

Protection des droits fondamentaux et participation de l'individu aux décisions publiques

ÉMILIE DEBAETS

ATER à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

La participation de l'individu aux décisions publiques est au cœur de la démocratie. Elle rend compte du mécanisme de dévolution du pouvoir. À côté de la participation indirecte par la médiation du Parlement dans un système représentatif existent des formes de participation de l'individu beaucoup plus directes¹. Bien que les représentants soient investis, par l'élection, du mandat d'exprimer la volonté générale, des expériences de participation se sont développées en dehors du système électoral classique et sont même, parfois, directement encouragées par ces derniers. La récente proposition de loi tendant à étendre les états généraux de la bioéthique aux problèmes éthiques et aux questions de société² est topique de cette tendance : la recherche généralisée de nouvelles modalités de participation de l'individu aux décisions publiques. L'objectif de ces autres formes de participation serait double : « renforcer la démocratie face à la crise du système représentatif et accroître l'efficacité des décisions publiques »³. De plus, la complexité et la gravité des problèmes auxquelles sont aujourd'hui confrontés tant le législateur

¹ Dans une acception large de la notion de participation, la représentation peut être conçue comme une modalité de celle-ci. Sur la distinction des notions de « représentation » et de « participation », cf. J. BOULOUIS, « Représentation et participation dans la vie politique et administrative », dans F. DELPÉRÉE (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative (Travaux des XII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin)*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 52-53.

² Proposition de loi n° 2211 de J. LÉONETTI, *relative à l'organisation du débat public sur les problèmes éthiques et les questions de société*, adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale et en cours de discussion devant le Sénat (au jour de la finalisation de cet article).

³ H. MAISL, « Formes et techniques de participation du public à l'élaboration d'actes législatifs et administratifs », dans Conseil de l'Europe, Affaires juridiques (dir.), *Formes de participation du public à l'élaboration des actes législatifs et administratifs – Actes du 7^{ème} colloque de droit européen*, Strasbourg, Éd. Conseil de l'Europe, 1978, p. 15.

que l'administration favorisent cette intervention de l'individu dans l'exercice du pouvoir.

La participation est une notion imprécise, d'autant plus difficile à définir que les procédés se sont multipliés et les domaines concernés enrichis⁴. Enquête publique, concertation, débat public, référendum consultatif ou décisionnel, états généraux... Les techniques foisonnent et ce à l'intérieur même de certains domaines comme l'illustre la matière environnementale⁵. De plus, les participants au processus décisionnel susceptibles d'être visés sont divers : l'individu peut être associé à l'action publique comme titulaire de droits ou d'intérêts propres, en tant qu' « acteur intéressé », mais aussi comme « garant et protecteur d'une valeur collective », en tant qu' « acteur désintéressé »⁶. Eu égard à cette hétérogénéité des formes de participation une définition souple s'impose : la participation s'entendrait comme le fait pour un individu de prendre part, dans des domaines plus ou moins étendus, de manière plus ou moins déterminante, à l'exercice du pouvoir⁷.

Plusieurs idées relatives à la théorie politique semblent être à la base du développement de la participation de l'individu : l'idée de démocratie directe ; celle de la formation des citoyens à la démocratie ; celle de la stabilisation de l'apaisement du public ou encore celle de la protection des droits et des libertés des individus⁸. Selon cette dernière idée, la participation constituerait un moyen de contrôler

⁴ H. MAISI, « Formes et techniques de participation du public à l'élaboration d'actes législatifs et administratifs », *ibidem*, p. 15.

⁵ K. FOUCHER, « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ? », *AJDA* 2006, p. 2317 ; F. JAMAY, « Principe de participation », *Jurisclasser Environnement* 2006, fasc. 2440, p. 12 ; P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *Environnement*, n° 7, 2005, pp. 84-87.

⁶ E. GARCIA DE ENTERRIA, « Principes et modalités de la participation à la vie administrative », dans F. DELPÉRÉE (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative (Travaux des XII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin)*, *op. cit.*, p. 257 ; M. PRIEUR, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *Rev. jur. env.* 1988, p. 403.

⁷ Pour des exemples de définition, cf. R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2010, p. 521 : la participation est « un principe d'aménagement du fonctionnement des institutions politiques et administratives, ainsi que de la gestion des entreprises privées, et qui consiste à associer au processus de décisions les intéressés, (citoyens, administrés, salariés) ou leurs représentants » ; J. RIVERO, « Introduction », dans F. DELPÉRÉE (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative (Travaux des XII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin)*, *op. cit.*, p. 13 : la participation est « la possibilité donnée à des personnes de prendre elles-mêmes part à l'exercice du pouvoir, cette part pouvant aller de l'information et du dialogue jusque l'association à la prise de décision ».

⁸ C. HAAGEN JENSEN, « Participation à la gestion d'institutions pédagogiques et sociales », dans Conseil de l'Europe, Affaires juridiques (dir.), *Formes de participation du public à l'élaboration des actes législatifs et administratifs – Actes du 7^{me} colloque de droit européen*, *op. cit.*, pp. 56-75.

l'exercice du pouvoir et d'éviter les décisions arbitraires. Elle assurerait la protection des droits fondamentaux de l'individu.

Les droits fondamentaux, entendus ici comme l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement ou internationalement protégés qui s'imposent aux pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel⁹, sont garantis à l'individu par le système juridique. Ils reflètent ainsi une conception particulière des rapports entre le pouvoir et l'individu. Ils constituent la limitation de l'exercice du pouvoir et, en cas d'atteinte, sont garantis par des mécanismes juridictionnels. Pour autant, le système juridique semble être par nature défaillant puisque le recours à des formes de participation ayant pour objet et pour effet de favoriser la garantie des droits reconnus ou l'émergence de droits nouveaux s'est développé.

En France, le principe de participation a été consacré, au niveau constitutionnel, dans deux dispositions. D'une part, l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 indique que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise »¹⁰. D'autre part, la Charte de l'environnement adossée à la Constitution en 2005 a intégré dans son article 7 un droit d'accès à l'information environnementale et un droit de participer à l'élaboration des décisions publiques afférentes. Le principe de participation a également été consacré, au niveau international, en matière environnementale¹¹ mais aussi dans d'autres domaines, notamment la protection des minorités¹². En dehors des consécutions formelles, le

⁹ Notion faisant l'objet de diverses interprétations doctrinales. L'approche substantielle (la « fondamentalité » reposant sur la valeur du droit considéré et la place qu'il occupe dans un système de valeurs) s'oppose à celle retenue ici, l'approche formelle (la « fondamentalité » reposant sur la place occupée dans la hiérarchie des normes). Pour l'approche formelle, cf. O. PFERSMANN dans L. FAVOREU (dir.), *Droits des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 4^{ème} éd., 2007, p. 85 ; pour l'approche substantielle, cf. É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, pp. 6-42.

¹⁰ Pour une analyse cf. V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Aix-en-Provence, PUAM et Économica, 2003, 423 p. ; J.-Y. CHÉROT, « Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel », *Gazette du Palais* 1994, pp. 837-843.

¹¹ Cf. la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée le 14 juin 1992, à l'issue de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (principe n° 10) ; Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (préambule et articles 6, 7 et 8) ; en ce sens Y. AGUILA, « La valeur constitutionnelle de la Charte de l'Environnement. Conclusions sur CE, Ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Anney* », *RFDA* 2008, pp. 1147 et s.

¹² Convention-cadre pour la protection des minorités nationales signée à Strasbourg le 1^{er} février 1995 (article 15 relatif au droit à une participation effective des personnes appartenant à des groupes minoritaires à la vie culturelle, sociale, économique ainsi qu'aux affaires publiques en particulier celles les concernant).

mouvement jurisprudentiel de procéduralisation de droits substantiels¹³ amorcé notamment par la Cour européenne des droits de l'homme résulte de la reconnaissance au sein de certains droits fondamentaux d'une obligation pesant sur les pouvoirs publics de garantir une participation de l'individu aux décisions publiques. Tel est par exemple le cas du droit à la vie, du droit au respect de la vie privée.

La participation est établie « au service » de ces droits fondamentaux, en tant que moyen de les concrétiser. Elle est liée à la reconnaissance de leurs effets positifs et notamment à l'obligation d'aménagement, c'est-à-dire l'obligation de prendre les mesures qui garantissent le bon exercice du droit en cause¹⁴. Ainsi les obligations d'information et de participation ont une fonction préventive : celle d'éviter une violation potentielle d'un droit fondamental¹⁵. Qu'il s'agisse de l'obligation d'informer les personnes concernées par une éventuelle altération de leurs droits ou de faire participer effectivement les personnes aux décisions publiques les concernant, cela relève de la qualité du processus décisionnel en amont¹⁶ d'une possible méconnaissance des droits de l'individu.

La confrontation de ces différents droits fondamentaux prenant en compte le principe de participation met en exergue son ambivalence. Si la participation est connotée positivement et entraîne la recherche de nouvelles formes, elle est pourtant parfois découragée voire même limitée. Découragée d'abord car l'imprécision sur son contenu rend souvent ses effets modestes ; limitée ensuite car elle ne fait pas l'objet d'une consécration généralisée. Cela étant, l'appréhension du principe de participation par les droits fondamentaux invite à comprendre pourquoi et comment

¹³ Cf. par ex. É. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 70, 2007, pp. 397-425 ; J.-F. FLAUSS, « La procéduralisation des droits substantiels de la Convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre la pollution », dans *Pour un droit commun de l'environnement : mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1263-1276.

¹⁴ D. CAPITANT, *Les nouveaux effets des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2001, 343 p. ; sur les obligations positives dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 8^{ème} éd., 2006, pp. 237-248 ; D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant et Nemesis, 1998, pp. 133-174.

¹⁵ Pour l'affirmation en matière environnementale, cf. CEDH, 10 nov. 2004, *Taskin et autres c. Turquie*, *Rec.* 2004-X, § 119 ; pour l'analyse générale des garanties procédurales cf. É. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 408-409.

¹⁶ Sur le fait que la participation a essentiellement vocation à se situer en amont de la décision, cf. J. MORAND-DEVILLER, « Les instruments juridiques de la participation et de la contestation des décisions d'aménagement », *Rev. jur. env.* 1992, p. 453.

il se développe en leur sein afin d'en dessiner les potentiels critères d'évolution. En quoi la participation pourrait-elle ainsi concerner d'autres droits fondamentaux que ceux ayant formellement intégré ce volet procédural et au regard de quels critères ? Les droits fondamentaux impliqueraient-ils des formes de participation plus ou moins intenses et au regard de quels critères ?

Malgré la généralité de sa formulation, le principe de participation influence les autorités normatives à travers un niveau d'exigences variable. L'étude de son appréhension par la Constitution française et par les conventions internationales, notamment les traités de droits de l'homme, c'est-à-dire l'étude de son appréhension par les règles supralégales s'imposant à l'ensemble des pouvoirs publics y compris le législateur, met en exergue son développement sur le terrain des droits fondamentaux. La contrainte pesant sur les pouvoirs publics quant à la prévision de mécanismes de participation est variable et permet ainsi d'identifier les degrés de la participation. Pour autant, une fois les échelons de la participation franchis (I), l'incertitude qui entoure la notion de participation demeure et rend difficile l'établissement de degrés dans la participation elle-même (II).

I – LES ÉCHELONS DE LA PARTICIPATION DE L'INDIVIDU AUX DÉCISIONS PUBLIQUES

Si la participation de l'individu aux décisions publiques constitue un instrument de la concrétisation de ses droits fondamentaux, elle n'est pas systématique. Une « échelle de participation » établie au regard des débiteurs de cette participation permettrait ainsi de déterminer le degré de contrainte pesant sur les pouvoirs publics. Au bas de l'échelle, la participation de l'individu aux décisions publiques serait restreinte car les pouvoirs publics seraient habilités à y porter atteinte (1). Au niveau intermédiaire, cette participation serait libre car les pouvoirs publics auraient la faculté de prévoir des mécanismes de participation et de les actionner (2). Enfin au sommet de l'échelle, cette participation serait imposée car les pouvoirs publics seraient chargés de prévoir de tels mécanismes, l'individu pouvant réclamer le respect d'une telle obligation au moyen de procédures susceptibles d'aboutir à des sanctions en cas de violation (3).

1) La participation restreinte

L'exercice des droits fondamentaux peut être limité. Aussi en est-il *a fortiori* de même d'un des instruments de leur concrétisation : la participation de l'individu aux décisions publiques. Les pouvoirs publics, à ce niveau de l'échelle, seraient habilités à restreindre voire interdire une telle participation malgré une mise en cause éventuelle des droits fondamentaux de l'individu. Cette interdiction de participation

repose sur les deux fondements classiques de la limitation des droits fondamentaux : les restrictions et les dérogations.

La suspension de la participation de l'individu aux décisions publiques correspond à la mise en œuvre des régimes d'exception. Ces régimes, c'est-à-dire des périodes de crise où la sécurité des personnes est gravement mise en danger et où, par conséquent, l'ordre juridique normal est suspendu, permettent de déroger temporairement aux droits fondamentaux. Dans le système juridique français, plusieurs régimes d'exception prévus à différents niveaux de la hiérarchie des normes¹⁷ permettent une limitation des droits fondamentaux. Seuls ceux organisés par la Constitution (les pouvoirs exceptionnels du Président de la République de l'article 16¹⁸) ou prévus par elle (l'état de siège mentionné à l'article 36) s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics : législateur et autorités infralégislatives. Or, ces régimes font l'objet d'un contrôle juridictionnel très insuffisant. Ainsi, dans le cadre de la mise en œuvre de pouvoirs exceptionnels du Président, les actes législatifs du Président de la République bénéficient d'une immunité juridictionnelle¹⁹. Aussi la participation de l'individu aux décisions publiques qui relève de la compétence du législateur en vertu de l'article 34²⁰ pourrait-elle être restreinte voire interdite sans même faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Dans le cadre de l'état de siège, les mesures prises sont quant à elles susceptibles de recours devant le juge administratif mais le contrôle demeure restreint car « en période de guerre les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses »²¹. La suspension de la participation de l'individu aux décisions publiques passerait alors le filtre du contrôle du Conseil d'État.

¹⁷ On dénombre quatre régimes différents : les pouvoirs exceptionnels du Président de la République (art. 16 C), l'état de siège (art. 36 C et loi du 9 août 1849), l'état d'urgence créé par la loi du 3 avril 1955 et enfin la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles (CE, 28 juin 1918, *Heyries*, *Rec.* p. 651).

¹⁸ F. SAINT-BONNET, « Réflexion sur l'article 16 et l'état d'exception », *RDP* 1998, pp. 1699 et s.

¹⁹ CE, Ass., 2 mars 1962, *Sieur Rubin de Servens*, *Rec.* p. 143. Depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'application prolongée de l'article 16 C pourra cependant être contrôlée par le Conseil constitutionnel (art. 16 al. 6 C).

²⁰ L'étendue du droit d'accès aux documents administratifs concerne les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et relève donc de la compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution : CE, 29 avril 2002, *M. Ulmann*, *Rec.* pp. 156-157. La qualification du droit général d'accès aux documents administratifs ayant valeur législative depuis la loi du 17 juillet 1978 comme une « liberté publique » avait déjà été effectué en doctrine : cf. G. BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information », dans *Service public et libertés – Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Éditions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, p. 703.

²¹ CE, 28 fév. 1919, *Isabelle Dol et Jeanne Laurent*, *Rec.* pp. 208-209.

Cette possibilité de suspension de la jouissance et de l'exercice des droits fondamentaux en cas de guerre ou en cas d'autres dangers exceptionnels menaçant la vie de la nation est également reconnue au niveau international tant dans le Pacte international des droits civils et politiques, par son article 4 al. 1, que dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par son article 15 al. 1. La portée de ce dernier article est très grande²². En effet, à l'exception des droits intangibles relevant du « noyau dur » des droits de l'homme tels que le droit à la vie, le droit à ne pas être torturé ou soumis à des traitements inhumains et dégradants, le droit à ne pas être placé en esclavage ou servitude et le droit à la non rétroactivité de la loi pénale, les autres droits fondamentaux sont toujours susceptibles de dérogations. Aussi en est-il de même de la participation de l'individu aux décisions publiques.

En dehors de ces régimes exceptionnels, la participation de l'individu aux décisions publiques peut être restreinte. En période normale, deux types de limites peuvent restreindre l'exercice de droits fondamentaux et, par ricochet, la participation de l'individu aux décisions publiques : la conciliation avec d'autres droits fondamentaux et la conciliation avec des fins d'intérêt général.

Malgré l'absence de disposition constitutionnelle précise, les droits fondamentaux peuvent faire l'objet, dans le système juridique français, de telles limitations prévues par le législateur. Cela étant, s'il appartient à ce dernier d'opérer la conciliation avec d'autres droits fondamentaux ou avec des fins d'intérêt général, le juge constitutionnel contrôle que le droit en cause n'a pas été dénaturé, que sa substance même n'a pas été atteinte²³.

Les traités de droits de l'homme auxquels la France est partie connaissent les mêmes types de limites mais les appréhendent spécifiquement à travers certains droits. Le Pacte international des droits civils et politiques comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoient des clauses de restriction particulières. Bâties sur un modèle similaire, elles imposent que l'ingérence soit prévue par la loi et nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre certains buts légitimes précisément énumérés et correspondant soit à des fins d'intérêt général soit à la protection d'autres droits fondamentaux. En prévoyant des clauses spécifiques, ces traités distinguent, en période normale, les droits susceptibles de limitations de ceux qui ne le seraient pas. Outre les clauses de restriction à l'exercice des droits reconnus dans les articles 8 à 11 de la Convention européenne, certains protocoles additionnels comportent eux

²² P. TAVERNIER, « Article 15 », dans L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^{ème} éd., 1999, pp. 489-503.

²³ O. PFERSMANN, dans L. FAVOREU (dir.), *Droits des libertés fondamentales, op. cit.*, p. 168.

aussi des clauses similaires²⁴. Toutefois, malgré l'absence de clause expresse de restriction, la Cour européenne reconnaît également l'existence de limitations implicites au point que le principe s'avère être, à l'exception du « noyau dur », la possibilité de restriction de droits conventionnels.

Il est intéressant de relever que les droits politiques reconnus par l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention européenne ne font pas l'objet d'une clause expresse de restriction. Cela étant, la Cour européenne considère que ces droits ne sont pas absolus. Comme l'article 3 les reconnaît sans les énoncer en termes exprès ni les définir, il y a place pour des « limitations implicites »²⁵. La participation de l'individu aux décisions publiques découlant de l'exercice de ses droits fondamentaux est donc, à l'instar de la participation de l'individu au système représentatif par les élections législatives, susceptible de faire l'objet de restrictions en période normale.

2) *La participation facultative*

En dehors de ces cas où les pouvoirs publics sont habilités à interdire ou à restreindre la participation de l'individu aux décisions publiques, ceux-ci sont libres de prévoir et/ou d'utiliser des mécanismes de participation. Aussi la participation de l'individu aux décisions publiques serait-elle facultative. Les pouvoirs publics ont d'une part à leur disposition des mécanismes facultatifs de participation qu'ils peuvent actionner ou non lorsque les décisions publiques concernent les droits fondamentaux de l'individu. D'autre part, à défaut de la reconnaissance d'un droit général ayant cet objet au niveau supra-légal, la participation de l'individu aux décisions publiques et son information préalable relèvent de l'ordre de la possibilité dans la concrétisation par les pouvoirs publics des droits en cause.

Les mécanismes de participation de l'individu aux décisions publiques constituent en France une possibilité offerte aux pouvoirs publics. Le référendum législatif de l'article 11 al. 1, archétype de la démocratie semi-directe qui peut être utilisé lorsque sont concernés les droits fondamentaux, a un caractère purement facultatif. En effet, malgré l'échec des projets présentés par F. Mitterrand en 1984 et 1993 visant à inclure expressément dans le champ du référendum les « garanties

²⁴ La protection de l'usage des biens (article 1 al. 2, protocole 1), la liberté de circulation et de résidence (article 2, § 3 et 4, protocole 4), les droits procéduraux de l'étranger (article 2, § 2 et 5, protocole 7) connaissent le même type de clause de restriction que les articles 8 à 11 de la Convention européenne relatifs au droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, au droit de manifester sa religion ou ses convictions, au droit à la liberté d'expression et au droit à la liberté de réunion, à la liberté d'association et à la liberté syndicale.

²⁵ Cf. par ex. CEDH, 11 janv. 2005, *Py c. France*, Rec. 2005-I, § 45-47.

fondamentales des libertés publiques », le domaine du référendum s'est « banalisé »²⁶ depuis les révisions constitutionnelles de 1995 et de 2008. Les droits fondamentaux sont susceptibles d'être affectés par des « réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation ». De plus, les limites de cette notion ne sont pas clairement définies et pourraient être interprétées extensivement. Toutefois, elles dépendront de l'interprétation du Conseil constitutionnel dorénavant consulté dans le cadre du référendum d'initiative populaire de l'article 11 al. 3. Ainsi, certains des droits fondamentaux reconnus par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, tels que la liberté de la presse, pourraient être indirectement concernés. Les droits fondamentaux reconnus par le Préambule de 1946 et proclamés en tant que « principes économiques ou sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » sont, eux, directement concernés par le domaine du référendum législatif tels que le droit au travail, le droit de grève, la liberté syndicale, le droit à la santé, le droit à l'éducation²⁷,... Enfin, en est-il de même des droits fondamentaux reconnus par la Charte de l'environnement.

Le caractère facultatif de la participation de l'individu aux décisions publiques résulte également de l'absence de droit général à la participation de valeur supra-légale. L'individu ne pouvant se prévaloir d'un tel droit, les pouvoirs publics sont donc libres de prévoir et/ou d'actionner des mécanismes de participation.

Au niveau constitutionnel, le juge constitutionnel français n'a jamais utilisé les potentialités ouvertes par le texte constitutionnel pour reconnaître l'existence d'un tel droit. L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel « la société a droit de demander compte à tout agent public de son administration » n'a pas servi de fondement à la consécration d'un droit individuel à l'information²⁸. Certes le droit général d'accès aux documents administratifs a valeur législative depuis la loi du 17 juillet 1978 et est considéré par la doctrine et la jurisprudence administrative comme ayant le statut d'une liberté publique²⁹. Cependant, ce droit ne s'impose pas à l'ensemble des pouvoirs publics puisque le législateur serait libre d'y porter atteinte. Cela étant, une telle conclusion doit être nuancée. D'une part, l'on pourrait considérer que le législateur ne saurait supprimer un tel droit mais

²⁶ F. HAMON, « L'extension du référendum : données, controverses, perspectives », *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 118.

²⁷ F. HAMON, « L'extension du référendum : données, controverses, perspectives », *ibidem*, p. 119.

²⁸ Le Conseil constitutionnel n'a pour l'instant appliqué cet article qu'en matière financière. Par une lecture combinée des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il a dégagé le principe de sincérité budgétaire : pour la référence expresse au principe, cf. CC., déc. n° 2006-538 DC, 13 juil. 2006, *Loi portant règlement définitif du budget de 2005*, *Rec.* p. 73, cons. 3 ; cf. également G. SCOFFONI, *Le droit à l'information administrative aux États-Unis : du modèle américain au système français de transparence*, Paris, Economica, 1992, pp. 11-12.

²⁹ Cf. note n° 20.

simplement le restreindre par transposition de la jurisprudence constitutionnelle dite des garanties légales des exigences constitutionnelles. Cela nécessiterait alors d'identifier l'exigence constitutionnelle en question que la loi du 17 juillet 1978 viendrait garantir. D'autre part, cela supposerait également la suppression législative d'une autorité administrative indépendante, la Commission d'accès aux documents administratifs. Eu égard à l'absence de constitutionnalisation formelle de la catégorie de autorités administratives indépendantes, la jurisprudence constitutionnelle admet et encadre une telle suppression³⁰.

Au niveau conventionnel, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée dans le même sens en refusant de reconnaître un droit autonome du public à l'information tiré de l'article 10 de la Convention³¹. L'existence d'un droit pour le public à recevoir des informations est en effet limité à la liberté de la presse et ne saurait se comprendre comme imposant à un État une obligation générale de collecte, d'élaboration et de diffusion des informations qui, par leur nature, ne pourraient être autrement portées à la connaissance du public. Ce refus de la Cour est d'autant plus net qu'il est allé à l'encontre de la position initialement prise dans cette affaire par la Commission européenne. Cela étant, si la Cour a écarté l'application de l'article 10 de la Convention, elle a néanmoins dégagé une obligation spécifique d'information en matière environnementale similaire *via* le droit au respect de la vie privée consacré à l'article 8 de la Convention³².

Si un droit général à l'information au niveau supra-légal n'a pas été reconnu, la question d'un droit général à la participation au niveau supra-légal ne s'est même pas posée. Parfois assimilée à l'information³³, la participation s'en distingue néanmoins puisque l'information est la condition principale à sa réalisation³⁴. Sans

³⁰ Le Conseil constitutionnel a déjà ainsi admis la suppression législative d'une autorité administrative indépendante : la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse, cf. CC., déc. n° 86-210 DC, 29 juil. 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Rec. p. 110.

³¹ CEDH, 19 fév. 1998, *Guerra c. Italie*, Rec. 1998-I, § 53.

³² CEDH, 19 fév. 1998, *Guerra c. Italie*, Rec. 1998-I, § 60 : droit de bénéficier « d'informations essentielles qui leur auraient permis d'évaluer les risques pouvant résulter pour elles et leurs proches du fait de continuer à résider sur le territoire [...] d'une commune aussi exposée au danger en cas d'accident dans l'enceinte de l'usine ».

³³ Cette assimilation, à travers une définition *largo sensu* de la participation semble s'analyser comme une étape nécessaire au développement de la participation et à son autonomisation progressive à travers une définition *stricto sensu*. Ainsi avant son autonomisation par la loi *relative à la démocratie de proximité* du 27 février 2002, le principe de participation se résumait, selon le Code de l'environnement, à un droit d'accès aux informations relatives à l'environnement.

³⁴ À côté de l'information pourrait aussi être dégagées d'autres conditions à la réalisation d'une participation effective telles que la formation de l'individu. Pour une illustration cf. par exemple la Charte européenne révisée de la participation des jeunes à la vie locale et régionale du 21 mai 2003.

mise à disposition du public d'une information complète, il ne pourrait en effet y avoir de véritable participation à l'élaboration des décisions publiques³⁵.

Le principe est donc que la participation constitue un instrument facultatif dans la concrétisation des droits fondamentaux que les pouvoirs publics sont libres de prévoir et/ou d'actionner.

3) *La participation imposée*

Si la participation de l'individu aux décisions publiques est, par principe, facultative, elle a parfois été spécifiquement reconnue comme découlant de certains droits fondamentaux. L'individu est alors fondé à en réclamer le respect par les pouvoirs publics. La participation est donc, par exception, imposée aux pouvoirs publics, l'individu restant libre de l'exercer ou non. Le développement du principe de participation au sein des droits fondamentaux soulève la question de sa généralisation et, par ricochet, celle d'un critère au sein des droits fondamentaux qui pourrait imposer aux pouvoirs publics d'organiser des mécanismes de participation.

Les obligations pesant sur les pouvoirs publics de prévoir des mécanismes de participation et d'informer préalablement l'individu ont, à première vue, trouvé leur place au sein des droits de troisième génération en raison de leur technique particulière de protection. Dépassant l'opposition classique « droits-libertés » et « droits-créances », ils se présentent avant tout comme des droits de participation. Le droit à l'environnement, droit appelant l'intervention des hommes, c'est-à-dire un droit d'accès à l'information, de participation au processus décisionnel³⁶, est particulièrement topique à cet égard. Pour autant, ces obligations d'information préalable et de participation ne recouvrent pas l'ensemble des droits de troisième génération et ne sauraient se limiter à ceux-ci car les techniques de protection des droits ne sont attachées ni à leur objet, ni à leur historicité³⁷.

S'il est particulièrement difficile d'identifier un critère qui permettrait de déterminer l'existence d'une participation de l'individu imposée aux pouvoirs publics tant en raison de la pauvreté des textes normatifs que de la rareté de la jurisprudence, la nature du droit en cause semble devoir être explorée. La

³⁵ H. MAISL, « Formes et techniques de participation du public à l'élaboration d'actes législatifs et administratifs », *op. cit.*, p. 16 ; F. VAN DER BURG, « Participation et représentation des intérêts », dans Conseil de l'Europe, Affaires juridiques (dir.), *Formes de participation du public à l'élaboration des actes législatifs et administratifs – Actes du 7^{ème} colloque de droit européen*, *op. cit.*, p. 49.

³⁶ D. ROUSSEAU, « Les droits de l'homme de la troisième génération », dans Association française des constitutionnalistes (dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Aix-en-Provence, Economica et PUAM, 1987, pp. 125-137.

³⁷ C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 161.

participation est, par essence, à l'articulation de l'individuel et du collectif. Subsumant la distinction droit individuel/droit collectif dont les acceptions sont multiples³⁸, la consécration parmi les droits fondamentaux du principe de participation pourrait reposer sur l'objet que le droit potentiellement atteint cherche à garantir. De l'analyse des quelques cas de reconnaissance de telles obligations ressort la notion d'autonomie personnelle³⁹, notion qui tend à devenir une valeur essentielle notamment au sein de la convention⁴⁰ mais également dans la jurisprudence constitutionnelle française à travers la notion de liberté personnelle⁴¹. Cette notion repose sur cette articulation de l'individuel et du collectif en prenant en compte l'individu dans son environnement naturel, social, professionnel, culturel...

Au niveau constitutionnel, le lien entre le principe de participation et la liberté personnelle peut être mis en évidence notamment en matière de droit social. C'est en effet en ce domaine qu'est apparue à la fin des années 1980 la notion de liberté personnelle de l'employeur et du salarié⁴². Cette notion a notamment permis d'encadrer les prérogatives des organisations syndicales⁴³ qui constituent le moyen de mettre en œuvre le droit à la participation reconnu aux travailleurs par l'alinéa 8 du Préambule de 1946. Certes ce lien n'a pas été consacré en matière environnementale mais la Charte de l'environnement adopte une conception particulièrement extensive du principe de participation. Le droit de participation en

³⁸ J. RIVERO, « Les droits de l'homme : droits individuels ou droits collectifs ? », dans *Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels. Actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979*, Paris, LGDJ, 1980, pp. 17-25 ; C. KLEIN, « Droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels », dans *Les droits de l'homme. Droits collectifs ou droits individuels. Actes du colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, ibidem*, pp. 27-34.

³⁹ Sur le lien entre les obligations procédurales et l'autonomie personnelle, cf. É. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 409.

⁴⁰ Sur la place de l'autonomie personnelle, cf. CEDH, 29 avril 2002, *Pretty C. Royaume-Uni*, *Rec.* 2002-III, § 61 : « Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 ».

⁴¹ A. PENA-SOLER, « À la recherche de la liberté personnelle désespérément... », dans *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, pp. 1675-1708 ; H. ROUSSILLON et X. BIOY, *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ? - actes du colloque organisé par le centre d'études et de recherches constitutionnel et politique de Toulouse du 7 mai 2005*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2006, 156 p. ; A. PARIENTE, « La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », dans *Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges Lawroff*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 267-282.

⁴² CC., déc. n° 88-244 DC, 20 juil. 1988, *Loi portant amnistie*, *Rec.* p. 119.

⁴³ CC., déc. n° 89-257 DC, 25 juil. 1989, *Loi relative à la prévention du licenciement économique*, *Rec.* p. 53.

matière environnementale est en effet reconnu à « toute personne » sans que celle-ci ait à justifier d'un intérêt spécifique⁴⁴.

Au niveau conventionnel, le lien entre le principe de participation et l'autonomie personnelle est net. En matière environnementale, l'obligation d'information a pour but selon la Cour européenne de fournir aux individus les informations essentielles permettant d'évaluer les risques pouvant résulter pour eux ou leurs proches de leurs choix⁴⁵. C'est également la même préoccupation, la possibilité d'effectuer des choix libres et éclairés, qui a guidé la reconnaissance d'obligations de participation par le Comité des droits de l'homme dans le domaine de la protection des minorités. Avec l'affaire *Ilmari Länsman c. Finlande*, le Comité a ainsi déduit de l'article 27 du Pacte des droits civils et politiques l'exigence d'une procédure de participation effective des membres de la minorité aux décisions affectant leur mode de vie traditionnel⁴⁶.

Ainsi, dès que l'autonomie personnelle selon la terminologie de la Cour européenne ou la liberté personnelle selon celle du Conseil constitutionnel serait en question, la participation de l'individu aux décisions publiques pourrait s'imposer aux pouvoirs publics. Dans les autres domaines, celle-ci resterait simplement facultative. Il s'agit ainsi de faire en sorte que l'individu, pris dans sa dimension concrète, soit à même de s'autodéterminer. Pour autant, ces éléments ne sont que d'un faux secours car ils déplacent le problème sur la question de savoir ce qui relève ou non de ces notions d'autonomie personnelle ou de liberté personnelle. Or celles-ci souffrent d'une tendance à l'hypertrophie. Ce sont ainsi des notions « attrape-tout » car elles renvoient à la subjectivité et à la singularité de chacun au sein de l'espace public. Elles pourraient alors justifier une extension considérable du principe de participation au sein des droits fondamentaux générant une obligation nouvelle à l'égard des pouvoirs publics.

S'il s'avère délicat d'identifier les critères permettant de déterminer formellement le recours à la participation de l'individu dans la mise en œuvre de ses droits fondamentaux, la complexité ne fait que redoubler lorsqu'il s'agit d'identifier des critères permettant de varier matériellement l'intensité normative de l'exigence de participation.

⁴⁴ Y. JÉGOUZO, « Principe et idéologie de la participation », dans *Pour un droit commun de l'environnement : mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, *op. cit.*, p. 578 et p. 584.

⁴⁵ CEDH, 19 fév. 1998, *Guerra c. Italie*, *Rec.* 1998-I, § 60.

⁴⁶ Comm. dr. h., Gde Ch., déc. n° 511/1992, 26 oct. 1994, *Ilmari Länsman c. Finlande*, A/50/40 vol II., p. 69 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 243.

II – LES ÉCHELONS DANS LA PARTICIPATION DE L'INDIVIDU AUX DÉCISIONS PUBLIQUES

La participation est une notion dont les effets ne sont pas clairement déterminés. Il en résulte une complexité à dégager une « échelle dans la participation »⁴⁷. Les procédés de la participation que les pouvoirs publics sont tenus de mettre œuvre sont divers. Ils varient selon le degré d'emprise de l'individu sur le processus décisionnel et le plus ou moins grand partage du pouvoir qui en résulte. Au niveau le plus bas de l'échelle, la « participation consultation » impose aux pouvoirs publics de recueillir l'avis de l'individu avant la prise de la décision (1). Forme intermédiaire, la « participation concertation » requiert des pouvoirs publics une élaboration en commun de la décision avec les individus ou leurs représentants (2). Enfin, au niveau le plus élevé de l'échelle, la « participation codécision » consisterait théoriquement en un partage du pouvoir décisionnel dont les pouvoirs publics n'auraient plus le monopole (3). Or, à mesure que les effets juridiques grandissent, le champ d'application de la participation se restreint.

1) *La participation consultation*

Cette forme de participation consiste à recueillir « l'expression juridique d'opinions émises individuellement ou collégalement, à l'égard d'une autorité [normative] seule habilitée à prendre l'acte de décision à propos duquel intervient la consultation »⁴⁸. Elle regroupe l'ensemble des procédures qui permettent aux individus de donner leur avis sur la décision à prendre, sans que ceux-ci ne soient associés à l'élaboration de la décision sur laquelle ils sont consultés⁴⁹. Les autorités normatives collectent par ce biais les données nécessaires à l'évaluation de leur intervention : celle-ci n'a donc pas lieu avant que l'individu ait eu la possibilité de se faire une opinion, par le biais de l'information, et de la faire connaître. Elle revêt ainsi une dimension symbolique⁵⁰ relevant plutôt de la liberté d'expression institutionnalisée que de l'idée de participation⁵¹.

⁴⁷ Sur cette difficulté en matière environnementale, cf. M. PRIEUR, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *op. cit.*, pp. 403-404.

⁴⁸ Y. WEBER, *L'administration consultative*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1968, p. 1.

⁴⁹ F. JAMAY, « Principe de participation », *op. cit.*, p. 12.

⁵⁰ P. CHAMBAT et J.-M. FOURNIAU, « Débat public et participation démocratique », dans S. VALLEMONT (dir.), *Le débat public : une réforme dans l'État*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes-Droit public, 2001, p. 15.

⁵¹ C. WIENER et F. HAMON, « La participation et les activités sociales et culturelles », dans F. DELPÉRÉE (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative (Travaux des XII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin)*, *op. cit.*, p. 338.

L'assujettissement du processus décisionnel environnemental à un ensemble de contraintes procédurales, au titre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, coïncide avec ce premier degré de participation. En effet, lorsqu'il s'agit pour un État de traiter des questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit tout d'abord comporter la réalisation des enquêtes et études appropriées permettant de prendre en compte le point de vue des intéressés⁵². À ce titre, la Cour met en exergue l'importance de l'accès du public aux conclusions de ces études ainsi qu'à des informations permettant d'évaluer le danger auquel l'individu est exposé. Elle a ainsi expressément consacré, par une intégration en substance des normes internationales relatives au droit de l'environnement et notamment de la Convention d'Aarhus, un droit du public à l'information en la matière environnementale⁵³. Il résulte de cette formulation jurisprudentielle une exigence minimale de participation : la consultation. En effet, la Cour renvoie à deux expressions floues : le « processus décisionnel » et « la prise en compte ». Le « processus décisionnel » correspond à quelque chose d'indéterminé en amont de la prise de décision. De même, la « prise en compte » est revêtue d'une incertitude quant à sa portée juridique.

Malgré l'intensité assez faible de ces contraintes procédurales, il s'agit bien d'une première véritable forme de participation puisqu'elle est organisée de façon systématique et devient l'une des étapes obligatoires de la procédure normative. C'est également ce type de participation qui semble être, au minimum requis, par l'article 7 de la Charte de l'environnement. L'« indétermination sémantique »⁵⁴ de cet article nécessitera l'interprétation du Conseil constitutionnel pour déterminer les effets juridiques de la participation. Aussi le degré d'influence reste-t-il, à défaut de jurisprudence à ce jour⁵⁵, incertain entre ce premier stade de participation consultation et le suivant, celui de la participation concertation. La notion de « décision ayant une incidence sur l'environnement » étant très large, son champ d'application est vaste et les techniques de participation pourront, par conséquent, être diversifiées. L'arsenal juridique national comporte d'ailleurs des modalités de participation relevant soit d'une logique de consultation, soit d'une logique de

⁵² CEDH, 8 juil. 2003, *Hatton c. Royaume-Uni*, Rec. 2003-VIII, § 128 : ces garanties sont reconnues « de manière à prévenir et évaluer à l'avance les effets des activités qui peuvent porter atteinte à l'environnement et aux droits des individus et à permettre ainsi l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu ».

⁵³ CEDH, 19 fév. 1998, *Guerra et autres c. Italie*, Rec. 1998-I, § 60 et CEDH, 9 juin 1998, *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, Rec. 1998-III, § 97.

⁵⁴ K. FOUCHER, « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ? », *op. cit.*, p. 2317.

⁵⁵ CC., déc. n° 2007-564 DC, 19 juil. 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés* : seul le droit d'accès à l'information est concerné par cette décision.

concertation⁵⁶. Aussi, puisque ce droit de participation s'exerce « dans les limites » fixées par la loi, le niveau de participation reste-t-il du ressort exclusif du législateur⁵⁷.

L'analyse de la matière environnementale révélerait un critère permettant de déterminer l'intensité normative du principe de participation. La justification de ce premier niveau se trouve dans l'objet de la décision à prendre : celle d'être une question complexe et celle d'être une question politique générale, comme le met bien en exergue la systématisation opérée par l'arrêt *Taskin*⁵⁸. Cela pourrait justifier par ricochet une conception extensive du public visé. Le droit constitutionnel à la participation en matière environnementale est en effet reconnu à « toute personne » indépendamment de sa qualité de citoyen, d'administré ou de personne intéressée. Cette conception traduirait une spécificité de la participation en matière environnementale⁵⁹. Toutefois, le critère de la complexité et de la généralité de la décision à prendre, ainsi dégagé, se retrouve dans d'autres domaines, tels que l'éthique, qui s'ouvrent progressivement à la participation de l'individu. Certes la reconnaissance d'un droit à la participation dans ces domaines est pour l'instant effectué au niveau législatif, permettant au législateur de se délier lui-même de cette contrainte qu'il s'impose. Cela étant, ce même critère constitue la justification de l'institutionnalisation de la participation⁶⁰. À l'instar de la matière environnementale où le développement de la participation devait permettre d'établir un contrepoids à la pression des agents économiques⁶¹, son développement en matière d'éthique tend à diminuer le poids de l'expert dans la prise de décision⁶². La « participation consultation » se développe ainsi comme moyen de compenser le transfert indirect du pouvoir des représentants vers d'autres acteurs.

⁵⁶ Cf. par ex. F. JAMAY, « Principe de participation », *op. cit.*, pp. 12 et s.

⁵⁷ CE, Ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*. Le législateur ne semble pas être tenu à une exigence supérieure pour la mise en œuvre du principe de participation comme le révèle en creux la formulation retenue par le Conseil d'État. En effet, les dispositions du décret attaqué qui prévoyaient la mise en œuvre d'une enquête publique et des modalités d'information et de publicité ont été considérées comme concourant de manière indivisible à l'établissement d'une procédure de consultation et de participation. Entrant dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement, elles ont donc été considérées comme prises par une autorité incompétente.

⁵⁸ CEDH, 10 nov. 2004, *Taskin et autres c. Turquie*, Rec. 2004-X, § 118-119.

⁵⁹ Y. JÉGOUZO, « Principe et idéologie de la participation », *op. cit.*, p. 578 et p. 584 ; Y. JÉGOUZO, « De la « participation du public » à la « démocratie participative » ? », *AJDA* 2006, p. 2314.

⁶⁰ La proposition de loi n° 2211 de J. LÉONETTI, *op. cit.*, met bien en évidence que le domaine de l'éthique est une matière complexe et posant la question de « l'avenir commun ».

⁶¹ M. PRIEUR, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *op. cit.*, p. 397.

⁶² Proposition de loi n° 2211 de J. LÉONETTI, *op. cit.*

Si toute personne est titulaire d'un droit à la « participation consultation », ce qui soulèvera des questions quant à l'organisation de la représentativité des personnes participantes, il en est autrement s'agissant d'un droit à la « participation-concertation ».

2) La participation concertation

Cette deuxième forme de participation constitue un moyen de collaborer à la prise de décision, d'exercer une influence sans partager pour autant le pouvoir de décision. L'objectif n'est plus seulement de recueillir des avis mais de mettre en présence les parties et de rechercher un consensus sur le contenu de la décision⁶³. La différence entre la consultation et la concertation est d'ordre qualitatif. Elle suppose une élaboration en commun de la décision⁶⁴ affectant une catégorie d'individus appréhendés sous cette qualité. Aussi, ce deuxième niveau semble-t-il s'appliquer aux décisions traitant une question particulière. Pouvant cependant concerner un nombre plus ou moins important d'individus en fonction de la catégorie visée, il impliquera souvent une médiatisation⁶⁵. Par ailleurs, la concertation se situe souvent plus en amont que la consultation, au moment de la conception de la décision⁶⁶.

Cette idée semble bien correspondre, au niveau national, à la mise en œuvre du droit à la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail. Eu égard à la généralité de sa formulation, le Conseil constitutionnel en a précisé le sens. Ainsi, le législateur peut, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte⁶⁷. La notion de concertation appropriée est très large et ne se limite pas à la seule négociation collective⁶⁸. « Elle constitue un

⁶³ C. WIENER et F. HAMON, « La participation et les activités sociales et culturelles », dans F. DELPÉRIÉ (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative (Travaux des XII^e Journées d'études juridiques Jean Dabin)*, op. cit., p. 340.

⁶⁴ B. DELAUNAY, *L'amélioration des relations entre l'administration et les administrés*, Paris, LGDJ, coll. Bibl. De droit public, 1993, p. 99.

⁶⁵ C. WIENER et F. HAMON, « La participation et les activités sociales et culturelles », dans F. DELPÉRIÉ (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative (Travaux des XII^e Journées d'études juridiques Jean Dabin)*, op. cit., p. 340.

⁶⁶ L. SFEZ, *L'administration prospective*, Paris, A. Colin, 1970, p. 179.

⁶⁷ CC., déc. n° 89-257 DC, 25 juil. 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, Rec. p. 59, cons. 9.

⁶⁸ Ainsi que le révèle l'emploi de l'adverbe « notamment » : cf. CC., déc. n° 2005-523 DC, 29 juillet 2005, *Loi en faveur des petites et moyennes entreprises*, Rec. p. 137, cons. 8.

préalable nécessaire permettant d'associer [...] les travailleurs à l'élaboration dans les entreprises des règles les concernant et de faire valoir leurs intérêts »⁶⁹.

C'est la même idée qui se retrouve, au niveau conventionnel, dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme s'agissant des mesures affectant l'exercice des activités économiques traditionnelles d'une minorité. Leur compatibilité avec l'article 27 du Pacte est notamment subordonnée à la « participation effective » pour reprendre les mots du Comité, des membres de la communauté minoritaire au processus décisionnel débouchant sur la mesure litigieuse. L'État doit donc prendre les mesures positives pour organiser cette garantie procédurale⁷⁰.

C'est enfin la même idée en matière de droit au respect de la vie familiale et plus particulièrement d'assistance éducative et d'autorité parentale. Bien que l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales ne contienne aucune condition explicite de procédure, la jurisprudence de la Cour européenne exige ainsi que la décision publique soit équitable et ménage aux parents un rôle suffisamment important pour assurer la protection requise de leurs intérêts⁷¹.

Les expressions utilisées « associer au processus décisionnel » ou encore l'emploi même du terme « participation » marque bien un saut qualitatif. La concertation vise ainsi à la recherche d'un consensus et d'une adhésion à la décision. C'est pourquoi son champ d'application est plus restreint, et le public concerné plus limité.

Au-dessus de ce niveau existe au moins théoriquement un troisième niveau : celui de la « participation codécision ».

3) *La participation codécision*

Cette troisième forme de participation vise non plus à participer étroitement à l'élaboration de la décision mais à participer à la décision elle-même. Or la codécision suppose le partage du pouvoir qui est réservé en principe aux organes représentatifs. Conférer au public une influence directe sur le sens de la décision publique par un mécanisme de « participation codécision » remettrait frontalement en cause le principe selon lequel seules les assemblées élues à tous les niveaux de l'État, et leurs exécutifs, sont investis du pouvoir de décision selon l'article 3. Les

⁶⁹ V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, *op. cit.*, p. 125.

⁷⁰ Comm. dr. h., Gde Ch., déc. n° 511/1992, 26 oct. 1994, *Itari Länsman c. Finlande*, A/50/40 vol II, p. 69 et Comm. dr. h., déc. n° 547/1993, 27 oct. 2000, *Aspirana Mahuiké et Consorts c/ Nouvelle Zélande*, A/56/40, vol II, 2001, p. 11.

⁷¹ CEDH, 24 fév. 1995, *Mc Michael c. Royaume-Uni*, Série A n° 307-B.

travaux préparatoires de la Charte de l'environnement le rappellent à juste titre et le Conseil d'État a d'ailleurs refusé de faire de la participation un mécanisme de codécision⁷².

Si la participation se développe afin de garantir les droits fondamentaux, lui attribuer des effets juridiques importants rencontrerait certaines difficultés. Elle soulèverait inévitablement la question de savoir si l'individu, pourrait encore invoquer, lorsqu'il a lui-même participé à la décision publique, la violation d'un droit fondamental. Si le pouvoir n'est plus simplement exercé par les représentants, les droits fondamentaux conserveraient-ils leur raison d'être : constituer une limitation à l'exercice du pouvoir ? Le cas du référendum est, à cet égard, éclairant. Le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la constitutionnalité d'une loi référendaire tant constitutionnelle⁷³ qu'ordinaire⁷⁴, parce qu'elle est « l'expression directe de la souveraineté nationale ». Cela étant, un contrôle de conventionnalité et, donc, un contrôle au regard des droits fondamentaux pourrait être réalisé⁷⁵. Aussi la « participation codécision » n'aurait-elle pas nécessairement pour corollaire une disparition de la protection des droits fondamentaux. Ceux-ci continueraient à être garantis à l'encontre des décisions publiques prises au terme de cette « participation codécision ». En effet, les décisions auxquelles l'individu a participé afin de protéger ses propres droits fondamentaux peuvent toujours porter atteinte aux droits fondamentaux d'autres individus mais aussi à ses propres droits. À l'instar du législateur, l'individu peut mal faire. L'individu n'est pas nécessairement un garant automatique des droits fondamentaux.

Le non développement de la « participation codécision » ne s'explique donc pas par la contrariété avec l'existence de droits fondamentaux reconnus et garantis par le système juridique mais par le choix constitutionnel d'une démocratie représentative dans laquelle ne peuvent prendre place des mécanismes de codécision.

⁷² CE, Sect., 3 déc. 1993, *Ville de Paris c. Parents et autres*, *Rec.* pp. 340-344, spécialement p. 342.

⁷³ CC., déc. n° 62-20 DC, 6 nov. 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, *Rec.* p. 34.

⁷⁴ CC., déc. n° 92-313 DC, 23 sept. 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, *Rec.* p. 94.

⁷⁵ S'agissant des lois référendaires ordinaires : C. MAUGÜÉ, « L'accord de Nouméa et la consultation de la population. Conclusions CE, Ass., 30 oct. 1998, *MM. Sarrao et Levacher et autres* », *RFDA* 1998, n° 6, p. 1087 : « Nous n'adhérons pas à la thèse soutenue par certains, selon laquelle les lois référendaires échapperaient par nature à tout contrôle de conventionnalité [...]. Nous estimons au contraire que les lois référendaires ordinaires sont soumises au contrôle de constitutionnalité et ce nonobstant le fait qu'elles échappent au contrôle de constitutionnalité ».

*

Les différentes formes de participation exigées pour la concrétisation des droits fondamentaux dès lors qu'entrerait en jeu l'autodétermination de l'individu dans l'espace public restent essentiellement indéterminées. L'information est un préalable à toute participation et cette dernière semble se réduire à deux formes essentielles, elles-mêmes hétérogènes : la consultation et la concertation. Cette indétermination est d'ailleurs entretenue car le principe de participation s'accompagne parallèlement d'une marge de manœuvre importante accordée à ceux chargés de la mettre en forme. Tant le juge européen que le juge constitutionnel national laisse une liberté dans le choix des mesures concrètes particulières à l'État pour le premier, au législateur national pour le second afin de la mettre en œuvre. Aussi les formes de participation sont-elles comprises comme de simples compléments à la démocratie représentative, et non comme des substituts.

RÉSUMÉ :

Au cœur de la démocratie, le principe de participation a progressivement pénétré le champ des droits fondamentaux. Bien que reconnu au niveau constitutionnel et international comme instrument de la concrétisation de certains droits fondamentaux, un flou entoure sa définition. Permettant à l'individu de prendre part, dans des domaines plus ou moins étendus, de manière plus ou moins déterminante, à l'exercice du pouvoir, le principe de participation impose alors aux autorités normatives un niveau d'exigences variable. Cela étant, à partir de l'évaluation des droits fondamentaux concernés, une double échelle pourrait être dégagée : une « échelle de la participation » qui exprimerait les critères permettant de déterminer formellement le recours à la participation de l'individu, et une « échelle dans la participation » qui traduirait les critères permettant de déterminer matériellement l'intensité normative de la participation. Si l'établissement d'une telle grille d'analyse s'avère délicate et complexe, elle révèle la volonté de laisser une marge d'appréciation importante aux autorités chargées de la mettre en forme car elle constitue un simple complément à la démocratie représentative, non un substitut.

SUMMARY:

The principle of participation, within democracy, has progressively infiltrated the field of fundamental rights. Despite having been implemented at constitutional and international level as an instrument of realisation of certain fundamental rights, its definition remains uncertain. Allowing individuals to take action in specific domains and in specific manners in the act of power, the principle of participation imposes a variable level of requirement to the normative authorities. However, from the evaluation of the implied fundamental rights, a double ladder could be define : firstly "a scale of participate" that would reveal the criteria that formally determine in which circumstances individuals can participate; and secondly "a scale within participation" that would express the degrees of variation of the normative intensity of the participation. To define such a scale is extremely subtle and complex, it reveals a willingness to give a great margin of appreciation to the authorities in charge of shaping participation since it is indeed only a complement to representative democracy and not a substitute to it.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- Conseil de l'Europe, Affaires juridiques (dir.), *Formes de participation du public à l'élaboration des actes législatifs et administratifs – Actes du 7^{ème} colloque de droit européen*, Strasbourg, Éd. Conseil de l'Europe, 1978
- BRAIBANT G., « Droit d'accès et droit à l'information », dans *Service public et libertés – Mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris, Éditions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, pp. 703-710
- CHÉROT J.-Y., « Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel », *Gazette du Palais* 1994, pp. 837-843
- DELAUNAY B., *L'amélioration des relations entre l'administration et les administrés*, Paris, LGDJ, coll. Bibl. De droit public, 1993, 1003 p.
- DELPÉRÉE F. (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative (Travaux des XII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin)*, Bruxelles, Bruylant, 1986, 421 p.
- DUBOUT É., « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 70, 2007, pp. 397-425
- FLAUSS J.-F., « La procéduralisation des droits substantiels de la Convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre la pollution », dans *Pour un droit commun de l'environnement : mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1263-1276
- FOUCHER K., « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ? », *AJDA* 2006, pp. 2316 et s.
- IDOUX P., « Les eaux troubles de la participation du public », *Environnement*, n° 7, 2005, Étude 26
- JAMAY F., « Principe de participation », *Jurisclasseur-Environnement*, fasc. n° 2440, 2006
- JÉGOUZO Y., « Principe et idéologie de la participation », dans *Pour un droit commun de l'environnement : mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 577-587
- JÉGOUZO Y., « De la « participation du public » à la « démocratie participative » ? », *AJDA* 2006, pp. 2314 et s.
- PRIEUR M., « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *Rev. jur. env.* 1988, pp. 397 et s.