

La démocratie locale directe à l'épreuve de la loi
Communication provisoire, 10^e Congrès français de droit constitutionnel
Lille – 23 juin 2017 – Atelier A

« *À long terme, encourager le recours apaisé au référendum par un assouplissement de son usage au niveau local pour les collectivités territoriales volontaires, en autorisant plusieurs questions concomitantes et un recours plus adapté au calendrier local* ». C'est notamment en ces termes qu'un récent rapport sénatorial déposé le 17 mai 2017 faisait oeuvre de propositions - celle-ci étant la cinquième sur dix - appelant à l'émergence d'une « *démocratie coopérative* »¹. Le point de départ de la réflexion de la mission sénatoriale, formulé sous forme de constat, est désormais relativement récurrent : contestation croissante des décisions prises par des représentants élus, blocage du processus de décision, fragilisation du lien de confiance entre élus et électeurs confinant peut-être à une véritable défiance. La proposition sénatoriale n° 5 résonne particulièrement à l'exposé de ce constat dès lors que la démocratie dite locale, à laquelle elle fait nécessairement référence et qui est ancienne, ambitionne précisément de rapprocher élus et électeurs, pouvoir de décision et lieu d'exécution. Le rapport invite ce faisant à une analyse critique des dispositifs de légitimation de la décision publique locale mis en œuvre dans le cadre du renforcement de la décentralisation prôné par le constituant en 2003 : les procédés de participation des électeurs locaux, organisés sur le fondement de la Constitution et mis en œuvre par le législateur, sont-ils à la hauteur des aspirations citoyennes vis-à-vis des processus de décision publique ?

Confronter la démocratie telle qu'elle est organisée au niveau constitutionnel à sa mise en œuvre par le législateur revient à poser plus profondément la question des liens entre légitimité et légalité. Sous ce prisme, s'intéresser plus spécifiquement à la démocratie locale est essentiel dès lors qu'elle est le cadre d'adoption de décisions publiques qui relèvent de la norme administrative, soumises à ce titre au principe de légalité. Si la doctrine administrativiste du début du XX^e siècle liait très largement légitimité et légalité, s'intéressant systématiquement aux finalités du droit administratif, le succès du courant objectiviste a conduit à ne fonder le droit administratif que sur la seconde, oubliant que la contrainte est d'autant plus forte que lorsqu'elle est acceptée. On peut toutefois relever un véritable renouveau de ces questions, qui sont au cœur des mutations contemporaines du droit administratif et qui ont pris corps à travers, notamment, la notion de démocratie administrative. Le droit des collectivités locales en est un des fers de lance.

En effet, telle qu'elle est organisée en France, la décentralisation territoriale est précisément un vecteur de rapprochement entre légitimité et légalité. La reconnaissance d'une autonomie et d'un pouvoir réglementaire au profit des collectivités territoriales s'est inscrite nettement dans le champ de la légitimité, dès lors qu'il s'agissait de rapprocher les lieux de pouvoir et de décision des lieux de leur exécution. Dans le même temps, le pouvoir des collectivités décentralisées se limite à l'élaboration d'actes administratifs, soumis au respect des règles de droit qui leur sont supérieures et, en premier lieu, de la loi. Le contrôle de l'action des

¹ H. CABANEL, Ph.BONNECARRERE, « Décider en 2017 : le temps d'une démocratie "coopérative" », Rapport d'information, mission d'information sur la démocratie représentative, démocratie participative, démocratie paritaire : comment décider avec efficacité et légitimité en France en 2017, Sénat, 17 mai 2017, 314 p.

collectivités territoriales, opéré par le juge administratif, s'inscrit alors dans le cadre de la préservation de la légalité. De cette nature duale, il ressort que la démocratie locale, impliquée par la décentralisation, permet sans doute de donner un éclairage très actuel à la relation nécessaire, mais potentiellement conflictuelle, entre légitimité et légalité.

Définir la démocratie locale n'est pas aisée, notamment parce que chaque analyse qui entend en présenter l'émergence, le contenu ou les limites informe, en filigrane, sur la définition que l'on en retient. Partant commodément de son sens courant relevé par Julie Benetti, c'est-à-dire « *l'ensemble des procédés de participation du public à l'échelle locale* »², on notera simplement que dans son organisation en droit français, elle est traditionnellement marquée par sa nature représentative, conforme à la tradition française. Pourtant, la participation des électeurs ou plus largement des administrés à l'élaboration des décisions locales trouve désormais de solides fondements constitutionnels, donnant toute sa substance à une véritable démocratie locale directe. L'administration locale est perçue depuis longtemps comme un véritable laboratoire des processus d'association des administrés à l'élaboration des décisions publiques. La proximité des lieux de pouvoir aidant, cette participation s'est d'abord historiquement développée soit de manière spontanée, soit sous les effets de dispositions législatives. Les avancées demeurant limitées en la matière, le renforcement de la décentralisation en 2003³ s'est ainsi accompagné de la constitutionnalisation d'un principe de participation des électeurs à l'exercice des compétences locales, à travers les articles 72-1 et 72-4 de la Constitution, ce dernier concernant spécialement les collectivités d'outre-mer. La loi constitutionnelle précitée du 28 mars 2003 devait ainsi introduire dans la Constitution des procédés dits de démocratie directe à l'adresse des collectivités territoriales et notamment un référendum décisionnel local. Plus récemment, cette démocratie locale directe a également bénéficié d'une autre réforme : il convient en effet de faire référence à l'article 7 de la Charte de l'environnement lequel énonce un principe de participation de toute personne à l'élaboration des décisions publiques susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement. Conformément à ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel, toutes les décisions publiques de toutes les personnes publiques sont concernées, y compris celles adoptées par les collectivités territoriales⁴ : la démocratie locale directe est ainsi désormais renforcée, sur le plan de ses sources, par le prisme du droit de l'environnement.

Si les fondements constitutionnels de cette démocratie locale directe ne posent donc désormais pas de difficultés, leur mise en œuvre est en revanche davantage problématique. Les procédés de la démocratie locale sont en effet multiples : consultation à objet statutaire, droit de pétition, référendum local et consultation électronique ou plus classique. Tous ne répondent pas aux mêmes besoins, mais tous sont à la disposition des élus locaux. Pourtant, symbole de cette démocratie locale directe, le référendum a été encore récemment présenté comme une « *procédure*

² J. BENETTI, « *Les nouvelles formes de démocratie locale* », in M. VERPEAUX, B. MATHIEU, ss la dir. de, *Les mutations constitutionnelles des collectivités territoriales*, Dalloz, 2014, p. 73.

³ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 *relative à l'organisation décentralisée de la République*, JORF 29 mars 2003, p. 5568 ; *RFDA*, 2003, dossier p. 661 et *RFDA*, 2004, n° 1, dossier p. 7 ; *Rev. jurid. de l'océan Indien*, 2003, n° 3, dossier p. 7 ; *Dr. adm.*, 2003, n° 4, chron. J.-B. AUBY.

⁴ V. la décision de principe : CC, 23 nov. 2012, *Assoc. FNE et a.*, n° 2012-282 QPC, *Rec.* p. 596 ; *JCPA*, 2013, n° 1-2, p. 42, note A. CAPITANI et M. MORITZ ; *Constitutions*, 2013, n° 4, p. 612, chron. K. FOUCHER ; *RJEP*, 2013, n° 708, p. 3, comm. R. FRAISSE ; *RJE*, 2013, n° 1, p. 103, chron. Ph. ZAVOLI.

très rarement mise en œuvre et qui paraît “anormale”, “exogène” à l’univers de la démocratie locale»⁵. Les débats ont à ce titre été relancés suite à la création d’une procédure de consultation locale portant sur des projets susceptibles d’avoir une incidence sur l’environnement, mise en œuvre pour la première et unique fois au sujet du projet d’aéroport à Notre-Dame-des-Landes. L’ordonnance⁶ qui prévoit cette nouvelle procédure a été contestée devant le juge administratif, par diverses associations, qui estimaient notamment qu’elle méconnaissait « l’article 7 de la Charte de l’environnement, le principe de libre administration des collectivités territoriales, le principe d’indivisibilité de la République et la souveraineté nationale »⁷. Ce faisant, les requérants soulevaient une question que l’on peut ainsi résumer et à laquelle on se propose d’apporter quelques réponses : la démocratie locale directe serait-elle victime de sa mise en œuvre par le législateur ?

Présenter la loi comme une limite à l’action des collectivités locales n’a de prime abord rien de surprenant : révélant l’organisation unitaire de l’Etat, la décentralisation se fait dans le seul cadre prévu par la loi. Simplement, allant plus loin dans cette logique, il nous semble que le législateur véhicule une certaine conception de la démocratie locale, sur le fondement de son rôle de conciliateur de divers principes d’ordre constitutionnel. Il existe en effet dans la Constitution des principes susceptibles de limiter le développement du caractère direct de la démocratie locale, alors même que celle-ci dispose également d’une reconnaissance constitutionnelle. Ainsi, de notre point de vue, la mise en œuvre de la démocratie locale directe par le législateur tend à privilégier davantage les principes de libre administration des collectivités territoriales, d’unité de la République et de souveraineté nationale plutôt qu’une réelle association des électeurs à l’exercice des compétences locales. Le cadre législatif de la démocratie locale apparaît ainsi très largement contradictoire avec le développement d’une démocratie locale directe **(I)**. Si le caractère exclusif de ce cadre tend à s’imposer, il n’est toutefois pas parfait et permet d’envisager une démocratie locale directe au-delà de la loi **(II)**.

I. La démocratie locale directe contre la loi

Alors que la Constitution offre de solides fondements au développement d’une participation directe des électeurs et administrés aux décisions locales, la mise en œuvre de ces fondements par le législateur paraît davantage obéir à d’autres principes, également contenus dans le texte constitutionnel. Le cadre législatif de la démocratie locale privilégie ainsi une conception représentative de la démocratie, laquelle irrigue le principe de libre administration des collectivités territoriales **(B)**. La démocratie locale directe cède également face aux principes d’unité de la République et de souveraineté nationale, tendant à préserver le pouvoir de l’Etat central **(A)**.

⁵ M. PAOLETTI, « L’invention d’un nouveau référendum pour “résoudre la crise” à Notre-Dame-des-Landes », *RFDC*, 2017, n° 109, p. 174.

⁶ Ord. n° 2016-488 du 21 avril 2016 relative à la consultation locale sur les projets susceptibles d’avoir une incidence sur l’environnement, *JORF* 22 avr. 2016, texte n° 6 ; complétée par un décret du même jour n° 2016-491 relatif à la consultation locale sur les projets susceptibles d’avoir une incidence sur l’environnement, *JORF* 22 avr. 2016, texte n° 42 ; B. DELAUNAY, « Une procédure taillée sur mesure pour Notre-Dame-des-Landes ? », *AJDA*, 2016, p. 1515 ; E. DUVAL, « Vol retour sur la consultation relative au projet d’aéroport de Notre-Dame-des-Landes », *RDH*, act. Droits-Libertés, 16 sept. 2016, en ligne ; M. VERPEAUX, « Un nouveau cadre juridique pour la consultation des électeurs à Notre-Dame-des-Landes », *JCPA*, 2016, n° 23, comm. n° 2159 ; G. ZIGNANI, « Démocratie locale. La consultation locale au défi de la sécurité juridique », *La Gazette*, 9 mai 2016, p. 53.

⁷ CE ord., 22 juin 2016, *Asso. pour une taxation des transactions financières et pour l’action citoyenne et a.*, req. n°400704

A) *Démocratie locale directe, souveraineté nationale et unité de la République*

La démocratie locale directe est le théâtre d'une certaine tension entre pouvoir local et pouvoir national. L'actualité en a donné un exemple topique à travers la situation de la petite commune d'Alex (Drôme) choisie par l'État pour accueillir, en septembre 2016, 50 migrants dans un ancien centre d'accueil pour personnes alcooliques. Face à l'opposition d'une partie des habitants, le maire avait décidé l'organisation d'une consultation locale, annoncée pour le 2 octobre 2016. La mairie a finalement dû renoncer suite à une ordonnance du 30 septembre 2016 du tribunal administratif de Grenoble⁸, lequel avait été saisi par le préfet de la Drôme. Le juge administratif devait alors considérer d'une part que le non respect du délai de deux mois entre la transmission au préfet de la délibération et la votation, et d'autre part la limitation du champ du référendum aux seules compétences de la collectivité concernées étaient de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la délibération. Cet exemple est significatif des équilibres qui peuvent émerger entre les différents niveaux de pouvoir, vis-à-vis desquels la démocratie locale directe peut jouer un rôle ambigu.

La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire aux collectivités territoriales a immédiatement été placée dans le cadre de l'Etat unitaire, les collectivités n'ayant de compétences que celles prévues par la loi ou directement la Constitution. Dans le même sens, la reconnaissance d'un pouvoir décisionnel à une fraction du peuple, les électeurs locaux, se heurte directement au principe d'unité de la République. La critique avait d'ailleurs été formulée à propos du référendum local, que d'aucuns jugeaient contraire à la Constitution, au-delà même des critiques plus politiques mettant en garde contre les risques de démagogie ou de populisme. Le Conseil d'Etat avait ainsi émis un avis défavorable sur l'introduction dans le droit français d'un référendum à caractère décisionnel, l'estimant contraire à la tradition représentative française⁹. L'inscription du référendum local dans le texte même de la Constitution n'éteint pas toute interrogation : Pierre Delvolvé considérait par exemple que « *le dispositif aménagé par la loi du 1er août 2003 est destiné à empêcher les dérives d'une démocratie locale directe risquant d'ébranler le régime représentatif et d'affecter la souveraineté nationale* »¹⁰. Des verrous ont certes été posés par le législateur organique, le principal étant l'imposition d'un *quorum* puisqu'un projet d'acte ne peut être adopté que si au moins la moitié des électeurs inscrits a pris part au scrutin et que le projet a rassemblé la majorité des suffrages exprimés¹¹. Michel Verpeaux s'est interrogé sur l'imposition de ce *quorum* qui tranche avec ce qui peut exister au niveau des référendums législatifs¹². Pour l'auteur, c'est la souveraineté nationale, indivisible donc, qui s'exprime pour un référendum législatif : le *quorum* prévu au niveau local condamne ainsi l'existence de toute idée d'une « souveraineté locale ».

Il faut ajouter à cela le fait que, s'agissant des procédures de consultation organisées par les communes, les électeurs locaux comprennent non seulement les nationaux inscrits sur les listes électorales mais aussi les ressortissants de l'Union européenne, dans les conditions prévues par le code électoral. Ces différents éléments expliquent très largement la portée simplement

⁸ Req. n° 1605485.

⁹ JERÔME (B.), « Le CE rend un avis négatif sur le projet », *Le Monde*, 12 oct. 2002, p. 13.

¹⁰ DELVOLVÉ (P.), « Le référendum local », *RFD-A*, 2004, p. 9.

¹¹ Art. LO. 1112-7 CGCT.

¹² M. VERPEAUX, « La loi organique relative au référendum local », *JCPA*, 2004, n° 8, p.226.

consultative des procédés de participation locale directe, à l'exception notable du référendum local : la démocratie locale directe est une démocratie participative, qui paraît condamnée à n'être que consultative et non décisionnelle¹³. Le principe de souveraineté nationale s'oppose à l'existence d'un peuple, préserve l'unité du corps électoral, obérant la portée obligatoire de l'intervention des électeurs locaux dans l'élaboration de la norme.

La procédure spécialement créée pour la consultation organisée sur le projet d'aéroport à Notre-Dame-des-Landes a réactivé les interrogations portant sur les relations entre le pouvoir décisionnel local et national. Symboliquement, l'annonce d'un « référendum local » pour reprendre les termes mêmes du Président de la République, par une autorité nationale a étonné. Sur un plan plus juridique, pouvait-on conférer à une partie des électeurs un pouvoir décisionnel sur une compétence nationale ? *In fine*, c'est bien le droit qui a repris le pas sur le discours, la procédure créée n'ayant qu'une portée consultative, contrairement à ce qu'avait pu laisser penser le Président de la République au moment de son annonce. Sans aucun doute, on verra ici la conséquence directe du principe d'unité de la République. Sur le plan de l'action publique, l'organisation de la consultation a également été perçue, notamment par les opposants au projet, comme un retour de l'Etat dans un processus décisionnel qu'il paraissait avoir délaissé : le recours à la consultation acquiert alors, symboliquement et paradoxalement, une forme autoritaire de décision et de régulation des rapports sociaux, que l'on ne peut s'empêcher de mettre en parallèle avec les accusations d'instrumentalisation de cette procédure. L'Etat s'appuie sur un socle d'électeurs qu'il sait acquis majoritairement à sa cause, alors que localement la décision est très contestée. La « victoire » du « oui » a d'ailleurs été de courte durée puisque le projet n'a pas plus avancé, le nouveau Président élu ayant décidé de tenter une ultime médiation.

L'existence d'un pouvoir réglementaire local et, partant, d'une démocratie locale directe n'obère ainsi pas la prévalence des principes d'unité de la République et de souveraineté nationale. Ceux-ci se heurtent directement au développement d'un réel pouvoir décisionnel aux électeurs locaux, qui n'est pas plus encouragé par la conception actuelle du principe de libre administration des collectivités territoriales.

B) Démocratie locale directe et principe de libre administration des collectivités territoriales

De prime abord, les liens entre démocratie locale et libre administration des collectivités territoriales peuvent être envisagés sous l'angle de leur complémentarité. Michel Verpeaux jugeait à ce titre que « *la démocratie locale est, du point de vue historique, intimement liée à la libre administration* »¹⁴. L'article 72 de la Constitution disposant notamment que « *dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus* », la participation des électeurs locaux à la désignation de leurs conseils est ainsi une des garanties de la libre administration.

Pour autant, cette relation se complexifie lorsque l'on restreint la démocratie locale à ses aspects directs : l'article 72 n'envisage expressément la participation des électeurs qu'à travers le

¹³ Se référant notamment aux analyses d'Olivier Frérot, Julie Benetti a relevé que ce caractère non décisionnel était un élément central de définition de la démocratie participative : J. BENETTI, « *Les nouvelles formes de démocratie locale* », *préc.*, p. 74.

¹⁴ M. VERPEAUX, *Droit des collectivités territoriales*, PUF, 2005, p. 148.

principe représentatif. C'est ainsi l'existence de conseils élus qui est présentée comme un des éléments constitutifs de la libre administration des collectivités territoriales¹⁵, sans que la participation directe des électeurs ne soit mentionnée. Il faut en réalité se référer à l'article 72-1 de la Constitution et 72-4 s'agissant de l'outre-mer pour trouver les éléments constitutionnels de la démocratie locale mais, alors, c'est le principe de libre administration qui disparaît. Est-ce à dire que celui-ci ne s'appuierait que sur la démocratie locale représentative ? Cette impression laissée par le texte constitutionnel est démentie, certes de manière maladroite, par le code général des collectivités territoriales. L'article L. 2141-1 du code reconnaît en effet « *le droit des habitants de la commune à être informés des affaires de celle-ci et à être consultés sur les décisions qui les concernent, indissociable de la libre administration des collectivités territoriales [comme] un principe essentiel de la démocratie locale* ». On ne retrouve pas ce principe pour les autres collectivités. Pourtant, la structure même du code confirme que la participation directe des électeurs est un élément constitutif de la libre administration : le titre consacré à cette dernière, qui est le titre unique de la première partie consacrée aux principes généraux de la décentralisation, contient deux chapitres, l'un consacré à la libre administration (*sic*) et l'autre à la participation. Ce chapitre ne contient pas de principe général de participation mais est immédiatement divisé en sections qui renvoient aux modalités de la démocratie locale directe (référendum et consultation locale). En substance, la libre administration des collectivités territoriales renvoie donc bien à la fois à la représentation et à des formes plus directes de participation.

Sur le plan des procédés, on retrouve dès lors des liens très étroits entre démocratie locale directe et libre administration des collectivités territoriales lorsque l'on se penche notamment sur le champ des procédures de mise en œuvre du principe de participation : toutes sont limitées par le champ de compétences de la collectivité organisatrice. La gestion des affaires locales par les collectivités locales est une garantie de la libre administration et se retrouve donc naturellement, en principe, comme un critère de définition du champ de la démocratie locale directe.

Il existe pourtant des points d'achoppement entre démocratie locale directe et libre administration. D'abord, la libre administration des collectivités territoriales ne peut se départir d'un prisme très largement représentatif de la démocratie. Cela se manifeste dans le pouvoir décisionnel reconnu aux élus locaux : non seulement certains actes sont exclus du champ des procédures de participation et, surtout, lesdites procédures relèvent de la seule initiative des élus locaux.

Les procédures de démocratie locale directe ne couvrent pas tout le champ de la libre administration. Ainsi, un référendum local est-il impossible à l'égard d'un projet d'acte individuel relevant de la compétence d'une collectivité¹⁶. Cela étant, cette exception est limitée à cette seule procédure et la participation des administrés n'est pas exclue à l'égard de ce type d'actes, dès lors

¹⁵ Par ex. J.-M. BECET, « Statut constitutionnel. Principe de libre administration des collectivités territoriales », *JCl. coll. territ.*, fasc. n° 23, § 24 et s.

¹⁶ Art. LO. 1112-2 CGCT. Cette exclusion a été validée par le Conseil constitutionnel : CC, 30 juil. 2003, *Loi organique relative au référendum local*, n° 2003-482 DC, *Rec.* p. 414, cons. n° 7 ; *AJDA*, 2003, p. 1862, note J.-P. DUPRAT ; *AJJC*, 2003, pp. 728-729, note M. FATIN-ROUGE STEFANINI ; *Collect. Territ. Intervo.*, 2004, n° 11, pp. 6-7, note R. FRAISSE ; *LPA*, 25 sept. 2003, n° 192, p. 8, note J.-É. SCHOETTL ; *Collect. Territ. Intervo.*, 2004, n° 8-9, p. 6, note S. TRAORÉ ; *JCPG*, 2003, n° 47, pp. 2017-2018, note M. VERPEAUX ; *JCPA*, 2004, n° 8, p. 217, note M. VERPEAUX ; *LPA*, 6 juil. 2004, p. 17, note M. VERPEAUX.

qu'ils entrent dans le champ du principe de participation environnementale et qu'ils peuvent également donner lieu à une consultation locale.

Surtout, il est constant d'analyser le pouvoir dont disposent les élus locaux sur la mise en œuvre même des procédés de démocratie locale directe comme la traduction d'un prisme traditionnellement représentatif de la démocratie locale. La libre administration s'appuie sur le pouvoir des élus locaux, le droit français ne laissant que peu de place au pouvoir d'initiative des électeurs. Celle-ci est exclue pour les référendums locaux. En matière de consultation locale, seule une demande d'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée concernée d'une question relevant uniquement de sa compétence est possible, l'assemblée demeurant libre d'en délibérer ou non. Surtout, le droit de pétition prévu dans le texte même de la Constitution n'a jamais donné lieu à une loi organique permettant sa mise en œuvre.

Il peut cependant arriver que l'organisation d'une procédure de participation des électeurs au niveau local échappe aux collectivités territoriales. Le premier exemple concerne l'hypothèse d'une procédure de référendum décidée par une région ou un département. Comme pour tout scrutin, ce sont les communes territorialement concernées qui se voient confier la responsabilité de l'organisation du scrutin. On perçoit immédiatement la tentation que pourraient avoir certaines communes, au nom de la libre administration des collectivités, de refuser d'organiser la procédure. Le législateur organique a dans ce cas prévu que c'est le représentant de l'État qui procède d'office à l'organisation du scrutin dans les communes qui refuseraient de le faire¹⁷. Si ce rôle de l'État a vocation à rester exceptionnel, d'autres procédures de participation locale relèvent directement et par principe des autorités nationales.

C'est le cas des procédures de création ou de modification de l'organisation d'une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier¹⁸, de la procédure de consultation des populations intéressées en cas de cession, adjonction ou échange d'un territoire par la France¹⁹, des procédures de consultation spécifiques à l'outre-mer²⁰, de la procédure de fusion de communes²¹, et l'on peut noter que c'était également le cas des fusions de régions et/ou de départements, avant que l'article 3 de la loi du 16 janvier 2015 *relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral*²² supprime la nécessité d'une consultation des électeurs suite à l'échec de la fusion de la région Alsace et des départements qui la composent.

La création d'une nouvelle procédure de consultation des électeurs locaux pour les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement a largement ressuscité les interrogations entre démocratie directe locale et libre administration. L'annonce par le Président de la République d'un référendum local sur le projet d'aéroport à Notre-Dame-des-Landes s'est rapidement heurté à son impossibilité juridique immédiate, en raison même des limites prévues par la Constitution : si tant est que le Président entendait organiser un référendum décisionnel, il n'en avait ni la compétence, ni le support procédural nécessaire au moment de son annonce. Le

¹⁷ Art. LO 1112-4 CGCT. Le Conseil constitutionnel a validé la constitutionnalité de cet article dans sa décision n° 2003-482 DC.

¹⁸ Art. 72-4 C. La procédure est alors organisée par le législateur, les collectivités territoriales y participant tout de même par le biais du Sénat.

¹⁹ Art. 53, al. 3 C.

²⁰ Art. 72-4 et 73 C.

²¹ Art. L. 2113-3 CGCT.

²² Loi n° 2015-29, *JORF* 17 janv. 2015, p. 777.

référendum local prévu à l'article 72-1 de la Constitution relève en effet, quant à son initiative, des seules autorités locales et il ne peut, en toute hypothèse, être organisé que sur des affaires intéressant les compétences des collectivités territoriales. Or, le projet d'aéroport est un projet d'intérêt national, dont la décision n'appartient pas aux acteurs locaux : la volonté du Président de la République n'entraîne donc, *de jure*, dans aucun cadre constitutionnel ou légal. Il a donc fallu, en s'appuyant sur une habilitation législative préexistante – et qui n'avait sans doute pas été adoptée pour cela – créer une procédure *ad hoc* par l'ordonnance précitée du 21 avril 2016 et un décret du même jour. Sans verser dans la critique facile, on relèvera que c'est par ordonnance que la démocratie environnementale et locale est réformée, ce qui peut se justifier par une certaine urgence mais ne donne pas un signal très positif d'attention du législateur pour ce champ.

Au-delà de ce projet, la procédure ainsi créée n'est pas sans interroger les liens entre démocratie locale directe et libre administration des collectivités. D'abord, elle semble très nettement ne pas se situer dans le champ de la libre administration, puisqu'elle concerne des projets d'intérêt national. Pourtant elle s'y rattache nécessairement dès lors que ce sont bien les électeurs locaux qui sont appelés à se prononcer, sur initiative du pouvoir national. Par ailleurs, le texte permet, toujours sur initiative du pouvoir central, de consulter les électeurs sur des projets dont la compétence appartient à une collectivité mais soumis à une autorisation de l'Etat. Cette consultation locale conduit également à déconnecter le périmètre de la consultation du champ territorial de l'autorité décisionnelle. C'est ainsi le pouvoir central qui intervient pour résoudre une crise portant certes sur l'une de ses décisions mais dont la contestation est très localisée et liée à un contexte territorial. L'Etat s'impose ainsi comme le défenseur de l'intérêt général, aux termes d'une conception toujours très volontariste de celui-ci : la consultation locale se mue alors en processus de légitimation d'un pouvoir central très contesté localement. Elle révèle plus profondément les risques de déconnexion entre une démocratie légale, juridique, procédurale et une démocratie dite « réactionnaire », celle des mouvements sociaux, des associations environnementales. Les impacts de l'expérience de Notre-Dame-des-Landes sur la mise en œuvre des procédures de participation locale prévues par la Constitution devront également être mesurés. Dans un contexte incertain, quel élu local prendrait désormais le risque d'initier un référendum local ? A l'inverse, le fait que la consultation n'ait pas résolu la crise fragilise l'intérêt même de ce type de procédures, pensées comme permettant de re-légitimer une action publique confrontée à des réticences : c'est l'impuissance de la règle de droit qui affleure.

II. La démocratie locale directe au-delà de la loi

Dans un article consacré au droit d'interpellation citoyenne, Romain Rambaud faisait apparaître un Etat et des juges *contre* l'interpellation citoyenne²³. La formule est frappante et marque le décalage qui peut exister entre d'une part la réglementation établie au niveau national et appliquée, nécessairement, par le juge administratif et d'autre part, la réalité des expériences de démocratie directe au niveau local. Cette réalité repose sur l'existence, ancienne et perpétuée, d'une démocratie locale directe para-légale, spontanée ou encore informelle (A), dont les rapports précisément avec la loi demeurent très incertains (B).

²³ RAMBAUD (R.), « Le droit d'interpellation citoyenne. Un angle mort de la démocratie participative locale », *AJDA*, 2016, p. 27.

A) *Le développement d'une démocratie locale directe para-légale*

Les deux fondements constitutionnels de la démocratie locale directe que l'on a identifiés, qu'il s'agisse de l'article 72-1 de la Constitution ou de l'article 7 de la Charte de l'environnement, reconnaissent la compétence exclusive d'intervention du législateur pour mettre en œuvre et encadrer la participation des électeurs locaux. La compétence du législateur est traditionnellement perçue comme une garantie de la libre administration des collectivités territoriales. Pourtant, dans le cadre du sujet ici abordé, on peut relever, à l'inverse, que la liberté des décideurs locaux de consulter les électeurs peut également, et concurremment, être présentée comme telle : même si ces deux éléments ne s'excluent pas nécessairement, l'intervention du législateur devient alors un élément de limitation du volontarisme local.

Cette affirmation se confirme nettement d'un point de vue historique. En effet, avant même l'intervention du législateur puis du constituant, la démocratie locale directe s'est développée spontanément, sous les effets du volontarisme de certaines municipalités. Comme le rappelait encore récemment Jacques Caillosse, « *la démocratie locale s'entend d'une manière qui appartient largement à l'ordre du fait* »²⁴ et la constitutionnalisation du principe de participation locale n'a pas totalement empêché les faits de prendre le pas sur le droit. Ces pratiques anciennes nous sont certes connues sous un prisme très contentieux puisque le juge administratif a eu l'occasion de censurer de telles expériences spontanées²⁵. La Vème République n'a *a priori* pas modifié la position du juge administratif, même si l'on a pu évoquer un cadre juridique plus favorable, permettant le développement de « *consultations officieuses* »²⁶. Mais c'est précisément ce caractère officieux qui a permis aux collectivités territoriales d'organiser des consultations de leur population, en marge de la légalité et du contrôle opéré par le juge administratif. Cette « clandestinité » n'a pas empêché le développement d'un véritable « *usage local* »²⁷, qu'elle semble au contraire avoir encouragé puisque, même si les chiffres varient selon les auteurs, ce sont plusieurs centaines de consultations qui sont recensées dans les années 1980²⁸. Si l'on ne peut que louer ce développement spontané de la démocratie locale directe, témoin d'une certaine vitalité démocratique des territoires et d'un volontarisme politique en la matière, il revêt également des inconvénients : condamné à demeurer para-légales, les procédures de participation

²⁴ CAILLOSSE (J.), *L'État du droit administratif*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2015, p. 284.

²⁵ Par ex. CE, 7 avril 1905, *Cne d'Aigre*, Rec. p. 345 ; 15 janv. 1909, *Cne de Brugnens*, Rec. p. 35 ; 26 oct. 1956, *Asso. des combattants de la paix et de la liberté*, Rec. p. 391 (annulation de la tenue d'un référendum organisé par une association en lieux et places publiques) ; *AJDA*, 1956, II, p. 490, chron. J. FOURNIER, G. BRAIBANT ; *RDP*, 1957, p. 540, concl. C. HEUMANN.

²⁶ VIGUIER (J.), « Premières expériences de « referendum » communal », *RFDA*, 1996, p. 450.

²⁷ PAOLETTI (M.), « La pratique politique du référendum local : une exception banalisée », in CURAPP/CRAPS, *La démocratie locale. Représentation, participation et espace public*, PUF, 1999, p. 220.

²⁸ Un rapport de M. V. Richet présenté dans le cadre d'une table ronde au Sénat en novembre 1982 et cité par Philippe Dressayre (« Le référendum communal : outil de gestion ou gadget politique ? », *PMP*, 1984, n° 3, p. 68), recensait, entre 1971 et 1982, 66 consultations en dehors de tout cadre législatif, dont 52 depuis 1977. Cécile Wiener et Francis Hamon relevaient quant à eux, au milieu des années 1980, environ 300 référendums sur une période de cinq ans (WIENER (C.), HAMON (F.), « La participation et les activités sociales et culturelles », in DELPÉRÉE (F.), ss la dir.de, *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, Bruylant, 1986, p. 343). Michel Verpeaux évoque le chiffre de 250 consultations locales spontanées depuis la fin du XIXème siècle, chiffre qu'il reprend de Guillaume Hofnung (*JCl. collect. territ.*, « Référendum », 1994, n° 34), VERPEAUX (M.), « Le référendum communal devant le juge administratif : premier bilan », *RA*, 1995, n° 289, p. 95.

des électeurs locaux sont alors réduites dans leur portée juridique et laissées à l'entière liberté des autorités administratives locales quant à leurs modalités.

Si la constitutionnalisation de la démocratie locale directe et ses traductions législatives n'ont pas mis fin à des pratiques para-légales de participation locale, elles ont eu pour effet d'en limiter plus strictement encore le champ. D'abord, les collectivités peuvent décider de se soumettre spontanément à des procédés de participation prévus par les textes, alors même qu'elles se situeraient en dehors de leur champ : une commune peut par exemple créer des conseils de quartier alors même qu'elle n'atteint pas le seuil démographique l'obligeant à une telle création. On reste alors ici tout de même dans un certain cadre réglementé, dont le développement attire en quelque sorte et donc neutralise l'initiative des collectivités territoriales. Au-delà, on trouve de très nombreuses expériences de participation menées par les collectivités, le plus souvent des communes, tendant à associer leurs habitants au processus décisionnel. On ne tentera pas ici un recensement mais, par définition, c'est la diversité des procédés qui frappe : il peut s'agir simplement de promouvoir des projets²⁹, mais également d'associer directement les habitants à la prise de décision. Pour ne prendre qu'un seul exemple, on peut citer le développement spontané en droit français des budgets locaux participatifs : importée de grandes villes étrangères telles que Porto Alegre, l'expérience a été rapidement reproduite par certaines communes françaises, telles que Saint-Denis, Bobigny ou encore Grigny. Actuellement, les villes de Metz, de Croissy ou encore de Paris mènent également, d'importants projets de budget participatif. Le dispositif mis en place à Paris est relativement simple : 5% du budget d'investissement de la ville pour la période 2014-2020, soit environ 500 millions d'euros, est mis à disposition des habitants pour financer des projets qu'ils proposent. Chaque année, une somme est allouée et un appel à projets est lancé auprès des habitants. La ville réalise une sélection des projets en raison de leur « faisabilité ». Les projets sélectionnés sont ensuite ouverts au vote des habitants par internet ou dans des lieux préfixés. Ceux qui arrivent en tête des votes sont directement intégrés au budget annuel parisien, à hauteur du montant mis à disposition. En 2014, neuf propositions ont ainsi été intégrées, donnant ainsi un exemple inédit d'élaboration participative d'une telle décision administrative.

Le cadre offert par la démocratie locale directe spontanée est marqué par la grande liberté laissée aux autorités administratives pour définir les modalités des procédés mis en œuvre. C'est d'abord une nouvelle manifestation du pouvoir des élus dans la maîtrise de la démocratie locale. Mais c'est également une invitation à s'écarter du cadre législatif fixé au niveau national. Un exemple topique peut être relevé à propos de la définition du champ des participants à ces

²⁹ On citera par ex. le cas de la mutation de la communauté de communes de Pays-Haut Val d'Alzette, laquelle a donné lieu à deux jours d'ateliers et d'expositions, qui tenaient davantage de l'information du public que de sa réelle participation. V. *La Gazette*, 2014, p. 38

procédés informels, tous les publics pouvant être associés, indépendamment du droit de vote³⁰. On perçoit alors immédiatement le « risque » de telles pratiques, qui peuvent apparaître comme des moyens de contournement des procédures légales et constitutionnelles. Cela crée certaines tensions, soumises au contrôle du juge administratif, sans que le cadre de ce développement ne nous paraisse encore totalement fixé.

B) Les limites incertaines d'une démocratie locale directe para-légale

Paradoxalement, le développement d'une démocratie locale directe para-légale ne peut se faire que dans le respect de la hiérarchie des normes et, en particulier, de la compétence du législateur en la matière. Cela est à l'origine d'un contentieux qui a émergé plus spécialement à l'occasion de la mise en place, spontanée, d'un droit de pétition par certaines collectivités locales. Le juge administratif a eu l'occasion de se prononcer sur une affaire concernant la création d'un droit de pétition par le département de l'Essonne au profit des habitants de la collectivité, y compris non électeurs dans ladite collectivité. Le département avait calqué cette procédure sur le droit de pétition prévu par le CGCT : 10 000 habitants pouvaient, par pétition, demander au département l'inscription à l'ordre du jour d'une question, sans que cette inscription soit de droit. Saisi par le préfet dans le cadre d'un déferé, le tribunal administratif de Versailles a annulé les délibérations litigieuses par un jugement en date du 29 juillet 2013. Saisie par le département, la Cour administrative d'appel de Versailles devait confirmer la position des premiers juges dans un arrêt du 6 novembre 2014³¹. Dans sa décision, le juge d'appel rappelle en l'espèce l'article 72-1 de la Constitution, créant le droit de pétition et donnant compétence exclusive au législateur pour en prévoir les modalités. Il analyse alors les délibérations du département comme s'inscrivant nécessairement dans ce cadre, au regard de l'objet, des modalités et des effets du droit de pétition créé par le département, identiques à ce qui est prévu par la Constitution et le législateur. Dès lors, la Cour en conclut que le département a violé la Constitution et la compétence exclusive du législateur en la matière en étendant le droit de pétition aux habitants non électeurs : elle annule ainsi les délibérations litigieuses. Cette affaire est le symbole des risques encourus par les administrations qui prendraient trop de libertés avec les garanties de participation prévues par les normes supérieures³². Ce risque est pourtant assez paradoxal : les collectivités qui créent ces

³⁰ Par exemple, la Commune de Saint-Genis-Laval en 2013 a lancé une consultation auprès des « jeunes » sur la question des équipements dont ils souhaiteraient disposer, et qui, au vu des résultats, a réalisé quelques mois plus tard un skate parc (souhait arrivé en tête de la consultation. V. *La Gazette*, 2014, p. 38). Dans le même sens, le département du Val-de-Marne a lancé en 2013 l'opération « Imagine ta cantine » auprès des collégiens, de leurs parents, des directeurs et agents de ses établissements. Une première phase de réunions publiques a permis de rassembler près de 140 propositions, conduisant à l'élaboration, par les services du département d'une charte de la restauration. Celle-ci a été soumise à consultation en 2014, dont il est ressorti trois préoccupations principales, tenant à la question de l'origine des produits utilisés, de la relation entre les agents et les collégiens au moment du repas, et enfin à la préparation des repas. Ces trois préoccupations ont directement débouché sur la mise en place par le département de trois chantiers : la mise en place d'une plateforme d'achats, permettant aux collèges de s'associer afin de grouper leurs commandes et d'obtenir ainsi de meilleurs prix sur des produits de qualité ; une meilleure formation des agents de restauration ; une modernisation des cuisines des 35 établissements concernés (sur ce projet V. *La Gazette*, 2016, n° 12, pp. 44-45).

³¹ Req. n° 13VE03124 ; *BJCL*, 2015, n° 1, p. 27, concl. H. LEPETIT-COLLIN, obs. B. POUJADE.

³² Allant dans le même sens, on peut citer un arrêt de la CAA de Lyon du 24 avril 2012, *Préfet de la région Rhône-Alpes* (req. n° 12LY00203), invalidant la création d'un droit de pétition par la région Rhône-Alpes, dès lors qu'il était ouvert à toutes les personnes majeures résidant depuis au moins un an sur le territoire de la collectivité.

dispositifs souhaitent finalement étendre le droit à la participation, ce qui est difficilement contestable. Pourtant, ce droit ne saurait s'exercer que dans le cadre défini par les règles de droit supérieures. C'est la garantie de l'État de droit et de l'égalité des citoyens. Mais cela met en avant le paradoxe de cet encadrement normatif : dès lors qu'il existe et même s'il est incomplet, les collectivités territoriales doivent s'y conformer.

Même si la question prioritaire de constitutionnalité apporte des réponses³³ – incomplètes puisqu'elle permet en l'état du droit de contester des dispositions législatives uniquement sur le fondement du principe de participation environnementale – on peut s'interroger sur la question du pouvoir d'inhibition, de blocage du législateur induit par cette jurisprudence administrative, en cas d'inaction de sa part ou d'action incomplète, aboutissant finalement à placer « *le droit et le fait en porte-à-faux* »³⁴. On insistera d'autant plus sur les contours de cette jurisprudence dès lors que l'on trouve au moins une décision du juge administratif, rendue par le tribunal administratif de Paris, validant ce type de dispositif³⁵. Cela crée une insécurité juridique dans la mesure où il est évident que d'autres collectivités sont susceptibles d'être concernées : on pense singulièrement à la récente initiative du maire de Grenoble, annoncée le 23 janvier 2016 à l'occasion des deuxièmes assises citoyennes de la ville et consistant en la mise en place d'un « droit d'interpellation et de votation ». Le dispositif est calqué sur celui prévu par les textes, mais ses

³³ Cette procédure a conduit le Conseil constitutionnel à censurer de nombreux dispositifs légaux de participation environnementale, antérieurs à la Charte de l'environnement mais qui ont été jugés comme ne prévoyant pas ou de manière insuffisante les garanties légales de mise en oeuvre du principe de participation environnementale. Sur cette question : CC, 14 oct. 2011, *Assoc. FNE*, n° 2011-183/184 QPC, *Rec.* p. 508 ; *AJDA*, 2012, p. 260, comm. B. DELAUNAY ; *Dr. adm.*, 2012, n° 4, p. 31, note G. DU PUY-MONTBRUN ; *Constitutions*, 2012, n° 1, p. 150, comm. A. FARO ; *JCPA*, 2012, n° 14, p. 37, note A. TOURTIN ; 13 juil. 2012, *Assoc. FNE*, n° 2012-262 QPC, *Rec.* p. 326 ; 27 juil. 2012, *Union départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l'Environnement et a.*, n° 2012-269 QPC, *Rec.* p. 445 ; *RJE*, 2013, n° 2, p. 279, note D. GIRARD ; 27 juil. 2012, *Féd. départementale des synd. d'exploitants agricoles du Finistère*, n° 2012-270 QPC, *Rec.* p. 449 ; 23 nov. 2012, *Assoc. FNE et a.*, n° 2012-282 QPC, *préc.*

³⁴ RAMBAUD (R.), « Le droit d'interpellation citoyenne. Un angle mort de la démocratie participative locale », *préc.*, p. 28.

³⁵ TA de Paris, 11 fév. 2011, *Préfet d'Ile-de-France*, req. n° 1014363 et 1014364 ; *AJDA*, 2011, p. 1026, note B. DELAUNAY. Il s'agissait de la mise en place d'un droit de pétition, ouvert aux parisiens, avec un seuil fixé à 3 % du nombre d'habitants. A l'instar du dispositif mis en place par le département de l'Essonne, en faisant référence aux habitants de Paris, ce dispositif était nécessairement étendu aux habitants non électeurs, tels que les résidents étrangers hors UE. Le TA de Paris a considéré que cette procédure n'avait pas « *le même objet ni la même portée* » que le droit de pétition reconnu par la Constitution, dès lors que la pétition était adressée à une commission consultative spécialement créée, avant d'être éventuellement inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante.

modalités différent, ce qui permet de douter de sa légalité : pourtant il est actuellement en vigueur et a d'ores et déjà donné lieu à l'organisation d'une consultation³⁶.

La jurisprudence, encore peu volumineuse, semble faire ressortir la méthode d'analyse utilisée par le juge administratif pour valider ou non ce type de dispositif : il prend en compte l'objet, les modalités et les effets de la procédure créée. Mais sans conteste, l'on avancera l'hypothèse que ce sont les effets et la portée obligatoire de la participation des électeurs qui sont le critère principal : un droit d'initiative qui emporterait l'obligation pour la collectivité de délibérer sur la question et, plus encore, un référendum qui présenterait un caractère décisionnel seront vraisemblablement censurés s'ils s'écartent des strictes modalités prévues par la loi. Ce critère mériterait sans doute d'être plus nettement affirmé par le Conseil d'Etat, mais il doit être mis en parallèle avec la nature de la démocratie locale et les principes qui la sous-tendent que l'on a rappelés *supra*.

La faiblesse du contentieux en la matière appelle enfin une dernière interrogation lorsqu'elle est mise en parallèle avec les nombreux procédés de participation locale directe mis en œuvre spontanément par les collectivités locales. Tous ne sont sans doute pas illégaux mais l'on ne peut s'interdire de penser que la faible sollicitation du juge administratif est liée aux écarts de contrôle qui peuvent peser sur les collectivités territoriales, en fonction des préfectures : dès lors que le contrôle par le juge des actes des autorités décentralisées n'est pas automatique, il est difficile de croire que certaines expériences, moins médiatisées, ne sont pas menées *contra legem*. Cela a été nettement établi par Romain Rambaud dans son article précité pour le seul exemple du droit de pétition et l'analyse nous paraît pouvoir être généralisée. Cette situation n'est sans doute pas satisfaisante du point de vue de l'égalité des citoyens. Mais c'est incontestablement un risque assumé par le constituant lorsqu'il a défini les principes du contrôle de l'action des collectivités territoriales. C'est également le révélateur, s'il en était besoin, du fait que le cadre légal fixé par le législateur ne saurait être totalement sclérosant : l'initiative locale permet de le dépasser et l'on ne peut que s'en réjouir dès lors que c'est l'expression d'une vitalité démocratique locale qui est en jeu.

En conclusion, ces liens délicats que la démocratie locale directe entretient avec le cadre défini par le législateur révèlent *in fine* l'ambiguïté de la démocratie locale, laquelle oscille entre démocratie directe et démocratie représentative, marquant à notre sens la distinction, dans le système français actuel, entre démocratie politique et démocratie administrative. C'est de notre

³⁶ Est ainsi mise en place la possibilité de saisir le conseil municipal par le biais d'une pétition qui, si elle rassemble 2000 signatures d'habitants de plus de seize ans, oblige le conseil municipal à débattre de la question soulevée. Le conseil peut alors décider d'adopter le projet objet de la pétition, soit le rejeter, mais dans ce cas, le projet est soumis à la consultation des habitants de plus de 16 ans. Si le projet obtient 20 000 voix, il est adopté. Plusieurs éléments font peser de sérieux doutes sur la légalité du dispositif : d'abord son ouverture à tous les habitants majeurs de 16 ans, catégorie qui ne correspond pas à celle d' « électeurs » au sens du CGCT ; ensuite le caractère contraignant du dispositif, qui oblige le Conseil municipal à débattre de la question, voire à la soumettre à la consultation des habitants, ce qui est contraire au dispositif mis en place par la Constitution qui repose sur l'initiative et le contrôle des élus. En 2016, cinq pétitions ont été déposées, seules deux ayant atteint le seuil des 2000 soutiens. Actuellement, une seule a été traitée par le Conseil municipal et soumise à la consultation des grenoblois. Il s'agissait d'une demande de concertation sur les tarifs de stationnement de la ville, avant que le conseil municipal ne délibère sur la question. Organisée en mars 2016, la votation n'a rassemblé que 6784 voix (dont 66 % de votes positifs) : le seuil de 20000 participants n'ayant pas été atteint, la pétition n'a pas été mise en oeuvre. Trois nouvelles pétitions sont en cours mais celle qui a le plus grand nombre de soutiens n'en rassemble pour l'heure que 174. Voir le site : www.grenoble.fr/660-interpellation-et-votation-d-initiative-citoyenne.htm.

point de vue la relation à la souveraineté qui conduit à les distinguer. La démocratie administrative ne s'appuie pas sur la puissance absolue du peuple ; elle repose plus modestement sur l'intervention des administrés à l'élaboration des décisions administratives et ne saurait être assimilée à l'exercice d'un pouvoir souverain. La démocratie locale directe trouve ici prétendument sa limite essentielle. On ne s'empêchera toutefois pas de penser au contraire que cela appelle d'autres formes d'intervention des citoyens, davantage tournées vers le contrôle de l'action administrative et des sollicitations plus fréquentes et continues des administrés au niveau local. C'est le propre de la démocratie de se renouveler ; c'est le propre des territoires d'être des lieux d'expérimentation : la démocratie locale directe est une heureuse rencontre de ces éléments.