



HAL
open science

Démocratiser la confection de la loi sans bouleverser le système représentatif

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

► **To cite this version:**

Marthe Fatin-Rouge Stefanini. Démocratiser la confection de la loi sans bouleverser le système représentatif. J. Padovani et M. Patin-Heitzmann. La participation des citoyens à la confection de la loi, Mare & Martin, pp.105-131, 2022. halshs-03890800

HAL Id: halshs-03890800

<https://shs.hal.science/halshs-03890800>

Submitted on 3 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Démocratiser la confection de la loi sans bouleverser le système représentatif

Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Directrice de recherches au CNRS, Directrice du laboratoire de Droit international, comparé et européen, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF.

La participation des citoyens a pris une ampleur sans précédent dans le fonctionnement des démocraties. Qu'elle soit factice ou véritable, illusoire ou décisive, les exemples d'implication des citoyens dans les processus législatifs ou constituants se multiplient comme autant de manifestations d'un souci de « démocratisation des démocraties » exprimé à l'échelle internationale¹. Indice vertueux d'une « bonne gouvernance »², les États et leurs collectivités locales ont compris que les outils participatifs pouvaient à la fois constituer un atout sur le plan interne, comme outil de légitimation et d'adhésion aux décisions prises, et participer à la diffusion d'une image positive, et donc attractive, sur le plan international³. La montée en puissance des enjeux environnementaux, le développement du numérique et la critique toujours plus aigüe des représentants élus et des partis politiques classiques ont tous leur part dans cette évolution. Avec le développement d'internet, en particulier, et les interactions qu'il permet, le rapport des citoyens à la décision publique évolue pour se rapprocher de l'idéal démocratique de base : permettre à chacun de participer plus ou moins directement à l'élaboration de la norme et à la prise de décision politique. Face à la crise de la représentation, la participation des citoyens répond également au souci de donner une nouvelle forme de légitimité aux décisions adoptées⁴, tout en regagnant la confiance des citoyens, et cherche à favoriser leur acceptabilité donc leur application. Ce mouvement de participation démocratique touche aujourd'hui de très nombreux États que ce soit au niveau national ou local⁵. Cette participation tend désormais à se retrouver à chaque étape du processus de prise de décision : l'initiative, sous forme d'initiative populaire ou de pétition, la délibération avec le développement des consultations et des assemblées citoyennes, et la ratification par référendum que le recours à cette modalité soit obligatoire ou facultatif⁶. En France, les modalités de participation citoyenne se multiplient et se diversifient également depuis les années 2000, au niveau local et, plus récemment, national. Des procédures de consultations et de référendums sont possibles à tous les échelons des collectivités locales depuis 2003, une nouvelle modalité de déclenchement du référendum

¹ B. Boutros-Ghali, *An Agenda for Democratization*, United Nations, New-York, 1996. La participation des citoyens aux processus décisionnels est également soutenue par la Banque Mondiale notamment pour favoriser l'application de ces projets et programmes : voir notamment B. Goldfrank, « The World Bank and the Globalization of Participatory Budgeting », *Journal of Public Deliberation*, 2012, 8 (2), Article 7. Au sein du Conseil de l'Europe, le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux, notamment, veille à l'application du Protocole additionnel à la Charte de l'autonomie locale qui promeut la participation des citoyens aux affaires des collectivités locales.

² A. Mazeaud, M. Nonjon, R. Parizet, « Les circulations transnationales de l'ingénierie participative », *Participations*, 2016/1, n° 14.

³ *Id.*, p. 25.

⁴ Loïc Blondiaux rappelle ainsi, parmi les maux de nos démocraties, que « l'élection ne suffit plus à la légitimation de la décision », L. Blondiaux, « De la démocratie en France », *Esprit*, 2021/4, p. 91.

⁵ En ce qui concerne l'expansion des processus référendaires, voir l'étude de Laurence MOREL, « Types of referendums, provisions and practice at the national level worldwide », in L. Morel et M. Qvortrup, *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, Routledge ed., 2018, pp. 27-59 et les annexes 1 et 2. Pour les processus de démocratie dite « délibérative », voir notamment M.-H. Bacqué., Y. Sintomer, *La démocratie participative inachevée : genèse, adaptations et diffusions*, 2010, Gap/Paris, Éditions Yves Michel/Adels, 238 p. et A. Mazeaud et al., *op. cit.*. Plus généralement, A. Duffy (dir.), *Quels espaces pour la démocratie participative ? Perspectives comparées*, Mare & Martin, 2020, 208 p.

⁶ Par exemple, pour une perspective comparative sur la participation des citoyens aux procédures de révision constitutionnelle à chacune de ces étapes, voir M. Fatin-Rouge Stefanini, « La participation des citoyens à la réforme constitutionnelle : quelles réalités en droit comparé ? », in D. Guenette, P. Taillon, M. Verdussen (dir.), *La révision constitutionnelle dans tous ses états*, Ed. Yvon Blais, Anthemis, Montréal, 2021, pp. 313-367.

législatif a été introduite en 2008 à travers la procédure du « référendum d’initiative partagée », et des formes plus ciblées⁷ ou plus souples de participation des citoyens ont été imaginées, au niveau des communes⁸ ou, plus récemment et en réaction au mouvement des Gilets jaunes, au niveau national (Grand débat National, Convention citoyenne sur le Climat, Consultation citoyennes diverses organisées par le Conseil économique, social et environnemental ou par la Commission Nationale du Débat Public). Ainsi, des formes de participation institutionnalisées, par opposition aux participations « sauvages » ou informelles exercées dans le cadre de la liberté de manifestation, de réunion ou par le biais des réseaux sociaux, ont été progressivement mises en place⁹ y compris pour la confection de la loi¹⁰. Force est de constater cependant que la plupart de ces procédures restent entièrement maîtrisées par les gouvernants ou les élus : il est rare que les citoyens en aient l’initiative et lorsque la participation des citoyens est rendue obligatoire pour les autorités, elle est souvent purement consultative. La participation des citoyens reste donc cantonnée, limitée et reflète à la fois la crainte de dérives et de détournements, au profit de lobbies, d’intérêts privés, malveillants ou antidémocratiques, mais aussi la perte de repères pour l’avenir face à une dilution des systèmes représentatifs traditionnels.

Ainsi, les modes de participation citoyenne présents à l’heure actuelle dans l’ordre juridique français ne mettent pas en danger la démocratie représentative, car les représentants s’efforcent de limiter leur tenue ou/et leur impact que ce soit dans le cadre national ou local¹¹. D’ailleurs, même au-delà du cas français, il est important de souligner que la vocation de ces outils de participation citoyenne n’est pas de remplacer la démocratie représentative, mais de la rendre plus performante (I). Des améliorations pourraient cependant être apportées aux outils existants notamment en termes d’initiative et de délibération dans le processus de confection de la loi en France (II). Parmi d’autres autorités, le juge constitutionnel a un rôle à jouer dans ce processus, à la fois comme garant de la participation citoyenne, de la qualité de la loi et, plus largement, des équilibres constitutionnels (III).

I – Démocratie représentative et participation citoyenne

⁷ En 2016, dans le contexte d’une opposition à la construction d’un nouvel aéroport sur le site de « Notre Dame-des-Landes », a été mise en place une nouvelle procédure de consultation de la population sur des projets ayant un impact sur l’environnement. Cette procédure a été instituée par l’ordonnance n° 2016-488 du 21 avril 2016 relative à la consultation locale sur les projets susceptibles d’avoir une incidence sur l’environnement et le décret n° 2016-491 du 21 avril 2016 relatif à la consultation locale sur les projets susceptibles d’avoir une incidence sur l’environnement.

⁸ Développement notamment des budgets participatifs et des conseils citoyens basés la plupart du temps sur le volontariat dans les communes. Voir notamment Y. Sintomer, C. Herzberg et G. Allegretti, en coll. avec A. Röcke, *Les budgets participatifs dans le monde. Une étude transnationale*, Engagement Global, Serie Dialog Global n° 25, 2014, 108 p. et le numéro spécial de la Revue *Participations*, 2019/2, consacrée aux Conseils citoyens.

⁹ Ainsi, au-delà des associations et comités d’intérêts de quartier s’étant développé dans certaines villes, des conseils de quartier ont été rendus obligatoires pour les communes de plus de 80 000 habitants et des conseils citoyens pour les quartiers prioritaires sont prévus la loi Lamy (loi de programmation pour la ville et la cohésion urbaine) du 21 février 2014.

¹⁰ Voir à propos de l’élaboration de la loi Pour un République numérique, A. Vidal-Naquet, « Le citoyen co-législateur : quand, comment, pour quels résultats ? », in M. Bardin, M. Fatin-Rouge Stefanini, P. Monge, C. Severino, *La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalités*, Collection Confluence des droits, 2018, n° 5, p. 17-27.

¹¹ Outre l’absence de référendum organisé au niveau national depuis 2005, il a été maintes fois dit et écrit que le « Référendum d’initiative partagée » a été conçu pour ne pas fonctionner. Au niveau local, le référendum dit décisionnel est tombé en désuétude au profit des consultations plus souples d’utilisation et non contraignantes pour les autorités locales : voir not. C. Premat, « La marginalisation du référendum communal en France depuis 2003 », *Revue française de science politique*, 2020/2 Vol. 70, p. 257 à 270.

La participation citoyenne n'a pas vocation à remplacer la démocratie dite représentative, mais vise, d'une manière générale, à améliorer le fonctionnement d'une démocratie fondée sur la représentation. Il est certes vrai que la participation du peuple à l'élaboration et à l'adoption des normes a toujours suscité de fortes réticences de la part des partis politiques majoritaires comme des intellectuels depuis la Révolution. Il semble d'ailleurs important de rappeler qu'à la période révolutionnaire, la notion de « démocratie » était opposée à celle de « représentation »¹². Le terme « démocratie » désignait ce qui a été qualifié par la suite de « démocratie directe »¹³, c'est-à-dire la participation directe de tous citoyens à leur gouvernement, y compris dans le processus d'élaboration des normes. Cependant, cette dernière fut rapidement exclue, car présentée comme non viable en raison des difficultés pratiques de ce mode de gestion des affaires publiques. Cette exclusion des citoyens justifiée par des raisons pratiques permit surtout à une nouvelle élite de disposer du pouvoir de décision. Par la suite, la représentation s'est peu à peu démocratisée, ce mouvement allant de pair avec la démocratisation de l'élection à partir de 1848, et s'est progressivement muée en « démocratie représentative » dans le langage commun. Toutefois, dans la plupart des démocraties, la participation des citoyens a été limitée à l'élection. Ainsi Dominique Rousseau souligne que la démocratie a été « happée par le principe de représentation, elle n'est pensée que par lui, elle en est devenue prisonnière »¹⁴. Aujourd'hui encore, les référendums comme les initiatives populaires suscitent des craintes que ce soit de la part des élus¹⁵, des élites¹⁶ ou des citoyens eux-mêmes¹⁷. En France, le référendum local, n'a été officiellement introduit qu'avec la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003. L'initiative populaire n'est pas reconnue en tant que telle même au niveau local¹⁸, et les assemblées délibératives de citoyens sont encore une forme récente, particulièrement souple, non systématique de participation citoyenne, et surtout non contraignante pour les représentants. Cette réticence à accorder plus de place à la participation des citoyens s'inscrit dans un réflexe de défiance à l'encontre du peuple¹⁹, qui n'est pas propre à la France.

¹² J.-M. Denquin, « Faut-il craindre le référendum d'initiative citoyenne ? », *Commentaire*, 2019/2, n°166, p. 324.

¹³ Bruno Dageron, « La « démocratie représentative » : une contradiction ? », in Pascal Morvan (dir.), *Droit, politique et littérature. Mélanges offerts au professeur Yves Guchet*, Bruylant, 2008, pp. 35-66.

¹⁴ D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie : propositions pour une refondation*, Seuil, 2015, p. 14.

¹⁵ Cette méfiance diverge cependant selon les pays et les partis politiques : Voir not. C. Close, « Rapport au système représentatif et soutien à la démocratie directe et délibérative. Analyse comparée des attitudes des élus nationaux en Europe », *Participations*, 2020-1, n° 26-27, p. 193-222.

¹⁶ L. Morel, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷ Pour un enquête récente, Guillaume Gourgues, Alice Mazeaud, Héloïse Nez, Jessica Sainty, Julien Talpin « Les français veulent-ils plus de démocratie ? Analyse qualitative du rapport des citoyens à la politique », *Sociologie*, 2021/1, vol. 12, p. 14-15.

¹⁸ Un droit de pétition est affirmé par la Constitution (art. 72-1 al. 1^{er}) depuis 2003, mais sa loi d'application n'a toujours pas été adoptée si ce n'est pour les consultations locales (art. L 1112-16 du Code général des collectivités locales, la Nouvelle-Calédonie ou encore des collectivités à statut particulier (Polynésie française, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint Pierre et Miquelon). Des seuils de soutien de 5 à 20 % des électeurs de la collectivité concernée sont prévus, mais cela n'entraîne aucune obligation pour les autorités locales : voir G. Merland, « La pétition locale, un instrument démocratique à renforcer », in *Constitution, Justice, Démocratie Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau*, LGDJ, 2020, p. 478.

¹⁹ L. Morel, *op. cit.*, p. 86.

Or, ces instruments sont à la fois mal connus dans leur diversité²⁰ et présentés de manière trop souvent caricaturale²¹. Les exemples de « mauvais référendums » ou de référendums²² critiquables sont d'ailleurs toujours les mêmes en France : plébiscites napoléoniens, référendums gaulliens, initiatives populaires discriminatoires aux États-Unis ou en Suisse, référendum anti-immigration en Hongrie, Brexit²³... Les référendums sont présentés comme des instruments brutaux, non délibératifs, sujets à manipulation. Ces reproches mettent plus ou moins directement en cause la capacité de discernement des citoyens, leur faculté à saisir les subtilités de sujets complexes, à dépasser leur individualisme et à envisager les conséquences de la décision de la majorité à la fois dans le temps et dans l'espace. Certes, la plupart des référendums proposent un choix binaire sur des questions souvent complexes notamment lorsque la question porte sur l'adoption ou le rejet d'un projet de texte entièrement rédigé. La plupart du temps, le scrutin référendaire est en quelque sorte un vote bloqué puisqu'il porte sur le texte dans son ensemble sans possibilité de l'amender, de scinder ses différentes parties voire les différentes normes proposées. Toutefois, parmi les référendums dits « d'en haut »²⁴ par exemple, une différence importante existe entre des référendums proposés et élaborés seulement par l'exécutif, comme c'est le cas en France de l'article 11 alinéa 1^{er}, et ceux issus de débats parlementaires comme le serait un projet de loi débattu et voté au Parlement avant sa promulgation. Dans le premier cas, les représentants élus par le peuple sont exclus, ou leur intervention est limitée, tandis que dans le second, les représentants élus peuvent débattre, voire amender le texte avant qu'il soit soumis au référendum²⁵. La différence est de taille car dans le premier cas, les représentants ne participent pas à l'élaboration du texte tandis que dans le second, ils y participent et représentent indirectement les citoyens. Par leur intermédiaire les citoyens participent à la délibération sur la norme et à sa confection, et ils l'approuvent ou le rejettent directement. Le prisme du référendum français est à cet égard nécessairement déformant, car nulle part ailleurs en Europe dans les véritables régimes démocratiques libéraux, le Président ne détient un pouvoir aussi discrétionnaire de convoquer un référendum sur un champ d'application aussi étendu incluant la révision constitutionnelle²⁶. En effet, si la possibilité pour un chef d'État de recourir au référendum est assez répandue, elle est généralement plus encadrée comme au Portugal et en Roumanie.

L'amélioration voire le développement des instruments de participation citoyenne n'aura pas pour effet de transformer le régime représentatif sur lequel le mode de gouvernement est basé. En effet, un véritable régime de démocratie directe n'étant pas réalisable à grande échelle, tous les mécanismes de participation des citoyens à la confection de la norme, que ce soit au moment de l'initiative, de la délibération ou de l'approbation, s'inscrivent nécessairement dans un

²⁰ *Id.*, p. 10.

²¹ Par exemple, E. Cohen, B. Manin, D. Rousseau, « Le référendum, un instrument défectueux », *Telos*, 13 juillet 2016, <http://www.telos-eu.com/fr/vie-politique/le-referendum-un-instrument-defectueux.html>, en réponse : Francis Hamon, « Le référendum n'est-il qu'une caricature de la démocratie ? », *Le débat*, 2017, 193, pp. 141-151. Voir également, Jean-Éric Schoettl, « Sur l'intérêt général », *Commentaire*, 2020/4 n° 172, p. 768 ; Jean-Fabien Spitz, « Un moment post-libéral ? », *Raisons politiques*, 2020/4 n° 80, p. 36.

²² Nous retenons ici la notion de référendum au sens large (et non tel qu'il est inscrit dans la Constitution suisse) de manière à englober les initiatives populaires présentées au scrutin populaire.

²³ Le Brexit est le plus fréquemment cité, y compris par le Président Macron lui-même pour rejeter les référendums classiques. Sur le *Brexit*, voir notamment l'analyse de P. Schnapper, « Le *Brexit*. Chaos politique au Royaume-Uni », *Commentaire*, 2019/2, n° 166, p. 315 à 319.

²⁴ F. Hamon, *Le référendum. Etude comparative*, 2012, 2^e éd., LGDJ, p. 17.

²⁵ Bien que non majoritaire dans les États en Europe (L. Morel, *op. cit.*, p. 61 et s.), cette possibilité est présente, par exemple, en Estonie (art. 105 de la Constitution), en Pologne (art. 125 de la Constitution) et au Portugal (art. 115 de la Constitution). En Irlande, les révisions constitutionnelles soumises de manière obligatoire au référendum sont également issues du Parlement (art. 46 et 47 de la Constitution).

²⁶ L. Morel, *op. cit.*, p. 65.

régime représentatif²⁷. D'ailleurs, les mécanismes de participation directe des citoyens à l'élaboration de la norme ne peuvent pas être confondus avec un régime de démocratie directe, même lorsque la place des citoyens est particulièrement importante dans l'ensemble du processus, comme cela est le cas des initiatives populaires dites directes (IPD). En effet, ces dernières conduisent nécessairement à un référendum si le nombre de signatures requis au soutien de la proposition présentée est atteint, à la différence de l'initiative populaire indirecte (IPI) qui, dans certains États, ne conduit jamais au référendum²⁸. Cette procédure permet simplement à une minorité de citoyens de proposer au parlement, le plus souvent, l'adoption d'un texte²⁹.

Si l'initiative populaire est directe, la proposition d'initiative citoyenne concurrence certes directement le pouvoir d'initiative, de délibération (sous forme de débat public général) et de décision des autorités représentatives. Ce mécanisme en plus d'avoir une force d'impulsion, exerce une pression continue sur les représentants et les conduit à rechercher des solutions de compromis. Elles ne suppriment donc pas le pouvoir législatif du parlement, ni le rôle des représentants. De plus, certains mécanismes peuvent être mis en place tels que les contre-projets en Suisse, pour susciter le débat, et permettre aux représentants de reprendre la main en proposant un texte concurrent. Ainsi, que ces initiatives soient adoptées, rejetées ou même retirées par leurs auteurs, elles ont un effet « dynamisant » sur le système politique, car elles offrent aux citoyens, y compris aux minorités, la possibilité d'avoir une influence sur l'agenda politique voire de modifier l'ordre juridique même indirectement en pesant sur les choix politiques des représentants³⁰. De même, dans certains systèmes juridiques, l'entrée en vigueur d'un projet de loi peut se voir suspendue à l'initiative d'une minorité jusqu'à ce que l'ensemble des citoyens se soit prononcé par référendum pour ou contre le texte adopté par le parlement. Cette procédure, qualifiée de référendum veto, existe également en Suisse³¹. Là encore, cette procédure produit des effets sur la confection même de la loi puisque les représentants vont essayer « de réunir un consensus avant même l'adoption des textes » en engageant un « dialogue constructif avec les cantons et les milieux intéressés et plus largement par une large consultation (...) qui se déroule dans la phase de préparation de la législation »³². En pratique, même en Suisse ou dans certains États des États-Unis dans lesquels l'initiative populaire directe et le référendum-veto existent, peu de ces procédures aboutissent réellement à l'adoption d'une norme ou au rejet d'une loi récemment adoptée³³.

Sans nier la représentation, ces mécanismes participent donc au dynamisme de la démocratie représentative en facilitant le contrôle des élus, en rendant les décisions plus transparentes et débattues et en responsabilisant les élus comme les citoyens. En définitive, la participation citoyenne peut améliorer le fonctionnement du système représentatif en rapprochant les élus des citoyens. Ces derniers ne sont pas, par principe, opposés aux élus, mais les uns et les autres collaborent de cette manière à la confection de la norme. Dans tous les cas, les mécanismes proposés s'inscrivent nécessairement dans un régime représentatif. D'ailleurs aucun État ne

²⁷ Voir notamment J.-M. Denquin, *op. cit.*, p. 326 ; F. Garçon, « La Suisse, prospérité, stabilité et droits référendaires », *Commentaire*, 2019/2, n° 166, p. 294 et sq.

²⁸ Art. 71 de la Constitution italienne, par exemple, qui a d'ailleurs fortement inspiré le mécanisme d'initiative citoyenne européenne.

²⁹ Sur cette distinction, voir M. Fatin-Rouge Stefanini, H. Dumont, « L'initiative citoyenne européenne à la lumière du droit constitutionnel comparé », in E. Dubout, F. Martucci, F. Picod, *L'initiative citoyenne européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2019, pp. 43-86.

³⁰ P. Mahon et M. Baer, « La démocratie directe ou semi-directe : un élément de l'ADN de la Suisse », in A. Duffy, *précité*, p. 118.

³¹ Article 141 de la Constitution.

³² P. Mahon, *op. cit.*, p. 117.

³³ Pour la Suisse, P. Mahon souligne notamment que moins de 5 % des initiatives populaires proposées ont été finalement acceptées par les citoyens et les cantons et 2,6 % des actes adoptés au niveau fédéral ont été rejetées par référendum, *id.*, p. 113 et 114.

fonctionne sur la base du recours permanent à des mécanismes de participation directe des citoyens. Même en Suisse ou en Californie, les référendums et les initiatives populaires restent des mécanismes utilisés à titre exceptionnel comparativement aux mécanismes plus ordinaires d'adoption des normes par les représentants. Le mécanisme référendaire comme l'initiative populaire ne peuvent, en outre, rester qu'un mode exceptionnel de gouvernement en raison notamment de l'investissement en temps et en compétences, du coût de l'organisation d'un scrutin et de la technicité de certaines questions notamment lorsque des ordres juridiques s'enchevêtrent (national, régional, international). Il en va de même pour les outils de démocratie participative au sens large, ou ceux de démocratie délibérative. Ils trouvent tous place au sein de systèmes dans lesquels le régime représentatif est et reste la règle. En définitive, la démocratie participative n'exclut pas ni ne s'oppose à la démocratie représentative, elle se combine au fonctionnement traditionnel de régimes de démocratie représentative.

Plus généralement, loin de l'image de processus dangereux pour la démocratie représentative, même si certains risques ne sont pas à négliger³⁴, l'expérience tend à démontrer un possible effet vertueux de l'introduction d'outils de participation directe dans un système représentatif³⁵.

II – Une implication plus grande des citoyens dans les phases d'initiative et de délibération

Les évolutions récentes des mécanismes de participation citoyenne aux politiques publiques sont en lien avec le mouvement des Gilets jaunes initié à l'automne 2018 qui au fil des semaines a eu pour principale revendication l'établissement d'un référendum d'initiative citoyenne. Quatre modalités d'initiatives populaires directes étaient envisagées³⁶. D'une part, deux modalités positives : les propositions de lois constitutionnelles aboutissant à une révision de la Constitution et les propositions de lois ordinaires. D'autre part, les initiatives populaires d'abrogation d'une loi ordinaire, telle qu'on peut les rencontrer en Italie sous le qualificatif de référendum abrogatif³⁷, ou encore le référendum-veto à l'encontre d'un traité international³⁸. Enfin, la procédure de révocation populaire pour les élus nationaux et locaux et pour les membres du gouvernement, c'est-à-dire une initiative populaire dans laquelle une minorité de citoyens remet en cause le mandat d'un élu et demande la convocation d'un scrutin pour confirmer ou destituer ce dernier³⁹. Le Président de la République a répondu à cette demande par l'organisation d'un Grand débat national et un projet d'évolution de la procédure dite de référendum d'initiative partagée, d'autant plus nécessaire que la première initiative

³⁴ Voir notamment G. Scoffoni, « Le référendum d'initiative populaire dans le système constitutionnel américain (Sur quelques enseignements de la démocratie en Amérique...) », in *Constitution, Justice, Démocratie. Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau*, précité, p. 1024-1027. F. Garçon rappelle également que la crainte démagogique était présente en Suisse dès l'instauration des mécanismes de démocratie directe (F. Garçon, *op. cit.*, p. 296) ; comme elle l'a été aux Etats-Unis ce qui explique que de tels mécanismes n'aient pas été transposés au niveau fédéral.

³⁵ L. Morel, *op. cit.*, p. 163 ; F. Garçon, *op. cit.*, p. 297-299 ; G. Scoffoni, *op. cit.*, p. 1023.

³⁶ Une proposition de loi constitutionnelle (voir <https://operationarticle3.home.blog>) figure notamment sur le site Portail gilets jaunes : <https://www.giletsjaunes-coordination.fr>

Voir également, Raul Magni-Berton et Clara Egger, *RIC: le Référendum d'initiative citoyenne expliqué à tous. Au cœur de la démocratie directe*, 2019, Limoges, FYP éditions.

³⁷ Article 75 de la Constitution italienne. L'abrogation suppose que la loi soit entrée en vigueur donc promulguée. Dans la proposition des gilets jaunes, les conditions de cette abrogation n'étaient pas précisées.

³⁸ D'après la proposition des gilets jaunes, l'initiative devrait être déposée dans les 120 jours à compter de la publication du Traité et le scrutin devrait se tenir dans les trois mois à compter de l'obtention du seuil requis qui ne devrait pas excéder 2 % (proposition de modification de l'article 52 de la Constitution).

³⁹ Sur cette procédure voir notamment C.-E. Senac, « Le contrôle populaires des élus » in M. Senik, *Crise de confiance ? La découverte*, 2020, p. 67-70 ; Y. Welp et L. Whitehead (ed.), *The Politics of Recall election*, 2020, Springer, 251 p. (disponible en ligne sur Open edition).

parlementaire actionnant le mécanisme de l'article 11 al. 3 a montré certaines failles dans la procédure⁴⁰ pourtant très encadrée. Le projet de réforme constitutionnelle déposé par le Gouvernement en 2019⁴¹ prévoit à la fois une extension du référendum de l'article 11 al 1er à l'organisation des pouvoirs publics territoriaux et aux questions de société et la transformation de la procédure de RIP dans un sens plus favorable aux citoyens. En effet, cette dernière ferait l'objet d'un article introduit dans un nouveau titre de la Constitution consacré à la participation citoyenne⁴². Si l'initiative de cette procédure continuait à appartenir à une minorité parlementaire (1/10^e des membres du Parlement au lieu de 1/5^e actuellement), le seuil de soutien citoyen serait abaissé à 1 million de signatures, ce qui est un seuil plus facile à atteindre. L'organisation d'un référendum reste toutefois très exceptionnelle, puisqu'il ne sera obligatoire que si la proposition de texte n'est pas examinée par les deux assemblées dans un délai déterminé. En revanche, il ne serait plus possible de se servir de la procédure de RIP comme d'un veto par la minorité parlementaire pour obliger le gouvernement à suspendre les discussions sur un projet de loi ou même son application, comme dans le cas de la loi PACTE en 2019⁴³, au seuil de sa promulgation. Cette proposition de réforme n'a donc rien de radical et se situe loin de la proposition des Gilets jaunes. Malheureusement, avec la montée en puissance des régimes illibéraux, l'amalgame entre référendum et populisme s'amplifie et conduit à disqualifier l'instrument référendaire comme mode alternatif d'adoption des projets et propositions de lois. Par ailleurs, le projet de réforme constitutionnelle présenté en 2019 n'indique toujours pas le caractère législatif, et non constitutionnel, des projets de loi soumis au référendum de l'article 11 al. 1^{er}, ce qui au demeurant ne peut que conforter l'opinion défavorable vis-à-vis d'un outil susceptible de faire l'objet d'une utilisation plébiscitaire. Il nous semble surtout que cette crainte des mécanismes référendaires vient à la fois du caractère exceptionnel de son utilisation et du sentiment que les référendums ne permettent pas le débat, alors même que ce dernier est bien réel même s'il n'est pas institutionnalisé.

La réforme envisagée semble insuffisante au regard du souhait des citoyens de s'impliquer directement. Pour cela, sans l'idéaliser pour autant et tout en ayant conscience de ses imperfections et de ses particularités, l'exemple suisse pourrait être pris en considération avec une adaptation progressive de certains mécanismes aux institutions françaises. Si la procédure du *recall* semble trop éloignée de notre culture constitutionnelle, l'initiative populaire et le référendum veto pourraient être introduits dans les institutions françaises au niveau local comme national. Ces deux mécanismes reposent sur une initiative présentée par une minorité de citoyens.

⁴⁰ Bien que la procédure de RIP ne puisse pas être utilisée pour s'opposer à une loi promulguée depuis moins d'un an (art. 11 al. 3), une minorité parlementaire a déposé une proposition de RIP juste avant la promulgation de la loi PACTE, ce qui a été considéré comme un détournement de procédure par le Gouvernement et une partie de la doctrine (Observations du Gouvernement sur la proposition de loi présentée dans le cadre de l'article 11 de la Constitution - 2019-1 RIP), mais non par le Conseil constitutionnel *lui-même*.

⁴¹ *Projet* de loi constitutionnelle pour le renouveau de la vie démocratique, n° 2203, du 29 août 2019.

⁴² Titre XI « De la participation citoyenne » du projet de loi constitutionnelle n° 2203 du 29 août 2019.

⁴³ A ce sujet, voir M. Fatin-Rouge Stefanini, « La décision n° 1-2019 RIP ou quand un mécanisme voué à l'échec devient un véritable atout pour l'opposition », *RFDC*, 2019/4, n° 120, p. 999-1010.

L'initiative populaire indirecte, telle que pratiquée en Italie⁴⁴, en Espagne⁴⁵ ou encore au sein de l'Union européenne⁴⁶, peut être un premier pas, mais risque rapidement de montrer ses limites si le Parlement conserve un pouvoir discrétionnaire quant aux suites à donner à la proposition soutenue par une minorité de citoyens. Le mécanisme de l'IPI a ainsi un caractère incitatif, mais non contraignant⁴⁷ et peut parfois conduire le parlement à adopter une proposition de loi reprenant la proposition tout en l'adaptant plus ou moins fortement. Une obligation d'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante, si les conditions de recevabilité sont réunies, et l'organisation d'un débat sur l'initiative proposée donneraient plus d'intérêt à ce type de procédure⁴⁸. *A minima*, le rejet d'une proposition devrait être motivé par l'assemblée, comme l'ont indiqué les juridictions de l'Union européenne pour l'ICE. Dans cet ordre d'idées, il convient de remarquer que, depuis 2020, l'Assemblée nationale et le Sénat ont élargi la portée du droit de pétition⁴⁹ en ouvrant la possibilité aux citoyens de déposer des pétitions en ligne qui, si elles recueillent un certain nombre de signatures (500 000 pour l'Assemblée nationale⁵⁰, 100 000 pour le Sénat⁵¹) peut être examinée, voire débattue dans l'hémicycle à certaines conditions. Toutefois, le dépôt de ces pétitions, même soutenues par un nombre important de citoyens, ne lie aucunement les chambres. D'ailleurs, dans les Conditions générales d'utilisation de la plateforme en ligne, l'absence de contrainte pesant sur l'Assemblée nationale est précisée⁵². Pour le Sénat, le règlement n'a pas été encore modifié et la procédure expérimentale de pétitions en ligne⁵³ côtoie celle des pétitions écrites traditionnelles⁵⁴. Bien que le cadre soit plus précis et que le seuil de 100 000 signatures recueillies dans un délai de 6 mois semble obliger la Conférence des Présidents à en tenir compte, cela permet seulement de la transmettre à une commission puis à l'ensemble des sénateurs si les conditions de recevabilité sont remplies. Les sénateurs à leur tour peuvent décider de reprendre cette pétition sous la forme d'une proposition de loi mais, comme toute proposition, si celle-ci est débattue, elle pourra être modifiée sur le fond et donc donner lieu à un texte très différent de celui initialement proposé. Ce droit de pétition même collectif a une portée encore plus faible que l'initiative citoyenne européenne pour laquelle les décisions de rejet doivent être motivées⁵⁵, ce qui n'est pas le cas

⁴⁴ Voir E. Bardazzi et O. Caramaschi, « Italian and European Citizen's Initiatives : Challenges and Opportunities », Luis School of Government, Working Paper Services, SOG-WP39/2017, p. 3. Voir également N. Rodean, « La iniciativa ciudadana en el procedimiento legislativo italiano: de su ineficacia a las propuestas de reforma », *Oñati Socio-legal Series* [online], 2017, 7 (5), p. 1116-1143. Disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=3055268>

⁴⁵ V. Cuesta-López, « The Spanish Agenda Initiative and the Reform of Its Legal Regime: A New Chance for Participatory Democracy ? », in M. Setälä, and T. Schiller, *Citizens' Initiatives in Europe, Procedures and Consequences of Agenda-Setting by Citizens*, Palgrave - Macmillan, London, 2012, p. 193 - 211.

⁴⁶ Voir notamment, E. Dubout, F. Martucci, F. Picod (dir.), *L'initiative citoyenne européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2019, 330 p.

⁴⁷ Dans certains États américains cependant, si le Parlement modifie la proposition des citoyens, cette version amendée doit être approuvée par référendum (Maine) ; de même si le Parlement ne l'approuve pas (Massachusetts, Ohio, Utah moyennant l'acquisition de signatures supplémentaires). Dans l'État de Washington, le Parlement peut proposer un contre-projet.

⁴⁸ Dans le même sens pour le droit de pétition des citoyens au niveau local : G. Merland, *précité*, p. 478.

⁴⁹ Article 147 à 151 du Règlement de l'Assemblée nationale ;

⁵⁰ Voir le site de l'assemblée nationale : https://pétitions.assemblee-nationale.fr/pages/parcours_pétition

⁵¹ <https://pétitions.senat.fr>

⁵² Le point 4.3 des Conditions générales d'utilisation de la plateforme e-pétition indique, pour l'Assemblée nationale : « L'Assemblée nationale et la Conférence des Présidents sont seuls décisionnaires, sans recours possible, quant aux suites données aux pétitions. L'Assemblée nationale n'a pas l'obligation de se justifier ou de motiver sa décision ».

⁵³ Les pétitions en ligne peuvent prendre la forme d'une proposition de loi ou d'une demande de création d'une mission de contrôle sénatoriale.

⁵⁴ Article 87 à 89 bis du Règlement du Sénat.

⁵⁵ Le Tribunal et la Cour de justice de l'Union européenne exigent de la part de la Commission une motivation propre à « spécifier les différents motifs de la décision » de refus d'enregistrement, « eu égard à l'incidence de

pour celles présentées devant l'Assemblée nationale⁵⁶. Le droit de pétition, même soutenu par une minorité de citoyens, n'est donc pas en France, un droit d'initiative populaire⁵⁷. D'ailleurs, il est entièrement maîtrisé par les chambres dans le cadre de leur règlement et ne fait l'objet ni d'une protection constitutionnelle ni d'un encadrement législatif. Ces modalités même faibles, en termes de portée, de pétitions collectives pourraient donc être supprimées par ces mêmes assemblées.

Au regard du risque d'emprise parlementaire ou de verrouillage institutionnel d'un mécanisme d'initiative populaire indirecte sans référendum, une procédure d'initiative populaire directe avec possibilité de contre-projet mérite d'être examinée. L'absence de culture de la participation directe en France, nous incite à ne pas envisager cette procédure pour réviser la Constitution dans un premier temps, une procédure d'IPI pouvant suffire à ce niveau pour l'instant. En revanche, l'IPD pourrait être introduite non seulement au niveau local, -et cela semble même indispensable pour développer cette fameuse culture de la participation bien connue en Suisse sur le plan communal, cantonal et fédéral-, et l'adoption de lois ordinaires au niveau national. Le seuil d'un million de signatures pour une population comptant 47 millions de votants semble plus que raisonnable. Un tel seuil pourrait même être poussé à 1,5 million de signatures. Des limites devraient également être prévues telles que celles s'imposant aux propositions de loi parlementaire en matière de recevabilité financière (comme en matière de RIP au demeurant⁵⁸), l'impossibilité de remettre directement en cause des engagements internationaux⁵⁹, ou des décisions de justice ou encore de vider de leurs substances les dispositions législatives mettant en œuvre des droits et libertés constitutionnellement garantis. En outre, un contrôle préalable de l'initiative, avant le recueil des signatures, et obligatoire devrait être confié au Conseil constitutionnel. Ces garanties sont nécessaires pour éviter une utilisation démagogique de cet outil qui permet au demeurant de contourner le Parlement, par la présentation au scrutin populaire d'un texte entièrement rédigé. Enfin, comme en Suisse, pour les initiatives populaires proposant une révision de la Constitution, une fois le nombre de signatures requis atteint, le Gouvernement ou une majorité parlementaire pourrait proposer un contre-projet concurrent à l'initiative populaire⁶⁰. Le Gouvernement ou le Parlement pourraient également proposer le rejet, par un avis public et motivé, du texte proposé. Ce rejet peut d'ailleurs être proposé parallèlement à la présentation d'un contre-projet. Le jour du scrutin populaire, les citoyens pourraient, comme en Suisse, voter à la fois pour ou contre la proposition d'initiative populaire, pour ou contre le contre-projet et se prononcer sur leur préférence entre les deux dans le cadre d'une question subsidiaire⁶¹.

celle-ci sur l'exercice effectif du droit consacré par le traité », Trib. UE, 3 février 2017, aff. T-646/13, *Bürgerausschuss für Bürgerinitiative Minority SafePack- One million signatures for diversity in Europe c. Commission*, § 18 ; CJUE, 12 septembre 2017, aff. C-589/15 P, *Anagnostakis c. Commission*, § 23-43.

⁵⁶ Pour le Sénat, la plateforme e-pétition précise que bien que les décisions de la Conférence des Présidents sont des actes politiques insusceptibles de recours devant un juge, les décisions prises à chaque étape de la procédure de pétition font l'objet d'une motivation et sont publiées sur le site (Foire aux questions – Conditions générales. 2.).

⁵⁷ Il en va de même au niveau local, voir G. Merland, *précité*, p. 470 et *sq.*

⁵⁸ Conseil constitutionnel, n° 2013-681 DC, 5 décembre 2013, *Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution*.

⁵⁹ Toutefois, une remise en cause indirecte doit rester possible si ces engagements se révèlent inadaptés.

⁶⁰ Article 139, 5) de la Constitution fédérale.

⁶¹ Pour la Suisse, ces possibilités sont prévues, pour les initiatives de révision partielle de la Constitution, par l'article 139b de la Constitution fédérale et les articles 75a et 76 de la loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976. Sont également opposables des « contre-projet indirects » qui peuvent, par exemple, prendre la forme d'une loi adoptée par le Parlement et sont susceptibles de faire l'objet d'un référendum-veto. Voir notamment l'article 73 a de la Loi fédérale sur les droits politiques.

Une option intermédiaire entre l'initiative populaire indirecte sans référendum et l'initiative populaire directe avec référendum obligatoire en cas d'aboutissement de l'initiative (c'est-à-dire si l'initiative est recevable sur la forme, le fond et qu'elle a recueilli suffisamment de signatures de soutiens), est l'initiative populaire présentant un texte « en termes généraux ». Dans ce cas, si l'initiative a recueilli suffisamment de signatures, le Parlement peut soit la rejeter, et dans ce cas un vote populaire est organisé⁶², soit l'accepter auquel cas il est tenu de rédiger un projet devant « refléter strictement le contenu et les objectifs visés par l'initiative populaire »⁶³. Si l'Assemblée nationale et le Sénat n'arrivent pas à s'entendre sur le texte ou si l'une des deux chambres ou les deux le rejettent, leurs dernières délibérations (ex. le texte approuvé par l'Assemblée nationale et le rejet du Sénat) sont soumises au vote populaire.

Bien évidemment, ces procédures complexes mériteraient d'être précisées et adaptées à nos institutions. Toutefois, force est de constater qu'en Suisse, les initiatives populaires conçues en termes généraux sont peu nombreuses et même tombées en désuétude depuis les années 80 au regard du potentiel plus intéressant offert par l'initiative populaire directe⁶⁴.

La procédure d'initiative populaire pourrait être complétée par une procédure de référendum-veto consistant à prévoir une période durant laquelle des signatures peuvent être collectées afin de s'opposer à l'entrée en vigueur d'un acte normatif. Le référendum-veto se distingue du référendum abrogatif dont l'adoption ne semble pas utile si une procédure d'initiative populaire directe sur une norme de même type est prévue. En effet, rien n'interdit aux auteurs d'une initiative populaire de proposer une loi en abrogeant une déjà entrée en vigueur.

Si l'on suit, une nouvelle fois, l'exemple de la Suisse⁶⁵, un référendum-veto pourrait être organisé à la demande d'un million de citoyens sur les lois ordinaires y compris pour la ratification des traités internationaux. Nous préconisons cependant que ce référendum soit différé en cas de saisine du Conseil constitutionnel afin de ne pas permettre que le vote référendaire tienne lieu de validation des éventuelles inconstitutionnalités d'une loi. De même, si le texte est soutenu par une majorité des citoyens, cela ne devrait pas empêcher le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi (adoptée par le Parlement et validée par la majorité des citoyens s'étant exprimés) dans le cadre d'une QPC.

Enfin, et sans préjudice de ce qui pourra être écrit dans la seconde partie de cet ouvrage, les procédures référendaires elles-mêmes pourraient être revues afin d'introduire une phase délibérative institutionnalisée et de limiter le risque d'instrumentalisation. L'introduction d'une

⁶² En Suisse, l'Assemblée fédérale dispose de deux ans pour se prononcer sur l'approbation ou le rejet d'une initiative populaire de révision constitutionnelle conçue en termes généraux : article 103 de la Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002.

⁶³ A l'instar de la procédure décrite à l'article 104, 2) de la loi sur l'Assemblée fédérale suisse.

⁶⁴ Voir à ce sujet, P.Mahon, *Droit constitutionnel - Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, 3e édition, Bâle/Neuchâtel 2014, Editions Helbing, p. 182 et Luc Gonin, *Droit constitutionnel suisse - Fondements, institutions et défis*, Zurich/Bâle/Genève 2015, Editions Schulthess, p. 64 constatant que moins d'une dizaine d'initiatives populaires ont été proposées en termes généraux. Voir également, le site du Parlement Suisse : <https://www.parlament.ch/fr/über-das-parlament/portrait-du-parlament/statut-assemblée-federale/le-peuple-et-assemblée-federale/initiatives-populaires>

⁶⁵ Le référendum veto facultatif est prévu à l'article 141 de la Constitution : « Si 50 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote ou huit cantons le demandent dans les 100 jours à compter de la publication officielle de l'acte, sont soumis au vote du peuple :

a. les lois fédérales ; b. les lois fédérales déclarées urgentes dont la durée de validité dépasse un an ;

c. les arrêtés fédéraux, dans la mesure où la Constitution ou la loi le prévoient;

d. les traités internationaux qui : 1. sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, 2. prévoient l'adhésion à une organisation internationale, 3. contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales ».

phase délibérative permettrait d'enrichir en termes d'argumentation la qualité des débats qui ont lieu dans l'espace public autour d'un référendum, que ce soit dans le cadre d'une campagne référendaire ou en dehors de toute forme d'encadrement. En effet, on reproche souvent aux référendums leur caractère binaire et, par opposition aux décisions adoptées dans le cadre d'assemblées représentatives, l'absence de délibération publique autour de la norme ou du choix proposé aux citoyens. Les théoriciens de la démocratie délibérative⁶⁶ soutiennent en effet que la légitimité d'une décision repose non sur la volonté de tous, réduite en pratique à l'expression d'une majorité lors d'un vote, mais sur la délibération de tous⁶⁷. La qualité du débat devient le point central du processus décisionnel et de ce fait, la participation des citoyens à la délibération est considérée comme au moins aussi importante que l'expression de la volonté de chacun à travers le vote puisqu'elle participe à un processus décisionnel éclairé. Concrètement, la montée en puissance du phénomène délibératif se traduit par la multiplication des mécanismes appelant les citoyens à débattre d'une problématique locale ou nationale notamment sous la forme d'assemblées de citoyens intéressés par un sujet ou de citoyens tirés au sort ou encore d'assemblées mixtes composées de citoyens tirés au sort et d'élus⁶⁸.

En matière référendaire, des expériences ont été tentées en Oregon⁶⁹ et en Irlande⁷⁰, de réunion d'une assemblée citoyenne, composée de citoyens tirés au sort, pour débattre d'un sujet avant leur soumission au référendum. Les résultats des débats organisés dans ces assemblées ont été présentés aux votants, sur une seule page, dans le cadre du matériel électoral distribué quelques jours avant le scrutin. Concrètement, pour tout sujet, un résumé de la proposition pourrait être fourni avec des indications sur les conséquences de l'adoption du projet, les arguments favorables d'après les citoyens assemblés et les arguments contre et une synthèse de leur avis avec l'état de leurs votes.

Dans les expériences précitées, cette présentation synthétique a permis d'enrichir la réflexion des votants et d'après les sondages, aurait influencé leur vote. Si cette solution a nécessairement un coût, elle permettrait d'institutionnaliser un débat pré-référendaire ou, au moins, de mieux éclairer les citoyens avant le vote. Une meilleure compréhension de la norme facilite par ailleurs son acceptation donc, en principe, son application. Les éclaircissements portés au débat référendaire, avant le vote, permettent également de lutter contre les risques de manipulation des votants.

La limitation du risque d'instrumentalisation passe en outre par un contrôle préventif de la recevabilité des référendums qu'il soit d'initiative populaire ou qu'il provienne des élus, ce qui donne du sens à la présence d'un juge, et en particulier du juge constitutionnel, dans le processus de confection de la loi avec participation populaire (III).

⁶⁶ L. Blondiaux et Y. Sintomer, « L'impératif délibératif », *Politix*, n° 57, 2002, p. 17-35 ; J. Fishkin, *The Voice of the People : Public Opinion and Democracy*, Yale University Press, 1995, 256 p. ; B. Manin, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, n° 33, 1985 ; N. Mayer, « Le sondage délibératif au secours de la démocratie », *Le Débat*, 1997, n° 96, p. 67-72 ; Julien TALPIN, « Qualité de la délibération », in Casillo I. et al. (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013, disponible sur <http://www.dicopart.fr/fr/dico/qualite-de-la-deliberation>.

⁶⁷ Voir notamment B. Manin, *op. cit.*, p. 11 : « la source de la légitimité n'est pas la volonté déjà déterminée des individus mais son processus de formation, la délibération ».

⁶⁸ Par ex. au niveau national : G 1000 en Belgique, assemblées ou conventions citoyennes pour la révision constitutionnelle en Irlande et en Islande, et pour le climat : France, Royaume-Uni.

⁶⁹ K. R. Knobloch, J. Gastil, T. Reitman, « Délibérer avant le référendum d'initiative citoyenne : l'Oregon Citizen's Initiative Review », *Participations*, 2019/1, no 23, p. 93-121.

⁷⁰ A la différence des Citizen's Initiative Review en Oregon, l'assemblée citoyenne irlandaise n'a pas été intégrée au processus référendaire, mais un référendum a suivi l'un des sujets abordés par cette assemblée, l'avortement. Voir not. D. Courant, « Citizens' Assemblies for Referendums and Constitutional Reforms: Is there an "Irish model" for Deliberative Democracy ? », *Frontiers in Political Science*, 8 janvier 2021 disponible sur <https://doi.org/10.3389/fpos.2020.591983>.

III – Le juge constitutionnel acteur du processus de participation citoyenne à la confection de la loi

La question de la fonction représentative des juges constitutionnels a toujours été très discutée⁷¹. Sans entrer dans ce débat, force est de constater d'une part qu'ils sont nommés par des représentants élus, d'autre part que leur statut vise à garantir leur impartialité, et qu'enfin ils constituent des interprètes parmi d'autres de la Constitution, et par ce biais tentent de représenter la volonté actualisée du constituant. Leur rôle dans le processus législatif est également connu. Qualifiés de législateur négatif, de co-législateur⁷², de troisième chambre ou présentés comme un rouage de la procédure législative, particulièrement dans le cadre d'un contrôle *a priori* des normes⁷³, le contrôle de constitutionnalité opéré, les décisions de conformité ou de non-conformité rendues et surtout les interprétations données dans ces décisions en font des acteurs déterminants de la confection de la loi.

Dans la mesure où les citoyens seraient dotés de prérogatives plus importantes leur permettant d'initier, de débattre de la loi, de la valider plus fréquemment ou de la remettre en cause par l'intermédiaire d'un droit au veto ou d'un droit à l'abrogation, le rôle du juge constitutionnel serait-il modifié ?

On connaît la frilosité manifestée par le Conseil constitutionnel à l'encontre des lois référendaires, qui interdit tout contrôle de celles-ci dans le cadre *a priori* et *a posteriori*⁷⁴ au motif notamment qu'il dispose d'une compétence d'attribution ne lui permettant de connaître que des lois adoptées par le Parlement. Aussi contestable que puisse être cette position qui conduit à sacraliser les lois référendaires au point d'ignorer les possibles instrumentalisation de ce processus et les atteintes possibles à la Constitution, force est de relever que trois exceptions importantes demeurent : un contrôle possible des lois modifiant une loi référendaire, un contrôle des actes préparatoires au référendum susceptible de générer un contrôle des textes soumis au référendum, mais également des conditions d'organisation du référendum, et, enfin, un contrôle obligatoire et préalable des initiatives parlementaires susceptibles d'être soutenues par un dixième du corps électoral et de faire l'objet d'un référendum. Inévitablement ces trois possibilités devraient être plus utilisées si le nombre de lois, d'initiatives populaires ou non, adoptées par référendum venaient à se multiplier.

⁷¹ Voir notamment, D. Baranger, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in C. Grewe et al. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, p. 115-135 ; D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », in G. Drago et al. (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999 p. 363-376 ; M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990-1, p. 31-48 et pour une approche différente et critique « Contrôle de constitutionnalité, démocratie et représentation », in *Constitution, Justice, Démocratie Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Rousseau*, LGDJ, 2020, p. 553-563 ; D. Turpin, « Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui », *Commentaire*, 1992, vol. 15, n. 58, p. 381-390.

⁷² M. Cappelletti, « Des juges législateurs », in *Le pouvoir des juges*, Economica, PUAM, coll. « Droit public positif », 1990, p. 23-113

⁷³ Voir notamment G. Bergougnous, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Les Nouveaux Cahiers du conseil constitutionnel*, 2013-1, n° 38, p. 15.

⁷⁴ Décisions n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel* ; n° 313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du Traité sur l'Union européenne* et n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie*.

Le contrôle des lois parlementaires modifiant les lois référendaires, affirmé par le Conseil constitutionnel⁷⁵, ne peut qu'apparaître paradoxal puisque les lois référendaires, dotées d'un statut particulier par refus de contrôle du juge, perdent cette sacralité par la simple volonté du législateur alors qu'on aurait pu s'attendre au respect d'un certain parallélisme des formes. L'absence de ce dernier ne fait que conforter d'ailleurs la non remise en cause du caractère représentatif du régime en l'état. Il n'en reste pas moins que ce contrôle permet indirectement d'opérer une vérification de la qualité de la loi sur la forme comme sur le fond, et d'inciter si nécessaire le législateur à être plus intelligible.

Le contrôle des actes préparatoires au référendum pour sa part, est une voie ouverte à titre exceptionnel par le Conseil constitutionnel, avec moult précautions quant à la portée de son contrôle et qui devra tôt ou tard donner lieu à des éclaircissements. En effet, l'exercice d'équilibriste auquel s'est livré le Conseil constitutionnel et le flou volontairement entretenu ne participent pas à la qualité de sa jurisprudence, ni même à la prévisibilité du droit. Ce contrôle découle d'une interprétation extensive des compétences que tient le Conseil de l'article 60 de la Constitution pour assurer la « régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV » de la Constitution⁷⁶. Il considère en effet : « qu'en vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution, il appartient au Conseil constitutionnel de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics » (cons. n° 5). Cela signifie que le principe d'une compétence strictement consultative sur les actes préparatoires au référendum demeure, mais seulement à titre exceptionnel, des réclamations portant sur ces actes peuvent être déclarées recevables par le Conseil au cas où les irrégularités éventuelles auraient des conséquences particulièrement graves. Dans sa décision *Hauchemaille et Meyet* du 24 mars 2005, le Conseil constitutionnel avait été conduit à vérifier notamment la légalité du décret organisant le référendum pourtant sur la loi de ratification du Traité instituant une Constitution pour l'Europe et avait été incidemment interrogé sur la conformité de ce dernier à la Charte de l'environnement. S'il a répondu par une formule évasive afin de ne pas trancher définitivement la question de sa compétence, en constatant « qu'en tout état de cause le Traité n'est pas contraire à la Constitution », il n'en reste pas moins que ce contrôle des actes préparatoires a ouvert la voie à un contrôle possible, mais pas certain, de la constitutionnalité des actes auxquels renvoient ces mêmes actes préparatoires. Ceci constituerait en quelque sorte le dernier rempart contre une utilisation illibérale de l'instrument référendaire.

Enfin, le contrôle préalable et obligatoire des initiatives dites partagées a été, à l'inverse des deux autres, pensé pour éviter qu'une loi référendaire d'origine minoritaire puisse porter atteinte à la Constitution. Il s'agit d'un contrôle complet et poussé opéré dès le dépôt de l'initiative⁷⁷.

Si la participation des citoyens venait à être développée et à peser plus fortement sur le processus de confection de la loi, ces deux premières possibilités de contrôle ne devraient pas continuer à apparaître comme le résultat de la non-anticipation par les constituants de

⁷⁵ Décision n°89-265 DC du 9 janvier 1990, *Amnistie en Nouvelle-Calédonie*.

⁷⁶ Conseil constitutionnel, n°2000-21 REF du 25 juillet 2000, *Hauchemaille*.

⁷⁷ Contrôle prévu par l'article 61 al. 1 et précisé par les articles 45-1 à 45-6 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel. Voir sur ce point, « Juger le référendum », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXXIV-2018, Economica-PUAM, 2019, pp. 57-68.

problématiques constitutionnelles et l'utilisation opportune, et au demeurant non-contestée au point d'être remise en cause, de ces failles par le juge constitutionnel.

Le développement des initiatives populaires conduirait nécessairement à renforcer le rôle du juge constitutionnel. En effet, l'exercice du droit d'initiative populaire législative est généralement soumis à un examen préalable et obligatoire lorsqu'il peut conduire à un référendum⁷⁸ afin de s'assurer que les limites constitutionnelles et législatives déterminées par l'exercice de ce droit soient respectées. Un contrôle de la qualité de la proposition populaire est également indispensable et permettrait au Conseil constitutionnel à la fois de transposer sa jurisprudence relative à la qualité des normes, et notamment leur intelligibilité, et de développer une jurisprudence plus spécifique aux initiatives populaires. Ainsi, il devrait vérifier la clarté du texte, sur la forme mais également quant à sa portée, que ce texte soit soumis aux seuls parlementaires ou qu'il soit soumis au vote populaire par référendum. Il pourrait également exiger l'homogénéité (ou l'unité de matière) du texte proposé, sa précision et sa cohérence d'ensemble ainsi que par rapport à l'insertion de la norme proposée dans l'ordre juridique. L'ensemble de ces éléments se situent dans le prolongement de la mission de garant de la qualité des normes législatives déjà assumées par le Conseil constitutionnel. S'il s'agit d'une proposition d'abrogation, la nécessité de ne pas priver de garanties légales une exigence constitutionnelle⁷⁹, par exemple, devra aussi être vérifiée. De même, si les conventions citoyennes devaient être développées et peser réellement sur le processus législatif, de manière parallèle, concurrente ou complémentaire par rapport aux assemblées législatives, il conviendrait de s'assurer de la qualité et de la sincérité des débats en leur sein comme pour ces dernières.

Bien qu'il soit plus limité, un examen de la recevabilité d'une initiative populaire qui permettrait de modifier la Constitution devrait également être prévu, et possiblement confié au juge constitutionnel, en particulier lorsque des limites à la révision constitutionnelle sont fixées. A cet égard, le modèle suisse à ses limites, et le contrôle très succinct opéré par l'Assemblée fédérale n'est pas satisfaisant⁸⁰. Des garde-fous devraient être prévus afin notamment d'éviter les dangers accrus que représentent les initiatives populaires directes pour des minorités dites « impopulaires »⁸¹. Si les autorités suisses ont jusqu'à présent trouvé les moyens d'assurer une interprétation conforme de la Constitution avec ses engagements internationaux, et notamment la Convention européenne des droits de l'Homme, les dangers pesant sur les droits fondamentaux ne sont pas à négliger⁸².

Le référendum-veto doit également ne pas entraver, à notre sens, l'exercice par le juge constitutionnel de son contrôle de constitutionnalité. Si en Suisse, l'existence du référendum veto est parfois avancé pour justifier l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, cet argument n'est pas soutenable. Le contrôle exercé par les citoyens en acceptant ou rejetant un texte lors d'un vote, lorsqu'une minorité décide de convoquer un référendum, n'est pas comparable au contrôle exercé par le juge constitutionnel. Dans le premier cas, le peuple par référendum se prononce sur l'opportunité politique du texte et non sur sa conformité à la Constitution à la différence du juge constitutionnel.

⁷⁸ Ainsi en Albanie, en Italie, au Portugal (quel que soit l'initiateur), en Roumanie (même sans référendum) ou encore en Slovénie ce contrôle de recevabilité qui se combine parfois avec un contrôle de la constitutionnalité est obligatoire tandis qu'il est facultatif en Croatie et en Slovaquie.

⁷⁹ Conseil constitutionnel, n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*.

⁸⁰ En plus d'être un contrôle de recevabilité opéré par un organe politique, la seule limite de fond est le non-respect des règles impératives du droit international.

⁸¹ M. Fatin-Rouge Stefanini, « Referendums, Minorities and Individual Freedoms » in L. Morel et M. Qvortrup, *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, Routledge ed., 2018, pp. 371-387.

⁸² Voir notamment, P. Mahon, *op. cit.*, p. 122-123.

Enfin, en tant que juge des élections et des référendums, le Conseil constitutionnel a également une mission de surveillance du bon déroulement des opérations préalables au scrutin et du scrutin lui-même qui vise à s'assurer notamment du respect par les citoyens de leur liberté de choix et de leur liberté de vote. Il veille ainsi à garantir l'authenticité des choix exprimés et, plus généralement, la sincérité du scrutin. A cette fin, il exerce notamment un contrôle de la loyauté et de la clarté de l'ensemble du processus référendaire qui se retrouve, quel que soit le scrutin considéré.

Ainsi, loin d'être un obstacle à la participation citoyenne, la juridiction constitutionnelle peut accompagner les citoyens en protégeant leurs droits et notamment leur droit à la participation. Avec la première décision RIP⁸³, il a ainsi validé la possibilité de déposer une proposition de RIP sur une question discutée par le parlement, tant que celle-ci n'a pas donné lieu à une disposition promulguée, parce que cette possibilité n'était pas clairement proscrite par la Constitution. Ce faisant, il s'est placé en gardien de la prérogative de la minorité parlementaire, mais également du droit des citoyens de soutenir une proposition d'initiative minoritaire. Cette interprétation s'inscrivait d'ailleurs dans la logique de la réforme constitutionnelle de 2008 consacrant de nouveaux droits pour les minorités parlementaires et pour les citoyens. Si la participation citoyenne venait à être développée, de nouveaux équilibres constitutionnels en découleraient auxquels le juge constitutionnel notamment serait ainsi chargé de veiller. L'intervention de la juridiction constitutionnelle serait ainsi requise à la fois pour s'assurer du respect des droits des citoyens dans le processus de confection de la loi, pour veiller à la qualité de la loi elle-même, et au respect plus général de la qualité du processus de prise de décision.

Conclusion :

En définitive, le mouvement des gilets jaunes a permis de réaliser que les institutions françaises devaient évoluer, car les citoyens ne peuvent plus se contenter de s'exprimer uniquement par le biais de leurs représentants. Avec les réseaux sociaux et internet, les modes de communication sont beaucoup plus directs et cela incite les citoyens à vouloir prendre part au processus décisionnel en matière de politiques publiques. Sans bouleverser fondamentalement le système représentatif traditionnel, des mécanismes de participation directe que ce soit en termes de proposition, de délibération ou de décision, peuvent être introduits, voire développés en privilégiant sans doute le niveau local et la législation nationale dans un premier temps. Une combinaison d'initiative citoyenne, de délibération citoyenne, de délibération par des représentants élus et de référendum pourrait même être envisagée à l'image des expériences de l'Irlande et de l'Oregon. Cela pourrait contribuer à développer une culture de la participation voire du consensus démocratique parmi les citoyens, tout en permettant une meilleure acceptation des normes co-construites. Cela suppose également une attention particulière portée à la formation des citoyens à l'esprit critique⁸⁴ et au débat public. Le rôle d'autres acteurs, tels que le juge constitutionnel au niveau national, serait également amené à évoluer pour accompagner cet accroissement de la participation citoyenne à la fois pour l'encadrer de manière satisfaisante, mais également pour lui permettre de s'épanouir tout en réglant les rapports avec les autres institutions, notamment parlementaires.

⁸³ Décision n° 2019-1 RIP du 9 mai 2019, *op. cit.*

⁸⁴ G. Bronner, « Les démocraties et la méfiance », *Commentaire*, 2019/2, n° 166, p. 252.