

JEAN-MARIE DENQUIN

## RÉFÉRENDUMS CONSULTATIFS

LA NOTION DE RÉFÉRENDUM CONSULTATIF a été assez peu étudiée en France. Elle est certes évoquée dans la plupart des manuels de droit constitutionnel comme un des types possibles de votations populaires, à côté du référendum législatif, du référendum constituant, du référendum abrogatif, etc. Mais l'analyse dépasse rarement les considérations introductives et classificatoires. Ce laconisme s'explique par plusieurs raisons.

81

La première est évidemment liée à l'importance qu'a occupée dans la tradition française la problématique du plébiscite. Les diverses réponses possibles à cette question célèbre ne seront pas examinées ici<sup>1</sup>. Mais il importe d'observer que, quelle que soit la solution adoptée, elle suppose une optique normative : toutes les définitions distinguent en effet les bonnes votations des mauvais appels au peuple. Il en est résulté dans la réflexion sur ce problème un primat des jugements de valeur qui a freiné la réflexion sur la nature et les effets des divers procédés de démocratie semi-directe. Il est, chacun le sait, plus facile de juger le monde que de le décrire.

La deuxième raison tient à un rendez-vous manqué. Sous la III<sup>e</sup> République, des propositions de référendum furent assez fréquemment déposées par des députés. A toutes, la majorité de l'assemblée opposa le même argument : le principe du régime représentatif mis en œuvre par les lois constitutionnelles de 1875 se serait opposé à ce que le pouvoir législatif soit délégué au peuple. La valeur de l'argument est logiquement faible. Du point de vue de la technique juridique l'idée de référendum consultatif aurait justement permis de concilier la prise en compte de l'opinion populaire avec le monopole de la décision conféré au Parlement par les lois constitutionnelles. D'un point de vue théo-

rique, la souveraineté du Parlement impliquait l'absence de limite au pouvoir de délégation des représentants : pourquoi ceux-ci n'auraient-ils pu déléguer au peuple une capacité normative qu'ils déléguaient sans état d'âme à l'exécutif par la procédure des décrets-lois ? Il va sans dire que le point décisif en cette affaire n'était pas la cohérence du raisonnement, mais une crainte d'ordre politique : l'expression de la volonté populaire risquait de manifester l'existence d'un décalage entre elle et celle des représentants. Une telle constatation n'aurait-elle pas mis en question dans ses fondements un système politique qui prétendait concilier un principe représentatif absolu et le suffrage universel ? En outre, la puissance inhérente à la volonté du peuple solennellement exprimée risquait de rendre vaines les précautions juridiques : consultatif en droit, le référendum ne s'avérerait-il pas décisif en fait ?

82 Refusant d'entrer dans des nuances peut-être purement formelles, forts de l'argument puissant que leur fournissait le souvenir honni du second Empire, la majorité des parlementaires de la III<sup>e</sup> République englobèrent donc le référendum consultatif dans leur refus général de toute démocratie semi-directe.

En troisième lieu, cet ostracisme a engendré par renversement l'inscription dans la Constitution de la V<sup>e</sup> République du référendum législatif et du référendum constituant<sup>2</sup>. Il s'agit cette fois de consultations par lesquelles le peuple décide lui-même en adoptant des *lois référendaires*<sup>3</sup>. La notion de référendum consultatif est donc encore une fois écartée. Les réflexions doctrinales sur le référendum dans la Constitution ont donc logiquement ignoré ce concept.

Il est vrai que la double votation du 21 octobre 1945 est parfois présentée par la doctrine comme un référendum consultatif. Cette affirmation se justifie par le fait que la consultation en question ne reposait sur aucun texte, tout en postulant que les lois constitutionnelles de 1875 n'avaient pas été abolies en droit. Il fallait donc admettre que ce référendum était du seul type compatible avec celles-ci et donc qu'il était consultatif. Toutefois, le choix du peuple valait en l'occurrence décision et n'avait besoin d'aucune confirmation par une autorité constituée et selon une procédure déterminée. Définir la consultation de 1945 comme référendum consultatif revient donc à

---

4. Le terme « abrogatif » est parfois réservé au cas italien, au motif que les électeurs votent pour ou contre l'abrogation du texte, alors qu'en Suisse ils votent pour ou contre lui. La différence – qui tient seulement à l'inversion des « oui » et des « non » – semble purement verbale et il paraît donc légitime d'utiliser l'adjectif dans les deux cas.

définir le référendum consultatif comme une votation intervenant sans texte et non comme une votation qui ne constitue pas une décision. Cette solution n'est pas la seule possible, comme on va le voir, ni sans doute la plus couramment retenue. En outre, seule la cohérence juridique rétrospective suggère de l'adopter : elle n'a pas été l'objet à l'époque d'une élaboration théorique et, pour la conscience commune, les votations de 1945 ne sont pas passées à la postérité comme des référendums consultatifs.

L'idée de référendum consultatif est timidement apparue, depuis 1992, en matière communale, comme on le verra plus loin. Mais elle est restée étrangère à la tradition constitutionnelle française, ce qui explique qu'elle n'ait pas fait l'objet d'une véritable réflexion théorique.

Or, contrairement à ce que suggère une approche superficielle du problème, la notion de référendum consultatif est loin d'être claire. Elle nécessite une élucidation minutieuse.

83

Il convient d'abord de remarquer qu'en un certain sens tout référendum est consultatif. Il consiste en effet à consulter un interlocuteur – le peuple – qui n'a pas, en règle générale, voix au chapitre : les représentants constituent, si l'on peut dire, l'autorité de droit commun, capable en fait et en droit de faire la loi et d'effectuer les choix qui engagent l'avenir collectif. Cette observation ne peut servir à définir le référendum consultatif : quel que soit le contenu donné à ce terme, la notion *s'oppose* à d'autres formes de référendum. Mais elle a le mérite de rappeler que le recours à cette procédure est toujours la conséquence d'un choix, antérieur – si la Constitution impose le référendum dans certains cas – ou actuel – si les représentants décident, dans une hypothèse particulière, de consulter le peuple. On peut certes considérer que cette procédure s'impose pour des motifs métajuridiques (logique démocratique). En revanche, elle ne s'impose jamais d'un point de vue pragmatique : si le système représentatif, seule forme de démocratie qui fonctionne aujourd'hui, est abandonné à sa pesanteur propre, il n'y aura pas de référendum.

Au-delà de cette observation, la définition différentielle du « référendum consultatif » suppose de confronter cette idée à quatre ordres de considérations : à l'opposition du référendum décisionnel et du référendum non décisionnel ; à l'opposition du référendum obligatoire et

du référendum facultatif ; à la question de la hiérarchie des normes ; enfin et subsidiairement à la question des majorités qualifiées exigées des consultations populaires.

La première idée qui vient à l'esprit pour définir la notion de référendum consultatif est évidemment d'opposer celui-ci au référendum décisionnel. Un référendum est décisionnel si la consultation est suffisante pour modifier le droit positif. Il est législatif ou constituant selon la nature de la norme en cause. Parfois, le référendum se substitue au vote par les représentants. Dans d'autres cas, il le confirme : les représentants ont alors un droit de veto, mais ne peuvent achever eux-mêmes la procédure. Enfin, le référendum est abrogatif quand il peut entraîner l'abrogation d'un texte qui, si cette procédure n'avait pas été mise en œuvre, aurait été définitivement adopté. Tel est le cas en Italie pour les 84 lois et les actes ayant valeur de loi, à l'exception des lois fiscales et budgétaires, d'amnistie et de remise de peine ainsi que les lois autorisant la ratification des traités (art. 75 de la Constitution du 27 décembre 1947) et en Suisse pour les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale (acte de durée limitée mais émanant du Parlement), ainsi que pour certains traités internationaux (art. 89.2 et 89.3 de la Constitution du 29 mai 1874)<sup>4</sup>.

Le référendum est consultatif, en revanche, s'il ne modifie pas le droit existant : la définition du référendum consultatif est donc négative, ce qui explique l'hétérogénéité de celui-ci. Hétérogénéité qui se manifeste à deux niveaux : d'un point de vue formel et d'un point de vue matériel.

D'un point de vue formel, tout d'abord, le référendum consultatif est tantôt prévu par les textes, tantôt pratiqué en marge des textes.

---

5. Notons en passant que si la langue française met en œuvre – pour le meilleur et surtout pour le pire – la distinction du référendum et du plébiscite, la langue allemande connaît la distinction du vote du peuple (*Volksabstimmung*) et de la consultation du peuple (*Volksbefragung*). Ici donc, la distinction décisionnel/consultatif est directement exprimée, ce qui n'est pas le cas dans les autres langues.

6. On peut observer que le caractère consultatif de ce scrutin, « dont l'organisation n'était nullement obligatoire en droit interne », a été invoqué par la Commission européenne des droits de l'homme pour rejeter la requête d'un détenu britannique qui n'avait pu, du fait de son incarcération, participer à celui-ci et qui fondait sa requête sur une violation de l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention (Req. n° 7096/75 contre Royaume-Uni, décision du 3 octobre 1975).

La première catégorie est illustrée par la Constitution espagnole du 29 décembre 1978. Entre autres applications de la démocratie semi-directe, l'article 92 prévoit en effet que « les décisions politiques d'une importance particulière pourront être soumises au référendum consultatif de tous les citoyens. Le référendum sera convoqué par le roi sur proposition du gouvernement préalablement autorisé par le Congrès des députés ». La loi organique sur le référendum, à laquelle renvoie par ailleurs l'article 92, précise que cette autorisation doit être donnée à la majorité absolue. On voit que le domaine assignable au référendum est extrêmement large, mais que la consultation implique un accord de l'exécutif et du législatif – la compétence du roi étant par ailleurs liée (art. 62). Cette disposition n'a été appliquée qu'une seule fois, lors du référendum du 12 mars 1986 sur l'adhésion de l'Espagne à l'OTAN.

En Grèce, l'article 44.2 de la Constitution du 9 juin 1975, modifiée par la révision du 12 mars 1985, prévoit qu'un référendum peut être mis en œuvre « sur des questions nationales graves sur décision de la majorité absolue du nombre total des députés prise à la suite d'une proposition du Conseil des ministres ». Le décret par lequel le président proclame le recours au référendum doit être contresigné par le président de la Chambre des députés (art. 35). Cette disposition n'a jamais été appliquée, bien que l'éventualité d'un référendum sur le maintien des bases militaires américaines ait été évoquée en 1987.

Au Luxembourg, l'article 51.7 de la Constitution du 17 octobre 1868 permet l'organisation d'un référendum « dans les cas et sous les conditions à déterminer par la loi ». Par sa généralité, cette formule rend d'ailleurs possible une délégation de compétence au profit du peuple et permet donc le référendum décisionnel tout comme le référendum consultatif.

Ce dernier a été mis en œuvre par les deux consultations du 28 septembre 1919 : les Luxembourgeois se sont prononcés pour le maintien du régime monarchique et ont choisi l'union économique avec la France plutôt qu'avec la Belgique.

En Finlande, l'article 22 de la Constitution permet l'organisation d'un référendum consultatif, qui est décidé par la Chambre unique du Parlement. Aucune limite d'aucune sorte n'est posée à cette procédure. Elle a été appliquée à deux reprises : le 29 décembre 1931, les Finlandais ont approuvé l'abolition de la prohibition ; le 16 octobre 1994, ils ont choisi d'adhérer à l'Union européenne.

En Autriche enfin, une réforme datant de 1988 a introduit dans la Constitution un article 49 b qui pose le principe d'une consultation

populaire (*Volksbefragung*<sup>5</sup>). Celle-ci peut être décidée par le Conseil national ou le gouvernement fédéral sur « une matière revêtant une importance fondamentale pour l'Autriche et dont le règlement ressortit au législateur fédéral ». Cette disposition n'a pas encore été appliquée.

Une deuxième catégorie de référendums consultatifs – envisagés au point de vue formel – est constituée par des votations qui ne reposent sur aucune disposition constitutionnelle. Dans ce cas, le référendum ne peut résulter que d'une loi spéciale, et par conséquent seul le Parlement en décide l'organisation. Il est d'autre part d'usage que les conséquences normatives impliquées par la consultation soient mises en œuvre selon la procédure législative habituelle.

86 En Belgique, dont la Constitution ne fait aucune place à la démocratie semi-directe, un référendum de ce type eut lieu le 12 mars 1950 sur la question de savoir si le roi Léopold III pouvait reprendre ses fonctions. La réponse fut positive, mais le faible écart entre les « oui » et les « non », ainsi que le contraste prononcé entre les résultats constatés en Flandre et en Wallonie, conduisirent les autorités à souhaiter l'abdication du roi : celui-ci s'inclina le 17 juillet 1951.

Au Royaume-Uni, l'idée de référendum a longtemps été considérée comme exclue en raison du principe traditionnel de la souveraineté parlementaire. On sait que, manifestant plus de pragmatisme que les politiciens de la III<sup>e</sup> République, le Parlement de Westminster a décidé de soumettre la question de l'adhésion du pays à la CEE par le référendum consultatif du 5 juin 1975<sup>6</sup>.

La Constitution norvégienne, à la différence des autres constitutions scandinaves, ne connaît pas le référendum. Mais le Parlement décide parfois d'avoir recours au référendum consultatif, comme ce fut le cas lors de la consultation du 25 septembre 1972, par laquelle le pays refusa d'adhérer à la CEE, et celle du 28 novembre 1994, qui rejeta à nouveau l'entrée dans l'Union européenne.

Il convient enfin de noter que, bien que diverses hypothèses de référendum soient prévues par la Constitution danoise, le Parlement a également recours au référendum consultatif si la question qu'il souhaite soumettre au peuple n'entre dans aucune des hypothèses définies. Ce fut le cas du référendum du 27 février 1986, par lequel le peuple a approuvé la ratification de l'Acte unique européen.

Au point de vue matériel maintenant, le référendum consultatif peut porter soit sur une question soumise au peuple, soit sur un texte

de loi. Dans le premier cas, le but est de demander au peuple de fixer une orientation, d'adopter un principe, d'exprimer un choix global. Les conséquences et les modalités, notamment juridiques, de l'option arrêtée sont ensuite mises en œuvre selon les procédures habituelles, c'est-à-dire représentatives. Portant sur des sujets plus politiques que juridiques, plus généraux que spécifiques, plus stratégiques que techniques, ce type de consultation est affaire d'opportunité et n'a pas à proprement parler de conséquences sur l'ordre juridique, puisque celles qui en procèdent indirectement, s'il en existe, auraient pu être adoptées autrement.

Dans d'autres cas, le référendum consultatif porte sur un texte, c'est-à-dire sur un instrument juridique parfait et que le référendum pourrait mettre en vigueur s'il n'était, par hypothèse, simplement consultatif.

87

L'exemple le plus clair d'un tel cas de figure est fourni par le référendum constituant suédois. L'article 15 de la Constitution du 1<sup>er</sup> janvier 1975 prévoit une procédure spéciale en ce qui concerne les lois organiques – c'est-à-dire, outre la Constitution, le règlement du Riksdag, la loi de succession au trône et la loi sur la liberté de la presse. Une modification de celles-ci suppose deux votes du Riksdag, séparés par des élections générales. Entre les deux, un référendum peut être demandé par un tiers des membres de l'Assemblée. La consultation a lieu en même temps que les élections. Le projet est rejeté « si la majorité des votants ont voté contre le projet et si leur nombre excède la moitié du nombre des suffrages exprimés aux élections du Riksdag. Dans l'autre cas, le Riksdag soumettra le projet à une délibération finale » – ce qui revient à dire qu'il demeure juridiquement libre de sa décision.

Cette procédure appelle deux remarques. D'abord, elle réalise bien l'hypothèse d'un référendum consultatif portant sur un texte. Mais, d'autre part, on voit que le référendum n'est effectivement consultatif que si le peuple ne rejette pas le texte. Dans ce cas, le Riksdag devra achever la procédure et pourra, au moins en théorie, refuser celui-ci. En revanche, si le projet est rejeté à la majorité qualifiée, ce choix s'impose aux représentants. Le référendum constituant suédois est donc consultatif ou décisionnel selon que son résultat est positif ou négatif.

Le second système d'opposition à considérer pour élucider la notion de référendum consultatif est celle du référendum obligatoire et du référendum facultatif. Dans cette perspective, il faut d'abord observer que l'idée du référendum obligatoire ne doit pas prêter à confusion. Un référendum obligatoire n'est pas en effet un référendum qui doit être obligatoirement organisé (impératif catégorique), mais un référendum qui doit être obligatoirement organisé si l'on veut introduire une certaine modification dans le droit positif (impératif hypothétique). Autrement dit, pour qu'il n'y ait pas lieu à référendum, il suffit de laisser les choses en l'état. Mais, si l'on ne peut modifier le *statu quo* sans avoir recours au référendum, celui-ci doit être considéré comme obligatoire.

88 Cette hypothèse peut se présenter sous deux formes différentes. Il arrive qu'une constitution ne puisse être révisée sans que le peuple se prononce. Tel est le cas pour toute révision constitutionnelle au Danemark (art. 88 de la Constitution du 5 juin 1953), en Irlande (art. 46 de la Constitution du 1<sup>er</sup> juillet 1937) et en Suisse (art. 120 à 123 de la Constitution fédérale). Il en est de même en Espagne en cas de révision complète de la Constitution ou si une révision partielle affecte certaines dispositions essentielles du texte en vigueur (art. 168 de la Constitution). Une telle disposition est plus rare en matière législative mais n'est pas inconnue : ainsi, au Danemark, l'âge de la majorité électorale ne peut être modifié sans référendum (art. 29 de la Constitution). On a vu précédemment qu'il en va de même en Italie, en Suisse ou en Suède. Dans ces cas, le référendum pourrait certes ne pas avoir lieu si personne ne le demandait ou si les conditions nécessaires n'étaient pas remplies, mais il est obligatoire dès lors qu'elles le sont.

Quel rapport ce système d'opposition entretient-il avec l'idée de référendum consultatif ? Une hypothèse assez naturelle semblerait être que tout référendum consultatif est également facultatif, mais que la réciproque n'est pas vraie. Il semble en effet contradictoire d'être obligé de consulter le peuple si l'on n'est pas obligé de tenir compte de son avis. En réalité, cette conclusion n'est valide que si l'on considère une seule variété de référendum consultatif, celle qui porte sur une question et ne modifie pas directement l'ordre juridique. Dans ce cas effectivement, le référendum, doublement contingent, est à la fois facultatif et consulta-

8. *JO*, DP, AN, 1945, p. 915.

9. *JO*, DP, S, 1995, p. 1386.

10. *Ibid.*, p. 1392.



tif. Si l'on considère en revanche un référendum portant sur un texte, rien ne s'oppose à ce qu'il soit simultanément obligatoire quant à sa tenue et consultatif quant à ses résultats. De même qu'en droit interne il existe des procédures où une consultation constitue une formalité substantielle sans que pour autant la décision suppose un avis conforme, de même il est possible que le peuple ne puisse pas ne pas être consulté et que néanmoins les représentants demeurent libres de leur choix. Le référendum constituant suédois, évoqué plus haut, réalise à la lettre cette situation. La combinaison des deux traits, qui paraissent à première vue s'exclure, s'explique d'ailleurs aisément, si l'on considère que la mise en œuvre du référendum est conçue comme un moyen de protéger la minorité. Pour que cet objectif soit atteint, il est nécessaire qu'un mécanisme de veto puisse être mis en œuvre – le référendum est donc obligatoire si la demande en est faite – sans pour autant que la majorité, négativement liée, le soit positivement.

89

On voit donc au total que malgré l'apparence et des affinités logiques – consultatif et facultatif sont deux modalités de la contingence – les oppositions entre décisionnel et consultatif d'une part, facultatif et obligatoire d'autre part, ne se recouvrent pas.

L'idée de référendum consultatif doit encore être confrontée au problème de la hiérarchie des normes. Quelques remarques formulées lors des débats parlementaires relatifs à la révision constitutionnelle du 4 août 1995 permettent de situer le problème.

Le projet initial de révision de l'article 11 de la Constitution du 4 octobre 1958 présenté par le Premier ministre prévoyait en effet que le référendum pourrait s'appliquer aux « orientations générales de la politique économique et sociale de la nation<sup>7</sup> ». Lors de la discussion à l'Assemblée nationale, M. Pierre Albertini a présenté un amendement qui supprimait l'expression « les orientations générales de » et l'a

---

11. Il est en effet de tradition qu'une loi ordinaire adoptée par référendum n'ait pas valeur supérieure à une loi adoptée par le Parlement et puisse donc être modifiée par elle. Cette solution, contraire au principe du parallélisme des formes mais imposée à la fois par le principe de hiérarchie des normes et par les nécessités de la pratique, avait été dégagée en Allemagne sous la République de Weimar. Elle a été consacrée en droit positif français actuel par la décision du Conseil constitutionnel du 9 janvier 1990 (n° 89-255, *Rec.*, p. 15).

défendu en ces termes : « ... l'expression "orientations générales" nous a fait tiquer. Elle pouvait en effet laisser penser qu'un référendum pourrait avoir lieu non sur un dispositif concret, mais sur des perspectives. Cette possibilité nous avait paru tout à fait funeste. Par ailleurs une loi ordinaire pouvant modifier une loi référendaire [...], un référendum sur des orientations générales aurait placé le Parlement dans une situation juridique inextricable : comment, par une loi postérieure, tenir compte de simples orientations qui n'en aurait pas moins reçu l'aval du corps électoral ? Politiquement une telle situation aurait été extrêmement difficile à gérer<sup>8</sup>. »

Bien que le gouvernement ait renoncé à la formule « orientations générales » et lui ait substitué « les réformes relatives à la politique économique et sociale », M. Paul Girod, au Sénat, se fait encore l'écho  
90 d'inquiétudes du même ordre. Il s'interroge sur la nature juridique « des lois successives déclinant la loi référendaire si celle-ci est une loi-cadre<sup>9</sup> ». M. Toubon, garde des Sceaux, lui répondit : « les lois adoptées selon la procédure parlementaire, qui modifieraient ou préciseraient une loi référendaire [...], pourront [...] être soumises à un contrôle de constitutionnalité puisqu'elles seront des lois ordinaires<sup>10</sup> ».

On voit que ce débat, sans épuiser le sujet, pose les termes d'une vraie problématique. Nous avons distingué plus haut le référendum consultatif qui pose une question, et dont le résultat ne modifie pas directement l'ordre normatif, et celui qui soumet au peuple un texte juridique. Une situation intermédiaire est-elle concevable ? Autrement dit : peut-on envisager que le peuple soit consulté sur des principes, fixe des orientations, sanctionne des perspectives dont la traduction en termes juridiques serait ensuite confiée au législateur de droit commun ? On observera que, du point de vue des valeurs, une telle solution ne mériterait pas nécessairement de susciter l'horreur qui saisit apparemment les honorables parlementaires. Elle présenterait l'avantage de répondre à l'une des objections traditionnellement adressées à la démocratie semi-directe. Elle permettrait en effet de recueillir l'opinion des citoyens tout en laissant la mise au point des modalités techniques aux

---

12. Sauf dans le cas de la révision constitutionnelle danoise, où une majorité renforcée est nécessaire pour *confirmer* la révision adoptée par les représentants.

13. Voir Jean-Marie Denquin, *op. cit.*, p. 106-109. Il convient toutefois d'observer que la jurisprudence du Conseil d'État (7 avril 1905, Commune d'Aigre, *Rec.* p. 345) a porté sur des référendums municipaux qui se voulaient décisionnels. La Haute Assemblée n'a jamais été saisie de décisions prises à la suite de référendum consultatif. Mais la nuance était-elle clairement perçue par les édiles rebelles ?

Assemblées. Or celles-ci sont peut-être composées de personnes plus compétentes que l'électeur moyen et peuvent sûrement mettre en œuvre une délibération collective, procédure dont l'efficacité est indéniable lorsqu'il s'agit d'élaborer une législation. La difficulté – bien perçue par les parlementaires – tient au dilemme suivant : ou la loi-cadre référendaire est de nature constitutionnelle et, dès lors, la procédure, quelles qu'en soient les modalités, s'assimile à une révision de la loi fondamentale ; ou elle est une loi ordinaire, n'a pas d'autorité supérieure à la loi votée par les représentants et ne saurait donc encadrer leurs décisions<sup>11</sup> ; ou elle constitue une catégorie intermédiaire, intégrée au bloc de constitutionnalité mais pas à la Constitution. Seule la troisième solution est théoriquement viable, en ce qu'elle réalise les objectifs politiques et juridiques que l'on peut attendre d'une « loi-cadre référendaire ». Mais la complexité qu'engendrerait un tel système rend *a priori* son adoption improbable.

91

Il convient enfin d'évoquer les affinités entre les idées de référendum consultatif et de majorités qualifiées. Celles-ci ne sont pas *a priori* évidentes. Pourtant, certaines dispositions de droit positif – en Suède et au Danemark en particulier – suggèrent certains rapports entre elles.

Nous avons vu que le Parlement danois peut avoir recours au référendum consultatif en marge de la Constitution, mais aussi que celle-ci prévoit quatre hypothèses de référendums décisionnels. Dans trois cas (art. 20, délégation de souveraineté ; art. 29, âge de la majorité électorale ; art. 42, référendum législatif), le projet soumis au référendum n'est rejeté que si une majorité de votants représentant au moins 30 % des inscrits se sont prononcés contre lui. En revanche, dans le cas de révision constitutionnelle (art. 88), le projet n'est adopté que si la majorité des votants représentant au moins 40 % des inscrits l'ont approuvé. On a vu qu'en Suède une majorité qualifiée est également nécessaire pour rejeter un projet de révision constitutionnelle soumis à référendum (les « non » doivent représenter plus de 50 % des suffrages exprimés aux élections législatives concomitantes – les bulletins blancs étant comptabilisés comme suffrages exprimés). On peut également rappeler que le

---

14. Il est vrai qu'un référendum avait déjà été institué par une loi de 1971 (art. L.112-2 à L.112-4 du Code des communes). Mais il s'agit d'une consultation limitée au cas des fusions de communes, et qui présente un caractère décisionnel.

projet de Scotland Act, qui prévoyait l'élection d'un Parlement séparé en Écosse, n'a pas été mis en vigueur parce que le Parlement britannique avait posé comme condition que la majorité de « oui » – acquise le 1<sup>er</sup> mars 1979 à 51,6 % des votants – représente 40 % de l'électorat. Or elle n'atteignit que 32,8 % des inscrits.

Dans tous les cas, l'exigence d'une majorité qualifiée profite au *statu quo*, que celui-ci soit constitué par le maintien de la situation traditionnelle ou par la confirmation de la loi que les représentants ont adoptée. Cette observation montre que, par le jeu de telles dispositions, le caractère décisionnel ou consultatif d'un référendum peut être fonction du nombre des votants. S'il est inférieur au quorum fixé, le peuple – c'est-à-dire les électeurs inscrits – a été consulté, mais les votants n'ont pas décidé, même si en majorité ils se sont prononcés pour le changement du droit positif. La procédure assure donc une sorte de prime à la volonté des représentants<sup>12</sup>, même si elle ouvre la possibilité d'un veto en cas de forte opposition du peuple.

On voit que la notion de référendum consultatif s'avère au total plus complexe et ambiguë qu'on ne le suppose en général. Il existe cependant un cas où le terme « consultatif » peut être pris au sens obvie et n'engendre aucune équivoque ; il s'agit du référendum municipal. Mais ici l'absence d'ambiguïté s'explique par le fait que l'institution a été explicitement construite de manière à écarter toute équivoque sur sa portée. En outre, aucune question relative à la hiérarchie des normes ne se pose évidemment en l'espèce. Le phénomène constitue donc, dans sa modestie, une contre-épreuve pertinente des observations précédentes.

L'idée de référendum municipal n'est pas une nouveauté en France. Sous la III<sup>e</sup> République, elle avait donné lieu à des expériences et à des polémiques, auxquelles une jurisprudence rigoureuse du Conseil d'État mit finalement un terme<sup>13</sup>. Transposant au niveau de la commune les règles admises au niveau national, le Conseil imposa le respect du pur principe représentatif. Sous la V<sup>e</sup> République, des tentatives éparses eurent lieu, en marge de la légalité. C'est seulement par la loi du 6 février 1992 que l'institution reçut un cadre légal, prudemment élargi par la loi du 4 février 1995<sup>14</sup>.

L'article L.125-1 du Code des communes pose que « les électeurs de la commune peuvent être consultés sur les décisions que les autorités municipales sont appelées à prendre ». Le maire ou une partie du

conseil municipal peuvent saisir celui-ci d'une demande de consultation (art. L.125.2). Depuis la loi de 1995, la demande peut être formulée par un cinquième des électeurs inscrits (art. L.125-2-1). Dans les deux cas, le conseil reste maître de la décision puisqu'il « délibère sur le principe et les modalités de la consultation ». En cas de décision positive, les deux articles précités posent que « la délibération qui décide la consultation indique expressément que cette consultation n'est qu'une demande d'avis ». Cette précaution n'étant sans doute pas suffisante, l'article L.125-5 déclare : « Aucune consultation ne peut avoir lieu à partir du 1<sup>er</sup> janvier de l'année civile qui précède l'année du renouvellement général des conseils municipaux ni durant les campagnes électorales précédant les élections au suffrage universel direct ou indirect. Deux consultations portant sur un même objet ne peuvent intervenir dans un délai inférieur à deux ans. Un délai d'un an doit s'écouler entre deux consultations. » En outre, aucune consultation ne peut avoir lieu si l'élection du maire ou du conseil municipal fait l'objet d'un recours devant la juridiction administrative.

93

Le référendum ainsi institué est donc purement facultatif et consultatif. Les représentants sont totalement maîtres de sa mise en œuvre. L'absence de valeur contraignante du résultat est explicitement proclamée. Enfin, des précautions draconiennes sont prises pour éviter toute interférence entre la consultation et l'activité politique locale. Au total, l'institution paraît manifester des tendances contradictoires. Dans son principe elle semble traduire une volonté de donner la parole aux électeurs dans un cadre où la démocratie peut, grâce à la proximité des enjeux, s'exprimer de manière concrète. Mais les modalités extrêmement restrictives de sa mise en œuvre contredisent cet objectif. Dans le souci d'éviter que la consultation embarrasse les élus, les mécanismes mis au point aboutissent à en faire un instrument aux mains de ceux-ci. Comment imaginer en effet que la majorité d'un conseil municipal décide un référendum susceptible de desservir ses intérêts en manifestant que ses choix sont contraires à la volonté des administrés ? Il est étrange que les arguments traditionnellement développés contre le « plébiscite » – manifestation de la volonté des électeurs au profit du pouvoir en place – ne soient jamais repris dans ce contexte alors que la question se pose, à condition de substituer la commune au pays, exactement dans les mêmes termes.

Ces remarques sur le référendum municipal en France conduisent logiquement à poser une dernière question, qui concerne la portée politique de l'institution. De ce point de vue, le contraste entre référendum consultatif et référendum décisionnel tend à s'effacer. Que la réponse du peuple à une consultation n'ait pas d'effet juridique direct est sans importance si ces effets sont indirectement mais nécessairement induits par elle, autrement dit si la volonté des représentants, juridiquement libre, est politiquement liée. Or il risque fort d'en être ainsi. Une chose en effet est de ne pas aller dans le sens des aspirations présumées du peuple ; une autre de s'opposer à la volonté dûment constatée des électeurs, devant qui les élus ont devoir de se représenter. A ce point de vue, la question des rapports de force entre les opinions, mesurés tant par le pourcentage des votants que par celui des suffrages, acquiert une importance décisive. Un référendum décisionnel ne connaît que deux issues, l'adoption et le rejet. Un référendum consultatif en connaît trois : si un pourcentage massif de « oui » ou de « non » ne laisse guère de marge de manœuvre aux représentants, une majorité incertaine leur rend une capacité d'arbitrage. Le référendum consultatif ne se borne pas à constater quelle est l'opinion du peuple. Il permet peut-être surtout de constater si le peuple a une opinion.

Aucune constatation ne sera toutefois faite – hors l'hypothèse rare d'un référendum à la fois consultatif et obligatoire – si les représentants ne décident pas, selon les textes ou en marge des textes, la consultation. Ce qui revient à dire que la distinction entre référendum consultatif et décisionnel apparaît finalement secondaire. La grande question demeure la volonté des représentants de consulter ou non le peuple, et les motivations de leur choix : sentiment intériorisé de l'impératif démocratique, incertitude ou division des élites politiques, profit à court terme escompté par les gouvernants. Dans cette perspective, le caractère consultatif de la votation peut jouer un certain rôle : il peut être plus facile de poser une question sans engagement formel d'obéir à la réponse... Il ne modifie cependant pas fondamentalement les données du problème. Le 16 octobre 1955, les Suédois ont nettement repoussé la proposition d'instaurer la conduite à droite. Huit ans plus tard, le Parlement a voté cette mesure, sans recourir au référendum : les dirigeants politiques se sont déclarés assurés que l'opinion suédoise avait évolué. Ils en étaient certainement convaincus, sans doute avaient-ils raison. Mais pourquoi ne pas constater directement le fait ? Toute l'ambiguïté de ces procédures est contenue dans cet exemple, et peu importe que le référendum de 1955 ait été ou non consultatif.

---

## R É S U M É

---

*La notion de référendum consultatif, peu étudiée en France, pose de délicats problèmes théoriques. Elle est en effet au carrefour de plusieurs oppositions : référendum décisionnel ou non, portant sur une question ou sur un texte, prévu ou non par la Constitution, obligatoire ou facultatif. Elle touche aussi indirectement à la question de la hiérarchie des normes. Cependant, au point de vue de la portée politique, la distinction entre le référendum consultatif et les autres formes de votations apparaît beaucoup moins nettement tranchée.*