



**HAL**  
open science

## “ La co-écriture citoyenne des projets de loi : la participation au service de la représentation ”

Boris Barraud

### ► To cite this version:

Boris Barraud. “ La co-écriture citoyenne des projets de loi : la participation au service de la représentation ”. *Politeia* [Les Cahiers de l'Association française des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel], 2016, 30. hal-01413727

**HAL Id: hal-01413727**

**<https://hal.science/hal-01413727>**

Submitted on 20 Apr 2017

**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.

# **La co-écriture citoyenne des projets de loi : la participation au service de la représentation**

**Boris Barraud**

Laboratoire interdisciplinaire droit et mutations sociales, Université d'Aix-Marseille

**Politeia 2016, n° 30**

## *Résumé :*

*La démocratie participative incarne sans doute mieux que la démocratie représentative l'idéal démocratique, à tel point qu'on a pu juger que l'expression « démocratie représentative » constituerait une *contradictio in adjecto*. Dans le même temps, la démocratie représentative est nettement plus praticable que la démocratie participative, ce qui lui permet, dans la plupart des régimes politiques démocratiques, de l'emporter plus ou moins radicalement. Or, à l'heure de la remise en cause des institutions et de la perte de confiance des citoyens à l'égard de leurs représentants, de nouveaux modes de confection de la loi sont expérimentés, cela afin de rapprocher émetteurs et destinataires des normes et ainsi renforcer l'effectivité de ces dernières. Ce faisant, ces nouveaux modes de confection de la loi tendent à développer la démocratie participative, notamment à travers l'idée de « démocratie ouverte ». L'un des derniers exemples, en France, réside dans la co-écriture citoyenne des projets de « Loi pour une République numérique » et de « Loi égalité et citoyenneté ». Cette « co-écriture citoyenne » se différencie en différents points des formes habituelles de consultation pré-législative. En particulier, l'ambition est ici au moins autant de conforter la légitimité formelle de la loi que d'améliorer sa qualité substantielle. Aussi cet objet jus-politique novateur pose-t-il de multiples questions, spécialement sous l'angle du caractère démocratique de la loi qu'il contribuerait à consolider. La présente étude cherche à apporter quelques éléments de réponse et à ouvrir quelques pistes de réflexion. En définitive, loin de l'idéal d'un remplacement de la représentation par la participation, la co-écriture citoyenne des projets de loi permet au contraire de conforter la représentation grâce à la participation. La démocratie n'en sort que modestement grandie. Mais il ne s'agit pas moins d'une innovation légistique remarquable en ce qu'elle redonne de l'élan au mouvement de décloisonnement de la démocratie représentative engagé par le passé au moyen de divers procédés de consultation des experts et/ou des destinataires des normes.*

*Summary:*

*Participative democracy is probably better than representative democracy to the democratic ideal. At the same time, representative democracy is more practical than participative democracy. This explains why representative democracy usually wins. However, while institutions are challenged and citizens have less confidence in their representatives, new modes of law writing are tried in order to enhance the effectiveness of norms. Thus, participative democracy becomes increasingly important, particularly through the “open democracy”. Especially, we have recently, in France, the “citizen co-writing” of the projects of law. This “citizen co-writing” is different from other pre-legislative consultations. In particular, its purpose is to improve the legitimacy of the laws. This raises particular questions about the democratic nature of the law.*

« Il est bon que la législature puisse être souvent rafraîchie d’esprit démocratique », disait Emmanuel Sieyès<sup>1</sup>. C’est cet enjeu, que les législateurs ressentent aujourd’hui autant que durant l’immédiat après-Révolution française, qui a guidé les porteurs du projet de « Loi pour une République numérique » puis les porteurs du projet de « Loi égalité et citoyenneté ». Le projet de « Loi pour une République numérique », conçu en 2015 et ayant abouti à une loi promulguée le 7 octobre 2016<sup>2</sup>, est le premier projet de loi, dans la longue histoire républicaine française, à s’être appuyé sur la méthode dite de la « co-écriture citoyenne ». En effet, avant d’être transmis au Parlement, le texte a déjà été soumis directement aux citoyens qui, profitant des possibilités offertes par les nouvelles technologies de la communication, ont pu évaluer chacun de ses articles, proposer des amendements et même proposer l’ajout de nouveaux articles, le Gouvernement demeurant libre de décider d’enrichir plus ou moins substantiellement le projet de loi à l’aune de ces contributions citoyennes. Au sens strict, il s’est donc agi d’une consultation plus que d’une co-écriture en bonne et due forme. Il n’en demeure pas moins que c’est de manière inédite qu’un projet de loi a pu être l’objet d’une discussion publique ouverte et interactive, devant donner lieu à sa correction, avant son passage devant le Conseil d’État et son adoption en Conseil des ministres. Même si la co-écriture citoyenne des projets de loi ne saurait être rapprochée, notamment, du référendum tant ses fins et ses moyens en diffèrent, il est permis d’y voir un procédé relevant de la démocratie participative dès lors que tout citoyen pouvait contribuer à la co-écriture.

Comme a pu l’exprimer la Secrétaire d’État chargée du numérique Axelle Lemaire, initiatrice et défenseuse du texte, « avec ce projet de loi, la République se réinvente par et pour le numérique »<sup>3</sup>, l’intention étant de « réinventer la participation politique dans notre pays »<sup>4</sup>. Toutefois, si cette nouvelle façon de concevoir la fabrique de la loi peut apparaître démocratiquement très porteuse au premier abord, il importe de l’interroger plus en profondeur afin de savoir si elle pourrait à l’avenir être généralisée et devenir une pièce

<sup>1</sup> Cité par A. TYRSENKO, « L’ordre politique chez Sieyès en l’an III », *Annales historiques de la Révolution française* 2000, p. 44.

<sup>2</sup> L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, *Pour une République numérique*.

<sup>3</sup> A. LEMAIRE, « Édito », in « Projet de loi pour une République numérique : 21 330 citoyens ont co-écrit le projet de loi », dossier de presse du Ministère de l’économie, de l’industrie et du numérique, 2016.

<sup>4</sup> *Ibid.*

maîtresse de la procédure législative ou bien si elle ne saurait être davantage qu'un accessoire légistique éventuellement pertinent à l'échelle de cette branche du droit très particulière qu'est le droit de l'internet<sup>1</sup> mais guère appelé à être étendu à tous les domaines et notamment aux domaines régaliens. Le recours par le Gouvernement à la même méthode concernant le projet de « Loi égalité et citoyenneté », durant le printemps 2016, est un premier élément de réponse.

En 2014, le Conseil d'État pouvait observer combien, « face à des acteurs du numérique dont le succès passe par leur relation privilégiée avec leurs utilisateurs, les pouvoirs publics doivent eux aussi savoir “s’allier avec la multitude” »<sup>2</sup>. Un grand problème affectant les lois relatives aux nouvelles technologies de la communication est celui de leur effectivité. Inclure autant que possible les personnes concernées dans la procédure législative apparaît dès lors pertinent, cela devant favoriser l'acceptation du droit de l'internet d'origine parlementaire. Mais pourrait-il en aller à l'identique à l'égard de nombreuses branches du droit ou même à l'égard du droit dans son ensemble ? Quels sont les enjeux, les potentialités et les limites de la co-écriture citoyenne des projets de loi ? Quel avenir faut-il lui prédire ? Si le recul manque encore, il s'agira, en ces lignes, d'établir un premier bilan et de réfléchir à l'opportunité et aux bénéfices de cette expérience légistique remarquable que constitue la co-écriture citoyenne des projets de loi.

Cette dernière s'inscrit au cœur du développement de la « démocratie ouverte » — ou « démocratie associative » — visant, sans aller jusqu'à remplacer les procédés de démocratie représentative par des procédés de démocratie directe, à davantage associer, selon des modalités variables, les destinataires des normes à leur processus d'élaboration. Il s'agit, en d'autres termes, de rapprocher gouvernants et gouvernés, partant du constat que la démocratie actuelle souffre de leur trop grand éloignement faisant que les uns et les autres se comprennent de moins en moins bien ; et partant du constat que la démocratie représentative telle qu'elle est appliquée actuellement a été imaginée en des temps où 80 % de la population ne savait ni lire ni écrire et où la télévision et l'internet n'avaient pas encore été inventés. Les procédés de « démocratie ouverte » visent à consolider, si ce n'est instaurer, la confiance des citoyens envers ceux qui les gouvernent en les associant à leurs décisions, afin de renforcer l'efficacité de ces dernières. Si la « démocratie ouverte » demeure encore largement à inventer, ses principes clés sont donc la participation et la collaboration, ainsi que la transparence, considérant que les citoyens devraient pouvoir accéder à toutes les informations pertinentes pour pouvoir participer utilement à l'élaboration des normes. En somme, l'ambition est de réintégrer pleinement les gouvernants dans leurs fonctions de « commissaires »<sup>3</sup>, « officiers »<sup>4</sup> ou « ministres »<sup>1</sup> du peuple, « ministre » (dérivé du latin « *minister* ») signifiant étymologiquement « serviteur »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cf., notamment, N. COLIN, H. VERDIER, *L'âge de la multitude. Entreprendre et gouverner après la révolution numérique*, Paris, Armand Colin, 2012.

<sup>2</sup> Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La documentation française, « Les rapports du Conseil d'État », 2014, p. 21.

<sup>3</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social* (1762), L. III, chap. 15.

<sup>4</sup> *Ibid.*, L. III, chap. 18.

Avant de s'intéresser concrètement aux modalités et aux implications de la co-écriture citoyenne des projets de loi, il paraît nécessaire de convenir que la démocratie participative est plus démocratique que la démocratie représentative et, donc, qu'une loi issue au moins partiellement d'un processus de démocratie participative sera plus solide qu'une loi issue uniquement d'un processus de démocratie représentative. Ce présupposé, bien entendu, peut être discuté, notamment avec Rousseau<sup>3</sup> ou Sieyès<sup>4</sup> qui soulignaient l'aveuglement du peuple, incapable d'identifier l'intérêt général qu'il est pourtant supposé rechercher<sup>5</sup>. Si « ce n'est que le peuple qui fait la force des lois », ainsi que l'a proclamé Démosthène dans son « Discours contre Midias », il le ferait, selon certains, mieux directement qu'indirectement et, selon d'autres, mieux indirectement que directement. Reste que c'est le sentiment du besoin de davantage de participation des citoyens qui conduit à insérer au sein de la confection parlementaire des normes, qui relève par nature de la démocratie représentative, quelques bribes de démocratie participative. Seulement, vient ensuite le problème de la praticabilité de la démocratie participative. Alors qu'il faut chaque jour répondre à un nouveau défi par une nouvelle loi, il n'est évidemment pas envisageable de requérir pour chaque texte une approbation populaire ni même une contribution populaire. La France, au tournant du XVIII<sup>e</sup> s., a fait le choix de la démocratie indirecte, dans laquelle la volonté des citoyens s'exprime supposément au travers de représentants élus. L'étendue territoriale du pays, l'importance de sa population et l'activité quotidienne des individus ont inéluctablement

<sup>1</sup> Th. HOBBS, « Des ministres publics de la puissance souveraine », in Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État. Recueil de textes*, Bruxelles, Larcier, « Faculté de droit de l'Université de Liège », 2009, p. 121 sq.

<sup>2</sup> Ainsi, le 1<sup>er</sup> septembre 1918, s'adressant aux ouvriers américains, le président américain Woodrow Wilson disait-il : « Les gouvernants sont les serviteurs des gouvernés et non leurs maîtres » (cité par L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3<sup>e</sup> éd., De Boccard, 1927, p. 194). Les gouvernants devraient se borner à être, pour reprendre une expression de Léon Duguit, les « gérants d'affaires de la collectivité » (*ibid.*, p. 102). Et, suivant les mots d'Émile Durkheim, les éléments du corps social devraient être « non regardés comme des choses sur lesquelles l'État a des droits, mais comme des coopérateurs dont il ne peut se passer » (É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, Félix Alcan, 1893, p. 250).

<sup>3</sup> Les réflexions de Rousseau relatives aux risques liés à la démocratie la plus absolue apparaissent incontournables : « De lui-même, le peuple veut toujours le bien mais, de lui-même, il ne le voit pas toujours. La volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n'est pas toujours éclairé. [...] Comment une multitude aveugle qui souvent ne sait ce qu'elle veut, parce qu'elle sait rarement ce qui lui est bon, exécuterait-elle d'elle-même une entreprise aussi grande et aussi difficile qu'un système de législation ? » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. II, chap. 6).

<sup>4</sup> En 1795, Emmanuel Sieyès déclarait : « C'est pour l'utilité commune que [les citoyens] se nomment des représentants bien plus capables qu'eux-mêmes de connaître l'intérêt général et d'interpréter à cet égard leur propre volonté. La très grande majorité de nos concitoyens n'a ni assez d'instruction ni assez de loisir pour vouloir s'occuper directement des lois qui doivent gouverner la France » (cité par P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 237).

<sup>5</sup> Il y aurait donc de bonnes raisons de préférer, pour reprendre des expressions de Condorcet, la « démocratie différée » à la « démocratie immédiate » et la « souveraineté négative » des individus à leur « souveraineté positive », de bonnes raisons de considérer que, si « la France n'a jamais connu de régime réellement démocratique » (P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des histoires », 2000), il faudrait peut-être s'en satisfaire. Beaucoup jugeront que la démocratie représentative, même défailante, sera toujours plus praticable et donc efficace que la démocratie directe. Inviter les destinataires des normes à les discuter, à les négocier ou, plus encore, à les décider ne doit en tout cas pas être idéalisé.

justifié la mise à l'écart d'une démocratie directe calquée sur le modèle grec, où tout citoyen doit s'investir à plein-temps dans la vie publique<sup>1</sup>.

Toutefois, si l'idéal démocratique réalisable ne saurait s'incarner en une complète démocratie directe, il existe peut-être un point d'équilibre entre représentation et participation que la co-écriture citoyenne des projets de lois permettrait d'approcher. Après la première élection au suffrage universel direct masculin en France, en 1848, le ministre de l'intérieur Alexandre-Auguste Ledru-Rollin déclara : « La science politique est maintenant achevée »<sup>2</sup>. On pensait alors que c'était là la forme évidente et définitive de la démocratie et que celle-ci n'évoluerait plus. Mais la démocratie a toujours besoin de se réinventer pour ne pas s'endormir, ce qui serait dangereux et nuisible<sup>3</sup>. Comme l'a observé Marcel Gauchet, elle a pris l'habitude de passer « d'une crise à l'autre »<sup>4</sup>. Aussi, aujourd'hui, si l'irruption de l'internet dans les sociétés interroge à bien des égards la démocratie<sup>5</sup>, est-ce de manière générale que celle-ci se trouve mise en cause. On envisage jusqu'à une « ère postdémocratique »<sup>6</sup>. La démocratie est susceptible de présenter des visages très différents. Il est donc insuffisant d'en accepter le principe ; encore faut-il s'accorder quant à ses modalités concrètes de mise en œuvre.

À l'heure actuelle, est de plus en plus contesté l'État fonctionnant à base de démocratie représentative tel que l'ont conçu les penseurs de la modernité politique et du contrat social<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> La démocratie antique excluait toute représentation. À Athènes, l'assemblée des citoyens (l'« *ecclesia* »), qui détenait le pouvoir politique suprême, permettait à chacun de prendre la parole et de participer à la discussion. Dans le berceau de la démocratie, celle-ci était ainsi conçue comme incompatible avec toute représentation, comme ne pouvant qu'être directe et participative. Cette approche de la démocratie n'a été dépassée dans la pensée politique qu'à compter du XVIII<sup>e</sup> s. Ce sont les révolutions américaine — l'expression « démocratie représentative » aurait été forgée par Hamilton (J. CHEVALLIER, *L'État*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 2011, p. 46) — et française qui ont constitué un tournant décisif en s'évertuant à fonder la démocratie sur la représentation. Désormais, le pouvoir n'étant pas donné par Dieu mais par le peuple, il fallait qu'il soit médiatisé et instrumentalisé par les procédures du gouvernement représentatif. Pour Emmanuel Sieyès, par exemple, la puissance souveraine de la Nation serait une « puissance constituante » s'exprimant par l'édiction d'une Constitution originaire puis s'évanouissant, la Nation n'étant alors plus qu'un organe constitué chargé de désigner les gouvernants. Et l'extension du droit de suffrage ainsi que la disparition des cens d'éligibilité, permettant l'avènement du suffrage universel, ont donné « une puissante impulsion à la croyance que le gouvernement représentatif se muait peu à peu en démocratie » (B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1995, p. 171). Le peuple paraissait participer à l'acte souverain qu'est l'élaboration de la loi à travers l'élection de ses représentants.

<sup>2</sup> Cité par P. ROSANVALLON, « La démocratie : esquisse d'une théorie générale. Cours au Collège de France (1/10) », *L'Éloge du savoir*, France culture, 9 avr. 2013.

<sup>3</sup> En ce sens, par exemple, C. GOBIN, B. RIHOUX, *La démocratie dans tous ses états. Systèmes politiques entre crise et renouveau*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; A. FINKIELKRAUT, M. GAUCHET, P. MANENT, *La Démocratie de notre temps*, Genève-Paris, Tricorne-Répliques-France culture, 2003.

<sup>4</sup> M. GAUCHET, *La Démocratie. D'une crise à l'autre*, Paris, Cécile Defaut, 2007.

<sup>5</sup> Cf., notamment, D. CARDON, *La démocratie Internet, promesses et limites*, Paris, Le Seuil, « La République des idées », 2010.

<sup>6</sup> R. DRAÏ, *L'État purgatoire. La tentation postdémocratique*, Michalon, 2005.

<sup>7</sup> Ainsi Thomas Hobbes expliquait-il que « le seul moyen d'établir [une] puissance commune [...] est de rassembler toute leur puissance et toute leur force sur un homme ou sur une assemblée d'hommes qui peut, à la majorité des voix, ramener toutes leurs volontés à une seule volonté ; ce qui revient à dire : désigner un homme, ou une assemblée d'hommes, pour porter leur personne ; et chacun fait sienne et reconnaît être lui-même l'auteur de toute action accomplie ou causée par celui qui porte leur personne [...] ; par là même, tous et chacun d'eux

On tend désormais à valoriser la souveraineté individuelle des individus et des groupes d'individus contre la souveraineté du Parlement et contre la souveraineté de l'État<sup>1</sup>, spécialement dans le cyberspace<sup>2</sup>. On accepte de plus en plus difficilement la logique de la loi, exposée déjà par Jean Bodin au XVI<sup>e</sup> siècle, selon laquelle celle-ci permettrait de différencier gouvernants et gouvernés et imposerait aux uns d'obéir aux autres car la loi serait obligatoire sans requérir aucun accord exprès de ses destinataires<sup>3</sup>. Mais le lien intime entre prérogative de puissance publique et sujétion des particuliers n'est plus le lieu commun qu'il était hier. La démocratie représentative, telle que pratiquée en France aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, se présente dès lors insuffisante aux yeux de beaucoup. Et les pouvoirs publics sont légitimement tentés de remédier à cette insuffisance en introduisant une dose de participation dans la mécanique représentative, conscients que l'aphorisme de Pascal selon lequel « le peuple doit obéir aux lois non parce qu'elles sont justes mais parce qu'elles sont lois »<sup>4</sup> apparaît de moins en moins acceptable.

Le thème de la lutte du pouvoir constituant contre les pouvoirs constitués connaît donc aujourd'hui encore d'importants prolongements et est susceptible d'être le terreau de quelques mouvements constitutionnels. L'originale co-écriture citoyenne des projets de « Loi pour une République numérique » et de « Loi égalité et citoyenneté » pourrait annoncer l'un de ces mouvements. À la question de savoir si la démocratie représentative suffit à faire de la loi l'expression de la volonté générale, ainsi que le proclame l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>5</sup>, nombreux sont ceux qui sont tentés de répondre par la négative, considérant que seuls les procédés de démocratie directe le permettraient. Sans démocratie directe, il est délicat de concilier la souveraineté de l'État avec la souveraineté du peuple, c'est-à-dire la souveraineté-puissance publique avec la souveraineté-principe de légitimité<sup>6</sup>. Et les tergiversations de la démocratie touchent *a fortiori* le cyberspace, dont la trans-territorialité est un frein à toute volonté de le saisir par la loi. C'est pourquoi il n'est guère surprenant que la première tentative de co-écriture citoyenne d'un projet de loi ait concerné un texte relatif à l'internet et aux activités en ligne. Dans le monde immatériel plus

soumettent leurs volontés à sa volonté, et leurs jugements à son jugement. C'est plus que le consentement ou la concorde ; il s'agit d'une unité réelle de tous en une seule et même personne, faite par convention de chacun avec chacun, de telle manière que c'est comme si chaque individu devait dire à tout individu : « j'autorise cet homme ou cette assemblée d'hommes, et je lui abandonne mon droit de me gouverner moi-même, à cette condition que tu lui abandonnes ton droit et autorises toutes ses actions de la même manière » (Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651, chap. 17).

<sup>1</sup> F. OST, « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la vérité négociée », in G. TMSIT, A. CLAISSE (dir.), *Les administrations qui changent ?*, Paris, Puf, 1996, p. 73.

<sup>2</sup> P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489.

<sup>3</sup> « La loy est commandée et publiée par puissance, et bien souvent contre le gré des sujets », écrivait d'ailleurs Bodin (J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, L. I, chap. 10 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, Puf, « Léviathan », 1994, p. 74)).

<sup>4</sup> B. PASCAL, *Pensées*, 1669. Montaigne avait écrit, pour sa part, que « les lois se maintiennent en crédit, non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois » (M. DE MONTAIGNE, *Les essais*, 1588, L. III, chap. 13).

<sup>5</sup> « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation ».

<sup>6</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, Puf, « Léviathan », 1994, p. 25.

que dans le monde matériel, les individus, en particulier grâce à l'anonymat, retrouvent leur liberté « naturelle » et tendent à s'émanciper du contrat social<sup>1</sup>.

Au moment de la Révolution française, le mot « démocratie » était défini par les dictionnaires d'alors comme un terme vieilli, renvoyant à l'antiquité grecque et à des coutumes médiévales. Puis, la démocratie a su renaître. La co-écriture citoyenne des projets de « Loi pour une République numérique » et de « Loi égalité et citoyenneté » est-elle le premier signe d'une réinvention de la démocratie à venir ? Face à une crise de la représentation politique qui s'exprime et en même temps trouve son origine dans les urnes, des réponses institutionnelles sont recherchées. La plus radicale d'entre elles est le remplacement de certaines procédures de démocratie représentative par des procédures de démocratie participative. Sans atteindre pareille extrémité, la co-écriture citoyenne des projets de loi est le dernier avatar des tentatives de refondation de la démocratie, en l'occurrence en permettant à la démocratie représentative de prendre appui sur la légitimité de la démocratie participative. L'enjeu est de trouver les moyens de remplacer la violence physique et psychologique et l'unilatéralité par l'adhésion et la négociation<sup>2</sup>. La co-écriture citoyenne des projets de loi a été explicitement conçue telle une réponse à cet enjeu. Pour autant, s'analyse-t-elle comme une révolution légistique ou, plus modestement, comme un ajustement légistique insusceptible de modifier la nature de la loi (I) ? Et permet-elle un véritable progrès démocratique ou n'est-elle qu'un léger voile démocratique placé sur la loi ne suffisant pas à masquer sa légitimité de plus en plus précaire (II) ?

## I. LA CO-ÉCRITURE CITOYENNE DES PROJETS DE LOI, UNE RÉELLE AVANCÉE LÉGISTIQUE

La légistique connaît un sens étroit et un sens large. Au sens étroit, elle désigne « l'étude des modes de rédaction et de formulation des lois »<sup>3</sup>. Au sens large, elle est l'analyse et la réflexion relatives aux modes de création et d'application du droit<sup>4</sup>. Par suite, la

<sup>1</sup> Puisque, à l'inverse, il ne s'y trouve guère d'autorité « naturelle », chaque homme étant « seul juge des moyens propres à le conserver » (J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. I, chap. 2), il ne peut y avoir d'autorité que consentie et les hommes « n'aliènent leur liberté que pour leur utilité » (*ibid.*), étant entendu que « l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté » (*ibid.*).

<sup>2</sup> « Plus un État trouve, auprès de ses membres, de collaboration dévouée et utile, écrivait Carré de Malberg, plus il se rapproche du type de la perfection. L'État idéal est bien celui qui a le moins besoin d'user de puissance pour obtenir le concours de tout son peuple » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. I, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1920, p. VIII). Cela est *a fortiori* vrai dès lors que la puissance étatique se trouve sensiblement diminuée, ce qui est le cas en matière de régulation du cyberspace, notamment.

<sup>3</sup> A.-M. LEROYER, « Légistique », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, « Quadrige-dicos poche », 2003, p. 922.

<sup>4</sup> Cela correspond à l'usage que fait du terme « légistique » le Conseil d'État qui, dans son « guide de légistique », explique que cette dernière recouvre « l'ensemble des règles, principes et méthodes qui doivent être observés dans la préparation des textes normatifs : lois, ordonnances, décrets, arrêtés » (Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », 2<sup>e</sup> éd., [en ligne] <legifrance.fr>, 2007, p. 2). Et de lister, parmi les questions qui intéressent la légistique, « les intitulés des textes, les plans, la syntaxe, le vocabulaire, les sigles et signes, mais aussi les diverses procédures à respecter » (*ibid.*).



légistique se désintéresse du fond du droit pour se concentrer sur les modes de détermination du fond du droit<sup>1</sup>. La légistique matérielle (ou nomologie<sup>2</sup>) doit être distinguée de la légistique formelle (ou nomographie<sup>3</sup>), cette dernière cherchant à fournir des principes et des techniques permettant d'améliorer la clarté, la logique et l'accessibilité des textes juridiques, mettant donc l'accent sur le perfectionnement du message normatif et des modalités de sa réception<sup>4</sup>. La légistique matérielle, pour sa part, concerne le système d'action que représente la création du droit. Elle découpe le processus de formation et de mise en œuvre des textes juridiques en plusieurs étapes et cherche à donner à chacune d'elles des conseils méthodiques afin d'améliorer l'efficacité ou l'efficience du droit. Mais elle n'entend en aucun instant dire au jurislatureur ce que devrait être le droit ; même « matérielle », la légistique cherche seulement à dire au jurislatureur comment devrait être établi le droit. C'est à l'évolution de cette légistique matérielle que contribue la co-écriture citoyenne des projets de loi.

Actuellement, alors qu'Alain Supiot voit dans la « crise du gouvernement par les lois » le « premier des problèmes auxquels est confronté l'État »<sup>5</sup>, la légistique devient chaque jour un peu plus un sujet de préoccupation majeur pour les pouvoirs publics. Le fait d'être supportées par des lois ne permet plus aux normes étatiques de jouir d'une légitimité *ab initio* et il serait temps de concrétiser l'idée d'un « État postmoderne » reposant sur un lien politique entre gouvernants et gouvernés repensé<sup>6</sup>. En premier lieu, il conviendrait de secourir une démocratie représentative « en panne »<sup>7</sup> grâce au concours de la démocratie participative. Aussi, bien que l'intention de procéder à des consultations et même à des concertations au moment d'élaborer les normes ne soit guère nouvelle (A), la co-écriture citoyenne des projets de « Loi pour une République numérique » et de « Loi égalité et citoyenneté » est-elle fort originale à différents égards et notamment en ce qu'elle approfondit sensiblement la logique d'association des auteurs et des destinataires des lois (B).

<sup>1</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, Puf, « Thémis droit privé », 2001, p. 276.

<sup>2</sup> G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, « Domat droit privé », 2005.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> La légistique formelle porte sur le système de communication, sur « les procédés de mise en forme des projets normatifs » (Ch.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », in Ch.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 37) ou, dit autrement, sur le codage juridique de la volonté politique. On a pu la définir comme « la recherche de procédés, de règles et de formules destinés à une rédaction correcte et à une meilleure appréhension des textes normatifs » (C. LAMBOTTE, *Technique législative et codification*, Bruxelles, Story Scientia, 1988, p. 10 (cité par K. GILBERT, *La légistique au concret. Les processus de rationalisation de la loi*, thèse, Université Paris II - Panthéon-Sorbonne, 2007)).

<sup>5</sup> A. SUPIOT, « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », Leçon inaugurale au Collège de France, 29 nov. 2012.

<sup>6</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 2003, p. 139.

<sup>7</sup> G. MENDEL, *Pourquoi la démocratie est en panne. Construire la démocratie participative*, Paris, La découverte, « Cahiers libres », 2003.

## **A. Une évolution plus qu'une révolution légistique : l'habitude des consultations pré-législatives**

Il paraît de moins en moins réaliste d'analyser l'acte d'obéissance à la loi en tant qu'acte irréfléchi répondant à un instinct social ; cet acte se présente davantage tel un acte de raison individuelle<sup>1</sup>. C'est pourquoi il semble nécessaire, aujourd'hui plus qu'hier, que la création du droit ne prenne pas des allures de « lutte »<sup>2</sup>, préjudiciable à toutes les parties, mais se traduise par une concorde fructueuse. L'enjeu est de se rapprocher de l'idéal du contrat social dans lequel ce sont les gouvernés qui gouvernent les gouvernants<sup>3</sup>. Mais, pour que la société civile fasse le choix de la coopération plutôt que celui de la contestation, encore faut-il lui en donner la possibilité<sup>4</sup>. C'est pourquoi le recours à la consultation préalable à l'élaboration des normes, y compris des normes législatives, s'est développé.

Rousseau écrivait que les gouvernants devraient prendre exemple sur l'architecte qui, « avant d'élever un grand édifice, observe et sonde le sol pour voir s'il en peut soutenir le poids »<sup>5</sup>. Les autorités législatives ont accepté depuis longtemps le besoin de consulter les destinataires des normes durant leur processus d'élaboration. Dès le début du XIX<sup>e</sup> s., les pouvoirs publics se sont rapprochés des groupes sociaux concernés avant de rédiger les lois. En 1802, l'Empire a ainsi mis en place des institutions consultatives lui servant d'interface dans ses relations avec certaines professions (chambres de commerce, chambres consultatives des manufactures) ; et le mouvement s'est poursuivi avec la multiplication des « conseils supérieurs » (de l'instruction publique, de l'agriculture, du travail)<sup>6</sup>.

Plus lointainement, l'intention de procéder à des concertations, voire de co-construire les normes, en associant étroitement l'autorité politique investie du pouvoir de créer le droit et les citoyens intéressés, se retrouve dans l'Antiquité. À Athènes, berceau de la démocratie, les citoyens intervenaient dans le processus d'élaboration des normes en relation avec la Boulé et l'Héliée. À Rome, les citoyens pouvaient proposer des projets de loi, que l'assemblée

<sup>1</sup> Partant, au moins à l'échelle du droit de l'internet, l'heure serait peut-être à la confirmation de l'hypothèse avancée au milieu du XX<sup>e</sup> s. par le sociologue Georges Gurvitch : « Le droit étatique n'est pas seulement impuissant à l'égard du droit de la société, mais encore en cas de conflit, finit toujours par s'incliner devant lui, car il ne s'agit ici que de tensions entre la couche la plus superficielle et la couche la plus profonde de la réalité du droit » (G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940, p. 130). Les sources étatiques de normes ne devraient dès lors pas ignorer les sources privées pour les dominer unilatéralement mais s'efforcer de les écouter et de les incorporer au sein de formes de corégulation afin de ne pas les laisser s'émanciper et construire leurs systèmes et régimes juridiques en marge et indépendamment du droit étatique.

<sup>2</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 80.

<sup>3</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. III, chap. 18 (« L'acte qui institue le Gouvernement n'est point un contrat mais une loi ; les dépositaires de la puissance exécutive ne sont point les maîtres du Peuple mais ses officiers ; il peut les établir et les destituer quand il lui plaît ; il n'est point question pour eux de contracter mais d'obéir, et en se chargeant des fonctions que l'État leur impose, ils ne font que remplir leur devoir de Citoyens, sans avoir en aucune sorte le droit de disputer sur les conditions »).

<sup>4</sup> En ce sens, O. COSTA, P. MAGNETTE, « La société civile entre coopération et contestation », in B. FRYDMAN (dir.), *La société civile et ses droits*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 181 sq.

<sup>5</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. II, chap. 8.

<sup>6</sup> D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *Arch. phil. droit* 2005, p. 73.

acceptait ou refusait<sup>1</sup>. Les Wisigoths, les Burgondes ou encore les Francs s'efforçaient de construire leurs droits à partir d'accords collectifs faisant participer le peuple ou, du moins, les élites du peuple. Au temps de la royauté carolingienne, les « grands » étaient associés dans le cadre de plaids pour élaborer les capitulaires. Et la royauté capétienne elle-aussi a pu juger qu'éclairer la prise de décision du Prince par quelques consultations était plus judicieux que la pure unilatéralité et le pur arbitraire<sup>2</sup>. Des « actes sur requêtes » jusqu'aux « états généraux », la fabrique du droit n'a jamais cessé d'être, dans une certaine mesure, ouverte.

Il n'en demeure pas moins que cette ouverture ne saurait être comparée à celle permise par la démocratie républicaine moderne, des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> s. Et ce n'est bien qu'aujourd'hui qu'elle devient une préoccupation première et non plus secondaire pour les pouvoirs publics et pour les commentateurs de leur action<sup>3</sup>, ainsi qu'en témoigne, par exemple, le droit de l'environnement<sup>4</sup>. Dans l'ensemble, le caractère démocratique des institutions s'est constamment renforcé, si bien que, alors qu'on a pu longtemps se satisfaire de la démocratie représentative, on en est venu à exiger une évolution, si ce n'est une mutation qualitative des formes de la démocratie. Ainsi, de plus en plus, des partenaires relevant de la société civile sont-ils associés au gouvernement et à la gestion des affaires publiques, alors que, jusque-là, ils se contentaient de constituer des groupes d'intérêt ou de pression et de mener des actions de contestation.

Le rôle du citoyen dans la démocratie a connu et connaît de la sorte un changement. Ne se contentant plus de subir les choix qu'opèrent ses représentants mandatés pour présider aux destinées de l'État, il se comporte comme si les termes du contrat social associaient représentation et participation. Se développe un pouvoir partagé, qui exige une recomposition des modes de régulation afin d'instaurer une production normative négociée. C'est pourquoi, à compter des années 1970, se sont multipliées les formes de consultation telles que les livres verts, livres blancs<sup>5</sup>, grenelles<sup>6</sup>, assises, jurys ou conférences de citoyens<sup>1</sup>, états généraux,

<sup>1</sup> M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, « Précis », 1999, p. 121.

<sup>2</sup> F. GARNIER, « Notes pour une possible histoire de la construction de la norme », in M. BEHAR-TOUCHAIS, N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD (dir.), *Les mutations de la norme*, Paris, Economica, « Études juridiques », 2011, p. 44-45.

<sup>3</sup> Cf., par exemple, M. DELNOY, « Définition, notions de base, raison d'être et sources juridiques des procédures de participation du public », in B. JADOT (dir.), *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 7 sq. ; H. BLANC, « La concertation en amont, une exigence contemporaine de la démocratie », in S. VALLEMONT (dir.), *Débat public : une réforme dans l'État*, Paris, LGDJ, « Systèmes droit », 2001, p. 41 sq.

<sup>4</sup> En la matière, la Convention d'Aarhus de 1998 et la Charte de l'environnement de 2004 consacrent le droit à la participation du public. Cf., en particulier, M. DELNOY, *La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2007.

<sup>5</sup> Cf., notamment, V. LASSERRE-KIESOW, « Les livres verts et les livres blancs de la Commission européenne », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2009, p. 81 sq. ; D. DÉRO-BUGNY, « Le livre vert de la Commission européenne », *RTDE* 2005, p. 81 sq.

<sup>6</sup> Baptisés du nom de la rue dans laquelle représentants du gouvernement et des organisations syndicales et patronales se rencontrèrent pour la première fois au mois de mai 1968, les grenelles sont des réunions entre gouvernants et membres de la société civile en amont de l'édiction d'un texte dans le but d'aboutir à la rédaction d'un projet de façon transparente et négociée. Cf., notamment, D. BARBET, *Grenelle. Histoire politique d'un mot*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, « Res Publica », 2010 ; P. DEUMIER, « Qu'est-ce qu'un Grenelle ? », *RTD civ.* 2008, p. 63 sq.

études d'impact<sup>2</sup>, enquêtes publiques, débats publics et autres tables-rondes ou entretiens. Sont également apparus les sondages d'opinion et les sondages référendaires, lesquels sont censés permettre à la loi d'être à l'écoute des faits et des tendances et étaient déjà observés par Jean Carbonnier dans les années 1960<sup>3</sup>. Ces procédés, relevant de la « démocratie d'échantillon », révèlent un nouveau mode de fabrication du droit dont témoignent les guides de légistique lorsqu'ils enseignent qu'une « réglementation intelligente » suppose la consultation d'experts et, plus généralement, un dialogue élargi à toute partie intéressée afin de « mieux légiférer »<sup>4</sup>, autrement dit afin d'améliorer la rédaction de la loi ainsi que la qualité de la réforme envisagée.

Du côté des sources matérielles du droit, des formes non officielles d'action de la société civile sur le contenu des lois prospèrent. C'est ici la question des lobbies et des moyens insidieux d'exercer une influence sur le sens de la loi dont disposent certaines personnes, organisations et entreprises puissantes<sup>5</sup>, ce qui, d'ailleurs, est plutôt contradictoire que concordant par rapport à l'idée de démocratie. Néanmoins, les forces sociales de création du droit demeurent de moins en moins dans l'obscurité ; les autorités publiques tendent à les mettre en lumière, à officialiser leur rôle. En somme, la technique du recours aux avis a été procéduralisée, le législateur étant même, dans certaines situations, obligé de solliciter des commissions consultatives<sup>6</sup>.

Ces changements au cœur du processus législatif, plus ouvert qu'auparavant, induiraient un renouvellement de la conception de la loi, désormais imprégnée par la logique consultative. Mais la consultation de certains experts est bien moins démocratique que l'ouverture à la participation de tout citoyen motivé, ainsi que cela a été permis au moment de rédiger le projet de « Loi pour une République numérique » et le projet de « Loi égalité et citoyenneté ». Sous l'angle de la qualité démocratique, ces projets de loi signent peut-être un

<sup>1</sup> Cf., notamment, D. BOY, D. BOURG, *Conférence de citoyens, mode d'emploi. Les enjeux de la démocratie participative*, Paris, Mayer-Descartes & Cie, « TechnoCité », 2005 ; D. BOY, D. DONNET KAMEL, P. ROQUEPLO, « Un exemple de démocratie participative : la “conférence de citoyens” sur les organismes génétiquement modifiés », *RF sc. pol.* 2000, p. 779 sq. ; C. MARRIS, P.-B. JOLY, « La gouvernance technocratique par consultation ? Interrogation sur la première conférence de citoyens en France », *Les Cahiers de la sécurité intérieure* 1999, n° 38, p. 97 sq.

<sup>2</sup> Cf., notamment, A. HACQUET, « Les études d'impact des projets de loi : espérance, scepticisme et compromis », *AJDA* 2009, p. 1986 sq.

<sup>3</sup> « Dans le nouvel art législatif, la fixation des bases est renvoyée à la démocratie directe par l'intermédiaire d'un sondage probabiliste — une démocratie indirectement directe : à un échantillon représentatif de la population électorale est demandée son opinion sur la valeur et l'opportunité de la *lex ferenda*. C'est, en somme, un moyen mathématisé d'extraire l'inconscient collectif » (J. CARBONNIER, « Tendances actuelles de l'art législatif en France », in *Essai sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 1995, p. 279 (cité par M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2009, p. 10)).

<sup>4</sup> Commission européenne, Livre blanc « Gouvernance européenne », Com (2001) 428 final, 25 juill. 2001, p. 17 (cité par V. LASSERRE-KIESOW, « Les livres verts et les livres blancs de la Commission européenne », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2009, p. 90).

<sup>5</sup> Par exemple, J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, Paris, Dalloz, 2009 ; M. MEKKI (dir.), *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêts*, Paris, Lextenso, 2011 ; F. PAGES, F. ROUVILLOIS, « Lobbying : la nouvelle donne constitutionnelle », *D.* 2010, p. 277 sq.

<sup>6</sup> Cf., notamment, Th. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998.

saut qualitatif important — au moins du point de vue de l'intention — par rapport aux ouvertures à la société civile antérieures, cette société civile se résumant alors à quelques spécialistes des questions en cause plus ou moins pertinemment choisis. Comme ils en témoignent, la consultation tend désormais à s'épanouir sous une forme plus souple et plus ouverte, processus qu'a encouragé le Conseil d'État à l'occasion de son rapport public de 2011 intitulé *Consulter autrement, participer effectivement*<sup>1</sup>. Se développent donc les procédés de « démocratie semi-directe » visant à corriger les difficultés croissantes de la démocratie représentative en réactivant les sources de la légitimité des gouvernants.

Reste que l'intention consultative n'est en aucun cas novatrice<sup>2</sup>. Seulement, au Moyen-Âge comme au XX<sup>e</sup> s., l'objectif était de recourir à la participation afin que des experts des problématiques en cause permettent d'y répondre de la manière la plus adéquate possible. La fonction législative est apparue de façon croissante tel un exercice complexe justifiant que le Parlement bénéficie de l'apport des savants et des milieux intéressés. La grande différence attachée à la co-écriture citoyenne des projets de « Loi pour une République numérique » et de « Loi égalité et citoyenneté » réside dans la motivation sous-tendant cette démarche : il s'agit, désormais, d'ouvrir à chacun la possibilité de participer à la confection des « projets de droit » dans le but d'inciter, une fois qu'ils auront été transformés en droit positif, à s'y conformer<sup>3</sup>. Au sein d'une branche du droit telle que le droit de l'internet, l'enjeu premier est bien celui de l'effectivité de la loi et donc celui de son acceptation par ses destinataires. L'objectif est de prévenir les réactions de rejet ; et la réception des normes devient un élément central de leur processus d'édiction<sup>4</sup>.

La co-écriture citoyenne des projets de loi se présente telle une innovation remarquable dans l'histoire de la législation française, quand les modes devenus classiques de consultation du public ou des experts sont de plus en plus critiqués<sup>5</sup>. Le jeu politique tend à se

<sup>1</sup> Et le Conseil, dans son « Guide de légistique », de plaider pour les « concertations et discussions qui peuvent être engagées avec les différentes catégories de personnes ou d'organismes intéressées par le projet » (Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », 2<sup>e</sup> éd., [en ligne] <legifrance.fr>, 2007, p. 63).

<sup>2</sup> En ce sens, par exemple, J.-D. DELLEY, « La participation des acteurs socio-économiques au processus pré-parlementaire : ni contractualisation, ni nouveauté », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2008, p. 127 sq.

<sup>3</sup> Cf., notamment, L. FONBAUSTIER, « La participation du public », *AJDA* 2015, p. 517 sq.

<sup>4</sup> Les phénomènes normatifs sont des phénomènes communicationnels ; c'est pourquoi les destinataires-récepteurs des normes sont aussi importants que leurs émetteurs et pourquoi ces premiers doivent être au cœur des préoccupations de ces derniers.

<sup>5</sup> Par exemple, un jeune chercheur ayant consacré une thèse au sujet en vient à demander « que soient purement et simplement abandonnées les appellations d'« états généraux », d'« assises » et de « grenelles », qui n'ont aucune consistance juridique, qui jettent la confusion dans les esprits et qui ont donné lieu à des formules d'association des citoyens aux processus décisionnels publics qui sont déjà largement discréditées » (J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, thèse, Université de La Rochelle, 2011, p. 466). Par ailleurs, la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 *De simplification du droit* a entendu supprimer nombre de comités ou de procédures d'avis. Et le Conseil d'État se montre critique à l'égard des commissions consultatives : « L'expérience montre que la multiplication de ces organismes de consultation n'est pas la marque d'une bonne administration. En effet, au-delà de l'intérêt politique ou psychologique supposé que peut comporter l'annonce de leur création, leur utilité réelle est souvent modeste dans la durée, tandis que leurs inconvénients ne doivent pas être sous-estimés : dilution des responsabilités qui peut en résulter, temps qu'ils prennent à ceux qui y participent, délais supplémentaires qu'ils induisent dans le processus de décision, risque

complexifier en élargissant le cercle des acteurs concernés et en créant des lieux d'échange, destinés à favoriser une confrontation fructueuse des points de vue et des intérêts. La co-écriture citoyenne des projets de loi constitue possiblement une nouvelle étape dans ce processus. Que chaque citoyen dispose du droit de participer permet à cette innovation législative de se démarquer grandement des consultations telles qu'elles ont été jusqu'à présent conçues, par exemple avec les grenelles, les assises ou les états généraux, dans lesquels le manque de représentativité potentiel des interlocuteurs du Gouvernement est une grande limite à leur caractère démocratique. Ainsi a-t-on pu qualifier ces procédures classiques de consultation de « manifestations pour lobbyistes »<sup>1</sup>. Avant de réfléchir plus avant aux potentialités et aux limites de la co-écriture citoyenne des projets de loi, il convient de la décrire et de l'expliquer en se concentrant sur l'exemple du projet de « Loi pour une République numérique ».

## ***B. Une innovation législative remarquable : l'originalité de la co-écriture citoyenne des projets de loi***

Mises à part les élections, les seules manières pour les personnes privées d'influer sur l'élaboration des textes normatifs résidèrent longtemps dans les moyens non procéduraux que sont les manifestations publiques et les grèves. Aujourd'hui, lorsque le législateur agit trop unilatéralement, omettant de recourir aux concertations attendues, on en revient à ces manifestations publiques et grèves<sup>2</sup>. Or cela ne peut que valoir à plus forte raison dans les secteurs émergents et, en premier lieu, dans le secteur des nouvelles technologies de la communication. Ces technologies sont à la fois le moyen privilégié et l'objet privilégié des nouveaux mécanismes législatifs puisque, si l'internet et le web facilitent grandement le recours aux consultations, le droit de l'internet et du web est tout spécialement concerné. Ainsi ce droit avait-il déjà été précurseur en ce qu'il avait été le lieu de déploiement de la corégulation à travers cette association aux missions fort originales que fut le Forum des droits sur internet<sup>3</sup>. À l'occasion d'un récent rapport, le Conseil économique, social et

d'illégalité de cette dernière si la consultation n'a pas été conduite régulièrement » (Conseil d'État, Secrétariat général du Gouvernement, « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », 2<sup>e</sup> éd., [en ligne] <legifrance.fr>, 2007, p. 365).

<sup>1</sup> J. HERVOIS, *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, thèse, Université de La Rochelle, 2011, p. 298.

<sup>2</sup> Ce dont ont témoigné les événements, à l'hiver et au printemps 2016, ayant entouré le projet de « Loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs » (dite « Loi travail »). Pourtant, la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 *Ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail* rend la consultation des organisations syndicales et d'employeurs obligatoire préalablement à toute présentation d'un projet de réforme portant sur les relations de travail.

<sup>3</sup> Cf. R. BERTHOU, « La forumisation du droit : à propos des perspectives et enseignements d'une expérience originale de création du droit », *Dr. et société* 2005, p. 783 sq. Le Forum des droits sur internet pouvait exprimer la « conviction profonde que, dans un univers complexe et international comme celui de l'internet, la fixation des règles et leur respect ne peut plus seulement relever de l'ordre obligatoire et contraignant fixé par les pouvoirs publics ; elle requiert la coopération entre acteurs publics et privés » (Forum des droits sur internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », oct. 2010, p. 1).

environnemental pouvait observer combien « l'internet a renouvelé dans une large mesure le débat sur les places respectives de la démocratie représentative et de la démocratie participative. Des dispositifs inédits de concertation ont été mis en place, par exemple avec des sites gouvernementaux tels que celui de la Commission nationale du débat public ou celui qui avait été créé à l'occasion du Grenelle de l'environnement »<sup>1</sup>. L'internet transformerait donc, au moins en partie, la démocratie<sup>2</sup>.

C'est au niveau de l'Union européenne que s'est tout d'abord développée la consultation par voie électronique des citoyens. La Commission européenne a en effet, dès 2001, recouru à ce procédé, y compris concernant des textes de premier plan. Depuis 2010, le nombre des consultations en ligne entreprises par la Commission s'élève à près d'une centaine par an. Cette utilisation de l'outil informatique s'ajoute à la possibilité pour les citoyens européens de soumettre des pétitions sur le site du Parlement européen, ainsi qu'à celle de recueillir sur les sites institutionnels les voix nécessaires à l'« initiative citoyenne européenne », permettant à un groupe de citoyens de présenter une proposition législative. Dans l'Union européenne, la société civile est ainsi « valorisée en tant que source de légitimité à exploiter »<sup>3</sup> en profitant des facilités offertes par les nouveaux moyens de communication électronique.

Il en va à l'identique en France, mais depuis moins longtemps et avec plus de réserves. Par exemple, le Règlement de l'Assemblée nationale prévoit que le public peut commenter, sur le site web de l'Assemblée, les études d'impact rédigées par les services ministériels<sup>4</sup>. La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 *De simplification et d'amélioration de la qualité du droit* dispose, à son article 16, que « lorsqu'une autorité administrative est tenue de procéder à la consultation d'une commission consultative préalablement à l'édition d'un acte réglementaire, à l'exclusion des mesures nominatives, elle peut décider d'organiser une consultation ouverte permettant de recueillir, sur un site internet, les observations des personnes concernées ». Environ quatre-vingt-dix consultations ont été organisées dans ce cadre durant l'année 2015 et, au moment où ces lignes étaient écrites, vingt-deux consultations portant sur des projets de décrets, d'arrêtés ou d'ordonnances étaient en cours<sup>5</sup>. Et la participation des citoyens peut même être obligatoire, comme cela est le cas en matière de décisions « ayant une incidence sur l'environnement »<sup>6</sup>. Le site web <consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr> est d'ailleurs expressément consacré aux

<sup>1</sup> N. CHICHE, *Internet : pour une gouvernance ouverte et équitable*, Paris, Éditions des journaux officiels, « Les études du Conseil économique, social et environnemental », 2014, p. 17.

<sup>2</sup> Par exemple, D. CARDON, « Comment Internet transforme la démocratie », *Alternatives économiques* 2011, hors-série n° 89, p. 79 sq.

<sup>3</sup> R. SANCHEZ-SALGADO, *Comment l'Europe construit la société civile*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2007, p. 301.

<sup>4</sup> Une prise en compte des avis des internautes sur les études d'impact qui sont annexées aux projets de loi depuis l'adoption de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 et l'entrée en vigueur de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 est prévue par les articles 83 et 86 du Règlement de l'Assemblée nationale. Les documents évaluant les conséquences de chaque projet sont mis à disposition par voie électronique afin de recueillir toutes les observations. Les contributions sont transmises aux rapporteurs qui doivent les présenter à l'ensemble de leurs collègues dans une annexe à leur rapport.

<sup>5</sup> La liste est disponible sur le site <vie-publique.fr>.

<sup>6</sup> C. env., art. L. 120-1.

consultations publiques portant sur les actes réglementaires intervenant en matière environnementale.

La co-écriture citoyenne, procédé de « démocratie ouverte » inauguré à l'occasion du projet de « Loi pour une République numérique » et reconduit concernant le projet de « Loi égalité et citoyenneté », va toutefois plus loin, en premier lieu en ce qu'il s'applique à un texte législatif et non à un texte réglementaire. Or la consultation préalable à l'adoption d'une loi n'est, elle, régie par aucun texte spécifique<sup>1</sup> ; en matière législative, la consultation du public est laissée à la discrétion de l'autorité en charge du projet ou proposition envisagé, au regard de l'opportunité du recours à cette procédure comme de ses modalités. D'ailleurs, en 2015, seules 14 consultations relatives à des projets ou propositions de loi ont été organisées — mais ce nombre croît chaque année depuis 2010<sup>2</sup> —. Surtout, ledit procédé de « démocratie ouverte » va plus loin en ce qu'il s'agit non seulement de consulter les citoyens mais, plus encore, de co-écrire les projets de loi avec eux<sup>3</sup>. Si le recours aux consultations partiellement ou totalement ouvertes est devenu de plus en plus fréquent au fil des ans, confirmant l'intérêt croissant des autorités publiques pour ce type d'opérations<sup>4</sup>, le Gouvernement, dans le cas du projet de « Loi pour une République numérique », a poussé l'ouverture jusqu'à offrir aux citoyens la possibilité de proposer des amendements et même la possibilité de proposer de nouveaux articles. Ainsi, dans un communiqué du 25 septembre 2015, le Premier Ministre indiquait-il que le projet de loi serait « co-créé avec les internautes avant son envoi au Conseil d'État et son adoption en Conseil des ministres »<sup>5</sup>. La Secrétaire d'État chargée du numérique, Axelle Lemaire, explique avoir « voulu que le projet de loi soit à la fois le laboratoire et

<sup>1</sup> Leur généralisation soulèverait nécessairement la question de la création d'un cadre juridique clair et précis applicable aux consultations préalables à des lois, comme il en existe un concernant les actes réglementaires (L. n° 2011-525, 17 mai 2011, *De simplification et d'amélioration de la qualité du droit*).

<sup>2</sup> Il y a de plus en plus de consultations ouvertes sur internet en vue de l'adoption d'une loi : 14 en 2015, 8 en 2014, 5 en 2013, 4 en 2012, 3 en 2011, 1 en 2010 (Q. MONGET, « La législation participative », *JCP G* 15 févr. 2016 (Panorama de la législation 2015), p. 7).

<sup>3</sup> Cela a néanmoins déjà été entrepris en matière réglementaire. Par exemple, a été proposé à la population de participer à la co-rédaction de ce qui est devenu l'ordonnance du 10 février 2016 réformant la partie du Code civil relative au contrat (ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, *Portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*) grâce à un site web dédié. Toutefois, cela n'a eu que peu d'influence sur le texte finalement publié au Journal officiel.

<sup>4</sup> Ainsi, alors que le Gouvernement, qui s'est le premier saisi de cet instrument, fut longtemps le seul à l'employer en matière législative, l'Assemblée nationale elle-même a, pour la première fois en 2015, eu recours à cette méthode antérieurement à l'examen parlementaire d'une proposition de loi (consultation citoyenne sur la proposition de « Loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie »).

<sup>5</sup> Le processus législatif a été enclenché par une concertation menée par le Conseil national du numérique (organe consultatif représentant essentiellement les industriels du secteur) autour du rapport « Ambition numérique », entre le 4 octobre 2014 et le 4 février 2015. Cela a permis au Gouvernement de recueillir, grâce à une plateforme en ligne, plus de 4 000 contributions relatives aux grands enjeux du numérique proposées par des syndicats professionnels, des associations, des entreprises, mais aussi de simples citoyens. Le Conseil National du Numérique a établi une synthèse des contributions et a émis des recommandations dans un rapport qu'il a remis au Gouvernement le 18 juin 2015. Parallèlement à cette consultation, les premières orientations du texte ont été présentées aux députés et sénateurs à l'occasion d'un débat parlementaire le 14 janvier 2015. Quelques jours auparavant, ils avaient reçu du Gouvernement des fiches explicatives sur les enjeux du débat, ce qui constitua une autre première dans l'histoire républicaine française.



l’emblème d’une gouvernance de l’Internet multi acteurs »<sup>1</sup> et que « les citoyens puissent contribuer sur la matière finale, c’est-à-dire le projet de loi en lui-même »<sup>2</sup>. C’est en cela que ce texte se démarque et, potentiellement, permet à la légistique d’opérer un bond qualitatif. Pour la première fois, un Gouvernement a entendu enrichir et perfectionner un projet de loi en permettant aux citoyens de le « co-écrire » à travers une discussion publique ouverte et interactive en ligne.

Concrètement, pendant une durée de trois semaines, du 26 septembre au 18 octobre 2015, les citoyens-internautes ont pu, sur le site <republique-numerique.fr>, commenter les différents articles, proposer des modifications des articles existants et proposer l’insertion de nouveaux articles, ces propositions étant elles-mêmes soumises ensuite au vote des autres citoyens-internautes. Le dialogue entre les participants était encouragé puisque la plateforme web permettait d’accéder aux différentes contributions antérieurement soumises. Chaque utilisateur pouvait les commenter, mais aussi les soutenir en émettant des avis favorables, ce qui conférait une grande lisibilité aux contributions les plus populaires.

En outre, pour que les langages juridique et technique ne constituent pas des freins à la participation, les auteurs du texte initial se sont efforcés de rédiger un exposé des motifs le plus clair et accessible possible. Au niveau de chaque chapitre et au niveau de chaque article, étaient simplement expliqués les constats, les objectifs et les moyens. Quant au site web *ad hoc*, il avait été pensé pour être le plus ergonomique. Il était notamment agrémenté de textes courts et de graphiques portant sur les principaux enjeux et sur les dispositions phares du texte. L’objectif était que la participation soit aussi massive que possible. Selon la Secrétaire d’État chargée du numérique, Axelle Lemaire, « nous avons tout à gagner à ouvrir au maximum la fabrique de la loi, soit pour améliorer la rédaction d’un certain nombre d’articles, soit pour que de nouvelles mesures soient proposées »<sup>3</sup>. Et de commenter : « C’est justement ce qui s’est produit »<sup>4</sup>.

Au total, ce sont 21 330 contributeurs qui ont voté près de 150 000 fois et déposé plus de 8 500 arguments, amendements et propositions de nouveaux articles sur le site <republique-numerique.fr>. Il est difficile, à l’aune de ces chiffres, de qualifier l’opération de « succès » ou de « déception » puisque les éléments de comparaison manquent. Néanmoins, 21 330 participants correspondent à 0,03 % de la population française, ce qui est objectivement peu et oblige à considérer que la participation des citoyens a été toute relative. Il semble que seuls aient répondu à l’appel — un appel sans doute trop confidentiel — des « cercles très connectés », des « catégories favorisées » et « ceux qui ont une appétence naturelle pour le numérique »<sup>5</sup>.

En tout cas, les 30 articles du texte initial ont été reçus plutôt favorablement dans leur ensemble, avec près de 75 % de votes positifs en moyenne. Surtout, des débats nourris ont vu

<sup>1</sup> A. LEMAIRE, « “Je voulais qu’au-delà d’une consultation générale, les citoyens puissent être consultés et contribuer sur la matière finale, c’est-à-dire le projet de loi lui-même” », *JCP G* 15 févr. 2016 (Panorama de la législation 2015), p. 3.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> A. GUITON, « Qui a participé à la consultation en ligne sur la loi numérique ? », *Libération* 18 déc. 2015.

le jour et de nombreux compléments ont été proposés, dont certains très soutenus par les participants. Ainsi dix nouveaux articles ont-ils été intégrés au projet de loi, dont cinq issus directement de la consultation en ligne<sup>1</sup>. Et, parmi les 30 articles initiaux, ce sont près de 90 amendements qui ont été tirés des réflexions des internautes<sup>2</sup>. La co-écriture citoyenne du projet de loi a donc bel et bien été réelle et c'est une version du projet de loi remaniée grâce aux suggestions des citoyens-internautes qui a été transmise au Conseil d'État le 6 novembre 2015, puis présentée en Conseil des ministres le 9 décembre suivant. Les participants à la consultation ont motivé plusieurs modifications importantes du texte initial<sup>3</sup>, cela même si le Gouvernement, qui restait libre de décider des retouches à apporter ou à ne pas apporter, n'a incorporé qu'une infime part des 696 propositions d'articles nouveaux et 1 388 propositions de modifications d'articles.

En outre, le site web <republique-numerique.fr> a permis d'assurer le suivi du projet, y compris une fois le temps de la consultation achevé, faisant apparaître les diverses modifications apportées au texte tout au long de son parcours. Ont été rendus publics tous les avis des autorités administratives, ainsi que les différentes versions du texte. L'opération s'est donc déroulée en toute transparence et chacun pouvait notamment savoir de quelle manière les propositions les plus populaires ont été prises en compte par le Gouvernement et quelle a été l'évolution postérieure du projet. Et les contributions ayant reçu le plus de votes des internautes avaient la garantie d'obtenir une réponse officielle, personnalisée et motivée, de la part du Gouvernement<sup>4</sup>.

Par ailleurs, un mécanisme de co-écriture citoyenne proche de celui mis en œuvre à l'occasion du projet de « Loi pour une République numérique » a été retenu concernant le projet de « Loi égalité et citoyenneté ». Sur le site web <egalite-citoyennete-participez.gouv.fr>, chacun pouvait, du 9 mai au 1<sup>er</sup> juin 2016, proposer la modification d'un article ou l'insertion d'un nouvel article, ainsi que voter pour ou contre les propositions déjà existantes<sup>5</sup>. Le Gouvernement n'aura ainsi pas tardé à renouveler l'expérience de co-écriture

<sup>1</sup> Ces nouveaux articles sont relatifs à l'obligation de transparence mise à la charge de l'administration concernant le fonctionnement des algorithmes utilisés pour prendre des décisions individuelles ; à l'encadrement des licences-type de réutilisation des données publiques à titre gratuit ; à l'obligation d'information de la durée de conservation des données traitées et la possibilité d'exercer ses droits CNIL par internet pour tout site web ; au droit à l'auto-hébergement sur internet pour les particuliers ; et, pour ce qui constitue la disposition qui a été la plus médiatisée et qui a reçu le plus de votes durant la consultation, à la reconnaissance des compétitions de jeux vidéo afin de sécuriser leur organisation.

<sup>2</sup> Ces modifications touchent à des sujets aussi importants que l'accès de l'INSEE à certaines bases de données privées, la promotion du chiffrage dans les missions de la CNIL ou la réduction des délais d'embargo pour les publications des chercheurs.

<sup>3</sup> Par exemple, la consultation publique aura permis un approfondissement et un élargissement significatifs des mesures du projet de loi concernant l'ouverture des données publiques (ou « open data »), qui est l'objet de ses premiers articles. Le Gouvernement a ainsi repris les propositions des internautes visant à créer des pouvoirs contraignants au profit de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) ou à introduire une dérogation au Code de la propriété intellectuelle concernant les bases de données publiques mises en « open data ».

<sup>4</sup> De plus, les auteurs des trois contributions les plus populaires ont été reçus par la Secrétaire d'État chargée du numérique, cela afin de pouvoir lui exposer en détails leurs propositions.

<sup>5</sup> Et le Ministre de la ville, de la jeunesse et des sports, Patrick Kanner, lors du lancement de la consultation, de se féliciter d'une telle initiative qui serait « une réponse aux maux de notre démocratie » et d'exprimer le souhait

citoyenne d'un projet de loi et la Secrétaire d'État chargée du numérique, Axelle Lemaire, demande que la co-écriture citoyenne soit appliquée à tous les projets de loi à venir<sup>1</sup>. Pour autant, s'agit-il d'un véritable progrès démocratique méritant d'être généralisé ou, du moins, étendu ou bien faut-il relativiser les apports de cette forme originale de participation du public à l'élaboration de la loi ?

## II. LA CO-ÉCRITURE CITOYENNE DES PROJETS DE LOI, UN TIMIDE PROGRÈS DÉMOCRATIQUE

« J'aime mieux les servir à ma guise que les commander à la leur » dit Coriolan dans la tragédie éponyme de Shakespeare<sup>2</sup>. C'est un raisonnement proche qui amène le Gouvernement à ouvrir ses projets de loi à une co-écriture citoyenne tout en conservant une pleine et entière capacité de décision finale. L'intention est, en écoutant et, éventuellement, en intégrant les revendications dominantes des destinataires des normes, de favoriser l'effectivité de celles-ci tout en conservant une marge de manœuvre très largement suffisante afin de mettre en œuvre des choix politiques opérés en opportunité. Spécialement dans le cyberspace, la capacité de contourner les règles ou de s'exclure de leur application demeure très souvent disponible. À l'épreuve de l'internet, la loi perd de sa puissance<sup>3</sup>. Il devient, dès lors, impératif que les règles soient formulées autant que possible dans l'intérêt de l'ensemble des protagonistes, pour que ceux-ci soient motivés à les respecter. Il faut se souvenir, avec Bossuet, que « si le Prince n'est pas formellement obéi, l'ordre public est renversé et il n'y a plus d'unité, par conséquent plus de consensus ni de paix dans un État »<sup>4</sup>. Partant, l'effectivité des lois semble bien être le premier des enjeux pour les pouvoirs publics ; et l'objet principal de la légistique devrait être de rechercher les moyens de la renforcer au maximum. Il devient pressant de permettre à la loi de conserver ou recouvrer sa place éminente au sein de la hiérarchie réelle des normes.

Au sein de cette seconde partie, il s'agira de proposer quelques éléments d'analyse sous l'angle du plus ou moins grand progrès démocratique qu'induirait la co-écriture citoyenne des projets de loi. Si l'ambition est, peut-être paradoxalement, de mettre la participation au service de la représentation (A), il est difficile de ne pas considérer que ce procédé de « démocratie ouverte » serait seulement un ersatz de démocratie directe tant les gouvernants

« que la jeunesse notamment vienne s'exprimer sur cette plateforme pour nous dire ce qu'elle attend de cette loi, pour améliorer sa place dans la société et pour qu'elle ait le sentiment d'être entendue et reconnue ».

<sup>1</sup> A. LEMAIRE, « Je voulais qu'au-delà d'une consultation générale, les citoyens puissent être consultés et contribuer sur la matière finale, c'est-à-dire le projet de loi lui-même », *JCP G* 15 févr. 2016 (Panorama de la législation 2015), p. 3.

<sup>2</sup> Cité par F. LAROQUE, *Dictionnaire amoureux de Shakespeare*, Paris, Plon, 2016.

<sup>3</sup> Le pouvoir législatif et la validité des dispositions législatives se retrouvent « subordonnés à des jugements conditionnels, comparatifs et contextuels *a posteriori* : un méta-principe de relativité généralisée s'insinue ainsi au cœur de la rationalité juridique » (F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 84).

<sup>4</sup> J.-B. BOSSUET, *Politique tirée des paroles de l'écriture sainte*, 1709 (cité par P. KAHN, *L'État*, Paris, Quintette, « Philosophe », 1989, p. 40).

restent les seuls maîtres du droit et tant les pouvoirs conférés aux gouvernés restent très limités (B). Au résultat, la co-écriture citoyenne des projets de loi ne saurait s'analyser autrement qu'en une petite avancée dans le mouvement de développement de la démocratie participative que les nouvelles technologies de la communication pourraient grandement favoriser. On peut même se demander si ce n'est pas davantage la démocratie représentative que la co-écriture citoyenne des projets de loi vise à renforcer.

### **A. Un perfectionnement de la démocratie recherché : la représentation appuyée sur la participation**

La démocratie représentative repose sur un artifice, sur une fiction : les représentants sont réputés agir au nom de la majorité des représentés, dont ils exprimeraient la volonté<sup>1</sup>. Or cette fiction est actuellement et de plus en plus en « crise »<sup>2</sup>, une « crise » qui ne va pas sans « renouveau »<sup>3</sup>. La souveraineté parlementaire s'avère davantage tangible que la souveraineté populaire et d'aucuns jugent que la loi deviendrait excessivement arbitraire<sup>4</sup>. Et la « crise » de la représentation paraît suivre le mouvement général de recul des croyances et de déploiement du rationalisme<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> À propos de cette fiction, inventée par l'Assemblée nationale en 1789 pour fonder son propre pouvoir, on a parlé de « mysticisme révolutionnaire » (R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 216). Et Stanislas de Clermont-Tonnerre, député de la noblesse qui vota l'abolition des privilèges, de déclarer : « C'est peut-être la plus ingénieuse invention politique que celle d'avoir déclaré souveraine une nation en lui interdisant tout usage de sa souveraineté. Voilà l'effet de l'adoption d'une Constitution représentative » (S. DE CLERMONT-TONNERRE, *Recueil des opinions*, vol. 4, Paris, De Migneret, 1791, p. 235). En effet, ce lien faisant des représentants la bouche des représentés est illusoire, surtout en l'absence de mandats impératifs et de droit de révocation. D'une part, les représentés ne sauraient posséder quelque volonté collective identifiable ; d'autre part, si cette volonté existait, les représentants ne la suivraient souvent pas. Kelsen pouvait ainsi considérer que, « de tous les éléments qui limitent l'idée de démocratie, le parlementarisme est peut-être le plus important » (H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature, sa valeur* (1932), Paris, Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2004). La représentation, en réalité, est avant tout un moyen de légitimer le pouvoir des gouvernants, donc de conforter le mode de régulation collective choisi, indispensable au bon fonctionnement de la société. Le fait que la loi soit l'émanation de la volonté du peuple souverain est donc un principe indémontré et indémontrable mais qui sert de « fiction d'utilité sociale » (F. TERRÉ, « La "crise de la loi" », *Arch. phil. droit* 1980, p. 17). Kelsen comparait ainsi les jours de vote à « ces fêtes totémiques où le peuple se donne pour un jour l'illusion d'être l'auteur des lois qu'il subira au quotidien » (cité par J. CLAVREUL, « Y'a d'la loi », *Droits* 1989, n° 10, p. 125).

<sup>2</sup> C'est non sans raisons qu'on a pu se demander si l'expression « démocratie représentative » ne serait pas contradictoire (B. DAUGERON, « La démocratie représentative, une contradiction ? », in *Mélanges Yves Guchet*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 35 sq.).

<sup>3</sup> C. GOBIN, B. RIHOUX (dir.), *La démocratie dans tous ses états. Systèmes politiques entre crise et renouveau*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

<sup>4</sup> J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2010, p. 48.

<sup>5</sup> Selon Jacques Derrida, « c'est une aberration de prétendre parler au nom d'un peuple, même après une élection » (cité par J. LÈBRE, *Derrida. La justice sans condition*, Paris, Michalon, « Le bien commun », 2013). Les élus ne sauraient être les administrateurs du peuple souverain et on en vient à suivre, plus ou moins consciemment, la dénonciation de l'écart entre l'idéal et la réalité démocratiques qu'opérait Vilfredo Pareto : « La démocratie est l'art de borner *demos* » (V. PARETO, *Traité de sociologie générale*, Lausanne, Payot, 1917),

Par suite, cela se traduit doublement dans les urnes : à travers une abstention massive, le moment de l'élection n'étant plus perçu comme le temps démocratique par excellence, et à travers un vote contestataire mettant en difficulté les partis dits « de gouvernement ». Face à ce constat, certains entendent mettre une part de participation au service de la représentation, autrement dit introduire quelques mécanismes de démocratie participative au sein d'un système reposant toujours essentiellement sur la représentation, cela afin de lui redonner un peu du crédit qu'il aurait perdu au cours des dernières années<sup>1</sup>. La figure du représentant est fondée sur le principe d'identification, par lequel il est censé se confondre avec la figure collective de la nation<sup>2</sup>. Alors que nombre de citoyens ressentent chaque jour un peu moins le sentiment d'appartenir avec leurs voisins à une seule et même nation, spécialement au moment de se connecter à internet, ce principe paraît s'essouffler dangereusement. Les moyens de réduire la césure créée par la représentation remplissent de plus en plus difficilement leur rôle. Dans ce contexte, les procédés de démocratie directe (ou semi-directe) semblent ne pouvoir qu'être les bienvenus. Ainsi se laissent imaginer l'intérêt et l'opportunité potentiels de la co-écriture citoyenne des projets de loi.

La rationalité de la loi et, plus généralement, du droit de l'État changerait de figure : la légitimité du droit produit par les autorités publiques ne serait plus intrinsèque mais dépendrait du consensus l'entourant et il importerait donc que les destinataires des normes soient parties prenantes à leur élaboration<sup>3</sup>. Aussi, aujourd'hui, la co-écriture citoyenne des projets de loi s'inscrit-elle pleinement dans le mouvement de l'histoire qui conduit, si ce n'est de la démocratie représentative vers la démocratie directe, du moins d'une démocratie représentative fermée vers une démocratie représentative ouverte. Classiquement, après l'élection, les « représentants de la nation souveraine » deviennent très vite les « représentants souverains de la nation »<sup>4</sup>. L'enjeu est d'élaborer une légistique capable d'empêcher ou, *a minima*, limiter ce transfert naturel de la souveraineté afin de renforcer la légitimité du droit et donc son effectivité. Avec la co-écriture citoyenne des projets de loi, les citoyens retrouvent, en partie, la possibilité de s'exprimer et d'être entendus, permettant aux lois subséquentes d'être moins perçues tels les fruits d'un absolutisme gouvernemental et parlementaire.

donc l'art de limiter le pouvoir du peuple. Le sociologue et économiste franco-italien critiquait de la sorte le « mensonge démocratique » que serait la fiction représentative (*ibid.*).

<sup>1</sup> Cf., par exemple, L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Le Seuil, 2008 ; M.-H. BACQUÉ, Y. SINTOMER (dir.), *La démocratie participative inachevée. Genèse, adaptations et diffusions*, Gap-Paris, Yves Michel-Adels, 2010.

<sup>2</sup> J. CHEVALLIER, *L'État*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 2011, p. 47.

<sup>3</sup> Dans les années 1980, Paul Amselek notait déjà que « le droit tend à devenir de plus en plus une sorte de technique de “cogestion” des conduites qui s'inscrit dans un dialogue permanent et complexe entre les gouvernants et les gouvernés eux-mêmes » (P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982, p. 292), quand, dans les années 1990, Jacques Chevallier remarquait qu'« à une légitimité intrinsèque, fondée sur la représentation du droit comme incarnation de la Raison, succède une “légitimité procédurale”, attestée notamment par ses modes d'élaboration » (J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 675). Cf., également, S. LAGHMANI, *Vers une nouvelle légitimité démocratique*, Paris, Pedone, 1994 ; J.-C. BOUAL, P. BRACHET, *Évaluation et démocratie participative : acteurs ? méthodes ? buts ?*, Paris, L'Harmattan, « Questions contemporaines », 2004.

<sup>4</sup> G. BERLIA, « De la compétence constituante », *RDP* 1945, p. 353 (cité par O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, Puf, « Léviathan », 1994, p. 233).

Alors que la citoyenneté tend à se concevoir en tant que citoyenneté active, impliquant une emprise réelle sur les choix collectifs, on affirme que « le droit nécessite une adhésion permanente et réitérée »<sup>1</sup>, que « la validité, relative et provisoire, demande à être reconnue et sans cesse reconfirmée »<sup>2</sup>. De plus en plus nombreux sont ceux qui en viennent à plaider pour un modèle axé sur la persuasion et sur l'adhésion volontaire inspiré du New Public Management et du mouvement Law and Economics. Puisque l'accord de l'opinion publique confère aux lois leur « meilleure chance d'effectivité »<sup>3</sup>, il semble indispensable de rechercher par tous moyens cet accord. Pour certains, l'acceptation par leurs destinataires serait même une condition de la juridicité des normes, loin de la vision unilatérale du droit qui avait envahi la psyché juridique collective au XX<sup>e</sup> s., lorsque seuls de rares auteurs pouvaient juger, à l'instar de Maurice Hauriou, que « les lois votées ne sont que des propositions de lois et ne peuvent devenir des lois véritables que par une acceptation définitive de la nation [à travers une] ratification implicite et tacite »<sup>4</sup>.

La force de la règle dépendrait désormais du consensus l'entourant au moins autant que de l'identité de sa source. Or ce consensus suppose en particulier que les destinataires du texte normatif soient partie prenante à son élaboration, d'où l'opportunité de remplacer la représentation par la participation ou, si cela n'est pas possible, d'associer la participation à la représentation. La participation à la définition de la règle deviendrait donc la caution de son bien-fondé. En somme, plus le droit serait élaboré dans des cercles proches de ses destinataires et même, idéalement, les incluant — ceux-ci étant désignés comme étant les « meilleurs experts »<sup>5</sup> —, plus il serait légitime et donc appelé à connaître une grande effectivité<sup>6</sup>.

Ensuite, si les nouvelles technologies de la communication facilitent l'organisation de consultations et de scrutins, il ne fait guère de doute que le développement de la démocratie participative ne saurait être que très limité. En effet, ce processus est grandement ralenti par des obstacles difficilement franchissables, au premier rang desquels figure le faible attrait de beaucoup de citoyens pour la chose publique et pour la prise de décision politique. Ce ne sont

<sup>1</sup> F. RIGAUX, *Ordonnancements juridiques et conversion numérique*, Bruxelles, Larcier, « Petites fugues », 2014, p. 295.

<sup>2</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 309.

<sup>3</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Puf, 1994, p. 298.

<sup>4</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. 43.

<sup>5</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, « Manuel », 2013, p. 61.

<sup>6</sup> Dans un rapport publié en 1990, le Conseil de l'Europe retenait que, « si l'écart entre la législation et le public devient trop grand, les gens cesseront de respecter la loi, en partie parce qu'ils auront perdu confiance et respect envers ses "agents", et en partie parce qu'il est trop difficile de suivre des lois qu'on ne comprend ni n'approuve et qui sont en opposition avec les normes de conduite largement acceptées » (Conseil de l'Europe, « Rapport sur la décriminalisation », 1980, p. 99 (cité par P. LASCOURNES, E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Dr. et société* 1986, p. 139)). Quant au Conseil d'État, il a pu, à l'occasion de son rapport public de 1999, émettre la proposition suivante : « Le remplacement, chaque fois que possible, des procédures de contrainte par des procédures de conviction peut constituer une solution permettant à la décision publique de retrouver une nouvelle légitimité » (EDCE 1999, *Réflexions sur l'intérêt général*, p. 356 (cité par V. RICHARD, *Le droit et l'effectivité. Contribution à l'étude d'une notion*, thèse, Université Paris II - Panthéon-Assas, 2003, p. 63)).

ainsi que d'infimes parties de la population nationale qui ont participé à la co-écriture citoyenne des projets de « Loi pour une République numérique » et de « Loi égalité et citoyenneté ». Il faut dès lors nettement relativiser les progrès démocratiques permis par le procédé de co-écriture citoyenne des projets de loi. Si l'intention de renouveler la démocratie représentative en l'ouvrant à la participation semble ô combien légitime et bienvenue (ce qui a été souligné parmi les pages précédentes), cette intention demeure, pour l'heure, loin d'avoir abouti à des résultats réellement significatifs (ce qu'il convient à présent de mettre en exergue).

### ***B. Un approfondissement de la démocratie limité : la participation masquée par la représentation***

Garantissant un accès immédiat et complet aux informations pertinentes et aux techniques de vote, l'internet permet aujourd'hui une implication très large des citoyens dans la vie publique, que cela soit souhaité ou non par les institutions. Aussi, grâce aux nouvelles technologies de la communication, la logique d'ouverture pourrait-elle être poussée bien plus loin qu'elle ne l'est actuellement. En recourant à des plateformes en ligne *ad hoc*, la démocratie directe pourrait potentiellement remplacer la démocratie représentative, au moins pour ce qui est de l'édition et de l'adoption des textes législatifs. Par ailleurs, les citoyens-internautes comprendraient mieux les multiples dimensions des problématiques auxquelles ils seraient appelés à s'intéresser et s'exprimeraient plus facilement si les services électroniques d'information et de participation étaient centralisés ou, du moins, accessibles depuis un site officiel unique. Ce dernier, connu de la grande majorité de la population grâce à la publicité qui serait faite dans les médias, permettrait d'accéder aisément aux sondages, discussions et scrutins qui seraient proposés.

Ainsi le progrès technologique pourrait-il entraîner dans son sillage le progrès démocratique. Toutefois, cette perspective demeure et demeurera à l'état d'utopie ; il n'a jamais été question de remplacer la procédure législative parlementaire par des procédés de démocratie directe et la co-écriture citoyenne des projets de loi n'est pas la co-écriture citoyenne des lois — le fait de pouvoir proposer démocratiquement n'est guère comparable au fait de pouvoir décider démocratiquement —. Avec la co-écriture citoyenne des projets de loi, le Gouvernement demeure maître des textes soumis au Parlement, tandis que ce dernier amende et vote seul les lois finalement publiées au Journal officiel. Cette co-écriture, telle qu'elle a été récemment expérimentée, n'est donc pas un outil aussi démocratique qu'il pourrait l'être s'il profitait pleinement des potentialités de l'internet.

L'objectif de la « démocratie ouverte » est de rapprocher représentés et représentants. Ainsi la Secrétaire d'État chargée du numérique, Axelle Lemaire, dit-elle « pense[r] que le numérique sera un des outils fondamentaux de reconnexion des citoyens avec les responsables

politiques »<sup>1</sup>. Cependant, sans être nul, le niveau de reconnexion permis par la co-écriture citoyenne des projets de loi est limité. En particulier, elle ne saurait s'analyser autrement que telle une modeste pierre apportée à l'édifice de la contractualisation du droit étatique<sup>2</sup>. Si, dans toute une série de domaines — y compris dans la sphère régaliennne —, les instruments conventionnels ont été progressivement substitués aux techniques unilatérales classiques<sup>3</sup>, la co-écriture citoyenne des projets de loi ne participe que modestement de cette société contractuelle. Avec elle, l'unilatéralité et la verticalité demeurent prédominants par rapport à la négociation et à l'horizontalité. Les auteurs qui estiment que le droit de l'internet ne pourrait être construit qu'au départ d'une « concertation opérationnelle »<sup>4</sup>, qu'au départ d'une véritable négociation en raison de la crise d'autorité que connaîtrait la loi dans ce domaine<sup>5</sup>, le regretteront certainement. Concernant la co-écriture citoyenne du projet de « Loi pour une République numérique », des propositions telles que la création d'un pouvoir d'auto-saisine au profit de la CNIL, l'extension de l'action de groupe ou le développement du logiciel libre dans la sphère publique n'ont pas été retenues par le Gouvernement pour des motifs de pure opportunité, alors pourtant qu'elles comptaient au nombre des plus plébiscitées par les citoyens-internautes.

Par ailleurs, une autre limite réside dans la « représentativité » douteuse des participants à la consultation puisqu'il s'est essentiellement agi de « cercles très connectés », de « catégories favorisées » et de « ceux qui ont une appétence naturelle pour le numérique »<sup>6</sup>. Aussi faudrait-il, en cas de nouvelles co-écritures citoyennes de projets de lois, impérativement mettre en place des garde-fous afin de prévenir les abus et manipulations des entités mieux informées ou plus puissantes. Des précautions devraient être prises pour que la démocratie participative ne serve pas d'alibi et de moyen à une appropriation de la production normative par les plus puissants et à leur seul profit.

<sup>1</sup> A. LEMAIRE, « “Je voulais qu'au-delà d'une consultation générale, les citoyens puissent être consultés et contribuer sur la matière finale, c'est-à-dire le projet de loi lui-même” », *JCP G* 15 févr. 2016 (Panorama de la législation 2015), p. 3.

<sup>2</sup> La préférence donnée au contrat par rapport à la loi est une vieille critique anarchiste, à laquelle s'opposent ceux qui tiennent un discours dirigiste et autoritariste. Par exemple, Georges Ripert pensait que « le droit ne doit pas suivre les mœurs mais les diriger et, au besoin, les combattre » (G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955) — et Jean Rivero opposait le droit privé « du libre consentement » et le droit public « de la contrainte » (J. RIVERO, « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *D.* 1947, p. 69) —, tandis qu'Auguste Comte, tout au contraire, faisait de l'assemblée législative « le greffier écrivant la dictée des faits sociaux » (cité par Ph. JESTAZ, *Le Droit*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, « Connaissance du droit », 2007, p. 56).

<sup>3</sup> Sur la contractualisation, cf. EDCE 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes* ; Ch.-A. MORAND, « La contractualisation du droit dans l'État providence », in F. CHAZEL, J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, « Droit et société », 1991, p. 139 sq. ; P. LOKIEC, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2008, p. 95 sq. ; A. SUPLOT, « La loi dévorée par la convention ? », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 631 sq. ; A. SUPLOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p. 59 sq.

<sup>4</sup> Forum des droits sur internet, « Construire ensemble la civilité de l'internet », oct. 2010, p. 1.

<sup>5</sup> Notamment, *Lamy Droit des médias et de la communication* 2012, n° 466-46.

<sup>6</sup> A. GUITON, « Qui a participé à la consultation en ligne sur la loi numérique ? », *Libération* 18 déc. 2015.



En outre, la question de la publicité de la consultation s'avère décisive et, si 0,03 % de la population française seulement a contribué à la co-écriture citoyenne du projet de « Loi pour une République numérique », il faut gager que seule une part très minime de cette population a eu connaissance de la possibilité qui lui était offerte de co-écrire le projet de loi. Il en résulte que l'objectif d'amélioration de la légitimité formelle, de la qualité démocratique de la prise de décision semble difficilement atteignable. La plupart des destinataires des lois ne savent pas quelles en ont été les modalités d'édiction, si bien que chercher à renforcer leur légitimité en jouant sur ces modalités d'édiction risque fort de demeurer sans effet.

Par conséquent, plus qu'une solution complète et suffisante aux problèmes que rencontrent certains textes parlementaires, il semble que la co-écriture citoyenne des projets de loi soit, pour l'heure, si ce n'est un « gadget légistique », du moins un progrès légistique à la portée et aux résultats modestes sous l'angle de la démocratie. Les projets de loi sont supposément améliorés en l'une ou l'autre de leurs dispositions, mais cela ne saurait s'analyser tel un remède aux maux de la démocratie représentative. Et d'aucuns pourraient en venir à qualifier la co-écriture citoyenne des projets de loi de « leurre »<sup>1</sup> ou bien d'« ornement décoratif »<sup>2</sup>. Cette co-écriture n'amène guère à s'inscrire dans le cadre de la corégulation, où des organes publics et privés partagent la responsabilité de l'élaboration des normes. La loi, par définition, ne saurait être l'instrument de la corégulation, de la gouvernance et du droit négocié. Si on a déjà pu envisager l'idée d'une « loi dialogique »<sup>3</sup> et si en appeler à une loi négociée n'est pas fatalement commettre une *contradictio in adjecto*, il faudrait opérer une révolution copernicienne pour que la loi ne soit plus considérée tel un acte unilatéral, c'est-à-dire tel un acte destiné à régir le comportement de personnes qui sont étrangères à son édicition, loin de toute négociation et de toute acceptation *a priori*<sup>4</sup>. Si « le droit post-moderne ne peut pas éviter de réintégrer la dimension sociale, de réinsérer le groupe dans la préparation et la gestion de la norme destinée à assurer sa régulation et son contrôle »<sup>5</sup>, alors la loi devrait laisser la place à des actes juridiques différents, plus horizontaux.

En définitive, si la co-écriture citoyenne des projets de loi constitue une innovation légistique remarquable et poursuit un objectif de démocratisation légitime, ce n'est que de façon très relative qu'elle participe de la contractualisation de la loi, d'une conception dialogique du droit<sup>6</sup> et de la démarche managériale visant à impliquer le destinataire dans la prise de décision le concernant. Elle ne favorise que peu les passages du droit moderne au

<sup>1</sup> J. MORAND-DEVILLER, « Les instruments juridiques de la participation et de la contestation des décisions d'aménagement », *RJE* 1992, p. 456.

<sup>2</sup> P. LE LOUARN, « Le principe de participation et le droit de l'environnement », *Droit de l'environnement* 2001, p. 132.

<sup>3</sup> G. TMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, Puf, 1991, p. 104.

<sup>4</sup> Cf., notamment, J. CAILLOSSE, « L'adoption de la loi : négociation et délibération », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2008, p. 133 sq.

<sup>5</sup> A.-J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », *Dr. et société* 1991, p. 53.

<sup>6</sup> A. BENSAMOUN, C. ZOLYNSKI, « La promotion du droit négocié en propriété intellectuelle : consécration d'une conception dialogique du droit », *D.* 2011, p. 1773 sq.

droit postmoderne, du droit imposé au droit négocié<sup>1</sup>, du gouvernement à la gouvernance, de la pyramide au réseau<sup>2</sup>, du droit vertical au droit horizontal, de la logique *top-down* à la logique *bottom-up*<sup>3</sup> et, surtout et plus explicitement, de la représentation à la participation. Si la démocratie participative est de plus en plus « à la mode »<sup>4</sup>, ce n'est pas grâce à des procédés tels que la co-écriture citoyenne des projets de loi qu'elle pourrait remplacer la démocratie représentative puisqu'elle vise dans ce cadre, tout au contraire, à la conforter.

<sup>1</sup> D. DE BÉCHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in A. BERTHOUD, É. SERVERIN (dir.), *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 2.

<sup>2</sup> Réf. à F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

<sup>3</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ, « Droit et société », 2003, p. 381.

<sup>4</sup> Par exemple, L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Paris, Le Seuil, 2008 ; M.-H. BACQUÉ, Y. SINTOMER (dir.), *La démocratie participative inachevée. Genèse, adaptations et diffusions*, Gap-Paris, Yves Michel-Adels, 2010.