agir du Parlement et des parlementaires devant le Conseil d'Etat », AJDA 2008, p. 777.

¹⁸⁸⁷ Nous en trouverons un examen plus approfondi dans les divers rapports parlementaires que nous avons cités, ainsi que sous la plume de Perrine Preuvot, *op.cit.*, pp. 39-46.

peut permettre de nuancer cette affirmation. Par ailleurs, sa singularité le mettrait dans une position spécifique par rapport à un texte issu du vote parlementaire, y compris une proposition de loi. Car, qu'il s'agisse d'un projet ou d'une proposition, que le Gouvernement y ait consenti ou non, n'importe quel texte de loi ayant suivi la voie « normale » sera issu d'individus siégeant au Parlement ou participant au Gouvernement. Un texte issu de l'initiative populaire pourrait tout à fait, lui, avoir été adopté sans qu'aucun acteur institutionnel n'y ait été favorable. Or, le contrôle politique, celui qui présente les meilleures garanties d'efficacité, repose en grande partie sur la bonne volonté des acteurs. Par conséquent, le principal ressort expliquant l'efficacité -relative- de ce contrôle pourrait être manquant dans le cas d'une initiative populaire. L'intégration de ce texte dans le paysage complexe de l'exécution des lois à droit constant pourrait donc amener des problématiques spécifiques. *A contrario*, et s'agissant du contrôle juridictionnel, la fermeture de la voie contentieuse aux parlementaires ne s'aurait envisager sous la même forme, car ce qui vaut pour le Parlement ne vaudra pas pour un comité.

1400. Au bilan, le contexte général de l'exécution des lois pourrait entraver le texte issu de l'initiative populaire, essentiellement eu égard aux problématiques générales que ce contexte soulève, mais aussi en raison de caractères spécifiques à ce texte. Ces éléments étant dégagés, l'on peut à présent envisager les formes de résolution du problème ainsi déterminé.

§2 : Solution du problème

1401. Si le problème peut être analysé comme unique, en ce qu'il procède de l'intervention du pouvoir réglementaire postérieurement à l'adoption du texte par référendum, l'analyse qui précède a souligné qu'il peut être divisé en deux problématiques autonomes. Celle tenant à la protection du domaine réglementaire (I), et celle tenant à l'exécution, par les titulaires de la fonction exécutive, de la loi référendaire (II).

I : La question de la protection du domaine réglementaire

1402. Comme souligné précédemment, l'équilibre imposé par le Conseil Constitutionnel relativement à la coexistence des domaines législatifs et réglementaires est inopérant s'agissant des lois référendaires, puisque les instruments sur lesquels il repose -les procédures des articles 37 al. 2 et 41- ne peuvent *a priori* être utilisés. Il convient d'approfondir cette assertion. Nous pouvons cependant avant toute chose, nous interroger sur l'exacte portée du problème.

1403. La création d'un domaine réglementaire est comme chacun sait, une grande innovation de la Ve, qui participe grandement de l'équilibre de la relation entre le Parlement et l'exécutif, elle est donc à considérer sous un angle institutionnel bien plus que normatif¹⁸⁸⁸. Dans ce

¹⁸⁸⁸ Protière G., « Le Parlement et les critères de la loi, la "révolution" en attente... », *Politeia*, 2009/2, pp. 387-399.

cadre et comme on nous l'avons dit, les voies de droit par lesquelles le Premier Ministre peut faire valoir ses prérogatives jouent un rôle essentiel dans le régime encadrant la frontière entre les deux domaines. L'irruption d'un acteur tiers, compétent pour faire la loi, et vis-à-vis duquel l'exécutif ne pourrait exercer ce type de démarche serait donc non seulement inédite, mais exceptionnelle au regard de l'équilibre institutionnel existant. Seulement, cet équilibre a été pensé pour la relation entre exécutif et législatif par rapport aux configurations réelles qu'elle avait pu revêtir par le passé, et non pour une relation entre un pouvoir constitué animé par des acteurs stables et un organe *ad hoc*. Or, le Parlement est un rival et un collaborateur constant du pouvoir exécutif, qui dispose vis-à-vis de lui d'un certain nombre d'armes juridiques et factuelles. Ces dernières expliquent l'équilibre ici évoqué et forment avec lui un contexte, l'équilibre général des pouvoirs, dans le cadre duquel chaque pièce constitutionnelle constituant les contraintes doit être analysée. Nous pouvons sur ce fondement tout à fait soutenir que la possibilité de faire voter par le corps électoral un texte législatif déterminé quelques fois par an au maximum, n'est pas en soi une menace comparable à celle que la séparation des domaines législatifs et réglementaires devait et doit participer à conjurer. Par conséquent, on peut penser que si sur le plan des équilibres institutionnels abstraitement considérés, l'exception ici envisagée serait particulièrement choquante, sa portée concrète demeurerait circonscrite à des hypothèses rares et ne correspondrait pas à ce que ces équilibres visent à garantir.

1404. D'autant plus que l'impossibilité évoquée est probablement plus relative que l'on ne peut le penser au premier abord.

1405. Si la procédure de l'article 41 semble exclue en tant que telle, la prérogative qu'elle offre au Gouvernement¹⁸⁸⁹ peut être sauvegardée sans bouleverser l'économie générale du processus d'initiative populaire tel qu'il est ici figuré. Il est tout à fait envisageable que dans le cadre des interventions auprès du Conseil constitutionnel, le Gouvernement demande à celui-ci le déclassement de telle ou telle disposition d'après lui de nature réglementaire. Au regard de l'importance que cette prérogative gouvernementale revêt pour l'explication du régime encadrant la frontière issue des articles 34 et 37 de la Constitution, il est probable que le Conseil recevrait une telle demande, pour peu orthodoxe qu'elle soit au regard de la formulation de l'article 41.

1406. Par ailleurs, il n'est pas si certain que le refus du Conseil de contrôler la constitutionnalité des lois référendaires entraîne *ipso facto* la fermeture de la procédure prévue à l'article 37. al. 2. Cette affirmation repose en effet sur l'idée que ce refus n'est pas lié à la nature du contrôle mais à celle de la norme. De fait, la circonstance que les lois référendaires soient adoptées par le « peuple », figure en toutes lettres, et est utilisé comme un argument dans les décisions refusant de les contrôler. Mais ce n'est pas le seul argument utilisé par le Conseil à l'appui de sa position. Il utilise également, et de façon tout aussi déterminante, celle « d'équilibre des pouvoirs ». Ce qui a pu être analysé comme une allusion à la circonstance que les lois référendaires sont issues d'une prérogative présidentielle¹⁸⁹⁰, ou

¹⁸⁸⁹ Obtenir un déclassement d'une disposition législative avant l'adoption du texte qui la contient.

¹⁸⁹⁰ Fatin-Rouge Stéfanini M., « Le refus du contrôle des lois référendaires dans le cadre d'une QPC : une décision sans surprise », RFDC, 2014/3, pp. 692-700.

encore comme la reconnaissance implicite du peuple « référendaire » comme un pouvoir « comme un autre »¹⁸⁹¹, en tous cas comme un renvoi à la délicate question du périmètre d'action des pouvoirs politiques dans l'Etat de droit. Ceci peut laisser à penser que la position que le Conseil exprime concerne seulement le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires. Or, la procédure de délégalisation est selon toute vraisemblance une voie spécifique, autonome du contrôle de constitutionnalité, puisque le Conseil l'affirme dans sa décision « blocage des prix » déjà citée¹⁸⁹², idée reprise dans le commentaire de la décision enterrant définitivement la jurisprudence dite « avenir de l'école »¹⁸⁹³. Ces deux éléments cumulés permettent d'imaginer la recevabilité d'une demande de déclassement fondée sur l'article 37 al. 2, d'autant plus que ceci permettrait de respecter « l'équilibre des pouvoirs » tel qu'il résulte de la Constitution. Si nous pouvons concéder que cette hypothèse paraît politiquement peu réaliste, il demeure qu'elle est juridiquement possible. En outre, son caractère opportun ne serait probablement pas apprécié de la même façon par le Conseil dans le cadre d'une initiative populaire.

1407. En définitive, les difficultés posées par l'initiative quant à la protection du domaine réglementaire ne paraissent pas d'une importance cruciale, et si toutefois on voulait les corriger, cela demeurerait possible soit par une adaptation mineure du contrôle exercé en amont de la votation, soit à droit constant, soit en cumulant les deux hypothèses.

1408. Les difficultés relatives à l'exécution de la loi référendaire ne sont guère plus difficiles à résoudre.

II : La question de l'exécution de la loi référendaire

1409. La problématique de l'exécution de la loi référendaire doit pour être appréciée, s'analyser dans son contexte spécifique.

1410. S'agissant d'abord des règles relatives à cette exécution, il est à noter que de nombreux États Américains prévoient, dans le texte constitutionnel, un délai spécifique au-delà duquel l'absence d'exécution devient fautive¹⁸⁹⁴, mais rien de similaire ne s'observe dans le contexte européen.

¹⁸⁹¹ Beaud O., *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, p. 428.

¹⁸⁹² Cons. 11, préc., : « [...]qu'il apparaît ainsi que, par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en oeuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi [...] ».

¹⁸⁹³ Commentaire aux cahiers, sous la décision n°2012-649 DC du 15 mars 2012, p. 5, en ligne : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012649DCccc_649dc.pdf. L'on notera qu'il y est affirmé que l'instauration de la QPC renforce cette séparation entre le contrôle de constitutionnalité et les procédures des articles 37 al. 2 et 41. Cette spécificité est aussi implicitement reconnue dans le plan de certains manuels, et notamment Mathieu B. et Ardant P., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, L.G.D.J., 23^{ème} éd., 2011, p. 136.

¹⁸⁹⁴ Ainsi de la Constitution du Wyoming, qui dispose que : « *An initiated law becomes effective ninety (90) days after certification* », alors que, s'agissant des lois d'origine parlementaire, le délai n'est qu'implicitement prévu,

1411. S'agissant de la marge de manœuvre dont disposerait le pouvoir réglementaire, ce contexte renvoie aux possibilités offertes aux comités en amont, comme à celles ouvertes aux acteurs concernés en aval.

1412. Sur le premier point, il n'y a pas grand-chose à dire. Puisque depuis la jurisprudence « blocage des prix », l'empiètement sur le domaine réglementaire ne constitue pas une inconstitutionnalité, les rédacteurs du texte -par hypothèse les comités- peuvent tout à fait le détailler pour restreindre la marge de manœuvre du pouvoir exécutif. En l'état actuel du droit, le Gouvernement ne peut s'y opposer-comme nous l'avons vu- qu'en passant par les procédures prévues à cet effet. Ces dernières impliquent la saisine du Conseil, ce qui offre aux comités les mêmes garanties qu'à tout législateur sous la Ve République. Par ailleurs, dans la mesure où nous raisonnons dans un cadre où le Gouvernement dispose de la plénitude des moyens conférés par la Constitution pour la protection du domaine réglementaire, cette situation serait la moins favorable aux comités par rapport aux situations envisagées précédemment.

1413. Le second point, en revanche, implique de plus amples développements, qui suivront la distinction évoquée précédemment entre les possibilités contentieuses pour obtenir la prise des mesures d'exécution nécessaires à l'application du texte issu de l'initiative populaire (A) et les solutions politiques permettant d'atteindre le même objectif (B).

A : La solution contentieuse

1414. On l'a dit, en l'état actuel du droit la voie contentieuse est, s'agissant de l'exécution des lois, une forme d'impasse. L'introduction d'une initiative populaire, prise pour elle-même n'y changerait probablement rien : le seul changement des acteurs à l'origine de la rédaction du texte, et ceux ayant décidé son adoption, ne modifierait en rien les contraintes s'imposant au juge au moment d'intervenir dans ce type de contentieux. Il est même possible qu'elle les accentue en partie, le déficit de maîtrise des acteurs institutionnels sur la rédaction du texte augmentant également les possibilités d'imperfections, lesquelles accroissent la complexité de l'exécution, et donc la compréhension dont le juge doit faire preuve. Ce constat est renforcé par l'impossibilité dans le cadre d'une initiative populaire, de mettre en œuvre les solutions classiquement proposées pour réduire en amont les causes techniques de la « mal-exécution ». C'est-à-dire essentiellement l'évaluation de l'impact du texte et de sa rédaction sur l'environnement juridique ainsi que tout ce qui peut être vu comme des corollaires : harmoniser les pratiques rédactionnelles, institutionnaliser les rapports entre administration et rédacteurs pour mieux cibler les besoins, etc.¹⁸⁹⁵. De sorte qu'un facteur majeur des difficultés

et seulement par déduction de l'article relatif au droit de veto du gouverneur sur les actes législatifs parlementaires. Voir, respectivement : Const. du Wyoming, art. 3, sect. 52 (f) et art. 4, sect. 8.

¹⁸⁹⁵ On trouvera, *in extenso*, un ensemble de constats et propositions dans le rapport dressé par l'OCDE : OCDE, Mieux légiférer en Europe : France 2010, 2010, en ligne : http://www.oecd-ilibrary.org/fr/governance/mieux-legiferer-en-europe-france-2010_9789264087170-fr.

d'exécution de la loi serait plus difficilement contenu dans notre hypothèse que dans le cadre actuel d'expression du phénomène¹⁸⁹⁶.

1415. Malgré ces difficultés supplémentaires, l'intervention d'un juge ne serait pas inutile. En effet, elle contribue nettement à réduire les chances de voir perdurer des situations devenant particulièrement choquantes¹⁸⁹⁷, que l'on peut considérer comme des pathologies.

1416. Or, il y a quelques raisons de penser que ces situations seraient plus susceptibles d'être produites par une loi issue d'une initiative populaire, que dans le cadre normal. Ceci apparaît dès lors que l'on compare les efforts mis en œuvre pour les lois issues d'une initiative gouvernementale et ceux relatifs à l'application des textes nés d'une proposition de loi. Car si la problématique de l'inexécution des lois a été sérieusement prise en compte, il est possible qu'elle l'ait été de façon différenciée en fonction de l'origine des textes. S'il fallait mener des recherches très fouillées pour qu'une telle affirmation puisse être valable en général, l'étude des rapports produits par la désormais disparue commission sénatoriale pour l'application des lois fait ressortir une différence de traitement¹⁸⁹⁸. Les causes peuvent parfaitement être en partie techniques ou factuelles. Les propositions de lois peuvent être plus mal rédigées, en raison de la différence de ressources juridiques à disposition des auteurs de projets ou de propositions. Les mesures réglementaires d'application sont moins susceptibles d'être envisagées en amont. Mais l'on ne peut exclure que des éléments plus politiques soient également en cause. La circonstance que l'exécutif n'ait pas voulu les textes concernés joue possiblement un rôle.

1417. Et une loi issue d'une initiative populaire serait largement susceptible de relever de ce même entrelacs de facteurs défavorables. De sorte que l'intervention juridictionnelle y serait peut-être plus pertinente que ce n'est le cas dans le cadre actuel.

1418. Seulement, comme souligné précédemment, ce contentieux est peu sollicité, les règles ayant trait à l'intérêt à agir étant peu adaptées à ce type de conflits. Mais cet état du droit est lié à la qualité des potentielles parties en cause, à savoir un ou plusieurs parlementaires et les titulaires du pouvoir réglementaire à l'origine de l'acte litigieux. Le mandat parlementaire ne confère pas en soi de qualité pour agir devant le juge administratif¹⁸⁹⁹ car cela relèverait, d'une forme *d'actio popularis*, la recevabilité de l'action contentieuse reposant sur la qualité

¹⁸⁹⁶ Evidemment, on peut atténuer la portée de cette affirmation par des mécanismes d'assistance ou de pression, comme l'intervention consultative du Conseil d'Etat avant tout contrôle juridictionnel, par exemple. Mais il reste que l'atomisation des acteurs du processus législatif, caractéristique d'une initiative populaire, est un obstacle à la mise en place de solutions intervenant avant l'entrée en vigueur du texte.

¹⁸⁹⁷ Le rapport du sénat sur l'application des lois de 2014 notait ainsi : « *la base APLEG recense 1445 lois adoptées entre juin 1981 et juin 2007, dont 9 n'ont jamais été mises en application, 32 sont devenues sans objet et 161 n'ont toujours pas reçu l'ensemble de leurs mesures réglementaires d'application (dont 5 lois adoptées en 1984, c'est-à-dire il y a plus de 30 ans), même si tout laisse à penser que beaucoup des mesures en question seraient aujourd'hui sans objet, quand ce ne serait pas ces lois elles-mêmes qui le seraient devenues* ». Rapport n°623 fait par David Assouline pour la commission sénatoriale de contrôle de l'application des lois, sur l'application des lois, 17 Juin 2014, p. 38. En ligne : <https://www.senat.fr/rap/r13-623/r13-6231.pdf>.

¹⁸⁹⁸ Voir par ex. le rapport pour la session 2012-2013, *op.cit.*, p. 41.

¹⁸⁹⁹ Bien que la doctrine ait pu s'interroger sur la pérennité de cette position du juge administratif, poussée en cela par la teneur de certaines conclusions -non suivies- de certains rapporteurs publics, le Conseil d'Etat l'a réaffirmé dans une décision relativement récente : CE, 26 avril 2013, « Dosière », Req. n° 358456

de représentant de la nation du parlementaire¹⁹⁰⁰. Par ailleurs, même restreinte aux cas où l'acte attaqué serait susceptible de porter atteinte aux prérogatives parlementaires, l'intérêt à agir des parlementaires a été rejeté par la Haute-Juridiction¹⁹⁰¹. Il semble donc y avoir globalement, à l'origine de ce rejet de la qualité pour agir des parlementaires, une difficulté quant au caractère direct et certain du lien entre le préjudice et l'acte.

1419. Mais il en irait autrement dans notre hypothèse. A l'origine du texte, il y aurait un comité qui selon toute vraisemblance, devrait se constituer en association pour exercer ses prérogatives. Or, ce type de structure serait parfaitement recevable à attaquer un éventuel refus de prendre les mesures réglementaires nécessaires à l'application du texte issu d'une initiative populaire. L'objet de l'association serait la promotion et l'adoption de ce texte et donc, en cas d'issue favorable, son application. Pareil objet ne saurait être trop large puisqu'il demeurerait cantonné à un seul texte. Il n'y aurait donc guère de difficultés à ce qu'une potentielle requête soit reçue par le juge administratif. Quant au fond, comme nous l'avons dit, cela permettrait à *minima* de limiter les hypothèses de non-application pathologiques. La seule question susceptible de se poser serait celle de la possibilité, pour le comité, de perdurer en tant qu'association au-delà de l'adoption du texte. Mais puisque rien n'interdit à l'association de modifier son objet -dans le respect des procédures prescrites pour ce faire- afin de comprendre la promotion du texte en cas d'adoption dès sa constitution, il s'agit là d'une problématique interne à chaque comité. Cela n'entraînerait **donc pas nécessité**, pour l'appareil juridique d'encadrement de l'initiative populaire, d'une prise en compte spécifique.

1420. En outre, cela permettrait peut-être aussi aux comités d'agir sur d'éventuels détournements réglementaires de leur volonté, sous le contrôle du juge. Puisque bon nombre de « non-application » ne concernent pas un texte entier mais seulement certaines de ses dispositions, il est tout à fait envisageable qu'à côté de prétentions tendant à enjoindre au Gouvernement de prendre des mesures d'application nécessaires à la mise en œuvre du texte, soient formulées d'autres prétentions visant à corriger des rédactions défectueuses ou ambiguës... Il ne s'agirait au fond, que d'un contrôle classique de légalité. Il est d'ailleurs possible que pareille action ne soit pas nécessaire, dans la mesure où le jeu ordinaire de l'excès de pouvoir permet de contrôler ce type de « comportements » normatifs du pouvoir réglementaire. Mais il faut noter qu'ouvrir le prétoire du juge à une action des comités contre l'absence de mesures d'exécution, en ce qu'il se fonderait seulement sur l'intérêt à agir des comités, permettrait probablement aussi d'attaquer des mesures existantes mais illégales.

1421. Toujours est-il que nous pouvons parfaitement envisager un accès au prétoire du juge administratif pour les comités, à droit constant. Cela ne changerait certes rien aux difficultés structurelles que pose cette voie pour la résolution des problèmes d'application des lois, mais mettrait malgré tout, les acteurs singuliers de l'initiative populaire dans une situation plus favorable que les parlementaires pour défendre leurs propositions.

¹⁹⁰⁰ Voir not. Casas D., « L'ordonnance sur les contrats de partenariat était-elle légale ? Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 29 octobre 2004, Sueur et autres », RFDA, 2004, p. 1103.

¹⁹⁰¹ CE, « Dosière », *op.cit.* Pour un panorama détaillé des options qui s'offraient au juge en l'espèce et dont l'analyse permet d'affirmer que la porte de son prétoire est particulièrement fermée aux représentants, voir Boda J.S., « L'intérêt à agir des parlementaires et les actes du président de la République », Droit Administratif, 2013/7, comm. 48.

B : La solution politique

1422. Envisager la problématique implique ici, de se positionner sur la nature de la place qu'occuperait une loi issue d'une initiative populaire au sein du champ institutionnel, c'est-à-dire tant dans la vie politique que juridique.

1423. Juridiquement, la loi référendaire issue d'une l'initiative populaire serait une simple loi : soumise à un contrôle de conformité à la Constitution, et donc matériellement inférieure aux normes législatives, mais pouvant intervenir dans le domaine du législateur. Il n'y aurait donc pas de raison qu'elle occupe une place singulière au sein du paysage juridique s'agissant de son application par les titulaires de la fonction exécutive. Il en va d'ailleurs de même en droit comparé. Ainsi, en Suisse où le caractère constitutionnel du texte adopté en initiative populaire implique nécessairement une intervention assez large des autorités fédérales. De même, si ce caractère n'interdit pas un certain niveau de détails, il n'y a rien là qui ne se puisse envisager dans les rapports institutionnels entre le législateur et l'exécutif.

1424. Politiquement, et donc en opportunité, il est difficile d'être aussi tranché, car la nature référendaire du texte et le caractère « populaire » de son origine ont sous cet angle, une importance certaine dont il est hors de doute qu'elle entraînerait des effets singuliers. De sorte qu'il est difficile d'affirmer sur ce terrain, qu'une loi référendaire est une loi comme une autre. Pour autant, ces effets sont difficilement quantifiables, et leur orientation générale peut varier selon le contexte, ce qui impacterait fortement la direction du contrôle exercé par les parlementaires sur le comportement du pouvoir exécutif dans l'application du texte. Il est tout à fait possible d'imaginer aussi bien une forme d'indifférence du personnel politique siégeant au Parlement quant au sort réglementaire réservé à la loi, qu'une grande diligence à exercer toutes compétences utiles pour s'assurer de son application. Certes, nous l'avons dit, les différents gouvernements ont paru plus réticents à prendre les mesures d'application nécessaires pour les propositions de lois que pour les projets de lois. Mais la comparaison paraît peu pertinente dès lors que le caractère populaire d'un texte ne saurait sur un plan politique avoir de points communs avec un texte d'origine parlementaire.

1425. Il nous semble que ces affirmations vont dans le sens d'une non-reconnaissance par le droit de la spécificité de la loi référendaire quant à son application. Puisque la prise en compte politique de la loi dépend essentiellement des rapports de force politique et, qu'en tout état de cause, les comités conserveraient en amont la marge de manœuvre qui est celle du législateur ordinaire, l'appui sur le droit existant paraît plus raisonnable.

1426. D'autant plus que les solutions alternatives sont difficiles à imaginer. On envisage difficilement en effet, un pouvoir de contrainte qui s'exercerait directement des comités vers les titulaires de la fonction exécutive, car cela serait consacrer une prérogative particulièrement exotique, voire contradictoire avec la dynamique générale du régime. Et toute compétence qui ressortirait d'un pouvoir d'influence plutôt que de contrainte n'apporterait rien de plus que ce dont des acteurs politiques -au sens large- disposent déjà.

1427. Par conséquent, l'encadrement par le droit du contrôle politique exercé sur le pouvoir exécutif quant à la prise de règlements d'application des lois lorsque c'est nécessaire, devrait à notre sens, être identique pour une loi référendaire issue d'une initiative populaire que pour une loi parlementaire. Il n'y aurait de toute façon, rien de déterminant puisque rappelons-le, les situations pathologiques pourraient faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Section 3 : La modification du texte adopté par le corps électoral

1428. Une fois rendue applicable, qu'elle l'ait été dès l'origine ou qu'elle le soit devenue par l'intervention du pouvoir réglementaire, le texte issu de l'initiative populaire, en intégrant le droit positif, devient de ce fait susceptible de voir son existence perturbée par l'intervention des autorités ayant compétence pour en affecter le cours. Le texte étant une loi, il s'agit ici des autorités juridictionnelles (§1), et législatives (§2). Les premières sont appelées, en appliquant le texte à un ensemble de litiges, à donner un sens concret à ses dispositions, ce qui amène nécessairement le juge à disposer d'un certain degré de pouvoir sur le sort du texte. Les secondes, quant à elles, impliquent une puissance d'action plus importante encore, puisqu'elles sont susceptibles de modifier, voire d'abroger le texte.

§1 : Le traitement juridictionnel

1429. En intégrant le droit positif, la loi issue de l'initiative populaire deviendrait un élément du droit positif et aurait par conséquent vocation à être appliquée. Nécessairement, ceci conduirait à ce qu'elle soit utilisée dans le cadre d'un contentieux, et donc appliquée à un litige. Il s'ensuivrait qu'elle devrait nécessairement être interprétée, d'une part, et qu'elle serait susceptible d'être soumise à un contrôle de conformité aux normes supérieures, d'autre part. En effet, s'il paraît exclu que le Conseil constitutionnel en connaisse une fois son adoption acquise¹⁹⁰², il demeure que la conventionnalité de ses dispositions pourrait être vérifiée.

1430. Le juge serait donc amené à exercer une forme de pouvoir sur le texte, qu'il s'agisse d'en contrôler la conformité aux normes internationales (I), ou simplement en situation de l'appliquer dans un litige (II).

¹⁹⁰² Cons., const., Déc., n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, JORF du 27 avril 2014 p. 7360, cons. 7.

I : L'action sur le texte par le contrôle de sa conformité aux normes internationales

1431. Après l'adoption du texte, le contrôle de conventionnalité est le seul contrôle de conformité du texte issu de l'initiative populaire à une norme supérieure qui puisse être envisagé. En effet, le Conseil Constitutionnel l'aurait déjà contrôlé en amont. Par ailleurs, et quoiqu'il en soit, ce dernier a exclu les lois référendaires du champ de la procédure de QPC.

1432. En l'état actuel du droit, l'hypothèse d'un contrôle de conventionnalité d'une norme référendaire nationale reste d'école. Mais il paraît hors de doute que cela ne résulte que du très faible volume des lois matériellement susceptibles d'être contrôlées, tant sont nombreux les éléments allant dans le sens d'un contrôle¹⁹⁰³.

1433. Il faut d'abord préciser que la question a été directement abordée par la « doctrine institutionnelle », au travers notamment, de conclusions d'une commissaire du gouvernement Christine Maugué sur l'arrêt « Sarran-Levacher »¹⁹⁰⁴. Elle y affirme avec la plus grande clarté que les lois référendaires sont selon elle, susceptibles de faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité. Son raisonnement repose sur un parallèle avec l'exception d'injusticiabilité dont bénéficient les lois référendaires en matière de contrôle de constitutionnalité. Celle-ci se fonde en effet sur l'article 61 de la Constitution, dont le Conseil reconnaît qu'en ne visant que le terme « loi », il ne précise pas « *si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie* »¹⁹⁰⁵, mais que « *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* »¹⁹⁰⁶. Il n'en irait pas de même, selon la commissaire du gouvernement, en matière de contrôle de conventionnalité, puisqu'il se fonde sur l'article 55 de la Constitution, lequel est sans rapport avec la compétence du Conseil constitutionnel. Aux termes de cet article, il ne semble pas « *possible de faire de distinction, quant à la place respective des différentes normes, selon que la loi a été adoptée par le législateur ou par référendum* »¹⁹⁰⁷. Cette analyse paraît convaincante puisque la clé du raisonnement du Conseil est la notion « d'équilibre des pouvoirs » dont rien n'indique qu'elle puisse s'envisager dans le cadre de l'article 55. En effet, elle n'est pour ainsi dire jamais utilisée sous cette forme dans la jurisprudence constitutionnelle si ce n'est pour les lois référendaires. Néanmoins, l'analyse de la commissaire du gouvernement ne saurait être comprise autrement que comme un avis autorisé car, la disposition issue d'une loi adoptée par référendum mise en cause dans l'affaire

¹⁹⁰³ Il va de soi que ceci n'est valable que dans le cas d'un texte de rang législatif. Un texte de rang constitutionnel ne saurait, comme l'on sait, faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité dans l'ordre interne, en application des décisions « Fraisse » et « Sarran-Levacher » de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat. CE, Ass., 30 octobre 1998, rec. p. 368 ; Cass., Plén., 2 juin 2000, « Fraisse », n°99-60274.

¹⁹⁰⁴ CE, Ass., 30 Octobre 1988, « Sarran-Levacher », *op.cit.* Pour les conclusions : Maugué C., « L'accord de Nouméa et la consultation de la population », Concl. sur l'arrêt Sarran-Levacher, RFDA, 1998, p. 1081.

¹⁹⁰⁵ Cons., Const., Déc., n° 92-313 DC du 23 septembre 1992 *op.cit.*, cons. 2.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁹⁰⁷ Maugué C., *op.cit.*, p. 1087.

« Sarran » ayant été constitutionnalisée, le moyen reposant sur son inconventionnalité a été rejeté¹⁹⁰⁸. La Haute-Juridiction n'a donc pas eu à se prononcer sur l'affirmation de Mme Maugué. Et il demeure que l'article 61 la Constitution ne vise, tout comme l'article 55 de ce même texte, que le terme « lois », et ne distingue pas explicitement selon l'auteur. Or, la notion « d'équilibre des pouvoirs », si elle n'a jamais été utilisée dans le cadre de l'article 55, renvoie à l'agencement des rapports de légitimité au sein de la Constitution. Pareille préoccupation pourrait tout aussi bien s'appliquer au contrôle de conventionnalité des lois référendaires dès lors que l'auteur du texte à contrôler paraît déterminant. Pour autant, l'analyse de Mme Maugué paraît, en droit, particulièrement robuste lorsqu'on la met en rapport avec d'autres éléments.

1434. *Primo*, le Conseil constitutionnel ayant comme nous le savons, décliné sa compétence à effectuer le contrôle de conventionnalité¹⁹⁰⁹, les juridictions des deux ordres en détiennent seule la compétence. Et celles-ci, cours suprêmes en tête, ont pleinement intégré l'internationalisation du droit. A partir du moment où le Conseil d'Etat a admis la supériorité de la norme internationale sur la loi postérieure¹⁹¹⁰, et a reconnu dans la foulée sa compétence pour l'interprétation des stipulations des traités¹⁹¹¹, la dernière digue juridictionnelle à ce mouvement a cédé, et le droit international est devenu un élément majeur de l'office du juge, mais cette fois toutes juridictions confondues. Nous pouvons donc penser qu'il serait particulièrement contradictoire de restreindre la portée du droit international en le rendant d'office inapplicable à des textes qui, potentiellement et à terme, pourraient devenir nombreux. Et la jurisprudence établie par le Conseil constitutionnel s'agissant du contrôle de constitutionnalité des lois référendaires ne lie en rien le juge ordinaire quant à la possibilité qui serait la sienne d'en contrôler la conventionnalité.

1435. *Secundo*, toute une partie du droit international est indisponible aux choix du juge interne. Nous pensons évidemment au droit de l'Union Européenne et à celui de la Cour EDH qui, en tant qu'ils instaurent des juridictions chargées d'en assurer l'application, restreignent d'autant la marge de manœuvre du juge interne. Ainsi, les principes de primauté¹⁹¹² et d'effectivité du droit de l'Union¹⁹¹³ ont été posés de façon prétorienne par la Cour de Justice et réduisent considérablement « l'autonomie procédurale » dont bénéficie le juge interne dans la mise en œuvre du droit de l'Union Européenne¹⁹¹⁴, ce que la Cour a exprimé de manière explicite à de nombreuses reprises, comme par exemple dans l'arrêt « Factortame I »¹⁹¹⁵. De

¹⁹⁰⁸ C'est d'ailleurs là l'apport principal de l'arrêt.

¹⁹⁰⁹ Cons., const., Déc., n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, « IVG », JORF du 16 janvier 1975 p.671, Rec. p.19.

¹⁹¹⁰ CE, Ass. 20 oct. 1989, « Nicolo », rec. p. 190.

¹⁹¹¹ CE 29 juin 1990, « GISTI », rec. p. 171.

¹⁹¹² CJCE, 15 Juillet 1964, « Costa c./Enel », aff. 6/64.

¹⁹¹³ CJCE, 9 mars 1978, « Simmenthal », aff. 106/77

¹⁹¹⁴ Molinier J., Lotarski J., Droit du contentieux de l'Union européenne, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 2012, p. 97.

¹⁹¹⁵ CJCE, 19 Juin 1990, “The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a”, aff. C-2013/89: « la pleine efficacité du droit communautaire se trouverait tout aussi diminuée si une règle du droit national pouvait empêcher le juge saisi d'un litige régi par le droit communautaire d'accorder les mesures provisoires en vue de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir sur l'existence des droits invoqués sur la base du droit communautaire . Il en résulte que le juge qui, dans ces circonstances, accorderait des mesures provisoires s' il ne se heurtait pas à une règle de droit national est obligé d' écarter l' application de cette règle »

même, la conjugaison de la possibilité pour les individus de saisir la Cour E.D.H. et de la volonté affichée par cette juridiction de se reconnaître un monopole d'interprétation des stipulations de la Convention ont poussé le Conseil d'Etat, petit à petit, à rapprocher sa jurisprudence pertinente de celle des juges de Strasbourg, alors même qu'il peut en droit, se borner à ne suivre les décisions de la Cour que dans le cadre du litige concerné¹⁹¹⁶. Un mouvement similaire s'observe chez le juge judiciaire avec des limites comparables¹⁹¹⁷. Or, nous pouvons dire avec certitude que ces deux cours sont indifférentes à la nature référendaire d'une norme qui se présenterait devant eux. Ainsi, la Cour.J.U.E a pu affirmer dans l'arrêt *Costa c./ENEL* précité, que « *le droit né du traité ne pourrait [...], en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* »¹⁹¹⁸. Plus directement encore, la Cour.E.D.H. a déjà eu à statuer sur un litige impliquant une norme constitutionnelle d'origine référendaire, et n'a fait aucun cas ni du rang normatif du texte en question, ni de son auteur, et a jugé l'affaire comme elle le fait lorsque le ou les textes concernés sont d'origine parlementaire¹⁹¹⁹. Dès lors, dans le champ d'application des traités instituant ces juridictions, envisager une exception d'injusticiabilité au profit d'un ensemble de textes à raison de la nature de leur auteur paraît irréaliste. En outre, même si le droit de l'Union Européenne est en droit interne revêtu d'un statut particulier eu égard à son assise constitutionnelle, il n'en va pas de même du droit de la Cour.E.D.H. Il s'ensuit qu'une exclusion générale ne pourrait avoir lieu qu'au détriment de la matière internationale dans son ensemble, étant entendu que sous l'empire de la position inverse, il demeurerait en revanche toujours possible d'envisager des exclusions casuelles, ou limitées à telle ou telle stipulation de telle ou telle convention. L'acceptation du principe du contrôle de conventionnalité des lois référendaires n'empêcherait donc en rien le juge de ménager une éventuelle susceptibilité populaire.

1436. *Tertio*, dans le cadre du droit international général, lorsque le juge interne bénéficie d'une plus grande liberté d'action, il ne lui est pas vraiment nécessaire de choisir la voie - somme toute assez radicale- de l'exclusion d'un groupe entier de textes. Bénéficiant d'un large pouvoir d'interprétation, dès lors qu'aucune juridiction ne peut s'opposer efficacement à ses décisions, il est en effet bien plus simple pour lui d'utiliser ce pouvoir pour concilier autant qu'il est possible les stipulations d'un traité avec les dispositions d'un texte issu d'une initiative populaire, comme d'ailleurs le Conseil d'Etat le faisait lorsque sa jurisprudence dite des « semoules » l'y contraignait¹⁹²⁰. Cette possibilité limite le volume potentiel de conflits de normes.

¹⁹¹⁶ Dubouis L., « Droit international et juridiction administrative », *in*. Répertoire de droit international, Dalloz, 79, juin 2016. Cette adhésion à la politique jurisprudentielle de la Cour a toutefois des limites. Sur ce dernier point, voir Schwartz R., « Autorité de la chose jugée et condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », concl. sur CE, 11 février 2004, « Mme Chevrol-Benkeddache », Rec. p. 67, D., 2004, p. 1414.

¹⁹¹⁷ Lachaume J.-F., « Droit international et juridiction judiciaire », *in*. Répertoire de droit international, Dalloz, 172, avril 2017.

¹⁹¹⁸ Nous soulignons.

¹⁹¹⁹ Cour EDH, 29 Octobre 1992, "Open Door et Dublin well woman c./Irlande", req. n°14234/88 et 14235/88.

¹⁹²⁰ Dubouis L., *op.cit.*, 96.

1437. Pris isolément, chacun de ces éléments peut être contredit, ou envisagé sous un autre angle qui en modifierait la portée argumentative. Mais, pris ensemble, il nous semble qu'ils apparaissent alors comme autant de facteurs renforçant la position exprimée par Mme Maugué dans ses conclusions sur l'arrêt « Sarran-Levacher », et partant la probabilité de voir un jour une loi référendaire contrôlée sur sa conformité avec une ou plusieurs normes internationales.

1438. Il faut par ailleurs relativiser la portée d'une décision d'inconventionnalité, même dans le cas où une loi référendaire serait concernée. Le juge interne n'a en effet pas la possibilité d'abroger une norme législative, pas plus, mais pour d'autres raisons, que le juge international. Contrôler la loi n'est donc pas dans ce cadre, statuer sur son existence dans l'ordre juridique, mais simplement sur son application au cas en litige. L'absence d'effets *erga omnes* aux décisions rendues atténue la gravité de « l'atteinte » portée à la loi référendaire : *in fine*, le législateur demeure seul compétent pour abroger la loi au motif de sa non-conformité à un texte international. L'ordre juridique existant permet donc parfaitement l'intégration d'un volume important de lois référendaires, sans que son fonctionnement ou les équilibres qui le soutiennent doivent être, ou soient modifiés. De sorte que le juge appliquant les normes internationales aurait, sur ce type de textes, un pouvoir d'action identique à celui dont il dispose sur les lois votées par le Parlement. L'effet d'atténuation des risques induits par l'activité législative serait donc virtuellement le même. Il en irait probablement ainsi en pratique, également, dans la mesure où les délais contentieux, en éloignant le moment du contrôle du moment du débat politique, peuvent permettre d'amener plus de sérénité dans le prétoire que dans l'*agora* médiatique, ce qui atténue le risque de voir un juge tétanisé renoncer au contrôle.

1439. Ce pouvoir d'action qu'il détiendrait du fait du contrôle de conventionnalité se conjugue avec celui dont il dispose du fait de son activité juridictionnelle en général.

II : L'action sur le texte par l'activité juridictionnelle

1440. Nous entendons, par activité juridictionnelle, la définition qu'en donnait Denys de Béchillon dans sa thèse, à savoir : « celle qui consiste à produire des décisions de justice, le pouvoir normatif juridictionnel peut donc se comprendre comme la capacité dévolue aux juridictions d'élaborer une norme spécifique »¹⁹²¹. Autrement dit, nous visons le travail ordinaire du juge, l'interprétation d'un ou plusieurs énoncés pour parvenir à « résoudre un problème de licéité »¹⁹²², cœur du litige. On notera la présence dans la définition précitée, du terme « pouvoir normatif », qui souligne fortement la circonstance que le juge, en tant qu'il est contraint d'interpréter¹⁹²³ pour savoir si « l'acte ou le comportement dont il a à juger est -

¹⁹²¹ De Béchillon D., Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, Th., Pau, 1993, p. 202.

¹⁹²² *Ibid.*, p. 195.

¹⁹²³ Magnon X., Théorie(s) du droit, Ellipses, 2008, p. 41.

ou non- conforme »¹⁹²⁴ à la norme générale qu'il doit appliquer, fait acte de création et, partant, dispose d'un pouvoir.

1441. Nous nous situons ici sur le point de consensus quant à la nature des compétences dont dispose un juge dans un Etat de droit : elles constituent un pouvoir car l'interprétation porte sur des énoncés qui, en tant qu'ils relèvent du langage, comportent « une part d'incertitude » quant à leur sens¹⁹²⁵. Ce pouvoir est normatif car la chose jugée s'impose comme règle de droit à ses destinataires ainsi qu'aux tiers, dans une mesure variable en fonction des données de l'affaire et de quelle « sorte de tiers » il s'agit. Ce qui revient simplement à dire qu'il y a, d'une part, plusieurs significations possibles à un seul énoncé, ce qui n'est discuté par personne¹⁹²⁶ et, d'autre part, qu'une fois accomplie, l'interprétation d'un énoncé par un juge revêt le caractère d'une interprétation authentique, ce qui lui confère un caractère normatif dans l'ordre juridique positif, ce qui ne pose aucune question. La portée que l'on donne au terme « normatif » peut prêter à discussion, mais il ne nous est pas nécessaire de l'aborder ici¹⁹²⁷. Nous nous contenterons en effet de nous interroger sur les conséquences, que provoque sur l'initiative populaire, la circonstance que les juges, appelés à appliquer le texte issu de ce processus, disposent d'une possibilité d'agir sur celui-ci, ce qui rend superflue la question -très controversée- de la mesure du pouvoir juridictionnel à laquelle renvoie le thème du pouvoir normatif du juge.

1442. Il faut souligner que ce pouvoir juridictionnel peut se manifester de deux façons différentes, en tous cas quant à la portée attachée à la règle qui en est issue. Dans l'exercice ordinaire de son pouvoir, le juge est surtout appelé à « conclure le syllogisme »¹⁹²⁸, mais il se borne à choisir la « majeure », c'est-à-dire la ou les règles à appliquer. Il arrive cependant qu'il soit amené, pour diverses raisons, à faire les deux opérations. C'est à ce cas que Denys de Béchillon suggère de réserver l'appellation « pouvoir jurisprudentiel », celle de « pouvoir juridictionnel » devant être réservée au premier cas¹⁹²⁹, et le terme « activité juridictionnelle » regroupant les deux. L'impact paraît varier très sensiblement selon que l'on est confronté à l'une ou l'autre hypothèse mais, ainsi entendu, le « pouvoir jurisprudentiel » demeure rare, et surtout, la question de la dénaturation de l'intention originelle du législateur concerné et celle de ses capacités de réaction se posent de la même façon. C'est donc bien l'activité juridictionnelle dans toute la portée de ses possibilités d'action que nous visons ici.

1443. Le problème du rapport entre activité juridictionnelle et pouvoir législatif populaire ne se présente pas de prime abord comme spécifique. Il s'agit fondamentalement de la rencontre entre deux volontés, qui peut être vue comme conflictuelle si on l'envisage sous l'angle de la légitimité politique, donc sous une optique factuelle, mais qui, en droit, ne pose aucune

¹⁹²⁴ De Béchillon D., *op.cit.*, p. 203.

¹⁹²⁵ Magnon X., *op.cit.*, p. 41.

¹⁹²⁶ *Ibid.* De Béchillon D., *op.cit.*, p. 203. Pfersmann O., « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », RFDC, 2002/4, p. 808. Troper M., « Réplique à Otto Pfersmann », RFDC, 2002/2, pp. 344-345. L'incohérence chronologique des deux dernières citations n'est qu'apparente, car résulte d'une mauvaise retranscription de la contribution d'Otto Pfersmann, entraînant sa republication dans un numéro ultérieur alors que le dialogue initial entre lui et Michel Troper avait initialement lieu dans le numéro 50 de la RFDC.

¹⁹²⁷ Le lecteur intéressé pourra utilement se reporter aux travaux cités ci-dessus, pour une entrée en matière.

¹⁹²⁸ De Béchillon D., *op.cit.*, p. 202.

¹⁹²⁹ *Ibid.*

difficulté particulière ou, à tout le moins, aucune qui n'ait pas déjà été évoquée dans l'immense littérature produite relativement à la place du juge dans un régime démocratique. Lorsque le juge applique une loi, rien dans le droit positif ne lui permet de prendre juridiquement en compte la nature réelle de l'auteur, mais seulement l'identité de l'organe qui l'a adopté, telle que prévue par la Constitution : l'auteur d'une loi est le représentant du souverain. Peu importe que le force politique d'une loi parlementaire soit a priori sans commune mesure avec celle d'une loi parlementaire. La Constitution n'évoque les lois référendaire que par référence à l'article qui les rend possible, et seulement pour le contrôle de constitutionnalité des propositions issues du troisième alinéa de l'article 11¹⁹³⁰. Il n'y a donc aucune raison de droit qui permette de problématiser spécifiquement la question de l'application d'une loi référendaire à partir du droit positif.

1444. Pour autant, dans les faits, les conflits existent et permettent de souligner à quel point l'égalité de traitement masque ici, une inégalité de position. Les exemples abondent, mais le plus connu est probablement celui occasionné par l'affaire dite « Perruche », du nom du requérant¹⁹³¹. Un couple ayant donné naissance à un enfant lourdement handicapé, avait attaqué en responsabilité les médecins qui n'avaient pas su détecter in-utero la cause du handicap, en raison d'une erreur de diagnostic qui aurait pu être évitée (il y avait donc faute). Après une multitude de péripéties procédurales, la Cour de cassation avait fini par valider la condamnation pour faute, autrement dit celle des praticiens, ces derniers devant rembourser le préjudice de l'enfant né du fait de leur erreur, en ce que celle-ci avait entraîné l'impossibilité pour la mère de procéder à une IVG qu'elle avait pourtant affirmé vouloir pratiquer en cas de risque de handicap¹⁹³². Cette décision pour diverses raisons a suscité une polémique suffisamment forte¹⁹³³ pour entraîner une réaction de la part du législateur. Celle-ci fut initiée par une proposition de loi¹⁹³⁴, reprise à l'article 1^{er} de la loi « Kouchner »¹⁹³⁵, et aujourd'hui

¹⁹³⁰ Art. 61, al. 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹⁹³¹ Cass., ass. plen., 17 novembre 2000, 99-13.701, publié au bulletin. Confirmé par Cass., ass. plen., 28 novembre 2001, 00-14.248, publié au bulletin.

¹⁹³² « [...] les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ». Arrêt du 17 novembre 2000, *op.cit.*

¹⁹³³ Mentionner les innombrables articles de presse, tribunes et autres éditoriaux serait inutile. Même en se concentrant sur les juristes, une recension exhaustive serait terriblement fastidieuse. On peut *a minima* mentionner les contributions réunies par la revue « Droits », dans son numéro 35, premier par ordre de parution de l'année 2002. Il faut aussi signaler le livre coécrit par Olivier Caylac et Yan Thomas, qui envisage la polémique sous un angle plus théorique : Caylac O., Thomas Y., *Du droit de ne pas naître: à propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, 2002, 175 p. On peut enfin renvoyer à la contribution pour le congrès de l'AFDC tenu en 2005 à Montpellier, rédigée par Cédric Raux et consacrée à une part du traitement doctrinal de l'affaire : Raux C., « Les positions théoriques de la doctrine : retour sur l'affaire Perruche », congrès AFDC, Montpellier, 9 10 et 11 juin 2005, en ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/RAUX.pdf>.

¹⁹³⁴ Proposition de loi n°2086, déposée par Jean-Paul Mattéi le 13 décembre 2000, et relative à l'interdiction de poursuivre une action en indemnisation du fait d'un handicap naturellement transmis. On peut en citer la portion qui ouvre son exposé des motifs, qui incarne bien les proportions prises par le débat : « *Pour la première fois, sans doute l'union s'est faite contre une décision de justice : droite et gauche, croyants et non-croyants, valides et handicapés. Tous ont dénoncé dans les termes les plus vifs un arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2000 : eugénisme, discrimination, handiphobie sont les mots utilisés par les plus mesurés des commentateurs qu'ils soient journalistes ou juristes. Ce projet de loi est né de cette émotion. Il trouve ses racines dans les valeurs de respect et d'égalité qui fondent notre civilisation.* ».

codifiée à l'article L.114-5 du code l'action sociale et des familles. Cette réaction, n'a pas été sans susciter interrogations et critiques¹⁹³⁶. Pour autant, et quelle que soit l'opinion qu'on nourrit à son égard, elle a été rapide, elle a permis de trancher un débat national, et en ce qu'elle tuait dans l'œuf une éventuelle « jurisprudentialisaiton » d'une décision individuelle, a constitué indiscutablement une réponse politique permise par un fort consensus parmi les individus formant l'organe compétent pour faire les lois. Les institutions politiques ont fait prévaloir leur vision de l'intérêt général sur l'interprétation par la Cour de cassation d'un état du droit.

1445. En cela, cette affaire est emblématique de la différence factuelle existant entre la possibilité de réaction entre le législateur actuel et un éventuel législateur de l'initiative populaire. Car la nature de cette dernière procédure ne met pas le second en état de réagir aussi facilement. Le processus serait nécessairement revêtu d'une certaine lourdeur, les moyens dont il faut disposer pour convaincre le corps électoral sans commune mesure avec ceux qu'il faut déployer pour persuader une majorité parlementaire, sans même parler de la circonstance que le collège à l'origine du texte soit une structure ad hoc. Le différentiel de puissance est de taille¹⁹³⁷. Il s'ensuit que les termes de l'équilibre sur lequel repose le rapport de pouvoir entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir législatif ne serait pas du tout le même dans notre hypothèse.

1446. En outre, et selon les méthodes d'interprétation utilisée par le juge, l'origine référendaire du texte peut entraîner une différence involontaire de traitement juridictionnel. Ainsi, en va-t-il de la méthode reposant sur la recherche de l'intention de l'auteur du texte, plus difficilement identifiable dans le cas du corps électoral que dans celui du Parlement¹⁹³⁸, et dont on sait qu'elle est utilisée par les juges¹⁹³⁹.

1447. Pour autant, nous voyons mal quelles alternatives seraient envisageables. Tout d'abord -et c'est pour le moment quelque chose de praticable- il faudrait qu'un élément du régime d'adoption du texte soit assez décisif pour entraîner la consécration d'un type normatif spécifique. Et il faudrait que de cette consécration soit déduite la supériorité de la loi référendaire sur les autres. Sans quoi une loi référendaire resterait une loi. Mais ce point va être traité dans le paragraphe suivant, dont il ressort que l'hypothèse est bien trop constructive pour être envisagée à droit constant, sans même parler du fait qu'elle aurait bien d'autres conséquences que d'ouvrir de droit l'office du juge à la singularité référendaire. Et hormis cette supériorité qui sanctuariserait (relativement) les lois référendaires dans les opérations de

¹⁹³⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002 p. 4118.

¹⁹³⁶ Il y en eût de nombreuses, mais on peut au moins en citer une, qui est intéressante en ce qu'elle critique le principe même de l'intervention du législateur en l'espèce : Fabre-Magnan M., « L'affaire Perruche, pour une troisième voie », *Droits*, 2002/1, p. 130 et s.

¹⁹³⁷ Certes, le législateur parlementaire doit tout de même respecter la jurisprudence constitutionnelle, mais le contrôle est exercé dans les contingences imposées par le minimum démocratique que constitue la logique de souveraineté, ce qui limite l'intensité du contrôle exercé, et donc de la soumission qui en découle. En atteste d'ailleurs la teneur de la décision QPC rendue sur l'article 1^{er} de la loi « Kouchner » : Cons., const., Déc., n°2010-2 QPC du 11 juin 2010, « Mme Vivianne L. », JORF du 12 juin 2010 p. 10847, Rec. p. 105.

¹⁹³⁸ Taillon P., *Le référendum, expression directe de la souveraineté populaire ?*, Dalloz, 2012, p. 362.

¹⁹³⁹ Pour un exemple assez récent, où le juge administratif fait primer « l'esprit » sur « la lettre » pour statuer sur la légalité d'une instruction fiscale, voir CE, SSR, 21 janvier 2016, « Sté Juliane », Req. n° 388989.

conciliation entre l'une d'elles et une autre loi, nous voyons mal quelles conséquences le juge pourrait tirer d'une telle consécration au stade de l'interprétation d'une disposition. Il est difficilement pensable de restreindre d'emblée l'intensité de son contrôle dans l'abstrait, simplement parce que la norme a été adoptée par référendum. Guider l'interprétation par l'insertion dans le texte de dispositions dédiées, correspond au stade de la rédaction. Et une pénétration qui irait plus profondément dans la résolution de chaque cas individuel serait impossible, au-delà même des problèmes de séparation des pouvoirs que cela poserait. Quant aux conséquences de fait que pourrait en tirer le juge, elles sont, comme de juste, produites par la rencontre des faits et d'un ou plusieurs esprits, et une consécration explicite par un texte n'y changerait rien. Par conséquent, non seulement le droit positif empêche de consacrer la singularité d'une loi, mais cela n'aurait guère d'impact sur l'activité juridictionnelle comprise comme un pouvoir.

1448. En outre, il faut avoir à l'esprit la juste mesure des conséquences de cette différence de traitement : autolimitation du juge, possibilité pour les rédacteurs du texte d'atténuer sa marge de manœuvre en s'efforçant de guider son interprétation, logique hiérarchique de l'organisation juridictionnelle qui maximise les chances que cette démarche produise des effets, reliquat d'une possibilité d'action qui, selon le caractère ouvert ou fermé de l'initiative populaire, peut laisser la porte ouverte à une réaction référendaire¹⁹⁴⁰. Les éléments de relativisation ne manquent pas, mais il reste intéressant de constater que l'exercice normal des fonctions de l'Etat ne jouerait pas de la même façon pour un législateur parlementaire qui conserve une certaine centralité institutionnelle que pour un législateur populaire qui n'y pourrait factuellement prétendre, et que cette différence dans les conditions d'exercice du pouvoir institutionnellement dévolu résulte d'une différence de fait que le droit, dans sa logique actuelle, ne permettrait pas de prendre en compte.

1449. Susceptible d'être affecté dans son application, le texte pourrait aussi l'être dans son existence même, par l'intervention des autorités habilitées à participer à la fabrique de la loi.

§2 : Le traitement législatif

1450. La notion de traitement législatif renvoie ici à la modifiabilité des lois référendaires issues d'une initiative populaire, c'est-à-dire non seulement à leur modification strictement entendue, mais également leur abrogation. Car, en tant qu'elle s'insère dans un système dominé par une logique représentative, une procédure référendaire quelle qu'elle soit, entraînera l'intégration dans un corpus de normes ayant une légitimité comparable entre elles, une fraction minoritaire de normes procédant d'une autre source de légitimité. Mais, en tant qu'elles sont des normes législatives, elles doivent pouvoir être modifiées ou supprimées. Et leur singularité confère aux démarches législatives visant les normes référendaires un caractère éventuellement délicat, ou en tous cas spécifique par rapport à l'ordinaire parlementaire. Par ailleurs, cette thématique est aussi connectée à l'efficacité de l'initiative

¹⁹⁴⁰ Un affrontement de ce type a d'ailleurs eu lieu en Californie, à propos de la peine de mort. Voir Taillon P., *op.cit.*, pp. 362-363.

populaire à la fois au sens de sa performance comme outil normatif mais aussi comme instrument d'expression populaire : selon qu'elle est ou non disponible aux acteurs politiques, ou qu'elle l'est plus ou moins, elle ne confèrera pas le même pouvoir au peuple législateur, mais n'aura pas non plus la même rigidité et, partant, la même aptitude à s'adapter à son environnement politico-juridique.

1451. Si la question est politiquement importante, elle l'est aussi juridiquement, puisqu'en voulant préserver ces lois des procédures normales de modification et abrogation des normes de même rang, nous donnons aux lois référendaires un régime de révision spécifique, on leur octroie une force particulière en droit. Les constitutions dites « rigides » le sont en pratique essentiellement parce que les modes de révision des normes constitutionnelles sont plus difficiles à réaliser que ceux des autres normes. Dès lors, la question de la modifiabilité des normes issues de l'initiative populaire apparaît comme celle de leur place réelle dans l'ordre normatif. Nous pouvons dire qu'une loi référendaire est une loi à raison de son objet, ou mieux, de sa soumission concrète à l'ordre constitutionnel ; l'affirmation n'aura pas la même portée selon que cette loi est équivalente ou plus dure à modifier qu'une loi parlementaire.

1452. Si tout « suspense » a déjà été largement anéanti quant à la réalité du droit français sur ce point, on peut encore s'interroger sur les possibilités alternatives qu'il permettrait ou que nous pourrions envisager, toujours à cadre constitutionnel constant. Là encore, l'éclairage du droit comparé est seul à même d'offrir une base de réflexion pour mener cette interrogation, notamment en ce qu'il fait ressortir différentes variétés de contraintes pesant sur les autorités législatives. Nous verrons donc d'abord l'atteinte législative en droit comparé (I), puis l'atteinte législative en droit français (II)¹⁹⁴¹.

I : L'atteinte législative en droit comparé

1453. Patrick Taillon a consacré d'importants développements de sa thèse à la question et, à ce titre, a établi à partir du critère de la modifiabilité parlementaire, une typologie entre les Etats pratiquant « l'interchangeabilité » des formes référendaires et parlementaires, et ceux pratiquant la « séparation des compétences »¹⁹⁴². La première hypothèse correspond à une disponibilité de la loi référendaire au Parlement, la seconde à son indisponibilité¹⁹⁴³. Cette typologie a ceci d'intéressant qu'elle permet de séparer en deux blocs cohérents des systèmes qui connaissent le référendum de façon très variable, et qui, s'agissant de la modifiabilité de la loi référendaire, ont une pratique, voire un encadrement assez hétérogène. Le fait de les classer selon une typologie binaire permet de faire ressortir la circonstance que l'atteinte

¹⁹⁴¹ Etant entendu que la distinction ne concerne ici que les modalités par lesquelles le texte peut être atteint, et non l'influence que cela peut avoir, qui pourra donc être utilement convoquée y compris dans les développements consacrés au droit interne.

¹⁹⁴² Taillon P., *op.cit.*, p. 318.

¹⁹⁴³ L'auteur parle lui de référendum « consultatif » dans le premier cas et « obligatoire » dans le second, puisque le résultat, pour les autorités désireuses de modifier ou abroger une loi référendaire, s'analyse comme une faculté ou une obligation. Pour ne pas introduire de confusion avec les référendums constitutionnels obligatoires, qui ne relèvent pas de notre hypothèse et auxquels la terminologie renvoie souvent, nous avons fait l'économie de ces termes, mais ils demeurent parfaitement qualifiant pour les hypothèses que nous allons évoquer.

législative au texte référendaire, ou son impossibilité, dépendent d'un choix quant à la classification des normes à l'intérieur de chaque ordre juridique considéré. Ainsi, les Etats pratiquant l'équivalence des formes mettent l'accent sur la hiérarchie des normes, et ceux pratiquant la séparation des compétences insistent sur le parallélisme des formes¹⁹⁴⁴. Ceci permet d'éclairer le droit interne, c'est pourquoi nous nous appuyerons sur la typologie de M. Taillon. Pour autant, l'objet de son travail étant la rationalisation du référendum, son étude embrasse tous les types de consultations référendaires. Ceci n'enlève rien à l'intérêt que sa classification a pour nous, puisqu'en ne restreignant pas à l'initiative populaire il permet de mesurer le degré de spécificité de ce type de référendum quant à la question de la modificabilité référendaire. Mais cela nous enlève la nécessité de suivre la structure de son raisonnement, puisque nous menons ici nos propres interrogations. Tout en conservant les intitulés et la définition des catégories ainsi que leur périmètre, nous les présenterons plutôt sous forme d'échelle, car c'est la voie la plus à même de faire ressortir les éléments qui sont pour nous, les plus déterminants.

1454. A l'intérieur de la catégorie des Etats pratiquant « l'interchangeabilité des formes », M. Taillon¹⁹⁴⁵ sous-distingue entre les Etats pratiquant une « équivalence des formes »¹⁹⁴⁶, et ceux qui pratiquent le « cumul des formes »¹⁹⁴⁷.

1455. Les subdivisions du paragraphe consacré aux Etats pratiquant l'équivalence des formes est intéressante pour nous, puisque la France y occupe une place prépondérante. Elle est en effet le seul Etat cité dans les développements dédiés aux « *modifications d'une loi référendaire par voie parlementaire* »¹⁹⁴⁸, c'est-à-dire le seul Etat¹⁹⁴⁹ dans lequel les parlementaires peuvent à loisir atteindre la substance d'une loi référendaire « ordinaire »¹⁹⁵⁰. Ceci résulte de la décision n°89-265 DC rendue par le Conseil Constitutionnel le 9 janvier 1990 sur laquelle nous reviendrons. Au demeurant, notre pays n'est accompagné que par les Pays-Bas à la subdivision suivante, qui concerne le cas particulier des référendums relatifs à

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 317.

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 320.

¹⁹⁴⁶ C'est-à-dire ceux où la norme référendaire peut être modifiée ou abrogée par voie parlementaire sans contrainte particulière comparativement à la procédure parlementaire.

¹⁹⁴⁷ C'est-à-dire ceux qui, tout en maintenant le principe de la disponibilité du texte référendaire aux organes ordinairement habilités à faire la loi, exigent des conditions particulières.

¹⁹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁹⁴⁹ La formulation vise à faire ressortir la spécificité française, mais elle ne doit pas induire en erreur quant à sa mesure. Il existe quelques Etats aux Etats-Unis qui connaissent une réalité juridique similaire. Voir Fatin-Rouge Stéfani M., *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Economica-PUAM, 2004, p. 104, note 379 et Auer A., *Le référendum et l'initiative populaire aux Etats-Unis*, Helbing & Lichtenhan, 1989, pp. 65-66. Marthe Fatin-Rouge mentionne le Massachussets, le Maine, le Colorado, l'Oregon, l'Idaho, le Dakota du sud, le Missouri, le Nebraska, l'Ohio, l'Oklahoma, et l'Utah. Cependant, certains de ces Etats limitent les possibilités de certains organes de l'Etat comme, dans le cas de l'Etat du Maine, celle du Gouverneur. Voir Const. du Maine, art. IV, sect. 19. Par ailleurs, ils connaissent tous une forme d'initiative populaire, et entrent donc tous dans la catégorie du « cumul des formes », comme nous l'allons voir.

¹⁹⁵⁰ Au sens où elle n'est pas reliée à une norme supralégislative, comme c'est le cas des lois organiques ou des lois autorisant la ratification d'un traité international.

l'Union Européenne. La France et le royaume batave sont en effet les seuls à avoir adopté par voie parlementaire un traité européen précédemment rejeté par référendum¹⁹⁵¹.

1456. A noter que les Pays-Bas, ont depuis, introduit une forme de veto populaire consultatif par la loi du 30 septembre 2014¹⁹⁵² qui, s'il avait existé au moment de l'adoption parlementaire du Traité de Lisbonne, aurait permis une réaction du corps électoral. Un référendum a d'ailleurs eu lieu suite à l'adoption parlementaire de la loi autorisant la ratification du traité d'association UE-Ukraine¹⁹⁵³, où le « non » l'a emporté¹⁹⁵⁴. Après négociations entre le Gouvernement néerlandais et le Conseil européen, et la production d'une décision interprétative des stipulations du traité sur des points ayant prêté à discussion lors de la campagne référendaire, et l'organisation des élections parlementaires entre les deux votes nécessaires à son adoption¹⁹⁵⁵, le traité a été adopté par voie parlementaire le 30 mai 2017¹⁹⁵⁶. Cet événement permet d'affirmer que les Pays-Bas ont, selon la typologie de Patrick Taillon, intégré la catégorie des Etats pratiquant le « cumul des formes ». Celui-ci sous-distingue en effet cette catégorie, entre ceux des Etats qui renforcent les conditions de l'adoption parlementaire et ceux qui, comme les Pays-Bas, tout en ne modifiant rien de la procédure législative parlementaire, font ce choix dans un contexte où existent des possibilités de réaction du corps électoral à la modification ou l'abrogation parlementaire d'une loi référendaire.

1457. Cette seconde « famille » correspond à l'hypothèse de M. Taillon, reprenant ainsi un terme courant dans la doctrine, appelé celle du « veto populaire »¹⁹⁵⁷. Il s'agit de la possibilité laissée aux parlementaires de modifier ou d'abroger une loi adoptée par référendum dans un cadre où la possibilité de réaction est décentralisée, sur le modèle de l'initiative populaire. On le voit, elle est l'hypothèse la plus proche de la modifiabilité « pure », puisqu'en ne rendant pas plus difficile l'atteinte à la loi référendaire qu'aux autres lois, elle repose sur la même vision de l'absence de hiérarchie entre les deux types de lois¹⁹⁵⁸. Le cas le plus connu est celui

¹⁹⁵¹ Il faut dire qu'ils étaient les seuls à avoir connu un rejet par référendum, le corps électoral Espagnol, consulté également, ayant accepté le T.E.C.E. Nous pouvons quand même mentionner l'Irlande, qui, ayant rejeté Lisbonne dans un premier référendum, l'avait accepté lors d'une seconde votation, comme ce fut d'ailleurs le cas pour Nice. Mais la Constitution irlandaise fait obligation aux autorités de l'Etat de soumettre à référendum toute modification du texte constitutionnel, ce que les traités relatifs à l'Union Européenne impliquent presque nécessairement. Voir const. de la Rép. d'Irlande, art. 46, al. 1^{er}. Il faut aussi faire mention de l'absence de consensus quant à l'identité matérielle entre le T.E.C.E et le traité de Lisbonne. Sur ce débat, voir Adele P.-A., Gaxie L., Jenkinson M., Pouillaude H.-B., « Le processus de ratification du traité était-il valide ? », RRJ, 2010/1, p. 341, ainsi que le numéro 13 de la revue *Polietia*, paru au printemps 2008, consacré à ce sujet.

¹⁹⁵² Voir l'étude de législation comparée menée par les services du Sénat, octobre 2016, en ligne, p. 45 du document .pdf : <https://www.senat.fr/lc/lc274/lc274.pdf>.

¹⁹⁵³ Texte disponible à l'adresse suivante : http://publications.europa.eu/resource/cellar/4589a50c-e6e3-11e3-8cd4-01aa75ed71a1.0009.03/DOC_1.

¹⁹⁵⁴ Ducourtieux C., « Référendum aux Pays-Bas : la victoire du « non », nouveau signe de défiance contre l'Europe », *Le Monde*, paru en libre-accès sur la version électronique le 07 juin 2016.

¹⁹⁵⁵ Qui donnèrent une nette victoire au Premier Ministre sortant.

¹⁹⁵⁶ Chatignoux C., « Pays-Bas : le référendum contre l'Ukraine est effacé », *Les Echos*, paru dans la version électronique le 31 mai 2017, en ligne : <https://www.lesechos.fr/monde/europe/030358891680-pays-bas-le-referendum-contre-lukraine-est-efface-2090673.php>.

¹⁹⁵⁷ Taillon P., *op.cit.*, p. 333.

¹⁹⁵⁸ Marthe Fatin-Rouge Stéfanini les évoque d'ailleurs les deux hypothèses ensemble, implicitement, puisqu'elle ne distingue que selon la présence ou non d'une exigence de parallélisme des formes. Fatin-Rouge Stéfanini M., *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, *op.cit.*, p. 104 et s.

de la Suisse, où l'article 141 de la Constitution fédérale prévoit le « référendum facultatif », qui permet à 50 000 citoyens ou 8 cantons de demander l'abrogation d'actes de différentes natures dans les 100 jours qui suivent leur publication¹⁹⁵⁹. L'auteur ne mentionne que la Suisse, mais nous pouvons signaler que la Californie connaît également ce type de procédure¹⁹⁶⁰, tout comme d'ailleurs de nombreux Etats Américains¹⁹⁶¹; parfois même comme seule procédure référendaire, même si la chose se rencontre beaucoup plus rarement¹⁹⁶². On peut d'ailleurs souligner que la spécificité de cette procédure ne lui confère pas un caractère exclusif, au sens où l'initiative propositive peut aussi être utilisée comme un veto. La seule différence est temporelle : en tant qu'elle n'est pas réservée à cette hypothèse, l'initiative populaire se déclenche dans des délais plus longs et, ce, même dans le cas où sont prévues des restrictions liées à la distance par rapport à la date d'adoption d'une loi, ou quant à sa nature réellement propositive.

1458. Nous retrouvons dans la première « famille », celle dans le cadre de laquelle la modification parlementaire est plus compliquée que pour une loi parlementaire, des Etats qui imposent un délai durant lequel la loi référendaire est sanctuarisée (généralement de quelques années¹⁹⁶³). Certains distinguent la révision de l'abrogation, la première demeurant alors possible sans condition de délai¹⁹⁶⁴. Ce délai peut également être lié à des échéances électorales, de façon à s'assurer que seule une assemblée issue d'un scrutin postérieur à la votation puisse modifier la loi référendaire, comme c'est le cas au Portugal¹⁹⁶⁵. D'autres Etats ont plutôt choisi de ne rendre possible la modification parlementaire que par une majorité renforcée, comme par exemple en Arkansas, où seule une majorité des deux-tiers des membres de chaque assemblée peut modifier ou abroger une loi référendaire¹⁹⁶⁶. Enfin, certains Etats cumulent les deux moyens, comme l'Etat de Washington où le délai de sanctuarisation du texte référendaire peut être raccourci par une majorité des deux-tiers du Parlement, ou un référendum¹⁹⁶⁷.

¹⁹⁵⁹ Const. féd. Suisse, art. 141 : « Si 50 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote ou huit cantons le demandent dans les 100 jours à compter de la publication officielle de l'acte, sont soumis au vote du peuple :

a. les lois fédérales;

b. les lois fédérales déclarées urgentes dont la durée de validité dépasse un an;

c. les arrêtés fédéraux, dans la mesure où la Constitution ou la loi le prévoient;

d. les traités internationaux qui :

1. sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables,

2. prévoient l'adhésion à une organisation internationale,

3. contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en oeuvre exige l'adoption de lois fédérales ».

¹⁹⁶⁰ Const. de Californie, art. II, sect. 9(a).

¹⁹⁶¹ Ces procédures sont notamment prévues par les constitutions de l'Alaska (art. XI, sect. 5), du Massachussets (amendments, arts. XLVIII, sect. 2, art. LXXXI), ou encore du Maine (art. IV, part. III, sect. 1 et 2).

¹⁹⁶² A notre connaissance, seules les constitutions du Maryland (art. XVI sect. 1(a)) et du Nouveau-Mexique (art. IV, sect. 1, al. 2) connaissent le veto populaire comme seule procédure référendaire.

¹⁹⁶³ Il est par exemple de trois ans dans l'Etat du Nevada : Const. du Nevada, art. 19, sect. 1 et 2.

¹⁹⁶⁴ Il en va ainsi au Wyoming, dont le texte constitutionnel est très précis sur ce point : Const. du Wyoming, art. 3, sect. 52 (f).

¹⁹⁶⁵ Const. du Portugal, art. 115.

¹⁹⁶⁶ Const. de l'Arkansas, art. 5, §1, al. 11.

¹⁹⁶⁷ Const. de l'Etat de Washington, art. 2, sect I.

1459. Vient enfin la dernière catégorie, celle des Etats qui observent un strict parallélisme des formes, donc une configuration dans laquelle une loi référendaire ne peut être atteinte que par voie référendaire. Il s'agit de l'hypothèse dite du « référendum obligatoire »¹⁹⁶⁸. Il prospère particulièrement en matière constitutionnelle, réservant l'intégralité de la Constitution ou seulement certains aspects¹⁹⁶⁹, mais existe aussi, quoique plus rarement, en matière législative. Il s'agit d'ailleurs de deux Etats pratiquant une forme d'initiative populaire : l'Italie, et la Californie. Cette dernière a inscrit cette procédure dans son texte constitutionnel¹⁹⁷⁰, la première ne connaissant cette particularité que par suite d'une décision de la Cour constitutionnelle¹⁹⁷¹. Dans les deux cas, la technique est la même, qui consiste à considérer comme réservées les matières sur lesquelles le corps électoral s'est prononcé par référendum¹⁹⁷². Les spécificités de chaque système référendaire leur confèrent cependant une portée différente. « L'option californienne » présente ainsi la particularité d'être centrée sur une seule procédure référendaire, seules les lois issues de l'initiative populaire propositive étant concernées par l'interdiction faite aux parlementaires, alors même que l'Etat en pratique plusieurs. C'est à ce titre le seul Etat qui pratique à la fois le « cumul des formes » et, dans un périmètre normatif plus limité, le parallélisme des formes. L'Italie *a contrario*, ne connaît qu'une procédure référendaire législative, qui est, comme nous le savons, abrogative, de sorte que le parallélisme des formes ne peut se présenter tout à fait de la même façon. Tout d'abord, l'interdiction faite au législateur s'applique à des normes abrogées, et donc se limite à en interdire la résurrection, mais celle-ci s'appréciant tant sous un angle formel que matériel¹⁹⁷³, elle implique l'utilisation d'un fort degré d'interprétation de dispositions éventuellement litigieuses par le juge. Par ailleurs, l'interdiction faite au législateur se double de celle prohibant l'organisation pendant cinq ans d'un référendum sur les mêmes dispositions que celles dont l'abrogation a été rejetée¹⁹⁷⁴. Pour ces raisons, cette interdiction conduit à une sanctuarisation encore plus importante que dans le cas Californien, puisque le législateur se trouve contraint, que le résultat soit positif comme négatif. Nous pouvons y voir une version plus stricte du parallélisme des formes.

1460. Apparaît ainsi, une sorte d'échelle des contraintes pesant sur le législateur ordinaire dans ses rapports avec la loi référendaire, où la France et l'Italie se trouvent chacune à une extrémité du fait, ce qui peut être noté, d'une interprétation constructive de la notion de souveraineté par leurs juridictions constitutionnelles. La souplesse de la procédure semble se faire au détriment de l'expression de la volonté populaire alors, qu'*a contrario*, sa rigidité en

¹⁹⁶⁸ Taillon P., *op.cit.*, p. 338.

¹⁹⁶⁹ Nous visons les hypothèses dans lesquelles est constitué un domaine référendaire, réservé à des questions particulièrement sensibles ou sur lesquelles reposent les équilibres institutionnels. Patrick Taillon parle de « conception matérielle du référendum obligatoire » par opposition à la « conception formelle » qui a pour critère le rang de la norme visée (*op.cit.*, p. 339). On en trouve deux exemples en Espagne et au Portugal, où sont réservées les lois constitutionnelles concernant, respectivement et notamment, les droits fondamentaux (const. de l'Espagne : art. 168) ou la création des régions administratives (Const. du Portugal, art. 256).

¹⁹⁷⁰ Const. de la Californie, art. II, sect. 10(c).

¹⁹⁷¹ Décision n°468/90 du 09 octobre 1990, plusieurs fois confirmée depuis (voir Taillon P., *op.cit.*, p. 343, note 1238). Elle se fonde sur une interprétation de la notion de souveraineté par la Cour.

¹⁹⁷² Patrick Taillon parle « d'effet cliquet » (*op.cit.* p. 342), Marthe Fatin-Rouge Stéfanini de « préemption législative » (*op.cit.*, p. 105).

¹⁹⁷³ Fatin-Rouge Stéfanini M., *op.cit.*, p. 106.

¹⁹⁷⁴ Art. 38 de la loi n°352 du 25 mai 1970.

privilégie le respect, mais cette fois au détriment des capacités de réaction du système institutionnel à d'éventuelles conséquences néfastes de cette expression¹⁹⁷⁵. Entre ces deux points, se situent tout un ensemble de solutions assez variées, dont l'analyse doit être conduite dans leur contexte référendaire propre puisque, comme nous l'avons vu, la disponibilité de la loi référendaire ne s'apprécie pas de la même façon selon que le système considéré pratique ou non l'initiative populaire.

1461. En outre, nous pouvons souligner qu'il ne semble pas que la disponibilité des textes référendaires aux parlementaires ait, à elle seule, un impact sur la pratique du référendum. L'Etat du Massachusetts ou celui du Colorado par exemple, connaissent un nombre assez important de référendums¹⁹⁷⁶, contrairement à la France ou aux Pays-Bas, alors que ces quatre Etats connaissent un état du droit similaire quant à la modificabilité d'une loi référendaire. Néanmoins nous pouvons tout de même rappeler qu'hormis la France et les Pays-Bas (jusqu'en 2015 pour ce dernier), les autres Etats Américains connaissent une forme d'initiative populaire, étant entendu que la nature de la procédure référendaire est un facteur majeur de la fréquence des votations. Par ailleurs, si l'interprétation de la notion de souveraineté semble être au cœur du régime Français ou Italien, cela s'explique seulement par l'absence de dispositions constitutionnelles expresses relativement à la modificabilité de la loi référendaire. En effet, des dispositions ambiguës, vagues, ou limitatives quant à la souveraineté existent tant dans les systèmes où la loi référendaire est disponible mais où l'initiative populaire est possible¹⁹⁷⁷, que dans ceux pratiquant le parallélisme des formes¹⁹⁷⁸. L'inverse est aussi vrai : la Californie qui pratique le parallélisme des formes limité à l'initiative populaire, connaît une définition très « populaire » de la souveraineté¹⁹⁷⁹, tout comme le Maine, où la loi référendaire est disponible et où l'initiative populaire existe également¹⁹⁸⁰.

1462. Ces éléments permettent d'éclairer l'état du droit français sur la question, dans la mesure où ils soulignent toute la latitude dont disposent les autorités de l'Etat quant au choix

¹⁹⁷⁵ Il faut nuancer ce constat au regard de toutes les possibilités d'intervention institutionnelle, directement ou non, dont disposent les acteurs institutionnels sur la norme référendaire. En outre, il existe un certain nombre de cas où les autorités de l'Etat peuvent déroger à l'obligation d'organiser un référendum. Voir Taillon P., *op.cit.*, p. 344 et s.

¹⁹⁷⁶ Voir, pour le Colorado : <http://www.sos.state.co.us/pubs/elections/Initiatives/titleBoard/2003-2004index.html>. Pour le Massachusetts : <http://www.sec.state.ma.us/ele/elebalm/balmresults.html#year1919>.

¹⁹⁷⁷ Comme celle de la Constitution du Massachusetts : « *all power residing originally in the people, and being derived from them, the several magistrates and officers of government, vested with authority, whether legislative, executive, or judicial, are their substitutes and agents, and are at all times accountable to them.* ». (Const. Du Massachusetts, art. V). L'utilisation de l'adverbe "*originally*" peut s'interpréter de diverses manières, ce dont découle l'ambiguïté susmentionnée.

¹⁹⁷⁸ Comme l'Italie, où la Constitution dispose en son article 1^{er} que : « *la souveraineté appartient au peuple, qui l'exerce dans les formes et dans les limites de la Constitution* ».

¹⁹⁷⁹ Art. II, sect. 1 de la constitution californienne : « *All political power is inherent in the people. Government is instituted for their protection, security, and benefit, and they have the right to alter or reform it when the public good may require* ».

¹⁹⁸⁰ Const. of Maine, art. 1, sect. 2 : « *All power is inherent in the people; all free governments are founded in their authority and instituted for their benefit; they have therefore an unalienable and indefeasible right to institute government, and to alter, reform, or totally change the same, when their safety and happiness require it* ».

opéré en la matière, et la différence de perspective qu'implique l'application d'un régime identique selon qu'une procédure d'initiative populaire existe ou non.

II : L'atteinte législative en droit interne

1463. La décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962 pouvait laisser penser qu'en matière de lois référendaires, « l'immunité juridictionnelle découlant de la qualité de l'auteur de l'acte »¹⁹⁸¹ se prolongerait en « immunité au regard de l'intervention des autres autorités »¹⁹⁸². Mais il n'en a rien été puisque la décision n°89-265 DC du 9 janvier 1990 est très explicite quant à la possibilité pour les parlementaires de modifier ou d'abroger une loi référendaire. Après avoir cité les dispositions constitutionnelles relatives à la souveraineté¹⁹⁸³, le Conseil y énonce en effet 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 ; qu'il incombe simplement au législateur, lorsqu'il exerce son pouvoir d'abrogation de la loi, de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels »¹⁹⁸⁴. On ne saurait faire plus clair. Si ce n'est peut-être quant à la cohérence de cette décision avec celles relatives au contrôle de constitutionnalité des lois référendaires, dans lesquelles le juge constitutionnel distingue entre l'expression directe (le référendum) et indirecte (l'action des représentants) de la souveraineté, alors même que les textes cités ne le font pas. Il a réutilisé ces mêmes termes au fondement de la même position postérieurement à la décision 89-265 DC¹⁹⁸⁵. Cette incohérence a été notée et parfois critiquée par la doctrine¹⁹⁸⁶ (quoique pas systématiquement¹⁹⁸⁷). Et, il est vrai que dès lors que le juge constitutionnel a choisi de distinguer entre expression « directe » et « indirecte » de la souveraineté, on pouvait s'attendre à ce que cette distinction s'étende à la modificabilité de la

¹⁹⁸¹ Fatin-Rouge Stéfani M., *op.cit.*, p. 95.

¹⁹⁸² *Ibid.*

¹⁹⁸³ Art. 3 DDHC, art. 3 const. de la Vème République.

¹⁹⁸⁴ Cons., const., Déc., n°89-265 DC du 9 janvier 1990, « Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie », JORF du 11 janvier 1990, p. 463, cons. 8.

¹⁹⁸⁵ Dans Cons., const., Déc., n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, « Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne » *op.cit.*, et Déc., 2014-392 QPC du 25 avril 2014, « Province Sud de Nouvelle-Calédonie » *op.cit.*

¹⁹⁸⁶ Renoux T.S., Note sous Cons., const., Déc., n° 89-265 DC du 9 janvier 1990, RFDC 1990, p. 323 ; Fatin-Rouge Stéfani M., *op.cit.*, pp. 97-98 ; Taillon P., *op.cit.*, pp. 323-324, qui cite d'ailleurs d'autres auteurs qui soulignent également la contradiction (p. 324, note n°1148), dont notamment Olivier Beaud qui, dans la version publiée de sa thèse, y consacre de longs développements. Beaud O., *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, pp. 417-439.

¹⁹⁸⁷ Jean Gicquel, dans la brève note qu'il a rédigé sur la décision dans sa « chronique constitutionnelle » à la revue *Pouvoirs*, insiste en effet sur la cohérence qui lie la décision avec la conception formelle de la loi, et ne mentionne absolument pas la jurisprudence relative au contrôle de constitutionnalité des lois référendaires. Lorsque d'ailleurs il eût, deux ans plus tard, à rédiger une note sous la décision relative au traité de Maastricht et traitant du refus par le Conseil d'effectuer ce contrôle, il ne mentionna pas non plus la décision de 1990. Voir respectivement Gicquel J., « Note sous décision n° 89-265 DC », *Pouvoirs*, 1990/9 (n° 54), p. 1992, et « Note sous décision n° 92-313 DC », *Pouvoirs*, 1993/1 (n° 64), p. 188.

loi référendaire puisque « *d'un point de vue démocratique, il est impossible de mettre sur le même plan une expression de la démocratie directe [...] et une expression de la démocratie représentative [...], de même qu'on ne peut pas mettre sur le même plan le suffrage universel direct et le suffrage universel indirect* »¹⁹⁸⁸. Mais précisément, le point de vue démocratique n'embrasse pas l'entièreté du point de vue juridique puisque notre régime, comme ceux de ses voisins, s'est construit sur des rapports de force entre des idéologies contradictoires, et ne se présente donc pas, s'agissant de l'organisation de ses principes fondamentaux, comme un bloc cohérent. C'est pourquoi Olivier Beaud souligne que cette contradiction interne à la jurisprudence constitutionnelle est en réalité « *inhérente à la démocratie constitutionnelle* »¹⁹⁸⁹ qui, en tant qu'elle impose au juge deux « *réalités contradictoires* »¹⁹⁹⁰, ne peut être « *levée théoriquement* »¹⁹⁹¹. Autrement dit, la contradiction, si elle est effectivement évidente, est inévitable. Les décisions de 1990 et 1992 doivent donc se voir comme les termes d'un compromis pratique. On peut discuter ces termes¹⁹⁹², mais cela ne changerait rien au fait que le Conseil doit en cette matière, concilier des impératifs contradictoires et qu'il s'ensuit que ses décisions peuvent n'être pas pleinement satisfaisantes quant à la qualité du raisonnement qui les produit. Et, puisqu'entrent ici presque objectivement des considérations non-juridiques, nous pouvons postuler que les termes du compromis trouvé ne se comprennent que dans le contexte d'un référendum « d'en haut ». Une votation qui est par principe déclenchée à la discrétion des organes élus, et donc liée au pouvoir d'un autre organe que le corps électoral, et dont les occurrences sont généralement plus rares que pour les référendums déclenchés par voie d'initiative populaire¹⁹⁹³. Certes, les différences de contingences avec la situation qui serait la nôtre ne sont pas suffisantes pour envisager un changement de jurisprudence, puisque les textes concernés seraient tout de même des lois référendaires, mais il est en revanche certain que la portée de celle-ci s'apprécierait autrement, ce qui pourrait entraîner une modification à la marge de la position du Conseil, à partir des spécificités de la procédure considérée.

1464. Deux situations doivent à cette aune être envisagées : celle dans laquelle le référendum d'initiative populaire connaîtrait des restrictions liées à la date d'adoption des lois modifiées ou abrogées par la requête considérée, et celle dans laquelle nulle restriction de cette sorte ne serait prévue.

1465. En effet, dans la première situation le corps électoral ne pourrait être saisi dans un délai permettant une réaction qu'à la discrétion des autorités compétentes pour déclencher la

¹⁹⁸⁸ Beaud O., *op.cit.*, p. 430.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹⁹² Ce que fait d'ailleurs Olivier Beaud, puisqu'il souligne qu'il suffirait que le Conseil reconnaisse le caractère constitutionnel de la révision de 1962, et que le contrôle de constitutionnalité des normes référendaires législatives soit effectué avant le référendum pour que la contradiction soit résolue en pratique. *Ibid.*, pp. 431-432.

¹⁹⁹³ Marthe Fatin-Rouge Stéfanini semble d'ailleurs inviter à voir les choses sous cet angle, non seulement dans sa thèse (*op.cit.*, p. 101), mais aussi dans sa note rédigée sous la décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014 par lequel le Conseil réitère sa position quant au contrôle de constitutionnalité des lois référendaires. Voir Fatin-Rouge Stéfanini M., « Le refus de contrôle des lois référendaires dans le cadre d'une QPC : une décision sans surprise », RFDC, 2014, (n° 99), p. 692-700

procédure, et donc ultimement par le Président de la République. Autrement dit, et à moins d'une hypothèse de cohabitation, l'organe à l'origine de la loi atteinte ne pourrait réagir que suite à une décision d'un autre organe, probablement en partie responsable de l'atteinte en question. Bien sûr, un an n'est pas l'éternité, et cette situation, en tant qu'elle aurait une durée limitée, n'empêcherait pas toute action. Mais, en imposant un délai, on en limiterait l'efficacité, les ressources politiques et matérielles à réunir pour l'organisation du référendum étant, dans notre hypothèse, assez élevées, et les délais inhérents à une procédure d'initiative populaire suffisamment importants pour en augmenter encore le coût dans le cas qui nous occupe. Un déséquilibre s'introduirait entre les organes politiques pérennes et le corps électoral qui, si peut tout à fait se justifier en théorie et ne pose aucun problème de droit, n'est pas nécessaire en pratique, précisément en raison des délais séparant le déclenchement d'une initiative de sa concrétisation.

1466. En revanche, dans la seconde situation l'application telle quelle de la jurisprudence du Conseil ne serait guère choquante. D'abord, il paraît probable que l'incohérence serait bien moins forte, puisque les lois référendaires auraient fait l'objet d'un contrôle avant le référendum et que, partant, l'absence « d'immunité législative » après l'adoption de la loi ferait écho à son absence d'immunité juridictionnelle. Ensuite et surtout, le législateur populaire serait toujours en état d'être saisi de la modification ou de l'abrogation parlementaire. Autrement dit, il ne serait pas démuné pour se défendre contre l'atteinte à sa volonté que constituerait l'action du législateur parlementaire. Il n'y aurait donc ni incohérence de droit, ni déséquilibre excessif de pouvoir en pratique. Par ailleurs, les autres restrictions relatives à la possibilité d'abroger une autre norme pour une initiative propositionnelle n'auraient pas pour effet d'empêcher une abrogation. Inchangée, la jurisprudence du Conseil n'aurait donc pas du tout la même portée concrète dans le cadre d'une initiative populaire. Partant, son maintien ne nous paraît pas problématique lorsque nous envisageons cette hypothèse, à condition que les restrictions posées en amont n'en alourdissent pas les effets. Et, dans tous les cas, il demeure que la modifiabilité de la loi référendaire telle que permise par le Conseil ne poserait pas selon nous, de problème démocratique ou du moins pas de façon aussi aiguë que ce n'est le cas actuellement. Il est par ailleurs à noter, que la réaction permise par l'initiative face à l'atteinte législative serait applicable à toutes les lois référendaires, y compris celles issues des autres procédures référendaires prévues par la Constitution. En outre, cette réaction serait contenue dans ses effets puisque comme le rappelle le Conseil dans sa décision n°89-265 DC, « *il incombe [...] au législateur, lorsqu'il exerce son pouvoir d'abrogation de la loi, de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels* »¹⁹⁹⁴.

1467. Enfin, quelle que soit la solution retenue, il paraît plus simple de ne pas s'engager dans la consécration d'un parallélisme des formes, dès lors que l'initiative populaire permet en toute hypothèse, une saisine du corps électoral sans possibilité d'interruption par l'exécutif ou le législatif. En effet, s'il paraît incontestable que le parallélisme des formes est plus

¹⁹⁹⁴ Cons., const., Déc., n°89-265 DC du 9 janvier 1990, « Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie », *op.cit.* Une fois de plus, le contrôle développé par le juge constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori* de l'article 61 permettrait aussi bien de contenir les potentielles atteintes aux droits fondamentaux induites par l'initiative populaire.

respectueux de la singularité politique de l'expression populaire¹⁹⁹⁵, il rigidifie néanmoins significativement la procédure, alors même qu'elle a vocation à être une voie, sinon ordinaire, du moins banalisée, de production de normes législatives. Cette rigidité peut être excessive et surtout n'offre pas réellement de garanties supérieures à celle offerte par le jeu normal de l'initiative. On constate ainsi à l'étranger que, lorsque le référendum obligatoire existe, des stratégies sont utilisées par les autorités représentatives pour contourner la difficulté qu'il représente. Ainsi, il est possible de faire revoter le corps électoral¹⁹⁹⁶ jusqu'à ce qu'il prenne la « bonne décision » comme ce fut le cas au Danemark pour le traité de Maastricht, par exemple, ou en Irlande pour les traités de Nice et de Lisbonne. Un autre type de procédé a été utilisé en Suisse, où on pouvait déclarer une loi fédérale « urgente » pour la faire échapper à la possibilité d'être attaquée par référendum définitivement, ce qui très rapidement entraîna une inflation significative du volume de ces textes¹⁹⁹⁷. Le phénomène fut si important que la procédure finit par être limitée par voie d'initiative populaire¹⁹⁹⁸, de sorte qu'aujourd'hui l'urgence ne confère au texte qu'une « immunité référendaire » temporaire, limitée à un an¹⁹⁹⁹. Quoi qu'il en soit, ce type de procédé souligne les difficultés suscitées par le parallélisme des formes en matière référendaire, mais également la circonstance qu'il n'offre qu'une protection relative aux textes référendaires. Les stratégies mentionnées ont pour effet de rendre soit le résultat de la votation tout aussi précaire que dans le cadre d'une modificabilité parlementaire, puisque possiblement remis en question rapidement, soit de contourner les obligations induites par le parallélisme.

1468. En réalité, ce parallélisme nous paraît plus adapté pour des normes qui n'ont pas vocation à être régulièrement remises en cause. Ainsi des textes constitutionnels, ou des lois organiques, pour lesquelles une certaine rigidité procédurale est légitime puisque ces textes visent à permettre la vie institutionnelle et démocratique, et non pas de s'inscrire dans la permanence du débat public.

1469. En revanche, le principe du parallélisme pourrait être utilisé dans le cas, évoqué précédemment, où une restriction particulière est prévue pour les lois récentes. Nous pourrions alors très bien imaginer que ce qui vaut pour le législateur populaire vaille également pour le législateur parlementaire, qui ne pourrait pas modifier ou abroger une loi référendaire adoptée récemment. De même, un parallélisme limité aux mandats politiques nationaux en cours, comme cela existe au Portugal par exemple, pourrait tout à fait être envisagé dans le cadre Français. Ces limites à l'action parlementaire nécessiteraient d'être introduites dans la loi organique, voire dans le texte constitutionnel, et n'entrent donc pas dans le cadre de notre étude dès lors qu'une autre solution à droit constant paraît satisfaisante. Pour autant, les avoir évoquées permet de souligner que, sur « l'échelle de la rigidité procédurale », établie dans la subdivision précédente, de nombreuses solutions sont possibles sans entraîner d'effets néfastes excessifs.

¹⁹⁹⁵ Fatin-Rouge Stéfanini M., *op.cit.*, p. 108

¹⁹⁹⁶ Taillon P., *op.cit.*, pp. 344-352.

¹⁹⁹⁷ Grisel E., *Traité de démocratie semi-directe*, Staempfli éd., 2003, p. 305.

¹⁹⁹⁸ Référendum du 11 septembre 1949, voir Taillon P., *op.cit.*, p. 348.

¹⁹⁹⁹ Art. 140 de la Const. fédérale.

1470. Nous restons cependant convaincus que l'initiative populaire, par elle-même, rend moins utile la rigidification de la procédure par laquelle les lois référendaires sont susceptibles d'être modifiées ou abrogées. Là encore, l'organisation par le droit, des rapports institutionnels, alliée à la singularité du processus permettent d'envisager une introduction paisible d'une procédure de ce type dans l'ordonnement de la Ve République.

1471. Qu'il s'agisse de l'introduction de règles de majorité spécifiques, de l'intervention des organes de la fonction exécutive pour la mise en œuvre de la loi référendaire en cas d'adoption ou de la possibilité inévitablement reconnue aux autorités habilitées à agir sur les lois, l'on voit bien que, même une fois dépassés les moments où le texte n'a pas encore été porté à l'attention du corps électoral, les acteurs institutionnels conservent une certaine capacité d'action sur le texte et donc sur ses conséquences. Parallèlement, l'aménagement d'éventuelles limitations à cette capacité s'intégrerait dans les dynamiques politiques de légitimité, mais pourrait tout à fait être envisagé, étant entendu que, par ailleurs, l'initiative populaire peut constituer une arme défensive face à d'éventuelles interventions excessives. Favoriser une dynamique d'institutionnalisation serait donc possible, y compris après l'adoption du texte, même s'il est évident que la circonstance que le corps électoral se soit exprimé confère au texte un caractère particulier qui influencerait profondément les rapports de pouvoirs qu'il impliquerait. Il n'en reste pas moins que l'encadrement du dispositif d'initiative populaire offre de très larges possibilités de juguler les conséquences institutionnelles du texte, sans pour autant rendre l'ensemble du processus inepte.

Conclusion de la partie

1472. Le droit électoral, par la dynamique d'équilibrage entre liberté et égalité et sa structuration autour des partis politiques ouvre -s'il est adapté aux acteurs singuliers amenés par l'initiative populaire- de sérieuses possibilités de contribuer à une intégration apaisée du processus dans la vie institutionnelle. Une fois adoptée, la loi référendaire, en tant qu'elle intégrerait l'ordre juridique, serait soumise à toutes les contraintes inhérentes à sa position dans ce système, lesquelles seraient exercées par des organes de l'Etat, habitués à l'agencement et à la gestion des rapports de pouvoir. L'on voit donc bien que même au stade les plus critiques, ceux où le processus est le plus susceptible de produire des conséquences institutionnelles, il est encore possible de l'encadrer de façon à espérer en limiter les effets.

CONCLUSION GENERALE

1473. A chacune des étapes jalonnant la procédure le dispositif normatif qui la formalise intègre des éléments favorisant son intégration dans l'ordonnement constitutionnel. Structurés selon une forme imposée, les comités compétents pour déclencher le processus seraient en constante relation avec différents acteurs de l'État tout au long du processus. L'État centralise les signatures, le Conseil d'État est consulté quasiment dans les formes ordinaires de ses relations avec le Gouvernement, le Conseil constitutionnel contrôle la substance de la proposition, la campagne implique l'intervention de diverses autorités.

1474. Ces aspects de l'encadrement général sont agencés de façon à ce que leurs effets puissent éventuellement s'additionner. Le Conseil constitutionnel intervient à toutes les étapes du processus, tandis que le Conseil d'État peut influencer le contenu du texte avant que celui-ci n'ait véritablement pu susciter un débat d'ampleur inscrit dans la durée. De leur côté, les acteurs politiques peuvent réagir soit avant le contrôle juridictionnel, soit pendant la campagne. De plus, ces différents individus et entités sont les principaux animateurs du processus législatif ordinaire, et sont habitués à travailler ensemble de sorte qu'un effet de synergie pourrait être favorisé. Par conséquent, l'emprise institutionnelle sur l'initiative populaire serait cohérente et non un ensemble épars d'interventions contradictoires.

1475. En essayant de discerner la fonction de chacune des étapes, il semble possible de préserver sa dynamique propre par l'adaptation de l'équilibre entre l'impératif d'intégration et l'impératif de préservation de l'identité de l'initiative populaire. Toutes les phases ayant pour vocation de créer la discussion politique voient un encadrement plus restreint et des interventions plus limitées. Ainsi du déclenchement du processus et de la rédaction du texte qui en est le corollaire. Ainsi des phases de campagne et de l'impulsion de la discussion politique dont elles sont l'espace-temps. Néanmoins, même quand le dispositif d'encadrement se fait plus présent, un pouvoir significatif est laissé aux promoteurs et donc aux segments sociaux qu'ils représentent. Les comités ne peuvent être contraints que par le Conseil constitutionnel, le texte ne peut jamais être modifié sans qu'ils y consentent, le champ matériel d'action législative qui leur est ouvert est aussi large que celui dans lequel agit le législateur parlementaire.

1476. Leur pouvoir s'arrête cependant une fois close la procédure. Les pouvoirs constitutionnels permanents retrouvent la plénitude de leur pouvoir d'action sur le texte s'il est adopté.

1477. Tous les choix dont est constituée la proposition ont été opérés sur la base de dispositions existantes. Le droit interne fournit l'essentiel de la substance, il soutient l'ossature de toutes les hypothèses retenues et ce quel que soit le degré de transformation dont il fait l'objet. Le droit étranger permet les alternatives, les atténuations et les créations. La démarche peut contribuer à conférer un certain réalisme au résultat obtenu, et se présente comme un facteur de sa cohérence. La circonstance qu'elle ait été possible appuie le postulat

selon lequel la transposition du droit existant à l'encadrement de l'initiative populaire favorise son institutionnalisation.

1478. Pour autant, la proposition ne fonctionne qu'à l'intérieur de l'hypothèse dans laquelle elle a été conçue. Par ailleurs, aucun de ses éléments n'est déterminant dans son économie générale²⁰⁰⁰. Il s'ensuit que chacun des choix effectués peut être discuté, modifié, chacune des étapes repensées et même, pour certaines, supprimées sans que pour autant le résultat ne s'en trouve bouleversé.

1479. Si on en accepte les prémisses, cependant, il nous semble que la proposition peut servir d'inspiration. Sous la même réserve, le cheminement qui a conduit à son élaboration permet d'étayer quelques intuitions quant à l'importance de l'encadrement par le droit de l'initiative populaire²⁰⁰¹. En cela, et même s'il n'y pas ici de conclusions générales qui se puisse réellement tirer, la proposition constitue un modèle.

²⁰⁰⁰ Même s'ils n'ont pas tous à cet égard la même valeur.

²⁰⁰¹ Peut-être même pourrait-on se risquer à espérer que la thèse informe quelque peu quant au réel pouvoir subversif de ce type de procédés.

ANNEXE

PROPOSITION D'UN MODELE DE REFERENDUM D'INITIATIVE POPULAIRE DANS L'ORDONNANCEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA V^{EME} REPUBLIQUE

Dépôt de la requête auprès de la formation spéciale du Conseil constitutionnel

Délai : deux semaines pour rendre la décision

Décision sur l'admissibilité formelle : point de départ du délai de récolte des signatures et donc du processus d'initiative populaire

Récolte des signatures : dématérialisé, sur le modèle de l'initiative partagée

Délai : neuf mois (peut-être gelé si l'aboutissement du processus le ferait intervenir dans les 18 mois précédant une élection présidentielle ou législative)

- Contrôle de la validité des signatures par le ministère de l'intérieur en temps réel
- Recours possible devant formation spéciale du Conseil constitutionnel prévue pour l'initiative partagée jusqu'à dix jours après la fin de la récolte
- Possible saisine du Conseil constitutionnel en formation normale pour appel des décisions ainsi obtenues
- Contrôle des comptes du comité et du respect des règles financières par la CNCCFP :

Décision au bout d'un mois à compter de la clôture qui lance la phase des interventions institutionnelles

Phase des interventions institutionnelles

Délai 9 mois

- Prévue pour le contrôle, mais permet l'intervention consultative du Conseil d'Etat (45 jours) et un éventuel contre-projet du Parlement (9 mois) : le point de départ serait dans les deux cas la décision du Conseil constitutionnel proclamant les résultats de la récolte (les délais ne s'additionnent pas)
- Interventions à l'issue desquelles le Conseil constitutionnel serait automatiquement saisi pour contrôler admissibilité matérielle et constitutionnalité de la proposition (délai de trois mois)
- Echéance du délai de retrait de son texte par le comité

Proposition finalisée, en état d'être soumise au référendum

Campagne référendaire 6 mois

- Entrée progressive en vigueur des règles applicables à partir de six mois avant la votation
- Transposition adaptée des règles applicables aux campagnes présidentielles

Votation

- Sans règles particulières quant à la majorité à atteindre pour l'adoption

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie n'entend pas être exhaustive et ne recense que l'essentiel des sources utilisées.

Ouvrages

Aldrin P., Hubé N., Introduction à la communication politique, éd. De boeck supérieur, 2017, 288 p.

Ardant P. et Mathieu B., Droit constitutionnel et institutions politiques, 26ème éd., 2014, 512 p.

Aubert J.-F., Traité de droit constitutionnel Suisse, Ides et calendes, 1967, 785 p.

Auer A., Le référendum et l'initiative aux Etats-Unis, Helbing&Lichtenham – Economica, 1989, 155 p.

Auer A., Malinverni G., et Hottelier M., Droit constitutionnel suisse, vol. I - L'État, éd. Stämpfli, Berne, 2000, 799 p.

Auer A., Problèmes et perspectives du droit d'initiative à Genève, Collection Juridique Romande, Payot, Lausanne 1987, 88 p.

Gilland Lutz K., Hug S. (dir), Financing Referendum Campaigns Springer; 2009, 241 p.

Baumgartner F., Berry J., Hojnacki M., Kimball D., Leech B., Lobbying and policy change: who wins, who loses, and why, University of Chicago Press, 2009, 360 p.

Beaud O., La puissance de l'Etat, PUF, 1994, 512 p.

Béchillon (de) D., Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, Th., Pau, 1993, 748 p.

Beltrame P. Mehl L., « Techniques, politiques et institutions fiscales comparées », PUF, 2e éd., 1997, 700 p.

Ben Achour R., Gicquel J., Milacic S., La démocratie représentative devant un défi historique, Bruylant-LGDJ, 2006, 341 p.

Bezzina A.-C., Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel, Dalloz, 2014, 808 p.

Bignon J., Sauvadet F., Mission d'information commune sur les problèmes généraux liés à l'application des lois : « l'insoutenable application de la loi », La doc. Fra., 1995, 229 p.

Bioy X., « La liberté de faire campagne », in. faut-il adapter le droit des campagnes électorales ? Esplugas P., Bioy X. (dir.), Montchrestien, 2012, 205 p.

Blondiaux L., La Fabrique de l'opinion, une histoire sociale des sondages Seuil, 1998, 600 p.

Bonnet J., Gahdoun P.-Y., La question prioritaire de constitutionnalité, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2014, pp. 85-86. 128 p.

Bonnet J., Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois : analyse critique d'un refus, Dalloz, 2009, 738 p.

Bourdieu P. :

- La noblesse d'Etat, éditions de Minuit, 1989, 576 p.

- Langage et pouvoir symbolique, Points, 2001, 432 p.

- Sur l'Etat, Raisons d'agir, 2012, 657 p.

- Sur la télévision, Raisons d'agir, 1996, 96 p.

Bourdieu P., Wacquant L., Réponses. Pour une anthropologie réflexive, Paris, Seuil, « Libre examen », 1992, 270 p.

Braconnier C., Dormagen J.-Y., La démocratie de l'abstention, Fayard, 2007. 120 p.

Broder D., Democracy derailed, Harcourt, 2000, 260 p.

Brondel S., Foulquier N., Heuschling L. (dir.), Gouvernement des juges et démocratie, Publications de la Sorbonne, 2001, 374 p.

- Broustau N.**, La trajectoire argumentative des représentations médiatiques dans les textes d'opinion en presse écrite : le cas Elián González dans le Miami Herald, Washington Post et New York Times, Université Laval, Québec, 2007. Disponible en ligne : <http://archimede.bibl.ulaval.ca/archimede/fichiers/24742/ch06.html#d0e1719>.
- Budge I.**, The new challenge of direct democracy, Cambridge : polity press, 1996, 216 p.
- Canfora L.**, La démocratie, histoire d'une idéologie, Seuil, 2006, 492 p.
- Caloz-Tschopp M.-C.(dir.)**, Penser pour résister. Colère, courage et création politique, volume 4, L'Harmattan, 2011, 294 p.
- Car J.-C.**, Les lois organiques de l'article 46 de la Constitution du 04 Octobre 1958, Economica-PUAM, 1999, 582 p.
- Carcassonne G.**, La Constitution, Ed. du seuil, 11ème éd 2014, 480 p.
- Caylac O., Thomas Y.**, Du droit de ne pas naître: à propos de l'affaire Perruche, Gallimard, 2002, 192 p.
- Chantebout B.**, Droit constitutionnel, 26ème éd., 2009, 650 p.
- Charles C.**, Le juge administratif, juge administrateur, Th., 2003, 632 p.
- Chevallier J. (dir.)**, Le droit en procès, CURAPP-PUF, 1983, 230 p.
- Chevallier J.**, Science administrative, PUF, 3ème éd., 2002, 634 p.
- Christin O.**, Vox populi. Une histoire du vote avant le suffrage universel, Le Seuil, 2014, 288 p.
- Colliard C.-A., Conac G., Beer-Gabel J., Frogé S. (dir.)**, La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, PUF, 1989, 259 p.
- Connil D. :**
- L'office du juge administratif et le temps, Dalloz, 2012, 904 p.
 - Les groupes parlementaires en France, LGDJ, coll. « Systèmes », 2016, 151 p.

- Cronin T.**, Direct democracy, Harvard University Press, 1989, 289 p.
- Daugeron B.**, La notion d'élection en droit constitutionnel, Dalloz, 2011, 1298 p.
- Delley J.-D.**, l'initiative populaire en Suisse, éd. l'âge d'Homme, 1ère éd., 1978, 182 p.
- Di Manno T.**, Le Conseil Constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, Economica-PUAM, 1994, 202 p.
- Dormagen J.-Y. et Mouchard D.**, Introduction à la sociologie politique, De Boeck, 2015, 271 p.
- Drago G.**, Contentieux constitutionnel Français, PUF, 3ème éd., 2011, 683 p.
- Drago G.(dir.)**, L'application de la Constitution par les cours suprêmes, Dalloz, 2007, 234 p.
- Duprat G. (dir.)**, L'ignorance du peuple, PUF, 1998, 210 p.
- Dupuis-Déri F.**, Démocratie, histoire politique d'un mot aux Etats-Unis et en France, Lux, 2013, 456 p.
- Fatin-Rouge Stefanini M.**, Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle, Economica-PUAM, 2004, 381 p.
- Favoreu L. et al.**, Droit Constitutionnel, 2013, 15ème éd., 1080 p.
- Fougère L. (dir.)**, Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974, Editions du CNRS, 1974, 1012 p.
- François A. et Phélippeau E.**, Le financement de la vie politique, Armand Colin, 2015, 228 p.
- Gaxie D.**, Le cens caché, inégalités culturelles et ségrégation politique, Seuil, 1978, 268 p.
- Giroux D.**, Les procédés d'initiative populaire dans l'administration locale suisse. Plaidoyer pour une démocratie plus directe sous forme d'approches multiples d'un phénomène complexe, Th., Paris II, 1993, 1306 p.

Giudicelli J., La Cour constitutionnelle italienne et le référendum abrogatif, Th., Toulon, 2002.

Grisel E., « Initiative et référendum populaires », 3ème éd., 2004, Staempfli éditions, Berne.

Guettier C., Le Conseil Constitutionnel et le droit parlementaire sous la Vème République, T. I, Th., 1986, Paris I.

Hammje P., Janicot L. et Nadal S., L'efficacité de l'acte normatif, nouvelle norme, nouvelles normativités, Lextenso, 2013, 271 p.

Hamon F., Le référendum, étude comparative, LGDJ, coll. « Systèmes », 2ème éd., 2012, 229 p.

Hamon F., Troper M., Droit constitutionnel, L.G.D.J, 31ème éd., 2009, 783 p.

Haquet A., Le concept de souveraineté en droit constitutionnel Français, PUF, 2004, 312 p.

Heuschling L. (dir.), Gouvernement des juges et démocratie, Publications de la Sorbonne, 2001, 373 p.

Ihl O. et Déloye Y., L'acte de vote, Presses de Sc. Po, 2008, 568 p.

Janz N., Globus Symbolicus, Kimé, 2001, 422 p.

Kelsen H., Théorie pure du droit, LGDJ, 1999, 367 p.

Kölz A., Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, T.I, Ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848, Bruylant, 2006, 708 p.

Kriesi H.:

- Direct democratic choice : the Swiss experience, Rowman & Littlefield, 2005, 252 p.
- Le système politique Suisse, Economica, 1998, 423 p.

Lambert A. et Boulard J.C., Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative, La doc. Fra., 116 p.

Lapousterle J., L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique, Dalloz, 2009, 434 p.

Latour B., La fabrique du droit, La Découverte, 2002, 320 p.

Lehingue P., Le vote, approche sociologique de l'institution et des comportements électoraux, La Découverte, 2011, 287 p.

Leroyer S., L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la Vème République, Dalloz, 2011, 807 p.

Lochak D., Le rôle politique du juge administratif français, L.G.D.J., Paris, 1972, 362 p.

Löhrer D., La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, 891 p.

Long M., Associations et pouvoirs publics, LGDJ, coll. « Systèmes », 2010, 240 p.

Lorenzani S., L'industrie du Lobbying, les stratégies d'influence des groupements de consommateurs en Europe, à l'heure d'Internet, Th, Sophia-antipolis, 2014, 750 p.

Luhmann N., La légitimation par la procédure, Presses de l'Université Laval, 2001, 300 p.

Magnon X., Théorie(s) du droit, Ellipses, 2008, 167 p.

Maligner B., Droit électoral, Ellipses, 2007, 1015 p.

Manin B., Principes du Gouvernement représentatif, Calmann-Lévy, 1995, 319 p.

Massot J. et Girardot T., Le Conseil d'Etat, La doc. Fra., 2ème éd., 2001, 230 p.

Mauguin-Helgeson M., L'élaboration parlementaire de la loi, étude comparative, Dalloz, 2006, 508 p.

Mauss M., Essais de sociologie, Points, éd. de 1968, 254 p.

Mayer N., Sniderman P. (dir.), La démocratie à l'épreuve, Presses de Sciences Po., 2002, 349 p.

Mélanges René Chapus, Droit administratif, Montchrestien, 1992, 714 p.

Mélanges Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel, Dalloz, 2007, 1783 p.

Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Le dialogue des juges, Dalloz, 2009, 1166 p.

Mélanges offerts à Michel Troper, L'architecture du droit, Economica, 2006, 1028 p.

Mélin-Soucramanien F. (dir.), L'interprétation constitutionnelle, Dalloz, 2005, 262 p.

Mendelsohn M., Parkin A., (dir.), Referendum democracy, citizens, elites and deliberation in referendum campaigns, Palgrave, 2001, 277 p.

Meunier J., Le pouvoir du Conseil constitutionnel, essai d'une analyse stratégique, Bruylant- LGDJ, 1994, 373 p.

Meynaud H.-Y., Duclos D., Les sondages d'opinion, la Découverte, 128 p.

Molinier J., Lotarski J., Droit du contentieux de l'Union européenne, L.G.D.J., 4ème éd., 2012, 280 p.

O'Sullivan A., Sexton T., Cheffrin S., Property taxes and tax revolts: the legacy of proposition 13, Cambridge university press, 1995, 159 p.

Olson M., Logique de l'action collective, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 2011, 224 p.

Pacteau B., Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXème siècle, PUF, coll. Léviathan, 2003, 288 p.

Papadopoulos Y. :

- Démocratie directe, Economica, 1998, 329 p.

- Démocratie directe, mobilisation, intégration, *in*. Duprat G. (dir.), « L'ignorance du peuple », PUF, 1998, p. 118.

Pertici A., Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo, G. Giappichelli ed., 2010, 280 p.

Pini J., Recherches sur le contentieux de la constitutionnalité, Th., Aix-en-Provence, 1997.

Quermonne J.L., L'appareil administratif de l'Etat, le Seuil, Paris, 1991, 330 p.

Raapi P., L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel, Dalloz, 2014, 280 p.

Rambaud R. :

- Le droit des campagnes électorales, L.G.D.J., 2016 ; 192 p.

- Le droit des sondages électoraux, l'Harmattan, 2012, 306 p.

Richard E., Democratic Delusions: The Initiative Process in America, University Press of Kansas, 2002, 260 p.

Roblot-Troizier A., Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution Française, Dalloz, 2007, 712 p.

Rouquet P., De l'initiative populaire en Suisse fédérale, Th., Université Jean-Monnet Saint-Etienne, 1994.

Santolini T., Les parties dans le procès de constitutionnalité en droit comparé, Th., Toulon, 2006.

Sartori G., Théorie de la démocratie, Armand Colin, 1973, 416 p.

Schnapper D., Une sociologue au Conseil constitutionnel, NRF, essais, 2010, 452 p.

Schott S., L'initiative populaire dans les États fédérés allemands : contribution à la connaissance d'une institution démocratique, LGDJ, 2012, 538 p.

Severino C., La doctrine du droit vivant, Economica-PUAM, 2003, 282 p.

Smith D., Tolbert C., Educated by initiative, University of Michigan press, 2005, 252 p.

Taillon P., Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ?, Dalloz, 2012, 585 p.

Tchernonog V., Le paysage associatif français, Dalloz, 2013, 272 p.

Touvet L. et Doublet Y.-M., Droit des élections, Economica, 2^{ème} éd., 2014, 672 p.

Türk P., Le contrôle parlementaire en France, L.G.D.J., 2011, 256 p.

Urvoas J.-J., Manuel de survie à l'Assemblée nationale : l'art de la guérilla parlementaire », Odile Jacob, 2012, 256 p.

Verpeaux M., La naissance du pouvoir réglementaire, PUF, 1991, 448 p.

Vintzel C., Les armes du gouvernement dans la procédure législative, Dalloz, 2011, 836 p.

Articles

Arroyo E., « Les lobbies dans la démocratie », *Revue Projet* 2004/2 (n° 279), p. 60.

Auby J.-M., « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *JCP* 1953, I, 1080.

Avril P. :

- « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005/3, p. 89.

- « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n° 43, 1987, p. 199.

Bailer S., Bütikofer, “From loose alliance to professional political player : How swiss party groups changed”, *Swiss political science review*, vol. 21, 2015/4, p. 556.

Bardet T., « La régulation audiovisuelle, trente ans après la loi de 1986 », *AJDA* 2017, p. 726.

Barraud B., « Audiovisuel et pluralisme politique. De quelques pérégrinations du CSA entre réalisme et idéalisme », *Pouvoirs*, n° 142, 2012/3, p. 119.

Beaud O., « Le souverain », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 33.

Béchillon (de) D. :

- « A propos de l'obligation faite au gouvernement de prendre des règlements d'exécution des lois », *AJDA* 2009, p. 686.

- « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.*, 2002, p. 973.

Béchillon (De) D., Terneyre Ph., « Le Conseil d'État et la Cour de justice des Communautés européennes. Nouvelle donne », *Pouvoirs*, n° 123, 2007/4, p.105.

Bezzina A.-C., Verpeaux M., «Carton rouge pour les saisines blanches », *JCP G*, 2011, n°35, p. 1495.

Boda J.-S., « L'intérêt à agir des parlementaires et les actes du président de la République », *DA*, 2013/7, comm. 48, p. 25.

Bon P. :

- « Le référendum dans les droits ibériques », *RFDC*, 1997, p. 451.

- « Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007 », in. *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Le dialogue des juges, Dalloz 2009, p. 67.

Bordeleau F., « Le financement politique et le contrôle des dépenses électorales au Québec, d'hier à aujourd'hui », *Rapport remis au Directeur Général des Élections*, Bibliothèque nationale du Québec, 2003.

Bordier D., « L'application des lois, les parlementaires et le Conseil d'Etat : le malentendu », *AJDA.*, 2012, p. 2202.

Bouchez R., « Le Conseil d'Etat, conseil du Parlement. Premières consultations du Conseil d'Etat sur des propositions de loi », *JCP. A.*, n° 17, 2011, p. 2161.

Boullier D., « La fabrique de l'opinion publique dans les conversations télé. », *Réseaux*, 2004/4, n° 126, p. 57.

Boulouis J., « Le défenseur de l'exécutif », *Pouvoirs*, n°13, 1986, p. 34.

Bourdieu P. :

- « L'opinion publique n'existe pas », (disponible sur : <http://www.acrimed.org/L-opinion-publique-n-existe-pas>), 2012.

- « La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, vol. 64, p. 3.

- « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in. *Normes juridiques et régulation sociale*, *LGDJ*, 1991, Paris, p. 95.

Bourricaud F., « Institutions », in *Universalis éducation, Encyclopædia Universalis*, (Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/institutions/>)

Bouveresse J., Les intellectuels, l'objectivité, la propagande et le contrôle de l'esprit public, *in*. Marie-Claire Caloz-Tschopp (dir.), *Penser pour résister. Colère, courage et création politique*, volume 4, L'Harmattan, 2011, p. 27-46.

Bowler S., Hanneman R., « Just How Pluralist Is Direct Democracy? The Structure of Interest Group Participation in ballot proposition elections », *Political Research Quarterly*, 2006/4, n°59, p. 557.

Braconnier C., « Le vote et l'abstention en temps de crise », *Savoir/Agir*, n° 13, 2010/3, p. 57.

Brochot V., « Le sondage d'opinion : attribut de la démocratie ou manipulation de l'opinion », *Pouvoirs*, n° 145, 2013/2, pp. 141-154.

Brotcorne P., Valenduc G., « Les compétences numériques et les inégalités dans les usages d'internet. Comment réduire ces inégalités ? », *Les Cahiers du numérique*, vol. 5, 2009/1, p. 45.

Brouard S., Gougou F., Guinaudeau I., Persico S., « Un effet de campagne. Le déclin de l'opposition des français au nucléaire en 2011-2012 », *RFSP*, vol. 63, 2013/6, p. 1051.

Budge I., « Political parties in direct democracy », *in*. Mendelsohn M., Parkin A., *Referendum democracy, citizens, elites and deliberation in referendum campaigns*, Palgrave, 2001, p. 75.

Bui Xian A., « Le Conseil d'État : quelle composition réelle ? », *Pouvoirs*, n°123, 2007/4, p. 89.

Camby J.-P., « Le contentieux de l'organisation du référendum du 29 mai 2005 », *RDP*, 2005/3, p. 587.

Canivet G., « Experts et procédure : *l'amicus curiae* », *Revue de droit d'Assas*, n°6, 2012, p. 89.

Carré de Malberg R. :

- « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP*, 1931, p. 225.

- « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », *in. Mél. François Gény, Sirey*, 1935, t. I, p. 192.

Cartier-Molin T., « La portée du nouveau rôle législatif des commissions parlementaires », *RDP*, 2010, n° 5, p. 1404.

Casas D., « L'ordonnance sur les contrats de partenariat était-elle légale ? », *Concl. sur CE, Ass.*, 29 octobre 2004, n° 269814, *Sueur et autres, RFDA*, 2004, p. 1103.

Chabanol D., « La régularisation des requêtes devant la juridiction administrative », *AJDA*, n° 5, 1993, p. 331.

Chambers S., « Rhetoric and the public sphere: has deliberative democracy abandoned mass democracy? », *Political Theory*, vol. 37, 2009/3, p. 323.

Champagne P., « L'audimétrie : une censure politique cachée. », *Hermès, La Revue*, n° 37, 2003/3, p. 137.

Chatignoux C., « Pays-Bas : le référendum contre l'Ukraine est effacé », *Les Échos*, 31 mai 2017, (disponible sur <https://www.lesechos.fr/monde/europe/030358891680-pays-bas-le-referendum-contre-lukraine-est-efface-2090673.php>)

Chavy P., « L'application de l'article 40 de la Constitution : des jurisprudences et des pratiques parlementaires méconnues », *RFDC.*, 2017/1, p. 23.

Chazel F., « Influence », *in. Universalis éducation, Encyclopædia Universalis*, (Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/influence/>)

Chevallier J.:

- « Le Conseil d'Etat, au cœur de l'état », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 5.

- « L'ordre juridique », *in. Le droit en procès*, Chevallier J. (dir.), CURAPP-PUF, 1983, p. 7.

Clanché F., « La participation électorale au printemps 2002. De plus en plus de votants intermittents », *Insee Première*, n° 877, janvier 2003.

Clawson D., « *Politics is money* », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 138, 2001/3, p. 34.

Cohen A., « “Le père de l'Europe”, la construction sociale d'un récit des origines », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 166-167, 2007/1, p. 14.

Conac G., « Les débats sur le référendum sous la Ve République », *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 97.

Conac G., Le Gall J., « L'article 11 », *in. La constitution de la République Française*, Luchaire F., Conac G., Prétot X. (dir.), Economica, 2008, p. 402.

Connil D., « L'étendue de la chose jugée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité : observations dubitatives sur l'état de la jurisprudence », *RFDA*, 2011, p. 742.

Cottet J.-P., Chaniac R., Jézéquel J.-P., « Il n'y a pas de service public sans public. », Hermès, *La Revue*, n° 37, 2003/3, p. 117.

Coutu M., « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », *Droit et société*, n° 56-57, 2004/1, p. 233.

Debbasch, Ch., Bourdon J., « Les structures de l'association », *in Les associations*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2006, p. 61.

Dehaussy J., « Autorisation législative », *in Jur.-Cl. Droit international*, LexisNexis, Fasc. 11, §32 et s.

Delley J.-D., « La professionnalisation des campagnes référendaires », in. *Le référendum en Europe, bilan et perspectives*, Passelecq O. et Hamon F. (dir.), *l'Harmattan*, 2000, p. 204.

Delmas C., « L'expertise, enjeu de définitions », in. *Sociologie politique de l'expertise*, La Découverte, 2011, p. 9.

Denis M.-L., « La régulation audiovisuelle et l'élection présidentielle », *NCCC*, n° 34, 2012, p. 23.

Denquin J.-M.,

- « Démocratie participative et démocratie semi-directe », *NCCC*, n° 23, 2007, p. 95.

- « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus politicum*, n° 4, 2010, (disponible sur <http://juspoliticum.com/article/Pour-en-finir-avec-la-crise-de-la-representation-215.html>).

Dermange F., « Calvin, aux origines de la démocratie ? », *Études théologiques et religieuses*, n° 83, 2008/3, p. 351.

Di Manno T., «Chronique de jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *RFDC* 1996, p. 359.

Diémert S., « Le référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la Constitution », *RFDC*, n°77, 2009/1, p. 55.

Disant M. :

- « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *NCCC*, 2013/2, n° 39, p. 306.

- « Les effets dans le temps des décisions QPC », *NCCC*, 2013/6 (n°40) p. 65.

Donovan T., Tolbert C., «Do Popular Votes on Rights Create Animosity Toward Minorities? », *Political Research Quarterly*, n° 66, 2013/4, p. 910.

Douteaud S., « Un an de gestion parlementaire du nouvel article 48 de la Constitution », *RFDC*, n° 87, 2011/3, p. 515.

Dubouis L., « Droit international et juridiction administrative », *in. Répertoire de droit international, D.*, 2017.

Ducourtieux C., « Référendum aux Pays-Bas : la victoire du « non », nouveau signe de défiance contre l'Europe », *Le Monde*, 7 juin 2016.

Dudouet Fr.-X., Joly H., « Les dirigeants français du CAC 40 : entre élitisme scolaire et passage par l'État. », *Sociologies pratiques*, 2010/2 (p. 21), p. 35.

Dulong D., « Institutions », *in. Universalis éducation, Encyclopædia Universalis*, (Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/institution/>).

Dupéré O., « Le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. Lectures croisées par le Conseil d'état et le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 61, 2005/1, p. 147.

Durand J.-P., « Capital, sociologie ». *in. Universalis éducation, Encyclopædia Universalis* (Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/capital-sociologie/>).

Dutheillet de Lamothe O., *in* G. Drago (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Dalloz, 2007, p. 202.

Enguehard C., « Vote par internet, failles techniques et recul démocratique », *Jus politicum*, n° 2, mars 2009, (disponible sur <http://juspoliticum.com/article/Vote-par-internet-failles-techniques-et-recul-democratique-74.html>).

Entin J., « Innumeracy and jurisprudence : the surprising difficulty of counting petition signatures », *Jurimetrics Journal*, 1993, p. 223.

Esplugas P., « Adapter les règles », *in. Faut-il adapter le droit des campagnes électorales ?*, Actes du colloque organisé le 24 avril 2011 à UT1 Capitole, *Montchrestien*, 2012.

Fabre-Magnan M., « L'affaire Perruche, pour une troisième voie », *Droits*, 2002/1 (n°35), p. 119.

Falla W., Sirota A., « Être et faire avec les autres », *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2012/2 (n°14), p. 173.

Fatin-Rouge Stéfanini M. :

- « L'exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté des consultations », *in Renouveau du droit Constitutionnel, Mélanges Louis Favoreu, D.*, 2007, p. 1525.

- « Le rôle du peuple est-il renforcé ? », *RFDC*, HS n° 2, 2008/5, p. 133.

- « La décision du Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet : un nouveau pas en matière de contrôle des référendums », *RFDA*, 2005/5, p. 1040.

- « Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle », *Economica*, 2004.

- « Le référendum et la protection des droits fondamentaux », *RFDC*, n° 53, 2003/1, p. 73.

- « Le refus de contrôle des lois référendaires dans le cadre d'une QPC : une décision sans surprise », *RFDC*, n° 99, 2014, p. 692.

Fatin-Rouge Stéfanini M., Natale V., Nicot S., Ogier-Bernaud V., Oliva E., Pena-Gaïa A., Poracchia D., Capitani A., « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 63, 2005/3, p. 561.

Faucher F, Hay C., « Les rituels de vote en France et au Royaume-Uni », *RFSP*, vol. 65, 2015/2, p. 213.

Favoreu L., « Destin d'une décision fondatrice », *in. La liberté d'association et le droit*, Actes de la journée du 29 juin 2001, p. 33 (disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr>)

Ferliche N., « La rationalisation du droit du financement des campagnes législatives et le renforcement de la transparence de la vie politique », *RFDC*, n° 90, 2012/2, p. 87.

Ferrié J.-N., Dupret B., Legrand V., « Comprendre la délibération parlementaire », *RFSP*, vol. 58, 2008/5, p. 795.

Flauss J.-F. :

- « Le nouveau mode de vote sur l’initiative populaire et le contre-projet en droit fédéral Suisse », *RDP*, 1988, p. 1555.

- « Justice constitutionnelle et démocratie référendaire », in *Justice constitutionnelle et démocratie référendaire*, Actes du colloque de Strasbourg, *Science et technique de la démocratie*, n°14, 1995, p. 21.

François A., Foucault M., « Le rendement des dépenses électorales en France. Le cas des élections législatives de 1997 », *Revue économique*, vol. 56, 2005/5, p. 1125.

François A., Sauger N., « Groupes d’intérêt et financement de la vie politique en France. Une évaluation des effets de l’interdiction des dons de personnes morales », *RFSP*, vol. 56, 2006/2, p. 227.

Frey B., Goette L., “Does the Popular Vote Destroy Civil Rights?”, *American Journal of Political Science*, n° 42, 1998/4, p. 1343.

Froidevaux-Metterie C., « États-Unis : comprendre l’énigme théocratico-laïque », *Critique internationale*, n° 36, 2007/3, p. 105.

Fuchs O., « La procédure législative d’urgence », *RDP*, 2009/3, p. 761

Gariazzo O., « Article 40 », in. *La Constitution de la République Française*, Dir. Conac G et Luchaire F., *Economica*, 3^{ème} éd., 2008, p. 1010.

Garrigou A., « Voter plus n’est pas voter mieux », *Le monde diplomatique*, août 2016, p. 3.

Gauchet M., « Crise dans la démocratie », *La revue lacanienne*, vol. 2, 2008, p. 59-72.

Gaudemet Y., « La Constitution et la fonction législative du Conseil d’État », in. *Jean Foyer, auteur et législateur, Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 61.

Gaxie D., « Les facteurs sociaux de la carrière gouvernementale sous la Vème République », *Revue française de sociologie*, n° 4, 1983, p. 441.

Geffray E., « Les obligations comptables des partis politiques », *Concl. sur CE, Sect.*, 9 juin 2010, n° 327423, *Association Cap sur l'avenir 13, RFDA*, 2010, p. 1047.

Gendzel G., « The People versus the octopus: California progressives and the origins of direct democracy », *Siècles, Cahiers du Centre d'histoire « Espaces et Cultures »*, n° 67, 2013 (Disponible sur <http://siecles.revues.org/1109>).

Genieys W., « Nouveaux regards sur les élites du politique. », *RFSP*, vol. 56, 2006/1, p. 121.

Gerstlé J. :

- « L'information et la sensibilité des électeurs à la conjoncture », *RFSP*, n°5, 1996, p. 731.

- « L'impact des médias télévisés sur la campagne référendaire française de 2005 », *Rapport effectué pour l'Institut Delors*, 2006.

Geslot C., « L'initiative minoritaire de référendum selon la Constitution de 1958 », *Politeia*, n° 17, 2010/1, p. 583.

Ghaleigh N.-S., « Sledgehammers and nuts ? Regulating referendums in the UK », in *Financing Referendum Campaigns, Palgrave Macmillan*, 2009, p. 180.

Gicquel J.-E. :

- « Faut-il introduire en France le référendum législatif d'initiative populaire ? », *LPA*, n° 20, 28 janvier 2005, p. 12.

- « Note sous décision n° 89-265 DC », *Pouvoirs*, n° 54, 1990, p. 199.

- « Note sous décision n° 92-313 DC », *Pouvoirs*, n° 64, 1993, p. 188.

Gilland Lutz K., « Referendum and spending in Ireland », in *Financing Referendum Campaigns, Palgrave Macmillan*, 2009.

Giroux D., « Les droits populaires en Suisse : vers un idéal démocratique ? », *Siècles, Cahiers du Centre d'histoire « Espaces et Cultures »*, n° 37, 2013.

Gonod P., « Le Conseil d'Etat conseil du Parlement », *RFDA*, 2008, p. 871.

Gordon J., Magleby D., “Pre-election judicial review of initiatives and referendums”, *Notre-Dame Law Review*, n° 64, 1989, p. 297.

Grodecki S., « L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève », *Schultess, Genève*, 2008, p. 265.

Guillaume M. :

- « La question prioritaire de constitutionnalité », *Just. et cass.*, 2010, p. 290.

- L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ?, *NCCC*, 2011, n° 30.

Guillaume-Hofnung M., « L'expérience italienne du référendum abrogatif », *RIDC*, n° 35, 1983/1, p. 109.

Guyomar M., « La sanction administrative », *LPA* 12 janv. 2006, p. 7.

Guyonnet P., « Le vote comme produit de la pensée magique », *RFSP*, vol. 44 ; 1994/6, p. 1054.

Haberman C., « The California ballot measure that inspired a tax revolt », *New York Times*, 16 octobre 2016.

Hadwiger D., “Money, Turnout, and Ballot Measure Success in California Cities”. *The Western Political Quarterly*, vol. 45, n° 2, 1992, p. 539.

Hamon F. :

- « Le référendum d'initiative partagée sera bientôt opérationnel mais l'on s'interroge encore sur son utilité », *RFDC*, vol. 98, 2014/2, pp. 253.

- « L'extension du référendum », *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 118.

- « La crise du système référendaire », *Droits*, n° 43, 2006/1, p. 91.

- « The financing of referendum campaigns in France », in. *Financing referendum campaigns*, Palgrave and McMillan, 2010, p. 111.

- « La nouvelle procédure de l'article 11 : un vrai faux référendum d'initiative populaire », *LPA*, n° 254, 2008, p. 16.

Hartney M., « Système juridique », in. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993.

Heitz J.-M., « La décision : ses fondements et ses manifestations. », *Revue Interdisciplinaire Management, Homme(s) & Entreprise*, n° 5, 2013/1, p. 106.

Hobolt Binzer S., « Campaign financing in danish referendums », in. *Financing referendum campaigns*, Palgrave and McMillan, 2010, p. 64.

Hoepffner H., « Les avis du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 895.

Idoux P., « La contradiction en droit constitutionnel français », in *Vers un redéploiement de la contradiction en droit administratif français*, VIème Congrès de l'AFDC, Montpellier, juin 2005, *AJDA*, 2009, p. 637.

Jacquelot F., « «L'autonomie financière des Cours constitutionnelles: l'expérience du Conseil constitutionnel français» », in. *Le budget de la Cour constitutionnelle: un facteur déterminant de son indépendance*, Séminaire, Sarajevo, octobre 2004,

Jan P. :

- « La procédure accélérée : bilan de deux ans de mise en œuvre », *LPA*, 18 février 2011, n° 35, p. 6.

- « Les recours ordinaires ouverts devant le juge constitutionnel (suite et fin) », *LPA*, 24 octobre 2000, n° 212, p. 8.

- « Déferer une loi au Conseil Constitutionnel, un choix discrétionnaire attaché à la procédure législative », *R.D.P*, 2001, p. 1655.

- Jenkins R., Mendelsohn M.**, « The news media and referendums », *in. Referendum democracy, elites, citizens and deliberation in referendum campaigns*, Palgrave, 2001.
- Johnston R.**, « Regulating campaign finance in Canadian referendums and initiatives », *in. Financing referendum campaigns*, Palgrave and McMillan, 2010, p. 23.
- Kail M.**, « Éditorial. La crise de la représentation politique ? », *L'Homme et la société*, vol. 187-188, n° 1, 2013, pp. 5-7.
- Kaufmann L.**, « L'opinion publique ou la sémantique de la normalité. », *Langage et société*, n° 100, 2002/2, p. 49.
- Kerléo J.-F.**, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de l'article 40 de la Constitution », *RFDC*, n° 99, 2014/3, p. 507.
- Labetoulle D.**, « Les méthodes de travail au Conseil d'Etat et au Conseil Constitutionnel », *in. Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat*, Actes du colloque organisé au Sénat les 21 et 22 Janvier 1988, Paris, LGDJ-Montchrestien, 1988, p. 252.
- Lachaume J.-F.**, « Droit international et juridiction judiciaire », *in. Répertoire de droit international, D.*, 2017.
- Laffaille F.**, « Le référendum législatif abrogatif en Italie », *Siècles, Centre d'histoire « espaces et cultures »*, n° 37, 2013, p. 4.
- Lahmer M.**, « Prolégomènes à Jean-Jacques Rousseau. Culture et débat politiques à Genève avant le Contrat social », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 15, 2002/1, p. 17.
- Laronde-Clérac C.**, « Associations, généralités », *in. Jur.-Cl. « Sociétés traités »*, *LexisNexis*, fasc. 174-10, 2017.
- Leboeuf R.**, « La double nature de la ratification des traités : observations sur les discordances entre les procédures constitutionnelles et internationales », *RFDC*, n° 107, 2016/3, p. 601.

Lehingue P. :

- « Le Non français au traité constitutionnel européen (mai 2005). Sur deux lectures « polaires » du scrutin », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 166-167, 2007/1, p. 123.

- « L'emprise des sondages sur le jeu électoral : vrais et faux débats », *Savoir/Agir*, n° 1, 2007/1, p. 37.

- « Quand le " Vote " n'était pas encore le "Vote"... et n'augurait de rien », *Genèses*, n° 99, 2015/2, p. 162.

Levade A. :

- « Constitution et Europe, ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de système », *CCC*, n° 18, 2005/1.

- « Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne », *CCC*, HS 2009.

Lochak D., « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 43.

Logerot F., « Le contrôle de la CNCCFP », in. *Faut-il adapter le droit des campagnes électorales ?*, Actes du colloque organisé le 14 avril 2011 à UT1 Capitole, *Montchrestien*, 2012, p. 169.

Long M., « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA* 1992, p. 790.

Luchaire F., Les lois organiques devant le Conseil Constitutionnel, *R.D.P.*, 1992, p. 392.

Luhmann N., « Complexité de la société et opinion publique. » (traduit de l'allemand par Berlan A), *Tracés*, n° 29, 2015/3, p. 165.

Macé E., « Le conformisme provisoire de la programmation », *Hermès, La Revue*, n° 37, 2003/3, p. 127.

Magleby D., “Ballot access for initiatives and popular referendums: the importance of petition circulation and signature validation procedures”, *The journal of laws and politics*, 1985/2, p. 287.

Magleby D., Patterson K., “Consultants and Direct Democracy”, *Political Science and Politics*, n° 32, 1998/2, p. 160.

Maligner B., « Le principe d'équité entre les candidats devant les médias », *AJDA*, 2007, p. 640.

Marcilloux-Giummarra S., « Droit constitutionnel et vie politique. Le financement des partis politiques », *RFDC*, 2011/1, p. 163.

Maslet J.-C., Guiselin E.-P., « propagande électorale », in *Jur.-Cl. Communication*, fasc. 2300.

Massot J., « La fonction consultative du Conseil d'État », *RA*, n° spécial sur le « deuxième centenaire du Conseil d'État », 1999, p. 477,

Mauguë C. :

- « La QPC : 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue », *NCCC*, n° 47, 2015/2.

- « L'accord de Nouméa et la consultation de la population », *Concl. sur CE, Ass.*, 30 octobre 1998, n° 200286, *Sarran-Levacher, RFDA*, 1998, p. 1081.

Mazzoleni O., « Critique et légitimation de la professionnalisation parlementaire en Suisse », *Politix*, 2006/75, p. 165.

Mbongo P., « L'industrie des votations populaires aux États-Unis », *RFDC*, n° 101, 2015/1, p. 97.

Mélin-Soucramanien F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *NCCC*, n° 29, 2010/3, p. 89.

Mellier D., « Ce qui fait équipe, exige d'un travail pulsionnel et appareillage psychique groupal d'équipe », *Nouvelle revue de psychosociologie*, vol. 14, n° 2, 2012, p. 131.

Meltz R., « Lorsque le Quai d'Orsay dictait des articles : la fabrication de l'opinion publique dans l'entre-deux-guerres. », *Relations internationales*, n° 154, 2013/2, p. 33.

Mercier A.-C., « Le référendum d'initiative populaire : un trait méconnu du génie de Condorcet », *RFDC*, n° 55, 2003/3, p. 483.

Mestre J., Le référendum national d'initiative populaire, *Revue des Deux Mondes*, 1984, p. 566.

Meunier J., « Le Conseil constitutionnel et l'autorité de ses décisions » *in. L'architecture du droit, Mél. Offerts à Michel Troper, D.*, 2006, p. 694.

Michelot V., « Le processus référendaire en Californie : un travestissement démocratique ? », *Pouvoirs*, n° 133, 2010/2, p. 57.

Molfessis N., « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC. », *Pouvoirs*, n° 137, 2011/2, p. 83.

Murel A., « L'abstention : déficit démocratique ou vitalité politique ? », *Pouvoirs*, n° 120, 2007/1, p. 43.

Muxel A. :

- « La poussée des abstentions : protestation, malaise, sanction », *in Le Vote de tous les refus. Les élections présidentielles et législatives de 2002*, Dir. Pascal Perrineau et Colette Ysmal, *Presses de Sciences Po*, 2003.

- « L'abstention : déficit démocratique ou vitalité politique ? », *Pouvoirs*, 1/2007, p. 43.

Nabli B., « L'opposition parlementaire : un contre-pouvoir politique saisi par le droit », *Pouvoirs*, n° 133, 2010/2, p. 125.

- Niquègè S.**, « Les résolutions parlementaires de l'article 34-1 de la Constitution », *RFDC*, n° 84, 2010/4, p. 865.
- Nuss P.**, « Référendum et initiative populaire en France : de l'illusion en général et de l'hypocrisie en particulier », *RDP*, 2000, p. 1447.
- Ogien A.**, « Pour le référendum, au-delà du plébiscite », *Libération*, 11 octobre 2016.
- Olgiati V.**, « Institution, sociologie juridique », in. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 303 ;
- Oliva E.**, « "Initiative partagée" et protection constitutionnelle des finances publiques », *RFDC*, 2014/3, p. 676.
- Pech L.**, Le remède au gouvernement des juges : le judicial self restraint ?, in. *Gouvernement des juges et démocratie*, Brondel S., Foulquier N., Heuschling L, (dir.), Publications de la Sorbonne, 2001, p. 67.
- Perraudeau E.**, « Les Français dans le miroir européen. Le référendum du 29 mai 2005 », *Pouvoirs*, n° 116, 2006/1, p. 149.
- Pfersmann O.**, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, n° 52, 2002/4, p. 789.
- Pfersmann O., Troper M.**, « Existe-t-il un gouvernement des juges ? », in. *Gouvernement des juges et démocratie*, Heuschling (dir.), Publications de la Sorbonne, 201, p. 29.
- Phélippeau E.**, « Le financement de la vie politique française par les entreprises 1970-2012 », *L'Année sociologique*, 2013/1, p. 212.
- Piar C., Gerstlé J.**, « Le cadrage du référendum sur la Constitution européenne : la dynamique d'une campagne à rebondissements », in *Comprendre le non français, Cahiers du CEVIPOF*, 2005, p. 42.

Picard E., « Droit international et contentieux administratif », in *Répertoire de contentieux administratif, D.*, 2010.

Picod F., « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union Européenne », *CCC*, n° 18, 2005/1.

Pierré-Caps S., « Une révision constitutionnelle en trompe-l'œil ou la constitutionnalisation du présidentielisme majoritaire », *Politeia*, n° 15, 2009, p. 313.

Pinon S. :

- « Improbable loi organique, impossible initiative populaire », *AJDA*, 2009, p. 2002.

- « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *Politeia*, 2006 (n°10), p. 407.

Polat V., « L'ordre constitutionnel français et l'efficacité du droit de l'Union européenne », *Politeia*, n° 26, 2014, p. 529.

Prélot P.-H., « L'initiative parlementaire-citoyenne de l'article 11 de la Constitution. Analyse du projet de loi organique », *Constitutions*, n° 2, avril-juin 2011, p. 175.

Prémat C., « Les effets de l'institutionnalisation du référendum local en France et en Allemagne », *RFSP.*, 2008/2, p. 257.

Preuvot P., « L'amélioration de l'application des lois : un enjeu dans la relation Parlement-Gouvernement », *RDP.*, 2012/1, p. 39.

Prevost-Gella J., « L'instrumentalisation de la spécificité du droit de l'Union européenne par le Conseil constitutionnel », *RFDA.*, 2015/1, p. 137.

Protière G., « Le Parlement et les critères de la loi, la "révolution" en attente... », *Politeia*, 2009/2, p. 387.

Rambaud R., « Le paquet de modernisation électorale », *AJDA*, 2016, p. 1285.

Rappard William E., « The initiative and the referendum in Switzerland », *The American Political Science Review*, n°6, 1912/3, p. 345.

Raux C., « Les positions théoriques de la doctrine : retour sur l'affaire Perruche », *Congrès de l'A.F.D.C.*, Montpellier, 9 10 et 11 juin 2005, (Disponible sur <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes4/RAUX.pdf>).

Rayner H., « Participationnisme d'Etat, le gouvernement de la "libre formation de l'opinion" en Suisse », *Gouvernement et action publique*, 2016/2, p. 79.

Rémond A., « Le rôle politique des sondages. Retour sur la réforme des retraites de 2003 », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2007/4, p. 48.

Rogers T. et Middleton J., « Are Ballot Initiative Outcomes Influenced by the Campaigns of Independent Groups? A Precinct-Randomized Field Experiment », *Political Behavior*, 2014, p. 1.

Rouet G., « L'abstention aux élections européennes de juin 2009. Une affaire de citoyennetés, d'identités et de cultures », *Cahiers Sens public*, 2009/3, p. 239.

Roussel V., « Le droit et ses formes, éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu », *Droits et Société*, n°56-57, 2004/1, p. 42.

Roussillon H. :

- « Contre le référendum », *Pouvoirs*, 1996, p. 184.

- « La saisine du Conseil Constitutionnel », contribution à un débat, *RIDC*, 2002, p. 494.

Roux M., « La fonction consultative du Conseil d'Etat », *RA*, n° spécial 6, 1999, p. 16.

Rudelle O., « Crise de la représentation ou utopie de la conformité ? », *RFSP.*, Vol. 48, 1998/3, p. 535.

Samuel X., « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », Exposé présenté à l'accueil des nouveaux membres de la Cour de Cassation au Conseil Constitutionnel, 26 Janvier 2007, (Disponible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/reserves.pdf).

Savonitto F., « Les lois de programmation du vingtième alinéa de l'article 34 de la Constitution : une nouveauté à abandonner », *RDP*, 2013/1, p. 113.

Schrameck O., « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, D.*, 1996, p. 629.

Schwartz R., « Autorité de la chose jugée et condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », concl. sur CE, 11 février 2004, *Mme Chevrol-Benkeddache, D.*, 2004, p. 1414.

Serdült U., « Referendum campaigns regulations in Switzerland », in *Financing referendum campaigns*, Gilland Lutz K. et Hug S. (dir.), Palgrave and MacMillan, 2010, p. 170.

Smith D., Fridkin D., « Delegating direct democracy: interparty legislative competition and the adoption of the initiative in the American states », *The American Political Science Review*, Vol. 102, 2008/3, p. 333.

Stratmann S., « Campaign spendings and ballot measures », in *Financing referendum campaigns*, Palgrave and MacMillan, 2010, p. 9.

Taillon P., « Pour une redéfinition du référendum consultatif », *R.I.D.C.*, 2007/1, p. 143.

Tchernonog V., « Le financement public des associations, entre subventions et commandes », 2013, (Disponible sur <http://rtes.fr/IMG/pdf/InterventionVTchernonog27juin2013.pdf>).

Théviot A., « Un silence numérique bavard. Controverses autour de l'interdiction de la propagande politique en ligne avant le vote », *Mots. Les langages du politique*, Vol. 103, 2013, p. 55.

Thiers E., « La majorité contrôlée par l'opposition : pierre philosophale de la nouvelle répartition des pouvoirs ? », *Pouvoirs*, 2012/4, p. 61.

Thorodom A.-T., « Entre droit international et droit constitutionnel : le métissage du droit de l'Union européenne », *Revue des affaires européennes*, 2016/2, p. 229.

Troper M. :

- « Positivisme », sens 1, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 463.

- « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC.*, 2002/2, p. 335.

Uleri P.-V., « On referendum voting in Italy: YES, NO or non-vote? How Italian parties learned to control referendums », *European Journal of Political Research*, 6/2002, p. 863.

Urvoas J.-J., « La lente mais irrépensible renaissance des commissions parlementaires », *Pouvoirs*, 2013/3, (n°146), p. 23.

Vedel G. :

- « Le précédent judiciaire en droit public français », *Journées de la Société de Législation Comparée*, vol. IV, 1984, p. 265.

- « Réformer les institutions... Regard rétrospectif sur deux Commissions », *RFSP*, vol. 47, 1997/3, p. 313.

- « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence », *Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, PUF, 1989, pp. 54-56.

- « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », in *Droit administratif* (Mél. René Chapus), Montchrestien, 1992, pp. 647-671.

Veyrat-Masson I., « Les recherches sur les campagnes électorales à la télévision », *Le Temps des médias*, 2006/2, p. 289.

Vidal-Naquet A. :

- « Le renouveau de l'opposition », *Pouvoirs*, 2013/3, p. 133.

- « L'institutionnalisation de l'opposition. Quel statut pour quelle opposition ? », *RFDC.*, 2009/1, p. 153.

Viktorovitch C., « Entre dialogisme et antagonisme : le Parlement comme espace de résolution des controverses », *Raisons politiques*, n° 47, 2012/3, p. 57.

Waters D., « The Initiative Industry: Its Impact on the Future of the Initiative Process », *I&R institute*, (Disponible sur www.iandrinstute.org/docs/Waters-The-Initiative-Industry-Its-Impact-on-the-Future.pdf).

Zelweger T., Serdült U., Renfer I., « Referendum campaign regulations in europe and latinamerica », in *Financing referendum campaigns*, Dir. Gilland Lutz K. et Hug S., *Palgrave and MacMillan*, 2010, p. 201.

Doctrine institutionnelle

Rapports parlementaires (les rapports rendus à l'occasion de l'examen d'un texte ne sont pas référencés) :

Rapport du groupe de travail Mazeaud sur le financement des campagnes électorales, Présidence de l'Assemblée nationale, septembre 2009: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000434.pdf>.

Rapport d'information n°54 sur les sondages en matière électorale fait par Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur, groupe de travail sur les sondages en matière électorale, Sénat, 20 octobre 2010: <https://www.senat.fr/rap/r10-054/r10-0541.pdf>.

Rapport n° 323 fait par David Assouline, commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois au 31 décembre 2011, Sénat, 1^{er} février 2012 : <http://www.senat.fr/rap/r11-323/r11-3231.pdf>.

Rapport d'information n°4392 sur la recevabilité financière des initiatives parlementaires, fait par Jérôme Cahuzac, commission des Finances, Assemblée nationale, 21 février 2012 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i4392.pdf>.

Rapport d'information n°263 sur la recevabilité financière des amendements et des propositions de lois au Sénat, fait par Phillippe Marini, commission des Finances, Sénat, 7 janvier 2014: <http://www.senat.fr/rap/r13-263/r13-2631.pdf>.

Rapport n°623 fait par David Assouline, commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois, Session parlementaire 2012-2013, Sénat, 17 juin 2014: <http://www.senat.fr/rap/r13-623/r13-6231.pdf>.

Rapport d'information n°2268 sur la simplification législative, fait par Laure de la Rodière et Regis Juanico, mission d'information sur la simplification législative, Assemblée nationale, 9 octobre 2014, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i2268.pdf>.

Rapport d'information n°2473 sur les modalités d'inscription sur les listes électorales, fait par Jean-Luc Warsmann et Elisabeth Pochon, commission des Lois, Assemblée nationale, 17 décembre 2014 : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i2473.pdf>.

Rapport d'information n°2979 du député Romain Colas, sur l'évaluation de la pertinence des dispositions législatives et réglementaires relatives au financement des campagnes électorales et des partis politiques, commission des Finances, Assemblée nationale, 15 juillet 2015 : http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i2979.asp#P86_9631.

Rapport d'information n° 128 d'Hervé Marseille sur le coût de l'organisation des élections, commission des Lois, Sénat, 28 octobre 2015: <https://www.senat.fr/rap/r15-123/r15-1231.pdf>.

Rapports du Conseil d'Etat :

Conseil d'Etat, Les associations et la loi de 1901, cent ans après, Conseil d'Etat, La doc. fra., EDCE, 2000, 430 pp.

Conseil d'Etat, Les Autorités Administratives Indépendantes, La doc. fra., EDCE, 2001, 471 pp.

Conseil d'Etat, Sécurité juridique et complexité du droit, La doc. fra., EDCE, 2006, 400 pp.

Conseil d'Etat, Simplification et qualité du droit, La doc. fra., EDCE, 2016, 256 pp.

Rapports d'activité :

Conseil supérieur de l'audiovisuel :

« Rapport pour l'année 2015 », 4 avril 2016 : <http://www.csa.fr/Etudes-et-publications/Les-rapports-annuels-du-CSA/CSA-Rapport-annuel-2015>

Conseil supérieur de la magistrature :

« Rapport pour l'année 2014 », 19 décembre 2014 : http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/rapports_activite/csm_rapport_activite_2014.pdf,

Commission des sondages :

Rapport pour l'année 2012, « La commission des sondages face aux élections présidentielles de 2012 » : <http://www.commission-des-sondages.fr/hist/pdf/2012.pdf>.

Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques :

« Rapport pour l'année 2014 », 30 mars 2015 : http://www.cncfp.fr/docs/commission/cncfp_activite_2014.pdf

« Rapport pour l'année 2015 », 14 mars 2016 : http://www.cncfp.fr/docs/commission/cncfp_activite_2015.pdf

« Mémento du candidat et du mandataire pour le financement de la campagne présidentielle », 29 avril 2016 : http://www.cncfp.fr/docs/presidentielle/cncfp_presidentielle_2017_memento_20160613_consolide.pdf.

« Guide du candidat et du mandataire », 26 octobre 2016 : http://www.cncfp.fr/docs/campagne/20161027_guide_candidat_edition_2016.pdf.

Institutions internationales :

Commission de Venise :

« Code de bonne conduite en matière électorale », rapport explicatif et lignes directrices, 18-19 octobre 2002 : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2002\)023rev-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)023rev-f)

« Le référendum en Europe, analyse des règles juridiques des Etats européens », 21-22 octobre 2005: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2005\)034.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2005)034.aspx).

« Code de bonne conduite en matière référendaire », 16-17 mars 2007 : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)008-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)008-f),

OCDE :

« Mieux légiférer en Europe : France 2010 », 2010, en ligne : http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/mieux-legiferer-en-europe-france-2010_9789264087170-fr#.WeyVnlu0PIU#page6.

Documents divers :

Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, 2^{ème} édition, 2007: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique>.

Etude d'impact réalisée pour l'examen de la loi organique et de la loi ordinaire portant application du troisième alinéa de l'article 11 de la constitution, décembre 2010: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/projets/pl3072-ei.pdf>,

Rapport de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, « Pour un renouveau démocratique », Président de la République, 9 novembre 2012, « Pour un renouveau démocratique » : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000596.pdf>.

Commission externe d'évaluation des politiques publiques, « Voter par internet : évaluation des effets du vote électronique à Genève », rapport réalisé pour le Conseil d'Etat Genevois sur le vote par internet dans le canton de Genève, 8 février 2013 : http://ge.ch/vote-electronique/media/site_vote-electronique/files/imce/doc_rapports/rapport-final-sciarini-vote-par-internet.pdf

Note de législation comparée LC 274, « Le référendum », direction de l'initiative parlementaire et des délégations, division de législation comparée, Sénat, Octobre 2016 en ligne : <https://www.senat.fr/lc/lc274/lc274.pdf>.

Textes officiels

Constitution de la V^e République du 4 octobre 1958, JORF n°254 du 5 octobre 1958.

Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, JORF du 9 novembre 1958 p. 10129.

Loi organique n° 90-383 du 10 mai 1990 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés, JORF n°109 du 11 mai 1990 p. 561.

Loi organique n° 2003-705 du 1er août 2003 relative au référendum local, JORF n°177 du 2 août 2003 p. 13218, texte n° 2.

Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF n°0287 du 11 décembre 2009 p. 21379, texte n° 1.

Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, JORF n°0284 du 7 décembre 2013, p. 19937.

Loi organique n° 2016-506 du 25 avril 2016 de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle, JORF n°0098 du 26 avril 2016, texte n° 1.

Loi du 1^{er} juillet 1901, relatifs au statut d'association reconnue d'utilité publique, JORF du 2 juillet 1901, p. 4025.

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, JORF du 1^{er} octobre 1986 p. 11755.

Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, JORF du 12 mars 1988 p. 3290.

Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, JORF n°13 du 16 janvier 1990 p. 639.

Loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique, JORF n°18 du 21 janvier 1995 p. 1105.

Loi n°2013-1116 du 06 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution, JORF n°284 du 7 décembre 2013 p. 19939.

Décret n°2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel JORF n°58 du 9 mars 2011 p. 3772.

Décret n° 2014-1488 du 11 décembre 2014 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Soutien d'une proposition de loi au titre du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution », JORF n°0287 du 12 décembre 2014, p. 20822.

Jurisprudence

Cour de justice des communautés européennes :

CJCE, 15 Juillet 1964, « Costa c./Enel », aff. 6/64.

CJCE, 9 mars 1978, « Simmenthal », aff. 106/77.

CJCE, 19 Juin 1990, “The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a”, aff. C-2013/89.

CJCE, 30 avril 1996, « Pays-Bas c. Conseil », Aff. C-58/94.

Cour européenne des droits de l’homme :

Cour EDH, 29 Octobre 1992, “Open Door et Dublin well woman c./Irlande”, req. n°14234/88 et 14235/88.

Cour EDH., Pl., 26 juin 1993, Ruiz-Mateós c. Espagne, req. n°12952/87.

Cour EDH., 21 octobre 1997, Bloch c. France, n° 24194/94.

Cour EDH, 4 avril 2006, « Brasilier c. France », n° 71343/01.

Cour EDH, 11 décembre 2008, « TV VEST AS & rogaland pensjonistparti c/ Norvège », n°21132/05.

Conseil constitutionnel :

Cons., const., Déc. n° 2006-540 DC, « Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information JORF du 3 août 2006 », JORF du 3 août 2006 p.11541, rec. p. 88.

Cons., const., Déc. n° 59-212 SEN du 16 juin 1959, JORF du 21 juin 1959 p. 6167, rec. p. 240.

Cons., const., Déc. n°67-429 AN du 8 juin 1967, JORF du 18 juin 1967 p. 6029, rec. p. 111.

Cons., const., Déc. n° 67-439 AN du 21 juin 1967, « AN, Rhône, 4e circ », JORF du 1^{er} juillet 1967 p. 6548, rec. p. 133.

Cons., const., Déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, « IVG », JORF du 16 janvier 1975 p.671, rec. p.19.

Cons., const., Déc. n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981, JORF du 12 juin 1981 p.1725, rec. p. 97.

Cons., const., Déc. n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, JORF du 13 janvier 1990 p. 573, rec. p. 23.

Cons., const., Déc. n°82-143 DC du 30 juillet 1982, blocage des prix et des revenus, JORF du 31 juillet 1982 p. 2470, rec. p.57.

Cons., const., Déc. n°97-2433 AN du 20 février 1988, « Gironde, 1^{ère} circ., », JORF du 3 mars 1998 p. 3282, rec. p. 181.

Cons., const., Déc. n° 88-242 DC du 10 mars 1988, JORF du 12 mars 1988 p. 3350, rec. p. 36.

Cons., const., Déc. n°92-308 DC du 9 avril 1992, « Traité sur l'Union européenne », JORF n°87 du 11 avril 1992, p. 5354 rec. p.55.

Cons., const., Déc. n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, « Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne », JORF du 25 septembre 1992 p. 13337 rec. p. 94.

Cons., const., Déc. n° 95-88 PDR du 11 octobre 1995, JORF du 12 octobre 1995 p. 14844, rec. p. 118.

Cons. const., 16 déc. 1997, n° 97-2145/2239 AN, Moselle, 3e circ., *M. Delrez et Mme Gardin-Virte*.

Cons., const., Déc. n° 97-2170/2211 AN du 15 janvier 1998, AN Yvelines, 8^{ème} circ, JORF du 18 janvier 1998 p. 820, rec. p. 51.

Cons., const., Déc. n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, « Traité portant statut de la Cour pénale internationale », JORF n°20 du 24 janvier 1999, p. 1317, rec. p. 29.

Cons., const., Déc. n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, « Loi organisant une consultation de la population de Mayotte », JORF du 10 mai 2000, p. 6976, rec. p. 70.

Cons., const., Déc. n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, « Loi organique relative aux lois de finances », JORF du 2 août 2001, p. 12490, rec. p.99.

Cons., const., Déc. n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, « Loi de finances pour 2002 », JORF du 29 décembre 2001, p. 21159, rec. p.180.

Cons. const., Déc. n° 2003-468 DC, du 3 avr. 2003, JORF du 12 avril 2003, p. 6493, rec. p. 325.

Cons. const, Déc. n° 2004-501 DC du 5 août 2004, JORF du 11 août 2004 p. 14337, rec. p. 154.

Cons., const., Déc. n°2010-2 QPC du 11 juin 2010, « Mme Vivianne L. », JORF du 12 juin 2010 p. 10847, rec. p. 105.

Cons., const., Déc. n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013, « Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution », JORF du 7 décembre 2013 p. 19955, rec. p.1081.

Cons., const., Déc. n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, JORF du 27 avril 2014, p.7360.

Conseil d'Etat :

CE, 19 mai 1933, « Benjamin », rec. p. 541.

CE, 8 octobre 1933, « Elections municipales de Saint-Brieux-en-Coglès », rec. p. 164.

CE, Sect., 13 juillet 1951, « Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF », req. n°27492.

CE, 13 juillet 1962, « Kevers-Pascalis », rec. p. 475.

CE, Ass., 19 octobre 1962, « Brocas », rec. p. 553.

CE Ass., 27 novembre 1964, « Vve Renard », rec. p. 590.

CE, Ass., 27 février 1970, « Sieur Dautan », rec. p. 141.

CE, Ass., 9 juin 1978, « SCI 61-67 boulevard Arago », rec. CE 1978, p. 237.

CE, 29 juillet 1983, « Elections cantonales de Vesoul-Est », rec. p. 347.

CE, 16 mars 1984, « Elect. Mun », req. n° 52070, n° 52321 et n° 52322.

CE, Ass., 17 octobre 1988, « Centre National des Indépendants et Paysans », rec. p. 385.

CE, Ass., 30 Octobre 1988, « Sarran-Levacher », rec. p. 368.

CE, Ass., 20 oct. 1989, « Nicolo », rec. p. 190.

CE, 23 mai 1990, « Elections municipales de Lège-Cap-Ferret », rec. p. 132.

CE, 29 juin 1990, « GISTI », rec. p. 171.

CE, Ass., 10 septembre 1992, « Meyet », rec. p. 329.

CE, Ass., 10 septembre 1992, « Galland », rec. p. 343.

CE, 6/2 SSR, 11 septembre 1992, « Association Chasse, pêche, nature, et traditions », req n° 140974.

CE, Ass., 30 octobre 1996, « Elect. Mun. de Fos/mer », rec. p. 394.

CE, 3 oct. 1997, « ANAFE », Rec. p. 327.

CE, 28 juillet 2000, « Association France Nature Environnement », rec. p. 323.

CE 29 juillet 2002, « Elections municipales de Gerzat », req n°240459.

CE, ord. 19 août 2002, « Front national et institut de formation des élus locaux (Iforel) », req. n°249666, rec. p. 311.

CE, 4 déc. 2003, « Feler », rec. p. 491.

CE, Sect., 25 février 2005, « Mme Barbier », rec. p. 81.

CE, 5eme et 4eme ss. sect., 10 Août 2005, req. n°275734.

CE, 5eme et 4eme ss. sect., 19 juin 2009, « Mme Ollivro c/ CNCCFP », req. n° 322051.

CE, 10eme et 9eme ss. sect. réunies, 17 oct. 2012, req. n° 357273.

CE, 10eme ss. sect., 20 févr. 2013, « CNCCFP », req. n° 364004.

CE, 27 Février 2013, « CNCCFP », n° 363933.

CE, 26 avril 2013, « Dosière », req. n° 358456.

CE, 21 janvier 2016, « Sté Juliane », req. n° 388989.

CE, 07 février 2017, req. n°388621.

Droit étranger :

Etats-Unis :

Const. of Alaska, art. XI.

Const. of Arkansas, art. V.

Const. of California, art II.

Government Code of California, Section 82013.

Const. of Illinois, art. XI et XIV.

Const. of Maine, art. I et IV.

Const. of Massachussets, amendments, art. XLVIII et LXXXXXI.

Const. of Maryland, art. XVI.

Const. of Nevada art. XIX.

Const. of New-Mexico, art. IV.

Const. of the state of Washington, art. II.

Const. of Wyoming, art. III.

Italie :

Const. de la Rép. Italienne (part. art. 75).

Loi n°352 du 25 mai 1970.

Arrêts de la Cour constitutionnelle :

n°16 du 02 février 1978.

n°68 du 17 mai 1978.

n°27 du 10 février 1981.

n°28 du 10 février 1981.

n°26 du 10 février 1981.

n°26 du 3 février 1987.

n°29 du 04 février 1993.

Suisse :

Niveau fédéral :

Const. féd. Suisse du 18 avril 1999.

Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976.

Ordonnance sur les droits politiques du 24 mai 1978.

Loi fédérale sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002.

Loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation.

Niveau cantonal :

Genève, loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982.

Genève, règlement d'application de la loi sur l'exercice des droits politiques du 12 décembre 1994.

Vaud, loi sur l'exercice des droits politiques du 16 mai 1989.

Autres :

Québec, loi électorale du 24 avril 1989.

Québec, loi sur la consultation populaire du 23 juin 1978.

Royaume-Uni, Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 du 30 novembre 2000.

TABLES DES MATIERES

Sommaire	9
Introduction générale	1
I : De la notion d'initiative populaire	2
II : De l'initiative populaire comme sujet de recherche	7
III : De la délimitation de l'objet de la recherche.....	9
IV : De la détermination du cadre méthodologique de la recherche	13
V : Construction du plan de la thèse	16
Partie 1 : La formation de l'initiative	19
CHAPITRE 1 : INTRODUIRE L'INITIATIVE	21
Section 1 : Les titulaires de la compétence de déclenchement	22
§1 : Un titulaire fictif : le comité d'initiative	24
I : Les obligations liées à la structure des comités	24
A : Le nombre	25
B : Les modes de décision interne.....	28
II : Les obligations liées à la transparence quant aux intérêts liant les comités.....	30
A : L'identité des initiants	31
B : La publicité des sources de soutien matériel	34
§2 : Des titulaires réels : les initiants.....	37
I : Personnes morales.....	39
II : Personnes physiques	43
Section 2 : Les droits et obligations matériels des comités	46
§1 : Compétences	46
I : Faire naître la proposition	47
A : L'hypothèse de l'interdiction de la rédaction externalisée.....	47
B : L'hypothèse de l'autorisation de la rédaction externalisée	49
II : Faire mourir la proposition	51
A : La pertinence du droit de retrait	51
B : Du régime du droit de retrait	55

§2 : Moyens	61
I : La difficulté d'estimer les coûts.....	61
II : La répartition entre l'Etat et les comités.....	63
A : Les éléments pris en charge par l'Etat.....	63
B : Les éléments pris en charge par le comité.....	64
CHAPITRE 2 : PASSER LE FILTRE DES SIGNATURES.....	67
Section 1 : Encadrer le filtre	68
§1 : Penser le filtre	69
I : La caractérisation du filtre	69
A : Un filtrage inévitable.....	69
B : Un filtrage arbitraire	72
II : Les enjeux du filtre	75
A : Les problèmes d'égalité d'accès à la procédure posés par les signatures	75
B : Des problèmes favorisant des intérêts ayant déjà accès au pouvoir	78
§2 : Tempérer les effets du filtre	80
I : Le niveau du seuil	80
II : Les délais	87
III : Le rang normatif où le seuil doit figurer	89
Section 2 : Encadrer le recueil	92
§1 : Encadrer les opérations de récolte.....	93
I : Les modalités de soutien.....	93
II : Les droits et obligations des souteneurs	98
§2 : Encadrer la campagne	105
I : De la nécessité de l'encadrement.....	106
II : De l'encadrement de la campagne de récolte	109
§3 : La validation des opérations de récolte	114
I : L'hypothèse du contrôle par une commission ad hoc.....	114
II : Le contrôle direct par le Conseil Constitutionnel.....	118

Partie 2 : L'établissement de la proposition121

Propos préliminaires : l'architecture générale du contrôle 123

I : La coexistence des contrôles spécifiques et non-spécifiques	127
II : La distinction des contrôles formels et matériels	129
III : Envisager des interventions non-contraignantes	133
IV : La distribution des différentes compétences de contrôle	135

CHAPITRE 1 : LES INTERVENTIONS NON-CONTRAIGNANTES 141

Section 1 : L'intervention du Conseil d'Etat 141

§1 : Considérations générales quant à la pertinence de l'intervention du Conseil d'Etat dans une procédure d'initiative populaire

I : L'effet de légitimation

A : La légitimation par l'amélioration des caractéristiques techniques du texte 142

B : La légitimation par le pouvoir symbolique du conseil

C : La légitimation par la sécurisation juridique du texte

II : L'inévitable altération de la procédure par l'intervention du Conseil d'Etat... 149

A : La nécessité de modifier le texte de l'initiative..... 149

B : Le déséquilibre entre le Conseil d'Etat et les comités : la proposition « saisie par l'Etat » ?

§2 : Détermination des caractères de l'avis à adopter dans une procédure d'initiative populaire..... 153

I : La saisine

II : L'étendue de la consultation..... 155

III : La procédure de consultation

A : La procédure de saisine du Conseil d'Etat

1 : La compétence pour saisir..... 159

2 : Les éléments à transmettre au Conseil. 160

B : La préparation de l'avis par le rapporteur

1 : Le travail préparatoire au projet d'avis

2 : La forme du projet d'avis..... 163

C : L'examen de la proposition par les formations collégiales

Section 2 : L'intervention parlementaire 172

§1 : Éléments de discussion quant à l'examen parlementaire d'une initiative populaire

I : Les modèles d'examen parlementaire..... 172

A : Le modèle italien

B : Le modèle suisse.....	176
C : Les exemples Américains.....	179
D : Typologie des différentes formes d'intervention parlementaire	181
II : Discussion sur l'opportunité de l'examen parlementaire	183
A : Vices et vertus de l'intégration institutionnelle de l'initiative populaire	183
1 : Du point de vue des institutions existantes	183
2 : Du point de vue du peuple	186
B : Considérations spécifiques à l'hypothèse ici envisagée.....	188
1 : L'ambivalence des effets de la double intervention sur l'influence institutionnelle dans la procédure d'initiative populaire	188
2 : L'allongement des délais comme conséquence inévitable de l'instauration d'un contre-projet parlementaire.....	190
§2 : La forme possible de l'examen parlementaire	191
I : L'élaboration du contre-projet.....	192
A : Précisions quant au cadre découlant de la notion de contre-projet	192
1 : Contre-projet direct et indirect	192
2 : Comment s'assurer du respect du principe de la proposition initiale ?.....	193
B : L'écriture du projet par une commission parlementaire.....	195
1 : L'initiative.....	196
2 : Le cadre de l'examen en commission	198
3 : La procédure d'examen en commission.....	201
II : L'adoption du contre-projet.....	203
A : Les grands traits de la séance publique	203
B : Le bicamérisme	206

CHAPITRE 2 : L'INTERVENTION JURIDICTIONNELLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL 211

Section 1 : Envisager le fond du contrôle	212
§1 : La construction de l'admissibilité matérielle	213
I : L'exclusion du périmètre consacré par l'article 11 de la Constitution	214
A : Analyse du domaine de l'article 11 : un périmètre indiscernable	214
1 : Les lois qui tendent à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions	215
2 : Tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics.....	217
3 : Les réformes relatives à la politique économique ou sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent.....	218

B : Les conséquences envisageables d'une application de ce domaine à un processus d'initiative populaire.....	220
II : La construction d'un périmètre restreint aux contrôles « formels-substantiels »	223
A : L'exclusion des prescriptions constituant un domaine matériel spécifique.	223
1 : Les droits fondamentaux	224
2 : Les engagements internationaux	226
3 : La protection des finances de l'Etat par une restriction limitée aux lois de financement	232
B : L'inclusion de restrictions liées à la protection du processus d'initiative populaire.....	238
1 : La protection de la sincérité du processus référendaire par le contrôle de la question posée	239
2 : Protéger la vie politique du régime : les restrictions temporelles	241
§2 : La fabrication d'un scénario de protection de l'admissibilité matérielle	243
I : La création d'un cadre clair	243
A : La détermination du domaine référendaire	243
B : L'agencement normatif	245
C : L'organisation matérielle de la protection.....	247
II : Le contrôle de la question.....	249
A : L'état du droit positif national.....	249
1 : Quant à la portée	249
2 : Quant à la rigueur des obligations qui découlent de la double-exigence ..	251
B : La transposition à une procédure d'initiative populaire	256
1 : Les enseignements du droit comparé	256
2 : Conclusions quant à la figure que pourrait avoir le contrôle de la question dans un processus d'initiative populaire	260
Section 2 : Envisager le cadre d'exercice du contrôle	263
§1 : Le choix de la saisine comme matrice de la procédure de contrôle	263
I : Le choix d'une saisine automatique.....	263
A : La nature de la saisine, facteur unique de la différenciation des contrôles ..	264
B : Le choix d'une saisine automatique	267
1 : Le choix d'une saisine systématique.....	267
2 : Le choix d'une saisine automatique	270
II : Les conséquences du choix d'une saisine automatique sur la nature du contrôle	272
A : Un contrôle non-contentieux, accomplissement mécanique d'une mission imposée par la Constitution.....	272
B : Un contrôle juridictionnel.....	274

C : Un contrôle de l'intégralité du texte	276
1 : Un contrôle sans moyens	277
2 : Les effets sur l'autorité de la décision rendue.....	281
§2 : Envisager une procédure adaptée.....	286
I : Exclure l'application du standard d'échange contradictoire tel que prévu pour la QPC	286
A : L'impossible conciliation du contrôle intégral et d'un contradictoire formalisé dans le cadre du contrôle d'une proposition d'initiative populaire	286
B : Les raisons amenant à privilégier le contrôle intégral.....	290
II : Intégrer les acteurs concernés par l'organisation d'une discussion adaptée aux singularités de la procédure d'initiative populaire	293
A : L'organisation d'un certain niveau de discussion entre les comités et le juge	293
B : Une intégration renforcée par des éléments extérieurs au déroulement de la prise de décision	295
1 : Le renforcement par les étapes précédant le contrôle	296
2 : Le renforcement par les sanctions pour manquement tant aux prescriptions constitutionnelles qu'aux règles relatives à la recevabilité	298

Partie 3 : La création de la norme301

CHAPITRE 1 : DELIBERER..... 303

Section 1 : Etat du droit positif	305
§1 : Le droit des campagnes référendaires	306
I : Le droit des décrets	307
II : L'apport de la jurisprudence.....	314
§2 : Le droit des campagnes électorales.....	322
I : La propagande électorale	324
A : S'agissant de l'Etat.....	325
1 : L'Etat met à disposition certains de ses moyens.....	325
2 : L'Etat doit rester neutre	327
B : S'agissant des candidats	329
1 : Le principe de liberté de faire campagne, droit fondamental des candidats	329
2 : Les limites à la liberté de faire campagne	332
C : S'agissant des tiers	336
1 : Médias audiovisuels	336
2 : les instituts de sondage.....	339

II : Le financement des campagnes électorales	343
A : Les règles encadrant le financement	345
1 : Le plafonnement.....	346
2 : L'encadrement des sources privées de financement	348
3 : Le système de financement public	350
B : Les règles permettant le contrôle du financement	351
1 : L'obligation de désigner un mandataire financier.....	351
2 : L'obligation de tenir un compte de campagne	352
3 : L'exercice du contrôle.....	354
Section 2 : Transposition du droit positif.....	359
§1 : Evaluer la probabilité de transposition.....	359
I : La structure du dispositif n'est pas remise en cause	360
A : Les appréciations doctrinales	360
B : Les appréciations officielles	363
II : La transposition est utile.....	368
A : Le dispositif à transposer est efficace	368
B : L'alternative pose des difficultés.....	372
§2 : Envisager la transposition	374
I : Eclairer la transposition	375
A : Des encadrements hétéroclites	375
B : Des effets variables.....	380
II : Effectuer la transposition du droit des campagnes	383
A : L'adaptation par une définition spécifique des concurrents engagés dans la campagne.....	384
B : Les modalités de mise en œuvre de la transposition	388

CHAPITRE 2 : DEVENIR NORME 393

Section 1 : La décision du corps électoral	393
§1 : Règles d'organisation.....	394
§2 : Règles d'adoption.....	401
I : La majorité à atteindre	401
II : Les réponses possibles.....	406
Section 2 : L'exécution de la décision du corps électoral.....	409
§1 : Position du problème.....	410
I : Les effets de la décision.....	410

A : Un effet contraignant et normatif	410
B : La distinction des effets du refus et des effets de l'acceptation	412
II : Le paysage complexe de l'exécution des lois.....	414
A : L'intervention spontanée.....	417
B : L'intervention nécessaire.....	418
§2 : Solution du problème	423
I : La question de la protection du domaine réglementaire	423
II : La question de l'exécution de la loi référendaire	425
A : La solution contentieuse.....	426
B : La solution politique.....	429
Section 3 : La modification du texte adopté par le corps électoral.....	430
§1 : Le traitement juridictionnel.....	430
I : L'action sur le texte par le contrôle de sa conformité aux normes internationales	431
II : L'action sur le texte par l'activité juridictionnelle	434
§2 : Le traitement législatif	438
I : L'atteinte législative en droit comparé	439
II : L'atteinte législative en droit interne.....	445
Conclusion générale.....	451
ANNEXE.....	453
Bibliographie	455
Ouvrages	455
Articles.....	464
Doctrine institutionnelle	486
Textes officiels.....	490
Jurisprudence	492
Tables des matières.....	499