

POUVOIRS

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

LA LOI

N° 114

S O M M A I R E

PIERRE BRUNET Que reste-t-il de la volonté générale ?	5
MICHEL COUDERC Les fonctions de la loi, sous le regard du Commandeur	21
GUY CARCASSONNE Penser la loi	39
JEAN MAÏA La contrainte européenne sur la loi	53
BERTRAND MATHIEU La part de la loi, la part du règlement	73
PIERRE AVRIL Qui fait la loi ?	89
GEORGES HISPALIS Pourquoi tant de loi(s) ?	101
MARC GUILLAUME Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ?	117
PHILIPPE MALAURIE L'intelligibilité des lois	131
JEAN HAUSER Le juge et la loi	139

CHRONIQUES

CLAUDE ÉMÉRI
Quelques perspectives électorales 157

REPÈRES ÉTRANGERS

(1^{er} janvier – 31 mars 2005)

PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT
ET CÉLINE HISCOCK-LAGEOT 163

CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

(1^{er} janvier – 30 avril 2005)

PIERRE AVRIL ET JEAN GICQUEL 167

Summaries 197

LA LOI EST ÉTUDIÉE PAR

PIERRE AVRIL, professeur émérite de droit constitutionnel à l'université Paris II-Panthéon Assas.

PIERRE BRUNET, professeur de droit public à l'université Paris X-Nanterre et membre du Centre de théorie et analyse du droit (UMR CNRS 7074). Il est l'auteur de *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État* (LGDJ, 2004).

GUY CARCASSONNE, professeur de droit public à l'université Paris X. Auteur de *La V^e République, 1958-2004* (avec Guy Chevalier et Olivier Duhamel, 11^e éd., Armand Colin, 2004) et de *La Constitution, introduite et commentée* (6^e éd., Seuil, 2004).

MICHEL COUDERC, président d'honneur de l'association des Secrétaires généraux des Parlements francophones. Il a notamment occupé les fonctions d'administrateur à la commission des lois, de directeur du Secrétariat général de la présidence et de la Coopération parlementaire internationale. Auteur de *La Loi* (avec J.-C. Bécane, Dalloz, 1994).

MARC GUILLAUME, maître des requêtes au Conseil d'État, directeur des Affaires civiles et du Sceau au ministère de la Justice.

JEAN HAUSER, professeur à l'université Montesquieu-Bordeaux IV (CERFAP), directeur du Centre de droit de la famille et de l'école doctorale de droit, est titulaire depuis quinze ans de la rubrique « Personnes-familles » à la *Revue trimestrielle de droit civil*.

GEORGES HISPALIS (pseudonyme).

JEAN MAÏA, maître des requêtes au Conseil d'État, conseiller juridique au SGCI.

PHILIPPE MALAURIE, professeur émérite à l'université Paris II-Panthéon Assas. Auteur d'un *Traité de droit civil* en 8 vol. (en collaboration, Defrenois, 2005).

BERTRAND MATHIEU, professeur à l'université Paris I-Panthéon Sorbonne, est directeur du Centre de recherche de droit constitutionnel. Il a écrit, notamment, *Génome humain et Droits fondamentaux* (Economica, 2000), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux* (avec M. Verpeaux, Montchrestien, 2002), *Droit constitutionnel* (avec M. Verpeaux, PUF, 2003), *La Loi* (Dalloz, 2^e éd. 2004).

QUE RESTE-T-IL
DE LA VOLONTÉ GÉNÉRALE ?

SUR LES NOUVELLES FICTIONS
DU DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

5

SI ELLE ÉTAIT POSÉE À UN SOCIOLOGUE, qui plus est politique, la question appellerait probablement une réponse en termes d'individualisme contemporain et on peut parier qu'il serait vite question de contestation de l'universalisme, de la fin de l'illusion jacobine, de tribalisation du social, de différencialisme reconnaissant, d'enchevêtrement des champs sociétaux, voire de désenchantement du monde, sinon de régression démocratique... Las ! La question est aujourd'hui posée à un juriste. Voudrait-il, le temps d'une réponse, se faire sociologue qu'il ne parviendrait pas à convaincre de son aptitude à parler une langue qu'au demeurant il apprécie. Au risque de décevoir, il faut donc revenir à des perspectives plus modestes et, aux cimes de la sociologie, préférer les abîmes du droit.

D'abîmes, justement, il s'en ouvre dès lors que surgit l'expression « volonté générale », car nul ne sait très bien comment la définir. C'est qu'elle ne désigne rien de précis en même temps qu'elle évoque spontanément cet âge prétendument d'or d'une Révolution pleine de grâces ou celui d'une République enfin débarrassée de la menace monarchique, confiant à son Parlement, devenu indissoluble, le pouvoir de faire la loi sans lui refuser celui de réviser la Constitution. Or, disons-le d'emblée : cet âge est révolu. La souveraine d'hier fut enterrée dans le cercueil de la Constitution de 1958 sur lequel le Conseil constitutionnel vint délicatement poser un *obiter dictum* : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution¹ » avant – ultime avatar

1. Décision 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

d'une rationalisation du parlementarisme devenue rationalisation de la loi – de lui reprocher d'être trop bavarde ou pas (assez) normative². Fin d'une époque.

Rideau ? Pas si vite. Nul n'est tenu d'entendre la « volonté générale » exclusivement en ce sens-là : elle n'a pas toujours ni seulement servi à justifier la souveraineté d'un Parlement, fût-il républicain ; elle a également fourni une justification au caractère obligatoire du droit. En quel sens ? Il faut tout de suite se méfier du présupposé largement répandu qui voudrait qu'un « principe » – une affirmation « de principe » – n'ait qu'une signification de sorte qu'on pourrait en faire découler logiquement quelque espèce de conséquences³. Pour se défaire de cette illusion, le meilleur moyen est encore de renverser les termes du problème : la signification d'un principe dépend de l'usage que l'on en fait et un principe n'a pas de signification en dehors de cet usage. Mieux vaut donc partir des normes que l'on rattache à ce principe et non de celles qu'on pourrait logiquement déduire.

Dans la conception légicentriste de 1789, la loi est l'expression de la volonté générale en trois sens : parce qu'elle est l'expression d'une volonté, elle sera réputée être produite – et non déduite – par ceux-là mêmes qui y seront soumis ou leurs représentants au terme d'une délibération, « mélange des volontés individuelles » que Sieyès aimait comparer à une « espèce de fermentation »⁴ ; parce que cette volonté est générale, nul ne pourra se dire le jouet du caprice d'un seul ou de quelques-uns ni ne pourra voir dans cette volonté le moyen de satisfaire une revendication particulière ou individuelle ; enfin, parce que la loi exprime la volonté générale, tout le droit sera compris dans la loi et tout acte émanant d'un autre organe sera réputé en être l'application : ainsi, quelle que soit la part que prendrait la volonté dans les actes des administrateurs et des juges, ils ne pourraient revendiquer cette expression

2. Décision 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*.

3. Ainsi, quantité d'écrits tendent à considérer que, dès l'instant où les révolutionnaires avaient posé (en juin 1789) que la loi serait l'expression de la volonté générale, ils eussent dû admettre dans la foulée un exercice direct de la souveraineté et non un exercice de cette dernière délégué à des représentants. La thèse inverse existe aussi : puisqu'ils avaient décidé que la loi exprimerait la volonté générale, ils devaient nécessairement confier l'exercice du pouvoir législatif à des représentants seuls aptes à identifier une volonté véritablement générale. Dans les deux cas, le raisonnement repose sur la même illusion – toute dogmatique – selon laquelle l'affirmation d'un principe juridique appellerait une seule et même application au motif – tout aussi dogmatique – qu'un principe ne peut avoir qu'une seule et même signification.

4. Emmanuel Joseph Sieyès, *Archives parlementaires*, 7 septembre 1789, t. VIII, p. 545.

d'une volonté générale, car seule la loi possède un caractère initial. « Fiction sur fiction ⁵ » ? Certainement. Mais, comme toutes celles qui peuplent le monde du droit, cette fiction répondait à une nécessité. La fiction a vécu, pas la nécessité : d'autres justifications sont apparues qui renouvellent aussi bien la hiérarchie des normes que celle des organes. Dans tous les cas, il n'y a plus beaucoup de place pour une loi entendue au sens d'une volonté initiale, impersonnelle et produite par délibération : parce que la loi doit être conforme à la Constitution, elle doit être contrôlée conformément à la Constitution ; parce que la volonté générale réside dans la Constitution, ceux qui en assurent le respect apparaissent à certains comme des représentants.

LA VOLONTÉ GÉNÉRALE CONFORMÉMENT À LA CONSTITUTION

7

Qui ne pourrait douter que la loi a perdu son caractère initial ? Et au profit de quel acte ? Au premier plan, très certainement, la Constitution : le fameux *obiter dictum* de 1985 semble ici tout dire qui fait passer la Constitution devant la volonté générale et pose que la loi ne tire sa légitimité que de sa conformité à la Constitution. C'est encore en vertu de la conformité à la Constitution que le juge constitutionnel exige désormais que la loi soit réellement normative comme s'il était illégitime d'y trouver des déclarations de principe, comme si le législateur devait se borner à tirer les conséquences de la Constitution. C'est toujours en vertu de la Constitution que les juges du fond ont accepté de contrôler la conformité à des traités d'une loi postérieure. En bonne logique, la loi devrait donc toujours pouvoir être contrôlée. Il reste pourtant au moins deux hypothèses dans lesquelles la logique ne s'applique pas : les lois référendaires et l'écran législatif. Comment expliquer ces exceptions ?

On le sait, le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour connaître des lois référendaires ordinaires et ce alors que tout le monde semble d'accord pour considérer qu'elles pourraient être contrôlées au même titre que les autres. Deux raisons sont avancées. D'une part, l'introduction du référendum dans le texte de 1958 ne modifiait pas nécessairement la conception de la représentation. D'autre part, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen justifie aussi bien la production de la loi par des représentants que par référendum. Le Conseil constitutionnel aurait donc très bien pu reprendre à son

5. Jean Carbonnier, *Droit et Passion du droit*, Flammarion, 1997, p. 39.

compte l'analogie qui fonde le système constitutionnel français depuis 1789 et selon laquelle la loi est l'expression de la volonté générale quel que soit son auteur – peuple ou représentant – et quel que soit le mode – direct ou indirect – d'expression de cette même volonté. Il aurait de même pu se fonder sur le « sens » du contrôle de constitutionnalité et admettre que, si un organe doit contrôler la conformité des lois à la Constitution, il doit contrôler toutes les lois quel qu'en soit l'auteur. Or, le Conseil n'a pas raisonné ainsi mais a préféré considérer que la lettre de la Constitution comportait une lacune à laquelle on pouvait remédier en recourant à son esprit, lequel, soit parce qu'il confie au Conseil constitutionnel un rôle de « régulateur des pouvoirs publics », soit parce qu'il établit un « équilibre des pouvoirs », empêche le Conseil constitutionnel de contrôler les lois référendaires qui sont « l'expression directe de la souveraineté nationale »⁶. D'où il résulte, d'une part, que le peuple qui exerce directement sa souveraineté n'est pas un pouvoir public dont l'activité aurait besoin d'être « régulée », de l'autre, que le contrôle de cet exercice porterait atteinte à l'équilibre des pouvoirs.

Le résultat de cette jurisprudence est paradoxal : d'un côté, le dogme de la loi expression de la volonté générale au sens d'une volonté initiale est ici entamé parce que le Conseil constitutionnel établit une distinction, sinon une hiérarchie, entre les lois ordinaires selon qu'elles émanent du peuple ou de ses représentants ; de l'autre, cette hiérarchie le conduit à soustraire une loi ordinaire à son contrôle ce qui signifie que la loi pourra être promulguée sans que sa constitutionnalité n'ait été vérifiée. On pourrait ne voir dans cette justification que le résultat d'une habileté politique du Conseil constitutionnel ou encore la reconnaissance de ce que la loi, adoptée par référendum, est bel et bien l'expression d'une volonté véritablement générale. Mais il est à peine besoin d'entrer dans cette discussion. À bien y regarder, le choix du Conseil constitutionnel était le suivant : soit il acceptait de contrôler les lois référendaires, et il pouvait justifier sa compétence en tirant argument de ce que, référendaire ou non, la loi peut être soumise à son contrôle ; soit il refusait de les contrôler, mais alors il ne pouvait juridiquement pas justifier son incompétence autrement qu'en brisant l'analogie classique, sans quoi il était conduit à reconnaître qu'il n'avait pas plus de raison de contrôler les lois parlementaires que celles référendaires. Autrement

6. Décision 62-20, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct*, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, et Décision 92-313 DC, 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*.

dit, renoncer au contrôle des lois référendaires restait le meilleur moyen de justifier l'exercice d'un contrôle à l'égard des lois parlementaires; abandonner l'analogie classique se révélait moins coûteux que de la conserver. On mesure ainsi combien l'idée que la loi référendaire n'est pas susceptible de contrôle doit beaucoup au principe d'un contrôle de constitutionnalité et fort peu à celui de la volonté générale.

Par ailleurs, si la loi doit être conforme à la Constitution pour pouvoir prétendre à la volonté générale, on comprend mal que les juges du fond n'en contrôlent pas la conformité à la Constitution.

Il n'est pas utile de revenir sur l'évolution du contrôle dit de conventionnalité. On sait que la Cour de cassation, depuis 1975, et le Conseil d'État, depuis 1989, acceptent d'écarter la loi postérieure contraire à un traité antérieur en cas de contrariété entre les deux. Précisons que ce contrôle de conventionnalité ne découle aucunement de ce que les traités exprimeraient la volonté générale mais de ce que le juge se sent constitutionnellement tenu de les faire prévaloir sur la loi en vertu de la Constitution (art. 55). C'est également en vertu de cette supériorité incontestée de la Constitution que les juges se refusent à examiner le moyen tiré de la contrariété entre une disposition constitutionnelle et un traité international⁷. Pour autant, ces juges continuent de se déclarer incompétents lorsqu'ils sont saisis d'un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi. Comment, en effet, expliquer autrement que par le poids de la volonté générale le maintien de l'écran législatif interne⁸? On ne saurait trop vite écarter tout ce que la prudence des juges doit au respect envers le Parlement. Il n'en demeure pas moins que cette prudence peut être tempérée par d'autres éléments et qu'elle procède sans doute d'une contrainte juridique.

Pour ce qui est du Conseil d'État, la réserve dans laquelle il se tenait vis-à-vis des assemblées parlementaires a subi quelques tempéraments. Ainsi, accepte-t-il désormais de contrôler les actes de ces assemblées. Du moins, certains seulement: le Conseil d'État n'a pas suivi son commissaire du gouvernement de l'époque qui lui proposait de poser en principe que les actes des services des assemblées parlementaires devaient tous être considérés comme des actes administratifs parce qu'émanant d'organes administratifs; il a préféré la douceur d'un rattachement de ces actes à des contrats administratifs qui leur confèrent, en retour, un

7. Voir CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, et Cass., plén., 2 juin 2000, *Madoiselle Fraïsse*.

8. René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, §96.

caractère administratif⁹. Par cet exemple, en apparence minuscule, que mesure-t-on ? Le poids de la volonté générale ou la diplomatie avec laquelle le Conseil d'État s'émancipe de vieilles lunes ? Plutôt une pratique courante qui consiste à ne pas se débarrasser de catégories juridiques tant qu'elles n'ont pas fait la preuve de leur complète inutilité car, même vides, elles peuvent toujours servir¹⁰. Quoi qu'il en soit, le Parlement est de peu de poids dans cette affaire.

Et pour ce qui est du maintien de l'écran législatif interne ? Des voix se font entendre aujourd'hui au sein de la juridiction administrative en faveur d'un revirement de jurisprudence qui tirerait toutes les conséquences de la jurisprudence Nicolo¹¹ au motif que les arguments traditionnels justifiant le maintien de l'écran législatif ont vieilli. Ces derniers sont au nombre de trois : la séparation des pouvoirs que l'on déduit de la loi des 16 et 24 août 1790, le dogme de la volonté générale que l'on tire de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, enfin, la compétence du Conseil constitutionnel telle qu'elle résulte de l'article 61 de la Constitution. Or, ni la loi de 1790 ni l'article 6 de la Déclaration n'ont empêché le juge de se considérer habilité par l'article 55 de la Constitution pour écarter une loi nationale postérieure au profit d'un acte international valide antérieur. Certes, l'interprétation de l'article 55 permettait de se soustraire à la délicate question de la séparation des pouvoirs en situant le problème à un niveau constitutionnel. Et il est vrai qu'aujourd'hui aucune disposition constitutionnelle ne semble pouvoir fournir au juge un fondement pour une interprétation tendant à justifier ce même pouvoir d'écarter la loi au profit de la Constitution. Sauf à admettre que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution. On voit alors surgir le dernier argument tiré de l'article 61 de la Constitution : parce qu'il confère au Conseil constitutionnel le contrôle de la constitutionnalité des lois avant leur promulgation, le Conseil disposerait d'un monopole en la matière. Mais cette même idée ne peut être défendue bien longtemps, pour trois raisons. D'une part, quand bien même on l'admettrait, ce monopole ne porterait que sur le contrôle *a priori* et abstrait de la loi et non sur celui

9. CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec., 42, concl. Bergeal, et RFDA, 1999, p. 333.

10. C'est cette même raison qui explique que le Conseil d'État conserve les mesures d'ordre intérieur, les actes de gouvernement, etc.

11. On pourrait se référer aux conclusions de Catherine Bergeal citées *supra*. Pour un exemple plus récent ; voir Alain Guedj, concl. sur TA Paris, 25 novembre 2003, *Époux Maurice*, RFDA, 2004, p. 782-785.

a posteriori et concret. D'autre part, nul ne peut plus contester que d'un point de vue matériel, le contrôle de conformité de la loi aux traités que le juge du fond a pris l'habitude d'opérer ressemble à s'y méprendre à un contrôle – matériel – de la constitutionnalité des lois : si monopole il y avait, il ne serait dès lors que formel. Enfin, en l'état actuel des choses, le juge du fond étant le juge des mesures d'exécution de la loi, il pourrait donner à son contrôle de constitutionnalité de la loi promulguée toute son efficacité.

Aussi convaincante soit-elle, la critique de ces arguments ne parvient pas à ébranler une jurisprudence constante et fréquemment rappelée. On leur en oppose un autre, pour le moins non négligeable : la compétence du juge ne résulte et ne pourrait résulter que d'une habilitation constitutionnelle¹². Autrement dit, de même que la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, de même, le juge ne contrôle la loi que dans le respect de la Constitution. Il n'y a là rien d'étonnant ; en effet, depuis quelques années, que voit-on, sinon l'expansion apparemment inéluctable du contrôle du juge administratif au nom des « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes » ? Aujourd'hui, ces exigences servent au Conseil d'État à justifier un contrôle toujours plus approfondi des circulaires en même temps qu'une ouverture plus souple du recours pour excès de pouvoir contre elles. Elles justifient également le contrôle que le Conseil d'État exerce en matière d'actes internationaux. Reste que la situation est paradoxale : les « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes » qui découlent de l'article 55 de la Constitution justifient que l'on écarte une loi contraire à un texte international, mais non l'application d'une loi contraire à la Constitution elle-même. Il ne suffit donc pas à une constitution d'être telle pour prévaloir sur la loi, encore faut-il qu'elle contienne en son sein une disposition posant en principe sa propre supériorité sur celle des lois. Mais alors à quoi sert une constitution dont on assure pourtant la primauté à l'aide d'un contrôle de constitutionnalité ? On voit bien ce qu'a de politique un tel raisonnement juridique car il serait, juridiquement, plus cohérent de tirer les conséquences d'une contrariété de la loi à la Constitution en écartant son application. Or, précisément, ce sont ces mêmes exigences qui expliquent ou du moins justifient que le Conseil d'État ne franchisse le Rubicon : il ne peut, pour le moment, se fonder sur une habilitation expresse émanant du pouvoir constituant

12. Bruno Genevois, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA*, 2000, p. 715-724.

parce que les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes s'imposent aussi à celui qui les pose. Tout porte donc à croire que cet ultime verrou que constitue l'écran législatif remplit la même fonction que celui du tableau de Fragonard : on le montre pour mieux souligner ce qu'il permet, non ce qu'il interdit¹³. Le recours à ces « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes » pourra servir de ressources argumentatives à un éventuel changement de cap jurisprudentiel le moment venu, encore faut-il que le constituant se décide¹⁴. Mais là encore, en aucun cas l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni le dogme du Parlement législateur ne parviennent à tempérer les ardeurs des juges, et la justification invoquée semble témoigner, de façon éclatante, de ce que la constitutionnalisation a définitivement frappé les esprits.

12 Ce contrôle de la loi au regard de la Constitution et la suprématie dont jouit cette dernière rendent plus délicate l'identification de ceux qui expriment la volonté générale et sont susceptibles d'agir comme des représentants.

LA REPRÉSENTATION DANS L'APPLICATION DE LA CONSTITUTION

Dès lors qu'on place la Constitution au sommet d'une hiérarchie de normes qui se donne comme immuable, on est contraint de revoir les modes de justification de certaines fonctions. C'est le cas tant pour le juge constitutionnel que pour le président.

Depuis que la volonté générale est passée de la loi dans la Constitution, la question qui se pose est la suivante : comment rendre compte de la fonction du juge constitutionnel ? Pour les uns, le Conseil constitutionnel n'est somme toute rien d'autre qu'un juge, à peine extraordinaire, qui se borne à indiquer au législateur la voie à suivre – constituante ou législative – ou à lui rappeler les règles du Code de la route¹⁵. Curieusement,

13. Daniel Arasse, *Histoires de peintures*, Paris, Denoël-France Culture, 2004, chap. 24 : « Le rien est l'objet du désir ».

14. Notons que le constituant a effectivement statué sur l'exception d'inconstitutionnalité pour, finalement, ne pas l'adopter, de sorte que ne pas contrôler la conformité à la Constitution des lois promulguées c'est se conformer à la volonté du constituant.

15. Louis Favoreu (« Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDJ*, 1967, p. 5 *sq.*) et Georges Vedel (« Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n°45, 1988, p. 149 *sq.*) parlaient d'aiguilleur. Guy Carcassonne parle de gendarme (v. *La Constitution*, Seuil, 2004, §379).

cette conception laisse entendre que la Constitution ne serait qu'une règle du jeu, d'application purement mécanique. Elle reste pourtant fragile sinon contradictoire car on justifie bien souvent la présence de ce juge au motif que, précisément, cette règle du jeu contient des valeurs fondamentales. Il faudrait d'ailleurs faire preuve d'une grande naïveté ou d'une belle mauvaise foi pour ne pas reconnaître que la Constitution n'est plus considérée en France comme une simple règle technique et ce, au moins depuis une certaine décision de 1971. Pour les autres, le juge constitutionnel en France comme partout ailleurs se distingue des autres juges parce que ses décisions ont un caractère politique – elles expriment des choix de valeurs – et sont fondées sur des dispositions que le juge a le pouvoir d'interpréter librement. À vrai dire, ce second élément n'est pas propre au juge constitutionnel : tout juge placé au sommet d'une hiérarchie juridictionnelle se trouve dans cette position¹⁶. Mais tandis qu'une loi ordinaire peut avoir raison de sa décision, celle du juge constitutionnel n'a à craindre que la Constitution. Quant au choix de valeurs, il semble également peu contestable quoi que l'on puisse douter que les juges « du fond » n'aient pas eux aussi à en faire. N'est-ce pas le cas lorsqu'ils écartent la loi nationale au profit de conventions internationales qui consacrent elles-mêmes des droits dits fondamentaux au profit des citoyens ? Voire lorsqu'ils font produire à ces mêmes conventions des effets directs au nom de la précision de ces textes (ou au contraire, lorsqu'ils s'y refusent au nom de leur imprécision) ? On mesure ici tout l'intérêt qu'ont les juges à dissimuler leur pouvoir derrière le paravent du respect scrupuleux de la Constitution.

13

Si l'on retient que la Constitution n'est pas qu'une règle du jeu mais qu'elle comporte une dimension politique, on comprend que certains en viennent aujourd'hui à considérer le Conseil constitutionnel comme un « représentant » du peuple. Encore faut-il distinguer deux thèses. La première part de l'idée que la coexistence d'un contrôle de constitutionnalité et d'un principe tel que celui de l'article 6 de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen contraint à rendre compte du rôle du Conseil constitutionnel comme d'un colégislateur : le pouvoir d'empêcher la promulgation d'une loi votée dont dispose le Conseil constitutionnel ne serait que le revers du pouvoir de vouloir du Parlement. Compte tenu du système dans lequel il s'insère – et sauf à considérer que le Conseil

16. On pourrait même montrer que, si le pouvoir d'interprétation consiste dans la faculté qui est laissée au juge de choisir librement parmi les différents sens d'un énoncé, alors, ce pouvoir est très largement partagé par tous les juges, quels qu'ils soient.

constitutionnel exprime une volonté particulière –, ce pouvoir ne pourrait être justifié autrement qu'en voyant dans le Conseil constitutionnel un représentant du peuple-législateur¹⁷. La seconde considère que le contrôle de constitutionnalité des lois a profondément modifié le sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789, comme l'atteste l'*obiter dictum* de 1985 : la Constitution s'est substituée à la loi ; ce ne serait plus la seconde mais la première qui exprimerait la volonté générale de façon inconditionnée ; le souverain ne serait plus le législateur mais le constituant, or, c'est la volonté de ce dernier, en tant qu'elle découle de la Constitution même, que le Conseil constitutionnel oppose au législateur, donc le Conseil constitutionnel serait un représentant du peuple-constituant¹⁸.

14 Au cœur de la divergence, on trouve en réalité deux conceptions très différentes de la « représentation ». Pour l'une, le représentant est celui qui veut pour la nation, de façon initiale et inconditionnée, c'est-à-dire que le représentant est l'autorité juridique qui exerce un pouvoir politique. Pour l'autre, le représentant est celui qui reproduit une volonté existante à laquelle on accède par le truchement d'un texte qui en est la traduction ou la manifestation. Ainsi, les deux thèses ne sont pas contradictoires puisqu'elles ne parlent pas de la même chose. Elles sont, en revanche, révélatrices des dilemmes auxquels nul n'échappe lorsqu'il s'agit de rendre compte de la fonction du juge constitutionnel français¹⁹ : soit on conserve le concept de représentation forgé sous la Révolution et on rattache son action à la fonction législative, mais on se heurte à l'objection tirée de ce que le concept de représentation d'hier ne correspond plus à la réalité d'aujourd'hui – la loi n'étant l'expression générale que dans le respect de la Constitution ; soit on rattache le juge constitutionnel à la fonction constituante. Dans ce dernier cas, un

17. Michel Troper, « Le juge constitutionnel et la volonté générale » (1999), in *La Théorie du droit, le Droit, l'État*, Paris, PUF, p. 215 sq.

18. Philippe Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et Volonté générale*, Paris, PUF, 2001 (qui porte tout entier sur l'*obiter dictum* de 1985), p. 184 sq., et Dominique Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », in Nicolas Molfessis et al. (dir.), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 363-376.

19. La question est sans doute plus simple ailleurs. Ainsi, aux États-Unis par exemple, il est admis depuis bien longtemps que la volonté du peuple se situe dans la Constitution. Voir Alexander Hamilton, *The Federalist Papers* (1788), Clinton Rossiter (éd.), New York, New American Library, Penguin Books, 1961, Lettre n° LXXVIII ; Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, I, 1, ch. VI ; Pierre Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in Olivier Jouanjan (dir.), *La Notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 115 sq.

second dilemme surgit : ou bien le juge cesse d'être un juge pour devenir un organe politique, ou bien on veut le voir comme un juge mais alors il doit se contenter de reproduire une volonté déjà exprimée dans la Constitution : il ne « représente » plus, il exécute.

On ne peut douter, par ailleurs, que cette question se posera bientôt pour les juges « du fond » dont l'ardeur est aujourd'hui encouragée par d'audacieuses analyses doctrinales. D'autres que nous ont écrit ou écriront sur la portée pour le moins novatrice sinon révolutionnaire, voire « contre-révolutionnaire »²⁰, de la proposition faite par le rapport remis au Premier président de la Cour de cassation proposant que cette dernière se reconnaisse le pouvoir de moduler dans le temps les effets de ses décisions et s'autorise ainsi à différer l'entrée en vigueur des modifications d'interprétations ou de règles jurisprudentielles²¹. Une fois dotée d'un tel pouvoir, la Cour sera en mesure de définir elle-même celles de ces décisions qui auront une portée rétroactive et celles qui n'en auront pas. Et l'on dira que le juge ne fait pas de « politique » ? Le Conseil d'État, de son côté, a récemment décidé de moduler dans le temps les effets d'une décision d'annulation sans que personne n'y trouve à redire. Il est vrai que la dimension du problème n'est pas la même : dans le premier cas, il est question de reconnaître une rétroactivité à des règles nouvelles ; dans l'autre, on cherche à modérer les effets rétroactifs d'une annulation. Chaque fois, néanmoins, les juges s'emparent de l'intérêt général. On nous dira que ce n'est pas nouveau. Certes, mais la tendance ne semble pas près de s'inverser. Faudra-t-il bientôt compter les juges parmi les représentants de la Nation afin de rendre compte de leur fonction ?

15

On rencontre le même problème, sous un jour différent, lorsqu'on cherche à rendre compte de la fonction du président de la République sous la V^e.

L'élection du président au suffrage universel direct a fortement perturbé la conception classique d'un Parlement souverain. Non que cette élection ait modifié les compétences du président au détriment du Parlement : législateur il était, législateur il demeurerait ; ni qu'elle ait changé la nature du régime de la V^e qui était et est demeurée parlementaire. Elle n'a pas non plus été la cause de l'affaiblissement du Parlement. Mais elle a

20. Thierry Revet, « La jurisprudence », *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Éd. Defrénois, 2005, p. 377 sq.

21. Voir *Les Revirements de jurisprudence*, rapport publié par les Éditions Litec, janvier 2005.

justifié le rôle accru du président, explicable par d'autres raisons, et lui a permis de se prévaloir de la qualité de « représentant » susceptible d'exprimer lui aussi la volonté de la nation.

Un autre représentant donc ? Oui et non. Cette réponse normande résulte de ce que la Constitution de 1958 – pas plus que les précédentes – ne donne la définition d'un représentant et se borne à indiquer, en son article 3 al. 1 que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Si la logique élémentaire nous apprend que le représentant est celui qui exerce la souveraineté nationale au nom du peuple, on peut d'ores et déjà écarter l'idée que la représentation se confond avec l'élection, sauf à admettre que le peuple a fini d'exercer sa souveraineté dès l'instant qu'il a élu ses représentants. Reste à identifier ce que « exercer la souveraineté » veut dire. La difficulté n'est pas mince tant le mot « souveraineté » est équivoque. On n'a certainement rien dit une fois que l'on a affirmé que le pouvoir souverain est le pouvoir suprême et à peine davantage lorsqu'on ajoute que le souverain est celui qui n'a pas de supérieur : celui-là l'est-il parce qu'il est au-dessus des autres ? Et celui qui est au-dessus des autres est-il de ce seul fait dépourvu de supérieur ? Bien sûr, la facilité serait de renvoyer à Bodin chez qui le souverain est « celui qui donne loi à ses sujets ». Mais il en est qui font remarquer que le prince de Bodin a Dieu comme supérieur. À quoi l'on peut objecter que Dieu n'est pas le supérieur du prince en tant que tel mais des hommes en général : si la loi de Dieu s'impose au prince, c'est parce qu'il est homme, non parce qu'il est prince. On peut de là conclure que le prince est souverain parce qu'il est au-dessus de ses sujets et n'a pas de supérieur. Le peuple souverain ne saurait être au-dessus de ses sujets. Au mieux peut-il jouir de n'avoir pas de supérieur. Et ses représentants doivent, pour bien faire, se trouver dans la même situation²². Est-ce le cas du président ?

Certains l'admettent qui se fondent sur les compétences qui lui sont reconnues au titre II, parmi lesquelles figure notamment le pouvoir reconnu à l'article 5 qui en fait le garant de l'indépendance nationale et de la continuité de l'État, de sorte qu'il répondrait tant de la France que de la République²³. On peut ajouter à cela la négociation et la ratifica-

22. On pourrait être tenté d'objecter que les représentants ont le peuple comme supérieur. Mais dire cela c'est détruire toute possibilité même d'une représentation. Si le peuple est le supérieur des représentants, pourquoi n'exerce-t-il pas sa souveraineté lui-même ?

23. Pierre Avril, « Le président de la République, représentant de la Nation », *Constitution et Finances publiques*, Mélanges Loïc Philip, 2005, qui cite alors Charles de Gaulle, *Discours et Messages*, t. IV, Plon, p. 21.

tion des traités (art. 52) ou le pouvoir de prendre des actes sans avoir besoin du contreseing (art. 19). Bref, il serait un représentant parce qu'il dispose, comme le Parlement, du pouvoir de vouloir librement et en toute indépendance. Ces arguments de poids s'accompagnent d'un autre non négligeable : la réforme de 1962 n'a certes pas accru les compétences du président, mais lui a conféré une légitimité qui le met à égalité avec les autres représentants. Ce serait d'ailleurs sur ce terrain-là qu'il faudrait se situer pour en évaluer toute la portée : parce que « la qualité de représentant appelle l'élection en régime de souveraineté nationale », on devrait en conclure que l'élection du président résulte de sa qualité de représentant sinon la présuppose²⁴. D'autres, à l'inverse, considèrent qu'en dépit de l'importance des prérogatives reconnues au président, aucune ne lui confère un pouvoir de vouloir tel qu'il puisse être réputé ne pas avoir de supérieur : l'article 52 ne peut être détaché de l'article 53, lequel rattache à la loi tous les traités importants ; des pouvoirs prétendument « propres » de l'article 19, on fera remarquer que ceux qui sont effectivement utilisés (art. 8 al. 1, 11, 12, 54 et 56) ne donnent en réalité au président qu'un pouvoir de « solliciter un autre pouvoir » et donc de décider qui aura le pouvoir de vouloir (mais jamais lui)²⁵ ; quant à l'article 5, il permet de justifier l'impartialité du président, mais ne permet en aucun cas de voir, à travers la mission de régulation des pouvoirs publics qu'il lui attribue, le peuple dans l'exercice de sa souveraineté.

Contrairement aux apparences, il est très difficile de décrire le Parlement et le président comme des « représentants » en employant le terme dans un seul sens. Le premier « représente » parce qu'il exprime juridiquement une volonté politique qui sera imputée au peuple entier, tandis que le second, aussi prestigieux soit-il, exprime politiquement une volonté tout aussi politique imputable à l'État. C'est ce qui se passe lorsqu'on dit que le président « incarne » la France à l'étranger, ou lorsqu'on lui reconnaît un privilège de juridiction qui s'attache à ce qu'il est « élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État »²⁶. C'est

24. Pierre Avril, *ibid.*, et Marie-Anne Cohendet, *Le Président de la République*, Dalloz, 2002, p. 28 : « Directement élu par le peuple, le président est devenu un représentant du peuple bien plus légitime. »

25. Voir Guy Carcassonne, *La Constitution*, *op. cit.*, §133.

26. « Le président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun », Cass., crim., 10 octobre 2001, *M. Michel Breisacher*, publié au *Bulletin*.

encore et toujours à l'aide d'un concept très différent de celui habituellement utilisé pour le Parlement que l'on dira du président qu'il est représentant parce qu'il est le garant de la continuité de l'État. En définitive, il semblerait parfaitement possible de rendre compte de l'action du président sous la V^e sans pour autant le qualifier de représentant : il est le chef de l'État. Cela pourrait suffire. On parvient pourtant mal à s'en satisfaire parce qu'en qualifiant le président élu de représentant, on cherche à justifier l'autorité de ses décisions au nom d'une volonté générale que la Constitution ne pourrait pas ne pas lui reconnaître. Or, cette volonté générale consiste bien souvent en la pure et simple reproduction d'un équilibre des pouvoirs contenu dans la Constitution...

18 De la légitimité du président à celle d'un gouvernement qui lui doit tout, il n'y a qu'un pas. À cet égard, ne pourrait-on établir un lien entre cette mise à mal de la légitimité du Parlement et la montée en puissance des lois habilitant le gouvernement à légiférer, que ce soit pour transposer des directives communautaires ou pour réformer des codes existants par voie d'ordonnances ? Est-il besoin d'insister sur ce nouvel opium du gouvernement que l'on appelle la « simplification du droit » et qui permet à ce même gouvernement de se prendre pour un législateur ? Non. N'insistons pas : tout a été dit – et si bien – par d'autres²⁷. Certes, on peut toujours tenter d'avancer que le Parlement dispose de moyens de contrer le gouvernement et s'étonner qu'il ne les utilise pas, voire, perfide, ajouter que c'est quand même lui qui a habilité le gouvernement. Cela revient à renverser les causes et les effets : le Parlement n'utilise pas les moyens dont il dispose à l'encontre du gouvernement parce qu'il sait depuis belle lurette que ces moyens sont dépourvus de la moindre utilité. Les parlementaires eux-mêmes ne nourrissent sans doute plus d'illusion sur le rôle que joue le Parlement dans le système constitutionnel. Et que dire de la multiplication des « autorités », « commissions » et autres « agences » dont la compétence ne se borne pas, loin s'en faut, à l'exécution d'une réglementation, mais s'étend sur ce que l'on a pris l'habitude d'appeler la « régulation » ? Il en est parmi elles que l'on charge de dire ce qu'est l'éthique à l'heure du progrès technologique... comme si un Parlement ne pouvait justement servir à ça²⁸ !

Enfin, à l'heure de la construction européenne et d'une (éventuelle) prochaine transformation des règlements et directives communautaires

27. Nicolas Molfessis, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTDC*, 2004, p. 155.

28. Comme si seuls les médecins ou les philosophes pouvaient parler d'éthique médicale, comme les peintres de peintures, les musiciens de musique... et les juristes de droit ?

en « lois européennes », on ne peut manquer de s'interroger sur la question de savoir s'il faudra considérer ces « lois » comme exprimant la volonté générale. Délicate d'un point de vue matériel, la qualification l'est encore davantage d'un point de vue formel : à quel peuple imputera-t-on la volonté exprimée dans ces « lois ? ». La réponse suppose un autre article.

R É S U M É

S'il ne fait plus de doute que le Parlement d'aujourd'hui n'est plus l'organe souverain d'hier, il n'en demeure pas moins que la fiction de la volonté générale continue d'être utile au droit constitutionnel français. Elle sert désormais à justifier la suprématie de la Constitution et le contrôle de la loi au regard de cette dernière. À tel point que c'est toujours en vertu de la conformité à la Constitution que les juges s'abstiennent, dans certains cas, de contrôler la loi. Cette situation paradoxale conduit, en outre, à bouleverser la doctrine classique de la représentation.

MICHEL COUDERC

LES FONCTIONS DE LA LOI
SOUS LE REGARD
DU COMMANDEUR

21

LA LOI EST UNE PASSION FRANÇAISE. On la célèbre au singulier majuscule mais on la critique dans ses manifestations plurielles. La loi est une nostalgie, les lois provoquent une inquiétude grandissante. La loi est un organisme vivant, tantôt une personne, tantôt l'un de ses organes atteint par une maladie à laquelle bientôt elle finit par s'identifier. Le jeu métaphorique a pris une dimension historique qui le fait apparaître comme une constante, et non comme un événement sporadique. Ce discours est omniprésent. Si on l'évoque brièvement, c'est qu'il révèle, derrière l'obsession des images négatives, une conception exigeante de la loi qui suscite en retour la contestation au nom d'un certain réalisme.

Il faut croire que la loi a la vie dure: depuis plus d'un siècle, elle décline, elle se dégrade. La crise est devenue une maladie chronique. D'abord déclarée insuffisante par les docteurs de la fin du XIX^e siècle (François Génys, Raymond Saleilles) qui la jugent désormais incapable de diffuser seule le droit vivant dans le corps social, elle est frappée d'un mal contraire au milieu du siècle suivant. Au diagnostic d'anémie et, pour reprendre l'expression de Paul Roubier, de « sénescence » et de « carence » (on avait pointé du doigt ses « lacunes », elle n'était plus qu'une « outre vide »), succède l'observation d'un désordre, d'une fiévre, d'une suractivité que constatent Georges Burdeau en 1939 et Georges Ripert en 1950. Ces manifestations sont toujours d'actualité puisque le président de l'Assemblée nationale vient tout récemment de les qualifier de « frénésie législative ».

D'abord insuffisante, la loi est devenue excessive. Après l'anorexie, la

boulimie. « L'inflation de la loi » provoque « l'indigestion du corps social » (René Savatier, 1977) et emporte avec elle une menace de « thrombose » (Jean Foyer). La législation ne cesse de grossir au point de devenir méconnaissable. Masse indistincte, « magma informe » (Jean-Louis Debré), elle perd ses traits distinctifs, ses caractères originels. Constat d'autant plus alarmant que la parole de la loi (car la loi parle, elle « bavarde » même, selon le Conseil d'État), n'est plus qu'une « logorrhée ». « L'impression d'inflation » se sera « aggravée par l'impression d'enflure : l'emphase, la prolixité, les répétitions, la rage de tout dire... » (Jean Carbonnier). La loi est devenue « inaudible ». Elle est menacée de mort : « trop de loi tue la loi », affirme le président de la République.

22 Le premier enseignement de ce tableau pathologique, c'est qu'il renvoie à une normalité perdue, à un âge d'or de la législation. À cet égard, l'aveu de Jean-Louis Debré, président de l'Assemblée nationale, est révélateur : « le constat accablant » de la loi actuelle « a des conséquences dramatiques sur l'idée que nous nous faisons de la loi »¹. La référence implicite n'est pas celle d'une loi mythique, mais un modèle historique bien réel, issu de la Révolution de 1789 et inscrit dans le droit positif par la codification napoléonienne. Déjà, Georges Ripert avait ouvert son livre, *Le Déclin du droit*, par cette constatation : « Il suffirait, pour souligner le déclin du droit actuel, de rappeler la splendeur qui l'a précédé. »

À ce rappel, somme toute rituel, le Conseil d'État avait apporté en 1991 une note institutionnelle remarquée, mais la nouveauté – et c'est un autre enseignement – vient des prises de position concordantes des présidents de l'Assemblée nationale et du Conseil constitutionnel² relayant celles du président de la République, lors du bicentenaire du Code civil.

Or, à l'opposé se situe la démarche empirique de Christian Poncelet, président du Sénat, qui veut « considérer avant tout... la force irrésistible de la demande de loi ». « Il ne s'agit pas aujourd'hui de se demander pour la énième fois si "trop de loi tue la loi"... la solution n'est pas de légiférer moins – peine perdue – mais d'essayer de légiférer mieux. » Il ne s'agit plus désormais de répondre simplement à la question « comment faire la loi ? », mais à la question « pourquoi la loi ? ». Et le rejet de tout constat mortifère se conclut par un « Vive la loi ! »³. En d'autres temps, on n'aurait pas manqué de relever ce paradoxe d'un Sénat réputé conser-

1. Colloque sur la réforme du travail législatif : Assemblée nationale, 25 mars 2005.

2. Vœux du président du Conseil constitutionnel au président de la République, 3 janvier 2005.

3. Colloque « Vive la loi ! », Sénat, 25 mai 2004.

vateur glorifiant le besoin social pour se faire législateur sociologique face à une Assemblée nationale souvent considérée comme plus sensible aux pressions de ses commettants directs, mais qui affiche son attachement à la tradition et recherche la rigueur dans la loi classique du passé.

Cette confrontation à laquelle nous donnons un tour excessivement tranché – le président du Sénat a lui aussi fustigé le « stakhanovisme législatif » de ses collègues – a un mérite : elle ravive la passion pour la loi, au grand désappointement des laudateurs de l'empirisme anglosaxon et de la multiplicité des sources du droit, tel Laurent Cohen-Tanugi affirmant « regretter la régression actuelle qui aboutit... à organiser aujourd'hui un débat sur la loi comme si elle était encore la norme suprême et ultime ⁴ ».

Comme en toute période de crise ou de doute sur la voie à suivre, on est tenté de rapprocher le rôle attendu de la loi des fonctions qu'elle remplit effectivement. « Un Parlement, pour quoi faire ? » se demandait André Chandernagor à un moment de remise en cause de l'institution. À mi-chemin entre la réflexion théorique sur les finalités de la loi et l'intervention du praticien pour en corriger les défauts, cette revue des fonctions plongera résolument dans un passé de référence.

23

On convoquera Portalis ⁵, ombre tutélaire invoquée aujourd'hui par les présidents de l'Assemblée nationale et du Conseil constitutionnel, tant il est vrai que, de l'apparition de la statue du Commandeur, on attend toujours quelques lumières, à défaut de l'enfer ou du repentir, peu certains, malgré tout, en cette matière. Car, au rôle magistral de la loi qui est de « *lier les mœurs aux lois* », mais aussi les actions et les comportements, s'oppose – à moins qu'il ne le complète – un autre rôle qui se bornerait à lire (*legere*) un projet politique ou un besoin social préexistant.

LA LOI IMPOSE UNE RÈGLE DE DROIT

Campé sur le seuil du premier des monuments, le Code civil, qui ouvre, selon Georges Ripert, « l'œuvre législative la plus grandiose qui ait été réalisée depuis le temps de Justinien », Portalis énonce clairement dans le discours préliminaire, le rôle de la loi.

« *L'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes géné-*

4. Id.

5. Les citations du Discours préliminaire au Code civil, tirées de Fenet, t. I, sont reproduites en italiques.

rales du droit, d'établir des principes féconds en conséquence et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. »

Les lois sont « *des commandements* », « *des actes de souveraineté* ».

Imposer des règles de droit qui résistent au temps, c'est-à-dire des obligations générales sanctionnées par l'État, c'est faire de la loi l'instrument de la règle de droit, de la norme juridique dont elle devient le modèle achevé.

Mais pour que la loi remplisse pleinement son « office », il faut que ces deux caractères d'autorité et de généralité qui sont, en quelque sorte, ses marqueurs génétiques, se trouvent réunis. Ils le sont parce que, depuis 1789, la source où la loi puise sa force, n'est plus le commandement d'un supérieur à un sujet, mais un impératif d'une autre nature: la soumission du citoyen à sa propre volonté.

24

Dès lors, ces volontés dont les lois sont porteuses remontent toutes à une même origine: la volonté générale. Deux considérations conduisent à revenir sur cette définition fondatrice.

D'une part, il n'y a ni angélisme ni anachronisme à associer Portalis, thuriféraire du Premier consul et bientôt de l'Empereur, à cette définition rousseauiste et démocratique de la loi. Né sous la République, le Code civil est la clôture de la Révolution, non sa négation: « La Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée: elle est finie », proclament les consuls le 15 décembre 1799, annonçant ainsi l'inspiration et reconnaissant la dette du Code civil. Ses rédacteurs relaient cette conception de la loi en majesté et, par la pérennité de leur œuvre, la lèguent en exemple aux législateurs qui les suivront. Car ce n'est pas le législateur qui en ressort magnifié, mais la loi. « Au gouvernement de la grâce », écrira Michelet, succède « l'avènement de la loi », résumant ainsi le phénomène de sacralisation qui s'empare des esprits et s'installe dans les institutions. Déjà, l'auteur du *Contrat social* s'émerveillait « des prodiges qui sont l'ouvrage de la loi », de cette « voie céleste », de cet « art inconcevable » qui permet d'assujettir les hommes pour les rendre libres. Et la Constitution de 1791 proclame « il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger obéissance ».

D'autre part, cette définition, textuellement reprise par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme, s'impose désormais au législateur français contemporain. On le sait, la Déclaration, visée par le Préambule de la Constitution de 1958, fait partie des textes de valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil du 16 juillet 1971 (71-44 DC). En

rappelant qu'il fallait « tirer les conséquences » de l'article 6, le président du Conseil constitutionnel remet au premier plan les deux exigences de l'obligation et de la généralité, désormais susceptibles de sanction.

Fixer... établir... poser... déterminer

C'est le vocabulaire de l'ordre entendu de deux manières. Comme commandement, il suppose l'autorité et son corollaire, l'obéissance. Mais cet ordre pourrait n'être que ponctuel, ne s'adresser qu'à un seul individu ou ne viser qu'à l'exécution. Il doit aussi être compris dans le sens plus étendu d'organisation, de distribution en vue d'assurer la cohérence des éléments d'un ensemble.

Le même vocabulaire de l'obligatoire appliqué à la loi se retrouve aujourd'hui dans les textes de valeur constitutionnelle. Le président du Conseil constitutionnel, Pierre Mazeaud, en a relevé une centaine d'exemples dans lesquels « la loi est le sujet de verbes ayant tous un contenu "décisoire" (détermine, fixe, ordonne, régit, réglemente, autorise, défend, exclut, etc.) ». Rien d'étonnant. Par-delà les changements de régime et de Constitution, pour le législateur de l'An XII, ou pour celui de la V^e République, la loi peut être définie comme « toute règle de droit voulue par l'État sous la sanction de la contrainte ». Pour Jean Carbonnier à qui cette définition est empruntée, « l'obligatoire vient à la loi d'un coup, et même d'avance... ». Il lui vient de la contrainte exercée par l'État. La formule qui clôt la phase de promulgation l'atteste : « la présente loi sera exécutée comme loi d'État ». Mais suffit-elle à rendre compte de sa force obligatoire ? La loi ne serait loi que parce que l'État la fait respecter par les armes de la puissance publique et les sanctions dont il l'assortit. Réduite à un pur phénomène de commandement lisible dans l'invocation implicite à la force, la fonction première de la loi apparaîtrait, du coup, bien élémentaire et quelque peu tautologique. On pense à la phrase de Pascal pour qui l'on doit obéir aux lois « non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois ». Certes, l'autorité qui donne force obligatoire aux ordonnances royales, aux lois de la République, de l'Empire, ou des monarchies constitutionnelles, s'exprime toujours par la signature du chef de l'État. Mais la règle imposée ne l'est pas aveuglément. Les lois, écrit Portalis, « *sont des volontés* ».

La combinaison du principe représentatif et de la séparation des pouvoirs concourt à assurer la prééminence de la loi. D'une part, les représentants du peuple pouvant seuls exprimer par la loi la volonté générale, ils sont également seuls à accomplir un acte de souveraineté interdit aux administrateurs (simples « agents ») et aux juges qui n'exercent que

des fonctions. D'autre part, la séparation des pouvoirs n'implique pas que chaque fonction législative, exécutive et judiciaire soit strictement exercée par un seul organe dans une égalité des pouvoirs qui en garantirait l'équilibre. En revanche, ce principe qui reste une « recette de liberté » n'empêche nullement une hiérarchie des pouvoirs, comme le rappelait Georges Vedel. « Il y a *d'abord* la loi », écrivait-il en 1949, « *et puis*, il y a l'exécution des lois ». Vingt ans auparavant, Maurice Hauriou pointait déjà la différence de niveau de force juridique qui sépare le règlement de la loi et la subordination de l'un à l'autre : « La loi... exprime la volonté nationale, tandis que le règlement n'exprime que la volonté du gouvernement. »

26 Dans la tradition française classique, résumée par Georges Vedel, le pouvoir réglementaire reste un pouvoir dérivé, « car il ne peut être défini que comme celui de l'exécution des lois et non comme un domaine autonome constitutionnellement garanti contre le législateur ». Ainsi le rapport hiérarchique qui caractérise la loi et le règlement ne devrait induire entre eux ni séparation en domaines étanches ni confusion des genres. C'est encore à Portalis qu'il revient de tracer magistralement le tableau de ces rôles respectifs de maître et de serviteur dont on déplore aujourd'hui le mélange : « *Les lois proprement dites diffèrent des simples règlements. C'est aux lois à poser dans chaque matière les règles fondamentales et à déterminer les formes essentielles. Les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables, en un mot toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre que l'intervention de la puissance qui institue ou qui crée, sont du ressort des règlements. Les règlements sont des actes de magistrature, et les lois des actes de souveraineté.* »

On ne peut plus clairement signifier la subordination des actes du pouvoir exécutif à ceux du pouvoir législatif et inaugurer la tradition constitutionnelle française, moins interrompue que brouillée par la Constitution de 1958 et plus encore par son application.

Protéger et punir

Dès lors, la force obligatoire va se ramifier pour produire les différents effets de la loi déterminés par le législateur : « *elle permet ou elle défend ; elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense. Elle oblige indistinctement tous ceux qui vivent sous son empire...* ».

Dans cette formulation, souvent reprise, notamment dans le livre préliminaire finalement retranché du Code civil (« elle ordonne, elle

permet, elle défend, elle annonce des récompenses et des peines»), la loi, personnalisée, n'exprime que des actes de puissance. Sous un autre masque, la monarchie abattue ne parlait pas autrement.

Pour l'homme de la rue, hier, et sans doute encore aujourd'hui, la perception immédiate de la loi, l'idée qu'il s'en fait est plus simple: elle protège ou elle punit. Ce n'est pas en d'autres termes que s'exprime l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, renvoyant à l'imagerie, certes datée, de la loi protectrice et de la loi vengeresse qui se font face dans le salon central de l'Assemblée nationale. Ainsi, le sens commun identifie-t-il naturellement les effets de la loi à ses fonctions régaliennes essentielles.

La loi pénale donne de ce double rôle primitif une représentation spectaculaire puisque dans sa conception classique, liant la prévention à la répression, elle soude la protection et la peine dans la même formule légale. C'est ainsi, notamment, que le comprennent les automobilistes dans l'exemple maintes fois donné du Code de la route.

27

Mais, pour autant, la loi n'est pas monolithique. L'obligatoire est susceptible de degrés. La force de la loi est variable pour deux raisons. La première est, en quelque sorte, technique. Elle tient au nombre des matières qu'elle traite, aux différents «*ordres de lois*» que le Discours préliminaire énumère: lois constitutionnelles et politiques, civiles, pénales, etc. Une différence de fonction va séparer la loi civile de la loi criminelle dans la formulation de la contrainte: «*Les lois pénales ou criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres.*» C'est une différence plus profonde qui va opposer la loi politique à la loi civile, éclairant leurs fonctions respectives. On touche ici à la seconde cause de cette variation de l'obligatoire qui relève de la stratégie législative. «*Les bonnes lois civiles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité.*» Sous la conception très datée de la fin de la période révolutionnaire et de l'instauration, toute proche, de l'autoritarisme impérial, se découvre la fonction pacifiante et libératrice de la loi dans la sphère de la vie privée et des intérêts particuliers. Ces lois «*modèrent la puissance et contribuent à la faire respecter... Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout; elles sont souvent l'unique morale du peuple et toujours elles font partie de sa liberté*».

Ce discours ambivalent montre les deux faces de la loi. La face sévère, contraignante de l'obligation, le droit public en est essentiellement porteur, mais la notion d'ordre public, que le Code civil consacre dans son article 6 en interdisant aux conventions particulières d'y déroger, est

présente dans la plupart des branches du droit. Elle touche le droit civil lui-même et l'on comprend l'extension qu'elle a pu prendre à l'époque contemporaine, en particulier avec la naissance d'un droit économique et le développement du droit du travail dans son rôle de protection des travailleurs.

Mais la loi a un autre visage plus amène. C'est qu'elle joue un rôle apaisant, une fonction en quelque sorte respiratoire, pneumatique auprès des sujets de droit accablés de contraintes. « *Les lois ne sont pas de purs actes de puissance.* » La loi, en effet, est au service de la première des conquêtes révolutionnaires : la liberté. Quand l'article 1134 du Code civil dispose que le contrat vaut la loi, il fait circuler dans le droit un air nouveau qui va se traduire par le développement des lois dites supplétives, ou lois « modèles », qui ne s'appliquent qu'à défaut du choix exercé librement par les sujets de droit. Une grande partie du droit des personnes est ainsi animée par le souci de laisser libre cours à l'autonomie de la volonté. C'est ce qu'illustre, dès l'origine, l'éventail des possibilités offertes aux futurs époux dans le choix de leur régime matrimonial et, aujourd'hui, l'esprit qui inspire les assouplissements apportés par la dernière réforme du divorce.

Les réformes du Code civil qui se sont succédé depuis 1964 en se coulant, d'ailleurs, dans le moule originel par leur composition, la numérotation des articles et même par leur style, continuent ce mouvement et l'ont encore amplifié. En laissant volontairement des lacunes dans la loi, le législateur a voulu laisser à la jurisprudence et à la coutume le soin de les combler. Par la technique du standard, notion floue à contenu variable (intérêt de la famille, intérêt de l'enfant, etc.), une flexibilité est également introduite dans la norme sans qu'elle cesse d'être règle de droit. Le discours préliminaire ne prescrivait pas autre chose : « *c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux... et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir... C'est à l'expérience de combler successivement les vides que nous laissons* ».

Assurer la liberté et l'égalité par la généralité

Il y avait beau temps que l'héritage révolutionnaire et la tradition républicaine reconnaissent que la loi ordinaire n'était instituée que pour le service et le respect de ces normes supérieures : les droits de l'homme et d'abord la liberté et l'égalité. Simplement, même lorsque aucune obligation constitutionnelle ne le rappelait, c'était à la vertu du législateur

et à la vigilance du peuple – à ces fantômes shakespeariens incidemment évoqués par Georges Burdeau – que le contrôle en était confié. Le fait qu’il soit aujourd’hui exercé par un organe juridictionnel et assorti de sanction ne change rien au rôle dévolu par principe à la loi et qu’une doctrine de droit public, obnubilée par une conception strictement organique et formelle de sa définition, avait effacée.

La plupart des auteurs, d’Aristote à Rousseau en passant par saint Thomas et Montesquieu – pour s’en tenir à quelques jalons prestigieux – considèrent que la généralité est de la nature de la loi puisque celle-ci a pour objet de régler l’ensemble de la vie sociale. Bien entendu, la généralité sera mise au service de finalités différentes selon les époques et les régimes. Le rôle assigné à la loi est aujourd’hui de rendre effectifs les droits contenus dans la Déclaration de 1789, complétée par le préambule de la Constitution de 1946 et par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

29

La généralité est mise au service de cet objectif. Elle confère à la loi sa portée dans l’espace et à l’égard des personnes, elle lui donne sa mesure dans le temps, elle dicte son mode d’expression.

Quant aux personnes, la généralité garantit la liberté et d’abord la sûreté. Avec le principe de la légalité des peines, elle en est le meilleur auxiliaire. Elle fonde la distinction entre la règle et la mesure individuelle. Elle garantit contre le retour de la lettre de cachet, de l’arbitraire. Mais elle est aussi égalitaire. Elle exclut les privilèges.

« La loi peut bien statuer qu’il y aura des privilèges, mais elle n’en peut donner nommément à personne... », écrit Rousseau. Portalis lui fait directement écho : *« la loi statue sur tous : elle considère les hommes en masse, jamais comme particuliers ; elle ne doit point se mêler des faits individuels ni des litiges qui divisent les citoyens »*.

Mais la loi égalitaire ne produit pas seulement son effet sur le statut personnel des individus, elle a sur les structures économiques et sociales un pouvoir d’arasement abolissant irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l’égalité des droits. C’est du moins la conséquence qu’en tiraient les premiers législateurs révolutionnaires. Aujourd’hui encore, lorsque la Déclaration des droits de l’homme proclame que la loi « doit être la même pour tous... tous les citoyens étant égaux à ses yeux... », elle apparaît, avant la lettre, comme la charte, non seulement de la démocratie politique, mais de la démocratie sociale, selon la remarque de Jacques Godechot. En annonçant que la Révolution « est finie », le Code civil confirme, au moins en principe, l’égalité juridique des Français. « Il n’y a plus devant la loi civile, ni chrétiens, ni non chré-

tiens, ni jansénistes, ni protestants, ni dévots, ni athées», pourra écrire Albert Sorel. C'est en ce sens qu'aujourd'hui, évoquant les positions prises par le Conseil constitutionnel à propos de la Charte du Conseil de l'Europe et du traité instituant une Constitution pour l'Europe, le président Pierre Mazeaud a pu rappeler: « Nul ne peut s'affranchir de la règle commune en invoquant son appartenance à un groupe ethnique ou linguistique. Autrement dit, le communautarisme n'a tout simplement pas sa place dans notre ordre constitutionnel. »

Mais avec le développement et la reconnaissance des droits sociaux, comment concilier la conception individualiste et libérale de la Déclaration avec l'application des droits protecteurs énumérés par le Préambule de 1946 ?

30 On ne développera pas cette contradiction bien connue entre le principe de liberté qui postule l'abstention de la loi (la Déclaration de 1789 abonde en formules limitant son intervention) et son devoir de protection et de promotion de droits nouveaux. La formule de Lacordaire sur la liberté qui opprime le faible et la loi qui le libère illustre la vocation égalitaire expansive de la règle légale, mais aussi les limites inhérentes à la généralité face à la spécificité des situations économiques et sociales aujourd'hui. C'est pourquoi une distinction est opérée entre la généralité absolue illustrée par les formules lapidaires telles que « la peine de mort est abolie », ou « chacun a droit au respect de sa vie privée », et la généralité relative. Celle-ci visera sélectivement l'agriculteur, le salarié, le consommateur, le producteur, etc., mais distinguant des sous-catégories à l'intérieur de ces sous-ensembles, instituera des statuts protecteurs qui finiront par ruiner toute généralité, comme l'a bien montré la doctrine au milieu du siècle dernier.

Une vocation unificatrice

C'est sans doute par son extension dans l'espace et sa durée que la loi correspond le mieux à sa vocation généralisatrice.

Dans l'espace: la loi « *oblige indistinctement tous ceux qui vivent sous son empire... Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté* ». Portalis visait principalement la situation des étrangers. C'est qu'il allait de soi que l'application de la loi devait être identique pour tous les nationaux sur l'ensemble du territoire français. Tel était l'objectif premier de la Révolution, son grand dessein et sa plus éclatante réussite: l'unification du droit et l'abolition corrélative des diverses sources jusqu'alors en vigueur.

On appréciera à la lumière de ce principe l'altération progressive de

la généralité dans l'espace. La loi n'est plus la même sur tout le territoire national. La décentralisation confère à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie un pouvoir législatif autonome. La réforme constitutionnelle de 2003 a prévu au profit des collectivités territoriales la possibilité de déroger à titre expérimental et sous certaines réserves aux dispositions législatives qui leur sont applicables.

Dans le temps: le Discours préliminaire au Code civil contient une réflexion essentielle mais complexe sur les rapports du temps et de la loi.

« *La perpétuité est dans le vœu des lois.* » Malgré les apparences de cette affirmation orgueilleuse, le Discours préliminaire est empreint d'une réelle humilité. Cet absolu rencontre des limites que le législateur reconnaît: « *Tout prévoir est un but impossible à atteindre.* » D'abord il ne peut pas « *pourvoir à tout* », même « *dans les matières qu'il règle* ». Sur l'instant, une foule de détails lui échappent. Ensuite, sa capacité de prévision est limitée: « *Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler?* » La loi est donc affectée d'une infirmité congénitale, celle-là même dont souffre son auteur: son champ de vision est limité dans le présent et il est myope pour l'avenir.

31

Cette lecture différente de l'idée simpliste que l'on se fait de la loi classique explique les conseils d'économie et l'éloge de la prudence que prodigue Portalis. Elle rend compte également de l'exigence de lenteur dans l'élaboration de la loi, précaution absolument déterminante pour parvenir à l'objectif de stabilité qui est sa fin première: « *Le premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements, et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle.* » Sont donc inutiles les lois qui n'ont d'autre but que d'annoncer d'autres lois, telles que les lois de programmation qui renvoient à des lois ultérieures et à des lois de finances le soin de déterminer les contours réels de l'obligation et son point de départ.

LA LOI TRADUIT UNE POLITIQUE ET UN BESOIN SOCIAL

À sa fonction noble qui est d'imposer la règle de droit, la loi ajoute, comme une doublure, un envers, deux autres rôles dont le second surtout efface son volontarisme.

Traduire un programme politique

Quand, à la fin de la III^e République, Georges Burdeau écrit que la loi est devenue un procédé de gouvernement, il veut dire qu'elle s'est dégradée en devenant un moyen subalterne dont on use comme du

pouvoir réglementaire. Plus tard, sous la V^e République, il corrigera son propos en affirmant que la loi n'a pas cessé d'être l'instrument d'une politique. La formule n'avait plus rien de péjoratif, elle reconnaissait la double nature politique et juridique de la loi. Étudiant l'évolution du droit privé depuis le Code civil, Marcel Planiol souligne le lien étroit qui unit les tendances de la législation « aux changements qui s'accomplissent dans l'organisation de l'État et dans son orientation politique », au point qu'il croit possible de faire une histoire politique de la France à travers sa législation civile.

32 Même si la règle de droit est première dans la mission dévolue à la loi, le caractère politique de celle-ci n'emporte aucune déchéance de son rôle juridique. Le rôle politique de la loi n'est pas un second rôle. C'est lui qui donne son sens, son orientation à la future règle de droit. En opérant des arbitrages entre la sphère publique et la sphère privée, entre des intérêts économiques ou des positions sociales antagonistes, la loi ne peut pas être neutre. Même considérée sur une longue période, sa coloration politique, très vive au moment où elle est adoptée, persiste. Le Code civil lui-même, salué comme une œuvre d'équilibre et de sagesse après les tumultes de la Révolution, est apparu avec le développement de la société industrielle comme un droit bourgeois et favorable à une classe de propriétaires fonciers dans une France essentiellement paysanne.

Portalès l'écrit clairement : « *Le Code civil est sous la tutelle des lois politiques ; il doit leur être assorti.* » En ce sens, on peut dire avec Pierre Avril que la politique crée le droit.

À quelles conditions cet instrument de gouvernement – dans l'acception ancienne et forte de direction d'un peuple, d'une société – peut-il conserver sa capacité d'inscrire de façon durable la règle juridique nouvelle dans le droit positif ?

La loi peut être utilisée comme instrument de rupture ou d'évolution de l'ordre établi. La visée politique de la loi ne sera pas sans influence sur la portée de la règle, tant du point de vue de la force des droits et des obligations qu'elle crée, que du point de vue de sa généralité. « *Les grandes vues* » que Portalès attribue à la loi s'entendent aussi comme la mesure de l'ambition politique qui l'inspire pour changer la règle du jeu et les équilibres qui président à la vie de la cité. Dans l'exemple le plus éclatant de rupture, la Révolution, la loi est entièrement portée par l'idéologie : idéologie libérale des droits de l'homme en 1789 qui se décline ensuite en idéologie jacobine et centralisatrice avec l'œuvre administrative, en opposition aux conceptions fédératives des Girondins.

À la faveur de la chute d'un régime autoritaire, mais sans déclaration

des droits ni dispositions constitutionnelles particulières, la III^e République instaure par la loi un régime de libertés publiques et de laïcité qui subsiste encore. Or les lois de 1881 sur les libertés de réunion et de la presse, de 1884 instaurant la liberté syndicale, de 1901 sur le droit d'association et de 1905 sur la séparation des Églises et de l'État – résultat d'un combat politique qui est dans toutes les mémoires – sont aussi des modèles de technique législative remplissant la plupart des conditions exigées de la règle de droit. On pourrait prendre d'autres exemples de lois de rupture à forte charge politique, que ce soit en 1936, en 1944-1945, ou en 1981. Dans tous les cas, au moins depuis la fin du XIX^e siècle, c'est le programme qui est le véhicule du changement législatif.

Le programme politique se veut plus qu'un catalogue : une articulation de mesures défendues par un parti ou une coalition de partis et dont les plus importantes doivent se traduire en termes de lois. Quand le programme électoral devient programme de gouvernement, la fusion commence à s'opérer entre le politique et le juridique sous la forme de ce précipité qu'est le projet de loi.

33

C'est tout naturellement qu'en présentant ses vœux au président de la République le 3 janvier 2005, le président du Conseil constitutionnel pouvait déclarer : « la mise en œuvre des engagements pris par la majorité s'est traduite, cette année encore, par un programme législatif abondant ». Et d'énumérer « cet ambitieux programme de réformes » en précisant qu'il avait été peu censuré par la Haute Juridiction.

La traduction d'un programme politique dans la loi n'est cependant pas sans risque d'échec pour la transmutation juridique attendue. À quelles conditions la loi peut-elle survivre comme règle de droit à son origine politique ? La condition essentielle a ici encore un rapport étroit avec le temps. On a observé que l'instabilité de la vie politique (reproche adressé par la doctrine à la loi parlementaire sous les III^e et IV^e Républiques) ou, de nos jours, la faible durée des alternances, suffisait à ôter à certaines lois leurs chances de survie. Les trois lois qui se sont succédé sur l'égalité professionnelle correspondent aux trois alternances de la majorité gouvernementale. La succession des lois sur les rapports entre bailleurs et locataires en est un autre exemple. En revanche, une longue maturation des programmes politiques appuyés sur des idées fortes et une base sociale réelle ont plus de chances de donner naissance à des lois durables. Il a fallu plus de vingt ans pour que la majorité du pays se reconnaisse dans le programme républicain de la III^e République, lui-même issu, pour partie, du programme de Belleville élaboré par Léon Gambetta à la fin du Second Empire. Enfin, le projet

politique réussira d'autant mieux sa mue juridique qu'il s'inscrira dans un contexte historique favorable, marqué par un mouvement législatif antérieur de même sens qu'il viendra amplifier. C'est sans doute parce que la décentralisation régionale, amorcée en 1955, connaissait ses premières formes d'organisation en 1972, que la réforme a pu s'affirmer dans un ensemble législatif en 1982 et prendre une nouvelle ampleur, portée par une majorité politique différente, pour aboutir à la consécration constitutionnelle du 23 mars 2003.

« *Les codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler on ne les fait pas.* » La modestie affichée de Portalis semble inspirer les plus durables des lois portées par la politique.

Lire le besoin social

34 La loi aurait moins pour vocation de dire le droit que de le lire à notre intention. Selon les époques et les tendances philosophiques, la loi n'a pas les mêmes lectures. Tantôt on lui propose de lire dans une loi naturelle transcendante des droits imprescriptibles, mais il est vrai qu'elle devra, comme on l'a vu, les graver dans le marbre, tantôt, comme au début du ^{xx}e siècle, elle va, avec une autre école, découvrir un ordre naturel dans l'ordre social. Son rôle se bornera simplement à dire ce qui est, non ce qui doit être. On affirme qu'elle n'a pour vocation que de constater, de parler à l'indicatif, non à l'impératif.

D'une autre manière, en érigeant le fait social en phénomène premier, en faisant de la pression sociale le moteur des phénomènes humains, donc aussi juridiques, la sociologie fondée par Durkheim – et relayée par Duguit – prive la loi de sa fonction créatrice de norme : son rôle est de lire les faits sociaux.

Est-ce à cette dernière tendance qu'on pourrait rattacher la position du président du Sénat quand il privilégie « la force irrésistible de la demande de loi », l'évolution de la société et « les attentes de nos compatriotes », ou à une conception pragmatique du rôle du Parlement ? On ne se permettra pas d'en décider, mais de s'interroger sur la manière dont la loi répond à cette demande. D'abord « *les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois* ». Ensuite, « *il serait sans doute désirable que toutes les matières puissent être réglées par des lois* ». Abondant en faveur d'une législation détaillée, Portalis ajoute : « *la sollicitude du législateur est obligée de se proportionner à la multiplicité et à l'importance des objets sur lesquels il faut statuer* ». On est loin de l'idéal d'une loi rare, peu nombreuse et qui ne répondrait pas à l'attente des citoyens.

C'est sans doute dans le domaine des droits les plus personnels que cette attente est aujourd'hui la plus sensible. La réponse législative est, le plus souvent, apportée en termes qui satisfont les critères de normativité en faisant clairement le partage entre le licite et l'interdit après un débat contradictoire, une information puisée aux sources sociologiques et la prise en considération de l'avis d'experts. Quand la réforme des régimes matrimoniaux, du divorce, s'appuie sur des enquêtes sociologiques, elle ne substitue pas le sociologue au juriste et au politique, elle ne lui apporte que les données objectives préalables à un choix. Les données statistiques peuvent être un rempart à l'action des groupes de pression. Elles contribueront, selon le vœu de Portalis, à ce que la loi dispose « *non sur des cas rares et singuliers, mais sur ce qui se passe dans le cours ordinaire des choses* ». De l'interprétation de ce cours ordinaire des choses, naîtront bien des passions autour de la loi, de la résistance à son application à la demande d'extension de son champ, ainsi pour l'interruption volontaire de grossesse ou le PACS.

35

Le cours ordinaire des choses, jadis caractérisé par la stabilité, correspond aujourd'hui à la notion dynamique d'évolution de la société. Or, contrairement à ce qu'avancait Jean Carbonnier, il n'apparaît pas que « là où la vie privée est en jeu, le vent dominant [est] au renoncement du droit ». Il va au contraire vers la consécration par la loi des situations de fait, une quête de reconnaissance et une demande de protection.

Tout dépend de l'attitude du législateur. Françoise Dekeuwer-Defossez a montré au cours du colloque du Sénat, que si le législateur cède à la pression d'une partie de la société pour consacrer de nouvelles pratiques, il résiste dans d'autres cas, ou, au contraire, impose sa solution contre la pratique sociale majoritaire (cas de l'autorité parentale). Alors, le rôle symbolique de la loi joue pleinement. En tranchant, elle apporte l'ancrage nécessaire, structurant pour le sujet ainsi que Julia Kristeva et Élisabeth Roudinesco le rappelèrent lors du colloque. La loi sur les signes religieux à l'école, qui n'instaure pas le principe de laïcité mais le rappelle avec solennité, veut, sans doute, remplir ce rôle.

Mais si toute demande est considérée par le législateur comme irrésistible, la sollicitation devient telle que la loi ne joue plus son rôle mais participe à un jeu de rôles : infirmière avec la loi dite « canicule », sportive avec la loi d'orientation sur le sport, juvénile quand elle proclame une journée des droits de l'enfant, montagnarde quand elle s'intéresse à la vie en altitude. Alors, selon des exemples souvent relevés, la loi change de langage. Elle s'exprime par « neutrons législatifs » dont la charge juridique est nulle, selon l'expression de Jean Foyer. Elle

emprunte son verbe à Monsieur de La Palisse: « Le service de l'éducation est conçu et organisé en fonction des élèves et des étudiants... », quand ce n'est pas au style sentencieux du Sapeur Camembert: « Le sportif de haut niveau joue un rôle social, culturel et national de première importance », ou admiratif de Monsieur Perrichon qui, en voyage, découvre et « reconnaît la montagne ». Encore faut-il observer que ces formules sont suivies d'articles à portée normative, même si certaines dispositions relèvent du décret et parfois même de la circulaire.

L'unanimité s'est faite pour condamner sans appel les lois d'affichage. Parfois simples placébos comparables à l'apparition d'un ministre sur un écran ou à ses déclarations reprises par la presse, elles font désormais partie des moyens de communication du pouvoir. Elles sont vidées de leur fonction normative et tournent le dos à cette « loi du père » qui est leur essence même. Il n'est pas certain non plus qu'elles traduisent toujours un programme politique.

Quel nom trouver à ces initiatives qui ne cherchent plus à créer des normes, mais à normaliser les émotions de l'opinion en remplissant une fonction maternante ? Peut-être faudrait-il les appeler non des lois, mais des « légères », par référence à leur vocation qui est de lire dans les faits sociaux ou les désirs de l'opinion, en raison aussi de leur faible pesée obligatoire. On pourrait aussi proposer « légettes », ou « petites lois », l'appellation étant réservée aux textes à faible pouvoir normatif et à durée de vie limitée, comme leur consonance homonymique avec le verbe jeter peut le suggérer. La statue du Commandeur en serait peut-être apaisée.

R É S U M É

Face à l'inflation législative, la passion française pour la loi fait retour vers le modèle napoléonien. La fonction normative, mais aussi la capacité de la loi à traduire une politique ou à lire les besoins sociaux sont confrontés aux préceptes de Portalis, érigé en statue du Commandeur.

PENSER LA LOI

L'ÂGE, EN VENANT, ACCROÎT L'ESPACE DE LA NOSTALGIE. L'impression récurrente que « c'était mieux avant » saisit qui n'y prend garde, un sentiment captieux qui renvoie à des temps que la distance seule fait paraître meilleurs. La loi aujourd'hui galvaudée l'a-t-elle été autant hier ? N'était-elle pas l'objet de plus de soins alors, récompensés par la durée et l'aisance de l'application ?

39

Une réponse positive est fondée – oui, jadis on légiférait mieux – mais, parce qu'incomplète, elle est fautive : l'on a conservé le souvenir de bonnes lois, mais il y en eut aussi de mauvaises, tandis que si l'on s'agace de textes contemporains ineptes, il est réconfortant de constater que tous ne le sont pas.

Dès lors, la réflexion ne peut se borner – même si elle l'intègre – à l'opposition grincheuse entre les vertus d'autrefois et les vices de l'époque. Il lui faut proposer un autre référent, moins soumis aux effets du temps et plus attentif aux conditions d'élaboration des textes, lesquelles peuvent aussi bien avoir été parfois défailtantes dans le passé qu'elles peuvent se révéler satisfaisantes aujourd'hui, du moins à l'occasion.

L'affaire n'est pas d'abord de quantité. Certes, le bon sens suffit à établir que tout déferlement charrie tendanciellement le pire, et le discours, de Montaigne à Portalis, jusqu'au Conseil d'État, s'est toujours défié de l'inflation des textes. Mais la corrélation n'est que plausible, pas certaine : les lois peuvent être nombreuses sans cesser d'être utiles ; leur pertinence n'est pas inversement proportionnelle à leur fréquence, faute de quoi la production modeste des premières années de la V^e République aurait bravé les années, et ce n'est pas le cas. Au contraire, certains gouvernements prolixes ont su donner des bases à des législations durables, dans des domaines divers, que leurs successeurs se sont bornés à pervertir, appauvrir, compliquer, sans les réformer vraiment ni réellement les enrichir.

Tous les industriels savent bien que la fabrication en série n'est pas incompatible avec la qualité, qu'elle peut même en être le vecteur, mais à la condition que le modèle ait été soigneusement pensé, dans chacun de ses détails, avant d'être construit puis mis sur le marché. Même en se pliant à cette ascèse, le succès n'est jamais garanti, mais dans le cas contraire l'échec, lui, est certain.

Les lois aussi gagnent à avoir été pensées. C'est tout bête. Le problème vient alors de ce que beaucoup d'entre elles ne l'ont pas été, voire le sont de moins en moins. Le phénomène est assez répandu pour que l'on s'en inquiète et s'y arrête; toutefois, il connaît assez d'exemples inverses pour dissiper le vertige de la fatalité.

40 Au moment même où ces lignes sont écrites, l'on découvre dans la presse qu'un député s'apprête à déposer une proposition de loi contre l'obésité¹, celle qui menace nos concitoyens bien sûr, non celle dont la législation est déjà affectée. L'on connaît sa source – manger n'importe quoi, n'importe quand et n'importe comment – et l'on sait son remède – se nourrir sainement, de manière réfléchie, équilibrée. L'occasion est trop belle, la métaphore trop tentante, pour ne pas la filer en opposant la boulimie législative et la diététique parlementaire.

BOULIMIE

Les Américains ont inventé une expression – *couch potatoe* – pour décrire le comportement du téléspectateur continûment avachi devant son poste, qui se gave machinalement de tout ce qui lui tombe sous les yeux ou la main. Notre législateur lui ressemble.

N'importe quoi

Légiférer est devenu un réflexe, souvent conditionné par la télévision. Tout sujet d'un « vingt heures » est virtuellement une loi. Un fait divers, une émotion quelconque, mais aussi un problème tangible provoquent une démangeaison législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution. On légifère d'abord puis, rarement et seulement si l'on n'a rien de plus rentable à faire, on réfléchit ensuite.

Il ne s'agit pas là d'une caricature, hélas, mais des traits d'un genre plus ou moins normatif devenu pullulant. Des lois purement réactionnelles sont, par nature, des lois impensées. Ces impensées, souvent, se

1. Jean-Marie Le Guen, *Le Parisien – Aujourd'hui en France*, 29 mars 2005.

trahissent par leur titre. C'est lui qui donne l'objet, à charge ensuite pour qui de droit de tenter de lui trouver un contenu. Ce dernier devient second, au mieux, par rapport à l'intitulé, grâce auquel on peut prétendre avoir relevé un défi.

À musarder dans la production récente, l'on est frappé du nombre et de la diversité de ces textes qui ne portent pas sur un objet juridique précis, mais plutôt sur une attente présumée de l'opinion. Prendre quelques spécimens, les regrouper par thème est éclairant, ou consternant².

D'abord, parce qu'elle figure en bonne place dans tous les sondages, la *sécurité*. Elle nous a valu les lois renforçant l'efficacité de la procédure pénale (1999), relative à la sécurité quotidienne (2001), d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (2002), d'orientation et de programmation pour la justice (2002), pour la sécurité intérieure (encore, 2003), renforçant la lutte contre la violence routière (2003), portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (2004), de modernisation de la protection civile (2004) et, pour appliquer la même inspiration à d'autres domaines, de sécurité financière (2003) ou tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur (2005). Nul n'a plus rien à craindre.

41

Viennent ensuite des *stimuli économiques ou sociaux*, dont seuls les benêts pourraient croire qu'ils appellent avant tout des réponses économiques ou sociales, et qui ont suscité les lois d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (1998), de modernisation sociale (2002), portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique (2003), pour l'initiative économique (2003), relative à la maîtrise de l'immigration (2003), relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (2004), de programmation pour la cohésion sociale (2005). Tout sourit désormais aux partenaires sociaux comme aux acteurs économiques.

Comme, toutefois, l'on n'est pas de bois, il fallait ménager leur place aux *lois de bons sentiments* – ce qui ne signifie nullement qu'elles soient toutes sans portée, certaines ayant au contraire introduit de véritables bouleversements dont il n'est pas assuré, au demeurant, que l'ampleur avait été mesurée – parmi lesquelles celles renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes (2000), relative à la démocratie de proximité (2002), aux droits des malades et à la qualité

2. Pour éviter la surcharge, numéros et dates de ces lois ne sont pas indiqués, mais les titres sont bien authentiques, sans qu'il y ait lieu à multiplier les *sic*!

du système de santé (2002), renforçant [derechef] la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes (2003), visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, anti-sémite ou xénophobe (2003), relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées (2004), pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (2005), portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés (2005), sans oublier bien sûr l'ineffable loi portant reconnaissance du génocide arménien de 1915 (2001).

42 Enfin, rien n'étant plus vif que le souci de nos *enfants* (hors la dette abyssale que nous leur laisserons), le législateur paternel a adopté les lois visant à inciter au respect des droits de l'enfant, notamment lors de l'achat de fournitures scolaires³ (1999), à renforcer le rôle de l'école dans la prévention et la détection des faits de mauvais traitements à enfants (2000), relative à la sécurité des piscines (2003) ou encore visant à restreindre la consommation de tabac chez les jeunes (2003). Nos chères petites têtes, blondes ou non, sont dûment protégées.

Et la Terre dans tout cela ? Elle n'est pas oubliée puisque l'on a pris soin de voter la loi de 2001 tendant à conférer à la lutte contre l'effet de serre et à la prévention des risques liés au réchauffement climatique la qualité de priorité nationale et portant création d'un Observatoire national sur les effets du réchauffement climatique en France métropolitaine et dans les départements et territoires d'outre-mer (ouf!).

Rien d'étonnant alors qu'il ait fallu, au passage, imaginer en 2003 et 2004 deux lois⁴ de... simplification du droit !

Entendons-nous bien : il ne s'agit pas de soutenir que tous les textes de cet inventaire partiel sont sans intérêt, de prétendre qu'ils n'ont rien apporté. Ils peuvent contenir, çà et là, des dispositions bienvenues. Mais ce ne sera que fortuit car, dans tous ces cas, le titre a épuisé l'intention. Comme l'écrit Nicolas Molfessis : « Transformé en technique d'affi-

3. Dont le touchant article premier, issu il est vrai d'une initiative du Parlement des enfants, dispose : « L'exploitation des enfants par le travail doit être fermement combattue et dénoncée par tous les moyens légaux, y compris en refusant de coopérer avec les pays qui ne respectent pas la déclaration des droits de l'enfant. »

4. Il s'est agi d'ailleurs de lois d'habilitation. Le pouvoir exécutif a désiré simplifier par des ordonnances ce qu'il n'avait cessé de compliquer par des projets, comme le serpent qui se mord la queue.

chage, le titre vise alors davantage à mettre en avant la finalité du texte que son objet. C'est l'action de la loi qui est alors exprimée, ce qui ne permet plus de savoir sur quoi porte le texte⁵.» Beaucoup plus grave encore : à travers ces intitulés, gouvernement et Parlement ont, en vérité, formulé un simple vœu, auquel ils ont tenté ensuite, avec plus ou moins de bonheur, de trouver un contenu normatif pouvant justifier la démarche. S'il y a une pensée – ce sur quoi le pari serait souvent aventureux –, elle est médiatique, politique, électorale, compassionnelle mais pas législative et à peine juridique.

Faute de réponse plus appropriée, plus difficile aussi, la loi offre ses commodités et l'on postule sa pertinence sans y réfléchir plus avant. Elle devient alors à elle-même sa propre fin : que la loi existe suffit, sans considération de son contenu.

43

N'importe quand et n'importe comment

Quelques grands textes anciens sont toujours en vigueur. Ils naquirent fréquemment d'un processus patient qui leur avait permis de mûrir, de sorte que les évolutions ultérieures les ont complétés sans les remettre en cause. Peut-être ceci n'est-il pas étranger à cela. La loi du 29 juin 1881 sur la liberté de réunion est née d'une proposition déposée en 1878, rapportée en 1879, discutée en 1880. Celle, postérieure d'un mois, sur la liberté de la presse est issue de plusieurs propositions formulées à partir de 1875 et d'un rapport datant de 1880. Une autre proposition de loi, déposée en 1881, dont la discussion n'a débuté que deux ans plus tard, en février 1883, allait finalement donner la loi communale du 5 mars 1884. Si la liberté d'association a été plus rapide, près de vingt mois ont quand même séparé le projet Waldeck Rousseau, en novembre 1899, du vote définitif le 28 juin 1901. Quant à la séparation des Églises et de l'État, le Parlement y avait travaillé pendant plusieurs années avant d'y consacrer 45 jours de séance à la Chambre (entre le 21 mars et le 3 juillet 1905) et encore 21 de plus au Sénat, pour l'adoption conforme d'où est sortie la loi du 11 décembre 1905.

L'on imagine les objections : tout allait moins vite, les gouvernements ne disposaient pas de majorités prêtes à agir promptement, d'autres textes de la même époque connurent plus de précipitation... Soit ! Il

5. Nicolas Molfessis, « Le titre des lois », *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 61. L'auteur souligne aussi (p. 64) la multiplication des lois *tendant à, visant à, inciter* ou *favoriser* ou *garantir*, qui se présentent ainsi « comme une simple tentative de réglementation, une espérance et non une réalisation ». À quand la *loi croisant les doigts pour...* ?

n'empêche que, si le sujet en valait la peine, les parlementaires acceptaient de le traiter sérieusement, d'échanger, parfois aussi de s'invectiver, mais ils minimisaient le risque d'un travail bâclé ou de malfaçons découvertes *a posteriori*.

Aujourd'hui, la conjugaison entre l'impact médiatique, l'impatience gouvernementale et la concordance majoritaire ne laisse plus à quiconque le temps de réfléchir, à supposer que quelqu'un souhaite le faire.

À tout moment, de partout, peut se déclencher le détonateur qui va faire exploser l'ordre du jour prévisionnel, faire passer au second plan des textes qui avaient paru importants. Qu'un homosexuel soit la victime de criminels imbéciles et un projet de loi contre l'homophobie, quoique parfaitement superflu ⁶, est aussitôt rédigé et programmé. Qu'un rapport confirme la persistance des inégalités entre les femmes et les hommes et une loi nouvelle, qui n'apportera rien de substantiel, est instantanément annoncée. Le mouvement, comme on sait, n'épargne pas la Constitution elle-même : si le principe et le contenu de la Charte de l'environnement n'ont rien qui doivent choquer, sa rédaction maladroite est la marque des textes insuffisamment réfléchis, et son adoption définitive doit moins à ses vertus propres, qui n'avaient que tièdement convaincu les élus, qu'à l'activisme de Nicolas Hulot qui, symboliquement, a consacré ainsi l'assujettissement du Parlement aux médias.

Dans le même contexte, il n'y a pas lieu de s'étonner que les gouvernements, obsédés de leur précarité, abusent de l'urgence, qui est la leur bien plus que celle des textes auxquels il l'appliquent ⁷. Craignant de n'être plus ministres avant que la loi soit, le temps parlementaire a cessé d'être pour eux celui du dialogue, mais une perte sèche qui, différant désagréablement le moment de la promulgation, doit être réduite au minimum. L'on ne prouve pas son efficacité par de bonnes lois, mais par des lois rapides. Ailleurs, cela s'appellerait précipitation. Ici, l'on parle de réactivité.

Et lorsque, de surcroît, les deux assemblées ont la même majorité, aux sentiments de laquelle on ne fait jamais appel en vain, les adoptions conformes dès la première lecture naissent de la discipline plus que de la conviction, quand le jeu des navettes, si on l'avait laissé se dérouler,

6. Le projet de loi (n° 1700 du 25 juin 2004), relatif à la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste ou homophobe, ne tendait qu'à incriminer un certain type d'injures, diffamations ou discriminations que l'autorité judiciaire avait déjà tous les moyens de sanctionner.

7. Hors les lois autorisant la ratification d'engagements internationaux, plus du tiers (13) des projets adoptés en 2004 avaient fait l'objet d'une déclaration d'urgence.

aurait au moins introduit dans le texte plus de réflexion que celle, souvent des plus sommaires si elle n'est pas totalement absente, que le projet porte en lui.

Paradoxalement, c'est du côté de certaines propositions de loi que l'on retrouve un véritable... projet, si l'on entend par là une entreprise raisonnée pour traiter un problème effectivement législatif et lui apporter une solution concertée, adaptée, opérante. Plusieurs de celles d'entre elles qui ont eu les honneurs de l'ordre du jour et de l'adoption répondaient à cette définition, dans un champ délimité le plus souvent⁸, comme si le gouvernement abandonnait aux parlementaires des initiatives utiles afin de se réserver celles à plus forte résonance médiatique ; le monde à l'envers en quelque sorte.

DIÉTÉTIQUE

45

Le temps n'est plus où le patient se résignait à une diète sévère : l'espoir, séduisant, d'une pause législative serait illusoire. L'on veut aujourd'hui être plus sophistiqué, personnalisé, maigrir certes mais sans trop de privations ni d'efforts, donc un régime attractif, accompagné, si besoin est vraiment, de quelques règles d'hygiène alimentaire.

Régime sain

Plusieurs écoles disputent. Celle des docteurs Jean-Louis Debré et Pierre Mazeaud a d'autant plus fait parler d'elle que les positions qu'ils occupent ne peuvent laisser indifférent. Sus, donc, à ces mauvaises graisses que sont les neutrons législatifs⁹ ou les dispositions réglementaires, qu'il faut éliminer en priorité.

8. L'on songe, par exemple, à ce qui est devenu la loi 2004-1366 du 15 décembre 2004 portant diverses dispositions relatives au sport professionnel, mais aussi à la proposition de loi relative aux droits des malades et à la fin de la vie, née des travaux d'une mission d'information et déjà adoptée, à l'unanimité, par l'Assemblée nationale.

9. C'est-à-dire, selon Jean Foyer qui fut, semble-t-il, l'inventeur de cette dénomination, les textes « dont la charge juridique est nulle » (3^e séance du 21 juin 1982, *JO, AN*, p. 3667). Ils continuent de proliférer, malgré les objurgations encore récemment reprises par la circulaire du Premier ministre du 1^{er} juillet 2004 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes... où l'on lit, à l'article 2.1.1.1. : « Les projets de loi ne doivent pas comporter de dispositions sans contenu normatif, se limitant à des déclarations de principe ou à la présentation de la philosophie du texte. En effet, les lois ont pour objet d'autoriser, d'ordonner, d'interdire, de créer des droits et des obligations. Les raisons pour lesquelles elles sont soumises au Parlement, l'esprit dont elles procèdent, les objectifs qu'elles se fixent relèvent de l'exposé des motifs, des explications à fournir au Parlement et au public, voire des commentaires que les ministres responsables peuvent en donner après leur promulgation, notamment dans les circulaires. »

Si les problèmes étaient vraiment ceux-là, il ne serait pas très difficile de les régler. Mais les neutrons législatifs, justement parce que dénués de toute charge juridique, ne font de mal à personne. Le préjudice qu'ils provoquent est purement esthétique. L'on se passerait volontiers d'eux, mais l'énergie mobilisable pour les traquer serait sans doute plus utile à des combats plus graves.

Les dispositions réglementaires ? La belle affaire. Premièrement, il n'est pas sûr que le phénomène soit quantitativement sérieux¹⁰. Deuxièmement, l'élaboration normative a besoin d'unité et il est plutôt sain de la satisfaire sans s'arrêter à chaque instant à des escarmouches de frontières. Troisièmement, les élus auraient raison de ne pas se satisfaire de textes trop vagues, de sorte que, si l'on prétendait leur interdire d'apporter eux-mêmes les précisions qu'ils estiment utiles¹¹, ils exigeraient du gouvernement qu'il accompagne tous ses projets de loi de leurs projets de décrets d'application, lesquels alors deviendraient du même coup des espèces d'annexes législatives. Quatrièmement, qui donc concevrait et utiliserait les trébuchets et les scalpels permettant d'éviter les impairs opposés de l'incompétence négative, d'une part, et de l'empiètement réglementaire, de l'autre ?

46

Ce n'est donc pas là qu'il paraît le plus urgent de faire porter l'effort, et l'on ne peut adhérer à un mot d'ordre qui reviendrait à dire : « Qu'importe que la loi soit stupide, pourvu que tous ses articles soient législatifs et normatifs ! »

Mais, comme le Conseil constitutionnel avait menacé de réagir, il a commencé à le faire, dans sa décision 2005-512 DC du 21 avril 2005. *Exeunt*, donc, les « dispositions manifestement dénuées de toute portée normative ». Et seul un esprit tordu imaginera que cette rigueur peut

10. Le projet qui est devenu la loi 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux comptait 76 articles au départ et 240 à l'arrivée. Ainsi, pas moins de 164 articles additionnels ont été introduits durant le débat parlementaire. L'on s'attendrait que nombre d'entre eux aient un caractère réglementaire. Pas du tout : une dizaine, au plus, pourraient relever de l'article 37 de la Constitution, quand plus de 150 appartiennent bien à son article 34. Ce n'est donc pas d'abord dans l'empiètement réglementaire qu'il faut chercher la cause de l'inflation législative.

11. Dans une application littérale des articles 34 et 37 de la Constitution, la loi qui a institué le RMI, par exemple, aurait pu ne comporter qu'un article : « Toute personne, d'un âge minimum, de nationalité française ou résidant régulièrement en France, qui en a besoin reçoit, à charge d'un effort d'insertion de sa part, une aide, qui peut varier en fonction de ses charges de famille, versée par une autorité publique. Les conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État. » En fait, le législateur de 1988 avait voté 52 articles.

injurier l'avenir: à lire le premier alinéa du préambule de 1946, l'on ne lui trouvait aucune portée normative, jusqu'à ce que le Conseil lui-même y découvrit la source du principe éminent de dignité de la personne humaine¹², démontrant ainsi qu'un pseudo-neutron peut contenir une charge longtemps cachée. Quant aux dispositions réglementaires, les voici désormais délégalisées aussitôt qu'adoptées, le deuxième alinéa de l'article 61 englobant ainsi, très astucieusement, celui de l'article 37. Soit! Mais heureusement qu'il ne s'agissait pas d'un vrai problème car, sinon, ce ne serait pas une vraie solution, tant il est peu probable que la perspective de ce prompt déclassement suffise à dissuader les auteurs de la loi d'y introduire ce qu'ils souhaitent¹³.

Ainsi, beaucoup plus substantiel serait le simple rappel à penser la loi.

L'on ose à peine évoquer le temps heureux où un garde des Sceaux, Jean Foyer, imité en cela par plusieurs de ses successeurs, confia à un rédacteur unique – mais à la compétence également unique, il est vrai, puisqu'il s'agissait de Jean Carbonnier – le soin de préparer les projets qui réformèrent profondément le régime des incapacités¹⁴ ainsi que des pans majeurs du droit de la famille¹⁵.

Où il ne lui avait été demandé que de poncer des piliers du Code civil, Jean Carbonnier démontra qu'il fallait aller plus loin; que, si le gouvernement ne proposait pas lui-même une modernisation réfléchie et cohérente, « ne manqueraient pas de s'abattre des pluies d'amendements »¹⁶. Pendant une douzaine d'années, dans ce domaine, l'on procéda ainsi, et certains textes ultérieurs qui, dans les vingt dernières années, abordèrent le droit de la famille avec des manières de hussard, vivifièrent le souvenir ému d'une telle délicatesse.

Réfléchissant lui-même, dans son dernier ouvrage sur la question, aux évolutions dont il fut le témoin, Jean Carbonnier les imputa en partie

47

12. Décision 94-343/344 DC, 27 juillet 1994.

13. L'on ne peut, en revanche, que compatir aux maux de tête supplémentaires qui menacent la Commission supérieure de codification. Elle devait déjà traiter le cas d'articles formellement organiques que le juge avait qualifiés substantiellement ordinaires. Désormais, il lui faudra, en plus, s'accommoder de dispositions que leur forme destine à la partie législative du code, tandis que la décision du Conseil porte à les renvoyer dans sa partie réglementaire...

14. Par les lois du 14 décembre 1964 sur la tutelle des mineurs et du 3 janvier 1968 sur les majeurs protégés.

15. Par les lois du 13 juillet 1965 sur le régime des biens entre époux, du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, du 3 janvier 1972 sur la filiation et du 11 juillet 1975 sur le divorce.

16. Jean Carbonnier, *Droit et Passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 196.

au fameux poids (encore des références pondérales !) de la technocratie, à « l'invasion du droit bureaucratique » : « Les préoccupations des bureaux deviennent par symbiose les préoccupations du ministre. De là, découle un reproche plus grave : c'est que chaque compartiment légifère sur les problèmes de sa spécialité sans les intégrer dans une vision d'ensemble du système juridique. Le Premier ministre aurait ici une fonction de coordination à exercer, mais souvent, il reste en retrait. Et sur tel cas clinique qui lui corne aux oreilles, tel ministère se hâtera d'élaborer des remèdes spécifiques sans se demander s'ils ne font pas double emploi avec le droit commun ou s'ils ne risquent pas de le perturber. On comprend que le droit bureaucratique ait, dans l'inconscience, puissamment contribué à l'inflation du droit¹⁷. »

48 Le diagnostic, vieux de près de dix ans, date un peu, car, s'il reste largement vrai, il se double désormais d'un dérèglement supplémentaire : les préoccupations du ministre sont à leur tour devenues, sinon par symbiose du moins par exigence, voire caprice, les préoccupations des bureaux. Or, ce n'est pas forcément à la meilleure source que le ministre va puiser ses inspirations mais plutôt, on l'a dit, aux titres des journaux, de préférence télévisés, au besoin décryptés à son intention par des conseillers en communication tout bardés de sondages. Les initiatives propres du ministre confluent avec celles de ses services, toujours sans « vision d'ensemble du système juridique » ni cohérence claire au sein des mêmes locaux.

Certains résistent cependant, au moins parfois, et la conjonction peut encore se produire entre un ministre bienveillant, des fonctionnaires responsables, à l'écoute du monde extérieur et de ce qu'il peut éclairer, apporter, tous décidés à prendre le temps de faire du travail sérieux. Peut-être la mémoire vive d'augustes précédents et la volonté de quelques-uns contribuent-elles à expliquer la persistance de cette heureuse anomalie du côté de la Chancellerie¹⁸, du moins hors le capharnaüm de la procédure pénale.

Quelques textes réfléchis surnagent çà et là qui suffisent à démontrer que la chose reste possible. Les ingrédients sont simples qui font les bonnes recettes : identifier précisément le problème à traiter, qu'il soit

17. *Ibid.*, p. 31.

18. L'on songe, bien sûr, au nouveau Code pénal, dont la discussion s'était étendue sur trois législatures, entrecoupées d'alternances, entre 1985 et 1992, mais aussi, plus récemment, à la loi de 2004 sur le divorce, au projet en cours de discussion sur les procédures collectives ou encore à l'avant-projet sur les successions, tous textes précédés d'une préparation ouverte, longue et soignée, bref tous textes pensés.

vaste ou étroit; s'interroger honnêtement et recueillir des avis extérieurs, pour savoir si sa solution relève bien de la loi, ne fût-ce qu'en partie; puis envisager celle qu'il faudrait faire, mais en se souciant de la place harmonieuse à lui donner dans l'ensemble plus vaste où il lui faudra s'insérer, en traquant les frottements éventuels avec d'autres textes en vigueur ou en préparation; finalement établir une esquisse, non des articles eux-mêmes mais de ce qu'ils devront contenir. Ensuite ? Surtout ne pas rédiger, mais plutôt questionner, consulter, concerter de la manière la plus large, la plus ouverte possible; après seulement, commencer à écrire et, de nouveau, questionner, consulter, concerter comme devant. Alors naîtra un avant-projet qui aura quelque chance d'être bon, quitte à se révéler assez éloigné de ce que le concepteur initial pouvait avoir en tête, sauf encore à ce qu'à l'inventaire le besoin de la loi se soit évanoui.

49

Rien de tout cela n'est bien sorcier. Vouloir suffit à pouvoir. Mais il y faut un tempo apaisé, que seuls peuvent soutenir ceux assurés d'un minimum de longévité ou, à défaut, assez attentifs aux autres, c'est-à-dire les Français, et oublieux d'eux-mêmes pour risquer d'œuvrer au bénéfice de leur(s) successeur(s).

La quantité des lois pourrait n'y pas décroître, mais l'amélioration de la qualité de chacune finirait bien par avoir raison de leur nombre global.

Ne resterait alors à compléter ce régime sain que par l'observance de règles parlementaires adéquates.

Hygiène alimentaire

L'expérience parlementaire avait conçu un entonnoir. Il était destiné non à faciliter une absorption plus grande mais, au contraire, à diminuer progressivement le volume de celle-ci : jusqu'en 1981, surcharger à tout moment les textes était jugé par tous aussi néfaste que grignoter entre les repas.

Pourtant, parce que le premier alinéa de l'article 44 de la Constitution fait du droit d'amendement la règle, et que l'article 45 n'y apporte pas de limite ici, l'habitude s'est progressivement installée, funeste, d'admettre libéralement les articles additionnels. Le Conseil constitutionnel, après avoir un moment béni l'excès¹⁹, a remis un peu d'ordre²⁰, mais pas assez.

19. À partir de sa décision 86-221 DC du 29 décembre 1986.

20. Depuis sa décision 98-402 DC du 25 juin 1998.

De ce fait, c'est tantôt la discussion qui se dilate, tantôt le texte qui enfle, au détriment du sérieux dans les deux cas. Le débat «aboutit à une confrontation dont l'amendement est devenu le principal support, plutôt qu'à une construction dans laquelle il devrait jouer un rôle essentiel²¹».

Que des parlementaires puissent présenter des articles additionnels en première lecture est naturel, même nombreux s'ils le veulent, pourvu qu'ils soient en lien direct avec le texte en débat. Mais qu'ils le puissent encore dans les lectures ultérieures est une invitation au bavardage, au temps gâché quand on en manque. Après un examen dans chaque assemblée, le périmètre du texte est circonscrit; l'on doit pouvoir continuer à l'amender sur ce qui n'est pas encore conforme, mais non à l'alourdir de dispositions nouvelles qui, comme la première lecture l'a décidé, n'ont pas lieu d'y figurer.

50

Lorsque les amendements portant articles additionnels à un projet émanent du gouvernement, la logique voudrait qu'ils soient purement et simplement interdits, à deux exceptions près. Le Conseil constitutionnel a eu raison de rappeler la distinction entre les articles 39 et 44, distinction que respectent les amendements gouvernementaux destinés à modifier le texte, mais distinction qu'effacent abusivement ceux qui visent à l'étendre et qui n'ont pas lieu d'être.

Les deux seules exceptions, parce qu'elles résultent elles-mêmes d'exigences constitutionnelles, sont, d'une part, celle déjà admise pour répondre, à tout moment, à des exigences techniques de coordination, d'autre part, celle qui impliquerait une initiative dépensière que les parlementaires ne peuvent proposer à raison de l'article 40.

Hors ces deux hypothèses, jamais aucun article additionnel d'initiative gouvernementale²², non plus que d'initiative parlementaire au-delà de la première lecture, voilà qui serait plus drastique, mais aussi plus objectif, que la prise en considération du volume, voire la simple exigence actuelle d'un lien avec l'objet en discussion²³.

21. Jean-Pierre Camby, «Le droit d'amendement, une nouveauté?», *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 126.

22. Les règlements des assemblées peuvent le décider, et le Conseil constitutionnel l'accepter, dès lors que ceci s'inscrit dans la logique, déjà adoptée par le juge, selon laquelle le droit d'amendement de l'article 44 est le simple corollaire du droit d'initiative de l'article 39 et non son substitut, cependant que le recours à une *lettre rectificative* resterait toujours disponible pour remédier, de façon régulière, à un oubli gênant.

23. Pratiquement, et à l'usage des amateurs, cela signifierait que, à partir de la seconde lecture, premièrement, un amendement parlementaire portant article additionnel ne serait

Ceci produirait deux conséquences. La première, immédiate, serait d'épargner à bien des lois les bubons qui, en cours de débat, viennent les boursoufler, parfois les défigurer, ces dispositions multiples adoptées à la va-vite, à la va-comme-je-te-vote. Assujettis à une contrainte d'espace, comme ils l'étaient naguère, les groupes auraient à faire un tri pour sélectionner seulement les ajouts les plus pertinents. Eux aussi, donc, devraient alors réfléchir avant d'agir. La seconde conséquence, immédiate, serait que le gouvernement, se sachant privé (pour une fois) d'une facilité abusive, devrait apporter plus de soin préalable, donc à nouveau de réflexion, à l'élaboration de projets qui ne pourraient plus être surchargés ensuite²⁴.

Dans l'un et l'autre cas, une discipline spontanée pourrait suffire que, dans les deux cas, nul n'aura la candeur d'escompter. Faudrait-il alors réviser la Constitution pour l'imposer ? Il n'est pas certain que ce soit nécessaire. Les règlements des assemblées pourraient y pourvoir, à la seule condition que le Conseil constitutionnel accepte d'aller au bout du bon sens dont il a déjà pris le chemin, celui qui consiste à admettre que, ne serait-ce qu'à raison de l'article 39, les amendements portant articles additionnels sont différents, par nature, de ceux visant à modifier le texte en discussion. Il ne s'agirait donc pas de modifier la loi fondamentale, mais d'en respecter la lettre et l'esprit comme on l'avait fait, sur ce point, entre 1959 et 1981.

Au-delà, peut-on rêver d'un Premier ministre, dans l'avenir, assez déterminé pour proposer au président de la République que l'actuelle fonction de ministre de l'ordre du jour, à laquelle se résume en réalité la tâche de celui auquel sont confiées les relations avec le Parlement, devienne un véritable « ministre de la législation et des relations avec le Parlement » ? D'une part, l'habitude s'est déjà prise que le chef du gouvernement se dépouille au profit de l'un de ses collègues, ministre ou secrétaire d'État *délégué* dans un premier temps, de missions qui,

51

recevable que s'il remplace un article supprimé par l'autre assemblée; deuxièmement, si plusieurs se trouvent en concurrence, ils doivent être examinés dans l'ordre de leur proximité (du plus proche au plus éloigné) de l'article supprimé; troisièmement, s'il y a lieu, les amendements sans rapport avec l'article supprimé sont examinés ensuite dans l'ordre de leur dépôt. Ces règles étant strictement objectives, les acteurs n'auraient aucune difficulté à s'y plier.

24. Le plus frappant, dans le fameux « amendement Mer », n'était pas l'absence de tout lien avec le texte, motif pour lequel il fut censuré par le Conseil constitutionnel (décision 2004-501 DC, 5 août 2004), mais la suppression de toute limite d'âge pour la présidence des entités concernées (à laquelle un centenaire eût pu être légalement nommé...) qui témoignait éloquentement de la précipitation avec laquelle l'article avait été rédigé.

constitutionnellement, sont les siennes²⁵. D'autre part, plus disponible que le Premier ministre et pouvant s'appuyer sur la compétence indiscutée du Secrétariat général du gouvernement qu'il renforcerait de son autorité politique, cette figure nouvelle pourrait se voir chargée d'une vue d'ensemble et d'un contrôle de qualité sur toute la production législative²⁶. Certes, il lui faudrait, en plus, des talents diplomatiques signalés pour faire accepter son intervention par ses pairs, mais eux-mêmes pourraient finir par y comprendre leur intérêt propre.

D'autres réponses sont concevables, peut-être meilleures. Qu'importe pourvu qu'elles mettent un terme, au plus tôt, à l'impéritie contemporaine où la confusion le dispute au désordre, pour le plus grand dommage de l'autorité de la loi.

- 52 Prendre des initiatives réfléchies avant, limiter les initiatives irréfléchies pendant, n'est-ce pas le moyen sûr d'obtenir plus de résultats réfléchis après ? Alors, le législateur boulimique retrouvera sa ligne naturelle, plus svelte, celle du légiste.

R É S U M É

De plus en plus souvent, les lois apparaissent comme des réponses inappropriées à des questions par ailleurs réelles mais qui ne relèvent pas d'elles. Ces textes, alors, ne sont pas pensés, relèvent plus du réflexe que du raisonnement et nuisent, finalement, à l'autorité même de la loi. Pourtant, certaines échappent à cette critique, montrant que tout espoir n'est pas vain, et quelques règles ou pratiques simples pourraient, si elles étaient adoptées, contribuer efficacement à remédier au problème et à refaire des lois des actes réfléchis.

25. Par exemple, justement, les relations avec le Parlement, mais aussi la fonction publique, toutes deux confiées, au début de la V^e République, à des « ministres délégués auprès du Premier ministre ».

26. Le garde des Sceaux semblerait qualifié pour exercer ce ministère de la Loi, mais il a déjà bien assez à faire, ne pourrait de toute façon pas veiller sur l'évolution de ces textes en cours de débat, et c'est pourquoi l'hypothèse suggérée semblerait préférable.

LA CONTRAINTE EUROPÉENNE SUR LA LOI

LE *DICTIONNAIRE DES IDÉES REÇUES* DE FLAUBERT comprenait une entrée « Député », ainsi définie : « L'être, comble de la gloire. Tonner contre la Chambre des députés. Trop de bavards à la Chambre. Ne font rien. » Ce « comble de la gloire », qu'en dépit de tout Flaubert attachait à l'exercice de la fonction législative, aurait-il encore sa place dans un tel dictionnaire, alors que gagne dans les esprits l'idée selon laquelle « la loi se fait à Bruxelles » ?

53

Au cours des cinquante dernières années, le légicentrisme à la française n'a probablement pas moins souffert de la concurrence d'une nouvelle source de droit européenne que de l'affirmation du contrôle de constitutionnalité.

Le contrôle de constitutionnalité s'appuie sur une norme relativement stable. Il n'est en principe pas susceptible d'affecter la loi après sa promulgation. Son objet n'est jamais que de vérifier, pour reprendre les mots du président Pierre Mazeaud, que « la volonté générale se conforme à une volonté populaire plus générale et plus solennelle encore, la Constitution »¹.

La norme européenne, entendue ici comme l'ensemble du droit conçu dans le cadre des institutions de l'Union européenne², est, elle, volontiers perçue comme proliférante. Elle provoque des remises en cause affectant jusqu'à des dispositions anciennes de notre loi. Issue des travaux d'institutions parfois méconnues, elle inspire à l'encontre de

* L'auteur s'exprime ici à titre personnel.

1. Discours prononcé le 3 janvier 2005 lors de la présentation des vœux au président de la République à l'Élysée, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

2. Est donc laissé à part ici le droit issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont l'articulation avec le droit national diffère sensiblement de celle entre droit communautaire et droit national.

la loi nationale des assauts qui, en retour, suscitent des interrogations quant aux sources de la légitimité du droit européen.

Est-il permis dans ces conditions de réduire à l'une des idées reçues de notre temps, à la manière ironique de Flaubert, l'affirmation selon laquelle « la loi se fait à Bruxelles » ? La représentation de la loi enlevée par Europe, comme Europe le fut par Zeus, n'aurait-elle, au contraire, la vertu du mythe pour convaincre le plus grand nombre de la concurrence européenne livrée à la loi nationale ?

54 À mesurer le volume du droit européen et ses effets sur la loi comme sur la fonction législative, la perception d'une contrainte européenne sur la loi trouve à se conforter. Un risque s'attache cependant à n'appréhender l'influence du droit européen que sous l'angle d'une contrainte : ce serait perdre de vue le fondement constitutionnel de l'articulation entre les deux ordres juridiques mais aussi négliger la réalité d'évolutions institutionnelles européennes et nationales qui ont accompagné l'affirmation du droit européen, et méconnaître ainsi la part de liberté nationale qui entre dans l'apparent déterminisme européen.

DES ÉLÉMENTS DE CONTRAINTE

Le poids des actes adoptés par les institutions européennes

Le droit dérivé des traités en vigueur au début de l'année 2005 représente quelque 17 000 actes, dont l'essentiel est constitué des directives, règlements et décisions du pilier communautaire de l'Union européenne. S'y ajoutent environ 3 000 accords internationaux, conclus entre, d'une part, la Communauté ou l'Union européenne voire les États membres et, d'autre part, les États tiers.

Après avoir quelque peu fléchi au milieu des années 1990 à l'achèvement du « marché unique », la croissance de cet ensemble a repris depuis lors : de 70 environ, le nombre des directives adoptées chaque année a ainsi atteint 130 en 2003 et encore 111 en 2004, année de renouvellement du Parlement européen et de la Commission européenne. La tendance est aussi à l'augmentation des normes d'application, avec l'adoption par la Commission de plus de 600 règlements³ au cours de chaque année pleine de la dernière législature. Au total, 4 454 règlements de la Commission étaient en vigueur à la fin de l'année 2004⁴.

3. Dont, il est vrai, nombre de règlements n'entrant en vigueur que pour un an.

4. Données issues du rapport annuel général des activités de l'Union européenne et de la base Celex.

Cette nouvelle accélération trouve sa première explication dans l'attribution aux institutions européennes de nouvelles compétences par le traité de Maastricht de 1992, le traité d'Amsterdam de 1997 puis le traité de Nice de 2001.

Elle s'est accompagnée d'une importante évolution des caractéristiques des actes adoptés. L'extension de la procédure de codécision, d'une part, a accru la part des directives adoptées conjointement par le Parlement européen et le Conseil⁵. De nouvelles branches du droit, d'autre part, ont été touchées par l'activité européenne : après le droit économique, déjà profondément façonné par le droit européen, le droit civil ou le droit pénal le sont désormais, en particulier avec l'adoption chaque année de trois à quatre « décisions-cadres » du pilier « justice et affaires intérieures ».

Il n'est cependant pas avéré que cette croissance d'un droit européen diversifié ait une part déterminante dans l'inflation normative contemporaine. D'une part, par le nombre total d'actes, le droit communautaire ne représente pas le cinquième du stock des normes nationales, soit environ 8 000 lois et 110 000 décrets⁶. D'autre part, des efforts sont déployés au plan communautaire comme au plan national pour contenir une production normative dont la prolifération est de part et d'autre identifiée comme nocive à l'effectivité et à l'intelligibilité du droit, voire à la compétitivité économique – quand bien même elle s'expliquerait, s'agissant de la norme européenne, par les extensions de compétences résultant des traités. L'un des volets en cours d'application de l'accord interinstitutionnel européen « Mieux légiférer » de décembre 2003 est précisément la simplification et la réduction de la législation européenne⁷.

L'incidence de la construction européenne sur la dynamique normative interne semble, quoi qu'il en soit, difficile à mesurer avec une précision numérique. La formule de Jacques Delors selon laquelle, un jour, 80 % de la législation économique et fiscale, voire sociale, serait décidée

5. Alors qu'en moyenne annuelle, 30 procédures de codécision arrivaient à leur terme au cours de la législature 1994-1999, ce nombre a plus que doublé au cours de la législature suivante.

6. Comme le relevait déjà le rapport du Conseil d'État intitulé *La Norme internationale en droit français*, Paris, La Documentation française, 2000.

7. À titre d'exemple, la directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres a le mérite de porter abrogation de neuf directives. Cette codification et simplification ne s'opérant pas à droit strictement constant, la nouvelle directive devrait cependant appeler des mesures nationales d'exécution nouvelles dans les États membres avant son échéance de transposition fixée au 30 avril 2006.

par les institutions européennes continue certes d'inspirer les estimations couramment avancées dans le débat public estimant à 60 % ou même 70 % la part de la loi d'origine européenne. Elle correspondait cependant à un augure sur le cours de la construction européenne que les dernières années ont infirmé⁸.

Comment ramener l'articulation des deux ordres juridiques à un pourcentage ? Celui-ci pourrait varier selon qu'il serait calculé loi par loi ou article de loi par article de loi⁹. Il faudrait aussi réussir à préciser s'il y aurait lieu d'y faire entrer tant les mesures législatives requises par le droit communautaire que des dispositions seulement colorées ou inspirées par ce dernier¹⁰.

56 Tout au plus, après avoir relevé que l'intuition de nombreux praticiens est qu'aujourd'hui la moitié environ de la législation nationale se trouve *lato sensu* sous une influence européenne, doit-on prendre la précaution de rappeler que la discipline juridique ne se laisse pas aisément enfermer dans des tentatives de mathématisation.

La primauté du droit communautaire

À la recherche d'une forme de contrainte européenne sur la loi, l'analyse des ressorts par lesquels la loi cède en certaines hypothèses devant le droit communautaire a probablement plus d'intérêt que les chiffres.

Une référence s'impose ici d'emblée à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. C'est en effet dans une très large mesure à la Cour de Luxembourg qu'il est revenu, dans son interprétation du traité de Rome peu explicite à cet égard, de préciser l'articulation entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique national.

Le raisonnement de principe exposé par son arrêt du 15 juillet 1964 *Costa/Enel*¹¹ est que « le droit communautaire né du traité ne pourrait

8. En 1988, à la tribune du Congrès des syndicats britanniques, Jacques Delors avait fait l'augure que ces 80% seraient décidés à Bruxelles dans un délai de dix ans, mais les traités des années suivantes sont loin d'avoir jeté les bases de l'évolution que le président de la Commission appelait de ses vœux.

9. Ainsi, il est fréquent que le texte d'une loi n'accueille que dans certaines de ses dispositions la transposition d'une directive communautaire. La rigueur n'obligerait-elle pas en ce cas à raisonner article par article, au prix, naturellement, d'une grande complication ?

10. Nombre de dispositifs d'initiative proprement nationale ne peuvent être conçus sous l'empire des traités, en méconnaissance de règles européennes telles que les grandes libertés du traité (libre circulation des travailleurs, liberté d'établissement, libre prestation de services) ou la prohibition des aides d'État.

11. Affaire C-6/64, *Rec.*, X-1964, p. 1160.

[...], en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même». Il en résulte des prescriptions très précises pour le juge national, juge de droit commun du droit communautaire : il « a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel¹² ».

La jurisprudence des deux ordres de juridiction nationaux concorde aujourd'hui avec celle de la Cour de Luxembourg.

Admise de longue date pour la loi antérieure, la supériorité des traités sur la loi postérieure a été admise par la Cour de cassation en 1975¹³, puis par le Conseil d'État en 1989¹⁴ sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, à la lumière de l'interprétation de ces dispositions préalablement donnée par le Conseil constitutionnel¹⁵.

La théorie de la loi-écran abandonnée, le juge administratif en a tiré toutes les conséquences s'agissant du droit dérivé. Doit être écartée une disposition législative incompatible avec un règlement communautaire¹⁶ ou avec une directive antérieure, passé le délai de transposition¹⁷. Le défaut de transposition ou la transposition irrégulière d'une directive engage la responsabilité de l'État¹⁸.

Ce rapport à la loi nationale, pour autant qu'elle soit en délicatesse avec le droit communautaire, retentit dans les relations entre les pouvoirs législatif et exécutif. Non seulement l'administration ne peut légalement prendre des mesures d'application d'une loi qui serait elle-même incompatible avec le droit européen¹⁹ et doit chercher à donner de la loi nationale une interprétation conforme au droit communautaire, mais « il appartient, le cas échéant, aux ministres, dans l'hypothèse où des dispositions législatives se révéleraient incompatibles avec des règles

12. CJCE, 9 mars 1978, 106/77, *Rec.*, p. 629.

13. Chambre mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, Dalloz, 1975.

14. CE, Ass., 20 octobre 1989, *Rec.*, p. 190, concl. P. Frydman.

15. CC, 21 octobre 1988, AN Val d'Oise, 5^e circonscription, *Rec.*, p. 183.

16. CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, au recueil.

17. CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, *Rec.*, p. 178.

18. *Ibid.*

19. CE, sec., 20 mars 1992, *Seguela*, *Rec.*, p. 125.

communautaires, de donner instruction à leurs services de n'en point faire application ». Il reste simplement que « les ministres ne peuvent... trouver dans une telle incompatibilité un fondement juridique les habilitant à édicter des dispositions réglementaires qui se substitueraient à ces dispositions législatives »²⁰.

La démultiplication des juges de la loi

La portée corrosive du droit communautaire pour la loi nationale ne résulte pas seulement de son poids numérique mais aussi de ce que le contrôle juridictionnel de son application atteint un degré élevé de raffinement inégalé dans des organisations internationales classiques.

58 La procédure de manquement de l'article 226 du traité instituant la Communauté européenne est d'une grande efficacité pour mettre au jour les contrariétés que le seul contrôle du juge national, saisi au rythme de l'apparition de situations sociales litigieuses, ne peut toujours déceler le premier. Alertée par des plaintes de tous acabit ou tous autres éléments d'informations venant à sa connaissance, la Commission européenne, gardienne des traités, dispose dans ce cadre d'une liberté d'appréciation complète pour demander à l'État membre de justifier de la compatibilité de sa loi au droit communautaire et, le cas échéant, porter ce débat devant la Cour de justice.

Les dizaines de condamnation en manquement prononcées chaque année par la Cour illustrent le rôle de cette procédure tant dans la remise en cause de législations énoncées en contrariété avec les règles communautaires que dans le simple constat du défaut de transposition des directives²¹.

La question de l'exécution de ces condamnations en manquement a inspiré l'une des innovations du traité de Maastricht, dont les effets ne manqueront pas de se révéler avec quelques retentissements dans les prochaines années²². L'article 228 du traité instituant la Communauté

20. CE, 30 juillet 2003, *Association Avenir de la langue française*, au recueil.

21. L'issue n'est toutefois pas nécessairement fatale à la loi nationale. Ainsi la loi dite Évin a-t-elle été jugée conforme à l'article 59 CE en ce qu'elle porte interdiction de la publicité télévisée pour des boissons alcooliques commercialisées en France en certaines hypothèses (CJCE, 13 juillet 2004, C-262/02, au recueil).

22. Le 4 juillet 2000, la Cour a rendu son premier arrêt en application de l'article 228 CE en condamnant la Grèce à verser une astreinte journalière de 20 000 euros par jour de retard pour l'exécution d'un arrêt de 1992 relatif à un manquement au regard d'une directive sur les déchets. Le 25 novembre 2003 a été prononcée à l'encontre de l'Espagne une condamnation au paiement d'une somme de 624 150 euros par an et pour chaque pourcentage de zones de

européenne permet en effet à la Commission d'engager envers l'État membre récalcitrant une procédure susceptible d'aboutir à sa condamnation à une sanction pécuniaire sous la forme d'astreinte ou d'une somme forfaitaire. La menace d'une telle condamnation a déjà été en grande partie à l'origine de l'adaptation de la législation française relative au travail de nuit des femmes en mai 2001²³.

La procédure de contrôle des aides d'État de l'article 88 CE peut elle aussi aboutir, sur l'initiative de la Commission et sous le contrôle du juge, à la remise en cause de certaines législations nationales.

La procédure de renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg, organisée par l'article 234 CE, n'est pas non plus sans importance dans la manière dont le juge découvre la contrariété du droit national au droit communautaire et dans le fonctionnement très décentralisé de ce contrôle. Point n'est besoin pour s'en convaincre de verser dans une mauvaise psychologie juridictionnelle qui imputerait au juge national une quelconque propension à laisser à la Cour de justice, par manque de courage, le soin de dire en quoi le droit communautaire s'oppose à une loi nationale. L'uniformité de l'interprétation du droit communautaire est bien davantage en jeu puisqu'elle implique qu'en cas de doute sérieux cette interprétation soit donnée par la juridiction qui, au sommet du système juridictionnel de l'Union, peut la dire avec le degré de sécurité juridique le plus grand.

59

L'actualité juridictionnelle communautaire est parsemée d'exemples montrant que ce dialogue organisé entre les juges peut, tout autant que les procédures de manquement, se révéler un puissant aiguillon à revisiter des législations en délicatesse avec le droit communautaire²⁴.

Des incidences avérées sur l'exercice de la fonction parlementaire

L'une des principales incidences de la construction européenne pour le Parlement²⁵ a trait à la confection de son ordre du jour. À mesure que

baignades intérieures non conformes aux prescriptions de la directive correspondante. D'autres condamnations devraient survenir dans les prochains mois et les prochaines années.

23. Chapitre III de la loi 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

24. Avant que la Cour de Luxembourg ne juge, le 10 mars 2005, que le traité CE s'oppose à une réglementation réservant aux seules opérations de recherche réalisées sur le territoire d'un État membre le bénéfice d'un crédit d'impôt recherche (affaire C-39/04), le gouvernement avait devancé son arrêt et obtenu du Parlement que soient supprimées les conditions de territorialité limitant l'éligibilité des dépenses de recherche au seul territoire français.

25. D'autres, plus marginales, pourraient être relevées, telle la difficulté liée aux obligations de notifications préalables prévues par le droit communautaire, telles qu'elles résultent

le volume de la législation européenne s'est accru, les gouvernements et Parlements de plusieurs États membres ont été confrontés ces dernières années à la difficulté de concilier avec le cours ordinaire de la production législative nationale les obligations de transposition des directives et décisions-cadres et ce, dans le respect des échéances précisées par chacune d'entre elles. La pression au respect de ces échéances n'a cessé de s'accroître depuis qu'à la fin des années 1990, la Commission européenne a entrepris de rendre public le classement des États membres en matière de transposition des directives du marché intérieur²⁶.

60 Cette question se pose en France dans le cadre de la répartition matérielle des domaines de la loi et du règlement opéré par les articles 34 et 37 de la Constitution, qui oblige, en tendance longue, à l'adoption de mesures législatives pour la transposition d'environ 40 % des directives. Si l'organisation du travail gouvernemental reste, pour l'essentiel, la clé du respect des échéances de transposition, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire peut être l'ultime obstacle sur la voie de la mise en conformité avec le droit communautaire.

Une solution expédiente a consisté à reporter sur l'exécutif une part de la charge incombant en principe au Parlement. Explorée en France par la mise en œuvre de l'article 38 de la Constitution, avec plus de mesure qu'en Italie²⁷, elle a suscité des réserves du Parlement. Députés et sénateurs n'ont pas manqué de faire valoir que le gouvernement, fort de sa maîtrise de l'ordre du jour des Assemblées, peut privilégier à dessein l'examen des textes de loi d'inspiration nationale en accablant de manière récurrente le Parlement à accepter, sous le sceau de l'urgence communautaire, une habilitation à prendre des ordonnances

des stipulations du traité sur les aides d'État ou des directives 98/34/CE et 98/48/CE concernant l'adoption de normes et de réglementations techniques de portée nationale. Ainsi, sous peine d'inapplicabilité de la norme adoptée et d'inopposabilité aux tiers, les États membres doivent notifier à la Commission européenne, avant leur adoption, toutes normes susceptibles des entraves techniques aux échanges sur le marché intérieur. Pendant un délai de trois mois, appelé « délai de statu quo », ces projets ne peuvent être ni modifiés, ni adoptés, ni publiés, afin de permettre à la Commission et aux autres États membres de les étudier et de formuler des observations.

26. Ce tableau d'affichage a placé à plusieurs reprises la France à la dernière place des Quinze ces dernières années, avant que l'édition de janvier 2005 ne lui attribue la dixième place des Quinze et la treizième place des Vingt-cinq, à la faveur des premiers résultats d'un plan d'action gouvernemental pour la transposition des directives.

27. Tandis que la loi La Pergola habilite au début de chaque année le gouvernement à transposer par voie de décrets-lois, le gouvernement a présenté deux lois d'habilitation à transposer par ordonnances en 2001 et 2004, pour remédier à des retards de transposition avérés.

et par là même à admettre une certaine limitation de ses prérogatives, une telle possibilité serait-elle même prévue par la Constitution.

Ce débat paraît voué à se prolonger si l'on admet qu'en certaines hypothèses, le recours aux ordonnances peut s'imposer au regard de l'ensemble des intérêts en jeu, en particulier à la veille d'une menace de condamnation pécuniaire de la France par la Cour de justice sur le fondement de l'article 228 CE²⁸ et dans l'hypothèse de transpositions requises dans de brefs délais, dont le Parlement convient par avance qu'elles ne soulèvent pas de véritable problème politique.

Une solution de droit commun plus satisfaisante se dessine aujourd'hui au terme d'un accord mutuel entre les Assemblées et le gouvernement, sous la forme de « rendez-vous réguliers de la transposition ». Ces séances mensuelles consacrées à l'examen de textes de lois portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire, contenant exclusivement des mesures cantonnées à la transposition de directives de faible portée politique, ont le mérite de créer une discipline commune pour la prise en compte régulière dans le flux de la production législative des obligations souscrites par la France dans le cadre des institutions européennes et de respecter l'ensemble des prérogatives parlementaires dans l'application du droit communautaire.

61

Comment ne pas souligner cependant, quant au fond cette fois, les conséquences pour le Parlement du glissement qui s'est opéré depuis cinquante ans dans l'usage fait par les institutions européennes de la directive ? Supposée, aux termes de l'article 249 CE, lier les États membres « quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens », elle comporte de plus en plus fréquemment des dispositions « précises et inconditionnelles », qui limitent de beaucoup la marge d'appréciation que pourrait se reconnaître le législateur national dans leur mise en œuvre.

Comment ne pas relever aussi que les extensions de compétences les plus récemment consenties à la Communauté européenne dans le domaine économique et monétaire ont une incidence importante sur l'exercice de la fonction budgétaire du Parlement, comme celles opérées dans le pilier justice et affaires intérieures en ont dans le domaine des libertés publiques ?

C'est sous cet angle sans doute qu'il peut être séduisant de cultiver

28. Dans la loi du 9 décembre 2004 portant habilitation à simplifier le droit, le Parlement a à nouveau consenti au gouvernement des habilitations ponctuelles à transposer par voie d'ordonnances.

l'image d'un législateur national réduit, en des occasions de plus en plus nombreuses, au rôle de logographe des institutions européennes.

UNE RÈGLE QUE SE DONNE LA FRANCE
ET QU'ELLE CONTRIBUE À FORGER

Est-il possible de déduire de ce qui précède que sous l'empire de l'article 55 de la Constitution et en laissant entrer dans notre ordre juridique, par la ratification du traité de Rome et de ceux qui l'ont suivi, un nouveau corps de droit européen, la capacité de la loi à exprimer la volonté générale aurait été amputée de manière presque insidieuse ?

Le fondement de l'article 88-1 de la Constitution

62 La jurisprudence du Conseil constitutionnel oblige, dans son dernier état, à une analyse plus nuancée. Plusieurs décisions de l'année 2004 ont en effet contribué à préciser les fondements constitutionnels de l'articulation du droit dérivé et du droit national, en conférant à l'article 88-1 de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 préalable à la ratification du traité de Maastricht, une portée qui n'avait guère été relevée jusqu'alors.

Trouvant son origine dans un amendement parlementaire, cet article dispose que « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituée d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont librement instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

Par sa décision du 10 juin 2004 dite « loi sur l'économie numérique²⁹ », le Conseil constitutionnel en déduit, selon une interprétation qui n'a pas été sans susciter des interrogations dans la doctrine³⁰, que la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une « exigence constitutionnelle » à laquelle ne pourrait faire échec qu'une disposition expresse contraire de la Constitution. C'est pourquoi, en faisant jouer une sorte d'exception de recours parallèle au bénéfice de la Cour de justice, il considère que si la loi se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et pré-

29. Décision 2004-496 DC, confirmée par plusieurs autres décisions de 2004 (décision 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, décision 2004-498 DC, 29 juillet 2004 et décision 2004-499 DC, 29 juillet 2004).

30. Voir l'article de Bernard Genevois : « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé », *RFDA*, 2004, p. 651.

cises d'une directive, il ne lui appartient pas de contrôler la conformité de la loi à la Constitution sur ce point, sauf à se prononcer indirectement de cette manière sur la validité du droit communautaire dérivé lui-même. En cela, il persiste dans son refus de contrôler la loi au regard des stipulations de droit international³¹, étant noté cependant que pour se prononcer sur sa compétence, il doit bel et bien déterminer ici si la loi est la reprise fidèle de dispositions précises et inconditionnelles de la directive³².

Cette mise en évidence d'un fondement constitutionnel de l'obligation de transposition des directives a annoncé le raisonnement retenu par le Conseil constitutionnel lors de son examen du traité établissant une Constitution pour l'Europe signé à Rome le 29 octobre 2004³³, qui l'obligeait à se prononcer plus largement sur la portée du principe de primauté, explicitement transcrit à l'article I-6 dudit traité.

63

Par sa décision du 19 novembre 2004, le Conseil constitutionnel garde certes une distance avec la jurisprudence univoque de la Cour de Luxembourg, puisqu'il cantonne l'application du principe de primauté du droit européen hors du cas où feraient obstacle à sa mise en œuvre des dispositions expresses contraires de la Constitution, mais juge pour la première fois, en s'inspirant du vocabulaire de la Cour elle-même que, par l'article 88-1, le Constituant a « consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ».

Cet effort de clarification oblige donc aujourd'hui à conclure que ce qui pourrait s'apparenter à une contrainte européenne sur la loi procède en dernière instance de la volonté du Constituant. Pour emprunter les mots du président Pierre Mazeaud, « la construction européenne nous engage non seulement conventionnellement mais aussi constitutionnellement » : autrement dit, « ceci ne nous est pas imposé de l'extérieur : ceci résulte d'un consentement constitutionnel national et révocable³⁴ ».

31. Décision 74-54, 15 janvier 1975, *IVG, Rec.*, p. 19.

32. Au risque de retenir une interprétation qui pourrait ultérieurement être infirmée par la Cour de Luxembourg.

33. Décision 2004-505, *JO*, 24 novembre 2004, p. 19885.

34. Discours prononcé le 3 janvier 2005 par le président du Conseil constitutionnel lors de la présentation des vœux au président de la République à l'Élysée, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

Une adaptation continue des institutions européennes et nationales

L'inconvénient d'une vision statique de l'articulation entre la norme européenne et la loi nationale est également de négliger le fait que les institutions européennes comme les institutions de la V^e République ont été substantiellement réformées depuis vingt-cinq ans pour répondre au défi démocratique qui s'attachait à l'affirmation du droit européen.

Il n'est en particulier pas possible d'en rester aujourd'hui à l'idée que la norme européenne serait une simple contrainte dont les représentants du peuple ne connaîtraient aucunement de la genèse.

64 Sans qu'il soit besoin de mentionner ici le fait que, depuis les origines de la construction européenne, les délibérations du Conseil sont le fait de représentants de gouvernement démocratiquement désignés, il est intéressant d'analyser la manière dont a été réduit le pouvoir autonome de contournement des prérogatives parlementaires nationales que, bon an mal an, les délégations gouvernementales auraient pu s'arroger dans les formations du Conseil.

Une étape majeure de la démocratisation du processus décisionnel européen a été en 1979 l'élection des députés européens au suffrage universel direct. Mais sans doute parce qu'elle rompait avec la pratique qui consistait jusqu'alors pour de nombreux parlementaires nationaux à siéger à l'Assemblée de Strasbourg et parce que l'affirmation d'un véritable espace public européen ancré dans une vie parlementaire transnationale reste, dans la meilleure des hypothèses, un défi de moyen et non de court terme, cette réforme a obligé à une réflexion sur la place des Parlements nationaux dans le processus décisionnel européen³⁵.

L'Union s'est fixé des règles de nature à aider les Parlements nationaux à exercer, selon les règles constitutionnelles nationales, l'emprise la plus grande possible sur les politiques européennes des exécutifs. En particulier, par le protocole sur le rôle des Parlements nationaux annexé au traité d'Amsterdam, le déclenchement de l'examen au Conseil des propositions de la Commission a été enserré dans des délais conçus pour permettre aux Parlements nationaux de se prononcer sur ces propositions.

35. Une première initiative est revenue aux Parlements nationaux qui, sur une proposition française à l'origine, ont fait le choix en 1989 de créer la Conférence spécialisée dans les affaires communautaires et européennes des Parlements nationaux (COSAC), instance de mutualisation des expériences de contrôle national sur les affaires européennes.

Ce mouvement s'est souvent conjugué avec des évolutions institutionnelles nationales, selon des voies propres à chaque État membre et à des degrés divers. Il est cependant intéressant de constater qu'avec des régimes constitutionnels différents, le Royaume-Uni et la France se rejoignent aujourd'hui par les formes de leur contrôle parlementaire sur les affaires européennes.

Dans le régime parlementaire britannique, la question de la participation à la construction européenne a renvoyé dès l'origine à des interrogations au regard de la notion de « souveraineté parlementaire ». C'est ainsi que la création au Parlement de *Select Committees* chargés du contrôle du gouvernement en matière européenne s'est imposée dès l'adhésion à la Communauté européenne en 1972.

Dans le cadre du parlementarisme rationalisé de la V^e République, la rupture correspondant à l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct a certes entraîné la création dans chaque chambre d'une délégation pour l'Union européenne par la loi du 6 juillet 1979 mais ce, essentiellement, pour organiser l'information du Parlement. Ce n'est que par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 dont est issu, par voie d'amendement parlementaire, l'article 88-4 de la Constitution, qu'a été organisée une procédure permettant au Parlement d'influer sur la définition des positions de négociation du gouvernement dans les enceintes européennes.

Aujourd'hui, toutefois, les tentatives de classification des différentes formes de contrôle parlementaire au sein de l'Union européenne tendent à montrer qu'au moins formellement, les modèles britannique et français se rejoignent et se rangent parmi les plus complets. Sans être comparables au modèle scandinave de contrôle impératif du gouvernement en cours de négociation, ils assurent aux parlementaires à la fois la possibilité d'intervenir à différents stades du processus normatif communautaire et intergouvernemental et, selon différentes modalités, d'examiner une mesure de l'Union européenne avant son adoption, de prendre position sur le fonctionnement d'une politique de l'Union européenne et de contrôler l'action du gouvernement avant comme après l'adoption de la mesure³⁶.

Le mécanisme central de l'article 88-4 a ainsi permis au Parlement de recevoir, en 2004, en vue du vote d'éventuelles résolutions, près de

36. Emmanuelle Saulnier, *La Participation des Parlements français et britannique aux Communautés et à l'Union européenne. Lecture parlementaire de la construction européenne*, LGDJ, 2002.

310 propositions d'actes des premier et troisième pilier de l'Union et une vingtaine de propositions du domaine de la politique étrangère et de la sécurité commune, la quasi-totalité d'entre elles ayant préalablement été identifiées par le Conseil d'État comme comportant des dispositions qui, en droit national, auraient relevé du domaine de la loi. Ces transmissions sont intervenues en sus de la communication au Parlement à titre d'information de quelque 1 200 documents émanant des institutions européennes.

La perspective d'une association directe des Parlements nationaux au processus décisionnel de l'Union

66 Il a été jugé dès la signature du traité de Nice que le point d'équilibre actuel serait encore perfectible. Les chefs d'État et de gouvernement ont en effet consigné dans une déclaration sur l'avenir de l'Union européenne annexée au traité leur accord pour renforcer le cadre démocratique de la construction européenne et souhaité un nouvel examen de la question du rôle des Parlements nationaux. C'est à ce titre qu'à Laeken, un an plus tard, ils sont convenus de convoquer à compter du 28 février 2002 la Convention sur l'avenir de l'Europe, première instance chargée de délibérer en toute transparence d'évolutions du droit primaire de l'Union dans laquelle les Parlements nationaux aient eu une part entière³⁷.

Le groupe de travail de la Convention sur l'avenir de l'Europe consacré au rôle des Parlements nationaux a certes dégagé comme première recommandation l'idée que « le rôle des Parlements nationaux dans le cadre des affaires européennes passe principalement par un contrôle efficace de l'action exercée par leur gouvernement au plan européen » et qu'il ne serait pas judicieux de prescrire au niveau européen la manière dont ce contrôle doit être organisé³⁸. Il n'a pas retenu la proposition française de réunir une à deux fois par an un Congrès européen constitué de représentants du Parlement européen et des Parlements nationaux qui auraient été appelés à délibérer de l'état de l'Union. Il a cepen-

37. Parmi ses 105 membres titulaires, la Convention comptait 30 représentants des Parlements nationaux des États membres (2 par État membre). MM. Pierre Lequiller et Hubert Haenel y représentaient l'Assemblée nationale et le Sénat, en leurs qualités de présidents des délégations pour l'Union européenne. Les parlementaires nationaux avaient déjà pris part à la Convention chargée de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux, mais celle-ci a seulement été « proclamée » à Nice en 2000, et non intégrée dans le droit primaire de l'Union.

38. Rapport final du groupe de travail IV, document Conv 353/02, disponible sur le site internet de la Convention (<http://european-convention.eu.int/>).

dant conçu une réforme qui représente une rupture dans la réflexion institutionnelle européenne en ce qu'elle aboutit à intégrer pour la première fois les Parlements nationaux dans le processus décisionnel européen.

Aux termes du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité signé en octobre 2004, un double contrôle doit permettre aux Parlements nationaux de veiller au respect par l'Union du principe de subsidiarité. Un contrôle politique *ex ante* leur permet, dans un délai de six semaines à compter de la réception d'un projet d'acte législatif européen, d'adresser aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission un « avis motivé » contenant les raisons pour lesquelles la proposition en cause serait considérée comme non conforme au principe de subsidiarité³⁹. Un contrôle juridictionnel *ex post* autorise chaque Parlement ou chambre parlementaire à déférer à la censure de la Cour de justice pour méconnaissance de ce principe l'acte définitivement adopté. En outre, les Parlements nationaux sont dotés d'un droit d'opposition dans le cadre de la procédure simplifiée de révision du traité.

67

Cette étape nouvelle se justifie d'autant mieux que le traité constitutionnel fait de la procédure de codécision la procédure de droit commun de l'Union, renforçant ainsi le rôle du Parlement européen, et qu'intervient une innovation majeure du point de vue symbolique avec l'attribution aux règlements et directives des dénominations de « lois européennes » et « lois-cadres européennes », proposition consciemment mûrie par les Conventionnels pour rendre plus explicite pour les citoyens européens l'articulation du droit de l'Union et des droits nationaux.

Solutions inédites au niveau européen, le contrôle parlementaire de subsidiarité et le droit d'opposition parlementaire à la révision simplifiée du traité sont porteurs d'importantes évolutions dans l'équilibre institutionnel national.

Dans sa décision précitée du 19 novembre 2004, le Conseil constitutionnel a jugé que ces nouvelles prérogatives parlementaires entrent

39. Chaque Parlement national étant doté de deux voix, il est prévu, dans l'hypothèse où au moins un tiers des Parlements nationaux (un quart s'agissant des propositions législatives relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice) émettrait un tel avis motivé, que l'auteur du projet d'acte législatif sera tenu de procéder à un nouvel examen de celui-ci et de motiver la décision tirant les conséquences de ce nouvel examen (retrait, maintien ou modification du projet).

parmi les stipulations du traité rendant nécessaire une révision de la Constitution. Sans doute faut-il y voir la conséquence de ce qu'elles vont au-delà des pouvoirs limitativement attribués au Parlement par la Constitution de 1958 et, au total, ouvrent la voie à une forme nouvelle de diplomatie parlementaire distincte de la conduite des relations internationales du ressort du pouvoir exécutif. Cette diplomatie pourrait aller jusqu'à une saisine du juge communautaire conduisant, le cas échéant, à l'affrontement de thèses contraires du Parlement et du gouvernement quant au respect du principe de subsidiarité.

La loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 crée les bases constitutionnelles de l'exercice de ces prérogatives par des articles 88-5 et 88-6 nouveaux dont l'entrée en vigueur est conditionnée par l'entrée en vigueur du traité lui-même.

68 Indépendamment des révisions que commandait la perspective de l'application du traité, les débats qui ont précédé son adoption ont en outre permis au Parlement d'obtenir un nouveau renforcement du mécanisme de l'article 88-4. Au-delà de la « clause facultative » permettant au gouvernement de faire entrer dans le champ de la procédure tout document européen sans retentissement dans le domaine de la loi, obtenue par le Parlement lors de la révision constitutionnelle préalable à la ratification du traité d'Amsterdam, le Congrès a décidé qu'entreront par principe dans le champ de la procédure de l'article 88-4 les « actes législatifs européens », c'est-à-dire tous ceux adoptés en codécision par le Parlement européen et le Conseil et ce, qu'ils relèvent ou non du domaine de la loi au sens de l'article 34 de la Constitution.

L'association directe du Parlement national au processus décisionnel européen ne serait donc pas sans retentissements significatifs, tant sur l'équilibre entre les pouvoirs exécutif et législatif en matière européenne qu'incidemment, sur la limitation matérielle du champ d'intervention du législateur.

Des efforts nationaux de maîtrise de la norme européenne

Quoi qu'il advienne du traité constitutionnel⁴⁰, et pour en rester à la pratique institutionnelle française, la plupart des initiateurs et auteurs de la loi, au sens le plus large de ces notions, ont déjà pris conscience que, par des efforts adaptés en amont du processus communautaire, ils peuvent peser dans la conciliation entre les deux ordres juridiques de

40. Le présent article a été rédigé en avril 2005.

manière beaucoup plus efficace qu'en aval, lors de l'application des actes européens.

Le maître-mot est l'anticipation. Le souci de prévenir les conflits des normes européennes et nationales milite d'abord en faveur d'une stratégie d'influence auprès des institutions européennes, y compris auprès du Parlement européen devenu en grande partie codécideur, qui permette notamment de peser sur la genèse des propositions de la Commission européenne par les canaux éprouvés et en particulier dans le cadre des procédures de consultation préalables organisées par cette dernière. Comme beaucoup de Parlements nationaux, les deux Assemblées françaises ont pris conscience de l'intérêt de cette veille et comptent des agents en poste permanent auprès des institutions européennes. Une telle stratégie ne peut cependant être le seul fait ni du gouvernement ni des Assemblées parlementaires, mais suppose aussi la contribution active de la société civile organisée.

69

Un autre enjeu est la consolidation d'un continuum entre ceux qui, pour la France, ont leur part à la négociation des actes européens et ceux qui en assurent l'application : telle est la condition pour que l'analyse juridique et politique des impacts de l'acte en cours de négociation soit la plus solide possible et inspire au mieux les positions de négociation mais aussi pour qu'ensuite, l'expérience acquise dans la négociation aide à l'application des actes adoptés.

Cette question renvoie notamment à des débats internes aux Assemblées parlementaires concernant le statut des délégations pour l'Union européenne. Le président de la délégation du Sénat, Hubert Haenel, avait ainsi relevé à la Convention que les délégations ne portent pas le nom de commissions « parce que, d'après la Constitution française, les commissions parlementaires sont les organes qui participent à l'élaboration de la loi nationale »⁴¹. En pratique, la séparation qui en résulte entre délégations et commissions dites législatives n'est pas sans incidence sur l'usage fait de l'article 88-4, qui aboutit plus fréquemment au vote par les délégations de « conclusions » qu'à l'adoption de véritables résolutions au sens de la Constitution par le filtre des commissions⁴². Malgré la présence des membres des délégations dans les différentes

41. Voir document de travail du groupe IV, n°23 de la Convention, (<http://european-convention.eu.int/>).

42. À titre d'exemple, après avoir été constamment supérieur à 10 jusqu'en 2000, le nombre de résolutions adoptées chaque année par l'Assemblée nationale est resté assez nettement inférieur depuis lors.

commissions compétentes au fond, l'emprise des agendas européens sur le travail de ces dernières reste modérée.

L'articulation entre le travail à caractère pré-législatif accompli par le Parlement au stade de la négociation des actes européens et son travail législatif ordinaire est donc une question qui paraît mériter l'examen. Une évolution vers une plus grande forme d'intégration entre ces deux phases ne serait pas sans justifications, sans qu'elle doive nécessairement aboutir à une réforme de l'article 43 de la Constitution en ce qu'il limite à six le nombre des commissions permanentes à caractère législatif : eu égard à la place prise par les questions européennes, la concentration au sein d'une seule commission de ce domaine paraît d'emblée peu opérationnelle, indépendamment des difficultés politiques qu'elle soulèverait.

70 Le même type de questions se pose *a fortiori* pour le gouvernement, dont le rôle est décisif tant dans la négociation que dans l'application du droit européen, à travers l'initiative de la loi et la programmation de l'ordre du jour parlementaire.

La charge lui incombant de mesurer avec précision les impacts des actes en cours de négociation apparaît cruciale. La circulaire du 30 janvier 2003 du Premier ministre sur la saisine du Conseil d'État au stade de la négociation des actes communautaires entérine une extension du rôle de conseiller du gouvernement imparti au Conseil d'État, à laquelle ce dernier a lui-même aspiré, et qui se justifie particulièrement bien par la difficulté qui peut s'attacher *a priori* à combiner des conceptions juridiques qui ne coïncident pas en tout⁴³. Il reste que les différentes administrations concernées sont comptables à titre principal, ainsi que le rappelle la circulaire du 27 septembre 2004 du Premier ministre relative à la transposition des directives, de la réalisation systématique d'études d'impact.

Notons simplement ici que le changement culturel demandé à des administrations centrales dont la fierté se place souvent dans la confection des projets de loi rejoint le défi qui leur est lancé au plan interne de subordonner également la confection de la norme nationale à la réalisation d'études d'impact de quelque consistance.

À la confluence de tous ces efforts, demeure la difficulté liée à la discordance des temps européen et national, qui n'est pas pour aider, de manière générale, à l'intégration des enjeux européens dans le débat

43. À titre d'exemple, voir l'avis du 18 novembre 2004 sur la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur (publié au Rapport public 2005 du Conseil d'État).

public national: ce qui se joue dans la négociation au cours d'une période donnée n'a souvent de traduction que bien plus tard dans la loi nationale.

Ce décalage n'est pas, il est vrai, sans rappeler celui qui peut déjà exister entre le moment où les projets de loi du gouvernement sont examinés en Conseil des ministres et leur entrée en vigueur. À cette aune, il est d'ailleurs permis de se demander si le débat public ne pourrait gagner en clarté à ce que chaque semaine, en Conseil des ministres, soient présentés, suivant l'exemple des projets de loi du gouvernement, les directives ou décisions-cadres, voire les règlements définitivement adoptés (ce que l'on appellera peut-être demain les lois-cadres et lois européennes) qui relèveraient du domaine de la loi en France, ainsi que ceux qui auraient une importance politique particulière.

Remise en perspective, la construction européenne gagne donc pour le passé comme peut-être encore pour l'avenir à être perçue, au-delà du mythe, comme un aiguillon pour certaines adaptations ou mutations de la production normative nationale, voire du débat public tout entier.

Aucune des parties prenantes du débat démocratique, au-delà même sans doute des enceintes du Parlement et de l'administration, ne peut aujourd'hui avoir intérêt, semble-t-il, à se dissimuler qu'en réalité, la loi ne se fait véritablement à Bruxelles, au sens ordinaire de cette affirmation, que si elle est inffisamment mûrie et délibérée à Paris.

71

R É S U M É

Le volume du droit conçu par les institutions européennes, l'affirmation de la primauté de ce droit sur la loi nationale, consacrée tant dans la jurisprudence communautaire que nationale, et les conséquences qui en résultent pour le Parlement nourrissent la perception d'une contrainte européenne sur la loi. Encore faut-il bien mesurer que l'intégration du droit communautaire en droit national trouve ses fondements dans la Constitution et ne pas oublier comment l'articulation de ces deux droits s'est progressivement accompagnée de transformations institutionnelles aux plans européen et national commandées par une exigence démocratique. Dans ce contexte, un important enjeu s'attache à la manière dont, au plan national, est préparée l'articulation entre ces deux droits et à la manière d'en délibérer.

LA PART DE LA LOI,
LA PART DU RÈGLEMENT

DE LA LIMITATION DE LA COMPÉTENCE
RÉGLEMENTAIRE À LA LIMITATION
DE LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE

73

POSER LA QUESTION DES LIMITATIONS apportées au règlement, c'est paradoxalement s'inscrire dans la logique du texte de la Constitution de 1958. En effet, la volonté d'encadrer la compétence législative du Parlement s'est traduite par une inversion de la perspective traditionnelle. La définition de la loi est aussi matérielle. L'autorité réglementaire dispose d'une compétence de principe (art. 37-1 C) et le législateur d'une compétence d'attribution (art. 34 C). Au demeurant le pouvoir d'exécution des lois (art. 21 C) est plus ou moins étendu selon que la loi fixe des règles ou détermine des principes (art. 34 C). Ainsi la loi limiterait le domaine d'intervention du règlement de deux manières : d'une part en ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire doit respecter le domaine de compétence du législateur ; d'autre part en ce que le règlement doit respecter les règles ou principes contenus dans la loi.

La Constitution de 1958, par le système qu'elle instaure dans ses articles 34 et 37, avait semblé hausser certains règlements au niveau de la loi. En effet la répartition matérielle des compétences entre le domaine de la loi et le domaine du règlement, et alors même que les matières les plus importantes relevaient encore du législateur, pouvait laisser entendre que, dans son domaine, le pouvoir réglementaire était l'égal du pouvoir législatif, ou tout du moins ne lui était pas soumis. Par ailleurs, et incidemment, l'élection, à partir de la réforme de 1962, du président de la République au suffrage universel direct, rendait encore plus manifeste sa qualité de représentant, habile, tout autant que le Parlement, à exprimer la volonté générale.

En fait la loi a reconquis ses positions, nonobstant le texte de la Constitution. La permanence des concepts qui régissent les rapports entre la loi et le règlement a conduit à ce que le règlement retrouve essentiellement sa fonction de mise en œuvre des règles et principes. Les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État ont joué, en ce sens, un rôle déterminant. Ainsi la définition matérielle de la loi (le domaine de l'article 34 C) s'est trouvée reléguée dans un rôle second au regard de la définition formelle (rappelée dans le même article 34 C), et la répartition verticale des compétences entre la loi et le règlement s'est imposée face à la répartition horizontale telle qu'elle résultait du texte constitutionnel. Cette évolution s'est accompagnée d'un faible développement des règlements autonomes, ceux de l'article 37 C.

74 Ainsi, en termes de séparation des pouvoirs, la revalorisation incontestable de l'exécutif opérée par la Constitution de 1958 s'est accommodée du maintien de la prééminence de la loi dans le champ normatif. La « révolution » visant à faire du règlement édicté par l'exécutif un concurrent de la loi « expression de la volonté générale » est pour l'essentiel restée lettre morte. La limitation du pouvoir réglementaire a tenu essentiellement au fait que ce dernier dispose, consubstantiellement, d'une puissance moindre que celle du Parlement. On relèvera également que la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif a perdu beaucoup de son sens. En effet, qu'il y ait identité des majorités parlementaires et présidentielles ou situation de « cohabitation », le Parlement a essentiellement pour fonction de légitimer et de soutenir l'action du gouvernement. À la responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement s'est substituée une responsabilité pénale et individuelle des ministres, et la loi est autant l'œuvre du gouvernement que du Parlement.

Cependant si la « révolution » n'a pas eu lieu, la question de la répartition des compétences entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir législatif revient dans le débat politique et juridique sous une forme et dans une perspective différente. Étant acquis que le règlement est fort peu protégé des empiètements que le législateur opère sur son domaine, la question est redevenue celle de la limitation de la loi. Ce n'est plus alors essentiellement en termes de séparation des pouvoirs que la question se pose, mais en termes de sécurité juridique et plus précisément de qualité de la loi. Cette préoccupation traduit non seulement un souci d'obvier aux dérives qui affaiblissent la loi, mais aussi l'impact des exigences européennes qui se diffusent dans l'ensemble des systèmes juri-

diques. Or il est incontestable que, vue de Strasbourg ou de Luxembourg, la question de la répartition des compétences dans l'ordre juridique national est seconde au regard de celle de la protection de la sécurité des destinataires de la norme qui s'inscrit dans une logique de protection des droits fondamentaux.

Alors qu'en 1958 la volonté des rédacteurs de la Constitution était de limiter le Parlement législateur, la construction juridique mise en place et sa mise en œuvre ont conduit à considérer que la compétence législative était un instrument de limitation de la compétence réglementaire. La question qui est aujourd'hui à nouveau posée, selon un mouvement de balancier, est celle de la limitation de la compétence législative par le respect de la compétence parlementaire. La logique dans laquelle s'inscrit cette nouvelle démarche est cependant très différente de celle qui inspirait les rédacteurs de la Constitution.

75

LE RESPECT DES PRÉROGATIVES DU LÉGISLATEUR COMME LIMITE À LA COMPÉTENCE RÉGLEMENTAIRE

Tant l'interprétation doctrinale qui a prévalu dès les débuts de la V^e République, que la pratique validée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ont conduit à déplacer du constituant au gouvernement la fonction de déterminer la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Plus exactement, alors que le gouvernement peut étendre à son gré la compétence législative, le Conseil constitutionnel a opéré conjointement un mouvement jurisprudentiel conduisant à une extension du champ de compétence réservé au législateur. Ces deux logiques ont nécessairement conduit à augmenter le débit du fleuve législatif.

Le gouvernement seul maître du respect des compétences réglementaires

Sous la III^e République, la souveraineté du législateur tenait notamment au fait qu'il était maître de sa propre compétence, la IV^e République n'a, de fait, véritablement rien changé de ce point de vue. En revanche, sous la V^e République, c'est la Constitution et non plus la loi qui fixe le domaine de compétence du législateur, exprimant l'idée selon laquelle la véritable norme expression de la souveraineté est la Constitution. En fait, la maîtrise de la répartition des compétences normatives est une prérogative du pouvoir constituant.

Ainsi ni le Parlement ni le gouvernement ne disposent de leur compétence. C'est en ce sens que le général de Gaulle a pu déclarer : « ce qui

est anticonstitutionnel c'est de laisser le Parlement se mêler de ce qui relève du pouvoir réglementaire¹ ».

Pourtant, les souvenirs des principaux « écrivains de la Constitution » ou des acteurs constitutionnels évoqués directement ou cités dans le colloque « Le domaine de la loi et du règlement »² renvoient à une analyse selon laquelle les nouvelles dispositions constitutionnelles n'interdisent pas au Parlement d'intervenir dans le domaine de la loi, mais offrent au gouvernement des moyens pour l'en empêcher. On peut citer en ce sens Raymond Janot, René Capitant, Michel Debré, Jean Foyer. Cette analyse est corroborée par les travaux préparatoires à la rédaction de la Constitution. Ainsi R. Janot déclare devant le Comité constitutionnel, le 31 juillet 1958³ que permettre au gouvernement de prendre des mesures de portée générale sans recourir à une délégation n'interdit pas au législateur d'intervenir mais signifie que le gouvernement pourra récupérer sa compétence⁴.

76

C'est en faveur de cette thèse qu'a tranché le Conseil constitutionnel par sa décision 82-143 DC. Saisi conformément à l'article 61 al. 2C, par soixante députés d'un recours visant, entre autres, à faire sanctionner l'édition par le législateur d'une règle qui ne relève pas du domaine de la loi, le juge constitutionnel a répondu que « les procédures des articles 41 C et 37 al. 2C ont un caractère facultatif... il apparaît ainsi que par les articles 34 et 37 al. 2, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 41 et 37 al. 2, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi ».

Ainsi le gouvernement est le seul maître du respect de ses compétences. Cependant, il ne manque pas de moyens pour assurer la protection de son champ de compétence. Il en est ainsi de l'article 41C qui permet au gouvernement d'opposer l'irrecevabilité à une proposition ou à un amendement qui n'est pas du domaine de la loi ou contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38C. Il en est ainsi de l'article

1. Cité par Alain Peyrefitte, in *C'était de Gaulle*, Fallois/Fayard, 2000, p. 461.

2. Cf. Louis Favoreu, *Le Domaine de la loi et du règlement*, Economica, 2^e éd., 1981.

3. *Travaux préparatoires des institutions de la V^e République*, La Documentation française, 1988, t. 2, p. 71.

4. Cf., également, documents soumis au Conseil interministériel du 7 juillet 1958.

37 al. 2C, qui permet au gouvernement de modifier par décret les dispositions de nature réglementaire contenues dans une loi après intervention du Conseil constitutionnel. Pourtant les épées sont restées dans leur fourreau, et le gouvernement a peu utilisé ces procédures. Comme le relèvent Pierre Avril et Jean Gicquel, « l'article 41 a pratiquement cessé de jouer le rôle auquel il était destiné⁵ ». Depuis 1980, il a presque exclusivement servi à écarter des amendements d'obstruction. Quant à la procédure de l'article 37 al. 2, elle s'est montrée assez improductive. De 1959 à juillet 2004, ce sont environ 150 dispositions législatives dont le caractère réglementaire a été reconnu par le Conseil constitutionnel dans 197 décisions.

Cette situation s'explique par de nombreux facteurs. Ils tiennent notamment à une faible résistance du gouvernement (et des parlementaires) face à des groupes de pression qui pour des raisons d'effet d'affichage ou de sécurité contentieuse, insisteront pour voir leurs revendications traduites en normes législatives, quel que soit le domaine de compétence dont elles relèvent. Par ailleurs, la réglementation par voie législative offre un certain nombre de commodités. Il est plus facile de traiter dans un seul texte l'ensemble d'une question, dans ses aspects essentiels comme dans le moindre de ses détails.

77

Le respect des compétences législatives, exigence constitutionnelle

La jurisprudence du Conseil constitutionnel a reconnu au législateur un domaine d'intervention plus étendu que celui que semblait lui réserver le texte constitutionnel.

L'article 34 de la Constitution place dans le domaine de la loi la fixation de règles ou de principes généraux (mais cette distinction a été considérée comme dépourvue de portée par le Conseil constitutionnel, décis. 591 L) dans un ensemble de matières particulièrement importantes.

Mais le Conseil constitutionnel a été conduit à observer que cet article n'épuisait pas le domaine de compétence du législateur (décis. 65-34 L). Relèvent ainsi de la compétence du législateur : la déclaration de guerre (art. 35 C) ; la prorogation de l'état de siège (art. 36 C) ; l'autorisation de ratifier certains traités (art. 53 C) ; la liberté individuelle (art. 66 C) ; les collectivités territoriales (art. 72 C et 74 C). De même, en vertu du préambule de 1946, seul le législateur peut réglementer le droit de grève.

Le Conseil constitutionnel a également élargi la compétence du légis-

5. *Droit parlementaire*, 3^e éd., Montchrestien, 2004, n° 289.

lateur en lui reconnaissant la possibilité d'intervenir chaque fois qu'il y a mise en cause d'un principe général du droit. Le juge constitutionnel a considéré qu'une disposition qui est en elle-même de nature réglementaire, mais qui a un caractère rétroactif (la non-rétroactivité est, sauf en matière pénale, un principe général du droit), échappe de ce fait à la compétence du pouvoir réglementaire pour relever de celle du législateur (décis. 6958 L). C'est la reconnaissance de la supériorité de la loi qui engendre cette situation. Pour résoudre la question comment peut-on porter atteinte à un principe général du droit dans une matière appartenant au domaine réglementaire ? On fait appel à la puissance supérieure du législateur en ajoutant à la Constitution pour étendre de manière *a priori* indéfinie sa compétence.

78

Il en est de même s'agissant de la compétence du législateur pour valider un acte administratif (décis. 80-119 DC) ou pour prendre des décisions individuelles initiales. Le Conseil a en effet considéré que les actes individuels « n'étant pas de nature réglementaire n'entrent pas dans le champ d'application des articles 34 et 37 de la Constitution sur la répartition des compétences entre la loi et le règlement » (décis. 79104 DC). Cette compétence ne résulte pas alors directement des règles fixées par la Constitution, mais, ici encore, de la reconnaissance de la puissance du législateur qui lui permet de déroger aux règles générales auxquelles l'exécutif est soumis.

Plus largement encore la jurisprudence du Conseil dite des « compétences négatives » ou de « réserve de loi » a contribué à étendre le champ compétence réservé à la loi par la Constitution. Ainsi le Conseil censure le renvoi par le législateur à des autorités administratives du soin de fixer des règles garantissant le respect d'exigences constitutionnelles relatives, notamment, aux droits et libertés fondamentaux. Ainsi de 1982 à 2001, sur vingt-trois cas d'annulation, dix-neuf concernent la violation de l'article 34C, un la violation de l'article 72C et un la violation de l'article 6C, le législateur n'ayant pas pleinement utilisé les compétences que lui confie cette disposition de la Constitution⁶. En ce sens le développement de la reconnaissance d'objectifs à valeur constitutionnelle est susceptible d'étendre implicitement la compétence du législateur, alors même que le Conseil a précisé que leur mise en œuvre relevait du législateur et du gouvernement dans le cadre de leurs compétences respectives (décis. 94-359 DC).

6. Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e éd., Dalloz, 2003, n° 15-23.

Cette jurisprudence, protectrice des droits et libertés reconnus par la Constitution, a des effets pervers. Elle incite gouvernement et parlementaires à inscrire dans la loi un très grand nombre de dispositions. En effet, laisser aux autorités réglementaires le soin de traiter d'une question dont le Conseil pourrait juger qu'elle relève du domaine de la loi est susceptible d'entraîner la censure de la loi, alors que l'inscription dans la loi de dispositions de nature réglementaire ne fait courir aucun risque contentieux au texte.

Ainsi un grand nombre de facteurs jouent en faveur d'un élargissement exponentiel de la compétence législative et d'une détermination aléatoire et conjoncturelle du domaine de compétence réglementaire. On relèvera cependant que la détermination des domaines de compétence respectifs de la loi et du règlement retrouve une certaine actualité au travers de deux processus. Le premier est celui de la codification qui implique une distribution des dispositions réglementaires et législatives. Le second concerne les compétences du Parlement en matière européenne, telles qu'elles sont notamment prévues par l'article 88-4. De ce point de vue, l'on peut d'ailleurs s'interroger sur la nécessité de faire coïncider la notion de dispositions législative au sens national et au sens européen dans l'hypothèse où le Traité portant Constitution pour l'Europe serait entré en vigueur.

79

LE RESPECT DES EXIGENCES RELATIVES
 À LA QUALITÉ DE LA LOI
 COMME LIMITE À LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE

Si la question de l'activité législative a été essentiellement pensée en termes de séparation des pouvoirs, cette analyse me semble aujourd'hui seconde. Le Conseil constitutionnel a développé ces dernières années une jurisprudence fondée sur les exigences de sécurité juridique. Celle-ci implique un système juridique prévisible et de qualité. De cette dernière exigence relèvent les objectifs de clarté et d'intelligibilité de la loi, la sanction des dispositions législatives dépourvues de tout effet normatif. C'est dans ce contexte et dans cet esprit qu'il conviendrait de revisiter la question de la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Initié par le président de l'Assemblée nationale qui a même déposé une proposition de loi constitutionnelle s'y rapportant, ce débat a été relancé par le président du Conseil constitutionnel, Pierre Mazeaud, à l'occasion de la présentation des vœux pour 2005 au président de la

République⁷. Faisant le bilan des dérives passées et actuelles et proposant une réorientation de la perspective, Pierre Mazeaud a considéré que, sous réserve du respect de l'intelligibilité de la loi et de la puissance politique dont doit pouvoir disposer le Parlement, le Conseil se devait d'adopter une jurisprudence moins compréhensive de la compétence réservée ou ouverte au législateur par la Constitution. Il a, notamment, déclaré : « Par ailleurs, il faut désormais lutter plus activement contre les intrusions de la loi dans le domaine réglementaire. C'est une de mes convictions les plus profondes et j'agirai dans ce sens jusqu'à la fin de mon mandat. » Par une telle évolution, ce n'est plus le Parlement qu'il s'agit essentiellement de protéger, mais le citoyen. L'article 16 de la Déclaration de 1789, articulé autour de la garantie des droits, retrouve ainsi la place éminente, prééminente qui est la sienne.

80 Cependant une telle réforme qui a pour objet d'améliorer la qualité de la loi présente un certain nombre de difficultés qui ne sont probablement pas insurmontables, mais qui ont conduit le Conseil à adopter une voie plus prudente.

*La nécessité et la difficulté de séparer
l'essentiel législatif de l'accessoire réglementaire*

La nécessité d'améliorer la qualité de la loi, en distinguant l'essentiel de l'accessoire se heurte à un certain nombre de difficultés qu'entraînerait le retour à une séparation stricte des domaines réglementaires et législatifs.

La volonté d'améliorer la qualité de la loi

L'absence de distinction entre l'accessoire et le principal, que peut engendrer le non-respect de la répartition des compétences voulue par le constituant, peut être un facteur de dévalorisation de la loi. En effet, la conception extensive de la compétence législative, ou plus exactement la faculté donnée au législateur d'intervenir en dehors du champ de sa compétence, modifie la nature de la loi, en la surchargeant de dispositions techniques, subalternes ou vétilleuses. Cette absence de distinction entre l'essentiel et l'accessoire, le fondamental et le technique, participe à la confusion des esprits. La loi ne fixe pas au citoyen des règles de conduite générale, elle se perd dans le détail. L'absence de véritable distinction matérielle entre la loi et le règlement contribue à la construction d'un « droit plat » où les lignes de crêtes sont rabotées, deviennent

7. www.conseil-constitutionnel.fr.

imperceptibles, un droit sans repères. Le mal vient peut-être plus de cette absence de hiérarchisation à l'intérieur des règles, et entre les règles et les prescriptions techniques que d'un excès de droit. Plus précisément une loi encombrée de mesures d'application n'est pas plus intelligible qu'une loi comportant divers renvois. Cela explique et justifie probablement le fait que dans le « Décalogue à l'intention du législateur », publié par un « haut fonctionnaire proche du Conseil constitutionnel », on trouve le précepte suivant : « pouvoir réglementaire n'usurperas »⁸.

Si l'on examine d'ailleurs le mécanisme de codification, dont le Conseil a reconnu qu'il s'agissait d'un instrument favorisant l'accessibilité et l'intelligibilité du droit, il s'opère dans le respect du partage entre la loi et le règlement. En ce domaine, le Conseil a d'ailleurs admis que le gouvernement puisse procéder à délégalisations de dispositions législatives dans le cadre des pouvoirs qui lui sont attribués par le législateur selon la procédure de l'article 38C (décis. 99-421 DC).

81

Les difficultés d'une séparation stricte des domaines réglementaires et législatifs

L'opération qui consiste à séparer dans une loi les dispositions relevant du domaine de la loi de celles qui relèvent du domaine du règlement présente un certain nombre de difficultés. Elles concernent d'abord la séparation verticale des compétences (art. 34 et 37, loi et règlement autonome). Tant l'interprétation du texte constitutionnel que la pratique et la jurisprudence du Conseil ont contribué à rendre les lignes de répartition mouvantes et floues. Ainsi, dans la décision 64-29 L, le Conseil relève, dans le texte qui lui est soumis selon la procédure de l'article 37 al. 2C, que certaines dispositions appartiennent au domaine réglementaire mais que ce caractère réglementaire ne saurait être regardé comme s'étendant à l'intégralité de leur contenu.

S'agissant de la séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement d'application, le fondement constitutionnel de cette frontière n'apparaît pas explicitement dans le texte constitutionnel. D'autant plus que le Conseil n'a pas fait produire d'effets à la distinction inscrite à l'article 3C entre les matières pour lesquelles la loi fixe les règles et celles pour lesquelles elle se borne à déterminer les principes. C'est pourtant cette distinction entre la loi et le règlement d'application qui est devenue essentielle. Ainsi, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur l'article

8. *Les Petites Affiches*, 10 janvier 2001.

37C pour considérer que « la Constitution réserve au législateur la fixation des règles et laisse, en vertu de son article 37, au pouvoir réglementaire le soin d'édicter les mesures nécessaires pour l'application de ces règles » (décis. 76-94 L). Comme l'a relevé Louis Favoreu, le règlement a bien un secteur réservé dans le cadre d'une répartition verticale mise en cause-mise en œuvre⁹.

Ainsi, une application rigoureuse de la répartition des compétences législatives et réglementaires attenterait à l'exigence de sécurité juridique. D'une part, la jurisprudence du Conseil serait, en l'état, relativement peu prévisible. D'autre part et surtout, la mise en œuvre de cette séparation nuirait à la lisibilité de la loi¹⁰. Comme le relevait le président Odent, à propos de cette question, les textes elliptiques posent des problèmes de compréhension¹¹.

82 Indépendamment des règles de compétence fixées par la Constitution, aujourd'hui comme hier, la loi est une expression plus directe du principe démocratique que le règlement. De cette réalité, il ressort qu'il est politiquement difficile, et qu'il peut être inopportun, voire inconcevable, que le juge constitutionnel interdise au Parlement de traiter telle ou telle question qu'il estime politiquement essentielle, alors même qu'elle relève du domaine réglementaire en droit strict. On pense à l'âge de la retraite, question faisant l'objet d'un débat social et relevant donc de choix véritablement politiques. En ce sens, le débat parlementaire peut avoir une action pédagogique, voire de catharsis, que ne pourrait évidemment assurer la procédure réglementaire. Ces empiétements du législateur sur le domaine réglementaire peuvent être d'autant plus justifiés qu'ils sont temporaires et que le recours à la procédure de l'article 37 al. 2C est susceptible de rétablir l'ordre normal des compétences, alors que le débat est apaisé.

Les conditions d'une évolution jurisprudentielle

Si l'on prend en considération à la fois cette nécessité essentielle de rendre lisible la loi en la débarrassant des détails qui l'affaiblissent et la surchargent et les difficultés qu'il y aurait à revenir sur l'existence d'une frontière souple entre le domaine législatif et le domaine réglementaire, l'épure d'une évolution sans rupture de la jurisprudence constitutionnelle peut être dessinée.

9. Louis Favoreu, *Le Domaine de la loi et du règlement*, op. cit., p. 33.

10. Bernard Genevois, *La Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, STH, 1988, p. 77.

11. Louis Favoreu, *Le Domaine de la loi et du règlement*, op. cit., p. 198.

Une évolution amorcée

Si le Conseil a maintenu avec beaucoup de constance sa jurisprudence issue de la décision *Prix et revenus* de 1982, il ouvre dans des décisions récentes, des brèches, il est vrai très étroites, dans lesquelles il semble cependant possible de glisser les conditions d'une évolution plus profonde.

Ainsi, dans sa décision 2000-433 DC, le Conseil répond à l'argument des requérants, relatif à la méconnaissance par le législateur de la compétence réglementaire, qu'il résulte de la combinaison des articles 34 C, 37 C et 41 C que « n'est pas frappée d'inconstitutionnalité, *du seul fait de sa nature réglementaire*, une disposition contenue dans une loi, lorsque le gouvernement ne s'est pas opposé à son insertion, par la voie d'une irrecevabilité, au cours de la procédure parlementaire ». Alors que dans la décision 82-143 DC, le Conseil disait plus simplement que « la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi... ». Par ailleurs, dans la décision 2000-439 DC, le Conseil rompt partiellement avec la logique du grief « qui ne peut être retenu » en répondant à l'argumentation des requérants qui invoquent un argument relatif à l'empiètement du législateur sur le domaine réglementaire pour considérer qu'en tout état de cause la loi n'est pas contraire à la Constitution. La formule *en tout état de cause* réserve l'application de la jurisprudence *Prix et revenus*, mais conduit le Conseil à examiner concrètement le point de savoir si la disposition contestée relève ou non du domaine réglementaire.

C'est d'abord par un infléchissement de sa jurisprudence relative aux incompétences négatives que le Conseil a marqué sa volonté de cantonner le législateur dans son domaine. Ainsi dans la décision 2005-513 DC, il a accepté, notamment, que la loi renvoie assez largement à un cahier des charges le soin de définir le contenu des obligations qu'elle édicte. Dans le même sens, dans la décision 2005-298 L, il retient une interprétation plus stricte des compétences du législateur. C'est surtout dans la décision 2005-512DC du 22 avril 2005 que le Conseil explore une nouvelle voie. Invité par les saisissants, qui invoquaient l'inconstitutionnalité de certaines dispositions de la loi du fait qu'elles portent sur des matières relevant du domaine réglementaire, à franchir une nouvelle étape. Le Conseil choisit non pas de censurer les dispositions réglementaires contenues dans une loi, mais de les « déclasser », c'est-à-dire de reconnaître leur nature réglementaire. Le fondement d'une telle démarche résulte d'une interprétation audacieuse et habile des dispositions consti-

tutionnelles pertinentes. En effet, si l'article 37 al. 2 de la Constitution habilite le Conseil à déclarer que des dispositions contenues dans une loi ont un caractère réglementaire, c'est, précise l'article 24 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, sur saisine du Premier ministre. Par ailleurs, l'article 61C, au titre duquel le Conseil est saisi dans la présente décision, indique que le Conseil se prononce sur la conformité de la loi à la Constitution. C'est donc en fusionnant deux procédures distinctes que le Conseil parvient à « délégaliser » des dispositions réglementaires contenues dans une loi à l'occasion de l'examen de sa constitutionnalité. Cette démarche, proche de celle qui consiste, pour le Conseil, à relever la présence de dispositions législatives « ordinaires » dans une loi organique (par exemple décision 2004-490 DC), ne répond pas à la lettre de la Constitution, elle s'inscrit cependant dans son esprit. La portée juridique et politique d'une telle jurisprudence présente encore certaines incertitudes. Sur le plan juridique, si l'on peut admettre que le gouvernement pourra ainsi modifier directement les dispositions dont le caractère est réglementaire sans recourir à la procédure de l'article 37, al. 2C, l'on peut s'interroger sur le point de savoir si le Conseil d'État pourrait connaître de la légalité de ces dispositions de nature réglementaire, voir de leur constitutionnalité (en l'absence de dispositions législatives écran et à supposer que l'on considère que le Conseil ne se soit pas prononcé sur ce point). Sur le plan politique, l'effet utile d'un tel déclassement est plus limité que celui d'une censure. Il augmente paradoxalement les facilités que s'accorde déjà le gouvernement en profitant des commodités de la procédure législative. Au surplus, cette jurisprudence n'arme pas suffisamment le gouvernement et les parlementaires désireux de résister aux divers groupes de pression qui invitent à inscrire dans le marbre de la loi telle ou telle disposition, de nature réglementaire mais emblématique. Seule la protection que la loi offre contre le risque du contentieux administratif serait levée si l'on admet l'hypothèse que nous venons d'invoquer.

Une évolution suggérée

Le fait que le Conseil se soit engagé sur cette voie, ne ferme pas nécessairement la porte à d'autres évolutions. Plus encore, il y invite, de la même manière que la stigmatisation des dispositions législatives non normatives (décis. 500 DC) a conduit à leur censure (décis. 513 DC). Ainsi, une évolution jurisprudentielle pourrait conduire à admettre que le législateur puisse en principe intervenir dans le domaine réglementaire

sans commettre d'inconstitutionnalité, mais sous certaines conditions. La règle pourrait alors, en substance, être ainsi formulée: «le législateur peut en principe intervenir dans le domaine réglementaire, sans commettre d'inconstitutionnalité, à condition que le gouvernement ne s'y oppose pas et que les dispositions de nature réglementaire contenues dans la loi ne soient pas sans lien avec les dispositions législatives adoptées et soient nécessaires à l'exercice par le législateur de sa compétence ou à l'intelligibilité de la loi». Cette jurisprudence maintiendrait le principe d'une séparation souple entre le domaine de la loi et du règlement, mais y apporterait des correctifs rendus nécessaires par des exigences qui en fait ne sont pas sans lien avec la sécurité juridique (intelligibilité, lisibilité, de la loi). Elle s'inscrit dans la logique qui prévaut dès les débuts de la V^e République. Ainsi, Georges Pompidou déclarait-il qu'il était possible pour le législateur de voter des dispositions d'ordre réglementaire chaque fois que cela était nécessaire pour que la loi soit complète et exhaustive¹². Elle permettrait au Conseil de censurer des lois ou des parties de loi qui sont entièrement réglementaires, des dispositions réglementaires qui ne sont pas nécessaires à la compréhension de la loi ou des dispositions réglementaires qui ne s'inscrivent pas dans un ensemble normatif cohérent. Sur ce dernier point, des mesures relevant du domaine réglementaire mais traduisant une volonté politique (âge de la retraite) pourraient être prises par le législateur à condition qu'elles s'insèrent dans une politique d'ensemble qui relève du domaine législatif (réforme des retraites). Cette règle vaudrait s'agissant de dispositions relevant du domaine réglementaire, tant autonome que d'application.

85

Cette jurisprudence souple présenterait les inconvénients mêmes de cette souplesse en traçant des frontières incertaines et mobiles. Cependant elle doterait le Conseil d'une arme lui permettant de limiter les abus du recours aux dispositions de forme législative et de contenu réglementaire. Ainsi, dès sa première affirmation ou sa première utilisation, elle donnerait, tant au gouvernement qu'aux parlementaires, un signal fort afin de parvenir à une répartition souple mais régulée des compétences. Elle permettrait ainsi au gouvernement de résister aux exigences inopportunes des parlementaires.

Cette analyse est proche de celle que le Conseil a élaboré en matière d'amendements (cavaliers législatifs) qui n'est pas non plus étrangère à

12. *Ibid.*, p. 99.

l'exigence de sécurité juridique¹³. Cependant, alors que la jurisprudence relative aux « cavaliers législatifs » ne concerne que les amendements et non les dispositions initiales des projets de loi, la nouvelle jurisprudence relative aux « cavaliers réglementaires » s'appliquerait tant aux dispositions initiales des projets et des propositions de loi qu'aux amendements parlementaires ou gouvernementaux. La portée de cette règle doit en fait être liée à son fondement. Si l'on raisonnait essentiellement en termes de séparation des pouvoirs, on pourrait considérer que seuls les amendements parlementaires et les propositions de loi sont visés par cette jurisprudence, puisqu'il s'agit de protéger le domaine de compétence du gouvernement, le cas échéant malgré sa propre négligence (non-recours à la procédure de l'article 41C). Ici c'est une conception objective de la qualité de la loi qui prévaut. Ces exigences doivent donc être respectées tant par les parlementaires que par le gouvernement et leur violation peut être soulevée devant le Conseil par tout saisissant. Réserver cette jurisprudence aux amendements parlementaires se heurterait d'ailleurs à un obstacle majeur. En effet si le projet de loi n'était pas soumis à ces exigences, il serait impossible de limiter le droit des parlementaires d'amender des dispositions relevant du domaine réglementaire contenues dans un projet de loi.

Dans cette hypothèse, ce n'est pas l'empiétement du législateur sur le domaine réglementaire qui est, en lui-même, sanctionné, mais les conséquences de cet empiétement en termes de sécurité juridique, sur le fondement de la violation de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi. Certes la complexité de la loi n'est pas, en elle-même, source d'inconstitutionnalité, mais on peut penser que tel est le cas lorsque cette excessive complexité peut être évitée par un respect de la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Cette analyse peut s'appuyer sur la référence que fait le Conseil, dans sa décision 473 DC, à la notion de « complexité inutile ». Cette règle jurisprudentielle aurait essentiellement vocation à favoriser une séparation horizontale des compétences entre la loi et le règlement, à distinguer ce qui est fondamental et principal par opposition à ce qui est accessoire ou secondaire¹⁴.

Ces propositions, qui ont vocation à s'inscrire dans le débat ainsi ouvert, renvoient, en fait, à une analyse selon laquelle limiter la loi, et non le règlement, c'est valoriser le Parlement et son ouvrage normatif.

13. Anne-Laure Valembois, *La Constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, thèse, Dijon, 2003, p. 285 sq.

14. Élisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, PUF, 1999, p. 317.

Certains ne manqueront pas de poser la question: faut-il protéger le Parlement contre lui-même? La réponse pourrait être qu'en tout état de cause il convient de protéger les citoyens contre l'insécurité normative.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- Louis Favoreu (s.d.), *Le Domaine de la loi et du règlement*, Economica, 2^e éd., 1981.
- Louis Favoreu, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 1987, p. 871.
- Bertrand Mathieu, *La Loi*, Dalloz, 2^e éd., 2004.

R É S U M É

L'encadrement du domaine de compétence législatif, voulu par les initiateurs de la V^e République et opéré afin de donner à l'exécutif, titulaire du pouvoir réglementaire, une véritable autonomie normative, a, en réalité, conduit au maintien de la loi à une place privilégiée au sein du système normatif, à tel point qu'aujourd'hui c'est la question du respect des compétences réglementaires qui est posée. Cependant, alors même que le Conseil a amorcé une évolution de sa jurisprudence sur cette question, ce n'est plus sous le prisme de la séparation des pouvoirs que le problème doit être abordé, mais sous celui de la qualité de la loi.

QUI FAIT LA LOI?

P OUR RÉPONDRE À LA QUESTION « Qui fait la loi ? », il serait logique de commencer par les origines de l'initiative, mais le cheminement qui a conduit à la rédaction, puis au dépôt d'un projet, d'une proposition ou d'un amendement relève d'une investigation politico-sociologique que l'on n'entreprendra pas ici. On ne l'entreprendra pas parce que, comme l'observent Jean-Claude Bécane et Michel Couderc¹, « les sources d'inspiration législative sont multiples et vouloir en dresser une liste ou une classification constitue une opération difficile – voire impossible ». Du programme que le gouvernement est censé présenter en application de l'article 49 al. 1^{er} de la Constitution aux « forces sociales » invoquées par Georges Ripert, en passant par les engagements présidentiels, les fonds de tiroir des administrations et les sollicitations pressantes des groupes d'intérêts, sans oublier l'obsédant souci de la « communication » (par exemple déposer un projet réprimant l'homophobie pour manifester la sollicitude gouvernementale à la veille de la *Gay Pride*...), c'est un inventaire à la Prévert qu'il faudrait dresser. On tiendra donc ces sources d'inspiration comme données, de même qu'on ne reviendra pas non plus sur les influences et les contraintes juridiques qui pèsent aujourd'hui sur le législateur et qui ont fait dire à Jean Foyer, grand président de la commission des lois de l'Assemblée nationale : « Il y a en France deux assemblées chargées de faire la loi : le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel². » En d'autres termes, il s'agit de savoir *qui fait la loi* une fois qu'il a été décidé de la faire, c'est-à-dire de

89

1. Jean-Claud Bécane et Michel Couderc, *La Loi*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 1994, p. 118.

2. Propos rapporté par le professeur Yves Gaudemet au colloque *Conseil d'État et Conseil constitutionnel*, LGDJ-Montchrestien, 1988, p. 87. Voir aussi Guillaume Drago, « Fonctions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans la confection de la loi », Roland Drago (dir.), *La Confection de la loi*, PUF, 2005.

sa « fabrication » au sens propre du terme, et ceux qui la font ne sont pas ceux qui l'ont inspirée, influencée ou contrôlée (encore que la faculté d'empêcher équivaille, rappelle Michel Troper, à la faculté de statuer), mais ceux qui l'ont produite et que désignent essentiellement les travaux préparatoires récapitulés au *Journal officiel* à la suite de chaque loi promulguée³.

L'examen de cette fabrication sera l'occasion de remettre en cause les lieux communs habituels sur le Parlement « chambre d'enregistrement », tant en ce qui concerne la phase initiale de la rédaction que le contenu des textes adoptés.

MESURE DE L'INITIATIVE

90 Le premier lieu commun concerne l'origine des lois. « Que reste-t-il du pouvoir législatif quand plus de 80 % des lois émanent du gouvernement ? » s'interrogent, scandalisées, les gazettes, parfois rejointes par les législateurs eux-mêmes qui déplorent la portion congrue accordée à leurs propositions par l'ordre du jour des assemblées.

Tout d'abord, il convient de rectifier l'appréciation des statistiques brutes, qui donnent une idée erronée de la part du gouvernement dans l'initiative législative, en observant qu'un nombre important de lois autorisent la ratification de traités ou l'approbation d'accords internationaux en vertu de l'article 53C, car ces lois, qui n'ont pas de contenu normatif, émanent nécessairement de l'exécutif, dont la conduite des relations internationales est la prérogative. Par exemple, 351 projets étaient à l'origine des 432 lois promulguées sous la XI^e législature (1997-2002), soit 81,25 % de ces lois, mais on comptait parmi elles 210 lois autorisant la ratification ou l'approbation d'un engagement international, ce qui ramène le pourcentage des projets hors ces lois à 63,5 %. Pour la session 2003-2004, 44 des 84 lois promulguées concernaient des engagements internationaux, auxquelles il faut ajouter les lois de finances, les lois de financement de la sécurité sociale et les lois d'habilitation de l'article 38 C4⁴ qui relèvent également par nature constitutionnelle de la seule initiative gouvernementale. Dès lors, la proportion des projets dans la production normative proprement dite n'est pas aussi considérable que les données brutes le laisseraient penser.

3. Michel Couderc, « Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers », *D*, 1975, p. 249.

4. Décision 510 DC, 20 janvier 2005.

Mais, surtout, l'appréciation procède d'une vision mythique de la séparation des pouvoirs qui ignore qu'aujourd'hui (plus encore qu'hier), « gouverner, c'est nécessairement adapter sans cesse les structures, les mécanismes institutionnels et les règles de droit à des impératifs nouveaux. Autrement dit, gouverner, c'est édicter des dispositions de portée générale, c'est donc, au sens matériel du terme, légiférer⁵ ». Cette constatation avait conduit les rédacteurs de la Constitution à réserver au gouvernement un domaine réglementaire autonome, afin de lui éviter de devoir constamment recourir au Parlement pour prendre ces « dispositions de portée générale » ; mais la distinction des domaines législatif et réglementaire instituée par les articles 34 et 37 n'a pas longtemps résisté à la facilité que les prérogatives du parlementarisme rationalisé et la discipline majoritaire offrent à la voie législative par rapport au lent cheminement des décrets et à la collecte laborieuse du contreseing des ministres chargés de leur application. La loi est donc l'instrument privilégié du gouvernement, il en va d'ailleurs partout ainsi, comme l'attestent les exemples étrangers, et sous ce rapport, le Parlement français ne fait pas figure d'exception.

91

Enfin, l'identification des sources de la législation doit tenir compte du contexte politique et, en particulier, de l'alternance des majorités : citant le projet du gouvernement Rocard sur le RMI, qui avait fait l'objet d'une proposition de loi socialiste durant la précédente législature, Guy Carcassonne a attiré l'attention sur la relativité de la distinction des projets et des propositions, du fait qu'en 1988 « le groupe moteur est passé de l'opposition à la majorité et les initiateurs du statut de parlementaires à celui de ministres⁶ ». Inversement, en période de cohabitation, le souci d'éviter le passage obligatoire des projets en conseil des ministres (et les commentaires acides du président de la République qui les accompagnent) incitera parfois le gouvernement à faire, ou à laisser présenter un texte sous forme de proposition émanant de sa majorité : par exemple la modification de la loi Falloux à l'époque du gouvernement Balladur ou le PACS sous le gouvernement Jospin. L'origine des textes peut d'ailleurs être problématique et disputée, témoin ce dialogue entre le président du groupe socialiste et le ministre à propos de la loi sur les signes religieux à l'école :

5. « La séparation des pouvoirs et l'exercice de la fonction législative », note de Jérôme Solal-Céligny, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, vol. 1, 1987, p. 333.

6. Guy Carcassonne, « Réhabiliter le Parlement », *Pouvoirs*, n° 49, p. 41.

M. Jean-Marc Ayrault. – *Le texte a été dû à l'initiative parlementaire...*

M. le ministre de l'Éducation nationale. – *C'est à l'initiative du président de la République*⁷!

En l'occurrence, le projet avait été déposé par le Premier ministre à la suite des conclusions de la commission Stasi, elle-même réunie à l'initiative du président Chirac, mais le président de l'Assemblée nationale avait pour sa part provoqué la réunion d'une mission d'information en application de l'article 145 du règlement; les deux initiatives, parallèles plus que concurrentes, avaient non seulement conclu qu'il fallait légiférer, mais avaient aussi révélé un consensus sur le contenu de la loi. Restait à la mettre en musique, ce dont le gouvernement s'est chargé.

92 À ce propos, on observera que la phase initiale du processus a été engagée par une décision présidentielle; la « Chronique constitutionnelle » de cette revue comporte fréquemment une rubrique « Président législateur » qui recense les directives présidentielles que le gouvernement traduit ensuite en projets. Toutefois, il s'agit là de sources d'inspiration, le chef de l'État n'intervenant juridiquement⁸ qu'en amont du processus parlementaire, lors de l'inscription des projets à l'ordre du jour du conseil des ministres et, en aval, par la promulgation de la loi (éventuellement en demandant une nouvelle délibération de celle-ci). Le processus législatif proprement dit relève donc essentiellement du gouvernement.

ÉLABORATION DE L'INITIATIVE

On admet généralement que le gouvernement, qui dispose du concours des administrations centrales, est techniquement mieux équipé pour élaborer les textes que ne le sont les parlementaires. Leur préparation a fait l'objet de multiples circulaires: le 21 mars 1985, du Secrétaire général du gouvernement, Jacques Fournier; le 25 mai 1988, du Premier ministre, Michel Rocard; le 2 janvier 1993, du Secrétaire général du gouvernement, Renaud Denoix de Saint-Marc, puis le 30 janvier 1997 de son suc-

7. Débats AN, 15 février 2005, p. 1119.

8. Politiquement, il intervient parfois pour écarter des initiatives de la majorité jugées inopportunes ou presser l'adoption conforme en cours de navette: par exemple, la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 a été votée par le Sénat au terme d'une procédure expéditive, sans amendements.

cesseur, Jean-Marc Sauvé; et enfin la circulaire du 6 juin 1997 sur l'organisation du travail gouvernemental du Premier ministre, Lionel Jospin. La succession de ces textes ne reflète pas seulement la nécessité de mieux tenir compte, par exemple, de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (telle la circulaire du 25 mai 1988), elle révèle aussi une certaine inertie des services auxquels il faut périodiquement rappeler les règles d'une bonne rédaction.

Lorsque la décision de légiférer est prise, la première mouture du projet est rédigée par les services du ministère compétent. Cette première phase donne lieu à de multiples consultations⁹, consultation formelle des organismes divers dont les avis sont requis (conseil de ceci, commission de cela...), concertation informelle avec les groupes professionnels ou syndicaux intéressés en vue de sonder leurs réactions, sans oublier le recours aux « experts », qui constituent une autre source d'inspiration.

93

Suit la phase interministérielle, pilotée par le Secrétariat général du gouvernement (SGG), qui est un « convoyeur de textes » (Marceau Long), sous le contrôle du cabinet du Premier ministre. C'est à ce stade que les arbitrages sont rendus et que l'avant-projet est arrêté. Il est alors soumis à l'examen du Conseil d'État, d'abord par la section administrative compétente, puis par l'assemblée générale (par la commission permanente en cas d'urgence); le Conseil vérifie la régularité juridique du texte, mais il apprécie aussi son opportunité. Après une ultime réunion à Matignon et avec l'accord du président de la République, le projet est inscrit à l'ordre du jour du conseil des ministres, lequel n'est pas lié par l'avis du Conseil d'État¹⁰. Par exception à l'article 13 C¹¹, c'est un décret signé par le Premier ministre seul qui détermine l'assemblée devant laquelle le projet sera déposé et qui désigne le ministre chargé d'en soutenir la discussion.

La préparation des propositions ne suit pas un processus aussi formel. Si l'on écarte les initiatives individuelles qui n'ont aucun espoir d'être

9. Voir Jacques Fournier, *Le Travail gouvernemental*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, 1987, p. 237 sq.

10. Mais « l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'État » (CC 468 DC, 3 avril 2003; *Pouvoirs*, n° 106, p. 187).

11. L'article 39 C, qui attribue au Premier ministre l'initiative des lois, l'emporte sur l'article 13 C, aux termes duquel le président de la République signe les décrets en conseil des ministres. Voir Jean Massot, *Chef de l'État et Chef du gouvernement*, Les Études de La Documentation française, 1993, p. 123.

discutées, à l'exception de rares lois auxquelles l'auteur a attaché son nom (loi Robien ou loi Fauchon), les propositions émanent essentiellement des groupes au sein desquels elles sont élaborées par des groupes de travail qui réunissent parlementaires et experts et elles sont souvent soumises au contrôle des instances du groupe, selon des modalités variables suivant les groupes. Seules les propositions de la majorité ont une espérance de vie, en particulier grâce à la « fenêtre » mensuelle de l'article 43 al. 3C qui réserve à l'initiative de chaque groupe une séance à tour de rôle, car les propositions de l'opposition ne dépassent pratiquement jamais cette étape.

À côté de ce « droit commun » de l'initiative parlementaire, il faut mentionner des innovations récentes, tel le recours aux missions d'information dont les travaux peuvent déboucher sur des propositions, souvent renvoyées à une commission spéciale avant d'être adoptées. Si les conclusions de la mission sur les signes religieux à l'école (citée plus haut) ont cédé la place au projet du gouvernement, les missions sur la réforme budgétaire, la bioéthique et « l'accompagnement de la fin de vie » ont abouti de cette manière. Il s'agissait, certes, de thèmes consensuels; en revanche, la mission sur les 35 heures a conduit à un texte dont l'inspiration « libérale » a été fort controversée.

La manifestation la plus remarquable de l'initiative parlementaire a été constituée par l'élaboration de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances. Saisissant l'occasion de la controverse sur les rentrées fiscales dissimulées en 1999 (la « cagnotte ») et l'inadaptation alléguée de l'ordonnance du 2 janvier 1959, le rapporteur général de la commission des finances, M. Didier Migaud, a entrepris, avec le concours des fonctionnaires de la commission, de préparer un texte destiné à remplacer l'ordonnance du 2 janvier 1959 mise en cause; la proposition qu'il a déposée a été renvoyée à une commission spéciale avant d'être adoptée au terme d'une délibération bicamérale exemplaire. Dans un domaine d'une particulière technicité, cette réussite a « clairement montré que le discours convenu sur le manque de moyens d'expertise des parlementaires et la faiblesse de leur pouvoir d'initiative n'est souvent qu'un alibi commode pour justifier l'inaction¹² » (la remarque est

12. Daniel Hochedez, « La formation de la loi organique du 1^{er} août 2001 : l'élaboration de la proposition de loi organique », *Revue française de finances publiques*, n° 30, avril 2004, p. 107. À propos des « moyens d'expertise », l'ouvrage collectif rédigé par des fonctionnaires de l'Assemblée nationale et coordonné par Jean-Pierre Camby, *La Réforme du budget de l'État* (LGDJ, 2004) confirme la remarque de Daniel Hochedez.

importante car elle a une portée générale et elle vaut pour d'autres domaines, notamment le contrôle).

LA DÉLIBÉRATION

Une fois déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale (ou du Sénat), le projet (ou la proposition) est renvoyé à la commission compétente, exceptionnellement à une commission spéciale; la commission désigne un rapporteur, examine son rapport et se prononce sur le texte et sur les amendements qu'elle retient. Mais cette phase est exclusivement préparatoire, car les décisions sont prises lors de la discussion en séance plénière. Toutefois, les positions arrêtées en commission préjugent le plus souvent celles qui seront retenues en séance, parce que la majorité, dont émanent les rapporteurs qui jouent un rôle déterminant tout au long de la discussion¹³, contrôle l'activité des commissions.

95

Il faut observer que la pratique tend à répéter en séance le travail effectué en commission, ce qui a pour conséquence d'alourdir considérablement le débat législatif: les amendements déjà examinés et rejetés par la commission sont repris en séance et à nouveau discutés, le Conseil constitutionnel s'étant toujours opposé à toute limitation de l'exercice du droit d'amendement (en dehors des restrictions prévues par la Constitution). Cette répétition en séance du travail de commission, outre qu'elle offre l'occasion de pratiquer l'obstruction, encombre la délibération de discussions de détail parfois inintelligibles pour les non-initiés, y compris les parlementaires eux-mêmes (ce qui explique que seuls sont présents dans l'hémicycle les spécialistes de chacun des groupes). Reprendre en séance le travail de commission incite aussi à introduire dans la loi des dispositions qui relèveraient normalement des décrets d'application, le gouvernement ayant pratiquement renoncé à leur opposer l'irrecevabilité prévue à l'article 41 C à l'encontre des initiatives parlementaires qui empiètent sur le domaine réglementaire quand lui-même ne cède pas à la facilité que lui offre la procédure législative!

Cette pathologie de la séance pourrait être corrigée, sans restreindre le droit d'amendement sur lequel veille le Conseil constitutionnel, ni remettre en cause la publicité des débats en transférant aux commissions

13. Sur 134 rapporteurs ayant déposé leur rapport, on relève 104 UMP et 5 UDF, contre 22 PS et 3 PC (*Bulletin de l'Assemblée nationale. Statistiques, 2003-2004*).

un pouvoir de décision¹⁴. Il suffirait de fixer un temps global d'intervention à chaque groupe, non seulement dans la discussion générale comme c'est le cas, mais aussi dans la discussion des articles; chaque groupe serait ainsi contraint à concentrer ses interventions sur les amendements dont il souhaite privilégier la discussion¹⁵.

96 Mais il est une autre disposition qui soulève la critique: le privilège des projets institué par le premier alinéa de l'article 42 C, aux termes duquel la discussion devant la première assemblée saisie s'engage sur le texte déposé par le gouvernement, de sorte que les modifications proposées par la commission sont présentées séparément sous forme d'amendements (pour les propositions, en revanche, la discussion s'engage sur la rédaction adoptée par la commission). Cette innovation de 1958 est critiquée au motif que le gouvernement, disposant d'une majorité disciplinée, n'a plus à batailler, comme ses prédécesseurs de la IV^e République, pour faire rétablir son texte quand il est dénaturé par les initiatives de la commission; il en résulte, fait-on valoir, une diminution du rôle des commissions qui oblige, en outre, à discuter en séance des amendements parfois purement rédactionnels: « ainsi, tant les débats en commission que ceux en plénière s'en trouvent les uns et les autres dévalorisés¹⁶ ». Si la discussion s'engageait sur le texte issu des travaux de la commission, les ministres seraient incités à y participer¹⁷ afin de faire accepter à ce stade les rédactions transactionnelles qui finiront par être adoptées en séance, au besoin après une seconde délibération; le débat en séance s'en trouverait d'autant allégé. Toutefois, on objecte à cette proposition que l'article 42 al. 1^{er} C ne fait que tirer les conséquences de l'article 20 C, selon lequel « le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation », car les projets mettent en œuvre cette politique et il est donc normal qu'ils aient la priorité; on ajoute que le gouvernement serait contraint à une attitude défensive pour revenir à son texte lorsqu'il le jugerait dénaturé et que cette situation serait contraire à l'esprit de la Constitution. Bref, le débat reste ouvert.

14. Transférer aux commissions la décision législative, comme il est parfois suggéré, à l'exemple italien, rendrait encore plus indiscrètes les sollicitations des groupes de pression, qui se manifestent auprès des groupes pour qu'ils reprennent les amendements suggérés.

15. C'est ce que préconisent Michel Ameller et Georges Bergougnous, *L'Assemblée nationale*, PUF, 2^e éd., 2000, p. 56.

16. Guy Carcassonne, *La Constitution*, Seuil, 6^e éd., 2004, p. 202.

17. Comme le leur permet, depuis 1994, l'article 86 du Règlement, mais ils s'en abstiennent; voir Pierre Avril et Jean Gicquel, *Droit parlementaire*, 3^e éd., Montchrestien, 2004, n° 243.

LES AMENDEMENTS

Quelles que soient les critiques sur l'articulation de la délibération publique avec le travail des commissions, c'est au sein de celles-ci que le texte va se préciser, avant de prendre sa tournure définitive à l'issue de la délibération en séance.

En séance, la procédure législative se déroule en trois phases. Elle commence par la présentation des rapports et la discussion générale, après laquelle intervient le passage à la discussion des articles; le débat se conclut par le vote sur l'ensemble¹⁸. La discussion des articles est minutieusement organisée: les amendements sont appelés après l'article, discutés et mis aux voix avant le vote de celui-ci, en commençant par ceux qui s'éloignent le plus du texte. Ces règles ont pour but de déterminer avec clarté et précision la volonté du législateur sur chacune des dispositions de la loi.

97

La loi résulte ainsi d'un processus de concertation dont l'amendement est l'instrument privilégié en même temps qu'il constitue la forme principale de l'initiative parlementaire¹⁹. C'est à travers lui que se manifeste essentiellement la contribution des assemblées à la production législative. À cet égard, les chiffres sont éloquentes: les 222 lois (hors engagements internationaux) promulguées durant la XI^e législature ont fait l'objet de 16 800 amendements à l'Assemblée nationale! Un examen plus précis permet de décrire le détail de la fabrication législative, en prenant l'exemple des 40 lois (hors engagements internationaux) de la session 2003-2004. Parmi ces 40 lois (qui provenaient de 33 projets et de 7 propositions), 8 seulement ont été votées sans modification, tandis que, pour les 32 autres, 4 186 amendements ont été adoptés à l'Assemblée, et plus de la moitié émanaient des commissions dont on mesure ainsi le rôle (2 127); venaient ensuite les amendements du groupe UMP (874), interlocuteur privilégié du gouvernement, lequel, de son côté, en a fait adopter 613. Il est à noter que 348 amendements socialistes ont été adoptés.

La fabrication de la loi est bicamérale. Le texte adopté par l'assemblée saisie est transmis à l'autre et, s'il n'a pas été adopté conforme par celle-ci, il revient à la première pour une deuxième lecture des articles sur

18. Sur le détail de la procédure et les incidents, voir *op. cit.*, p. 169.

19. Jean-Pierre Camby, «Le droit d'amendement, une nouveauté», *Mélanges Dimitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 109.

98 lesquels il y a divergence; si l'adoption conforme de l'ensemble du texte n'est pas intervenue après deux lectures²⁰, le gouvernement provoque la réunion d'une commission mixte paritaire qui cherche un accord sur les dispositions restant en discussion. La part du Sénat dans ce processus varie très sensiblement selon l'orientation politique des majorités, puisque l'issue de la procédure paritaire dépend de leur accord et que les députés ont le « dernier mot ». L'harmonie régnant depuis 2002, toutes les lois ont été adoptées conformes par les deux assemblées; pour la session 2003-2004, 19 lois ont été adoptées après commission mixte paritaire et 92 % des 3 686 amendements sénatoriaux ont été repris par les députés (le taux de reprise est évidemment plus faible en cas de majorités divergentes: 46 % pour la session 1997-1998)²¹. Une appréciation plus fine de ces statistiques devrait prendre en compte la première assemblée saisie et la nature des amendements.

Le résultat de ce processus est que le texte finalement adopté est souvent profondément modifié et, parfois, considérablement allongé. C'est ainsi que 5 lois à l'Assemblée et 15 au Sénat ont fait l'objet de plus de 200 amendements chacune en 2003-2004²², la loi du 21 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration passant de 45 à 95 articles (précédemment, le texte de la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure avait été multiplié par 2,5). S'ils mesurent l'importance de la contribution des assemblées à l'élaboration des lois, ces chiffres témoignent aussi de l'inflation législative, laquelle se traduit moins par le nombre des lois que par leur longueur et la multiplicité des dispositions qu'elles édictent.

Alors, qui fait la loi ? Il ne suffit évidemment pas de répondre en désignant l'auteur au sens juridique, le Parlement qui l'adopte, mais il ne faut pas non plus conclure qu'il se borne à enregistrer les projets du gouvernement. C'est bien au Parlement que se fabrique la loi et l'opération législative que conclut le vote de chaque assemblée fait intervenir plusieurs acteurs qui concourent à l'écriture des textes: le gouvernement et la majorité sur le plan politique, et, sur le plan technique, les commissions, qui en sont la cheville ouvrière. Mais les deux plans se

20. Une seule quand l'urgence a été déclarée par le gouvernement: 13 cas en 2003-2004.

21. Cf. *La Séance plénière pendant l'année parlementaire 2003-2004. Rapport présenté au président du Sénat par Jean-Louis Hérim, directeur du service de la séance.*

22. Cf. *Statistiques 2003-2004 et Rapport au président du Sénat, op. cit.*

mêlent, car, si le gouvernement prend l'initiative et conduit la procédure, c'est en double commande avec le rapporteur de la commission, tandis que les groupes de la majorité participent eux aussi à l'initiative et ils contrôlent tant la composition que l'activité des commissions. Ils sont tous solidairement responsables du résultat et sans doute faudrait-il ajouter que sa qualité laisse à désirer, mais l'art de la législation s'est depuis longtemps dégradé et on pourrait voir un signe de cette pathologie dans la naissance d'une discipline, la légistique²³, qui en propose un traitement scientifique.

R É S U M É

Pour s'en tenir aux acteurs institutionnels (dont l'intervention est souvent provoquée par d'autres, mais qui sont les « fabricants » de la loi), le Parlement n'exerce pas seul le pouvoir législatif (il ne l'a jamais exercé seul), mais son rôle est beaucoup plus actif qu'on ne le répète. Plutôt que du Parlement, mieux vaut d'ailleurs parler de la majorité gouvernementale et des commissions des assemblées, interlocutrices du gouvernement qui détient, certes, un quasi-monopole de l'initiative efficace, mais qui ne peut mener à bien cette dernière sans le concours de ces associés.

23. Voir, à ce sujet, Roland Drago (dir.), *La Confection de la loi*, op. cit., et en particulier Pierre de Montalivet, « La "juridicisation" de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », p. 99.

POURQUOI TANT DE LOI(S) ?

620 PAGES ET 912 GRAMMES EN 1970; 632 pages et 1 022 grammes en 1980; 1 055 pages et 1 594 grammes en 1990; 1 663 pages et 2 780 grammes en 2000; 2 556 pages pesant 3,266 kilos en 2004. Ces chiffres sont ceux du nombre de pages (ordonnances et tables non incluses) et du poids du *Recueil des lois* publié annuellement par l'Assemblée nationale. Chacune de ces années, choisie parce qu'elle marque le début d'une décennie, peut ne pas être exactement représentative du niveau d'activité législative de la législature à laquelle elle appartient; l'évolution sur une longue période, quadruplement du volume des lois promulguées en trente-cinq ans, plus que doublement au cours des quinze dernières années, n'en est pas moins nette.

101

L'inflation législative n'est donc pas simplement un thème d'allocation pour les cérémonies républicaines de vœux de début d'année ou un sujet de discussion, fort prisé depuis peu, dans les cénacles de constitutionnalistes. C'est aussi une réalité tangible et mesurable. Le mouvement a commencé à la fin des années soixante-dix; il s'est accéléré avec l'alternance politique de 1981 et celles qui ont suivi chaque élection générale depuis lors; il s'est amplifié dans les années quatre-vingt-dix, jusqu'à sembler atteindre l'emballement dans la période la plus récente.

Dès lors, il est légitime de poser la question: pourquoi tant de lois? Ou, plus exactement, pourquoi tant de loi?

Car, si – comme chacun peut le constater – le volume des lois nouvelles est en forte augmentation, on sait moins que leur nombre diminue. Pour reprendre les mêmes années que précédemment, 74 lois ont été promulguées en 1970, 48 en 1980, 68 en 1990, 44 en 2000 (hors celles autorisant la ratification d'un traité ou l'approbation d'une convention internationale); leur nombre n'était que de 42 en 2004.

* Georges Hispalis est un pseudonyme.

L'inflation législative n'est donc pas l'augmentation du nombre des lois nouvelles, mais celle de leur taille. Qu'on en juge. Le deuxième tome du recueil des lois de 2004, le plus gros à avoir jamais été publié, ne contient que 21 lois autres que celles autorisant la ratification ou l'approbation d'actes internationaux, promulguées en l'espace de trois mois et demi entre le 21 avril et le 13 août 2004; mais, parmi elles figurent plusieurs « mastodontes » législatifs, la loi sur le commerce électronique (101 pages), faisant elle-même suite à celle sur l'économie numérique (61 pages), la loi sur la bioéthique (99 pages), celles sur la santé publique (218 pages), sur le développement des responsabilités locales (231 pages), sur la réforme de l'assurance maladie (119 pages) et sur l'organisation de la sécurité civile (91 pages). Il s'agit, assurément, d'une œuvre législative considérable traduisant une volonté réformatrice comparable à celle qui a marqué la production législative des années 1981 à 1984. Mais, à lui seul, ce volume est presque aussi épais que les six fascicules qui, trente ans plus tôt, formaient les recueils des trois années 1972, 1973 et 1974, lesquels, en nombre de lois (hors ratification ou approbation de traités ou conventions) en contenaient 205, soit dix fois plus. Or, même si cette période n'a pas laissé le souvenir d'une activité législative particulièrement intense, celle-ci n'a, pourtant, pas été anodine.

Ainsi, si l'apparence est celle d'un recours sans cesse accru à la loi – dès qu'un problème se pose, on fait une loi, entend-on dire souvent – la réalité est celle de lois notablement moins nombreuses aujourd'hui qu'il y a trente ans, mais plus volumineuses, complexes, voire touffues qu'auparavant.

L'inflation législative, ainsi définie, apparaît comme un phénomène naturel et largement partagé, dont les causes visibles ou cachées sont multiples; en endiguer les débordements suppose une prise de conscience et un consensus sur les moyens.

UN PHÉNOMÈNE NATUREL ET LARGEMENT PARTAGÉ

Même si notre pays possède, notamment en matière de procédure législative, des particularités qui poussent à l'inflation des lois, il n'est pas le seul à la connaître, ce qui donne à penser qu'il s'agit d'une tendance naturelle dans l'évolution de nos systèmes juridiques.

Une tendance naturelle à l'inflation

La posture consistant à tirer argument de l'accumulation législative pour s'en gausser ou se lamenter ignore la réalité selon laquelle il existe dans nos sociétés un besoin naturellement croissant de droit, donc de lois, parce que celles-ci doivent gérer des relations sans cesse plus complexes entre individus, entre institutions ou entre les premiers et les secondes. Dans une société biblique, la loi du talion et la prudence du roi Salomon pouvaient aisément tenir lieu de loi pénale ; aujourd'hui, la diversité des formes de délinquance, la nécessité d'assurer l'efficacité de l'action répressive tout en sauvegardant les droits de la personne font que Code pénal et Code de procédure pénale ont, nécessairement, perdu la sveltesse de leurs débuts.

Le droit engendre le droit. Par exemple, la loi du 15 novembre 1999 instituant le Pacte civil de solidarité a inséré huit articles supplémentaires dans le Code civil. Mais, outre que cette législation nouvelle est elle-même potentiellement évolutive puisqu'elle n'a pas estimé pouvoir régler d'emblée toutes les questions qu'elle soulevait, chaque fois qu'une loi subséquente affecte les rapports de couple, en matière fiscale, de protection sociale ou de retraites, il est nécessaire de viser le PACS pour en étendre les dispositions envisagées pour les couples mariés aux personnes liées par ce contrat ou les leur adapter. Dans le domaine de l'organisation locale, la France a choisi de remédier à l'émiettement communal non par la fusion mais par la coopération intercommunale : il s'ensuit que, chaque fois qu'une loi concerne une commune ou son maire, elle doit faire référence à l'établissement public de coopération intercommunale dont la commune est membre ou à son président et, le cas échéant, fixer un régime juridique tenant compte des spécificités de l'intercommunalité par rapport à l'organisation communale. On pourrait multiplier les exemples montrant que toute loi nouvelle contient le germe de lois futures, par un effet naturel de boule de neige.

D'autre part, l'inflation législative est directement fonction de la complexité de l'ordre juridique, domaine dans lequel la France se distingue, tant par son organisation administrative interne que par son appartenance à un double ordre juridique national et communautaire. Or, l'Union européenne est une source d'inflation législative d'autant plus abondante que son domaine d'intervention s'accroît ; rares sont, désormais, les lois dont l'objet total ou partiel ne consiste pas à adapter une règle communautaire. Mais, cette intégration se fait souvent par juxtaposition et non par remplacement : par exemple, la loi du 19 mai

1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux traduisant, tardivement d'ailleurs, une directive européenne, a créé dans le Code civil un titre nouveau de 18 articles qui ne s'est pas substitué au régime général de la responsabilité contractuelle mais s'y est ajouté pour le cas particulier des contrats visés par la directive transposée. De même, l'obligation de transcrire une règle communautaire en droit interne est souvent l'occasion de procéder à des modifications législatives qui n'en sont pas la conséquence de droit indispensable mais apparaissent comme l'accessoire nécessaire de l'environnement juridique européen : tel est, en particulier, le cas de lois récentes modifiant le statut de services publics dans les domaines de l'énergie, des transports ou de la poste, en vue – a estimé le législateur – de leur donner une structure juridique mieux adaptée au contexte concurrentiel du droit communautaire.

104

Un phénomène largement partagé

Les motifs qui poussent à l'inflation législative n'étant pas spécifiques à la France, il est logique que le phénomène se manifeste dans plusieurs démocraties comparables à la nôtre. Toutefois, les différences dans la nature même de la loi d'un pays à l'autre imposent de considérer ces comparaisons internationales avec prudence : ainsi, si le nombre de textes à valeur législative adoptés par le Congrès américain a diminué de près de 40 % depuis 1970, il restait encore supérieur à 850 en 2004, ce seul chiffre suffisant à établir que le mot « loi » ne recouvre pas la même réalité aux États-Unis et en France.

En Allemagne, le nombre de lois adoptées annuellement oscille entre 120 et 160, sans que se dégage une tendance haussière très nette ; toutefois, tant leur longueur croissante que leur défaut de clarté et d'efficacité, ainsi que l'excès de la réglementation subséquente font l'objet de critiques, notamment universitaires. *En Belgique*, le nombre de projets de loi votés chaque année qui se situait, en moyenne, au-dessous de 100 au début des années 1980, a toujours été nettement supérieur à ce chiffre depuis 1996 avec des pics à plus de 200 en 1997, 1999 et 2003. Si les statistiques des *Pays-Bas*, de *l'Italie*, et de *l'Espagne* ne dégagent pas de tendance très nette quant à l'évolution de la production législative, la situation qui s'apparente le plus à celle de la France se rencontre au *Royaume-Uni* : de 1970 à 2003, le nombre de lois votées, au demeurant modéré, a eu tendance à décroître (de plus de 60 dans les années 1970 et 1980 à moins de 50 depuis) ; mais leur volume a presque quadruplé passant de 1 110 pages en 1970 à 2 110 en 1980, 2 390 en 1990 et 3 865 en

2000, année où le nombre de textes adoptés a, pourtant, été le plus faible.

La situation de la *Russie* est, évidemment, spécifique: de 1997 à 1990, les deux chambres de la République socialiste de Russie, dont le territoire recouvrait celui de l'actuelle Fédération de Russie, n'ont adopté que 150 lois, dont la plupart étaient concentrées sur les trois dernières années et correspondaient à la présidence de M. Gorbatchev. Depuis 1996, le nombre varie annuellement entre 150 et 225 et, phénomène particulier, est presque intégralement constitué de lois nouvelles et non de modifications de législations antérieures, ce qui traduit la mise en place d'un ordre juridique entièrement nouveau. Il en va de même en *République tchèque*, où la transition du système socialiste à l'économie de marché, la scission de la Tchécoslovaquie et la reprise de l'acquis communautaire en vue de l'adhésion à l'Union européenne se sont additionnées pour produire une forte augmentation du nombre des lois votées avec, néanmoins, une tendance à la décroissance dans les années les plus récentes.

105

L'intégration du droit communautaire dans la législation nationale et les alternances politiques apparaissent donc comme des éléments moteurs de l'inflation législative, laquelle se conjugue, dans ce dernier cas, avec une forte instabilité législative. Tel est le cas de la France où des pans de la législation tels que l'immigration, la procédure de l'instruction pénale, la propriété publique ou privée des entreprises, le statut des entreprises publiques, la fiscalité des personnes ou du patrimoine ont fait l'objet d'aller et retours au fil des changements de majorité. Ce phénomène se rencontre aussi au *Québec* où, selon une étude de la revue parlementaire canadienne de 1985, entre janvier 1977 et juillet 1984, la loi sur les villes a été modifiée 37 fois, le Code civil 36 fois, la loi fiscale 31 fois et celle sur le régime de retraite des fonctionnaires à 25 reprises.

UN PHÉNOMÈNE AUX CAUSES MULTIPLES

Pour en revenir plus particulièrement à la situation française, les causes qui poussent à cette inflation législative sont nombreuses. Certaines sont visibles; d'autres, peut-être plus puissantes, demeurent cachées.

Des causes visibles

Les dispositions déclaratives. La tendance à faire précéder la partie normative des lois de déclarations de principe dépourvues de portée juridique est, souvent, dénoncée comme une cause majeure d'inflation législative. Mais, même si des légistes scrupuleux peuvent s'agacer de voir

gravées au frontispice de nos lois des vérités premières que le bon M. Prudhomme n'eût parfois pas désavouées et dont le président du Conseil constitutionnel a dressé un savoureux florilège, il faut convenir que, quantitativement, le phénomène est de peu de poids dans l'inflation législative globale. Le Conseil constitutionnel n'en a pas moins entrepris, dans sa récente décision 2005-512 DC du 21 avril sur la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, de censurer ce que son président avait qualifié de « neutrons législatifs ».

106 *Les rapports annexés.* Le fait d'annexer à une loi un rapport ne comportant pas un dispositif articulé et fixant des orientations générales de la politique dans le secteur considéré a toujours existé. Mais cette pratique tend à se généraliser. Outre que la loi de financement de la sécurité sociale comporte désormais, chaque année, un rapport joint à la loi elle-même (alors que le rapport économique et financier présenté par le gouvernement à l'appui de son projet de loi de finances annuel n'a jamais été intégré à la loi de finances), de nombreux textes récents comportent des rapports annexés : tel a été le cas en 2004 des lois sur la santé publique et sur la sécurité civile et, en 2005, de celle sur l'avenir de l'école ; on a même vu le cas particulier du projet de loi d'orientation sur l'énergie qui comportait un rapport annexe transféré, par voie d'amendements, dans le corps même du texte.

Cette pratique du rapport annexe n'est pas, en elle-même, condamnable dans la mesure où elle contribue à pallier certaines imperfections de l'article 34 de la Constitution : le domaine imparti à la loi par la Constitution en matière d'éducation est très succinct et les mots « santé publique » ne figurent même pas dans l'article 34 qui, à strictement parler, ne dévoluerait à la loi dans ce secteur que les vaccinations obligatoires et les interdictions de consommer certains produits ou substances, non d'ailleurs parce qu'il s'agirait de questions de santé publique mais parce que ces dispositions édictent des obligations ou des prohibitions. Or, la représentation nationale ne saurait se désintéresser, en tant que législateur, de questions telles que l'école, la santé ou la politique énergétique et les rapports annexés aux lois d'orientation dans ces domaines tentent de résoudre cette difficulté. Mais, traiter ces rapports comme une partie intégrante de la loi, avec pour conséquence que le droit d'amendement s'exerce sur cette partie littéraire du texte dans les mêmes conditions que sur ses articles normatifs, modifie la notion même de la loi et constitue un facteur non négligeable d'inflation législative. Là aussi, la récente décision sur le texte relatif à l'avenir de l'école censurant le

rapport qui y était annexé, pour des raisons – il est vrai – plus de procédure que de fond, montre qu’il conviendra désormais de se montrer prudent dans l’usage de telles annexes.

Le régime législatif de l’outre-mer. Les lois constitutionnelles du 20 juillet 1998 relatives à la Nouvelle-Calédonie et du 28 mars 2003 sur l’organisation décentralisée de la République ont mis fin à l’ancienne notion de territoires d’outre-mer et institué des régimes législatifs différenciés pour la Nouvelle-Calédonie, les régions qui la composent, la Polynésie française et les collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon. La rançon de ces régimes destinés à tenir compte des spécificités de chacun de ces territoires lointains a été de rendre la législation sensiblement plus complexe : désormais, chaque loi comporte une série plus ou moins longue d’articles précisant les adaptations nécessaires à son application outre-mer selon des modalités variables d’une collectivité à l’autre. Il s’ensuit une augmentation considérable du volume des lois dont on a peu conscience : par exemple, sur les 62 articles du texte de la loi relative à l’avenir de l’école avant son examen par le Conseil constitutionnel, 31 soit exactement la moitié, avaient pour objet d’en prévoir les modalités particulières d’application aux anciens territoires d’outre-mer.

107

La codification. Le vaste mouvement de codification du droit français est un puissant moteur d’inflation législative, non pas tant par l’ampleur, pourtant considérable, des codes nouveaux souvent issus d’ordonnances et n’entrant pas, de ce fait, dans la définition de l’inflation législative calculée à partir du volume des lois adoptées par le seul Parlement, mais parce que la codification aboutit à rendre toutes les lois plus complexes et de plus en plus longues. En effet, toute disposition de fond est précédée de sa formule d’insertion dans un code, formule qui elle-même s’allonge à mesure que la structure des codes se diversifie. De plus, entre les dispositions de fond, s’intercalent des articles de pure codification, cascades de références rendant la lecture du texte souvent aride. Un exemple *a contrario* est fourni par le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises, où un seul amendement établissant un tableau de concordance entre les anciens et les nouveaux articles du livre VI du Code de commerce a permis de supprimer une soixantaine d’articles ou de paragraphes d’articles de pure codification et de simplifier la lecture d’un texte déjà suffisamment complexe.

D’une manière générale, si, entre le droit et son usager, la codification

permet d'améliorer l'accessibilité du produit fini, le code, le moins qu'on en puisse dire est qu'elle n'améliore pas la lisibilité du produit intermédiaire, la loi, et qu'elle contribue ainsi à alimenter l'inflation législative.

L'abandon de la distinction des domaines de la loi et du règlement. L'innovation majeure résultant de la distinction par la Constitution de 1958 des domaines de la loi et du règlement s'est progressivement étioyée. Il s'ensuit une augmentation du volume des lois, qui n'entraîne d'ailleurs pas une réduction corrélative de celui des règlements.

108 Une des manifestations les plus fréquentes de cette porosité entre domaines est la création par la loi de conseils ou commissions à caractère consultatif placés auprès des ministres et qui relèvent donc de la seule organisation administrative. Mais ces organes sont le lieu où, dans l'application de la loi, s'établit la concertation entre les pouvoirs publics et les partenaires sociaux ou la société civile; leurs représentants tiennent donc absolument à ce que la composition et les compétences de ces instances figurent expressément dans la loi et ces dispositions constituent souvent un enjeu politique du débat parlementaire. Au surplus, une fois ces organes institués, les autres articles ne manquent pas de prévoir leur intervention dans les mécanismes mis en œuvre par la loi, ce qui contribue à diffuser dans l'ensemble de la législation la référence à des instances réglementaires auxquelles est ainsi conférée une valeur législative.

Le renvoi à des textes réglementaires est une autre manifestation de l'amenuisement de la distinction entre loi et règlement. Quoique la mention d'un décret ne soit juridiquement nécessaire que pour prévoir la forme du décret en Conseil d'État à la place du décret simple, non seulement les renvois à de futurs décrets, voire à de simples arrêtés, se multiplient dans les textes de loi, mais le législateur, souvent méfiant à l'égard du pouvoir réglementaire, a tendance à énumérer, parfois longuement, ce que sera le contenu du futur texte d'application contribuant ainsi à gonfler le volume de ses propres lois.

Deux ou plusieurs de ces causes peuvent se rencontrer simultanément sur un même texte. La loi du 15 mars 2004 sur le port des insignes religieux dans les établissements scolaires a pour objet de dire que le port ostensible d'insignes religieux est interdit aux élèves des établissements scolaires publics, que les règlements des établissements devront prévoir une procédure de conciliation avant de punir ceux qui contreviendraient à cette règle, que la loi s'applique à Wallis-et-Futuna, à Mayotte et en Nouvelle-Calédonie, qu'elle entrera en vigueur à la rentrée scolaire suivant sa publication et qu'elle fera l'objet d'une évaluation dans

l'année qui suit, ce qui tient en exactement 143 mots. Mais, du fait de son insertion dans le Code de l'éducation et du statut de la Nouvelle-Calédonie, la loi en comporte 317, ce qui fait que la « substantifique moelle » de ce texte ne représente que 45 % de son contenu. De même, la loi d'orientation pour l'avenir de l'école cumulait des dispositions déclaratives dans le corps même du texte, une codification abondante, un rapport annexé à la loi, tout un titre consacré à l'application outre-mer et des dispositions réglementaires ; il n'est donc pas étonnant qu'elle ait fait figure, de la part du Conseil constitutionnel, de première victime du retour à davantage de rigueur que son président avait laissé présager.

Des causes cachées

D'autres phénomènes, moins visibles mais peut-être plus déterminants, concourent puissamment à l'inflation législative.

109

La modification du contenu de la loi. Dans le droit-fil de l'amenuisement de la distinction entre loi et règlement, les lois, notamment dans le domaine du droit public et dans celui de la législation sociale, ont tendance à être de moins en moins des textes de fond édictant des droits et des obligations et davantage des lois de procédure définissant les modalités d'intervention de l'administration. Cette évolution apparaît clairement si l'on compare les lois du 7 janvier et du 22 juillet 1983 qui, en matière de transferts de compétences, ont été la première étape de la décentralisation et celle du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, emblématique de l'acte II de la décentralisation. Alors que les premières portent essentiellement sur la définition des compétences transférées aux autorités locales et des pouvoirs dévolus à leurs organes, la seconde accorde une place prépondérante aux modalités administratives des nouveaux transferts et à celles dans lesquelles les collectivités territoriales exerceront leurs nouvelles compétences, généralement dans le cadre de plans ou de schémas locaux dont la procédure d'élaboration est minutieusement décrite. Cette évolution n'est, d'ailleurs, pas propre à la France : lors de son audition par le comité constitutionnel de la Chambre des Lords, en octobre 2004, Sir Geoffrey Bowman, ancien chef du service dont le rôle consiste à rédiger les projets de loi du gouvernement britannique, observait que « l'approche de la loi par les administrations centrales a évolué et [que] la plupart des projets conçus par ces dernières relèvent de la catégorie des mesures d'administration, se démarquant des projets mettant en œuvre des principes et une politique ».

Or, le fond réagit sur la forme, le style législatif étant différent de l'expression administrative. Quiconque a travaillé avec Jean Foyer et a gardé le souvenir de sa fine écriture ciselant un article de loi pour trouver la formulation précise disant le maximum de choses avec le minimum de mots sait ce qu'est le beau style législatif, dont le Code civil demeure le modèle; dans le domaine du droit public, l'expérience acquise au sein de la magistrature administrative a sans doute contribué à l'exigence élevée de perfection formelle de la loi de législateurs tels que Michel Aurillac, Alain Richard ou Michel Sapin, pour ne citer que des personnes qui ne sont plus aujourd'hui parlementaires. Le style administratif est différent: il ne vise pas à la concision mais à l'exhaustivité et s'efforce de n'accorder aucune part à l'interprétation; là où la loi consent à laisser une place à la jurisprudence, le style administratif ne fait grâce d'aucun détail et n'hésite pas à accumuler références et renvois. Il contribue ainsi très largement à l'inflation législative.

La procédure législative. Notre procédure parlementaire se caractérise – et c'est probablement une spécificité française – par un usage très étendu du droit d'amendement. En 2004, l'Assemblée a été saisie de 25 181 amendements déclarés recevables; si l'on retire de ce total les 4 876 amendements présentés à l'occasion de l'examen en deuxième lecture du projet de loi sur les responsabilités locales, sur lequel le gouvernement a engagé sa responsabilité d'entrée de jeu, et les 825 amendements non soutenus par leur auteur, un peu moins de 19 500 amendements ont été soumis au vote; si l'on considère par ailleurs que, sur les 1 058 heures de débats législatifs (lois de finances incluses), environ les deux tiers ont été consacrés à l'examen des articles et amendements, il en ressort que l'Assemblée a examiné, en moyenne, 27 amendements à l'heure, sur lesquels elle en a adopté 4 186. En proportion, ces adoptions ne représentent que 16,6 % des amendements recevables, contre 51,8 % en 1970, 42,2 % en 1980 et 87,7 % en 2000 (l'opposition de l'époque ayant très peu fait usage de son droit d'amendement); mais, en nombre et sans remonter jusqu'aux années les plus lointaines, ceci équivaut à un presque doublement par rapport à 1990 et à une augmentation de moitié par comparaison à l'année 2000.

Bien entendu et indépendamment même de toute utilisation à des fins d'obstruction ou de ralentissement des débats, l'accroissement du nombre d'amendements déposés et adoptés est, pour l'essentiel, une conséquence de la tendance du gouvernement à présenter des textes sans cesse plus volumineux. Il en est aussi, pour partie, indépendant: ainsi,

le projet de loi organique relatif aux lois de financement de la sécurité sociale actuellement en discussion comportait initialement sept articles, dont deux de codification et un relatif à l'entrée en vigueur, soit quatre articles de fond; il a fait l'objet de 330 amendements, dont 135 sur le seul article premier. Quoi qu'il en soit de la responsabilité des uns ou des autres, aucune assemblée ne peut fonctionner de façon satisfaisante en examinant 15 000 amendements par an. Quel que soit le respect scrupuleux porté au droit constitutionnel d'amendement, lorsque, chaque mois où elle siège, une assemblée discute au moins un texte sur lequel sont présentés entre 500 et 1 000 amendements, quand il n'est pas rare qu'un seul article fasse l'objet de plus d'une centaine d'amendements déposés, il faut convenir que s'est produit dans l'exercice de ce droit un dérèglement qui contribue puissamment à l'inflation législative.

111

ENDIGUER LES DÉBORDEMENTS SUPPOSE UNE PRISE DE CONSCIENCE ET UN CONSENSUS SUR LES MOYENS

Si l'évolution du droit ne va pas sans une dose raisonnable d'inflation législative, le risque est dans l'excès. Et, de même que le vice-président du Conseil d'État fit scandale, il y a quelques années, en parlant de lois bavardes, n'y a-t-il pas lieu de s'alarmer aujourd'hui face à des lois comme frappées d'obésité ?

Une nécessaire prise de conscience

Un tel phénomène ne peut prospérer que si les principaux acteurs du processus législatif y trouvent – ou pensent y trouver – avantage. En apparence, tout va bien. Les parlementaires sont globalement satisfaits, même s'ils dénoncent les conditions de travail que le rythme législatif leur impose; beaucoup voient dans cette profusion des lois la juste réaction à un parlementarisme rationalisé soupçonné d'avoir exagérément réduit la place des assemblées. Les débats, parfois fastidieux en raison de leur longueur, sont, aussi, souvent vifs et intéressants, animés par des députés connaisseurs avertis du sujet traité en raison de leur expérience professionnelle ou locale; la majorité met en œuvre son programme politique et chaque ministre peut espérer attacher son nom à une loi qui fera date; l'opposition joue son rôle de contestation vis-à-vis de l'opinion, quitte parfois à noyer la discussion sous des flots d'amendements. Les corps intermédiaires, partenaires sociaux, monde

associatif, syndicats ou organisations professionnelles, toujours prompts à demander qu'un statut particulier reconnaisse leurs spécificités et à alimenter les parlementaires en propositions d'amendements, poussent à la roue de l'inflation.

Qui s'inquiète ? Quelques juristes, universitaires ou membres de la haute fonction publique, les magistrats qui peinent à appliquer une législation souvent changeante et sans cesse plus volumineuse, en tout quelques centaines, au plus quelques milliers, de personnes. Mais aussi des responsables politiques, de diverses tendances, mesurent les inconvénients d'un gonflement des débats dont ils craignent qu'il ne finisse par menacer la maîtrise de l'ordre du jour par le gouvernement et, par voie de conséquence, sa capacité à conduire sa politique. On peut se demander si la sensation de lourdeur que les débats dégagent parfois ne conduit pas certains élus à se détourner de l'hémicycle pour concentrer leur action sur l'échelon local.

Aussi, l'état d'esprit est-il peut-être en train de changer. Les plaintes de professionnels du droit et de responsables économiques qui se disent à demi ensevelis sous l'avalanche normative, se font entendre avec insistance. L'administration, soumise à des procédures de concertation de plus en plus lourdes dans l'élaboration des textes réglementaires, a du mal à suivre la cadence; sans doute faut-il y voir une des causes des délais souvent excessifs de parution des décrets d'application. Mais, surtout, si une loi est souvent le préalable nécessaire à la solution d'un problème social, elle n'y suffit évidemment pas et le désappointement de ceux pour qui la loi tarde à produire ses effets est parfois à la hauteur des espoirs que son adoption avait suscités.

Les inconvénients de cette situation commencent à être perçus par ceux à qui incombe la responsabilité du bon fonctionnement du processus législatif: ce n'est pas un hasard si trois des plus hauts personnages de l'État s'adressant au premier d'entre eux, les présidents de l'Assemblée nationale, du Sénat et du Conseil constitutionnel, ont fait de la lutte contre l'inflation législative un thème de leur allocution de vœux au président de la République du début de 2005. Il n'est donc pas interdit de penser que, lorsque cette prise de conscience deviendra majoritaire, le balancier repartira naturellement dans l'autre sens. Peut-être n'est-il pas loin de le faire.

Des solutions qui supposent un consensus

Lutter contre cette inflation ne signifie évidemment pas cesser toute production législative, mais simplement tenter d'en endiguer les débors-

dements en recentrant la discussion de la loi et son contenu sur ce qui en constitue l'essentiel. Le président de l'Assemblée nationale, M. Jean-Louis Debré, a proposé des solutions en ce sens.

Revenir à une meilleure séparation des domaines de la loi et du règlement. L'article 41 de la Constitution comporte une procédure de protection du domaine réglementaire qui a échoué en raison de son inapplicabilité de fait. L'irrecevabilité tirée de l'article 41, invoquée par le seul gouvernement, est en premier ressort appréciée par le président de l'Assemblée ou du Sénat, dont c'est une prérogative personnelle qui ne peut pas être exercée par un vice-président : si le président ne préside pas lui-même, il faut suspendre pour le consulter ; si, une fois consulté, il ne partage pas le sentiment du gouvernement, l'affaire est portée devant le Conseil constitutionnel qui dispose d'une semaine pour statuer, pendant laquelle le débat est interrompu. Face aux aléas d'une telle procédure, il est plus simple pour le gouvernement de demander à sa majorité de repousser l'amendement, sur le fond, sans recourir à l'article 41. Mais, celui-ci n'étant plus invoqué, la distinction des domaines législatif et réglementaire s'est progressivement estompée.

113

Le président de l'Assemblée nationale a donc déposé, le 5 octobre 2004, une proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi, qui réviserait l'article 41 sur le modèle de l'article 40, dont la mise en œuvre à l'Assemblée nationale comporte un filtre *a priori* de toutes les initiatives potentiellement coûteuses sur intervention du président de la commission des finances : une compétence analogue serait donnée à celui de la commission des lois en matière de contrôle du caractère législatif des initiatives. Toutefois, il faut convenir que la distinction des domaines de la loi et du règlement soulève une difficulté que ne pose pas l'article 40 qui, par définition, ne s'applique pas au gouvernement ; or, des dispositions réglementaires figurant souvent dans les projets de loi dès l'origine, on imagine mal de priver députés et sénateurs du droit de modifier un texte dont ils sont saisis au motif que, celui-ci étant réglementaire, leurs amendements le seraient nécessairement aussi. La mise en œuvre de cette réforme impliquerait donc une vigilance draconienne du Conseil d'État pour pourchasser toute disposition réglementaire dans les projets de loi ; il pourra y trouver une incitation dans la décision du Conseil constitutionnel du 21 avril 2005 attribuant un caractère réglementaire à certaines dispositions de la loi dont il était saisi pour examen de constitutionnalité, ce qui a pour effet d'habiliter par anticipation le gouvernement à procéder à leur déclassement.

Une telle réforme supposerait aussi une révision de l'article 34 de la Constitution, afin d'adapter, dans le sens de l'allongement, la liste des matières législatives à l'évolution des domaines d'intervention de l'action publique intervenue depuis l'avènement de la V^e République.

Mieux maîtriser le volume des discussions. Dans le but de recentrer le débat public sur l'essentiel, il a parfois été proposé de le débarrasser de ses aspects techniques et d'en transférer la discussion et le vote au sein des commissions. Outre qu'elle supposerait aussi une révision constitutionnelle, cette solution paraît difficile à mettre en œuvre car il n'existe aucun moyen juridique permettant de distinguer ce qui serait technique ou accessoire de ce qui revêtirait un caractère politique et essentiel. On voit donc mal selon quelle procédure ce choix serait fait ou à quelle autorité il pourrait être confié.

114

C'est pourquoi le président de l'Assemblée nationale a proposé de s'en remettre au seul critère objectif incontestable, celui du temps. Tel est le sens de sa proposition consistant à organiser les débats législatifs selon la formule du « crédit-temps » : la Conférence des présidents fixerait la durée globale de chaque discussion et la répartirait entre les groupes politiques, lesquels pourraient consacrer librement le temps qui leur est imparti à la discussion générale ou à celle des motions de procédures, aux inscriptions sur les articles ou à la défense de leurs propres amendements et aux interventions pour ou contre ceux des autres groupes. Chaque groupe resterait libre de déposer autant d'amendements qu'il l'entend mais, lorsque son temps serait épuisé, ses éventuels amendements restants seraient mis aux voix sans débat. Ainsi, chacun serait spontanément porté à concentrer ses interventions sur ce qui lui paraît essentiel, ce qui contribuerait à réduire l'inflation législative en conduisant à davantage de parcimonie dans le dépôt d'amendements.

Mais, qu'il s'agisse de réviser les articles 34 et 41 de la Constitution ou de mieux gérer le déroulement des débats, il est clair que toute action réformatrice suppose l'accord de tous, gouvernement, majorité et opposition, lui-même consécutif à une prise de conscience des inconvénients d'une inflation excessive.

La complexité croissante du droit est certes inévitable, car elle est le reflet de celle des rapports sociaux, accentuée, dans le cas de la France, par son appartenance à l'ordre juridique européen. Mais le rôle des pouvoirs publics, et singulièrement du législateur, n'en est pas moins de

résister à cette évolution afin, non de la vaincre, mais d'en limiter les effets à ce qui ne peut être évité.

Faute de cela et face à une législation sans cesse plus touffue, souvent changeante et à l'application parfois incertaine, nous risquerions de voir s'enfler un thème nouveau et jusqu'à présent discret, celui des interrogations sur la qualité de la loi. Or, mesure-t-on ce que cette seule question a d'iconoclaste ? La loi, produit de la souveraineté nationale, expression de la volonté générale, est nécessairement bonne, du seul fait qu'elle est la loi. S'interroger sur sa qualité, comme on le ferait de n'importe quel produit marchand, c'est introduire le doute sur son fondement même. Décidément, tout était déjà dans Montesquieu pour qui « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires ».

R É S U M É

Le volume des lois nouvelles a doublé en France au cours des quinze dernières années, alors que leur nombre diminuait. Cette inflation, mesurée à partir de la taille moyenne des lois, est un phénomène naturel traduisant la complexité croissante des rapports sociaux qu'elles régissent et qui se rencontre aussi, notamment, en Allemagne, en Belgique et au Royaume-Uni. Dispositions déclaratives, rapports annexes, régime législatif de l'outre-mer, codification et amenuisement de la distinction des domaines de la loi et du règlement y concourent ; mais, pour être moins visibles, la modification du contenu des lois vers des textes davantage de procédure que de fond et un certain dérèglement dans l'exercice du droit d'amendement n'en sont pas moins les plus puissants moteurs de cette inflation aux causes multiples. En contenir les débordements suppose une prise de conscience des inconvénients de cette situation par les acteurs du processus d'élaboration de la loi et un consensus sur les moyens techniques permettant de recentrer le débat législatif sur l'essentiel.

LES ORDONNANCES : TUER OU SAUVER LA LOI ?

LE CONSTAT EST DÉSORMAIS PARTAGÉ PAR TOUS: l'excès de réglementation conduit à une dévaluation de la règle de droit. Le Conseil d'État avait sonné l'alerte dans son rapport public de 1991 relevant notamment « qu'un des éléments de la dégradation de la norme [législative] réside dans le développement des textes d'affichage, un droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux ». Le Premier ministre a, par circulaire du 26 août 2003, défini un ensemble d'orientations en vue de maîtriser l'inflation normative et d'améliorer la qualité de la réglementation. Depuis lors, le président de l'Assemblée nationale a fait sienne cette analyse déplorant que l'on fasse désormais « des lois bavardes, [que l'on] légifère sur des domaines réglementaires ». Enfin le président du Conseil constitutionnel a, quant à lui, regretté dans ses vœux du 3 janvier 2005 que « l'article 37 de la Constitution... se vide de son contenu depuis une trentaine d'années ».

Quelques chiffres bien connus soulignent la poussée normative. Ainsi, en 1990, lors de son fameux rapport, le Conseil d'État avait été saisi de 118 projets de lois ou ordonnances, soit une forte augmentation par rapport aux 80 lois par an en moyenne au début de la V^e République ou à la moyenne de 92 lois entre 1965 et 1974. En 2004, le chiffre est toujours plus élevé, la Haute Assemblée ayant été saisie de 184 projets de lois ou ordonnances. De même le *Journal officiel* est passé de 7 000 pages en 1976 à 17 000 pages en 1990 et à près de 23 000 pages en 2004. Ainsi décrite, la poussée normative apparaît inexorable. Elle serait en outre désespérante puisque selon la formule du doyen Carbonnier « l'inflation se grossit de l'enflure ».

* Le présent article n'exprime que le point de vue de son auteur.

Ces quelques chiffres ne traduisent pourtant pas un mouvement profond engagé depuis 2002 : le nombre de lois s'est stabilisé, ayant même quelque peu décréu, alors que le recours aux ordonnances s'est systématisé : ainsi 57 des 184 projets soumis au Conseil d'État en 2004 étaient des ordonnances, soit presque un tiers de ces textes. Cette orientation fait craindre à certains une nouvelle étape dans l'inflation législative. L'ordre du jour du Parlement n'étant pas extensible, malgré les sessions extraordinaires, le recours aux ordonnances permettrait de contourner cet obstacle pour encore renforcer la poussée normative. À celle-ci et à la dégradation de la qualité de la norme, s'ajouterait en outre l'abaissement du Parlement dépossédé de sa prérogative essentielle de vote de la loi. Décidément la situation serait ainsi bien sombre.

118 Une analyse précise, notamment statistique, est nécessaire pour faire le point sur ce recours aux ordonnances. Elle souligne le choix stratégique opéré en deux ans par l'exécutif avec le soutien du législatif. Cette orientation a été plusieurs fois contrôlée par le juge constitutionnel qui a bâti une jurisprudence avalisant ces larges délégations et un bilan de celles-ci est aujourd'hui possible. Il apparaît que les ordonnances, intervenues dans de multiples domaines, ont permis des réformes importantes de règles juridiques souvent désuètes dont la technicité avait repoussé l'examen parlementaire. La législation française sort renforcée et modernisée de cette phase d'ordonnances. Celle-ci pourrait s'avérer être l'une des modalités ayant permis à la loi de retrouver sa place première.

LA SYSTÉMATISATION RÉCENTE DU RECOURS AUX ORDONNANCES DE L'ARTICLE 38

Les ordonnances apparaissent à plusieurs reprises dans la Constitution du 4 octobre 1958. Bien sûr, chacun se souvient de l'article 92, abrogé en 1995, qui avait permis l'adoption rapide d'ordonnances organiques et ordinaires. Aujourd'hui, hormis l'article 38, trois autres articles font mention de la possibilité de légiférer par ordonnance. D'une part, les articles 47 et 47-1 permettent de mettre en vigueur par ordonnance les projets de loi de finances et les projets de loi de financement de la sécurité sociale lorsque le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de 70 jours. D'autre part, l'article 74-1 institue, depuis 2003, une habilitation permanente pour actualiser le droit applicable outre-mer ; il demeure, pour le moment, peu utilisé.

L'article 38 de la Constitution est d'une nature bien différente. Il a été

conçu par les constituants comme une dérogation encadrée à la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Seul le gouvernement peut prendre l'initiative de ce dessaisissement du Parlement. Il le fait « pour l'exécution de son programme », ce qui impose qu'il précise « la finalité des mesures qu'il se propose de prendre et leurs domaines d'intervention » (CC, décis. 86-207 DC). Ces dispositions sont restées longtemps peu utilisées. La situation, après une montée en puissance progressive, perceptible dès la fin du siècle dernier, a radicalement changé depuis 2003.

D'habilitations éparses à deux lois spécifiques d'habilitation

Jusqu'en 2003, le recours aux lois d'habilitation est demeuré épisodique et parcellaire. Il a été systématisé à l'occasion des deux lois de simplification du droit des 2 juillet 2003 et 9 décembre 2004 qui comportent de larges habilitations. Quelques chiffres soulignent ce contraste¹.

119

Le législateur a, pour la première fois, habilité le gouvernement sur le fondement de l'article 38 à l'occasion de la loi du 4 février 1960 relative à l'Algérie. Par la suite, de 1960 à 1990, 25 lois comportant des mesures d'habilitations ont été adoptées, puis 13 lois entre 1990 et 2001. Au total, les quarante premières années de la V^e République ont connu un recours très modéré à l'article 38 avec moins d'une loi par an contenant des mesures d'habilitation.

Cette situation a commencé à changer en 2002 avec 5 lois comportant des habilitations, puis 7 lois en 2003 et 9 lois en 2004. Surtout, la loi du 2 juillet 2003 comporte à elle seule 32 articles habilitant le gouvernement à légiférer par ordonnance, certains articles comprenant eux-mêmes plusieurs objets d'habilitation. Bien plus, la loi du 9 décembre 2004 compte 60 articles d'habilitation. Au total, avec ces deux lois, le Parlement aura en deux ans davantage habilité le gouvernement à prendre des mesures grâce à l'article 38 qu'en 45 ans de V^e République.

Des ordonnances récemment très nombreuses

Très logiquement, à cette augmentation radicale des habilitations correspond une croissance récente très forte du nombre d'ordonnances.

De 1960 à 1990, 158 ordonnances ont été prises sur le fondement de l'article 38. Puis de 1990 à 2001, 104 ordonnances ont été publiées.

1. Les chiffres cités sont issus de la très complète analyse du service des études juridiques du Sénat « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution » de janvier 2005.

Pendant quarante ans, le nombre d'ordonnances est ainsi resté globalement faible avec trois pics en 1992 (22 ordonnances), 1998 (20 ordonnances) et 2000 (29 ordonnances). Le nombre moyen d'ordonnances est ainsi, sur l'ensemble de la période, de 6 par an. Ce chiffre faible est à comparer à celui de 90 à 110 lois par an selon les décennies de la période 1960 à 2000.

Depuis 2000, le nombre annuel d'ordonnances est en très forte augmentation. 130 ordonnances ont été publiées en 5 ans, avec un nombre record en 2004 de 52 ordonnances publiées. Surtout, pour la première fois en 2004, le nombre d'ordonnances est supérieur au nombre de lois (hors lois portant approbation ou traités internationaux). Il représente plus de 55 % de ces textes intervenus dans le domaine de la loi. 2005 devrait connaître une orientation en ce sens encore plus prononcée. La loi du 9 décembre 2004 connaît en effet, comme il a été souligné, un nombre très important d'habilitations qui conduiront à de nombreuses ordonnances au cours du deuxième semestre 2005.

120

Des ordonnances principalement cantonnées à l'outre-mer à un champ désormais très varié

Malgré leur éloquence, ces chiffres ne traduisent pas une réalité encore plus fondamentale: le champ d'intervention des ordonnances a radicalement changé depuis trois ans. Jusqu'alors, le recours à l'article 38 concernait principalement l'adaptation de la législation relative à l'outre-mer et accessoirement la codification et la transposition de directives européennes. Depuis trois ans, il n'est pas de domaine du droit, ou presque, qui n'ait fait l'objet d'habilitation puis d'ordonnance.

De 1990 à 2002, parmi les 118 ordonnances adoptées, 83 ont concerné l'outre-mer (soit 70 % du total), 17 ont visé à la transposition de textes européens (soit 15 % du total) et 12 ont concerné l'adoption de codes (soit 10 % du total). Ces trois champs d'action recouvrent ainsi plus de 95 % des ordonnances publiées sur la période. Les seules exceptions sont six ordonnances intervenues en 1996 en matière de protection sociale et de finances sociales en application de la loi du 30 décembre 1995 et une ordonnance faisant suite à l'introduction de l'euro en application de la loi du 15 juin 2000. Si l'on remonte avant 1990, la tendance est exactement la même. La seule exception notable est la période de la première cohabitation, le gouvernement ayant pris 8 ordonnances entre le 16 juillet et le 20 décembre 1986. Ces textes avaient alors porté sur des domaines variés: emploi des jeunes, Code du travail, participation des salariés, libérés des prix et de la concurrence...

Depuis 2003, la situation s'est profondément transformée. La loi de simplification du droit du 2 juillet 2003 porte sur les matières les plus diverses. Dès lors, les ordonnances sont intervenues dans les champs les plus variés : droit social, droit rural, droit des sociétés... Cette orientation va encore se renforcer avec la loi du 9 décembre 2004 et ses ordonnances d'application.

Des ratifications aujourd'hui régulières

Si la première habilitation du gouvernement sur le fondement de l'article 38 remonte à 1960, la première loi de ratification est bien postérieure. Il s'agit de la loi du 31 juillet 1968 portant ratification des ordonnances relatives à la sécurité sociale prises en application de la loi du 22 juin 1967 autorisant le gouvernement à prendre des mesures d'ordre économique et social. Par la suite, les lois de ratification sont longtemps restées peu nombreuses. De 1960 à 1990, seule une trentaine d'ordonnances (soit moins de 20 %) ont été expressément ratifiées. Cette tendance s'est prolongée jusqu'en 2003. Le nombre d'ordonnances expressément ratifiées est, chaque année, resté proche de zéro. Il n'est que deux exceptions à cette règle, pour le droit de l'outre-mer, en 1992 (22 ratifications) et 1999 (20 ratifications).

121

Là encore, la tendance s'est radicalement inversée en 2003 (31 ordonnances expressément ratifiées). Lorsque 2005 s'ajoutera à ces deux années, le nombre total d'ordonnances expressément ratifiées aura, en trois ans, été supérieur à celui des 45 premières années de la V^e République. Cette orientation est à lier à celle du champ désormais très varié des habilitations et à l'importance des réformes réalisées. Celles-ci imposent une sécurité juridique liée à la nécessaire ratification des ordonnances. Il s'en suit désormais une politique volontariste et systématique de ratification. Ainsi, près de 90 % des ordonnances publiées de 2000 à 2003 auront été ratifiées à la fin de 2004.

LE RECOURS AUX ORDONNANCES VALIDÉ PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le Conseil constitutionnel a, au fil du temps, précisé sa jurisprudence relative à l'utilisation de l'article 38. Les recours formés à l'occasion des lois du 2 juillet 2003 et 9 décembre 2004 ne l'ont pas conduit à encadrer davantage cette pratique renouvelée des ordonnances.

Une jurisprudence ancienne fixant le recours à l'article 38

Le Conseil constitutionnel a, depuis longtemps, interprété l'article 38 de la Constitution comme faisant au gouvernement l'obligation d'indiquer au Parlement avec précision la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances et leur domaine d'intervention (décis. 76-72 DC, 12 janvier 1977; décis. 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986; décis. 86-208 DC, 1^{er} et 2 juillet 1986). Pour autant, le gouvernement n'est pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra (décis. 99-421 DC, 16 décembre 1999). Il peut au demeurant faire dépendre ce contenu des résultats de travaux et d'études dont il ne connaîtra que plus tard les conclusions (décis. 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986).

Le domaine de l'habilitation peut comprendre, aux termes mêmes de l'article 38, « toute matière qui relève du domaine de la loi en application de son article 34 » (décis. 99-421 DC, 16 décembre 1999). Aussi s'il est rare que des habilitations soient votées dans certaines matières, par exemple en droit pénal, ceci ressort d'une coutume et non d'une règle constitutionnelle.

L'urgence est au nombre des justifications que le gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 (décis. 99-421 DC, 16 décembre 1999). Comme le relèvent les *Cahiers du Conseil constitutionnel* (CCC, n° 15 sur décis. 2004-473 DC), « en 1999, le Conseil constitutionnel avait admis le recours à l'article 38 de la Constitution pour surmonter l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire ». La Haute Juridiction avait alors jugé que « cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ».

Le dessaisissement du Parlement par la voie de l'article 38 n'est, bien sûr, que momentané. Il est loisible au Parlement d'amender le contenu des ordonnances, soit à l'occasion du vote de la loi de ratification, soit de sa propre initiative, après l'expiration du délai imparti au gouvernement en application de l'article 38. Bien plus, une loi adoptée avant l'expiration de ce délai peut régulièrement modifier et ratifier tacitement les dispositions d'une ordonnance, en l'absence de toute opposition d'irrecevabilité par le gouvernement (décis. 86-224 DC, 23 janvier 1987).

Enfin, le Conseil constitutionnel a, par sa décision 2004-510 DC du 20 janvier 2005, été amené à préciser que seul le gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de prendre des ordonnances. Une habilitation figurant dans le texte initial d'une proposition de loi ne répond pas à cette condition et ne ressortit pas à une initiative gouvernementale. Elle est donc contraire à la Constitution.

*Une jurisprudence confirmée à l'occasion
des lois des 2 juillet 2003 et 9 décembre 2004*

Les deux lois de simplification du droit des 2 juillet 2003 et 3 décembre 2004 renouvellent profondément, comme cela a été souligné, le recours aux ordonnances. Le Conseil constitutionnel a été saisi de ces deux textes. Il a rejeté ces recours, n'annulant aucune disposition et formulant de rares réserves d'interprétation (décis. 2003-473 DC, 26 juin 2003 et 2004-506 DC, 2 décembre 2004). La Haute Juridiction a ainsi validé le recours étendu à l'article 38.

En 2003, la saisine de soixante sénateurs mettait en cause l'ampleur excessive de l'habilitation. Un grief général était tiré de l'imprécision de la loi. Le Conseil constitutionnel a écarté cette argumentation inopérante. D'une part, il a rappelé que, hormis les domaines réservés par la Constitution à la loi organique, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale, toutes les autres matières législatives peuvent faire l'objet d'une habilitation, « quelle que soit leur importance et quelle que soit l'éminence des principes en cause » (CCC, n° 15). Le Conseil a relevé qu'au cas d'espèce « la finalité des autorisations délivrées au gouvernement... et le domaine dans lequel les ordonnances pourront intervenir sont définis avec une précision suffisante ». D'autre part, la Haute Juridiction a étendu sa jurisprudence de 1999 au-delà de la codification à la simplification du droit. Elle a relevé à nouveau que « l'urgence est au nombre des justifications que le gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution, qu'en l'espèce l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ». Sur ce point, le Conseil a précisé que la décision de 1999 n'avait évidemment ni pour objet ni pour effet d'interdire au législateur d'habiliter le gouvernement à réaménager une législation, notamment en codifiant « à droit non constant ».

En 2004, les deux recours dont avait été saisi le Conseil constitutionnel formulaient, comme en 2003, les mêmes griefs généraux critiquant le recours aux ordonnances dans un très grand nombre de matières. Ils ont été rejetés avec la même motivation qu'en 2003. Au total, avec ces deux décisions, le Conseil a validé la systématisation du recours aux ordonnances : leur nombre élevé est sans influence sur leur constitutionnalité. Comme souvent, les *Cahiers du Conseil constitutionnel* éclairent finement cette jurisprudence : « Il doit être bien clair qu'en 1999, en

2003, comme à nouveau en 2004, le Conseil constitutionnel rend hommage non pas aux ordonnances (dont les inconvénients ont été justement dénoncés par l'opposition sous deux législatures successives), mais à la simplification et à la codification du droit, figurant au programme du gouvernement, et dont les ordonnances sont, faute de mieux, le véhicule, en raison de l'encombrement de l'ordre du jour » (CCC, n° 18). Le Conseil prend ainsi en compte la finalité même du recours renouvelé aux ordonnances : moderniser des pans entiers de notre droit devenus obsolètes.

LA MODERNISATION DE LÉGISLATIONS VARIÉES

124 Paradoxalement, la poussée normative s'exerce depuis plusieurs années de manière différenciée selon les matières. Certains champs d'action font fréquemment l'objet de nouvelles dispositions législatives tandis que diverses matières demeurent en l'état sans être adaptées à une société qui change. Ces dernières législations deviennent progressivement désuètes. Pour autant leur technicité ou leur absence de priorité politique ne conduisent pas à ce qu'elles fassent l'objet de projets de lois. Le recours renouvelé aux ordonnances de l'article 38 a permis d'opérer ces réformes.

Il n'est pas possible ici de faire un bilan exhaustif des ordonnances prises en application des deux lois de simplification du droit. Leur nombre et leur variété sont en effet très grands. D'une part, de nombreuses ordonnances opèrent la simplification de modalités administratives ou de règles de fond dans les domaines les plus variés : permis de chasser (ordonnance du 1^{er} août 2003), organisation et fonctionnement du système de santé (ordonnance du 4 septembre 2003), emplois du spectacle (ordonnance du 6 novembre 2003), suppression de l'affirmation des procès-verbaux (ordonnance du 16 décembre 2003), règles fiscales et suppression du droit de timbre devant les juridictions administratives (ordonnance du 22 décembre 2003), élections prud'homales (ordonnance du 24 juin 2004)... D'autre part, d'autres ordonnances procèdent à d'importantes réformes de fond : création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (ordonnance du 15 avril 2004), contrat de partenariat public-privé (ordonnance du 17 juin 2004), associations syndicales de propriétaires (ordonnance du 1^{er} juillet 2004), adaptation de la réglementation comptable aux nouvelles normes européennes (ordonnance du 20 décembre 2004)...

Ce second type d'ordonnance est plus significatif que le premier. Il

permet en effet des réformes de fond jusqu'alors repoussées. Deux champs nouveaux d'intervention des ordonnances illustrent particulièrement cette orientation : le droit civil et le droit des sociétés.

Les premières ordonnances modifiant le Code civil

Trois ordonnances prises en application des lois des 2 juillet 2003 et 9 décembre 2004 viennent pour la première fois modifier le Code civil. Elles interviennent chaque fois sur des questions importantes mais techniques qui auraient rendu difficile, au regard des ordres du jour parlementaire, l'intervention d'une loi. Elles modernisent de façon significative notre droit.

En premier lieu l'ordonnance du 20 février 2004 porte sur la question très importante juridiquement mais peu éminente politiquement des modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs. Cette ordonnance fait suite à un rapport confié en 2001 au Conseil d'État. Ses conclusions ont largement inspiré les solutions retenues par le gouvernement. L'objectif était de moderniser et d'unifier les règles d'entrée en vigueur des lois et principaux actes administratifs, alors que cette question restait de manière anachronique régie par des règles datant du XIX^e siècle. L'ordonnance est venue modifier l'emblématique article 2 du Code civil. Dorénavant, à moins qu'ils n'en disposent autrement, tous les textes publiés au *Journal officiel* entreront en vigueur en même temps sur tout le territoire métropolitain le lendemain de leur publication. Par ailleurs, l'ordonnance consacre une édition du *Journal officiel* sur support électronique. Certains actes, du fait de leur objet et de leur nature précisée par décret, pourront n'être plus publiés que dans cette version électronique.

125

En second lieu, l'ordonnance du 17 février 2005 modifie la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur. En application de la loi du 9 décembre 2004, elle opère la transposition en droit français de la directive 99/44/CE du 25 mai 1999. Cette ordonnance rend complémentaire les deux actions en garantie de conformité du bien au contrat et en garantie des vices cachés. Dès lors elle modifie à la fois le Code civil et le Code de la consommation. La modification du premier des codes vise ainsi à permettre aux acheteurs, notamment consommateurs, de disposer d'une action au délai de prescription plus long que celui du Code de la consommation. Cette ordonnance fait suite à un projet de loi examiné en Conseil des ministres puis déposé devant l'Assemblée nationale mais jamais inscrit à son ordre du jour.

La loi du 9 décembre 2004 a également habilité le gouvernement à réformer par ordonnance le droit de la filiation. Cette habilitation est particulièrement significative de l'objet des lois de simplification du droit de 2003 et 2004. D'une part, il ne s'agit pas de déposéder le Parlement de réformes de société qui doivent relever de débats en son sein. En l'espèce, plusieurs lois successives ont déjà modifié le droit de la filiation. La loi du 3 janvier 1972 avait amorcé l'harmonisation des régimes régissant les filiations légitime et naturelle. Cette évolution s'est achevée avec la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale. Mais, d'autre part, ces réformes successives, si elles ont aligné les régimes des enfants légitimes et naturels, ont laissé demeurer une inutile complexité juridique. Ainsi le Code civil conservait ces différences terminologiques, seules traces d'une hiérarchie des filiations désormais abolie. 126 Surtout demeuraient des modes complexes d'établissement de la filiation ainsi que des actions judiciaires nombreuses et peu compréhensibles. La loi du 9 décembre 2004 a habilité le gouvernement à remédier à ces inconvénients du droit en vigueur, ce qui a été fait par ordonnance du 4 juillet 2004.

Cette habilitation est particulièrement précise puisqu'elle comporte sept tirets listant les objectifs de la réforme parmi lesquels « unifier les conditions d'établissement de la filiation maternelle » ou « harmoniser le régime procédural de l'établissement judiciaire de la filiation ». Avec une telle rédaction, qu'il a modifiée par rapport au projet initial du gouvernement, le Parlement a pleinement eu l'occasion de se prononcer sur la finalité de chaque aspect de la réforme. Pour autant, il permet de procéder à celle-ci en renvoyant à une ordonnance alors qu'une loi aurait eu du mal à trouver sa place dans l'ordre du jour. Au final, l'habilitation va conduire à une refonte des trois chapitres qui composent le titre VII du livre premier du Code civil relatif à la filiation. Le code, sur ce point en retard par rapport à la majorité des législations européennes, en sortira amélioré et renforcé. Le recours aux ordonnances aura été fructueux. Et le doyen Beignier d'en conclure : « Au demeurant, rénover le Code civil en usant du même procédé que ceux qui en furent les pères lointains, Colbert, Daguesseau, ou les rédacteurs, Portalis, Tronchet, à savoir les ordonnances royales ou les lois consulaires votées par un Corps législatif muet, est-ce bien une hérésie ? »

La modernisation par ordonnance du droit des sociétés

Le droit des sociétés a fait l'objet, depuis plusieurs années, de réformes législatives importantes. Chaque fois, le Parlement a eu l'occasion de se prononcer sur des questions majeures. Il en a encore été ainsi sur la séparation de l'audit et du conseil, à l'occasion de la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière. Pour autant ces lois successives n'ont pas permis de simplifier diverses règles moins emblématiques du droit des sociétés ou de rénover des matières très techniques. Là encore les deux lois de simplification ont permis l'adoption d'ordonnances allégeant par exemple le droit des SARL ou réformant le régime des valeurs mobilières.

L'ordonnance du 25 mars 2004 simplifie le droit et les formalités pour les entreprises. Elle comporte des mesures très diverses concernant la location gérance, les sociétés coopératives de commerçants détaillants, les sociétés coopératives d'artisans, les ventes en liquidation, les foires et salons, les marchés d'intérêt national... Surtout elle modifie les règles de fonctionnement de la SARL par exemple pour élargir son financement ou faciliter la cession des parts sociales. Au total, cette ordonnance procède à une large simplification des règles souvent techniques ou parcellaires qui n'avait jamais pu être opérée dans le cadre de projet ou de proposition de loi.

127

L'ordonnance du 24 juin 2004 réforme le régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales. Elle intègre dans notre droit des mécanismes reconnus par la pratique financière internationale comme les actions de préférence ou les augmentations de capital en continu. Le texte offre également aux entreprises une meilleure réactivité, par exemple en élargissant le champ des délégations au conseil d'administration ou en reconnaissant la compétence des organes de direction pour émettre des obligations.

Ces mesures étaient attendues de longue date. Le droit français n'offrait en la matière ni la variété, ni la sécurité juridique de celui de ses voisins. Dès la fin des années quatre-vingt, des avant-projets avaient donc été préparés pour modifier le Code de commerce. Un projet de DDOEF avait même intégré en 2001 plusieurs de ces dispositions sans pouvoir être mené à son terme. La très grande technicité des dispositions comme leur grand nombre constituaient d'importants obstacles à un parcours législatif de droit commun. Là encore le recours aux ordonnances a constitué une opportunité unique. Il a notamment permis de renforcer la compétitivité de la place de Paris.

Un dernier exemple, non plus en matière de droit des sociétés, mais de droit immobilier souligne l'opportunité que représente le recours aux ordonnances. La loi du 2 janvier 1970, dite loi Hoguet, est relative à l'entremise et à la gestion des immeubles et fonds de commerce. Une telle matière relève à nouveau d'un débat législatif complet s'il s'agit d'en modifier les fondements. Telle n'est pas aujourd'hui la situation. Pour autant, de nombreuses simplifications de la loi de 1970 ont été suggérées depuis plusieurs années et n'ont jamais su trouver un vecteur législatif. Là encore, l'ordonnance du 1^{er} juillet 2004 a permis de procéder à des aménagements en faveur des personnes se livrant ou prêtant leur concours aux activités d'entremise et de gestion immobilière. Elle a également allégé les règles relatives aux cartes professionnelles d'agent immobilier. Cette carte faisait double emploi avec l'autorisation administrative depuis la loi du 13 juillet 1992 !

Le recours récent renouvelé aux ordonnances a ainsi permis de nombreuses réformes. Notre droit en sort renforcé. L'article 38 apparaît particulièrement adapté à des matières techniques. Le bilan complet des lois des 2 juillet 2003 et 9 décembre 2004 soulignera leur apport.

A contrario, il est évident que l'article 38 a ses propres limites. D'une part, il revient au Parlement d'exercer son rôle législatif, faute de quoi l'équilibre des pouvoirs se trouverait rompu. D'autre part les intérêts particuliers, quelles que soient leurs organisations représentatives, doivent pouvoir s'adresser aux représentants du peuple, qui ont pour charge de dégager l'intérêt général. Enfin, la préparation par l'administration peut avoir ses propres carences, auxquelles remédient habituellement tant le travail avec le parlementaire-rapporteur d'un projet de loi aidé des administrateurs que l'examen en commission.

La technique normative des ordonnances est aujourd'hui la seule souple que l'offre la Constitution de 1958 par rapport à la procédure législative plénière. Son utilité comme ses limites propres soulignent la nécessaire réflexion sur des modes législatifs différenciés souvent connus d'autres démocraties européennes : législation adoptée en commission, adoption sans débat... Les champs d'intervention de la loi sont aujourd'hui si variés qu'il peut apparaître paradoxal de ne prévoir qu'une procédure législative et une exception avec l'article 38 : la reconnaissance du génocide arménien, la transposition de directives européennes techniques, le port du voile ou la réforme des retraites peuvent appeler des procédures législatives différentes.

Au total, le recours aux ordonnances doit être replacé dans la problématique plus vaste du rôle législatif du Parlement. La poussée normative et la crise de la loi ont de nombreuses causes. Il n'y sera donc remédié que par des actions variées. Le recours à l'article 38 peut être l'une de celles-ci. Les ordonnances ne sont pas les adversaires de la loi, mais son nécessaire complément.

R É S U M É

Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 sont récemment devenues nombreuses. Elles ont permis la modernisation de législations variées. Notre droit en sort renforcé. Cette technique normative pose, parmi d'autres, la question du rôle législatif du Parlement. Cependant les ordonnances ne sont pas les adversaires de la loi mais son nécessaire complément.

L'INTELLIGIBILITÉ DES LOIS

L'OBSCURITÉ DES LOIS REND LE DROIT IMPRÉVISIBLE, en fait un instrument de l'arbitraire, indulgent envers les habiles et les puissants, impitoyable envers les faibles et les maladroits, une source permanente de conflits, de verbalismes, de procédures judiciaires interminables ; elle est un des moyens de mettre fin à l'état de droit, le plus pitoyable parce que c'est l'inintelligence qui le fait disparaître : une loi inintelligible est une mascarade juridique. Seule la loi claire, simple, limpide, transparente, compréhensible de tous peut être respectée, devenir efficace et assurer ce que l'on peut attendre du droit : la justice, l'ordre, la prévisibilité, la sécurité, le bien-être, la paix et peut-être le bonheur.

131

Pourquoi d'ailleurs se limiter aux lois ? L'intelligibilité est nécessaire à tout le droit : constitutions, traités internationaux, décisions judiciaires, actes administratifs, actes publics et privés. Le droit n'a de sens que s'il est compris de tous et qu'il est ainsi populaire. Les lois, avait dit Montesquieu « sont faites pour des gens de médiocre entendement ¹ ». N'y voyons pas la condescendance de l'« élite », du pouvoir, des juges ou des juristes : c'est dans leur réalisme populaire que réside la grandeur des lois, peut-être même aujourd'hui leur seule grandeur.

L'intelligibilité des lois dépasse ainsi de très loin la simple analyse des procédés techniques qui en facilitent ou en entravent l'accessibilité ; elle est au cœur du droit, une de ses données fondamentales, traduisant à la fois sa force et sa faiblesse ; elle met en cause la personnalité humaine, l'histoire du droit, le langage ², le style de chaque époque – « le mystère du style », disait Chateaubriand, « mystère sensible par-

1. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, LXXIX, ch. 16.

2. Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2^e éd., 2000, n°2, p. 17 : « Relativiser l'accessibilité, cet idéal suggestif mais vague, aléatoire en ses chances inégales de succès. »

tout, présent nulle part»³ –, la communication entre les hommes, la culture, la place du droit dans les rapports humains, la liberté individuelle, les relations sociales, la coutume, les catégories, les habitudes, les usages, etc. – presque tout ce qui constitue le fondement des structures juridiques; et chacun a sa réponse, variant selon les moments, sa loi ou son scepticisme dans la loi, ou son relativisme. N’y voir qu’une simple donnée de la « légistique », comme on dit aujourd’hui, ne serait pas seulement l’altérer ou en diminuer la portée, mais en méconnaître le sens, ne s’attacher qu’aux apparences et écarter les réalités profondes du phénomène juridique.

Les récentes décisions de la Cour européenne des droits de l’homme⁴ et celles, moins nuancées, du Conseil constitutionnel⁵ en ont fait un

3. Chateaubriand, *Mémoires d’outre-tombe*, Livre XV, ch. 1.

4. Arrêt de principe, CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A, n°30, § 47: les normes législatives doivent être « énoncées avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s’entourant au besoin de conseils éclairés, être à même de prévoir, à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d’un acte déterminé [...] ; [elles] n’ont pas besoin d’être prévisibles avec une certitude absolue: l’expérience la révèle hors d’atteinte. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s’accompagne parfois d’une rigidité excessive; et le droit doit pouvoir s’adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la nature des choses, de formules plus ou moins vagues dont l’interprétation et l’application dépendent de la pratique ».

Plusieurs arrêts, au nom de ce principe, ont condamné la France: CEDH, 24 avril 1990, *Huwig et Krusler c. France*, série A, n°176 A et 176 B, en matière d’écoutes téléphoniques. Dans cette espèce, la Cour de Strasbourg a jugé que la législation française ne respectait pas les conditions d’accessibilité et de prévisibilité de la loi; CEDH, 16 décembre 1992, *Geoffroy de La Pradelle*, n°253 B, § 33 à 35: jugé que les règles françaises relatives au classement des sites « étaient du fait de leur manque de cohérence et de clarté de nature à créer un état d’insécurité juridique qui a empêché le requérant de bénéficier d’un droit d’accès connu et effectif devant le Conseil d’État; CEDH, 30 octobre 1998, *FE c. France*, RTDC, 1999, p. 490, obs. J.-P. Marguénaud: jugé que le régime prévu par la loi du 31 décembre 1991 prévoyant l’indemnisation des victimes de transfusions sanguines contaminées par le virus du sida « n’était pas suffisamment clair [...] ; le requérant n’a pas bénéficié d’un droit d’accès concret et effectif devant le tribunal ».

5. La décision de principe est du 16 décembre 1999, *JO*, 22 décembre, loi portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnances à l’adoption de la partie législative de certains codes. Cette règle a été reprise ultérieurement par d’autres décisions: ex. 12 janvier 2002, loi de modernisation sociale; 14 août 2003, loi portant réforme des retraites; 21 juillet 2004, loi portant protection des données personnelles; la décision qui donne les motifs les plus élaborés est du 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales: « L’objectif de valeur constitutionnelle d’intelligibilité et d’accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, lui impose d’adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une compréhension contraire à la Constitution ou contre le risque

principe fondamental de droit contemporain, permettant d'invalider les lois qui ne le respectent pas, parce qu'elles sont inintelligibles. Elles ont suscité une abondante doctrine, presque toujours approbative⁶. Aujourd'hui comme hier, une question analogue se pose à l'égard – ou plutôt à l'encontre – des traités internationaux, de la constitution européenne, des décisions judiciaires dont la langue est également jugée obscure et coupée du peuple, et plus on s'élève dans la hiérarchie plus la langue est inintelligible au justiciable et aux citoyens⁷.

Ces débats sont donc d'une grande actualité, mais ne sont pas nouveaux et sont même récurrents tout au long de l'histoire. Sans cesse, la question se pose, sans cesse elle se résout, et sans cesse elle réapparaît : un cycle sans fin, un signe de l'imperfection congénitale imprégnant toute loi et de l'effort continu et impuissant pour y mettre un terme : le mythe d'un âge d'or, celui du droit simple et clair, un mythe intemporel, ramenant à un passé lointain, légendaire et obscur, et envoyant à un avenir lumineux hypothétique, inexistant et toujours fugitif.

La question est d'ailleurs la même pour les autres et nombreux reproches adressés en tout temps et en tout lieu à la loi et à ses vices : sa complexité, son injustice, son ineffectivité, son passéisme, son inadaptation, etc. Ces réquisitoires et leurs remèdes perpétuels ne ressemblent pas seulement à ceux qui mettent en cause l'intelligibilité de la loi, mais ils sont liés : c'est souvent parce que la loi est complexe, passéiste, inadaptée qu'elle est difficilement compréhensible. Ces doléances ne

133

d'arbitraire sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.»

Les cours constitutionnelles étrangères ont une position semblable : ex. Cour suprême du Canada, 9 juillet 1994, *R. C. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, 2 RCS 606; *Cour suprême des États-Unis, Grayned U City of Rockford* (1972), 408 US, 104. Voir *contra* Tribunal suprême de la Principauté de Monaco, 3 décembre 2002, *Gindeno, Nigioni et Rapaire c. SE M. le Ministre d'État T. S.*, 2002, 8 : est inopérant en toute hypothèse, le moyen tiré du manque de clarté et d'intelligibilité de la loi.

6. Marie-Anne Frison-Roche et William Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D*, 2000, chr., p. 361 ; Jean-Manuel Larralde, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *Petites Affiches*, 19 novembre 2002 ; Valérie Lasserre-Kiesow, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *D*, 2002, p. 1157 ; Pierre de Montalivet, « La juridicisation de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in Roland Drago (dir.), *La Confection de la loi*, PUF, 2005, p. 99 *sq.*, biblio. p. 227 *sq.* ; Bertrand Mathieu, « La Sécurité juridique : un produit d'importation "made in France" », *D*, 2000, n° 4, point de vue, p. VII ; Nicolas Molfessis, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTDA*, 2000, p. 186 ; Hervé Moysan, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi », *AJDA*, 2001, p. 428.

7. Rhadamanthe, « Pour une plus grande accessibilité du langage juridique », *Journ. trib. Bruxelles*, 1^{er} février 2003.

sont que les expressions de l'inquiétude des hommes, le sentiment que leur société, leur droit et le temps présent sont en crise.

Le droit est sans cesse en crise, mais plus ou moins : il faut toujours (ou presque) le réformer, l'abroger, le changer, l'adapter aux changements des mœurs... Cette insatisfaction est selon les uns un signe de déclin⁸ ou plus rarement de progrès : ce serait par leurs crises que les sociétés se régénèrent.

L'attention se porte surtout sur un phénomène encore plus récurrent et plus saisissant : l'inflation des lois. Trop de droit tue le droit. L'inflation avait déjà été dénoncée et avec une grande vivacité au premier siècle de notre ère : « *Plurimae leges corruptissima respublica*⁹ », ce que l'on pourrait librement traduire : le signe auquel on reconnaît la décomposition d'un État est la surabondance de ses lois. La même plainte réapparaît à toutes les époques bien que les temps aient changé. Ainsi Montesquieu : « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires¹⁰ », ou bien Portalis : « l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles¹¹ », ou bien encore Jean Carbonnier : « ce brouillard qui pénètre tout nous aveugle, nous rend incapable de concevoir les rapports entre les hommes autrement que comme rapports de droit [...], le droit diffuse une sécurité qui endort l'action, à tout le moins la ralentit [...]; c'est la fatalité de l'excès [...] C'est une affaire sérieuse, mieux que constitutionnelle, culturelle, et dès lors bipartisane. Il faudra bien que le pays s'en saisisse avec gravité¹² », ou bien, plus laconique encore : « l'inflation législative a pour conséquence l'ignorance des lois, leur ineffectivité et finalement leur dévalorisation dans l'esprit public¹³ ». Répétons-le, tout est lié : la complexité du droit, sa fragmentation, sa technicité, son ignorance du réel, des situations vécues, l'inflation des lois, leur surabondance, la crise du droit – et sa difficile intelligibilité.

8. Voir Georges Ripert, *Le Déclin du droit*, GDJ, 1949.

9. Tacite, *Annales*, L. III 27, expose que les premières lois de l'histoire de l'humanité furent simples « comme il convenait à des hommes d'esprit encore grossier » (Mino pour les Crétois, Lycurgue pour les Spartiates, Solon pour les Athéniens, et surtout les *decemvirs* pour les Romains avec la loi des XII Tables, « la plus haute expression du droit et de l'équité », puis continue Tacite, vinrent à Rome des lois « imposées par la violence » et l'agitation de la plèbe et il constate qu'« on ne légifère pas seulement pour tous mais aussi contre des individus » et il conclut par la phrase terrible et célèbre : « *Plurimae* [...] ».

10. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*

11. Portalis, *Discours préliminaire au Code civil*.

12. Jean Carbonnier, *Droit et Passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, conclusion p. 271-273.

13. Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, « Thémis », 27^e éd., 2002, n°45, p.123.

L'histoire, comme la linguistique, confirme que l'intelligibilité des lois a toujours été recherchée sans avoir jamais été atteinte. Elle est constante et il suffit d'en donner deux exemples. À Rome, la loi des XII Tables et en France la rédaction des coutumes. Au ^v^e siècle avant notre ère, pour vaincre l'omnipotence arbitraire des pontifes patriciens, la plèbe a lutté et finalement obtenu la rédaction et la publication de la loi des XII Tables : l'on voit donc la signification complexe de l'intelligibilité du droit, pas seulement une réalité technique, la connaissance de droit, sa certitude, sa simplification mais avant tout une affaire politique. L'émancipation de la plèbe par la loi des XII Tables a été une aventure considérable, peut-être une des plus importantes de l'histoire de Rome. Mais, comme toute loi, la loi des XII Tables a subi l'érosion du temps et s'y est lentement et inexorablement ajouté un immense corps de règles la rendant à nouveau complexe et difficile à comprendre jusqu'à ce que deux siècles plus tard Justinien ait entrepris la rédaction du *Digeste*, immense entreprise dont Justinien a vanté les vertus égalitaires : « Pour quelques sous, riches et pauvres peuvent les acheter [les lois] et acquérir à peu de frais la quintessence de la sagesse. » À nouveau, comme pour la loi des XII Tables, la simplification des lois a eu un dessein politique : rapprocher la loi du peuple. La même aventure apparaît dans la France au ^{xv}^e-^{xvi}^e siècle lorsque le roi Charles VII ordonne la rédaction des coutumes (ordonnance de Montil-lès-Tours) à cause des difficultés de leur preuve « parquoi les procez sont souventes fois moult allongez, et les parties constituées en grands frais et despens ».

135

Après la rédaction des coutumes a continué l'histoire cyclique et sans fin : le droit s'est multiplié, que le Code civil a simplifié, puis le même processus a recommencé et à la fin du ^{xx}^e siècle, pour simplifier, s'est développée la codification à droit constant, faite maintenant par voie d'ordonnances qui, a dit le Conseil constitutionnel, facilite l'accessibilité et l'intelligibilité du droit¹⁴. Les XII Tables, Justinien, Charles VII, le Code civil, la codification à droit constant, l'éternel retour de l'intelligibilité des lois.

L'histoire des lois démontre ainsi facilement que la simplification et l'intelligibilité de leur langage sont une entreprise utopique et démesurée, toujours refaite parce que toujours nécessaire¹⁵. La linguistique

14. Conseil constitutionnel, 16 décembre 1999, cité *supra* note 5.

15. Daniel Gutmann, *L'Objectif de simplification du langage législatif*, in Nicolas Molfesis (dir.), *Les Mots de la loi*, Economica, 1999, p. 73.

aussi. Pas besoin d'en faire beaucoup pour savoir les difficultés de la communication entre les hommes. Plus personne ne croit aujourd'hui que l'on peut toujours et tout communiquer, que l'esprit humain et les formes de la connaissance sont universels, que tout le monde peut tout comprendre, que tout le monde peut se faire comprendre par tout le monde. À ce qui est aujourd'hui considéré comme une naïveté s'oppose le monde désespéré et récurrent de l'enfermement intellectuel: plus personne n'adhère non plus au solipsisme, qu'on ne peut rien et jamais communiquer, que la communication entre les hommes est impossible, que personne ne peut se comprendre. La réalité est beaucoup plus simple et humble: bien entendu, il y a une communication linguistique entre les hommes; bien entendu, cette communication est imparfaite, relative selon les temps et les lieux, variable selon les niveaux culturels et les objets en cause: les droits techniques, par exemple, ont leur langage qui n'est pas intelligible par tout le monde; ainsi, celui de la santé publique¹⁶ ou de la construction¹⁷ ou du droit fiscal (les exemples surabondent).

Que la loi est belle lorsqu'elle est claire, simple, limpide et compréhensible par tous ! Notre temps de surjuridicisation a fait de cette aspiration universelle et éternelle une obligation juridique très forte: un « objectif de valeur constitutionnelle » et un « droit de l'homme ». On peut être sceptique sur ce panjuridisme rempli d'effets pervers: plus notre époque se voue au droit, plus le droit est morcelé, compliqué, technique, précis¹⁸, obscur et loin du peuple. Mais peut-être les comportements juridiques (constitutionnels, législatifs, judiciaires, administratifs, notariaux) entendent-ils l'appel à la simplification et à l'intelligibilité. Peut-être ? Ce n'est pas ce que l'on croit aujourd'hui.

16. Voir l'obscur et technique définition de la mort que donne le Code de la santé publique (art. R 1232-1): « Il est recouru pour attester le caractère irréversible de la destruction cérébrale 1°) soit à deux électro-encéphalogrammes nuls et aréactifs [...] 2°) soit à une angiographie objectivant l'arrêt de la circulation encéphalique [...] »

17. Pour définir ce qu'est un logement d'habitation dans le Code de la construction de l'habitation (art. R 11-10): « Les pièces principales doivent être pourvues d'une ouverture et de surfaces transparentes qui donnent sur l'extérieur. Toutefois cette ouverture et ces surfaces transparentes peuvent donner sur des volumes vitrés installés soit pour permettre l'utilisation des apports de chaleur dus au rayonnement solaire, soit pour accroître l'isolation acoustique par rapport aux bruits de l'extérieur [...] »

18. Valérie Lasserre-Kiesow, *La Technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, 2002, préface de Michel Pédamon, expose, p. 219, les inconvénients des techniques législatives « de précision » et, p. 345, les avantages des techniques « souples ».

Il faut une volonté politique lente et durable pour éclairer, simplifier et humaniser le droit. Les velléités, les placebos, les déclarations solennelles d'intention, les circulaires, les « observatoires », les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, les décisions du Conseil constitutionnel peuvent être des remèdes pires que le mal et ajouter à la verbosité et de la confusion à des lois verbeuses et confuses. Il faut une volonté politique forte, mais aussi de l'humilité, qui seule permet la simplicité. L'humilité n'est pas la vertu principale des juristes.

R É S U M É

L'intelligibilité des lois est une utopie et un éternel retour. Elle est aujourd'hui exigée par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. Elle est difficilement accessible parce qu'elle suppose une humilité rare chez les juristes.

LE JUGE ET LA LOI

LE 4 VENTÔSE AN XI¹, LE CONSEILLER D'ÉTAT PORTALIS présente au corps législatif le futur titre préliminaire du Code civil sur le thème « De la publication, des effets et de l'application des lois en général ». Dans son discours, il rend compte des très vives discussions qui ont eu lieu en commission sur les rapports entre la loi et le juge. L'hostilité au juge y a été visible et, même s'il est convaincu que force doit rester à la loi, il se rend bien compte que le fol espoir d'un code qui prévoirait tout est illusoire. Le discours est éloquent : « c'est une sage prévoyance de penser qu'on ne peut tout prévoir [...] il est donc nécessairement une foule de circonstances dans lesquelles un juge se trouve sans loi. Il faut donc laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par les lumières de la droiture et du bon sens ». La vigueur des oppositions et réticences qu'il rencontre transparaît ensuite dans ce qui peut être considéré comme un cri du cœur : « nous raisonnons comme si les législateurs étaient des dieux, et comme si les juges n'étaient pas même des hommes² ». Quelques pages après, l'avertissement reste néanmoins très clair : « mais en laissant à l'exercice du ministère du juge toute la latitude convenable, nous lui rappelons les bornes qui dérivent de la nature même de son pouvoir [...] une loi est un acte de souveraineté, une décision n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature ». Tout est dit des rapports du juge et de la loi.

139

Ce dit subsiste intact aujourd'hui dans les articles 4 et 5 du Code civil, jamais modifiés : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » (art. 4), et « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » (art. 5).

1. Soit le 23 février 1803.

2. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. VI, p. 358-361.

Mission impossible et contradictoire imposée au juge judiciaire français, qui mettra longtemps à s'en remettre, si même il s'en est vraiment remis. Dès le XIX^e siècle, il en souffrira d'autant plus que la comparaison avec la juridiction administrative naissante, quant à elle libre de toute recommandation du législateur sinon de toute pression de l'exécutif, ne fera que mieux apparaître le carcan qui lui a été imposé. Ainsi les rapports du juge et de la loi seront-ils pour longtemps un sujet académique où tout paraît dit sauf si l'on veut bien s'aventurer sur le terrain de la sociologie judiciaire, ce que les privatistes ne feront que tardivement. Ainsi s'écarteront les chemins méthodologiques des juges judiciaires et administratifs³ pour, peut-être, se retrouver beaucoup plus tard, les uns ayant conquis une certaine liberté de création et les autres ayant été nantis d'une certaine quantité de textes.

140

On pourrait penser qu'une telle querelle est dépassée et que la jurisprudence a gagné sa place dans les sources du droit et pourtant il en reste de lourdes traces. Invitée en 2004 à réfléchir sur les inconvénients des revirements de jurisprudence, liés à l'importance prise par celle-ci dans certaines questions, la commission nommée a, notamment et en simplifiant, suggéré que la Cour de cassation pourrait elle-même décider de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité de ses arrêts⁴. La proposition a suscité un tollé où l'on a vu ressurgir nos vénérables articles et la crainte de la « saison des juges »⁵, version 2005 de la discussion entre Portalis et les rédacteurs du Code civil.

Pendant presque un siècle, où le droit administratif n'est qu'à ses débuts, l'image véhiculée par la doctrine officielle du droit privé a été celle d'un juge exclusivement occupé à tirer de la loi – du Code civil assimilé à la découverte du droit naturel – les « mots de la loi », le dit, ce qui,

3. On s'en tiendra au juge judiciaire, ce que l'ampleur du sujet et les compétences de l'auteur commandent. Mais, chemin faisant, on ne s'interdira pas quelques rapprochements. Le droit pénal sera également exclu, la question étant profondément modifiée par le principe de légalité et l'interprétation stricte.

4. Entretien avec Guy Canivet, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *JCPG*, 2004, I, 189. Colloque sur le rapport du groupe de travail sur les revirements de jurisprudence... aperçu rapide, *JCPG*, 2005, act. 43.

5. Voir, par exemple, Vincent Heuze, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », *JCPG*, 2005, I, 130. Sur un aspect plus nettement lié à la jurisprudence sociale, voir Christophe Rade, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D*, 2005, chr., p. 988. Le souci de la rétroactivité s'insère dans celui de la « politique jurisprudentielle de sécurisation du droit », Guy Canivet, *Revue Lamy droit civil*, 2005, supplément au n° 3, p. 5.

contrairement à la caricature longtemps présentée, n'a pas été vain, loin de là⁶. La fin du XIX^e siècle marque un tournant presque solennel en jurisprudence civile, tournant accompagné par une doctrine aussi hardie que vilipendée à l'époque. Derrière les mots de la loi, il s'agit de découvrir le « sens de la loi », le non-dit. Le vieillissement des codes, l'éclatement des textes, la médiocrité du législateur moderne, plus préoccupé d'affichage politique que de cohérence des textes, l'instabilité politique, ont conduit le juge à revendiquer un autre pouvoir qui lui permettrait de répondre aux critiques récurrentes nourries de l'article 5 tout en respectant le mandat donné par l'article 4. Cette fois, il est question de combler les « lacunes de la loi » par un devoir dit.

La subdivision n'est pas chronologique, contrairement aux apparences. À l'arrivée, le juge moderne use des trois registres en les combinant⁷. Mieux même, on peut estimer que l'un compense les faiblesses de l'autre. Appelé à s'incliner devant la loi, le juge a appris à l'utiliser, y compris certains textes internationaux dont la valeur normative a été soigneusement laissée dans l'ombre par le législateur.

141

LE JUGE ET LES MOTS DE LA LOI : LE « DIT »

Les lendemains du Code civil ne chantent pas pour les juges français. Le poids du passé et de la décadence des Parlements⁸ de l'Ancien Régime impliquent un retour très net à la discipline. Et pourtant, derrière les apparences, on est très loin de ce qui sera décrit par une doctrine complaisante dont on n'a pas toujours relevé qu'à l'époque elle dépend assez étroitement du pouvoir en place. Avec les seuls mots de la loi, on peut faire beaucoup, au XIX^e comme au XX^e ou même, avec les mêmes

6. L'exégèse, puisque c'est d'elle qu'il s'agit, est loin d'être la méthode stérile et sclérosée qu'on a parfois présentée. À considérer les textes sacrés des différentes religions, on peut d'ailleurs facilement se convaincre que le texte, en lui-même, peut être créateur et même provoquer, entre les différentes lectures, de véritables guerres de religion. Sur cette période, voir l'étude très éclairante de Nader Hakim, *L'Autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, préf. de Michel Vidal, LGDJ, « Bibl. de droit privé », 2002, t. 381.

7. Sur le déplacement permanent des sources, Philippe Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTDC*, 1996, p. 299 *sq.*

8. Le proverbe « Dieu nous garde de l'équité des Parlements... » le traduit populairement, La Fontaine l'a fait avant : « selon que vous serez puissant ou misérable les jugements de cour vous rendront blanc ou noir » (*L'Huître et les Plaideurs*), Racine a réussi à condamner à la fois la justice et la production normative en mettant en scène dans *Les Plaideurs* ce juge devenu fou qui juge un chien voleur de chapon et applique, pour ce faire... le code de Justinien (en latin!) : « si quis canis, Digeste de 6, paragrafo, messieurs, caponibus » !

mots, soutenir au XX^e le contraire de ce qui se soutenait au XIX^e ! Plus qu'une différence chronologique la différence gît dans le désir que l'on met sous les mêmes mots et la liberté que l'on se reconnaît à l'égard des travaux préparatoires. Comme on l'a fort bien démontré, l'apparente soumission du XIX^e à l'article 5 du Code civil n'est probablement qu'un paravent permettant aux juristes de ce temps de « participer à la vie du droit sans remettre en question les dogmes reçus et acceptés comme fondateurs d'une société stable⁹ ». La création, à partir des seuls textes et de leur seule exégèse, peut être illustrée par quatre exemples générateurs d'une construction étonnante sans laquelle une partie du droit privé n'aurait pas existé ou se serait développée avec beaucoup de retard.

L'interprétation des contrats

¹⁴² Au lendemain de 1804 se pose une question qui commandera l'avenir de la technique contractuelle et, en même temps, de notre système juridictionnel, au-delà même de l'ordre judiciaire : l'interprétation des contrats est-elle une question de fait ou une question de droit et la Cour de cassation doit-elle ou non la contrôler ?

Des textes, pour la plupart inchangés aujourd'hui, il est difficile de déduire quoi que ce soit, car leur contenu formel lui-même est assez contradictoire.

L'article 1134 du Code civil utilise une formule très forte qui devrait commander, au moins apparemment, la solution : « les conventions... tiennent lieu de *loi* à ceux qui les ont faites ». Assimilées à la loi, les conventions devraient donc en suivre le régime et leur violation ouvrir le pourvoi en cassation. Mais il y a mieux, le nouveau code contient une section entière « De l'interprétation des contrats », bien fournie¹⁰ et les termes des articles sont plutôt contraignants¹¹. La lecture des textes incline à penser que l'équité des juges dans l'interprétation des actes juridiques appartient au passé. Et puis, dans la courte période qui a séparé la fin des juridictions de l'Ancien Régime et la création de la Cour de cassation, le Tribunal de cassation s'est prononcé pour le contrôle de l'interprétation des contrats, appliquant à la lettre l'assimilation textuelle du contrat et de la loi.

Pourtant le doute existe. Dans l'article 1134, le mot « loi » n'est-il pas pris au sens imagé, au sens de celui qui se donne pour « loi » de faire ou

9. Nader Hakim, *op. cit.*

10. Articles 1156 à 1164, c. civ.

11. L'utilisation du présent impératif, adressé à « on », mais visiblement au juge, avec une profusion de « doit » « on doit », etc.

de ne pas faire quelque chose sans que l'on songe à autre chose qu'à une facile image rappelant le sens obligatoire spécifique de la loi au sens formel ? Malgré des arguments solides en sens contraire et la litanie des articles 1156 et suivants, malgré des tentations doctrinales reformulées plusieurs fois par siècle pour donner au moins auxdits articles une valeur contraignante leur permettant d'être indirectement une base de pourvoi en cassation, la Cour régulatrice ne se laissera jamais convaincre et, sur des textes douteux, établira la fameuse jurisprudence Lubert qui laisse au juge du fond le pouvoir souverain d'interpréter les conventions et qui représente sans doute le plus vieil arrêt encore doté de portée en droit privé français¹².

Le bâtiment et la responsabilité du fait des choses

L'une des plus belles tentatives de relecture d'un texte a eu quelque heure de gloire à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e en droit de la responsabilité civile. La Cour de cassation, quelque peu effrayée par la construction qu'elle envisage de la responsabilité du fait des choses et qui régira pendant un siècle l'essentiel du développement de la sécurisation de la société industrielle, recherche un texte salvateur qui pourrait justifier l'application d'une responsabilité objective, inconnue dans le code sauf dans les cas spécialement précisés¹³, notamment pour les accidents causés par les premiers bateaux à vapeur¹⁴. La doctrine n'a pas encore osé découvrir dans l'alinéa 1 de l'article 1384 un sens caché que ses auteurs n'ont pas mis, comme nous le verrons, mais, en feuilletant le code, qui n'a pas encore un siècle, elle trouve l'article 1386 qui, pris au pied de la lettre, est absolument neutre¹⁵, et pendant quelques années le mot « bâtiment » va aviver l'imagination. En français ne parle-t-on pas d'un bâtiment aussi bien pour un immeuble construit sur terre que pour un navire ? Sera ainsi caressée un temps l'idée d'abriter les premiers accidents de bateau à vapeur derrière le texte... concernant la ruine des immeubles d'habitation ! De la ressource des mots... !

143

12. « Cass., sect. réunies, 2 février 1808, Lubert », Henri Capitant, François Terre, Yves Lequette, *Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, n° 159, 11^e éd., Dalloz, 2000.

13. Encore ne s'agit-il raisonnablement que de cas de responsabilité pour faute présumée et non de responsabilité de plein droit.

14. Cass., civ., 16 juin 1896, *Teffaine*, DP, 1897, 1, p. 433, note Saleilles.

15. « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par la ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de la construction. »

La stipulation pour autrui et l'assurance-vie

On imagine sans doute difficilement à notre époque que la société ait pu vivre sans assurance. Pourtant, mise à part l'assurance maritime et quelques secteurs très limités de l'assurance-dommages, telle est la situation jusqu'au milieu du XIX^e siècle. Parmi toutes les techniques assurantielles, l'assurance-décès cherchera très tôt à trouver une place dans un code qui ne pouvait que l'ignorer. Certes l'opération à trois personnes qu'elle représente, le souscripteur, le promettant-assureur et le tiers-bénéficiaire a sa place dans le Code civil qui n'ignore pas le montage et le décrit dans l'article 1121. Las ! Le texte prévoit une condition radicalement incompatible avec le but recherché : il faut que la stipulation que l'on fait en faveur du tiers soit « la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ». Les auteurs du code n'ont pas envisagé qu'on puisse stipuler en faveur d'un tiers sans en retirer soi-même un avantage quelconque. Il est à peine besoin de souligner que la condition est inapplicable à l'assurance-décès puisque l'avantage prévu en faveur du bénéficiaire se produira, par définition, quand le souscripteur... n'aura plus aucun intérêt à faire valoir puisqu'il sera mort ! Le texte est inchangé et pourtant, sur le même support, bien avant que le Code des assurances ne vienne valider expressément l'opération, le juge français trouvera la brèche. Le texte suppose que le stipulant ait lui-même un « intérêt » à l'opération, mais n'a à aucun moment précisé quelle était la nature de cet intérêt et il suffit donc qu'il ait un intérêt... purement moral. Ainsi lue la condition est à la limite du ridicule et de l'évidence : qui irait stipuler en faveur d'un tiers s'il n'avait au moins un intérêt moral à le faire ? Le développement de l'assurance en faveur d'un tiers sera ainsi assuré jusqu'en 1930 sur un texte dont la rédaction n'a pas changé, il faut toujours une « stipulation que l'on fait pour soi-même ».

Les clauses pénales et l'excès manifeste

Le 11 octobre 1985 le législateur français prend acte des protestations des victimes des clauses pénales insérées dans les contrats, notamment les contrats récents dits contrats en « ing » (leasing notamment). Ces évaluations forfaitaires et par avance des dommages écrasent de très nombreux débiteurs (commerçants) qui les ont signées sans les lire et se retrouvent privés du bien qu'ils ne peuvent plus payer mais maintenus dans les échéances qu'ils doivent encore régler. Le juge français a hésité, le texte de l'article 1134 rappelle bien que ce qu'on a signé est une loi pour les parties. Il a pourtant accepté peu à peu d'y mettre son contrôle, avec des hésitations, des contradictions. La Cour de cassation, qui a

coopéré pendant un temps, décide de provoquer le législateur et refuse brusquement tout pouvoir de contrôle, ce qui entraîne l'intervention législative. Le juge pourra réviser si l'estimation contenue dans la clause est « manifestement excessive ou dérisoire ¹⁶ », mais ce pouvoir, révolutionnaire, de révision du juge, est la cible de violentes critiques de la doctrine conservatrice : à quoi sert une clause pénale, destinée à pousser le débiteur à exécuter, si le juge peut la réviser *ad nutum* et la réduire aux dommages réellement subis, ce qui lui retire tout effet comminatoire ? L'expression va pourtant permettre, à elle seule, d'atteindre un équilibre par un bel exercice d'exégèse. Expressément le texte invite à réduire ce qui est *manifestement excessif* mais, dès lors que l'opération est terminée, on en arrive au « simplement » *excessif* et là le pouvoir du juge s'arrête, ce que précisera rapidement la Cour de cassation. Ainsi, grâce à une astucieuse lecture de deux mots, on maintient un intérêt à la clause pénale : elle ne se réduit pas au seul dommage estimé par avance, ce qui la rendrait à peu près inutile, mais elle conserve un « plus », un excès – non manifeste – qui lui permet de remplir son rôle. L'exercice fut redoutable, surveillé de toutes parts par une doctrine surchauffée, mais on peut estimer que finalement, à travers le seul texte, la Cour de cassation s'en est bien tirée.

145

On pourrait multiplier les exemples qui relativisent le poids concret des textes ou des codifications, réduits le plus souvent, et encore quand ils sont de qualité, à indiquer des orientations plus que des solutions concrètes sous peine de voir leur durée de vie réduite à celle du pouvoir qui les a imaginés.

Pour le juge judiciaire c'est d'abord la première démarche et c'est en cela qu'il est bien un juge français : rechercher un texte. La demande de loi reste une donnée dont la raison est d'abord historique et il n'est pas anodin de remarquer que, dans les débats modernes sur le sujet, les critiques contre la toute-puissance de la jurisprudence se ramènent souvent à une critique contre la mauvaise qualité de la loi ¹⁷, expression d'un sincère regret.

La seconde étape part toujours de la loi, mais, dès le début du XX^e siècle, prétend y découvrir le sens que d'aucuns auraient voulu y mettre.

16. Cass., civ., art. 1151 et 1230.

17. Christophe Rade, chr. cit., conclusion.

LE JUGE ET LES SENS DE LA LOI : LE NON-DIT

L'ère de la recherche du sens de la loi s'ouvre, en droit privé, avec les travaux célèbres de François Génay et l'école dite de la libre recherche scientifique¹⁸. Au-delà du texte lui-même, on doit rechercher le sens qui y avait été mis à l'origine, voire, et c'est autre chose, le sens qui répond le mieux à la finalité sociale d'aujourd'hui. On devine que, dans les rapports du juge et de la loi, l'affirmation prend la forme d'une révolution. L'auteur ne mâche pas ses mots, il dénonce le « fétichisme de la loi écrite et codifiée », mais, comme on l'a finement démontré¹⁹, le poids de l'anathème révolutionnaire pèse encore – et sans doute toujours – « car Génay aime la loi, même s'il la remet à sa juste place et s'il se méfie de la codification. Il aime la loi et la respecte trop pour aller planter le drapeau de la jurisprudence à son sommet²⁰ ». Il demeure tout de même que le juge, s'il n'atteignait pas le paradis des sources, sortait du purgatoire. Pourtant le match est loin d'être terminé et la crainte du juge tout-puissant justifie probablement, sinon excuse, le caractère de plus en plus bavard de certaines lois modernes, le législateur étant désireux de contrer par avance ce que la « lecture » des juges pourrait apercevoir dans le texte²¹.

146

La seconde période paraît établir une répartition des tâches liée au vieillissement des codes selon que la loi est claire et complète, auquel cas le juge ne peut guère la contrer qu'en introduisant un autre texte, ou qu'elle est très générale ce qui autorise une créativité accrue.

Le vieillissement des textes clairs et précis

Le vieillissement des codes, la concurrence développée par des codes plus « modernes » fournissent une justification supplémentaire au pouvoir du

18. François Génay, *Méthodes d'interprétation et Sources en droit privé positif*, préface Raymond Saleilles, LGDJ, 2^e éd., 1919.

19. Philippe Jestaz, « Une image française de la loi et du juge », in *François Génay. Mythe et réalités, 1899-1999*, éd. Blais, Dalloz et Bruylant, 2000, « Thèmes et commentaires », rééd. Dalloz 2005, p. 37 sq., et *Autour du droit civil*, p. 155 sq.

20. Sa critique de l'équité restera célèbre notamment dans son ouvrage, *Méthodes d'interprétation et Sources en droit privé positif*, op. cit., n° 196 sq. Sur le rôle de l'équité en droit moderne, Christophe Albiges, *De l'équité en droit privé*, préface Rémy Cabrillac, LGDJ, 2000, « Bibl. droit privé », t. 329.

21. Le souci a été, par exemple, manifeste dans la loi du 30 juin 2000 sur les conséquences pécuniaires du divorce, le vote de la loi ayant été orchestré par les protestations de certains parlementaires accusant les juges de prendre des libertés inadmissibles avec les lois qu'ils votent. On retrouve d'ailleurs ces dernières années des reproches aussi vifs à l'égard de l'interprétation des lois pénales ou de procédure pénale par les juges, notamment quand elles s'appliquent aux hommes politiques.

juge. La technique judiciaire, encore empreinte de légalisme, peut toutefois jouer sur deux tableaux importants : mettre en opposition des textes pour rétablir un pouvoir de choix, modifier les données de fait pourtant les plus naturelles, pour transformer le domaine d'application du texte considéré.

La richesse de la technique du droit privé, et spécialement du droit civil, permet au juge des manœuvres qui lui évitent d'avoir à se prononcer sur son pouvoir créateur tout en lui redonnant un large pouvoir de choix. L'exemple le plus célèbre, et pratiquement très important, est celui de l'opposition des deux articles 900 et 1172 du Code civil à propos de l'étendue de la nullité d'une convention qui contiendrait une condition impossible, immorale ou illicite. Dans les actes à titre gratuit, l'article 900 prévoit que seule la condition est nulle, elle est réputée non écrite, la convention demeurant valable, alors que, dans les actes à titre onéreux, la solution est inverse et l'acte est nul en entier. La différence, *a priori* étonnante, s'explique par une raison historique et politique, les auteurs du code ayant craint que les nobles ne recréent, par le biais de conditions insérées dans des libéralités, les privilèges (ânesse, masculinité etc.) que la loi successorale avait supprimés. Le bénéficiaire pouvait donc conserver l'avantage et en extraire la condition. La raison n'étant évidemment plus valable, la jurisprudence, à partir pourtant de deux textes contradictoires et très clairs, a consacré une solution intermédiaire en utilisant un troisième texte, celui de l'article 1131 sur la cause : selon que la clause incriminée est ou non la cause impulsive et déterminante de l'acte, celui-ci, qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux, est ou n'est pas annulé en entier²². On peut ainsi, en mettant en contemplation les sens de plusieurs textes jouer sur l'interactivité des normes écrites et rétablir un pouvoir large d'appréciation.

Quand le texte repose sur une réalité que le législateur a appréciée, on pourrait penser qu'aucune action n'est possible sur ce soubassement réel qui procéderait de la nature des choses. Ce serait oublier que les juges ont un pouvoir étonnant de transformer la réalité²³ et, plus encore, dans un domaine où pourtant la nature est apparemment dominante, le droit des personnes. Dans un secteur où le poids de la loi – claire, précise –, le volontarisme législatif étaient de tradition et devaient peser lourdement jusqu'à la moitié du XX^e siècle, les juges vont tout de même déga-

22. Req., 3 juin 1863, DP 63.1.429, S.64.1.269.

23. Sur l'imagination du juge, Guy Canivet et Nicolas Molfessis, *Mélanges Jean Buffet*, Les Petites Affiches, 2004, p.131 *sq.*; Gérard Cornu, *L'Imagination à bon droit ?*, 2^e conférence Albert Mayrand, Thémis, Université de Montréal, 1998.

ger une aire d'action en agissant non plus sur le texte, intouchable, mais sur la réalité sur laquelle il repose. Jusqu'à la loi du 15 juillet 1955 l'enfant adultérin est sans droit et le texte ne lui ouvre guère qu'un droit alimentaire et encore, non sans contradictions, à condition qu'on ne constate pas sa filiation, laquelle n'apparaît donc que par prétérition ! Traditionnellement, la nature le commande, l'enfant adultérin par un seul parent, l'autre étant libre de liens, est néanmoins considéré comme adultérin par les deux puisque ce qui détermine son statut c'est l'adultère et que celui-ci suppose... deux personnes, lesquelles l'ont également commis soit comme auteur, soit comme complice ! La démonstration est naturellement indiscutable et textuellement incontournable. Pourtant, dans les dernières années qui précèdent la réforme de 1972, la Cour de cassation va se livrer à une étonnante opération de reconstruction de la nature en imposant peu à la peu le principe dit de « divisibilité » de la filiation selon lequel on peut dissocier la filiation d'un enfant pour ne conserver que le lien non adultérin, seul l'autre étant soumis à une nullité d'ordre public²⁴. On chercherait vainement une justification naturelle à ce « dépeçage » de la fabrication d'un enfant si ce n'est que sa justification humaine était évidente. Il n'est pas sans piquant de constater que le dernier obstacle, qui eût sans doute été surmonté si la loi de 1972 n'avait supprimé la question, se retrouvait dans le cas où le parent adultérin avait imprudemment indiqué le nom de l'autre dans l'acte de naissance ce qui rendait cette fois particulièrement délicat l'exercice de cécité sélective du juge saisi et sa reconstruction fictive de la réalité.

La redécouverte des textes généraux et vagues

L'atout majeur du Code civil aurait-il été d'être un texte cadre ? Ce serait sans doute excessif car y cohabitent justement des textes très précis, qui correspondent à ce qu'on pensait être à l'époque du domaine de ce que la loi devait résoudre et ce qui, au contraire, dépendait de la volonté des particuliers sous le contrôle d'un juge surveillant. Il est probable que le tumulte juridique de notre époque vient de ce que personne ne consent à répondre clairement à cette question²⁵ et que le débat sur les sources

24. Voir not. Cass., ass. pl., 23 juin 1967, *D*, 1967, p. 525, concl. Lindon, note Malaurie, *RTDC*, 1967, p. 803, obs. Nerson.

25. Le système intermédiaire est, en droit des personnes et de la famille, traditionnellement soumis à l'intervention de la loi, celui de la convention des parties sous condition de l'homologation du juge (loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale, loi du 26 mai 2004 sur le divorce, etc.), ce qui conduit à renvoyer la question au niveau procédural du rôle du juge :

du droit est confisqué par une douteuse rhétorique, incompréhensible pour le citoyen moyen, sur le rôle du politique et la « gouvernance »²⁶ de la société. Il y avait, dans le Code civil, des textes ouverts, dans tous les domaines. C'est évident pour le droit des obligations, c'est-à-dire pour l'ensemble du droit économique, et l'on oublie trop souvent que l'essentiel du droit commercial des contrats est à l'époque dans le Code civil, le Code de commerce se limitant aux opérations objectivement commerciales. Aussi bien l'ouverture des textes du code jouera à plein à partir des années 1980 tant pour les contrats civils que pour les contrats commerciaux et offrira à la jurisprudence un espace de créativité étonnant. Mais, même pour le secteur réputé plus fermé du droit des personnes, les espaces de désordre créatif n'étaient pas si restreints. L'ensemble du droit patrimonial de la famille, à l'époque bien plus important que celui des personnes, est offert à une jurisprudence créatrice qui ne s'en privera pas et l'article 1387 CC (1804) qui rappelle encore que la loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions doit être médité quant aux rapports de la loi, du juge et de la volonté.

149

L'exemple de l'alinéa 3 de l'article 1134 est caractéristique des rapports que peuvent entretenir la loi et le juge et introduit un acteur implicite dès 1804, le citoyen et sa volition.

L'article en question contient sans doute toutes les contradictions du système français pour longtemps : les conventions sont des « lois » pour les parties, mais elles « doivent être exécutées de bonne foi » (al. 3). Cet alinéa est canonique et exprime cette séculaire influence thomiste sur le droit français des obligations qu'on retrouverait probablement dans les débats sur l'orientation de l'Europe si l'on voulait bien chercher au-delà de l'immédiat. À partir des années 1980, la redécouverte stupéfiante de cet alinéa, qui a pourtant toujours existé, va donner au juge une jeunesse, que d'aucuns finiront par trouver excessive, jusqu'à provoquer l'apparition d'une véritable école, reprise d'un mouvement social du début XX^e : le solidarisme contractuel²⁷. Le juge français, nanti d'un texte dans lequel ses prédécesseurs, un siècle avant, n'avaient rien vu, va construire

trancher des litiges ou contrôler les accords des particuliers ? Ainsi, dans le duo juge et loi, il faudrait, à notre époque, réintroduire la volonté des individus qui restait très cantonnée dans le Code civil. Le trio mériterait alors une étude autonome plus développée.

26. Selon une terminologie, utilisée désormais dans tous les domaines, dont on aimerait savoir concrètement ce qu'elle signifie pour le citoyen moyen...

27. Voir Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le Solidarisme contractuel*, Economica, 2004 ; not. rapport de synthèse, Jean Hauser, « Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ? », p. 193 sq.

une cathédrale de principes²⁸, donnant du contrat un aperçu probablement fort éloigné du sens du texte. On pourrait, bien entendu, gloser sur ces textes tellement ouverts qu'on peut leur faire dire ce qu'on veut et y voir la consécration du pouvoir du juge contre la loi. En réalité, à l'arrière-plan il y a une logique historique qui n'est point si ouverte. Si le juge français a trouvé matière dans la bonne foi de l'alinéa 3 c'est parce qu'un législateur, pourtant acquis au libéralisme économique, l'y avait mis, et s'il y avait mis c'est parce qu'il était lui-même le fils, certes réservé et peut-être inconscient, d'une certaine culture qui devait beaucoup au droit canonique, et si le juge français y a trouvé si facilement sa pitance juridique c'est parce qu'il était historiquement préparé à s'en satisfaire: il y a une logique historique dans la synergie entre la loi et le juge²⁹.

150 Le pouvoir du juge peut donc s'établir sur la loi et ses mots, sur la loi et son sens mais aussi, et rien n'est vraiment nouveau, sur ses lacunes. On en déduirait facilement que le juge s'y sent des ailes, c'est probablement faux et il le ressent plus comme un devoir que comme un pouvoir.

LES LACUNES DE LA LOI : LE DEVOIR DIRE

La théorie des lacunes de la loi a été faite depuis longtemps. Elle est un des plaisirs de la doctrine qui en exagère probablement l'importance par une vision partielle de la question. L'exemple de l'énorme construction sur la responsabilité du fait des choses est éclairant. Mais son avatar final ne l'est pas moins.

Comblent les lacunes

On pourrait être tenté de classer la construction de la jurisprudence civile depuis 1896 dans la catégorie du sens des mots, voire du sens de la loi, puisque l'alinéa 1^{er} de l'article 1384 a servi de base à cette construction et sert encore aujourd'hui pour développer un cas général de responsabilité du fait d'autrui. Il n'en est rien, nous semble-t-il. Malgré une proposition précurseur de Laurent dans son commentaire du Code civil, alors applicable en Belgique, le texte ne suggère rien de tout cela et aucun autre article du Code civil ne permet de le nourrir. On est là en

28. Non seulement exécuter le contrat de bonne foi, mais informer le cocontractant, le conseiller parfois, coopérer à l'exécution, être cohérent avec les choix initiaux, accepter éventuellement la renégociation (ce qui paraît bien en contradiction avec l'alinéa 1^{er} du même article!) pour en préserver l'économie, etc.

29. On pourrait en dire autant de la notion d'enrichissement sans cause, utilisée tant par la jurisprudence civile que par la jurisprudence administrative.

présence d'une construction purement jurisprudentielle dont le texte n'est qu'un prétexte, d'ailleurs finalement occulté au profit d'expressions plus significatives, et qui ne se fonde que sur une nécessité sociale. C'est donc bien cette fois l'inertie du législateur qui laisse la place libre à la jurisprudence³⁰ laquelle, par tradition, cherche un appui textuel qui ne trompera personne longtemps³¹. On s'en glorifie parfois, encore qu'il n'y ait pas d'équivalent en droit privé (sauf peut-être le droit international privé) et que le seul rapprochement puisse être fait avec le droit administratif, mais aussi que le prix à payer pour la compréhension du droit soit très lourd. L'autosatisfaction des privatistes, éblouis par ce qui leur donnait l'impression de devenir des « ingénieurs » de la jurisprudence, s'échoue devant la rude remarque de Jean Carbonnier : « Un immense gaspillage d'intelligence et de temps, c'est peut-être un jour le bilan que l'on dressera de notre célèbre jurisprudence. Une bonne loi sur la responsabilité des accidents d'automobiles, à l'exemple de l'Allemagne (l. 3 mai 1909) ou de la Suisse (l. 15 mars 1932), aurait permis sans doute de faire l'économie d'une construction aussi ambitieuse³². » Faut-il dire que la Cour de cassation assumera fièrement sa construction séculaire, jetant ainsi aux orties l'anathème de l'article 5 du Code civil ? Il n'en est probablement rien et l'avatar final de la construction de la responsabilité du fait des choses renvoie clairement aux responsabilités de la loi.

151

La politique du pire

Dans les années 1980, le système était devenu ingérable devant l'afflux des recours, le souci de sécurisation des victimes, le développement des assurances qui rendait la réparation partiellement indolore, la division de la matière entre les chambres de la Cour de cassation qui nécessitait d'incessants recours à la formation en chambre mixte voire à l'assemblée plénière. Est apparue alors une technique qui constitue sans doute un symbole éclatant pour notre sujet : l'arrêt de provocation. Certes il ne s'agit pas là d'une catégorie actée par la loi mais personne ne s'y est trompé. Quand le 21 juillet 1982³³, après des années d'incertitudes,

30. Voir, sur cette histoire, Suzanne Carval, *La Construction de la responsabilité civile*, PUF, 2001, qui note « un lambeau d'article pour le fait des choses », p. 15.

31. Une fois sortis, en 1898, les accidents du travail qui, partis d'un système très favorable par rapport au droit commun finiront dans un système moins favorable pour des raisons largement financières.

32. Jean Carbonnier, *Droit civil. Obligations*, n° 260, PUF, 1990, p. 468.

33. Cass., civ., 2^e, 21 juillet 1982, *Desmares, D.*, 1982, p. 452, note Larroumet; *JCP*, 1982, II, p. 19861, note Chabas; *RTDC*, 1982, p. 606, obs. Durry.

d'hésitations et de revirements, la Cour de cassation affirme que le seul cas d'exonération pour le responsable du fait des choses est de prouver que le fait ou la faute de la victime présentait les caractères d'un cas de force majeure, ce qui excluait toute exonération partielle, la majorité de la doctrine y voit ce qu'elle appellera un arrêt de « provocation ». La technique est pleine d'enseignements pour notre sujet : le juge supplée l'inaction du législateur, sur la base de son rôle social, jusqu'à ce qu'il estime que n'étant pas doté du droit de disposer de façon générale et abstraite son rôle s'arrête là et alors, de deux choses l'une, ou bien il laisse les faits s'imposer d'eux-mêmes et contraindre le législateur à intervenir, ou bien il en « rajoute » en fermant la porte à toute solution jurisprudentielle et en gauchissant ses solutions, ce qui a l'avantage de la brutalité et, généralement, de la médiatisation. Dans ce sens, il est ainsi patent ces dernières années que, dans cette entreprise, la Cour de cassation, après une courte période de recul, a vu tout ce que la Convention européenne des droits de l'homme offrait comme virtualités pour provoquer le législateur lequel, après avoir ratifié la Convention, a montré son inaction sauf quand la provocation devenait trop importante ou trop coûteuse du fait des dommages-intérêts prononcés contre la France³⁴.

On voit donc apparaître un élément supplémentaire et important à notre raisonnement. Les relations entre le juge et la loi sont moins gouvernées par des questions de principe – qui font souvent la joie des doctrinaires – que par des questions d'efficacité pratique, ce qui est somme toute rassurant. Le juge civil acceptera, en s'appuyant sur le texte de la loi, en opposant un texte à un autre, en invoquant le sens de la loi contre sa lettre, en comblant ses lacunes, de participer à l'œuvre de construction normative. On en revient à Portalis, pour un temps donné, dans un domaine donné, c'est probablement inévitable. À partir d'un certain seuil où le traitement individuel des situations ne permet plus de déboucher sur un droit prévisible et lisible, il n'hésite pas à revenir à l'article 4 et à renvoyer le législateur à ses responsabilités. L'équilibre est donc instable, mais il est préférable à de fausses constructions et le temps des admirations

34. Après onze ans d'attente, il a fallu que la jurisprudence, refusant de faire le travail du législateur, déboute les enfants adultérins demandeurs d'égalité successorale – imposée depuis 1989 par la CEDH – pour que le législateur s'enquière enfin de réformer le droit français des successions.

35. Voir par exemple, l'intéressante évolution des mentalités quant au rôle des principes juridiques dans la procédure civile dans le système anglais, in Michaël Harayon, « Dix années de réforme de la procédure civile anglaise : révolte ou révolution ? », *RIDC*, 2004, p. 826 *sq.*

envers les systèmes principalement jurisprudentiels passera³⁵, notwithstanding les satisfactions apparentes et les controverses personnelles que le commentaire de la jurisprudence procure à une certaine doctrine³⁶. Le pire, mais il est là, c'est que le pouvoir du juge se développe non pas sur les lacunes de la loi, elles sont inévitables, sur son obsolescence, elle est le reflet du temps, sur son insuffisante individualisation, elle est la garantie de nos libertés, mais sur sa mauvaise qualité voire sur son incohérence ou encore sur sa réduction au symbolisme, très à la mode à notre époque³⁷. Alors, mais alors seulement, le juge sera seul en face du citoyen demandeur de normes, signe gravissime d'un effondrement du système démocratique³⁸. Une loi est un acte de souveraineté, tout était déjà dit dans le discours de Portalis.

153

R É S U M É

Les rapports entre le juge et la loi pourraient apparaître soit comme de pure hiérarchie pour les classiques, soit de concurrence pour les néo-classiques, soit de remplacement de l'un au détriment de l'autre pour les modernes. En réalité, il n'en est rien. En droit privé, c'est une combinaison délicate faite d'une utilisation réciproque dans la production des normes. La lettre du texte, son sens, son devoir être fournissent au juge à la fois des pouvoirs et des limites et l'équilibre a probablement moins évolué qu'on ne le dit souvent. La qualité du texte n'est pas indifférente.

36. Voir par exemple l'étonnante querelle personnalisée sur la façon d'interpréter les arrêts de la Cour de cassation décrite par Alain Benabent, « Doctrine ou Dallas ? », *D*, 2005, chr. 852, et les références aux deux auteurs concernés.

37. En droit des personnes, la loi est devenue le réceptacle des symboles orchestrés par les médias et les groupes de pression : une loi pratiquement tous les ans sur l'adoption, une inflation considérable des premiers articles du Code civil contredits immédiatement par des lois ordinaires de droit sanitaire, des affirmations solennelles aussi vides qu'inutiles, etc. Qui trop embrasse, mal étirent ! La loi a d'abord une vocation concrète et le symbole est derrière, pas l'inverse, au risque d'en dévaloriser l'autorité et de confondre les discours et la norme, sur quoi, Pierre Mazeaud, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP*, 2005, act. 70.

38. La multiplication des lois qui ne sont plus des dispositions générales et abstraites mais des « légiscules » spécifiques et concrètes est inquiétante, notamment dans les propositions de loi. Le lobbying législatif tuera la loi aussi sûrement que les privilèges ont tué l'Ancien Régime, il suffit d'attendre... à supposer que n'apparaissent pas, entre-temps, un lobbying jurisprudentiel dont on ne saurait affirmer qu'il est inexistant, notamment en droit des affaires, ce qui, cette fois, conduira à bien d'autres aventures.

CHRONIQUES

QUELQUES PERSPECTIVES ÉLECTORALES

Il est revenu, le temps de la gastronomie électorale ! Dans des conditions telles que l'opération provoquera certainement quelques crispations dans la classe politique. Toutefois, celle-ci pourrait profiter de l'occasion, pourquoi pas, pour dépasser la diététique et envisager de mettre en place quelques instruments de la modernisation institutionnelle dont elle parle d'autant plus souvent qu'elle en repousse régulièrement l'échéancier.

La phase préliminaire du charcutage est indispensable à bref délai pour répondre à une injonction constitutionnelle rappelée à deux reprises au moins par le Conseil constitutionnel depuis 2002 : la mise à jour du tableau des circonscriptions législatives, inchangé depuis 1986, contrairement aux dispositions de l'article L 125 du Code électoral, ne peut impunément être une fois de plus différée. L'opération doit être effectuée au plus tard avant juin 2006 sauf à risquer l'annulation des scrutins ultérieurs par les juridictions constitutionnelle ou administrative. Les conséquences en sont

drastiques puisque le *reapportionment* risque de modifier le nombre de députés élus dans chaque département et le découpage le nombre de circonscriptions dans chacun d'entre eux, bouleversant les limites des fiefs, en supprimant certains, en créant d'autres. Bref, chamboulant le paysage auquel les élus potentiels ou actuels sont habitués.

On comprend mieux, alors, parce que c'est humain, que les experts électoraux des partis politiques soient tentés de saisir l'occasion pour conforter ou récupérer ce que l'évolution démographique bouscule ou fragilise. Et que les spécialistes en ingénierie constitutionnelle élargissent le champ du débat aux équilibres institutionnels eux-mêmes.

LE DOSSIER DE L'EXPERTISE

Au travers de déclarations des politiques et des colloques de spécialistes, on voit se profiler deux types de propositions.

Les premières tournent, comme toujours depuis près d'un siècle – 1910 – autour du mode de scrutin. Doit-il être

157

* Professeur émérite des universités, ancien directeur du Centre d'analyse comparative des systèmes politiques (université Paris I).

majoritaire, proportionnel ou mixte ? Après 1988 et la fausse victoire de la gauche renforcée par l'élection d'une grosse poignée de députés du Front national, la proportionnelle, même « départementalisée », donc approchée, n'a plus la cote, car elle peut favoriser l'émergence des partis hors système et conduit à fragiliser des gouvernements minoritaires – de Rocard à Bérégoïov – et à l'immobilisme. Le scrutin majoritaire, au contraire, a les faveurs des partis de gouvernement, UMP et PS, qui ont fait et font encore leur miel de majorités introuvables autrement et leur permet d'engager des réformes sans craindre d'autre opposition que celle de la rue. Ils ont même tendance à vouloir renforcer ce que les spécialistes (anglais) qualifient pourtant de « plus majoritaire des scrutins majoritaires » (Richard Rose) en évinçant du second tour tous les autres candidats que les deux arrivés en tête au premier. En visant un bipartisme un peu irréel puisqu'il ne se réalise plus, sauf aux États-Unis, dans les régimes polyarchiques de l'Occident contemporain. La brutalité du système *first past the post* compromet le pluralisme consociatif de majorités plurielles et de négociations en leur sein. Un bipartisme renforcé ne se conçoit à vrai dire que dans un bicamérisme rénové comme en l'an VIII ou dans le projet gaullien de 1969 par une distinction fondamentale entre la chambre de la décision et la chambre du dialogue (Tribunat ou Sénat).

Depuis l'échec de la Commission Vedel de 1992, on a pris conscience, sans doute parce que leur usage se généralise ailleurs, de l'obstacle français aux modes de scrutin mixtes à l'allemande. Ceux-ci visent à ménager une part de proportionnelle dans un scrutin fonda-

mentalement majoritaire – pour ménager le pluralisme – ou l'inverse – pour ménager la gouvernabilité. Avec des variantes dans le dosage entre les deux ingrédients (Italie: 25/75, Japon: 40/60, Allemagne, Russie, Lituanie: 50/50, par exemple) que les législateurs nationaux apprécient en fonction des dérives nationales vers la fragmentation partisane. Chez nous, l'obstacle est largement lié à la professionnalisation exacerbée de la politique que le cumul des mandats a rendue insupportable: les partis sont d'accord pour créer deux catégories de députés: locaux, élus au scrutin majoritaire à un tour, nationaux ou régionaux, élus à la proportionnelle. Mais à une seule condition: que les seconds s'ajoutent aux 577 qui existent déjà! Exigence malencontreuse en un temps où l'antiparlementarisme est à la hauteur de la vacuité du débat parlementaire – dans sa réception par l'opinion publique, tout au moins. Ce n'est pas en augmentant le nombre de députés que l'on ranimera le Parlement, mais en donnant une signification médiatique à leur mandat par une nouvelle graphie du paysage électoral et de ses marchés. Une Assemblée de membres, dont 100 élus à la proportionnelle dans un cadre régional – pourquoi pas par celui de l'élection au Parlement européen qui prendrait alors quelque consistance? –, pourrait utilement être envisagée...

La seconde série de propositions concerne le calendrier électoral. Son évident désordre tient pour partie au cumul des mandats et au suffrage indirect; sa logique mérite d'être établie de telle manière qu'un scrutin ne pollue pas les autres, surtout que leur rythme n'accroisse pas des taux d'abstention qui nourrissent une défiance de la classe politique chronique plus que crois-

sante. Les remèdes aujourd'hui proposés par le ministre de l'Intérieur ont leur logique, qui est celle du ravaudage : deux fois deux tours en 2007 – élections présidentielle et législatives –, deux fois un ou deux tours en 2008 – élections municipales et cantonales – sont à la limite du supportable pour un électeur parfois décontenancé par l'opacité des enjeux et la variété des modes de scrutin. On néglige du même coup les élections sénatoriales dont la plus élémentaire honnêteté intellectuelle voudrait pourtant qu'elles soient postérieures aux scrutins locaux qui dressent en l'actualisant la liste de leurs électeurs. Sans compter que cet échafaudage repose sur des hypothèses de travail qui dressent un agenda incompatible avec les logiques institutionnelles ou banalement démographiques d'aujourd'hui. Ce n'est pas, de notre part, attenter aux convenances que considérer que l'échéance présidentielle de 2007 peut parfaitement être prématurément atteinte par l'empêchement de l'article 7 C. Sans compter le précédent de 1969 – rejet d'un référendum/question de confiance – ou les conclusions du rapport de la Commission Avril (2003) relatif à « l'empêchement présidentiel à la française ». Toutes considérations totalement inconciliables avec la loi de circonstance du 15 mai 2001 qui évacue, pour le seul confort de ses auteurs, les exceptions au principe du quinquennat présidentiel. Ce dernier n'est pas, ne peut pas être en l'état actuel de la Constitution, le pivot des rondes électorales. Celles-ci doivent être intégrées dans un agenda rationnel qui aide à rendre significatif chacun de ses couplets.

LE DOSSIER DE L'INGÉNIERIE

Qui plus est, cet agenda doit nécessairement s'insérer dans un aménagement institutionnel clair et non circonstanciel : à Westminster, l'élection législative réussit à elle seule cette prouesse de permettre au citoyen de désigner en même temps, par un seul bulletin, un porteur d'attentes locales, un programme politique national, une majorité parlementaire ou une opposition structurée, un gouvernement et un Premier ministre ; pour un mandat de cinq ans que seul l'éclatement du parti au pouvoir peut abrégé. L'élection des Communes est à la fois représentative, référendaire et plébiscitaire. Aux États-Unis, la ronde électorale est fixée une fois pour toutes depuis 1788 par le calendrier Julien qui en scande le rythme à partir de l'année bissextile présidentielle. Il ne saurait être question d'y toucher, il élimine tous les risques d'arythmie – décès, démission, révocation, etc. – dans d'admirables conditions qui, on l'a vu en 1974, laissent intacte la légitimité du locataire de la Maison-Blanche.

Chez nous, le rythme est totalement aléatoire et nul ne sait véritablement qui fait quoi et pour combien de temps. L'ensemble institutionnel navigue de façon erratique entre les deux modèles, de Westminster et de Washington, au gré du rapport conjoncturel des forces politiques que le marché électoral rend instable. On échange des thèses sur les mérites respectifs des modèles parlementaire et présidentiel alors qu'on ne sait même pas si la V^e République peut être qualifiée de semi-parlementaire ou de semi-présidentielle ; les pas de clerc des constitutionnalistes médiatiques – ou politiques – en apportent la preuve parfois amusante. En réalité, elle

navigue au gré de la mousson électorale entre ces deux caps sans parvenir à réaliser le programme simple du gouvernement polyarchique que le doyen Georges Vedel résumait lumineusement il y a près d'un demi-siècle en une formule : le gouvernement d'une majorité sous le contrôle d'une opposition et sous l'arbitrage du peuple.

160 Parce qu'on ne sait pas où se trouve la majorité. À l'Élysée ? Entre Matignon et le Palais-Bourbon ? Le modèle Debré/1959, révisé Capitant/1962 avait confié la France à l'Élysée, les Français aux palais de la Rive gauche. Le rythme non maîtrisé d'alternances grandes ou petites, aggravées par la volatilité d'un corps électoral soumis à l'insupportable primauté de la légitimité cathodique, vide les consultations électorales d'une bonne part de leur signification. Et en premier lieu l'élection du président de la République au suffrage universel direct.

Voici un sujet tabou qu'il convient pourtant de remettre en question sous sa forme actuelle, en raison du fractionnement des forces politiques qui empêche le président de disposer de l'autorité que le suffrage universel est sensé lui conférer. Nul n'a été élu dès le pre-

mier tour de scrutin. Et la lecture des résultats successifs montre une érosion progressive mais incontestable du niveau de suffrages obtenus par les « élysibles » à ce tour éliminatoire de tous les autres candidats. Avec une augmentation croissante du nombre des abstentionnistes qui sanctionne un très regrettable désintérêt des Français pour ce « tour de chauffe » à l'occasion duquel ils se défoulent sans percevoir que le défoulement peut aboutir à dénaturer le résultat final, devenu « abracadabrantésque » en 2002, selon la formule cruelle mais non inconvenante du professeur Serge Sur¹. Les programmes des deux finalistes, pourtant passablement « attrape-tout » (*catch all*), pas plus que leur image n'ont réussi à mobiliser que le quart d'un corps électoral indifférent. Pour un résultat qui délabre le présidentielisme à la française. Au second tour, la victoire de Jacques Chirac est celle de la République et non pas celle du chef de l'UMP. 82% des suffrages exprimés dont l'essentiel a un contenu négatif, « tout sauf Le Pen » signifiant « n'importe qui sauf... ». Mais « n'importe qui » n'est pas un programme ni un parti de gouvernement. Si une majo-

% inscrits

1965	De Gaulle	37,6 %	Mitterrand	26,7 %
1969	Pompidou	34,1 %	Poher	17,8 %
1974	Giscard d'Estaing	27,2 %	Mitterrand	36,1 %
1981	Mitterrand	20,6 %	Giscard d'Estaing	27,6 %
1988	Mitterrand	27,2 %	Chirac	15,9 %
1995	Chirac	15,9 %	Jospin	17,7 %
2002	Chirac	13,7 %	Le Pen	11,6 %

1. Serge Sur, *2002, Élections abracadabrantésques*, Dalloz, 2002.

rité a été désignée en 2002, c'est à l'occasion des élections législatives qui ont suivi, sur un programme dont le flou a été entretenu par la personnalité d'un Premier ministre peu connu mais dont la réalisation lui a été confiée au sens de l'article 20 C, fort de l'appui d'une Chambre introuvable au sein de laquelle l'UDF peut se distraire à jouer les mouches du coche – pour préparer l'avenir. Mais l'UMP n'est pas le parti du président, il s'en faut de beaucoup et il s'en faudra sous peu de beaucoup plus. Que son chef déjà plébiscité dans les médias décide de retourner à bref délai au Palais-Bourbon et il y a fort à parier que le groupe parlementaire UMP se ralliera à son panache blanc et imposera ses choix à un gouvernement qui n'est pas celui du président.

En d'autres termes, la reparation de la République, incontestable depuis 1988, n'a pas été freinée en 2002. Et le mode d'élection du président doit alors prioritairement tenter de le replacer sur le trône de monarque orléaniste qui était le sien en 1958 dans la célèbre définition de l'article 5 C : gardien, garant, arbitre. Celui que l'Espagne réconciliée avec la démocratie a offert depuis à Juan Carlos. Sans obérer pour autant l'hypothèse présidentialiste.

Comment y parvenir ? Il ne saurait être question de reconstituer le corps électoral des notables de 1958. Non plus que d'envisager un tour préliminaire du type des primaires américaines absolument impraticable dans un sys-

tème de partis multiples – notre collègue Roger-Gérard Schwartzberg l'envisage à gauche sous une forme contractuelle mais sans conviction véritable². Il faudrait inventer un mode de scrutin qui permette, en un seul tour, de désigner un président qui rallie une majorité de suffrages incontestable.

Ce mode de scrutin existe et mérite de retenir l'attention des spécialistes en ingénierie institutionnelle car il est mis en œuvre depuis quelques années par des sociétés savantes étasuniennes pour la désignation de leurs dirigeants et a fait l'objet d'une expérimentation encourageante en avril 2002 à l'initiative de Michel Balinski, spécialiste internationalement reconnu des problèmes de représentation politique³. L'idée directrice peut surprendre : appeler l'électeur à exprimer en un seul tour de scrutin sa préférence et son hostilité, un double choix positif et négatif sans que le second soit déterminant comme c'est le cas dans un choix alternatif.

Les modalités sont simples lorsque – c'est le cas en France – le nombre des candidats ne risque pas de brouiller le paysage électoral. L'électeur dispose d'un bulletin sur lequel figure la liste de tous les candidats à départager ; il coche librement les cases qui lui conviennent : aucune s'il les rejette tous, toutes si tous lui plaisent, et un seul ou plusieurs candidats au gré de ses préférences. Toutes les options lui sont ouvertes, de zéro à n. Au dépouillement, est proclamé élu celui des candidats qui a obtenu le plus

2. « Pour des primaires à gauche », *Le Monde*, 14 septembre 2004.

3. Michel Balinski est directeur du laboratoire d'économétrie de l'École polytechnique. Cf. Jean-François Laslier et Karien Van der Straeten, « Une expérience de vote par assentiment lors de l'élection présidentielle française de 2002 », *Revue française de science politique*, février 2004, p. 99-130.

grand nombre de suffrages sans qu'il soit indispensable qu'il ait dépassé la majorité absolue des bulletins validés. Car il s'agit bien d'un vote à la pluralité des voix : le vainqueur a recueilli en même temps le plus grand nombre d'assentiments – *approval* dans la formulation originelle de ses inventeurs étasuniens, S. Brams et P. Fishburn – et le minimum de marques de répulsion. Il est d'abord appratif, accessoirement exclusif.

162

Les politiques seront spontanément incités à s'interroger sur les probables conséquences de cet objet électoral non identifié sur le rapport des forces qu'il est susceptible de sanctionner. Les expériences montrent qu'il sanctionne régulièrement la défaite des extrêmes – disons : des candidats anti-système – et départage les candidats de rassemble-

ment tout en permettant d'inscrire la présence sur le marché électoral d'alternatives éventuelles. La conciliation, la synthèse entre la dévotion et le soutien.

On ne dissimulera pas que de sévères prérequis sont indispensables pour assurer le caractère significatif – légitimant – de ce mode de scrutin original mais attirant : à nos yeux, il implique l'obligation de voter, le recours aux machines de vote électronique et une information du citoyen qui affine ses choix politiques. Ambitieux programme, certes, mais que la démocratie française semble en mesure d'envisager si elle veut se moderniser vraiment. Le jeu en vaut bien la chandelle, qui la conforterait en tout cas dans son originalité.

En matière électorale, est-il nécessaire d'espérer pour entreprendre ?

PIERRE ASTIÉ
DOMINIQUE BREILLAT
CÉLINE HISCOCK-LAGEOT*

REPÈRES ÉTRANGERS

(1^{er} JANVIER – 31 MARS 2005)

163

CHINE

5 mars 2005. **Assemblée nationale populaire.** La session de l'Assemblée nationale populaire s'ouvre en présence de 3 000 députés. Une loi antisécession permettrait une couverture légale à une intervention de Beijing à Taiwan en cas de proclamation de l'indépendance de l'île. Elle est adoptée par 2 896 voix contre 0 et 2 abstentions. L'adoption de ce texte suscite quelque inquiétude à Taiwan; le 26 mars, une manifestation monstre de plus de 500 000 personnes a lieu à Taïpeh. Mais le 31 mars, l'opposition taiwanaise du Kuo Min Tang envoie une délégation à Pékin ce qui est une première.

Après avoir quitté ses fonctions de chef de l'État en septembre 2004, Jiang Zemin, 78 ans, abandonne ses fonctions de président de la Commission militaire centrale, dernière fonction qu'il exerçait. Le Parlement élit Hu Jintao pour le remplacer (*La Croix*, 30 décembre

2004, 8, 14, 29 mars 2005; *Libération*, 5-6, 7, 9, 15, 17, 28 mars 2005; *Le Monde*, 6-7, 10, 15, 27-28, 29 mars 2005; *Courrier International*, 10, 31 mars 2005).

ESPAGNE

20 février 2005. **Union européenne. Référendum.** Lors du référendum relatif au traité établissant une constitution pour l'Europe, l'opposition du PPE et le PSOE au pouvoir, ainsi que les grands partis nationalistes (Parti nationaliste basque, PNV; Convergence et Union en Catalogne, CiU) et les grandes centrales syndicales décident de voter *oui*.

C'est le quatrième référendum depuis la mort de Franco après celui de 1976 sur la réforme politique, celui de 1978 sur la Constitution et celui de 1986 sur l'OTAN. Un meeting commun réunissant José Luis Rodriguez Zapatero et Jacques Chirac a lieu à Barcelone.

* Université de Poitiers – FRE 2791 CECOJI.

Gerhard Schröder, Silvio Berlusconi grippés ne peuvent y participer.

Le *oui* l'emporte de façon très large malgré une participation médiocre (3 points de moins qu'aux élections européennes de juin 2004). L'une des raisons de ce faible taux de participation est que la victoire du *oui* était assurée. Le *non* est surtout marqué au Pays basque, en Navarre et en Catalogne (*La Croix*, 3 décembre, 11, 18, 21, 22 février 2004; *Le Figaro*, 19-20 et 21 février 2005; *Libération*, 16-17 octobre 2004, 8-9 janvier, 11, 16, 19-20, 21 février 2005; *Le Monde*, 26 novembre 2004, 7, 13 janvier, 5, 11, 13-14, 19, 22 février, 12 mars 2005; *Courrier International*, 17, 24 février 2005; <http://www.el-mundo.es/especiales/2005/02/espana/constitucioneuropa/resultados>).

164

Référendum européen en Espagne

Inscrits	33 563 680
Votants	14 204 663 (42,32%)
Blancs	849 093 (6,03)
Nuls	122 697 (0,86)
<hr/>	
OUI	10 804 464 (76,63%)
NON	2 428 409 (17,29%)

ÉTATS-UNIS

20 janvier 2005. **Président.** L'investiture pour un nouveau mandat du président George W. Bush, a lieu devant un *Chief Justice*, William Rehnquist, dont l'état de santé laisse s'interroger sur une possible démission (*La Croix*, 21 janvier 2005; *Libération*, 19 au 21, 24 janvier 2005; *Le Monde*, 18 au 23-24, 28 janvier 2005).

2 février 2005. **Discours sur l'état de l'Union.** George W. Bush prononce son premier discours sur l'état de l'Union depuis sa réélection. Il met l'accent sur la réforme des retraites et sur la démocratisation du « Grand Moyen-Orient » mettant en cause particulièrement la Syrie et l'Iran. Il veut travailler à la « propagation de la démocratie » dans le monde, afin d'« arrêter la montée de la tyrannie ». Il veut aussi imposer un amendement constitutionnel interdisant le mariage homosexuel et s'est prononcé contre la recherche médicale à base d'embryons humains (*La Croix*, 4 février 2005; *Libération*, 3, 4 février 2005; *Le Monde*, 4 février 2005; *Courrier International*, 10, 17 février 2005).

GRANDE-BRETAGNE

17 février 2005. **Chasse à courre.** La chasse à courre est interdite depuis le 17 février 2005 à minuit. Les Lords ont perdu dans leur résistance, ayant cependant obligé le gouvernement à utiliser le *Parliament Act* afin de donner le dernier mot aux Communes. Les dirigeants de la *Countryside Alliance* ont décidé de faire acte de rébellion (*Libération*, 18 février 2005; *Le Monde II*, 25 mars 2005).

IRAK

30 janvier 2005. **Élections.** Les violences marquent les élections irakiennes. Le 4 janvier, le gouverneur de la province de Bagdad est assassiné. 14 millions d'électeurs connaissent des élections pluralistes et 1,5 million d'exilés peuvent voter dans 14 pays dont la France. 111 listes, avec 7 700 candidats, s'affrontent pour 273 sièges. Il s'agit d'élire une Assemblée nationale transitoire qui rédigera la Constitution. 25% des sièges

sont réservés aux femmes. L'Irak constitue une circonscription unique. Le mode de scrutin est la représentation proportionnelle ce qui permet de ne pas reporter le scrutin en cas de violences. Le 17 février, la commission électorale indépendante valide les résultats.

L'Alliance irakienne unie, liste chiite soutenue par le grand ayatollah Ali Sistani obtient 48,1% des voix et 140 des 275 sièges soit la majorité absolue. Elle devance la liste de l'unité kurde (25,7% et 75 sièges) formée par le Parti démocratique du Kurdistan et l'Union patriotique du Kurdistan alors que la liste irakienne du Premier ministre Iyad Allawi ne recueille que 13,8% des voix et 40 élus et la liste Iraquiun (Irakiens) du président Ghazi al Yawer 1,7% et 5 élus. La participation a été de 59% mais elle a été très faible au sein de la communauté sunnite. Le même jour, a lieu l'élection des 18 conseils de province et l'élection du «Parlement kurde indépendant» au Kurdistan. Le Front national du Kurdistan réunissant l'Union patriotique

du Kurdistan et le Parti démocratique kurde obtient 104 des 111 sièges contre 6 à la Société islamique du Kurdistan (*La Croix*, 8, 10, 17, 21 décembre 2004, 4 au 7, 10, 21, 24, 27, 29, 31 janvier, 1^{er}, 7, 9, 10, 12, 14, 15, 17 février 2005; *Le Figaro*, 16 décembre 2004, 29-30 et 31 janvier, 12-13 au 15 et 18 février 2005; *Libération*, 22 novembre, 2, 10, 20, 21, 31 décembre 2004, 4 au 6, 15-16, 20, 26 au 31 janvier, 1^{er}, 4, 8, 14, 15 février 2005; *Le Monde*, 9 octobre, 30 novembre 8, 9, 11, 17, 21, 28, 31 décembre 2004, 1^{er}, 4 au 7, 11, 14 16-17, 21, 25 au 30-31 janvier, 2 au 4, 6-7 au 9, 12, 16, 22 février 2005; *Courrier International*, 7 octobre, 16, 23 décembre 2004, 3, 17 février 2005).

165

ITALIE

25 janvier 2005. **Union européenne.** Un débat sur la Constitution européenne a lieu au Parlement. La Chambre des députés autorise la ratification. Seuls les communistes et la Ligue du Nord ont voté contre (*La Croix*, 27 jan-

Élections en Irak

	%	voix	sièges
Alliance unifiée irakienne, ayatollah Ali Sistani, chiite	48,1	4 075 291	140
Coalition kurde (PDK et UPK, autrefois rivaux)	25,7	2 175 551	75
Al Iraquiun (Les Irakiens) du Premier ministre	13,8	1 168 943	40
Liste du président sortant Ghazi Al Yaouar, sunnite	1,7	150 680	5
Les autres sièges vont à de petites formations notamment chiïtes.			

vier 2005).

PAYS-BAS

23 mars 2005. **Liberté de pensée. Liberté académique.** Le Sénat de l'université d'Utrecht réhabilite le philosophe René Descartes en abrogeant un jugement du 17 mars 1642 qui condamnait « la nouvelle philosophie ». Le Sénat souhaite que Descartes soit étudié à Utrecht « dans les temps à venir ». La prestigieuse université avait déjà anti-

cipé depuis 1650... puisque la philosophie cartésienne y était enseignée depuis lors (*Le Monde*, 26 mars 2005).

SLOVÉNIE

1^{er} février 2005. **Constitution européenne.** Le Parlement de Ljubljana ratifie à une large majorité le traité établissant une Constitution pour l'Europe par 69 voix contre 4 et 7 abstentions (*La Croix*, 2 février 2005; *Le Figaro*, 2 février 2005; *Libération*, 2 février

PIERRE AVRIL REPÈRES

JEAN GICQUEL

CHRONIQUE

CONSTITU-

TIONNELLE

FRANÇAISE

(1^{er} JANVIER – 30 AVRIL

2005)

7 janvier. M. Le Pen déclare à *Rivarol* que « l'occupation allemande n'a pas été particulièrement inhumaine ».

13 janvier. Sur France 2, M. Sarkozy s'oppose, à nouveau, au chef de l'État à propos de l'entrée de la Turquie dans l'Union européenne. Il se prononce pour l'organisation d'élections primaires en vue de la prochaine élection présidentielle.

16 janvier. Les Verts parviennent à désigner M. Yann Wehring secrétaire national.

20 janvier. Les salariés de *Libération* acceptent l'entrée dans le capital du journal de M. Édouard de Rothschild.

23 janvier. M. Morin, président du groupe UDF à l'Assemblée nationale, estime que M. Chirac doit engager sa responsabilité à l'occasion du référendum sur le traité constitutionnel.

- 25 *janvier*. «L'antisémitisme n'est pas une opinion, c'est une perversion», déclare le président Chirac lors de l'inauguration du mémorial de la Shoah à Paris.
- 27 *janvier*. Sur France 2, M. de Villepin déclare: «Je n'ai pas l'habitude de me dérober aux missions que me confie le président de la République... J'ai toujours dit oui.»
- 29 *janvier*. M. Raffarin fête ses 1 000 jours à Matignon.
- 3 *février*. M. Thibault est désavoué par le Comité confédéral de la CGT à propos du référendum sur le traité constitutionnel.
- 11 *février*. Au lendemain des manifestations de lycéens, M. Fillon renonce à réformer le baccalauréat.
- 12 *février*. M. Chirac remet les insignes de chevalier de l'Ordre national de la Légion d'honneur à M. Sarkozy.
- 15 *février*. Les Verts se prononcent pour le *oui* au référendum européen. M. Giscard d'Estaing annonce qu'il vient d'acquiescer le château d'Estaing (Aveyron).
- 17 *février*. «La gauche plurielle ne renaîtra jamais», déclare M. Cambadélis au *Figaro*.
- 22 *février*. M. Raffarin accuse les socialistes de politiser les régions en les transformant en «contre-pouvoir» dans *Les Dernières Nouvelles d'Alsace*.
- 26 *février*. «Voter *non* au référendum, c'est une connerie», déclare M. Chirac, lors de l'inauguration du salon de l'agriculture à Paris.
- 2 *mars*. À l'Assemblée nationale, M. Raffarin demande à M. Julia d'œuvrer avec la DGSE au lendemain de l'appel au secours lancé par Florence Aubenas.
- 5 *mars*. M. Hollande est accueilli par des boules de neige à Guéret (Creuse).
- 8 *mars*. M. Julia se met en congé du groupe UMP de l'Assemblée nationale.
- 9 *mars*. *Le Canard enchaîné* invente une nouvelle unité métrique: «un gaymare» vaut 600 m².
- 21 *mars*. En présence de M. de Villepin, les statuts de la Fondation pour l'Islam en France sont signés.
- 23 *mars*. À l'issue du Conseil européen, M. Chirac obtient la renégociation de la directive Bolkestein sur la libéralisation des services.
- 25 *mars*. M. Baudis bénéficie d'un non-lieu dans l'affaire des prostituées de Toulouse.
- 31 *mars*. Sur France 2, M. Sarkozy n'exclut pas la possibilité d'une candidature UMP contre le président sortant lors de la prochaine élection présidentielle, parmi d'autres réformes en vue de «combler le retard de la démocratie française».
- 5 *avril*. Les téléspectateurs de France 2 désignent le général de Gaulle «le plus grand des Français», de préférence à Louis Pasteur.
- 6 *avril*. L'UMP décide de rembourser à la Ville de Paris des sommes correspondantes aux emplois fictifs.
- 12 *avril*. Le CSA refuse d'intervenir, à la suite de la demande de la société des journalistes, à propos des animateurs choisis par le chef de l'État pour sa rencontre avec des jeunes sur le traité constitutionnel.
- 21 *avril*. Le lundi férié de Pentecôte est rétabli à la SNCF, à raison de 1 mn 52 de plus par jour de travail.
- 22 *avril*. Le président Chirac participe, à Paris, à la commémoration du 60^e anniversaire du génocide arménien.

Le PS fête le centenaire du socialisme français, date de la création de la SFIO.

26 avril. Depuis la Sorbonne, le chancelier Schröder appelle les Français à voter *oui* au référendum constitutionnel.

28 avril. M. Jospin intervient à France 2 pour le *oui* au référendum européen.

AMENDEMENT

– *Bibliographie*. J.-P. Camby, « Le droit d'amendement. Une nouveauté ? », *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 109.

– *Article 44, alinéa 2 C*. Au cours de la discussion du projet relatif à la régulation des activités postales, le 20 janvier, le gouvernement a opposé l'article 44 al. 2C, aux sous-amendements 14787 à 14887 à l'amendement 18 qui venaient d'être déposés et qui n'avaient donc pas été soumis à la commission (p. 207). (Précédent : cette *Chronique*, n° 105, p. 186.)

– *Article 41 C*. Dans la suite de l'examen du projet relatif à la régulation postale, le 20 janvier (p. 266), le gouvernement a opposé l'article 41 C aux amendements 34 à 14640 dont le président Debré avait réservé la discussion la veille, en application de l'article 95 al. 5 RAN. Ces amendements, qui énuméraient les différents points du réseau postal pour affirmer que chacun d'eux concourt à l'exécution du service postal universel, relevaient manifestement du domaine réglementaire. L'article 41 C n'était plus utilisé que pour écarter les amendements d'obstruction, comme dans le cas présent (notre *Droit parlementaire*, 3^e éd., Montchrestien, 2004, n°289),

mais son retour peut aussi s'inscrire dans la restauration de la distinction des domaines de la loi et du règlement.

V. Conseil constitutionnel. Loi

ASSEMBLÉE NATIONALE

– *Composition*. M^{me} Véronique Besse a été élue, au premier tour, le 23 janvier, député (NI) de la 4^e circonscription de la Vendée en remplacement de M. de Villiers (*JO*, 25-1). Dans les mêmes conditions, M. Nicolas Sarkozy (UMP) a recouvré, le 13 mars, son siège (Hauts-de-Seine, 6^e) (*ibid.*, 15-3) (cette *Chronique*, n° 113, p. 217).

– *Diplomatie parlementaire*. De manière inédite, à bien des égards, le président Debré, accompagné des présidents de groupe, s'est rendu en Turquie, dans la perspective de l'entrée de celle-ci dans l'Union européenne, du 3 au 6 février (*Le Monde*, 5-2). Cette « révolution tranquille », selon les propos de M. Debré, devait provoquer une altercation avec M. Sarkozy, président de l'UMP, le 8 février lors de la réunion du bureau du groupe (*ibid.*, 10-2).

– *Réceptions dans l'hémicycle*. M. Zapatero, président du gouvernement espagnol, s'est rendu devant les députés, le 14 mars, à son tour (cette *Chronique*, n° 110, p. 201). De manière inédite, il a répondu aux questions posées par les présidents des groupes et de la délégation pour l'Union européenne.

M. Sampaio, président de la République portugaise, a été convié le 12 avril. Le président du groupe communiste avait protesté, le 8 mars, « contre le détournement du Palais-Bourbon en salle de meeting électoral en vue du réfé-

rendu du 29 mai » (BQ, 9-3).

V. *Amendement. Conseil constitutionnel. Contentieux électoral. Loi. Parlement. Parlementaires en mission. République.*

AUTORITÉ JUDICIAIRE

– *Bibliographie.* J.-L. Nadal, «La jurisprudence de la Cour de Strasbourg: une nouvelle chance pour le Parquet général de la Cour de cassation», *D*, 2005, p. 800; Th. Janville «Petite histoire des principes généraux de droit processuel dans les constitutions de la France», *LPA*, 22-3; J.-É. Schoettl, «Les juges de proximité passent pour la troisième fois rue de Montpensier», *ibid.*, 2-2; Chr. Rodé, «De la rétroactivité des revirements de jurisprudence», *D*, 2005, p. 988.

– *Compétences de la juridiction de proximité.* Après déclaration de conformité (2004-510 DC), la loi 2005-47 du 26 janvier, qui les étend, a été promulguée (*JO*, 27-1) (cette *Chronique*, n° 106, p. 169). Le Conseil constitutionnel a estimé que «l'article 64 C n'interdit pas par lui-même d'accroître les compétences des juridictions de proximité, dont les membres ne sont pas des magistrats de carrière, dès lors que la part de ces compétences demeure limitée au regard de celles qu'exercent les tribunaux d'instance et les tribunaux de police». Tel est le cas en matières civiles et, fait nouveau, pénales. Quant à la présence d'un juge de proximité, en qualité d'assesseur au sein de la formation collégiale du tribunal correctionnel, le Conseil a estimé que «les dispositions de l'article 66 C s'opposent à ce que le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté soit confié à une juridiction qui ne serait composée que

de juges non professionnels». Mais, «elles n'interdisent pas que ce pouvoir soit exercé par une juridiction pénale de droit commun au sein de laquelle siègent de tels juges». Au prix d'une réserve d'interprétation, la proportion de ceux-ci «doit rester minoritaire», c'est-à-dire «un seul», eu égard «aux garanties d'indépendance et de capacité requises par la Constitution». L'égalité devant la justice est-elle affectée? Ce grief est infondé au motif que les droits de la défense sont respectés; que la formation collégiale applique, quelle que soit sa composition, «les mêmes règles de procédure et de fond, en vue d'assurer une bonne administration de la justice».

V. *Conseil constitutionnel. Conseil supérieur de la magistrature. Libertés publiques.*

AUTORITÉ JURIDICTIONNELLE

– *Bibliographie.* C. Brami, *Des juges qui ne gouvernent pas. Retour sur les idées constitutionnelles de Roger Pinto*, L'Harmattan, 2005; E. Lambert, *Le Gouvernement des juges*, rééd. Dalloz, préface de F. Moderne, 2005; B. Bonnet, «Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale», *RFDA*, 2005, p. 56; A. Louvaris, «Le Conseil d'État, juridiction suprême en réseau: une illustration», *D*, 2005, p. 859; *EDCE*, n° 56, 2005.

BICAMÉRISME

– *Bicamérisme inversé.* Le Parlement peut s'opposer, en votant une motion, à

une modification des règles d'adoption d'actes de l'Union européenne opérée selon la procédure de révision simplifiée prévue par le traité constitutionnel. Au nom du parallélisme entre révision constitutionnelle et motion d'opposition, le nouvel article 88-6 C prévoit que ladite motion est « adoptée en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat ». Mais la conséquence en est que le refus du Sénat d'approuver une motion votée par l'Assemblée nationale entraîne *ipso facto* l'acquiescement du Parlement à la révision de la Constitution française impliquée par la nouvelle procédure européenne. Ainsi le veto que l'article 89 C attribue au Sénat se transforme en « dernier mot » de la Haute Assemblée.

CODE ÉLECTORAL

– *Citoyenneté des personnes handicapées*. La loi 2005-102 du 11 février (JO, 12-2) en modifie certaines dispositions : les majeurs sous tutelle ne peuvent être inscrits sur les listes électorales « à moins qu'ils n'aient été autorisés à voter par le juge des tutelles » (nouvelle rédaction de l'article L 5). Un nouvel article L 62-2 dispose que « les bureaux et les techniques de vote doivent être accessibles aux personnes handicapées ».

V. Vote.

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

– *Bibliographie*. F. Luchaire, « Le statut constitutionnel de la Polynésie française », *Economica*, 2005 ; J.-F. Auby, « Droit de l'outre-mer et production des normes », *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, op. cit., p. 29 ; A. Delcamp, « La France et la Charte européenne de

l'autonomie locale. Hommage à un Girondin », *ibid.*, p. 129 ; A.-M. Le Pourhiet, « Le contrôle des faits, en droit constitutionnel. Le cas des spécificités territoriales », *ibid.*, p. 229 ; B. Faure, « Les relations paradoxales du principe de l'expérimentation et du principe d'égalité », *RFDA*, 2004, p. 1150 ; D. G. Lavroff, « Réflexions sur la décentralisation », *Actes de l'académie de Bordeaux*, 2004, t. XXVIII, p. 113 ; O. Bui-Xuan, « De la difficulté d'édifier un statut sur mesure : le nouveau statut de la Polynésie française », *LPA*, 21-2 ; L. Baghestani-Perrey, « La pertinence des nouveaux modes constitutionnels de répartition et de régulation de l'exercice des compétences décentralisées (à propos de la loi du 13 août 2004) », *ibid.*, 20-4 ; M. Lascombe et X. Vandendriessche, « L'autonomie financière des collectivités territoriales encore en chantier », *RFDA*, 2005, p. 417 ; E. Brosset, « L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République », *RFDC*, 2004, p. 695 ; A. Troianiello, « Le nouveau statut d'autonomie de la Polynésie française », *ibid.*, 2004, p. 833 ; S. Al Wardi et J.-M. Regnault, « La crise politique en Polynésie française », *Regards sur l'actualité*, n°310, *La Documentation française*, avril, p. 81.

– *Développement des territoires ruraux*. La loi 2005-157 du 23 février (JO, 24-2) a été promulguée.

– *Droit local alsacien-mosellan*. La loi 2005-296 du 31 mars portant réforme de l'organisation du temps de travail (art. 1^{er}) dresse la liste des jours chômés

découlant notamment de l'ordonnance d'Empire du 16 août 1892 (*JO*, 1^{er}-4). L'ouverture d'une chaîne de magasins, le vendredi saint, le 25 mars, retenu comme jour de substitution au lundi de Pentecôte, journée de solidarité pour les personnes âgées, a provoqué une vive réaction culturelle et syndicale (*Le Monde*, 27/28-3). Le Conseil constitutionnel décline sa compétence à l'égard de cette catégorie de loi locale (24 mars 2005, *Hauchemaille et Meyet*) (*JO*, 31-3).

V. Pétition. Contentieux électoral. Élections.

172

COMMISSION D'ENQUÊTE

– *Assemblée nationale*. La création d'une commission d'enquête, de 30 membres, chargée d'apprécier l'évolution de la fiscalité locale, a été décidée à l'unanimité le 15 février (p. 1090) : le président en est M. Bonrepaux (S) et le rapporteur M. Mariton (UMP).

COMMISSIONS

– *Bibliographie*. P. Türk, *Les Commissions parlementaires et le Renouveau du Parlement sous la V^e République*, préface de X. Vandendriessche, prix de thèse 2004 du Sénat, Dalloz, 2005.

CONGRÈS DU PARLEMENT

– *Convocation*. Par décret du 15 février (*JO*, 19-2), le président de la République a convoqué, pour la 4^e fois (cette *Chronique*, n° 106, p. 174), le Parlement en Congrès le 28 février pour voter le projet de LC modifiant le titre XV de la Constitution et celui relatif à la Charte de l'environnement de 2004.

– *Vote*. La modification du titre XV a été adoptée par 730 voix contre 66. Ont voté contre les 22 députés et 22 sénateurs communistes, 1 s'abstenant; 8 députés et 3 sénateurs UMP, 5 députés et 2 sénateurs s'abstenant, un député et 2 sénateurs socialistes, 57 députés et 25 sénateurs s'abstenant.

La Charte de l'environnement a été adoptée par 531 voix contre 23; les 22 députés communistes ont voté contre, 20 sénateurs de ce groupe s'abstenant et 3 votant pour; 5 députés et 3 sénateurs UMP ont voté contre, 38 députés et 10 sénateurs s'abstenant, 136 députés et 88 sénateurs socialistes n'ont pas pris part au vote, 9 députés et 5 sénateurs votant pour, 2 sénateurs contre, 4 députés et 2 sénateurs s'abstenant.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie*. V. Bacquet-Bréhant, *L'Article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2005; G. Merland, *L'Intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *ibid.*; M.-F. Verdier, « Le Conseil constitutionnel face au droit supranational: une fragilisation inéluctable? », *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, *op. cit.*, p. 297; A. Pariente, « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *ibid.*, p. 267; B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, p. 239; A. Levade, « Le CC aux prises avec la Constitution européenne » (à propos de la décision 2004-505 DC), *RDP*, 2005, p. 19; F. Luchaire, « La Constitution pour

l'Europe devant le CC», *ibid.*, p. 51; J. Roux, «Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française», *ibid.*, p. 59; B. Mathieu, «Un an de jurisprudence constitutionnelle: bilan, perspectives et questions», *D*, 2005, p. 920.

– CCC. N°17, *Dalloz*, 2004.

– *Cbr. RDP*, 2005, p. 267; *RFDC*, 2004, p. 797.

– *Notes*. C. Maugué, F. Sudre, sous 2004-505 DC, *RFDA*, 2005, p.30; F. Picod, sous 2004-496 DC, *Il diritto dell' Unione europea*, Milan, fasc. 4, 2004, p. 869; J.-É. Schoettl, sous 2005-511 DC, *LPA*, 11-1; 2004-510 DC, *ibid.*, 2-2; 2005-198 L, *ibid.*, 24-3; 2004-509 DC, *ibid.*, 31-3; 24-3; *LPA*, 25-4;

7-4.

– *Condition des membres*. Tandis que M. Joxe était présent aux côtés de ses collègues à la cérémonie des vœux au Palais de l'Élysée, le 3 janvier, M. Giscard d'Estaing s'est abstenu d'y paraître (*Le Figaro*, 4-1). Les élèves de l'ENA ont donné, le 15 janvier, le nom de Simone Veil à leur promotion (*Le Monde*, 16/17-1). En l'absence respectivement du président Mazeaud empêché et du conseiller-doyen, M. Giscard d'Estaing, qui s'était déporté, M^{me} Veil a présidé la séance du 31 mars (*JO*, 6-4). Un précédent rarissime, voire unique. Préalablement, celle-ci avait lu, le 7 mars, le message du chef de l'État aux femmes maires à l'occasion des états généraux de la démocratie locale et de la parité réunis par le Sénat (*InfoSénat*,

173

-
- 13-1 2004-509 DC. Loi de programmation pour la cohésion sociale (*JO*, 19-1). V. *Loi Validation législative*.
- 20-1 2004-510 DC. Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance (*JO*, 27-1). V. *Autorité judiciaire. Habilitation législative et ci-dessous*.
- 3-3 2005-198 L (*JO*, 9-3). Délégation. V. *Pouvoir réglementaire*.
- 10-3 AN, Gard, 5^e; AN, Paris 15^e (*JO*, 12-3). Art. LO 128 du Code électoral. V. *Contentieux électoral*.
- 17-3 Nomination des délégués du CC chargés de suivre sur place les opérations de référendum (*JO*, 19-3). V. *Référendum*.
- 24-3 2005-199 L; 2005-200 L (*JO*, 31-3). Délégation. V. *Pouvoir réglementaire. Hauchemaille et Meyet (JO, 31-3)*. V. *Référendum*.
- 31-3 Nomination de rapporteurs adjoints auprès du CC (*JO*, 6-4). V. *ci-dessus*.
- 7-4 *Villiers et Peltier (JO, 9-4)*. Génération Écologie, Cap 21, Mouvement républicain et citoyen (*JO*, 9-4). V. *Loi Référendum*.
- 14-4 2005-513 DC. Loi relative aux aéroports (*JO*, 21-4). V. *Loi*.
- 21-4 2005-512 DC. Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (*JO*, 24-4). V. *Conseil économique et social. Loi et ci-dessous*.
-

907, p. 23). De manière inédite, M^{me} Veil s'est mise en congé du Conseil, le 22 avril, à l'opposé de M. Giscard d'Estaing (*Le Monde*, 24/25-4), pour la période du 1^{er} et 29 mai, afin de participer à la campagne référendaire sur le traité constitutionnel. Par dérogation au principe d'indépendance et de dignité des fonctions (art. 1^{er} du décret 59-1292, du 13 novembre 1959), « la mise en congé est de droit », pour tout membre qui « entend solliciter un mandat électif » (art. 4), à l'exemple d'Edmond Michelet en 1967 (v. notre *Conseil constitutionnel*, Montchrestien, 5^e éd., 2005, p. 77). Par suite, le raisonnement par analogie ne saurait être accueilli. Dans l'intérêt de l'institution, le président Dumas avait décidé le 24 mars 1999 « de suspendre l'exercice de ses fonctions » (cette *Chronique*, n° 90, p. 184). « C'est pour le moins contestable, devait opiner le président Debré. Je crains que cela ne contribue à déstabiliser le Conseil » (*Le Monde*, 29-4).

– *Décisions*. V. tableau *ci-après*.

– *Membre de droit*. M. Giscard d'Estaing a siégé à la seule séance du 13 janvier (2004-509 DC). Il s'est déporté ultérieurement, en raison de sa participation à la « campagne très explicative », selon son expression à RTL, le 21 février (*BQ*, 22-2) relative au référendum européen. Il devait à cet égard s'exprimer notamment sur France 2, le 21 avril et préfacier un ouvrage. Serait-ce un manquement à son obligation de réserve ? (cette *Chronique*, n° 113, p. 221). Tout juste « un argument de comique troupier », s'exclamera-t-il, le 26 avril, à l'IEP d'Aix-en-Provence en réplique à une question.

En vue de ramener la sérénité, notre collègue, le sénateur Gélard (Seine-

Maritime) (UMP) a déposé, le 27 janvier, une utile proposition de loi constitutionnelle (n° 163) conférant aux anciens présidents de la République le titre de sénateur à vie, conformément à l'opinion doctrinale (v. notre *Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 82).

– *Mise en cause*. V. *Conseil supérieur de la magistrature*.

– *Non-événement*. La loi 2005-296 du 31 mars portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise (*JO*, 1^{er}-4), qui avait donné lieu à une bataille parlementaire, n'a pas trouvé son issue au Conseil constitutionnel.

– *Nouvelle compétence*. Le Conseil constitutionnel a bénéficié d'une extension d'attributions (cette *Chronique*, n° 106, p. 176), en matière référendaire : l'article 60 C s'étend « au projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne et aux Communautés européennes » visé au nouvel article 88-5 C (« l'article turc ») (rédaction de la LC 2005-204 du 1^{er} mars) (*JO*, 2-3).

– *Président*. En présentant les vœux du Conseil constitutionnel au chef de l'État, le président Mazeaud a procédé, le 3 janvier, à un examen critique de la législation : son inflation, en rapport avec la session unique, et sa mauvaise qualité. Outre les malfaçons et le « bégaiement » de la loi, il a dénoncé la « loi d'affichage » et averti que le Conseil est « prêt à censurer désormais les neutrons législatifs ». Il a, d'autre part, critiqué les intrusions de la loi dans le domaine réglementaire, convenant que le Conseil y avait sa responsabilité,

et a laissé prévoir un « infléchissement de jurisprudence » par rapport à la décision *Prix et revenus* de 1982. Enfin, constatant le « record » des saisines en 2004, il s'est déclaré préoccupé « de la propension de l'opposition, depuis une vingtaine d'années, à juridiciser et à juridictionnaliser souvent artificiellement le débat parlementaire » : « a-t-elle intérêt à encourager le Conseil constitutionnel à élaborer des jurisprudences prétorienne » en faisant « graver dans le marbre de la jurisprudence des règles qui la contraindront lorsqu'elle sera de retour aux affaires ? » (site internet du Conseil constitutionnel).

– *Procédure*. Outre les avis secrets auxquels l'organisation du référendum a donné lieu, le Conseil a validé des dispositions qui lui étaient déférées au prix d'une réserve d'interprétation (2004-510 DC, 2005-512 DC) et soulevé d'office un moyen (2004-509 DC). Il a rappelé (cette *Chronique*, n° 93, p. 238) à propos de la saisine parlementaire que l'article 61, al. 2 C « réserve l'exercice de cette faculté à 60 députés ou à 60 sénateurs ». Dès lors « un second recours, dirigé par 25 députés, dont 23 déjà signataires du premier recours doit être déclaré irrecevable » (2004-509 DC).

– *Revirements de jurisprudence*. De manière topique, l'opinion du Conseil a évolué. À rebours de sa décision 2003-484 DC *Maîtrise de l'immigration* (cette *Chronique*, n° 109, p. 166), par laquelle il avait traité par prétérition un amendement du sénateur Gélard, accordant une habilitation au gouvernement (art. 38 C), il a censuré d'office (2004-510 DC) la disposition d'une proposition de loi relative aux compétences des juridictions de proximité

autorisant le gouvernement à l'étendre par voie d'ordonnances aux collectivités d'outre-mer et à la Nouvelle-Calédonie. De manière plus emblématique, la décision 2005-312 DC (*Loi Fillon*) est à l'origine de la restauration de l'esprit de la distinction entre les articles 34 et 37 C, en opposition à celle du 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus* (CCF, 23, p. 276) : les dispositions « manifestement dépourvues de toute portée normative » ont été censurées.

V. *Autorité judiciaire. Collectivités territoriales. Conseil supérieur de la magistrature. Habilitation législative. Loi. Référendum.*

175

CONSEIL DES MINISTRES

– *Applaudissements*. L'envol de l'avion A 380, le 27 avril, a été salué en conseil, de manière inusitée.

– *Conseil franco-allemand*. Il s'est réuni, à Paris, le 26 avril, pour la cinquième fois (cette *Chronique*, n° 113, p. 223). Il a été consacré aux projets en matière d'innovation technologique (*Le Figaro*, 27-4).

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

– *Avis*. Une loi de programme à caractère économique ou social (avant dernier alinéa de l'article 34 C) doit être soumise pour avis à l'assemblée du Palais d'Iéna, en vertu de l'article 70 C, a jugé le Conseil constitutionnel (2005-512 DC), conformément à sa jurisprudence (25-26 juin 1986, *Privatisation*, cette *Chronique*, n° 39, p. 167). En conséquence, « l'omission de cette formalité substantielle » vicia la procédure.

– *Président*. Il désigne deux membres

du Haut Conseil de l'éducation mis en place par la loi 2005-380 du 23 avril d'orientation et de programmation pour l'avenir de l'école (*JO*, 24-4).

V. *Loi*.

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE

– *Désaveu*. À la suite de la critique exprimée par notre collègue, Dominique Rousseau, membre commun (cette *Chronique*, n° 110, p. 207), concernant la décision du Conseil constitutionnel sur les juridictions de proximité (*Le Monde*, 26-1), le Conseil supérieur, sous la signature du président de la réunion plénière et des présidents des formations du siège et du parquet, a adressé une lettre au président Mazeaud le lendemain, par laquelle il s'est désolidarisé de l'intéressé (*ibid.*, 5-2). Copie de la lettre a été adressée au président et au vice-président du CSM.

V. *Autorité judiciaire. Conseil constitutionnel*.

CONSTITUTION

– *Bibliographie*. «La Constitution et les valeurs», *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, *op. cit.*; S. Rials, *Textes constitutionnels français*, PUF, «Que sais-je?», 19^e éd., 2005; M. Verpeaux (dir.), *Code civil et Constitution(s)*, Economica, PUAM, 2005; A. Péri, «La Charte de l'environnement: reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental?», *LPA*, 24-2; M. Troper, «1789: l'invention de la Constitution», *Mélanges Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 172; D. Chagnollaude, «La Constitution française ne peut pas être révisée par voie de

directives», *D*, 2005, p. 100; S. Pierré-Caps, «La Constitution comme ordre de valeurs», *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, *op. cit.*, p. 283; H. Labayle et J.-L. Sauran, «La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe», *RFDA*, 2005, p. 1.

– *Préambule*. La LC 2005-205 du 1^{er} mars (*JO*, 2-3) en modifie le contenu par l'insertion de la charte de l'environnement de 2004.

V. *Libertés publiques. Loi. Révision de la constitution*.

CONTENTIEUX ÉLECTORAL

– *Bibliographie*. J.-P. Camby, «L'annulation des élections à l'Assemblée de Polynésie française: un contentieux simple pour une situation complexe», note sur CE, 15-11-2004, *Flosse*; R. Fraisse, «Les élections sénatoriales devant le Conseil constitutionnel», *LPA*, 17-2.

– *Concl.* M.-H. Mitjaville, sous CE, 15-11-2004, «Élection à l'Assemblée de la Polynésie française», *RFDA*, 2005, p. 115; F. Donnat, sous CE, 10-12 *Fritch* (élection au bureau de l'Assemblée), *ibid.*, p. 123; M.-H. Mitjaville sous CE, 4-2-2005, *Temaru* (refus de dissoudre l'Assemblée), *ibid.*, p. 139.

– *Élections municipales*. L'omission de l'indication de la nationalité d'un candidat, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, dans les communes de 2 500 habitants (art. LO 247-1 du Code électoral), altère la sincérité du scrutin et provoque l'annulation des opérations électorales, selon le Conseil d'État (15-9-2004, *Jay*, *RFDA*, 2004,

p. 1233) (v. *Élections*).

– *Inéligibilités*. En application de l'article LO 128 du Code électoral, le Conseil constitutionnel a déclaré inéligibles pour un an, le 10 mars, deux candidats aux élections législatives des 13 et 20 juin 2004 : M. Fernandez (Gard, 5^e) qui n'a pas déposé son compte de campagne, et M. Laurent Dominati (Paris, 15^e) dont le compte de campagne a été rejeté à bon droit par la CCFP. M. Dominati a réglé directement 10850 euros, soit 22% de ses dépenses électorales, alors que la jurisprudence du Conseil n'admet de tels règlements que pour un montant négligeable par rapport au total des dépenses de campagne.

V. *Référendum*.

COUR DE JUSTICE DE LA RÉPUBLIQUE

– *Commission des requêtes*. Elle a classé sans suite, le 24 mars, les plaintes déposées à l'encontre de trois anciens ministres de la Santé (MM. Kouchner, Mattéi et Douste-Blazy) dans l'affaire de l'hépatite B (*Le Monde*, 6-4) (cette *Chronique*, n° 112, p. 195).

V. *Ministres*.

DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPÉEN

– *Bibliographie*. G. Alberton, « De l'indispensable intégration du bloc de constitutionnalité au bloc de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2005, p. 249 ; L. Favoreu, « L'effet dissuasif du recours préventif en inconstitutionnalité », *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*,

op. cit., p. 151 ; J.-Cl. Gautron, « Remarques sur une continuité : le développement constitutionnel du Parlement européen », *ibid.*, p. 171 ; F. Picod, « Le gouvernement européen : la prise de décision », in *L'Europe en voie de constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 391.

– *Transposition des directives communautaires*. Depuis l'année 2000, la France a été condamnée environ une centaine de fois par la Cour de justice, au titre de la procédure de manquement, mais jamais pécuniairement, relève le garde des Sceaux (AN, Q, p. 2229). En vue de prévenir ce contentieux, notre pays occupe le 13^e rang des 25 États membres de l'Union européenne avec un retard de 50 directives, le plan d'action présenté au conseil des ministres le 15 juillet 2004 (cette *Chronique*, n° 112, p. 196) se met en place. Un tableau de bord semestriel est diffusé aux ministres, un réseau interministériel de transposition est organisé sous l'égide du SGCI et du SGG, conformément à la circulaire du Premier ministre du 27 septembre 2004. Une fois par trimestre, les hauts fonctionnaires chargés du suivi de la transposition se réunissent. Un rendez-vous mensuel de transposition est désormais aménagé, depuis janvier 2005, dans l'ordre du jour de chaque assemblée parlementaire (AN, Q, p. 2377).

V. *Conseil constitutionnel. Engagement international*.

DROIT PARLEMENTAIRE

– *Bibliographie*. J. Gicquel, « Sur l'autonomie du droit parlementaire », *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, *op.*

cit., p. 189; A. Hélias, « Le travail législatif en question », *L'Hémicycle*, 30-3, p. 6.

V. *Assemblée nationale. Parlement. Sénat.*

ÉLECTIONS

– *Bibliographie.* N. Grigny, « Les élections sénatoriales du 26 septembre 2004: requiem pour la série C », *RPP*, octobre 2004, p. 40; D. Gaxie, « L'absentéisme électoral: entre scepticisme et indifférence », *Universalis*, 2005, p. 215.

178

– *Élections à l'Assemblée de la Polynésie française.* Une élection partielle s'est déroulée, le 13 février, dans la circonscription des îles du Vent (cette *Chronique*, n° 113, p. 218). Elle a été remportée par le parti indépendantiste de M. Temaru (*Le Monde*, 15-2). Une motion de censure a renversé, le 18 février, le gouvernement dirigé par M. Flosse (*ibid.*, 20/21-2). En fin de compte, M. Temaru a recouvert sa fonction de président de la Polynésie, le 3 mars, M. Flosse n'étant pas candidat (*ibid.*, 5-3).

– *Élections européennes.* En vue du scrutin du 13 juin 2004, 144 925 ressortissants des États de l'Union européenne se sont inscrits sur les listes électorales complémentaires pour exercer leur droit de vote (AN, Q, p. 3019).

– *Élections législatives.* Un tableau synoptique est dressé par le ministre de l'Intérieur concernant le nombre de députés élus depuis les élections de 1876 (AN, Q, p. 1121). Un second tableau est relatif au ratio entre le nombre d'habitants et celui des députés, sur la base du recensement de 1999 (*ibid.*).

– *Élections législatives partielles.* Deux scrutins se sont déroulés, à l'issue desquels, dès le premier tour, ont été élus M^{me} Besse (NI) de la Vendée (4^e) et M. Sarkozy (UMP) des Hauts-de-Seine (6^e).

– *Élections sénatoriales partielles.* À l'issue de la première annulation d'un scrutin à la représentation proportionnelle (cette *Chronique*, n° 113, p. 224), les grands électeurs du Bas-Rhin ont réélu, le 20 février, les 5 sénateurs invalidés: M^{me} Keller, MM. Richert et Grignon (UMP); M^{me} Sittler (app. UMP) et M. Ries (S) (*JO*, 22-2).

V. *Assemblée nationale. Collectivités territoriales. Contentieux électoral. Sénat.*

ENGAGEMENT INTERNATIONAL

– *Bibliographie.* L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod, *La Constitution européenne expliquée au citoyen*, Hachette, 2005; O. Duhamel, *Pour l'Europe. La Constitution européenne*, Seuil, 2005; B. François, *Pour comprendre la Constitution européenne*, Odile Jacob, 2005; J. Ziller, *La Nouvelle Constitution européenne*, La Découverte, 2004; F.-X. Priollaude et S. Siritzky, *La Constitution européenne. Texte et commentaires*, La Documentation française, 2005; E. de Poncins, *La Constitution européenne en 25 clefs*, avant-propos de V. Giscard d'Estaing, éd. Lignes de repères, 2005; J.-L. Sauron, *La Constitution européenne expliquée*, éd. Gualino, 2005; Chr. Philip, *La Constitution européenne*, PUF, « Que sais-je? », n° 3700, 2005; B. Buguet, « Union européenne, projet de traité constitutionnel: élé-

ments d'analyse», *RDP*, 2005, p. 463; J.-Cl. Piris, « Union européenne: comment rédiger une législation de qualité dans 20 langues et pour 25 États membres », *ibid.*, p. 475; J. Touscoz, « La Constitution de l'Union européenne en suspens », *Mélanges Gérard Timsit, op. cit.*, p. 169; « La Constitution européenne en débat », *Regards sur l'actualité*, n° 307, La Documentation française, janvier 2005.

V. *Droit communautaire et européen. Référendum. Révision de la Constitution.*

GOUVERNEMENT

– *Bibliographie.* « Réformes au MINEFI: adaptations ou mutation ? », *RFFP*, n° 89, 2005.

– *Composition.* M. Hervé Gaymard, ministre de l'Économie et des Finances, a démissionné de ses fonctions (décret du 25 février) (*JO*, 26-2) à la suite d'une erreur politique de communication relative à son appartement de fonction de 600 m², rue Jean-Goujon, d'un loyer mensuel de 14 000 € payés par l'État, en réponse à sa mise en cause par *Le Canard enchaîné*, le 16 février. M. Thierry Breton, PDG de France Télécom a été nommé en remplacement (*ibid.*). C'est le 5^e remaniement du gouvernement Raffarin III (cette *Chronique*, n° 113, p. 225), soit un nouvel épisode des cent jours, après celui de M. Alain Madelin à ce poste, en 1995 (cette *Chronique*, n° 76, p. 170). La fragilité de cette fonction éminente en résulte: 9 titulaires en une décennie.

– *Déclarations.* En application de l'article 11 C, le gouvernement a fait une

déclaration, suivie d'un débat à propos du référendum sur le traité établissant une constitution pour l'Europe, à l'Assemblée nationale le 5 avril, et au Sénat, le lendemain.

– *Proposition de référendum.* V. *Premier ministre.*

– *Rôle.* Selon M. Raffarin, le 10 janvier, il consiste à « mettre en œuvre » les choix présidentiels (*Le Monde*, 12-1).

– *Séminaires.* Réunis les 27 janvier et 7 avril, ils ont porté respectivement sur la LOLF et l'emploi (*Le Monde* 28-1, 9-4). Un dernier, réuni le 28 avril, a examiné le problème posé par la suppression du lundi de Pentecôte comme jour férié (*ibid.*, 30-4).

V. *Habilitation législative. Ministres. Premier ministre. Président de la République. Référendum.*

GROUPES

– *Dénomination.* Le groupe sénatorial de l'Union centriste prend le titre d'Union centriste-UDF (*InfoSénat*, 24-1).

– *Visites présidentielles.* Le président Chirac s'est rendu à la réception de Nouvel An offerte par le président du groupe UMP de l'Assemblée nationale, le 19 janvier; il a appelé les députés UMP à l'union pour soutenir le gouvernement et à la mobilisation pour le *oui* au référendum (*BQ*, 30-1). Il a également rencontré les sénateurs UMP le 26 janvier.

– *Majorité.* Pour la première fois depuis le début de la législature, le Premier ministre s'est rendu, le 23 mars, devant le groupe UDF de l'Assemblée natio-

nale (*Le Monde*, 25-3).

HABILITATION LÉGISLATIVE

– *Bibliographie.* Les ordonnances de l'article 38 C, Sénat, service des études juridiques, janvier 2005.

– *Droit d'initiative.* À la faveur d'un revirement de jurisprudence, le Conseil constitutionnel a censuré (2004-510 DC) une disposition de la proposition de loi relative aux compétences des juridictions de proximité habilitant le gouvernement, sur le fondement de l'article 38 C, à les étendre à l'outre-mer. « Seul [ce dernier] peut demander au Parlement l'autorisation de prendre de telles ordonnances » ; d'autant qu'en l'espèce, il dispose désormais d'une habilitation... permanente (nouvel art. 74-1 C).

V. *Conseil constitutionnel. Gouvernement. Loi. Pouvoir réglementaire.*

IMMUNITÉS PARLEMENTAIRES

– *Inviolabilité.* La Cour de cassation ayant rejeté le 15 décembre 2004 le pourvoi formé par M. Paul Natali, sénateur UMP (Corse), condamné à 20000 euros d'amende et deux ans d'inéligibilité pour prise illégale d'intérêt dans l'affaire des marchés de la chambre de commerce de Bastia (*BQ*, 12-1), celui-ci a démissionné de son mandat le 19 mars, avant que sa déchéance soit prononcée (*InfoSénat*, 28-3).

M. Richard Cazenave, député UMP de l'Isère, a été condamné à deux ans d'emprisonnement avec sursis et 30000 euros d'amende par la cour d'appel de Lyon, le 23 janvier, pour une affaire de financement politique (*Le Monde*, 28-1).

M. Alain Marsaud, député UMP de la Haute-Vienne, a été condamné, le 1^{er} avril, à 1000 euros d'amende et à 1 euro de dommages et intérêts pour outrage au député-maire socialiste de Limoges, M. Alain Rodet (*Le Monde*, 3/4-4).

M. Jean-François Mancel, député UMP de l'Oise, a été condamné, le 14 avril, par la cour d'appel de Paris à 18 mois d'emprisonnement avec sursis et 30000 euros d'amende pour prise illégale d'intérêt, délit assorti de 10 ans d'inéligibilité (*Le Monde*, 16-4).

M. Charles Ginésy, sénateur UMP des Alpes-Maritimes, a été condamné à 20000 euros d'amende pour octroi d'avantage injustifié, le 27 avril, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, qui n'a pas confirmé l'inéligibilité prononcée en première instance (*BQ*, 28-4).

JOURNAL OFFICIEL

– *Bibliographie.* D. Maus, « Vive le JO », *AJDA*, 14 février 2005, p. 289; J.-M. Sauvé, « Honneur, papier et internet », *ibid.*, 14 mars 2005, p. 513.

LIBERTÉS PUBLIQUES

– *Bibliographie.* A. Le Pors, *Le Droit d'asile*, PUF, « Que sais-je ? », n° 3733, 2005; « Les droits de l'homme: discours et réalité », Association Droit et démocratie, *LPA*, 7-4; G. Fauré (dir.), « Révision des lois bioéthiques », *ibid.*, 18-2; J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme: un juge qui gouverne ? », *Mélanges Gérard Timsit*, *op. cit.*, p. 67; F. Mélin-Soucramanien, « Autonomie constitutionnelle et droits fondamentaux », *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, *op. cit.* p. 253; Cl. Leclercq, « Les droits de l'homme en Europe »,

ibid., p. 219; A. Pouille, «Un exemple d'interprétation fautive du principe d'égalité: l'organisation de l'éducation nationale», *ibid.*, p. 555; P.-Y. Chicot, «La citoyenneté entre conquête de droits et droits à conquérir», *RDP*, 2005, p. 213; P. Dollat, «La citoyenneté française: une superposition de citoyenneté», *RFDA*, 2005, p. 69; J. Morange, «Peut-on réviser la loi de 1905?», *ibid.*, p. 153; T. Libaert, «La Charte de l'environnement», *Universalia*, 2005, p. 170; E. Durieux, «Le pouvoir de sanction du CSA», *ibid.*, 15-3; D. G. Lavroff, «Les tendances actuelles dans les relations entre l'État et les religions», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 2004, p. 317; D. Turpin «Titres de séjour» (droit des étrangers), *Répertoire international*, Dalloz, 2004, p. 1.

– *Charte de l'environnement*. «Les droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004» ont été insérés («enchâssés» en québécois) dans le préambule de la Constitution de 1958, aux termes de la LC 2005-205 du 1^{er} mars (*JO*, 2-3). «Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé» (art. 1^{er}). Le domaine de la loi (art. 34 C) s'étend au titre des principes fondamentaux, à la «préservation de l'environnement» (art. 3). Après la bioéthique (cette *Chronique*, n° 68, p. 178), une nouvelle avancée de la 3^e génération des droits et libertés se présente.

– *Dignité de la personne humaine*. D'origine parlementaire (cette *Chronique*, n° 113, p. 239), la loi 2005-370 du 22 avril relative aux droits des malades et à la fin de vie a été promulguée (*JO*, 23-4).

– *Droit à un procès équitable*. Saisie pour avis par le TGI de Nanterre, la Cour de cassation a estimé, le 18 avril (*Le Monde*, 20-4) que le parquet devait être présent lors de l'audience de reconnaissance de culpabilité, au titre de la procédure du «plaider coupable» (loi Perben II, 9 mars 2004) (cette *Chronique*, n° 110, p. 215), alors qu'une circulaire de la Chancellerie du 2 septembre 2004 indiquait expressément le contraire. La Cour s'est placée dans la perspective tracée par le Conseil constitutionnel (2004-492 DC) qui avait retenu, en l'espèce, le caractère d'audience publique. Or, l'article 32 CPP dispose que le ministère public «assiste aux débats des juridictions de jugement; toutes les décisions sont prononcées en sa présence».

– *Droit au travail*. La loi 2005-296 du 31 mars, d'origine parlementaire, réforme l'organisation du temps de travail dans l'entreprise en assouplissant la durée hebdomadaire des 35 heures (*JO*, 1^{er}-4).

– *Égalité des droits*. La loi 2005-102 du 11 février pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, a été promulguée (*JO*, 12-2).

– *Égalité des sexes*. La ministre de la Défense indique que le taux de féminisation de la population militaire de carrière et sous contrat s'élève à 13% contre 6% en 1995, après la disparition des quotas de recrutement et la réduction des emplois spécifiquement réservés aux hommes (emplois à bord des sous-marins et au sein des escadrons de la gendarmerie mobile) (AN, Q, p. 312).

– *Égalité devant la loi*. Par décret du président de la République, en date du 8 mars, les membres de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ont été désignés (*JO*, 9-3). M. Louis Schweitzer a été porté à sa présidence. Un décret 2005-215 du 4 mars porte organisation de ladite Autorité (*JO*, 6-3) (cette *Chronique*, n° 113, p. 234).

– *Liberté d'aller et venir*. Le décret 2005-253 du 17 mars, pris en application du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (cette *Chronique*, n° 113, p. 235) fixe les modalités du regroupement familial des étrangers (*JO*, 19-3).

– *Liberté de communication*. Le renouvellement partiel du CSA (cette *Chronique*, n° 98, p. 185) marque une avancée significative de la parité: aux termes du décret du 21 janvier (*JO*, 22-1) trois femmes ont été nommées: M^{me} Reiser, en remplacement de M. Le Bars par le chef de l'État; M^{me} Denis, dont le mandat est renouvelé (cette *Chronique*, n° 110, p. 218) par le président du Sénat, et M^{me} Genevoix, succédant à M. Daniel, par son homologue de l'Assemblée nationale. Tant et si bien que la majorité au sein de l'instance de régulation est désormais détenue par les femmes au nombre de six (*La Lettre du CSA*, février, p. 2).

Le CSA a relevé la surreprésentation de l'opposition parlementaire sur France 3 en décembre 2004 et janvier 2005, de même que sur M6 en décembre (*La Lettre du CSA*, n° 182, mars, p. 23 et 26).

– *Liberté de l'enseignement*. Issue d'une proposition (cette *Chronique*, n° 113, p. 239), la loi 2005-5 du 5 janvier aligne

le régime de retraite des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat sur celui de leurs collègues de l'enseignement public (*JO*, 6-1).

– *Statuts des militaires*. «Les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens» (art. 3, de la loi 2005-270 du 24 mars) (*JO*, 26-3). «Les opinions ou croyances, notamment philosophiques, religieuses ou politiques sont libres» (art. 4). Par suite, l'autorisation préalable avant toute prise de parole publique est supprimée. Toutefois, «il est interdit aux militaires en activité de service d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique (art. 5). Ils peuvent cependant être candidats à toute fonction publique élective: «dans ce cas, l'interdiction d'adhésion à un parti politique est suspendue pendant la durée de la campagne électorale» (art. 5). De la même façon, «l'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire» (art. 6).

V. Conseil constitutionnel.

LOI

– *Bibliographie*. R. Drago (dir.), *La Confection de la loi*, PUF, 2005; M. Frangi, «Les lois mémorielles: de l'expression de la volonté générale au législateur historien», *RDP*, 2005, p. 241; Y. Gaudemet (coord.), «Loi et contrat», *CCC*, n° 17, 2004, p. 75; J.-P. Maublanc, «Les nouveaux mythes constitutionnels de la rationalité de la loi», *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, *op. cit.*, p. 245; J.-É. Schoettl, «La loi de programmation pour la cohésion sociale devant le CC», *LPA*, 31-3.

– *Cohésion sociale*. Le transfert aux col-

lectivités territoriales des compétences auparavant exercées par l'État ne doit s'accompagner de ressources que lorsqu'elles présentent un caractère obligatoire et il appartient au législateur d'en apprécier le niveau, sans dénaturer le principe de libre administration, énonce la décision 509 DC du 13 janvier, qui écarte le grief. Les conditions d'attribution d'une contrepartie au temps de déplacement, compte tenu du lieu du domicile des salariés, ne constitue pas une rupture d'égalité dès lors qu'elle résulte d'une différence de situation inhérente à la liberté de choix du domicile. En ce qui concerne l'indemnité octroyée en cas d'impossibilité de réintégration d'un salarié dont le licenciement a été annulé, le législateur a édicté une règle suffisamment claire et précise et il a opéré une conciliation entre le droit à l'emploi et la liberté d'entreprendre qui n'est entachée d'aucune erreur manifeste. Un seul grief des requérants a été retenu (v. *Validation législative*).

– *Conformité de la loi relative aux aéroports*. Après déclaration de conformité (2005-513 DC), la loi 2005-357 du 20 avril a été promulguée (*JO*, 21-4). Elle transforme l'établissement public Aéroports de Paris en société anonyme (art. 1^{er}) ; la majorité du capital continuant d'être détenue par l'État. Dans cette perspective, le Conseil constitutionnel a fait bonne justice de l'argument selon lequel le principe constitutionnel de continuité du service public (25 juillet 1979, *CCF*, 11, p. 238) serait affecté en vérifiant que le cahier des charges prévu à cet effet, qui en définit les modalités, au titre du pouvoir réglementaire, le garantit en temps normal et en cas de circonstances exceptionnelles. Par suite, le motif d'incompétence néga-

tive a été écarté; de la même façon que la perception par les services publics aéroportuaires de la redevance pour services rendus. Cette dernière, aux termes d'une jurisprudence classique (69-57 L, 24 octobre 1969, *Frais de scolarité à l'École polytechnique, Rec.*, p. 32) ne saurait être confondue avec une imposition à caractère fiscal. Le montant de la redevance doit correspondre au service rendu; être modulé, autrement dit.

– *Exposé des motifs*. La requête présentée par MM. de Villiers et Peltier contestant la communication aux électeurs de l'exposé des motifs du projet de loi autorisant la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, en vue du référendum, a été rejetée par le Conseil constitutionnel, le 7 avril. Outre les précédents de 1992 et de 2000, la décision affirme que cette communication répond aux exigences de clarté et de loyauté de la consultation et que « l'exposé des motifs, qui, conformément à la tradition républicaine, accompagne un projet de loi... est inséparable de ce projet ». Eugène Pierre cite la loi du 19 nivôse an VIII (loi du 9 janvier 1800) relative à la présentation des lois et indique, effectivement, que le règlement de la Législative l'avait rendu obligatoire dès la Seconde République (*Traité*, n° 683). Au surplus, l'exposé des motifs critiqué n'outrepasse pas son objet, qui est de présenter les principales caractéristiques du projet et de « mettre en valeur l'intérêt qui s'attache à son adoption ».

– *Fin des « neutrons législatifs » ?* Le Conseil constitutionnel a censuré partiellement, le 21 avril, la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de

l'école (2005-312 DC), nonobstant sa réécriture pour partie, sous forme d'amendements (BQ, 9-2), consécutive aux mises en garde des présidents Mazeaud et Debré (*Le Monde*, 5-1, 3 et 10-2). Fidèle à sa démarche de loyauté vis-à-vis du Parlement, le Conseil a appliqué le dispositif mis en place composé des principes de clarté et d'intelligibilité de la loi (16 décembre 1999, *Codification*, cette *Chronique*, n° 93, p. 249) et de celui, selon lequel « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative » (29 juillet 2004, *Autonomie financière des collectivités territoriales*, cette *Chronique*, n° 112, p. 202). Il suit de là, qu'au terme d'un dégradé, les dispositions de l'article 7 II de la loi Fillon, énonçant que « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves », sont « manifestement dépourvues, de toute portée normative » ont été déclarées contraires à la Constitution. En revanche, des dispositions de « portée normative incertaine » ont été validées au moyen d'une réserve d'interprétation (art. 27 et 31 de la loi déferée relatifs à des actions de soutien pour certains élèves). Enfin, certaines dispositions (commissions sur l'enseignement des langues vivantes étrangères) ne ressortissent pas aux principes fondamentaux de l'enseignement relevant de la loi (art. 34 C), ont « à l'évidence » un caractère réglementaire. Le Conseil a procédé à leur déclassement.

Ne plus confondre la loi et le règlement; les principes et les modalités d'application; la normativité et la déclaration d'intention ou de la doctrine Mazeaud à la jurisprudence Mazeaud, en clair! Simultanément, le Conseil réservait au seul gouvernement la possibilité de demander une loi d'habilitation (2004-

510 DC) et ce dernier n'hésitait pas à recourir à l'article 41 C pour faire tomber des amendements réglementaires, le 20 janvier à l'Assemblée. Autant d'éléments qui contribuent à une remise en ordre du domaine normatif.

– *Loi de programme (art. 34 C)*. Conformément à sa décision 2002-460 DC (cette *Chronique*, n° 104, p. 189), le Conseil constitutionnel a estimé, le 21 avril (2005-512 DC), qu'un rapport annexé qui fixe des objectifs à l'action de l'État est dénué d'effets juridiques; qu'il doit être rattaché à cette catégorie de loi soumise pour avis au Conseil économique et social (art. 70 C).

V. *Amendement. Conseil constitutionnel. Conseil économique et social. Parlement. Pouvoir réglementaire. Validation législative.*

LOI DE FINANCES

– *Bibliographie*. J.-P. Camby (coord.), *La Réforme du budget de l'État, la loi organique relative aux lois de finances*, 2^e éd., LGDJ, 2005; J.-É. Schoettl, « La loi de finances pour 2005 devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 11-1; J. Arthuis, *LOLF, culte des indicateurs ou culture de la performance ?*, les rapports du Sénat, 2005; M. Bouvard, D. Migaud, Ch. de Courson et J.-P. Brard, *Des dispositifs de performance encourageants mais perfectibles, propositions de la Mission d'information sur la mise en œuvre de la loi organique relative aux lois de finances*, *Assemblée nationale*, n° 2161; G. Carcassonne et al., *Un contrôleur général pour les finances publiques*, Institut Montaigne, 2005.

– *Préparation*. Le Premier ministre a

adressé aux membres du gouvernement une circulaire, le 21 janvier, relative à la préparation du projet de loi de finances pour 2006 dans le nouveau cadre budgétaire (*JO*, 25-1).

V. Parlementaires en mission.

LOI DU PAYS DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

– *Promulgation.* Elle s’analyse comme la condition d’existence de la loi, fût-elle locale. V. concl. F. Donnat, sous CE, 12 janvier, *Congrès de la Nouvelle-Calédonie*, *AJDA*, 2005, p. 552.

V. Collectivités territoriales.

MAJORITÉ

– *Divisions.* Le groupe UDF s’est abstenu, le 2 mars (sauf M. B. Debré qui a voté pour), sur l’ensemble du projet de loi d’orientation pour l’avenir de l’école (p. 1565).

MINISTRES

– *Logement de fonction.* Tirant les conséquences de l’affaire Gaynard, sa prise en charge par l’État pour les ministres qui n’en disposent pas dans leur ministère, a été à l’origine d’une modification, le 16 février, par le Premier ministre de la circulaire du 10 mai 2002 : celle-ci « ne pourra excéder une superficie de 80 m² à laquelle pourra s’ajouter une superficie de 20 m² par enfant à charge. Les surfaces excédentaires seront à la charge du membre du gouvernement. » Au surplus, un communiqué précise que « le montant du

loyer ne devra pas excéder la moyenne des prix du marché et sera soumis à une vérification par le service des domaines puis à l’autorisation du SGG » (*Le Figaro*, 17-2).

– *Solidarité.* À propos du taux de chômage, une divergence d’appréciation a opposé MM. Borloo et Devedjian au Premier ministre, le 31 mars (*Le Monde*, 2-4).

V. *Cour de justice de la République. Gouvernement. Parlement.*

PARLEMENT

– *Bibliographie.* A. Maucour-Isabelle, *La Rénovation des pouvoirs budgétaires du Parlement sous la V^e République*, préface de J. Gicquel, Dalloz, 2005 ; H. Haenel, *L’Évolution du rôle européen du Parlement français*, rapport du Sénat, n° 176, 2004-2005 ; P. Lequiller, *Le Parlement et l’Europe : un normal élan constitutionnel*, rapport d’information de l’AN, n° 2024, 2005.

– *Présidents des assemblées.* Chacun d’entre eux désigne un membre de la Commission consultative aéroportuaire (art. L 228-2. I du Code de l’aviation civile, rédaction de la loi 2005-357 du 20 avril) (*JO*, 21-4). Ils choisissent chacun deux membres du Haut Conseil de l’éducation (art. L 230-1 du Code de l’éducation, rédaction de la loi 2005-380 du 23 avril) (*JO*, 24-4) (cette *Chronique*, n° 113, p. 236). En présence des présidents Poncelet et Debré, 300 parlementaires ont témoigné de leur solidarité, place des Droits de l’homme, à Paris, à la journaliste Florence Aubenas retenue en otage, le 30 mars (*Le Monde*, 1^{er}-4) (cette *Chronique*, n° 112, p. 205).

– *Procédure.* Selon le Conseil constitutionnel (2005-312 DC), « il est toujours loisible à une assemblée parlementaire, saisie d'un projet ou d'une proposition de loi, de ne pas adopter un article lorsque celui-ci est mis aux voix, y compris après avoir adopté un amendement le modifiant », à partir de l'instant où « l'enchaînement des votes » n'altère pas « la sincérité des débats ».

– *Suspension des travaux en séance plénière.* Chaque assemblée a décidé de s'ajourner du 15 au 29 mai en vue de permettre à ses membres de participer à la campagne référendaire sur le traité établissant une Constitution européenne.

V. *Assemblée nationale. Congrès du Parlement. Parlementaires en mission. Questions écrites. Sénat.*

PARLEMENTAIRES EN MISSION

– *Nominations.* Rapporteurs naguère de la LO du 1^{er} août 2001 relative à la loi de finances, MM. Migaud, député (Isère) (S), et Lambert, sénateur (Orne) (UMP), ont été chargés, de manière opportune, du suivi de la mise en œuvre de ladite loi, auprès du ministre délégué au Budget (décrets du 7 mars) (JO, 8-3). Des missions conjointes ont été respectivement confiées à M^{me} Tharin, députée (Doubs) (UMP): ministre de l'Éducation nationale et secrétaire d'État à l'insertion professionnelle des jeunes (décret du 21 février) (JO, 22-2); à M. Geoffroy, député (Seine-et-Marne) (UMP): éducation nationale; solidarités et secrétaire d'État aux personnes handicapées (décret du 1^{er} avril) (JO, 2-4); ainsi qu'à M. de Montesquiou, sénateur (Gers) (RDSE): ministres des Affaires étran-

gères et de l'Économie et des Finances (décret du 21 janvier) (JO, 22-1).

De surcroît, d'autres députés ont été désignés: MM. Fenech (Rhône) (UMP) et Estrosi (Alpes-Maritimes) (UMP) auprès du garde des Sceaux (décrets du 3 janvier) (JO, 4-1); MM. Cornut-Gentille (Haute-Marne) (UMP) et Godfrain, ancien ministre, selon la formule retenue (Aveyron) (UMP): ministre de l'Emploi et ministre délégué aux Relations du travail (décrets du 12 avril) (JO, 13-4); M. Le Guen (Finistère) (UMP) aux côtés du ministre de l'Agriculture (décret du 7 janvier) (JO, 8-1); M. Anciaux (Saône-et-Loire) (UMP) à l'Emploi (décret du 24 janvier) (JO, 25-1); M. Herth (Bas-Rhin) (app. UMP) aux PME (décret du 16 février) (JO, 18-2); M. Vignoble (Nord) (UDF) auprès du ministre délégué au Logement et à la Ville (décret du 3 mars) (JO, 4-3).

V. *Assemblée nationale. Sénat.*

PARTIS POLITIQUES

– *Bibliographie.* G. Peiser, « L'institutionnalisation des partis dans la V^e République », *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 525.

– *Financement public.* Le décret 2005-257 du 21 mars (JO, 22-3) fixe le montant de l'aide publique à 73 211 788,69 euros pour 2005 (cette *Chronique*, n^o 110, p. 223). Le bénéfice de cette aide est refusé à 20 partis qui n'ont pas satisfait à leurs obligations comptables. La première fraction est répartie entre 32 partis ayant présenté des candidats dans au moins 50 circonscriptions métropolitaines en 2002, et 19 partis outre-mer; la seconde fraction est répartie entre 20 partis représentés au Parlement, contre 18 l'an der-

nier : font leur apparition « Le Trèfle-Les Nouveaux écologistes Homme-Nature-Animaux » (2 députés) et « Groupement France-Réunion » (1 député).

– *Investiture et convention illicite.* L'engagement souscrit par un candidat du Front national de rembourser à ce dernier certaines sommes en cas de succès, a été frappé de nullité, le 3 novembre 2004, par la Cour de cassation (1^{re} chambre) motif pris de l'illicéité de la cause portant sur un objet hors du commerce (art. 1128 du Code civil) (*Les Annonces de la Seine*, 28-4).

V. *Libertés publiques. Référendum. république.*

PÉTITION

– *Bibliographie.* E. Forey, « Le droit de pétition aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales. Réflexions sur l'article 72-1, alinéa 1 C », *RDP*, 2005, p. 151.

V. *Collectivités territoriales.*

POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

– *Bibliographie.* J.-É. Schoettl, « Les dispositions relatives à la Cour de discipline budgétaire et financière sont-elles législatives ou réglementaires ? », *LPA*, 24 mars 2005.

– *Note.* M. Degoffe et A. Haquet, sous CE, 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur c. Benkerrou* (compétences du pouvoir réglementaire autonome), *RFDA*, 2004, p. 1130.

– *Déclassement.* La décision 198 L du 3 mars considère que la Cour de disci-

pline budgétaire et financière constitue un ordre de juridiction au sens de l'article 34 C et que, parmi ses règles constitutives, figure sa composition, mais que le nombre des membres du Conseil d'État et de la Cour des comptes qui la composent relève du pouvoir réglementaire, de même que les dispositions relatives à la suppléance de la présidence et à la procédure suivie dès lors qu'elles ne concernent ni les règles constitutives, ni la procédure pénale, ni les garanties fondamentales des fonctionnaires.

Le rattachement au Premier ministre du Conseil supérieur de l'adoption a le caractère réglementaire (décis. 199 L, 24 mars). Il en va de même du rattachement au Premier ministre de la Commission nationale de la certification professionnelle (décis. 200 L, 24 mars).

V. *Conseil constitutionnel. Habilitation législative. Loi. Référendum.*

PREMIER MINISTRE

– *Bibliographie.* J.-É. Gicquel, « La démission du Premier ministre après les élections nationales », *RA*, n° 343, 2005, p. 5.

– *Autorité.* L'action du Premier ministre a été, à nouveau, contestée par des membres du gouvernement (cette *Chronique*, n° 112, p. 207). M. de Saint-Sernin ayant déclaré, le 22 mars, que M. Raffarin était « un petit peu affaibli dans les sondages, un tiers de soutien, ce n'est pas suffisant » (*Le Monde*, 24-3), lui adressera une lettre d'excuse le surlendemain. Intervenant à TF1, le 24 mars, le Premier ministre devait en tirer la conclusion : « J'assumerai [ma] fonction tant que le chef de l'État le

souhaitera. Il sait qu'il peut compter sur moi, je sais que j'ai sa confiance... les jeux perso ne sont pas des jeux d'avenir... Je suis un bon garçon [qui] n'aime pas qu'on lui marche sur les pieds» (*ibid.*, 26-3). Las ! M. de Villepin se prononcera sur Europe 1, le 17 avril, pour «une politique beaucoup plus volontaire, plus audacieuse, plus solidaire», après le référendum européen à l'issue d'un entretien avec M. Chirac (*Le Figaro*, 18/19-4). Derechef, le Premier ministre a répliqué sur RTL, deux jours après: «Il y a eu une tension et une mise au point: il a dérapé, je l'ai recadré. Point final... Les commandes, c'est moi qui les passe... et je lui ai récemment passé commande pour une politique de l'immigration. J'attends son rapport... Que les choses soient claires. Tout le monde au travail» (*ibid.*, 20-4).

– *Chef de la majorité et « chef de la campagne d'explication »*. En vue de la campagne référendaire, le Premier ministre a revendiqué cette double qualité, sur TF1, le 24 mars (*Le Figaro*, 25-3).

– *Devenir*. Pour la première fois, un Premier ministre a été l'invité, le 23 janvier, de l'émission «Vivement dimanche» de France 2. À cette occasion, M. Raffarin a exprimé un désir: «J'aimerais volontiers, pour l'avenir, des responsabilités européennes.» Commissaire européen, M^{me} Cresson l'avait été après son départ de Matignon. En attendant, «agir donne du bonheur», selon le Premier ministre (*Le Figaro*, 24-1).

– *Proposition de référendum*. Conformément aux délibérations du Conseil des ministres du 9 mars, le Premier ministre a adressé, ce jour, au président

de la République, une proposition de soumettre au référendum, en application de l'article 11 C, le projet de loi autorisant la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe (*JO*, 10-3). Le dernier précédent concernait le traité de Maastricht en 1992 (cette *Chronique*, n° 64, p. 213).

– *Responsable de la Défense nationale*. Sur demande du Premier ministre et du président de la 16^e chambre correctionnelle du TGI de Paris, dans le cadre des débats du procès des écoutes de l'Élysée, la commission consultative a émis un avis favorable (2005-04) à la déclassification de diverses pièces (*JO*, 15-3). Par suite, ledit procès, qui s'était achevé le 23 février, a été rouvert (*Le Figaro*, 18-3).

À propos de l'affaire dite des «frégates de Taïwan» ou «Clearstream» (cette *Chronique*, n° 113, p. 238), la commission s'est prononcée, pour partie, en faveur de la déclassification de pièces (avis 2005-05, 7 avril) (*JO*, 19-4).

– «*Respect et affection*». C'est en ces termes que M. Raffarin a construit sa relation avec le chef de l'État, selon ses propos à France 2, le 23 janvier (*Le Figaro*, 24-1).

– *Services*. Le décret 2005-326 du 7 avril crée un conseil d'orientation pour l'emploi (*JO*, 8-4).

V. *Gouvernement. Ministre. Président de la République. Référendum.*

PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

– *Chef des armées*. Lors de la cérémonie des vœux, M. Chirac a déclaré, le 5 janvier: «Dans le domaine budgétaire...

j'ai veillé et je veillerai au strict respect de la loi de programmation» (cette *Chronique*, n° 112, p. 209).

– *Collaborateurs*. Le *Journal officiel* renvoie à son site internet les nominations à la présidence de la République (cette *Chronique*, n° 115, p. 208), mais, inexplicablement, deux conseillers techniques, M. Richard Didier et M^{me} Frédérique Bayre, ont les honneurs de la publication au *JO* du 25 mars (p. 4985) (v. *Journal officiel*).

– *Compétence*. Aux termes de la loi 2005-380 du 23 avril, le chef de l'État désigne trois membres du Haut Conseil de l'éducation, ainsi que son président (nouvelle rédaction de l'art. L 230-1 du Code de l'éducation).

– *Consultations*. Le président Chirac a consulté les dirigeants des formations politiques représentées au Parlement sur les modalités d'organisation du référendum de ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ces consultations se sont achevées le 14 janvier (*BQ*, 17-1).

– *Filmographie*. Pour la première fois, peut-on penser, un film a été projeté en février, consacré à un président de la République: *Le Promeneur du Champ de mars*, réalisé par Robert Guédiguian, concernant François Mitterrand.

– «*Neutrons législatifs*». Au conseil des ministres, réuni le 12 janvier, le chef de l'État s'est fait l'écho de l'opinion du président Mazeaud.

– *Président-législateur*. Le président Chirac a préventivement téléphoné, le 15 mars, au président de la Commission européenne pour lui indiquer que la

directive Bolkestein était «inacceptable».

– *Responsabilité*. À l'occasion de sa rencontre avec les jeunes, le 14 avril sur TF1, le président Chirac, à qui l'on demandait s'il quitterait le pouvoir en cas de victoire du *non* au référendum du 29 mai, a répondu: «Non! Je crois qu'une grande démocratie doit utiliser le référendum comme un moyen d'expression [...]. Le général de Gaulle avait compris qu'il fallait introduire le référendum. Hélas, il l'a un peu transformé en plébiscite. C'est notre tendance naturelle, mais ce n'est pas du tout démocratique» (*Le Monde*, 16-4) (v. *Groupes. Référendum*).

– *Statut pénal*. La justice a abandonné les poursuites dans l'affaire des billets d'avion payés en espèces, à la veille de l'ouverture, le 21 mars, du procès relatif aux marchés des lycées d'Île-de-France (cette *Chronique*, n° 100, p. 208) (*Le Monde*, 20/21-3).

– *Vœux*. Recevant les représentants des corps constitués, le 5 janvier, le président Chirac a affirmé que «l'un des grands mérites du gouvernement de Jean-Pierre Raffarin» a été «d'avoir remis un peu l'État en mouvement... Il fallait que l'État assume pleinement ses missions régaliennes» (*BQ*, 6-1).

QUESTIONS ÉCRITES

– *Bilan*. Il est dressé au 7 avril (cette *Chronique*, n° 113, p. 244).

– *Délai de réponse*. Le ministre délégué aux Relations avec le Parlement adresse chaque semaine la liste des questions demeurées sans réponse depuis plus de deux mois à chaque ministre concerné

(AN, Q, p. 401).

QUORUM

– *Assemblée nationale*. La vérification du quorum a été demandée lors de l'examen de la proposition portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise par le président du groupe socialiste, J.-M. Ayrault, le 2 février (p. 657) ; puis à nouveau, dans les mêmes conditions, le 7 février (p. 841) ; le lendemain, par le président du groupe communiste (p. 908) et, en 2^e lecture, le 16 mars (p. 2128). Lors de l'examen du projet de loi d'orientation pour l'avenir de l'école, M. Ayrault a encore demandé la vérification du quorum, le 16 février (p. 1252), mais c'est le président du groupe UMP qui l'a réclamée le 17 février (p. 1318), puis le 18 février, son groupe ayant été mis en minorité (p. 1376). Dans tous les cas, le vote a été reporté à la prochaine séance.

RÉFÉRENDUM

– *Bibliographie*. J.-É. Gicquel, « Faut-il introduire en France le référendum législatif d'initiative populaire ? », *LPA*, 28-1.

– *Champ d'application*. Le nouvel article 88-5 C (« l'article turc ») issu de la rédaction de la LC 2005-204 du 1^{er} mars prévoit que tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité d'adhésion à l'Union européenne « est soumis au référendum par le président de la République ». Cependant, à la différence du référendum visé à l'article 11 C, outre l'absence d'une proposition conjointe des deux assemblées, le gouvernement n'est pas tenu d'organiser une déclara-

tion suivie d'un débat devant chacune d'entre elles. Par ailleurs, le contreseing de ce dernier est nécessaire.

– *Contentieux des actes préliminaires*. Le Conseil constitutionnel a jugé recevables les requêtes dirigées contre les décrets des 9 et 17 mars, conformément à la jurisprudence inaugurée le 25 juillet 2000 (cette *Chronique*, n° 96, p. 214), mais il les a rejetées, le 24 mars. Aucune disposition constitutionnelle n'exige, comme le soutenaient MM. Hauchemille et Meyet que le Premier ministre signe le projet de loi annexé, et la déclaration du gouvernement prévue par l'article 11 C ne peut intervenir qu'après que le président de la République a décidé de soumettre le projet de loi au référendum ; en l'absence des dispositions législatives nécessaires, c'est au pouvoir réglementaire qu'il incombe de fixer les modalités d'exécution de la décision présidentielle ; il n'y avait pas lieu d'envoyer aux électeurs les professions de foi des partis habilités à participer à la campagne ; enfin il n'existe pas de « principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel les consultations populaires ont lieu le dimanche », etc. (décis. du 24 mars).

À également été rejetée, le 7 avril, la requête de Génération Écologie et autres qui contestait la compétence du pouvoir réglementaire et les conditions fixées par le décret 2005-238 du 17 mars pour habilitier un parti à participer à la campagne (5 députés ou sénateurs rattachés pour l'attribution de l'aide publique ou avoir obtenu au moins 5% des suffrages aux dernières élections européennes) : ce sont des critères objectifs qui, en raison notamment du temps d'antenne limité, ne portent pas atteinte à l'égalité et ne méconnaissent pas l'ar-

ticle 4 C. La requête de MM. de Villiers et Peltier a aussi été rejetée le 7 avril (v. *Loi. Exposé des motifs*).

– *Convocation des électeurs.* Le *Journal officiel* du 10 mars a publié la lettre, datée du 9 mars, par laquelle le Premier ministre a proposé au président de la République, conformément à l'article 11 C, de soumettre au référendum le projet de loi autorisant la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, ainsi que le décret présidentiel du même jour convoquant les électeurs le 29 mai 2005 (le samedi 28 pour l'outre-mer et les centres de vote situés sur le continent américain).

Le *JO* du 12 mars a publié un rectificatif aux visas de ce décret qui avaient omis de mentionner la LC du 1^{er} mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution et la décision du Conseil constitutionnel. À ce propos, ladite décision 505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil (cette *Chronique*, n° 113, p. ***) figure seulement parmi les visas du décret, alors que le garde des Sceaux avait affirmé au Sénat, lors de la révision du titre XV de la Constitution: « Cette décision du Conseil constitutionnel sera visée dans la loi autorisant la ratification du traité... Dans l'ordre juridique interne, notre Constitution ainsi interprétée demeurera au sommet de l'ordre juridique » (séance du 16 février, p. 977). M. Perben avait pris cet engagement pour obtenir le retrait d'un amendement de M. Michel Charasse (S) faisant référence aux réserves d'interprétation de la décision 505 DC et déclarant nul tout acte européen qui méconnaît ladite décision.

– *Financement de la campagne référen-*
daire. Pour la première fois, sous la

V^e République, les dépenses exposées par chaque parti ou groupement politique habilité font l'objet d'un remboursement de la part de l'État dans la limite d'un plafond de 800 000 € (art. 8 du décret 2005-238 du 17 mars) (*JO*, 18-3). Les frais concernés sont ceux d'impression des affiches, tracts et brochures et liés à la tenue de manifestations et réunions. Un mandataire est désigné. La CCFP est chargée de vérifier que les dépenses dont le remboursement est demandé ont été effectuées, chaque parti dépose auprès de cette dernière un compte de campagne (art. 10).

– *Organisation.* Le décret 2005-237 du 17 mars (*JO*, 18-3) porte organisation ponctuelle du référendum relatif au traité européen, faute d'une législation permanente souhaitée par le Conseil constitutionnel (cette *Chronique*, n° 96, p. 199). Le décret 2005-238 du même jour vise la campagne référendaire, la participation des partis politiques (art. 3) ainsi que la prise en charge des dépenses effectuées (art. 8) (*JO*, 18-3). Une décision du Conseil constitutionnel du 17 mars nomme les délégués chargés de suivre sur place les opérateurs référendaires (*JO*, 19-3). Quant au CSA, il a adressé, le 22 mars, aux médias audiovisuels une recommandation (*La Lettre du CSA*, avril, p. 3) en rappelant le principe d'équité. Par une décision du 19 avril, celui-ci a demandé à TF1, France 2, France 3, et Canal + de remédier aux déséquilibres relevés; de la même façon, le 22 avril, il s'est adressé à diverses radios: RTL, Europe 1, France Inter (*La Lettre du CSA*, mai, p. 24). Il a défini, le 12 avril, les conditions modernisées de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives à la campagne officielle

sur les antennes du service public (*JO*, 16-4). La durée et le nombre des émissions relevant de ladite campagne ont été arrêtés le 19 avril (*JO*, 22-4).

RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie*. F. Monera, « L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *LGDJ*, 2005; F. Terré (dir.), *La Laïcité*, Archives de philosophie du droit, t. 48, Dalloz, 2005; J.-P. Camby, « Le principe de laïcité: l'apaisement par le droit? », *RDP*, 2005, p. 3; M. Fromont, « La République française, une et diverse », *Mélanges Thomas Fleiner*, Éd. universitaires, Fribourg (Suisse), 2003; L. Delsenne, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *RDP*, 2005, p. 427; Chr. Bidégaray, « Les embarras de Marianne », *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, *op. cit.*, p. 331; P. Pactet, « Retour sur l'acte dit loi constitutionnelle du 10 juillet 1940. Le passé et ses suites », *ibid.*, p. 491.

– « *Crise de régime?* » En écho aux vœux de M. Sarkozy à la presse, le 13 janvier, le président Debré a réagi promptement le lendemain. Il a jugé que celui-ci était « dans une logique d'existence qui l'oblige à se démarquer du gouvernement, au risque de créer une crise », voire « une crise de régime » (*Le Figaro*, 14-1). Ultérieurement, il précisera: « Notre système institutionnel repose sur le phénomène majoritaire. Lorsque le principal parti de la majorité prend une voie critique à l'égard du gouvernement, cela pose un problème de fonctionnement des institutions. La politique de la France est conduite par le gouvernement et

contrôlée par le Parlement. Elle n'est pas élaborée et contrôlée par le parti majoritaire. Celui-ci peut avoir un rôle de proposition, mais il n'est pas là pour gêner l'action du gouvernement, ni celle du président de la République » (entretien, *Le Monde*, 23-4).

– *Laïcité*. Le décret 2005-247 du 16 mars porte statut particulier des aumôniers militaires (*JO*, 18-3). Dès lors, un décret 2005-248 modifie celui du 1^{er} juin 1964 (64-498) relatif aux ministres des Cultes attachés aux forces armées (*ibid.*). Un arrêté du 16 mars dresse la liste desdits aumôniers placés auprès du chef d'état-major des armées parmi lesquels figure, pour la première fois, en aumônier un chef musulman (art. 2) (*ibid.*).

– *Langue de la République et langues régionales*. L'article L 312-10 du Code de l'éducation nationale, issu de la loi Fillon du 23 avril dispose qu'un enseignement de langues et cultures régionales peut être dispensé tout au long de la scolarité selon les modalités définies par voie de convention entre l'État et les collectivités territoriales où ces langues sont en usage (*JO*, 24-4).

– *Reconnaissance de la nation*. La loi 2005-158 du 23 février porte reconnaissance de la nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés (*JO*, 24-2).

– *Tradition républicaine*. Au lendemain du décès du pape Jean-Paul II, le ministre de l'Intérieur a pris la décision de mettre les drapeaux en berne sur les bâtiments publics, le 3 avril (*Le Monde*, 5-4). Le chef de l'État et le Premier ministre se sont rendus à la cathédrale Notre-Dame de Paris à cette date. La

France était représentée par M. Chirac à ses obsèques au Vatican, le 8 avril, et par M. Raffarin, lors de la messe pontificale, le 24 avril, du nouveau pape, Benoît XVI (*ibid.*, 10 et 26-4).

– *Valeurs*. « La nation fixe comme mission première à l'école de faire partager aux élèves les valeurs de la République », énonce l'article L 111-1 du Code de l'éducation nationale (rédaction de la loi Fillon du 23 avril) (*JO*, 24-4).

RÉSOLUTIONS

– *Article 88-4 C*. La rédaction issue de la LC 2005-204 du 1^{er} mars adapte les dispositions relatives aux actes de l'Union, qui deviennent « des actes législatifs européens » et y ajoute les autres « actes de l'Union comportant des dispositions qui sont du domaine de la loi ».

– *Une nouvelle catégorie de résolutions*. Pour l'application du traité constitutionnel (cette *Chronique*, n° 123, p. 239), l'article 88-5 C prévoit que chaque assemblée peut adopter, dans les mêmes conditions que celles de l'article 88-4 C, des résolutions, soit pour émettre un avis motivé sur la conformité d'un projet d'acte législatif européen au principe de subsidiarité (avis adressé directement aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission), soit pour former un recours devant la Cour de justice de l'UE contre un acte législatif violant le principe de subsidiarité (recours transmis par le gouvernement).

V. Révision de la Constitution.

RÉVISION DE LA CONSTITUTION

– *Modification du titre XV*. Conformément à la décision 505 DC du 19 novembre 2004, la LC 2005-204 du 1^{er} mars révisé la Constitution pour permettre la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe (cette *Chronique*, n° 113, p. 228). Mais, à la différence des précédents de Maastricht et d'Amsterdam, elle comporte des dispositions transitoires et des dispositions conditionnelles, réparties en 4 articles.

1. Avant l'entrée en vigueur du traité constitutionnel, l'article 88-1 est complété pour permettre sa ratification (art. 1^{er}) et un article 88-5 est ajouté, qui soumet au référendum la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne (art. 2), mais cette rédaction deviendra l'article 88-7 après l'entrée en vigueur du traité constitutionnel. D'autre part, l'article 4 de la LC, qui ne modifie pas la Constitution et lui reste donc extérieur, précise que ledit référendum ne s'appliquera pas aux adhésions faisant suite à une conférence intergouvernementale convoquée avant le 1^{er} juillet 2004 (ce bricolage constitutionnel vise à écarter le référendum sur l'adhésion de la Roumanie et de la Bulgarie pour le réserver à la Turquie, conformément à l'engagement du président Chirac, et cela que le traité constitutionnel soit ratifié ou non).

2. Après l'entrée en vigueur du traité constitutionnel, l'article 3 de la LC établit la nouvelle rédaction du titre XV, qui se substituera donc aux rédactions précédentes et comportera 7 articles :

– l'article 88-1 reprend l'article 88-1 modifié, les articles 88-2 et 88-3 actuels disparaissant; seul le traité constitutionnel est mentionné, sans énumérer

les dérogations qu'il implique;

- l'article 88-2 reprend le dernier alinéa de l'article 88-2 (mandat d'arrêt européen);

- l'article 88-3 reprend les dispositions concernant le droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union en supprimant la référence au traité de 1992;

- l'article 88-4 adapte les résolutions concernant les projets d'actes législatifs européens (v. *Résolutions*);

194 - l'article 88-5 prévoit les résolutions portant avis ou formant recours devant la Cour de justice de l'Union (v. *Résolutions*);

- l'article 88-6 prévoit les motions d'opposition à une révision simplifiée du traité (v. *Bicamérisme*);

- l'article 88-7 reprend l'article 88-5 transitoire (v. *plus haut*).

- *Procédure*. Conformément à l'article 89 C, les lois constitutionnelles 2005-204 et 2005-205 du 1^{er} mars modifiant le titre XV de la Constitution et relative à la Charte de l'environnement ont été promulguées (*JO*, 2-3). Chacune d'entre elles a été adoptée, en première lecture, au terme d'un accord entre les rapporteurs et le gouvernement, voire le chef de l'État: les 1^{er} et 17 février par l'Assemblée et le Sénat, accord incluant, au demeurant, celui entre les groupes UMP et socialiste, pour la première; les 1^{er} et 24 juin 2004 pour la seconde. Le décret du 18 février a convoqué le Congrès du Parlement le 28 suivant. La promulgation est intervenue le lendemain, après le scellement opéré par le président Debré. C'est la 18^e révision de la Constitution de 1958 (cette *Chronique*, n° 106, p. 198).

SÉANCE

- *Incident*. Le gouvernement n'étant pas représenté, le 17 mars, lors de la discussion de la proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête inscrite à la « niche » du groupe communiste, la séance a été suspendue à plusieurs reprises. Le président Debré a joint le gouvernement « pour lui exprimer fermement le souhait qu'un ministre soit présent à la reprise des débats » et, n'ayant pu obtenir l'assurance qu'il le serait, le débat a été renvoyé et la séance levée (p. 2141). L'après-midi, le ministre chargé des relations du travail a précisé que, si le gouvernement n'était pas obligé d'être présent à une telle séance, il aurait dû l'être en raison du sujet, mais que le conseil des ministres avait lieu ce jeudi matin (p. 2147). Inscrite le 23 mars, la proposition de résolution a été repoussée.

SÉNAT

- *Bibliographie*. Sénat, rapport d'activité 2004, 2005; service de la séance, recueil des analyses 2004-2005, I, 2005.

- *Bureau*. M. Richet (Bas-Rhin) (UMP) a été élu vice-président le 2 mars, à la suite de sa réélection (*JO*, 3-3).

- *Composition*. À l'issue d'une élection partielle organisée, le 20 février, dans le Bas-Rhin (cette *Chronique*, n° 113, p. 224), M^{me} Keller, MM. Richert, Grignon (UMP); M^{me} Sittler (app. UMP) et M. Ries (S) ont été réélus (*JO*, 22-2), M^{me} Gélita Hoarau a été appelée à remplacer, à compter du 24 février, M. Paul Vergès (Réunion) (CRC) dont l'élection comme député au Parlement européen était devenue définitive, à la suite du rejet de la requête par le Conseil

d'État (cette *Chronique*, n° 112, p. 213) (*JO*, 25-2). Quant à M. Paul Natali (Haute-Corse) (UMP), il a démissionné de son mandat, le 19 mars, après que la Cour de cassation eût repoussé, le 15 décembre, son pourvoi, rendant sa condamnation définitive, à deux ans d'inéligibilité, pour prise illégale d'intérêt (cette *Chronique*, n° 109, p. 165).

– *Observatoire de la décentralisation*. M. Poncelet en a présidé, le 19 janvier, la création (cette *Chronique*, n° 113, p. 246). Dirigé par M. Puech (Aveyron) (UMP), il est boycotté par les élus de l'opposition (*Le Monde*, 21-1).

– *Président*. M. Poncelet a déposé, le 15 mars, plainte contre le journal *Le Parisien*, à la suite d'un article qui le mettait en cause dans une affaire présumée d'emploi fictif à son cabinet (*Le Monde*, 17-3).

– « *Séances exceptionnelles* ». À la veille de la journée internationale de la femme, le 7 mars, le Sénat a convié les femmes maires à participer aux états généraux de la démocratie locale et de la parité (*InfoSénat*, 907, p. 23). L'hémicycle a accueilli, le 19 mars, 331 sénateurs d'un jour, venus de 25 pays en vue de dresser un état des lieux de la citoyenneté, dans le cadre des journées rotariennes de la jeunesse (*InfoSénat*, 909, p. 38). De la même façon, France 2 y a planté son décor, les 14 mars et le 4 avril, en vue de la désignation du plus grand des Français (*Le Figaro*, 17-3 et 5-4). « J'attends maintenant, ici et en direct, le porno du samedi soir ! » s'exclamera M. Charasse, dans un rappel au règlement, le 15 mars..

SOUVERAINETÉ

– *Bibliographie*. Cl. Goyard, « Que reste-t-il de la souveraineté ? », *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, *op. cit.*, p. 381 ; E. Sur, « Le pouvoir constituant n'existe pas ! Réflexions sur les voies de la souveraineté du peuple », *ibid.*, p. 569.

SONDAGES

– *Bibliographie*. J. Antoine, *Histoire des sondages*, Odile Jacob, 2005 ; J.-M. Galabert, « La commission des sondages : une expérience de régulation », *Mélanges Gérard Timsit*, *op. cit.*, p. 309.

– *Commission des sondages*. Un décret du 31 mars (*JO*, 1^{er}-4 @ n°81) en renouvelle en totalité les membres (cette *Chronique*, n° 102, p. 168).

TERRITOIRE

– *Administration des îles Éparses*. L'administration des îles Tromelin, Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India est confiée au préfet, administrateur supérieur des Terres australes et antarctiques françaises, en lieu et place de celui de La Réunion, par l'arrêté du 3 janvier (*JO*, 18-1).

TRANSPARENCE

– *CCFP*. Un décret du 19 avril porte nomination de ses membres (*JO*, 21-4).

– *Comptes de campagne*. Désormais autorité administrative indépendante (cette *Chronique*, n° 109, p. 180), la Commission nationale des comptes de campagne et des financements poli-

tiques a présenté son 8^e rapport, le 13 avril (*JO*, 8-4).

VALIDATION LÉGISLATIVE

– *Censure*. L'arrêté préfectoral déclarant d'utilité publique les acquisitions et travaux nécessaires à l'extension des lignes de tramways de la communauté

urbaine de Strasbourg ayant été annulé par le tribunal administratif, l'article 139 de la loi de programmation pour la cohésion sociale validait les actes pris sur ce fondement. Considérant que l'intérêt général poursuivi n'était pas suffisant « pour justifier l'atteinte portée à la séparation des pouvoirs et au droit au recours juridictionnel effectif, qui

découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789», non plus que l'atteinte portée au droit de propriété garanti par l'article 17 de la Déclaration (cons. 33), la décision 509 DC du 13 janvier a déclaré l'article 139 contraire à la Constitution (v. *Le Monde*, 18-1).

V. *Conseil constitutionnel. Loi.*

VOTE

– *Bibliographie.* J.-É. Gicquel, « Le vote électronique en France », *LPA*, 6-4.

– *Bulletin de vote.* Pour le ministre de l'Intérieur, « à l'exception notable des scrutins présidentiels et référendaires, où l'administration se charge de fournir les bulletins de vote, les mentions figurant sur les bulletins n'ont jamais été fixées de manière limitative... Il appartient au juge de l'élection d'apprécier, au cas par cas, dans quelle mesure les modalités d'impression des bulletins ou les mentions qui y sont portées pourraient altérer la sincérité du scrutin » (AN, Q, p. 1097). Par ailleurs, les circulaires utilisées comme bulletins de vote sont comptabilisées dans les bulletins nuls (*ibid.*). Au reste, les bulletins doivent être imprimés sur papier blanc (art. L 66, Code électoral, *ibid.*, p. 1103).

197

V. *Code électoral.*

SUMMARIES

PIERRE BRUNET

What's Left of the General Will?

198 While there is no doubt that today's Parliament no longer is the sovereign institution it used to be, the fiction of the general will is still useful to French constitutional law. It is now used to justify the supremacy of the constitution against which any piece of legislation has to be checked. So much so that judges sometimes abstain from controlling a legislative measure because of its conformity to the constitution. This paradoxical situation also tends to undermine the classical doctrine of representation.

MICHEL COUDERC

The Functions of the Law under the Watch of the Commander

Given the inflation of legislative acts, the French passion for the law is going back to the Napoleonic model. The normative function of the law, but also its capacity to translate a particular policy or to express social needs, are confronted to the precepts of Portalis, who watches over the legislative process like the statue of the Commander.

GUY CARCASSONNE

How to Think the Law

More and more often, acts of Parliament appear as inappropriate answers to real questions that do not, however, fall within their jurisdiction. As a consequence, the texts are not seriously thought out, they are more the produce of instinct than reason and, in the end, they damage the very authority of the law. Nevertheless, a number of legislative acts

escape this criticism, thus indicating that there is still hope and that the adoption of a few simple rules and practices could remedy the problem and contribute to making again the laws well-thought-out acts.

JEAN MAÏA

The European Constraint on the Law

The sheer volume of laws produced by the European institutions, the predominance of European over national law as established by both European and national jurisprudence, and the consequences of these trends for Parliament contribute to the perception of a European constraint on the law. However, one should keep in mind the fact that the integration of European law in national law is grounded in the Constitution and remember also how the articulation of these two legal systems has gradually led to institutional evolutions at both levels, as dictated by the requirements of democracy. In this context, an important stake is the way the articulation of the two systems is prepared and discussed at the national level.

199

BERTRAND MATHIEU

The Role of the Law and the Role of Regulations

The strict definition of the area of competency of the legislative branch, decided by the framers of the Fifth Republic in order to give the executive branch, which is in charge of regulations, an autonomous normative power, has in fact contributed to maintaining a privileged role for the law in the normative system. So much so that today the respect of regulatory competencies is being questioned. However, while the Constitutional Council has initiated a certain evolution of its jurisprudence in this regard, the question should no longer be discussed through the prism of the separation of power but rather through that of the quality of the law.

PIERRE AVRIL

Who Makes the Law?

Among the various constitutional actors – who are the “manufacturers” of the law although their intervention is often triggered by other

groups –, Parliament does not and has never exercised the legislative power alone. However, its role is much more central than what is often suggested. Instead of referring to Parliament, it would be more correct to mention the majority and the commissions of both Chambers, which are the interlocutors of the government. If the latter has a quasi monopoly of successful legislative initiative, it cannot succeed without the help of its associates.

GEORGES HISPALIS

Why so many Laws ?

200 In France, the number of new laws has doubled over the last fifteen years, whereas it had been declining previously. This inflation, as measured by the average size of the laws, is a natural phenomenon that expresses the growing complexity of the social relationships the laws monitor, and it is also occurring in Germany, Belgium and the United Kingdom. Declaratory provisions, attached reports, the special legal regime of the overseas territories, the codification and the narrowing of the distinction between the legislative and regulatory domains all contribute to this trend. Although they are less visible, the modification of the content of the laws, which now deal more with procedures than with basic issues, and a rather unruly use of the right of amendment are nevertheless the most important causes among the many leading to such a legislative inflation. Limiting this inflation would require the actors of the law-making process to become aware of the problem and reach an agreement as to the technical measures that could lead to a re-centering of the legislative process around the core issues.

MARC GUILLAUME

Is the Recourse to Ordinances Killing or Saving the Law ?

The ordinances taken on the basis of article 38 have recently become more numerous. They have led to a modernization of various legislative measures. The law has thereby been strengthened. This normative technique raises, among other things, the question of the legislative role of Parliament. However, ordinances are not the adversaries of the law but its necessary complement.

PHILIPPE MALAURIE

The Intelligibility of the Law

The intelligibility of the law is a utopian but recurrent wish. It is now being required by the Constitutional Council and the European Court of Human Rights. But it is not easily attainable because it requires a humility that is rare among jurists.

JEAN HAUSER

The Judge and the Law

The relationship between the judge and the law could be understood as being hierarchical for the classics, as one of competition for the neo-classics or as the substitution of one to the other for the moderns. In reality, this is not the case. In private law, this relationship is a delicate combination based on mutual use in the production of norms. The letter of the text, its meaning, its necessity offers the judge at once powers and limits and the balance between the two has probably changed less than is often suggested. The quality of the text is not immaterial.

CHRONICLES

CLAUDE ÉMERI
A Few Electoral Perspectives

PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT
AND CÉLINE HISCOCK-LAGEOT
Foreign Chronicles (January 1st – Mars 31, 2005)

PIERRE AVRIL AND JEAN GICQUEL
French Constitutional Chronicle (January 1st – April 30, 2005)

© « POUVOIRS », SEPTEMBRE 2005

ISSN 0152-0768

ISBN 2-02-068878-6

CPPAP 59-303

RÉALISATION : PAO ÉDITIONS DU SEUIL
IMPRESSION : NORMANDIE ROTO IMPRESSION S.A. À LONRAI
DÉPÔT LÉGAL : SEPTEMBRE 2005. N° 68878 (05-XXXX).
IMPRIMÉ EN FRANCE

