



HAL
open science

La démocratie participative dans la révision constitutionnelle française du 23 juillet 2008

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. La démocratie participative dans la révision constitutionnelle française du 23 juillet 2008. La démocratie participative : enjeux et réalités, 2013. hal-02304719

HAL Id: hal-02304719

<https://hal.science/hal-02304719v1>

Submitted on 22 Nov 2024

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 DEMOCRATIE PARTICIPATIVE DANS LA REVISION CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE DU 23 JUILLET 2008

Par Fabien BOTTINI

Le 31 octobre 2011, Georges Papandreou, le chef du gouvernement grec, faisait part de son intention de soumettre à référendum l'accord de Bruxelles adopté la semaine précédente par les membres de la zone Euro sur la dette de son pays¹. Il répondait ainsi aux aspirations d'une partie importante de sa population et à l'appel lancé le 9 octobre 2011 par les indignés franco-grecs en faveur d'une « démocratie réelle ». Si l'opposition disait en France comprendre cette décision, Christian Estrosi, le député-maire UMP de Nice « déplor[ait] » publiquement une solution « totalement irresponsable »² tandis que les gouvernants européens et le FMI se disaient « consterné »³ par cette annonce. Cette levée de bouclier conduisait à la démission du premier ministre grec après que son ministre des finances eu promis des élections législatives anticipées en lieu et place du référendum annoncé⁴. Ce rebondissement rappelait ainsi toute l'ambiguïté du concept de démocratie participative. Car si l'expression renvoie à des mécanismes permettant d'associer ou de substituer les citoyens aux représentants dans la prise de décision publique⁵, force est de constater qu'un clivage existe entre les partisans d'une telle évolution et leurs opposants.

En France, cette opposition, visible à l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 (3 C.), existait déjà dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. En affirmant le « droit » de « tous les citoyens (...) de concourir personnellement, ou par leurs représentants à » la « formation » de la loi, son article 6 laissait en suspens la part respective devant être réservée aux uns et aux autres. Or, cette question a inspiré deux courants dans la tradition républicaine dont l'affrontement s'est toujours fait sentir en période de crise, comme le montrent les événements de 1962 et 1934.

Si le premier conduisait en 1962 le général de Gaulle à laisser aux citoyens le soin de trancher eux-mêmes le désaccord qui l'opposait aux parlementaires sur l'opportunité d'introduire l'élection du chef de l'État au suffrage universel, le second amenait le président du Sénat Gaston Monnerville à subordonner la survie du régime républicain au maintien du caractère essentiellement représentatif des institutions⁶. De même, le premier inspirait en 1934 une minorité « révisionniste » voyant le « recours aux procédés de démocratie semi-directe » comme « la solution » à l'instabilité ministérielle pendant que le second guidait une majorité conservatrice faisant de la simple rationalisation des relations Exécutif / Législatif le remède à la crise de l'État⁷.

Tandis que le premier se prévaut d'événements tels que le vote parlementaire à l'origine de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 et du régime de Vichy pour justifier la

¹ *Le Monde* 2.11.2011.

² *Le Monde* 3.11.2011.

³ *Le Monde* 2.11.2011.

⁴ *Le Monde* 5.11.2011.

⁵ En ce sens, v. Bacqué M.-H et a. (dir.), *Gestion de proximité et démocratie participative*, La Découverte 2005 ; Robbe F. (dir.), *La démocratie participative*, L'Harmattan 2007 ; Blondiaux L., *Le nouvel esprit de la démocratie*, Seuil 2008.

⁶ Cf. leurs allocations respectives in *L'année politique*, PUF 1963. 675 et 682.

⁷ Gicquel J., *La réforme de l'État*, PUF 1965. 12.

remise en cause du monopole décisionnel des représentants⁸, le second s'appuie sur les excès de la Terreur ou les coups d'État bonapartistes des 18 brumaire an VIII et 2 décembre 1851 pour légitimer la mise à l'écart des citoyens. Alors que le premier croit en l'existence d'un citoyen éclairé capable de transcender ses intérêts propres, le second ne jure que par une élite politique jugée seule à même de déterminer ce que préconise l'intérêt général⁹. Tandis que le premier dénonce la démocratie élective (ou représentative) comme une « mystification »¹⁰ et conditionne le « retour »¹¹ de l'État républicain à une démocratie plus effective, le second qualifie d'« artifice de démocratie »¹² conduisant au « plébiscite napoléonien »¹³ les mécanismes de démocratie semi-directe tels que le référendum et fait du système représentatif la condition de la stabilité du régime.

Si le second courant l'a globalement emporté à partir du Directoire jusqu'à la chute de la III^e République, le premier¹⁴, prépondérant en 1793 et sous le Consulat, a connu un regain d'influence à partir de la Libération. Les atrocités commises pendant la guerre de 39-45 ont alors mis au grand jour l'« escroquerie intellectuelle »¹⁵ contre laquelle des auteurs tels que Jean-Jacques Rousseau¹⁶ ou Hans Kelsen¹⁷ avaient vainement mis en garde. À ceux qui avaient nié toute incompatibilité de nature entre le système représentatif et le principe démocratique, l'expérience avait opposé la réalité du pouvoir : refermée sur elle-même, la « logique représentative »¹⁸ conduit en pratique les gouvernants à usurper la souveraineté des gouvernés au détriment du bien commun. Le recours à l'élection et le caractère pyramidal de l'organisation étatique ne suffisant plus à légitimer l'action publique, l'idée s'est ainsi progressivement imposée au sortir de la Libération de la nécessité d'instaurer une nouvelle « démocratie économique et sociale »¹⁹ associant davantage les individus à l'action des pouvoirs publics. Sur le plan constitutionnel, cette évolution s'est symboliquement trouvée concrétisée par la conciliation des théories de la souveraineté populaire et de la souveraineté nationale aux articles 3 des Constitutions de 1946 et 1958 avec l'affirmation d'une souveraineté nationale appartenant au peuple.

Dans les années 1970, la doctrine américaine a commencé à théoriser ce phénomène au travers du concept de démocratie participative²⁰. Si la chose à précéder le mot, le procédé a continué d'être perçu comme le moyen « de réduire » en amont « les risques d'erreurs au niveau de la conception des politiques publiques » et d'« améliorer considérablement leur mise en œuvre »²¹ en aval.

⁸ Capitant R., *Ecrits constitutionnels*, CNRS 1982. 255 et 276.

⁹ Cf., d'un côté, de Gaulle C., « Première allocution télévisée... », *op. cit.*, p. 675 et Rousseau J.-J., *Du Contrat social*, Numilog 2001. 200-201; et, d'un autre côté, Sieyès E.-J. in *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, t. VIII, p. 592 et Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, t. 1, Gallimard 1995. 99-100.

¹⁰ Carré de Malberg R., *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey 1931. 216.

¹¹ Chirac C., *Une nouvelle France*, t. 1, Nil 1994. 88.

¹² Polin R., *La République entre démocratie sociale et démocratie représentative*, PUF 1997. 171.

¹³ Mitterrand F., *Le Coup d'État permanent*, Julliard 1984. 79.

¹⁴ Les revendications en faveur d'une plus grande participation des citoyens aux affaires publiques existaient bien avant la Révolution. Sous l'Ancien régime, on contestait en effet au Roi le droit de prendre des décisions de portée générale *proprio motu* (de son propre mouvement) et individuelles, respectivement sans enquête de *commodo* et *incommodo* (sur l'avantage ou l'inconvénient) et l'audition préalable de leur destinataire (Weidenfeld K., *Histoire du droit administratif*, Economica 2010. 168-169).

¹⁵ Burdeau G., « Préface » in Carré de Malberg R., *op. cit.*, p. IX. Cf. Ripert G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ 1948. 365 s. ; Capitant R., *op. cit.*

¹⁶ *Op. cit.*, p. 177.

¹⁷ *Théorie pure du droit*, Dalloz 1962. 395.

¹⁸ Bottini F., *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, LGDJ 2008, n° 15.a.

¹⁹ Vedel G., « Démocratie politique, démocratie économique, démocratie sociale », *Droit social* 1947, fasc. XXXI.

²⁰ Blondiaux L., *op. cit.*, p. 39.

²¹ *Rapport de la Commission Coppens*, DF 2005. 26.

De la Libération jusque dans les années 1990, les manifestations de cette évolution sont toutefois restées doublement limitées. D'une part, on y a eu essentiellement recours pour améliorer les relations de l'administration et des administrés puisqu'en droit constitutionnel les référendums des articles 89 et 11 C. n'ont été utilisés qu'une et huit fois entre 1958 et 2011²². D'autre part, au sein même de l'action administrative, la participation des administrés n'était véritablement possible que dans certains domaines jugés particulièrement sensibles, comme le droit de l'urbanisme, la protection de l'environnement ou la réglementation économique²³. Les choses ont commencé à changer à la fin du XX^e siècle. D'un point de vue horizontal, « la montée en puissance de » l'« aspiration » des citoyens à être davantage associés au processus décisionnel n'a « épargn[é] (...) aucun secteur de la vie publique »²⁴ tandis que, d'un point de vue vertical, il devenait nécessaire de généraliser leur participation à la production des normes supra réglementaires. C'est ainsi que la Commission Coppens proposait à l'article 11 de son avant-projet de Charte de l'environnement d'obliger « la loi » à « détermin[e] les formes de démocratie participative » devant permettre au public d'être associé à l'élaboration des politiques et décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement »²⁵ avant que le *Pacte présidentiel* porté par Ségolène Royal lors de la campagne présidentielle de 2007 n'ambitionne d'aller plus loin. Dans la perspective d'une « République nouvelle », il proposait d'explorer « tous les outils de la démocratie participative » de façon à « rapprocher le citoyen de l' élu » en lui permettant d'être « consulté et associé aux décisions (...) dans toutes les collectivités publiques ». La candidate socialiste popularisait ainsi pour la première fois l'expression en la portant sur le devant de la scène et en obligeant ses contradicteurs à se positionner par rapport à elle. En réponse, le candidat Sarkozy suggérait l'instauration d'une « démocratie irréprochable »²⁶. Conformément à cet engagement, il confiait une fois élu le soin de réfléchir aux réformes nécessaires à la modernisation et au rééquilibrage des institutions de la V^e République au Comité Balladur. Le 29 octobre 2007, ses membres lui remettaient un rapport²⁷ dont les conclusions servaient de support à la révision du 23 juillet 2008. Si celle-ci modifie plus de la moitié du texte constitutionnel, seuls quatre articles concernent véritablement la participation des citoyens à l'action publique : les articles 11 et 69 relatifs à leurs droits de pétition, l'article 88-5 relatif à la ratification par référendum des traités d'adhésion communautaires auxquels on peut ajouter l'article 71-1 relatif au Défenseur des droits. Sans doute cette dernière disposition ne consacre-t-elle pas directement un droit d'action collectif aux électeurs, contrairement aux trois autres. Mais elle leur permet implicitement d'instrumentaliser la fonction tribunitienne de cette autorité administrative indépendante pour obliger les représentants à se conformer à leur volonté. C'est pourquoi on peut y voir un élément de démocratie participative. À l'inverse, le droit reconnu à chaque justiciable de saisir le CSM (art. 65.10 C.) ou de former une question prioritaire de constitutionnalité (art. 61-1 C.) procède de considérations qui y sont étrangères, du fait de sa dimension exclusivement individuelle.

Les divergences entre le projet socialiste d'une « République nouvelle » et la promesse présidentielle d'une « démocratie irréprochable » pose toutefois la question de la réception du concept en droit positif. La démocratie participative vise-t-elle dans la révision du 23 juillet 2008 à renforcer le pouvoir décisionnel des électeurs ou celui des représentants ?

²² Hamon F. et Troper M., *Droit constitutionnel*, LGDJ 2011, n° 567 s.

²³ Sur l'évolution du rôle de la puissance publique dans l'économie, v. *L'État interventionniste*, L'Harmattan 2011 (à paraître).

²⁴ Colson J.-P. et Idoux P., *Droit public économique*, LGDJ 2008, n° 242.

²⁵ *Rapport préc.*, p. 31.

²⁶ V. sa tribune dans *Le Monde* du 8.3.2007 et le discours d'Épinal du 12.7.2007.

²⁷ *Rapport sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République*, DF 2007.

Un examen attentif de la réforme révèle toute l'ambiguïté de l'expression. Si, en effet, la démocratie participative est perçue comme le moyen d'associer d'avantage les gouvernés à la prise de décision afin de remédier à la crise de légitimité du système représentatif (I), ce dernier semble constituer un obstacle à son effectivité, dès lors qu'il conduit à les priver de tout pouvoir décisionnel proprement dit au profit des gouvernants (II).

I. LA DEMOCRATIE PARTICIPATIVE COMME REMEDE A LA CRISE DE LEGITIMITE DU SYSTEME REPRESENTATIF

Sous les régimes républicains qui se sont succédé de la Révolution jusque dans les années 1990, l'attachement de la majorité politique à la démocratie électorale a été à l'origine de ce que Francis Hamon a appelé la « semi-désuétude »²⁸ des mécanismes de démocratie semi-directs. Car la logique représentative a conduit le constituant à limiter leur utilisation d'un point de vue « matériel » et « procédural »²⁹. Malgré la rupture marquée par la Libération, il a en effet fallu attendre les années 1990 pour que les aspirations populaires à une démocratie plus directe ne permettent progressivement de lever ces obstacles. La révision de 2008 marque de prime abord une étape dans cette évolution puisqu'elle reconnaît un droit d'initiative aux citoyens (A) tout en étendant les cas de recours au référendum (B).

A. LA CONSECRATION D'UN POUVOIR D'INITIATIVE DES CITOYENS

L'idée d'un pouvoir d'initiative des citoyens n'est pas nouvelle. Déjà sous la Révolution, Condorcet – que Lucien Jaume présente comme le « premier théoricien du référendum »³⁰ – s'était prononcé « en faveur d'un référendum législatif (...) d'initiative populaire et du droit de pétition »³¹. La « Constitution de la démocratie »³² du 24 juin 1793 avait repris l'idée, puisque son article 115 obligeait le Corps législatif à consulter les électeurs sur l'opportunité d'une modification de la Constitution, chaque fois que le dixième des assemblées primaires de la moitié des départements plus un en faisait la demande. Comme les Constitutions du 3 septembre 1791 (Titre 1^{er}) et du 4 novembre 1848 (art. 8), elle reconnaissait en outre un droit de pétition aux citoyens (art. 32).

Ces dispositions mises à part, la prééminence du courant représentatif de la tradition républicaine conduisait toutefois globalement à affaiblir les capacités d'action du corps électoral du Directoire jusqu'à la Libération. Le regain d'influence des principes démocratiques à cette date restait en outre relatif du fait de la résistance que lui opposaient les partisans du système électif. C'est ce qui explique que les cinq références faites à l'origine par la Constitution de la V^e République au procédé référendaire dans les articles 3 (modalités d'exercice de la souveraineté), 11 (référendum législatif), 53 et 86 (référendum local) et 89 (référendum constitutionnel) ne permettaient pas aux électeurs d'en prendre l'initiative. Il a ainsi fallu attendre les années 1990 pour que les aspirations à un pouvoir d'action des citoyens se concrétisent en droit constitutionnel.

Cette évolution était annoncée par la prise de position de nombreuses personnalités en sa faveur. L'idée était défendue sur la scène politique par les successeurs du président Pompidou. Valéry Giscard d'Estaing³³, François Mitterrand³⁴, Jacques Chirac³⁵ et

²⁸ « La nouvelle procédure de l'article 11 » in *La révision de 2008*, LGDJ 2011. 44.

²⁹ *Id.*

³⁰ « Les jacobins et l'opinion publique » in *Le modèle républicain*, PUF 1992. 63, note 2.

³¹ Monera F., *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ 2004. 153.

³² Gicquel J. et Gicquel J.-É., *Droit constitutionnel et institutions politique*, Montchrestien 2011. 436.

³³ *Deux Français sur trois*, Flammarion 1984. 143.

Nicolas Sarkozy³⁶ ont en effet en commun de s'être prononcés pour une réforme du droit positif allant en ce sens. Or les intéressés recevaient le soutien d'éminents juristes, à l'image de ceux ayant siégé aux Comités Balladur³⁷ ou Vedel³⁸. Ce dernier proposait d'instaurer un « référendum d'initiative minoritaire » avant que la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 ne reconnaisse à l'article 72-1 C. un droit de pétition aux électeurs d'une collectivité territoriale³⁹. Loin d'être le résultat d'une gestation spontanée, la constitutionnalisation en 2008 du droit de pétition⁴⁰ jusqu'alors reconnu aux électeurs par l'ordonnance organique du 17 novembre 1958⁴¹ et le règlement des assemblées⁴² est ainsi le fruit d'une lente évolution. Celle-ci leur permet désormais d'être à l'origine d'une réforme réglementaire ou législative de deux façons.

Ils peuvent tout d'abord agir d'office devant le Conseil économique, social et environnemental (CESE) ou, à défaut, devant le Défenseur des droits. Si le Comité Balladur s'était prononcé en faveur de cette dernière modalité⁴³, la première a été voulue par les parlementaires⁴⁴. Mais toutes deux ont en commun de permettre aux citoyens d'être à l'origine d'une réforme textuelle. D'un côté, les articles 63.3 C. et 4-1 de l'ordonnance modifiée du 29 décembre 1958 portant loi organique du CESE⁴⁵ habilite en effet 500 000 personnes majeures, de nationalité française ou résidant régulièrement en France, à saisir le Conseil, par voie de pétition écrite, de toute question à caractère économique, social ou environnemental. D'un autre côté, les articles 71-1.2 C. et 5 de la loi organique du 29 mars 2011 ouvre à « toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement » d'une – pour faire simple – administration la possibilité de s'adresser au Défenseur, dans des termes suffisamment larges pour rendre possible, à côté de l'action individuelle à laquelle avait pensé le comité Balladur, une action collective. Or le CESE comme le Défenseur se voient reconnaître la possibilité de proposer une réforme réglementaire ou législative sur la base de leur saisine. Explicite pour ce dernier⁴⁶, cette faculté n'en est pas moins réelle pour le premier, même si elle est plus implicite (art. 69.3 C.). Elle se double le concernant d'une obligation d'émettre un avis aux Premier ministre, président de chaque chambre et auteurs de la pétition dans le délai d'un an sur les suites à y donner qui est de nature à renforcer les capacités d'action du corps électoral (*idem*).

Ce dernier peut ensuite agir en renfort sur le fondement du nouvel article 11, en adressant une pétition aux assemblées pour appuyer une minorité de parlementaires. Cet article permet en effet désormais à un dixième des électeurs de soutenir la proposition d'un cinquième des membres du parlement de procéder à un référendum (al. 3). Le président de la République est alors obligé de l'organiser lorsque « la proposition (...) n'a pas été examinée par les deux assemblée dans un délai » déterminé (al. 5). Cet aspect de la réforme a fait l'objet d'un consensus au sein de la classe politique. Si ce dernier est attesté par le nombre d'amendements déposé en sa faveur⁴⁷ et la large majorité à laquelle il a été adopté – 113 voix

³⁴ *La lettre à tous les français* 1988.

³⁵ Professions de foi électorales de 1993 et 1995.

³⁶ « Lettre de mission » in *Rapport du Comité Balladur*, *op. cit.*, p. 108.

³⁷ *Op. cit.*, p. 74, proposition n° 67.

³⁸ *JO* 16.2.1993. 2549, n° 38.

³⁹ *JO* 29.3.2003. 5568, art. 6.

⁴⁰ « Rapport de J.-J. Hyest », *Doc. S.* 2007-2008, n° 47, p. 66.

⁴¹ *JO* 18.11.1958. 10335, art. 4.

⁴² Avril P. et Gicquel J., *Droit parlementaire*, Montchrestien 2010, n° 472 s.

⁴³ *Op. cit.*, p. 96, proposition n° 73.

⁴⁴ Renoux T., « Quelle place pour le CESE ? » in *La révision de 2008*, *op. cit.*, p. 379.

⁴⁵ LO 2010-704 du 28.6.2010, *JO* 29.6.2010, texte 1, art. 5.

⁴⁶ LO 2011-333, *op. cit.*, art. 32.

⁴⁷ Cités in Hamon F., *op. cit.*, p. 45.

contre 10⁴⁸ –, les parlementaires n'ont pas voulu laisser sans réponse les pétitions qui n'atteindraient pas le seuil requis ou qui ne relèveraient pas du domaine de la loi. C'est la raison pour laquelle la Commission permanente compétente peut à tout instant demander au président de la chambre de la transmettre au Défenseur des droits, de façon à ce qu'il donne son avis sur l'opportunité d'y donner malgré tout suite en procédant à une modification « législative ou réglementaire »⁴⁹. Les mêmes considérations ont conduit le président de l'Assemblée nationale, Bernard Accoyer, à se servir des pouvoirs qu'il tient de l'article 70 C. pour transmettre au CESE une pétition lancée par le collectif Autisme, sans attendre les 500 000 signatures.

Si le droit d'action d'office ou en soutien des citoyens semble de prime abord accrédi-ter l'idée d'une avancée de la démocratie participative dans la réforme de 2008, cette impression se trouve confirmée par l'extension du champ du référendum.

B. LA DIVERSIFICATION DES QUESTIONS POUVANT ETRE SOUMISES AUX CITOYENS

L'article 53 de la Constitution du 24 juin 1793 permettait à un dixième des assemblées primaires de la moitié des départements plus un de s'opposer dans les quarante jours aux lois votées par le corps législatif. Seul un vote de l'ensemble des assemblées primaires pouvait alors donner force de loi au projet de la chambre. Si ces dispositions revenaient à donner aux citoyens le pouvoir de se prononcer par référendum sur n'importe quelle question, une telle faculté se trouvait remise en cause par la suite.

Le régime consulaire mis à part, la prééminence du courant représentatif conduisait à interdire aux gouvernants de recourir au procédé référendaire dans quelque domaine que ce soit. La tendance s'inversait progressivement à cette date. Non seulement les Constitutions de 1946 et 1958 autorisaient comme on l'a vu les pouvoirs institués à recourir au référendum (Const. 1946, art. 3.3 et 90.6 C. ; Const. 1958, art. 11, 53, 86 et 89), mais le champ d'application de ce dernier se trouvait progressivement étendu. Réservé aux révisions constitutionnelles en 1946, son usage devenait possible en matière législative à partir de 1958 et conventionnel en 2005.

Sans doute l'article 11 C. limitait-il en 1958 son utilisation dans le domaine législatif aux questions portant sur l'organisation des pouvoirs publics et les traités conformes à la Constitution intéressant le fonctionnement des institutions. Mais François Mitterrand proposait le 12 juillet 1984 de l'amender pour rendre possible une consultation des électeurs sur les libertés publiques⁵⁰. Bien qu'adoptée par le Conseil des ministres du 19 juillet et l'Assemblée nationale le 23 août, la réforme échouait il est vrai après avoir été rejetée par le Sénat en deuxième lecture le 5 septembre⁵¹. Mais la loi constitutionnelle du 4 août 1995 opérait une première extension en élargissant le champ d'application de l'article à la vie économique et sociale de la nation et aux services publics qui y concourent⁵². La révision de 2008 franchit une nouvelle étape en permettant d'y recourir sur toute question « environnementale » (art. 11.1 C.).

En matière conventionnelle, une loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 avait rendu obligatoire l'organisation d'un référendum pour les traités relatifs à l'élargissement

⁴⁸ *JOAN Déb.* 22.5.2008. 2394.

⁴⁹ LO 2011-333, *op. cit.*, art. 32.

⁵⁰ « Projet de loi constitutionnel portant révision de l'article 11 », *Doc. S.* 1983-1984, n° 480.

⁵¹ Gicquel J. et Gicquel J.-E., *op. cit.*, p. 517.

⁵² *JO* 5.8.1995, p. 11744, art. 1^{er}.

communautaire dans un nouvel article 88-5 C.⁵³. Or la révision de 2008 maintient cette obligation de principe. Une sorte d'effet cliquet a en effet empêché le constituant de revenir sur cette concession à la démocratie directe. Malgré les aménagements qui y sont apportés (V. *infra*, II.B), la règle demeure ainsi la même : l'adhésion d'un nouvel État est normalement impossible sans l'accord exprès du corps électoral.

De prime abord, les avancées en faveur d'une plus grande participation des citoyens aux affaires de la cité semblent donc manifestes. À l'analyse toutefois, ces progrès doivent être nuancés. Car le courant représentatif de la tradition républicaine a conduit le constituant à encadrer l'usage de ces mécanismes d'une façon qui compromet l'effectivité du pouvoir décisionnel des électeurs.

II. LE SYSTEME REPRESENTATIF COMME LIMITE A L'EFFECTIVITE DE LA DEMOCRATIE PARTICIPATIVE

Si les aspirations en faveur d'un rôle accru des citoyens dans la prise de décision publique a amené le constituant de 2008 à accroître leurs prérogatives, son attachement à la démocratie électorale l'a dans le même temps conduit à limiter cette avancée. Déjà en 2005 il était entendu pour les membres de la Commission Coppens que le recours aux mécanismes participatifs ne devait « pas remettre en cause les principes de la démocratie représentative »⁵⁴. En écho, le président Sarkozy assignait en 2007 comme « mission (...) principale » au Comité Balladur de « redéfinir » et de « rééquilibrer » les relations à l'intérieur de l'Exécutif et du pouvoir gouvernemental (Exécutif et Législatif) afin de permettre « une vie politique plus représentative »⁵⁵. Il n'est dès lors pas étonnant que la révision de 2008 relativise le pouvoir d'action (A) et de décision (B) des citoyens.

A. LA RELATIVISATION DU POUVOIR D'ACTION DES CITOYENS

Cette relativisation se déduit en premier lieu des limites procédurales qui accompagnent le droit de pétition du nouvel article 11 C. Car, contrairement à la présentation qui en a été officiellement faite, ce dernier n'institue pas un référendum d'initiative populaire. S'il est vrai que la réforme reprend la recommandation du Comité Balladur d'instaurer le mécanisme proposé en 1993 par le Comité Vedel, ce dernier suggérait d'instituer, non pas une consultation dont l'initiative appartiendrait aux citoyens, mais un « référendum d'initiative minoritaire » (v. *supra*, I.A). Or la différence terminologique n'est pas anodine. Elle revient à réserver le déclenchement du procédé à une minorité de parlementaires : ceux de l'opposition avec le soutien éventuel de membres de la majorité et/ou des groupes minoritaires. Les citoyens ne sont appelés à intervenir que dans un second temps pour « soutenir » – c'est le terme choisi par le constituant – leur démarche. Aussi peut-on s'interroger : qu'est ce qu'un référendum d'initiative populaire qui ne permet pas aux citoyens de prendre l'initiative d'un référendum ? S'il semble plus exact de parler de « référendum d'initiative partagé » comme le fait Francis Hamon⁵⁶, force est de constater avec lui que « l'obstacle » des signatures « n'est (...) pas négligeable »⁵⁷. Car l'intervention des électeurs ne peut produire de conséquences que si un dixième des inscrits sur les listes électorales – soit « environ quatre

⁵³ JO 2.3.2005, texte 1, art. 2.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 37.

⁵⁵ « Lettre de mission », *op. cit.*, p. 108.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 45.

⁵⁷ *Id.*, p. 53.

millions cinq cent mille »⁵⁸ personnes – pétitionnent dans un délai relativement bref. Fixé à trois mois à compter de la déclaration de recevabilité de la proposition dans un projet de loi organique⁵⁹, ce laps de temps ne semble pas suffisant pour permettre un vrai débat public sur la question posée et une véritable sensibilisation des citoyens à ses enjeux. Le gouvernement ayant opposé une fin de non recevoir⁶⁰ à une question parlementaire demandant un « assouplissement des conditions d’application »⁶¹ des nouvelles dispositions constitutionnelles, la réforme apparaît comme une nouvelle « mystification » ou « escroquerie intellectuelle » pour reprendre les mots précités de Raymond Carré de Malberg et Georges Burdeau. Une véritable avancée aurait en effet consisté à exclure le filtre parlementaire et à fixer un seuil moins élevé en exigeant par exemple 500 000 signatures comme le fait le référendum abrogatif italien⁶².

La résistance du courant représentatif se déduit en second lieu des limites matérielles au droit d’initiative des citoyens.

D’un côté, ni le nouvel article 11, ni le nouvel article 69.3, ni le nouvel article 71-1 ne leur reconnaissent un droit de pétition absolu. Leurs revendications ne peuvent porter que sur des domaines déterminés. Comme on l’a vu (*supra* I, B), l’article 11 ne peut jouer qu’à propos de l’organisation des pouvoirs publics, des traités constitutionnels ayant des incidences sur le fonctionnement des institutions, de la vie économique, sociale et environnementale de la nation ou des services publics qui y concourent (al. 1^{er}). Pour sa part, l’usage de l’article 69.3 C. est limité à « toute question à caractère économique, social et environnemental » aux termes du nouvel article 4-1 de l’ordonnance précitée portant loi organique du CESE. Quant au Défenseur des droits, il ne peut en principe être saisi qu’en cas de violation des droits et libertés commise « par les administrations de l’État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d’une mission de service public » (art. 71-1). Sans doute pourrait-on objecter que la généralité des termes employés permet aux citoyens de pétitionner dans un grand nombre de cas. Mais ils ne couvrent pour autant pas toutes les hypothèses. Car sinon quel serait l’intérêt du caractère limitatif de ces énumérations ? Il y a donc fort à parier que les difficultés d’interprétation qui ne manqueront pas de se poser dans la mise en œuvre de ces dispositions seront l’occasion pour les partisans d’une expression exclusivement médiatisée du corps électoral de restreindre davantage son pouvoir d’initiative.

D’un autre côté, la révision de 2008 interdit aux électeurs de se servir du droit de pétition de l’article 11 pour reprendre une proposition de loi rejetée moins de deux ans auparavant par référendum (art. 11.6), « abrog[er] une disposition législative promulguée depuis moins d’un an » (art. 11.3), ou modifier la Constitution (art. 11.4). La première limitation peut certes se comprendre dans la mesure où elle est destinée à respecter la volonté récente des citoyens. Mais les deux autres apparaissent plus étonnantes dès lors qu’elles reviennent au contraire à faire prévaloir la volonté des représentants. La dernière se déduit implicitement du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel (art. 11.4 C.). Car s’il vise, côté pile, à assurer le respect des droits et libertés consacrés par la Constitution, il ne faut pas oublier, côté face, que son introduction avait été proposée en 1993 pour empêcher que l’article 11 ne soit utilisé pour « modifier la Constitution »⁶³.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ « Projet de loi organique portant application de l’article 11 C. », *Doc. AN*, 13^e législature, n° 3072, p. 5, art. 3.

⁶⁰ « Réponse de M. le ministre de l’intérieur à la question n° 112071 de J.-C. Mathis », *JOAN Q.* 6.9.2011. 9599.

⁶¹ « Question n° 112071 de J.-C. Mathis », *JOAN Q.* 28.6.2011. 6787.

⁶² Cf. proposition n° 73 et Const. italienne du 1^{er}.1.1948, art. 75.1 C.

⁶³ *Rapport Vedel, op. cit.*, p. 2549, n° 37 ; *Projet de loi préc.*, *Doc. AN*, 13^e législature, n° 3072, p. 4.

La fin de non recevoir opposée à une proposition de loi constitutionnelle socialiste suggérant de supprimer cette restriction⁶⁴ montre que la plupart des représentants restent méfiante à l'égard du pouvoir d'initiative des citoyens. L'apport de la réforme de 2008 apparaît pour cette raison relatif. Son intérêt semble devoir d'autant plus être nuancé qu'un certain nombre de dispositions neutralisent le pouvoir décisionnel proprement dit des gouvernés.

B. LA RELATIVISATION DU POUVOIR DE DECISION DES CITOYENS

Selon qu'on se rallie au courant de la tradition républicaine qui est favorable à une expression directe ou médiatisée de la volonté populaire, la démocratie participative peut être perçue comme un moyen de permettre aux citoyens de décider par eux-mêmes ou simplement de les associer au processus décisionnel.

Dans le premier cas, le concept n'a idéalement de sens qu'autant qu'il permet de passer d'une démocratie formelle à une démocratie réelle. Son invocation s'inscrit alors dans la lignée des objectifs que « constituants et conventionnels » s'étaient assignés en 1789 et 1793 lorsqu'ils avaient « cherché à instaurer un règne de la loi (...) prise en son sens matériel comme expression d'une volonté générale par son objet et par son origine (la volonté de la nation souveraine) »⁶⁵. Car elle vise à conférer un véritable pouvoir de décision aux électeurs. Sans doute, la notion apparaîtrait-elle malheureuse. La « démocratie » étant « l'État dans lequel la norme est faite par ceux auxquels elle s'applique »⁶⁶, ses termes sont redondants. Mais son avènement marquerait l'ultime étape du projet démocratique qui consisterait d'un point de vue sémantique à passer de l'oxymore au pléonasme.

Dans le second cas, l'expression désigne plus prosaïquement un moyen de surmonter la crise du système représentatif. Simple remède à la désaffection croissante des urnes et au risque d'instabilité qu'elle fait peser sur les institutions, son intérêt réside dans sa capacité à renforcer la légitimité des décisions prises par les gouvernants en donnant aux gouvernés l'impression d'être à l'origine de choix dont le sens final, le plus souvent déjà arrêté, continue de leur échapper.

Alors que les aspirations populaires semblaient aller dans le sens de la première interprétation, le constituant a fait prévaloir la seconde en 2008 conformément à la volonté du chef de l'État de renforcer les pouvoirs du parlement plutôt que l'autorité de la loi. Comme en droit administratif, les procédés de démocratie participative mis en place par la révision « ne (...) donnent » en effet aux citoyens « aucune garantie qu'il (...) sera tenu compte »⁶⁷ de leur vote.

En matière réglementaire ou législative, une lecture combinée des articles 11.4 et 69.3 C., 4-1 et 7 et 32 des lois organiques précitées relatives au CESE et au Défenseur des droits permet effectivement aux autorités soit d'amender, soit d'enterrer l'initiative citoyenne.

Tout d'abord, rien n'oblige les gouvernants à entériner telles quelles les pétitions dont ils sont saisis s'ils décident d'y donner suite. D'une part, l'article 11.5 permet aux parlementaires de s'opposer au référendum en les examinant dans un délai fixé par la future loi organique. Il n'y a guère que dans l'hypothèse peu probable où ils s'abstiennent d'agir dans ce laps de temps que le président de la République est obligé de soumettre en l'état la question au vote des citoyens. D'autre part, le droit de pétition de l'article 69.3 ne peut s'exercer que par un double filtre. Le premier est celui du CESE à qui il incombe de « passer

⁶⁴ *Doc. AN*, 13^e législature, n° 3328, p. 3.

⁶⁵ Redor M.-J., *De l'État légal à l'État de droit*, Economica 1992. 36.

⁶⁶ Cité in Colliard J.-C., « Le débat des projets de loi sur le texte adopté en commission » in *La révision de 2008*, *op. cit.*, p. 199.

⁶⁷ Truchet D., *Droit administratif*, PUF 2010. 151.

de l'interpellation à l'élaboration d'une proposition construite par la confrontation des points de vue des différents groupes qui » le « composent »⁶⁸. Le Conseil est ainsi habilité à reformuler la pétition une première fois alors même que sa composition essentiellement représentative⁶⁹ reste « étrangère à l'esprit d'une "démocratie participative" »⁷⁰. Le second filtre est celui du pouvoir gouvernemental à qui le CESE doit communiquer son avis dans le délai d'un an. Car cela donne à l'Exécutif et au Législatif la possibilité de reformuler à nouveau la pétition.

Ensuite, tout est au contraire fait pour la perdre dans les méandres institutionnels. Une initiative gênante amorcée devant le parlement sur le fondement de l'article 11.3 peut en effet potentiellement faire l'objet d'un examen par les deux assemblées avant d'être renvoyée pour avis au CESE sur la base de l'article 70 C. puis, le cas échéant, au Défenseur des droits en application des articles 7 et 32 de la loi précitée de 2011. Comme rien n'interdit de leur transmettre à nouveau la question par la suite, pour peu qu'un désaccord même minime les oppose, la révision de 2008 a innové en inventant une sorte de « patate chaude constitutionnelle » qui permet aux autorités de se refiler une question sensible en donnant l'impression de la traiter sans jamais la trancher... Les chiffres livrés en 2011 par Thierry Renoux alimentent d'ailleurs la crainte d'un tel détournement des procédures. Il constatait qu'aucune des 276 pétitions reçues à l'Assemblée nationale au cours des cinq dernières législatures n'avait été soumise au vote de la chambre tandis que 101 d'entre elles avaient fait l'objet d'un renvoi au gouvernement ou... au médiateur de la République, l'ancêtre du Défenseur des droits⁷¹.

En matière conventionnelle, les représentants peuvent de même décider de se passer de l'accord des citoyens. Sans doute l'article 88-5 reproduit-il la règle posée à l'article 89 C. pour les révisions constitutionnelles en maintenant l'alinéa 1^{er} issu de la révision de 2005 selon lequel l'adhésion de tout nouvel Etat à l'UE doit être approuvée par référendum. Mais sa rédaction comporte désormais un alinéa 2 qui assortit cette règle de la même exception en permettant au Congrès du Parlement de se substituer aux électeurs. Or la pratique constitutionnelle suivie depuis 1958 tend à faire du principe l'exception et de l'exception le principe : dès lors que, sur les 24 révisions du texte suprême intervenues entre 1958 et 2011, 21 des 22 qui ont été menées sur le fondement de l'article 89 ont été approuvées par le Congrès du Parlement. De sorte qu'on peut imaginer avec Florence Chaltiel que la nouvelle rédaction de l'article 88-5 vise en réalité à empêcher les citoyens de se prononcer sur les questions d'élargissement⁷². Surtout le champ d'application de cet article est resté à dessein limité. Outre qu'il ne peut toujours jouer que pour l'avenir – afin de ne pas remettre en cause l'accord auparavant donné à la Bulgarie, la Roumanie et la Croatie –, le recours au référendum reste exclu pour les traités d'approfondissement de l'UE alors qu'ils sont les plus importants. Comme le résume Florence Chaltiel, ces derniers « continuent à faire l'objet d'une procédure de ratification ordinaire » alors que « les traités d'élargissement feront désormais l'objet d'une ratification renforcée »⁷³.

Sans doute le pouvoir de dernier mot des autorités s'explique-t-il en droit administratif par le souci d'éviter que la « tractation » ne « dégénère » en « compromission avec des intérêts par hypothèses plus particuliers » par le jeu d'un intense lobbying catégoriel, comme

⁶⁸ « Rapport de J.-L. Xarxmann », *Doc. AN*, 13^e législature, n° 892, p. 461.

⁶⁹ LO 2010-704 du 28.6.2010, *JO* 29.6.2010, texte n° 1, art 7 : Le CESE comprend 140 représentants de la vie économique, 60 de la cohésion sociale et 60 de l'environnement.

⁷⁰ Jégouzo Y., « Le Conseil économique, social et environnemental : une renaissance ? », *AJDA* 2010. 1729.

⁷¹ Renoux T., *op. cit.*, p. 381.

⁷² « L'article 88-5 » in *La révision de 2008*, *op. cit.*, p. 456.

⁷³ *Id.*, p. 455.

l'explique le professeur Charlier⁷⁴. Il convient en effet de veiller à ce qu' « aucune section du peuple, aucun individu » ne puisse « s'attribuer l'exercice » de « la souveraineté » conformément à l'article 3.2 C. Mais il n'est pas certain que cette justification soit véritablement transposable en droit constitutionnel dès lors que ce dernier a pour spécificité de permettre à l'ensemble des citoyens de s'exprimer. En la matière, elle traduit plutôt une mise en œuvre contestable des idées de John Rawls et de Jürgen Habermas. Dès lors que pour ces derniers la décision démocratique tire sa légitimité, non de son contenu, mais de son processus d'élaboration⁷⁵, le constituant dérivé pourrait paraître fondé à traiter la démocratie participative « comme une liberté procédurale de troisième génération (*sic*) »⁷⁶ et non comme une liberté politique s'il ne renouait pas ce faisant avec la théorie classique du régime représentatif. Or c'est bien ce à quoi aboutit la réforme de 2008 dès lors qu'elle continue de subordonner la juridicité de la loi à la volonté des gouvernants. Le constat fait dans les années 1970 par le professeur Georges Burdeau selon lequel « le peuple ne peut s'exprimer que par représentation »⁷⁷ reste ainsi d'actualité, malgré les aspirations contraires des citoyens.

* *
*

L'étude de la révision constitutionnelle de 2008 traduit un certain détournement de la notion de démocratie participative.

Dans la pensée politique, celle-ci revêt une signification duale, dès lors que le néolibéralisme en fait un moyen de promouvoir l'*empowerment* – « les capacités et l'autonomie des communautés »⁷⁸ locales – et la pensée démocratique une nouvelle étape du processus de démocratisation des régimes représentatifs, après l'avènement des démocraties représentatives et semi-directes. Mais, au-delà de leurs divergences, libéraux et démocrates ont en commun d'y voir un moyen de lutter contre l'arbitraire des gouvernants. Or ceux-ci tendent à s'en servir en droit positif, non pour multiplier le nombre des contre-pouvoirs ou renforcer le poids des citoyens dans l'exercice de la souveraineté, mais pour assurer le maintien de leur monopole décisionnel.

Au lieu d'une démocratie libérale plus équilibrée ou d'une démocratie réelle plus effective, les gouvernés ont ainsi eu le droit à une opération de communication destinée à protéger le système représentatif et la « souveraineté » des représentants. Voilà sans doute pourquoi la loi organique nécessaire à la mise en œuvre du droit de pétition de l'article 11 n'est toujours pas adoptée trois ans après la réforme comme ont pu le regretter une proposition de résolution⁷⁹ et certaines questions parlementaires⁸⁰.

D'autres emprunts sont il est vrai faits aux pensées libérale et démocratique pour compenser la concentration des pouvoirs entre les mains des représentants et l'absence de véritable rôle décisionnel des citoyens à l'échelle nationale. L'une tient au renforcement de la protection de la liberté individuelle⁸¹. C'est là la conséquence de la réception en droit français de la notion allemande de droits fondamentaux dérivée de l'idée d'État de droit⁸². Une autre

⁷⁴ Charlier R.-E., « Signification de l'intervention de l'État dans l'économie » in *Mél. Péquinet*, t. 1, CERAM 1984. 105.

⁷⁵ Blondiaux L., *op. cit.*, p. 24.

⁷⁶ Colson J.-P. et Idoux P., *op. cit.*, n° 241.

⁷⁷ Burdeau G., *Le libéralisme*, Seuil 1979. 243.

⁷⁸ Jaglin S., « La participation au service du néolibéralisme ? » in *Gestion de proximité...*, *op. cit.*, p. 273.

⁷⁹ *Doc. AN*, 13^e législature, n° 1895.

⁸⁰ « Question n° 78671 de P.-A. Muet », *JOAN Q.* 27.10.2009. 10060.

⁸¹ Cf. CC 44 DC du 11.7.1971, Liberté d'association, *R.* 29 et Const. 4.10.1958, art. 61-1 et 72.4.

⁸² Sur ce point, v. Bouveresse J., « Des droits. Quels droits ? » in *L'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, L'Harmattan 2000. 243.

se concrétise par une revalorisation de leur liberté-participation à l'échelle locale. Visible au travers de la promotion d'une « démocratie de proximité »⁸³, elle vise à associer les administrés-citoyens à la mise en œuvre de normes sur le sens desquelles ils n'ont pas prise à l'échelle nationale. Toutes deux apparaissent toutefois relatives. La première parce qu'elle se fait le chantre d'une liberté qui ne profite en pratique qu'à une minorité, comme l'ont montré la crise de 2008 et l'affaiblissement corrélatif des droits sociaux en résultant. La seconde parce qu'elle joue sur l'ambiguïté du mot « participation » d'une façon contraire aux textes : dès lors que, d'après l'article 3 C., la souveraineté du peuple revêt un caractère national, on s'attendrait à ce que le droit positif oblige les pouvoirs publics à laisser les citoyens décider par eux-mêmes à l'échelon étatique et qu'il se contente d'associer les administrés à l'élaboration des textes au niveau des territoires. Or c'est l'inverse qui tend à se produire.

Si on peut y voir une nouvelle conséquence du regain de tension qui a toujours existé en période de crise entre les courants formant la tradition juridique française, la nouveauté vient de ce que les partisans d'une expression exclusivement médiatisée des citoyens tendent à l'emporter sur ceux de leur expression directe alors que ces derniers connaissaient une nouvelle influence depuis la Libération. La réforme de 2008 donne ainsi l'impression que nous sommes à la fin d'un cycle. Évolution ou involution ? Voilà la véritable question que pose la démocratie participative en droit constitutionnel français.

⁸³ L. 2002-276 du 27.2.2002, *JO* 28.2.2002. 3808.