

Vous trouverez ci-joint le texte préparé en vue de  
l'audition de M. Jean-Marc Sauvé, Vice-Président du Conseil d'Etat,  
par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation  
et le rééquilibrage des institutions de la Cinquième République

Le 11 septembre 2007

Monsieur le Président,

Madame,

Messieurs,

Je me propose, si vous le souhaitez, d'aborder liminairement trois séries de questions :

- 1) l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois après leur promulgation ;
- 2) l'inflation normative et la sécurité juridique ;
- 3) l'indépendance et la responsabilité de la justice, vues bien sûr de la justice administrative.

### **I - Le contrôle de la constitutionnalité des lois promulguées**

Trois questions se posent au sujet de ce contrôle : est-il possible ? Est-il utile ? Quelles peuvent en être les modalités ? Je répondrai par l'affirmative aux deux premières questions. La troisième appellera des développements spécifiques.

A - En premier lieu, le contrôle de constitutionnalité des lois promulguées est possible. Il a certes dans le passé suscité des appréhensions comme en témoigne le débat politique, juridique et doctrinal français, lorsque la question s'est posée de l'instaurer en 1989-1990, puis en 1993 : ce contrôle risquait, disait-on, de mettre en cause la sécurité juridique, la pérennité et la stabilité de la loi, voire même l'égalité devant elle.

Au regard de ces risques, les leçons du droit comparé sont sans équivoque : le contrôle de constitutionnalité -qui est pratiqué avec un grand discernement, comme l'a souvent rappelé le doyen Favoreu- n'a jamais engendré, là où il est pratiqué, d'insécurité juridique, ni de rupture d'égalité. Il est au contraire perçu comme une chance et non comme un risque : c'est un élément important de la garantie des droits, là où il existe.

Les leçons du contrôle de «conventionnalité» dans notre pays, qui sont tout à fait transposables au contrôle de constitutionnalité, vont dans le même sens : la confrontation des lois à des normes supérieures, avec la non-application des lois qui leur sont contraires, a été tout à fait assumée et acceptée en France, alors même que ce contrôle de conventionnalité est pratiqué de manière extrêmement large, ce qu'on ne pouvait anticiper en 1975 ou 1989 au temps des arrêts *Société des cafés Jacques Vabre* et *Nicolo*. Le Conseil d'Etat fait ainsi application du droit communautaire ou de la convention européenne des droits de l'homme dans plus d'un tiers de ses arrêts, ce pourcentage étant de l'ordre de 5 % à la Cour de cassation.

Par ailleurs, l'effet relatif des arrêts et jugements s'est combiné avec la force persuasive de la jurisprudence pour qu'il ne résulte pas d'incertitude juridique ou d'inégalité des déclarations de non-conformité des lois aux traités.

**B** - En deuxième lieu, le contrôle de constitutionnalité des lois promulguées est utile, voire même nécessaire, pour deux séries de raisons qui tiennent à l'effectivité de la garantie des droits et au respect de la hiérarchie des normes.

1) Certes, le contrôle de conventionnalité conduit en pratique le juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, à exercer, en confrontant la loi aux engagements internationaux de protection des droits de l'homme, un véritable contrôle matériel de constitutionnalité, tant il y a recoupement entre les principes constitutionnels français et les stipulations de ces traités. C'est en cela, plus encore que dans la remise en cause de la suprématie de la loi, que réside la révolution du contrôle de conventionnalité qui a pris son essor dans les années 90.

Il est admis en effet que la plupart des principes constitutionnels ont leur équivalent dans les stipulations des engagements internationaux, en particulier la convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles. Mais cette équivalence de protection ne signifie pas identité. Il est des règles et des principes constitutionnels qu'aucun engagement international ne protège : notamment, le principe de laïcité, le droit de grève, la continuité des services publics... Plusieurs principes du préambule de la Constitution de 1946 ou de la Charte de l'environnement n'ont pas non plus d'équivalent dans les traités. Il en va de même de certains objectifs de valeur constitutionnelle. On peut aussi s'interroger sur l'identité entre les règles constitutionnelles régissant le droit pénal et leur pendant conventionnel.

On peut donc dire, sans grand risque d'erreur, qu'il est des principes ou des objectifs de valeur constitutionnelle qui ne sont pas protégés au titre du contrôle de conventionnalité, même si cet écart est très limité et, par construction, évolutif : l'adhésion récente de la France à la Charte européenne de l'autonomie locale ou le caractère de droit positif qui pourrait être prochainement donné à la Charte des droits fondamentaux, aujourd'hui dépourvue de valeur normative, a modifié ou va modifier ce bilan toujours provisoire et instable.

Dès lors qu'il existe des principes constitutionnels qui ne sont pas entièrement protégés par des traités, la question de leur respect se pose. C'est une question juridique. C'est aussi, au sens le plus noble du terme, une question politique qui paraît devoir être posée et résolue.

2) A cette raison pratique -la garantie, au sens d'effectivité, des droits consacrés par la Constitution-, s'ajoute une raison de principe et symbolique, le respect de la hiérarchie des normes.

Il paraît en effet nécessaire de donner toute sa force et sa portée à cette hiérarchie : la Constitution est inscrite à son sommet, mais après la promulgation des lois, c'est une primauté tout à fait formelle. Bien sûr, les juges administratif, judiciaire et constitutionnel ont été conduits depuis l'arrêt *Sarran*<sup>(1)</sup> de 1998 à souligner la supériorité de la Constitution sur les traités dans l'ordre interne. Bien sûr, le juge -en particulier le juge administratif- s'efforce-t-il d'interpréter les lois et les traités en conformité avec les normes supérieures, ainsi qu'il le fit notamment dans les arrêts *Heyriès*<sup>(2)</sup>, *d'Aillières*<sup>(3)</sup> -qui consacre le pourvoi en cassation-,

---

<sup>(1)</sup> Assemblée, 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*.

<sup>(2)</sup> 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. p. 651.

<sup>(3)</sup> Assemblée, 7 février 1947, *d'Aillières*, Rec. p. 50.

*Dame Lamotte*<sup>(4)</sup> -qui consacre le recours pour excès de pouvoir-, ou *Koné*<sup>(5)</sup> qui interprète une convention d'extradition en conformité avec un principe fondamental reconnu par les lois de la République que le Conseil d'Etat a dégagé : le refus d'accorder une extradition lorsque celle-ci est demandée dans un but politique.

Mais, en dépit de ces efforts bienvenus, il est de plus en plus difficile d'admettre que seul l'article 55 de la Constitution comporte une règle de conflit de normes dont le juge administratif et judiciaire puisse faire application. Il est aussi difficile d'accepter que la supériorité des traités sur les lois soit mieux protégée que la primauté de la Constitution elle-même dans l'ordre interne.

Plus fondamentalement, le moment semble venu de sortir notre Constitution de sa marginalisation symbolique vis-à-vis des lois promulguées et de reconnaître à nos concitoyens le droit de se l'approprier et de se placer sous la protection des principes qu'elle consacre. La Constitution est en effet le fondement du lien social et civique ; elle est à la fois une mémoire et un projet, «la possession en commun d'un riche legs de souvenirs» et un «désir de vivre ensemble», comme Renan le disait de la nation dans sa célèbre conférence de 1882 à la Sorbonne. Les Français n'ont, me semble-t-il, rien de plus précieux en partage que leur Constitution. Il est donc pleinement légitime que la norme suprême soit effectivement, après comme avant la promulgation des lois, la Constitution appréciée en dernier ressort par le Conseil constitutionnel et qu'elle ne se limite pas aux traités interprétés, le cas échéant et d'ailleurs à bon droit, par des juridictions internationales. Il y a bien sûr dans cette analyse une certaine idée de la souveraineté.

---

<sup>(4)</sup> Assemblée, 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, Rec. p. 110.

<sup>(5)</sup> Assemblée, 3 juillet 1996, *Koné*, Rec. p. 255.

Comporte-t-elle des risques pour le Parlement et pour notre coopération européenne et internationale ? Je ne le pense pas.

Certes, la marginalisation historique dans notre pays des règles et principes constitutionnels a eu pour fonction de servir la prééminence du Parlement. Mais aujourd'hui, elle dessert cette prééminence. Car le bloc de conventionnalité est largement dans la main du Gouvernement, le contrôle du Parlement sur son élaboration étant relativement faible. Il en va bien sûr tout différemment des règles constitutionnelles : les 17 révisions constitutionnelles opérées depuis 1992 me protègent de tout démenti.

Je ne pense pas par ailleurs que l'extension du contrôle de constitutionnalité compromette la construction européenne et internationale : l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis 2004<sup>(6)</sup> -en particulier l'interprétation qu'il donne de l'article 88-1 de la Constitution- montre que la mise en œuvre du droit communautaire constitue une exigence constitutionnelle, sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte à une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Le Conseil d'Etat a été confronté à une problématique semblable, à l'occasion du recours contre un décret de transposition d'une directive, décret dont il était soutenu qu'il violait des principes constitutionnels nationaux (Assemblée, 8 février 2007, *Arcelor Atlantique et Lorraine* à publier) et il y a apporté une réponse différente dans ses modalités, mais parfaitement cohérente avec l'esprit de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

---

<sup>(6)</sup> Conseil constitutionnel décisions n° 2004-496 DC du 10 juin 2004  
n° 2004-497 DC du 1<sup>er</sup> juillet 2004  
n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004  
n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006

Au point où en sont arrivées les jurisprudences constitutionnelle et administrative, et à la lumière aussi des jurisprudences des cours constitutionnelles des autres Etats membres de l'Union européenne -Allemagne, Italie, Espagne-, qui ont mis en place un contrôle de constitutionnalité poussé, il est permis d'avancer que les risques de contradiction entre les règles constitutionnelles nationales et les obligations internationales ou européennes, sans être inexistantes, sont à la fois limités et surmontables. Ces risques ne peuvent donc à mon sens justifier que soit écartée une extension du contrôle de constitutionnalité en France.

C - Quant aux modalités du contrôle de constitutionnalité, celui-ci devrait être limité au respect des règles de fond, à l'exclusion des règles de compétence et de procédure dont le respect doit être assuré dans le seul cadre du contrôle a priori à l'initiative des autorités politiques ou des membres du Parlement. On écartera aussi le recours direct des citoyens: ce recours, par construction abstrait, poserait inévitablement un problème de restriction drastique de l'intérêt pour agir ou d'encombrement du rôle du Conseil constitutionnel. Il devrait en outre être enfermé dans des limites temporelles étroites, comme c'est le cas dans les Etats qui le pratiquent. Il ferait partiellement double emploi avec le contrôle a priori existant aujourd'hui.

Il conviendrait donc de mettre en place un contrôle a posteriori de constitutionnalité par la voie de l'exception, un contrôle concret, tout justiciable pouvant devant les juridictions ordinaires soulever l'inconstitutionnalité d'une loi.

Faut-il pour autant reprendre le projet de 1990 et 1993 ? Je ne le pense pas. Les auteurs de ce projet, rédigé en termes quasiment identiques à trois ans d'intervalle, ne pouvaient anticiper l'engagement des juges administratifs et judiciaires, dans le cadre du contrôle de conventionnalité, dans un véritable contrôle matériel de constitutionnalité les

conduisant à écarter les lois incompatibles avec nos engagements internationaux. Répliquer la réforme de ces années-là, avec le double renvoi du juge saisi au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation, puis, le cas échéant, au Conseil constitutionnel, reviendrait à maintenir le contrôle de constitutionnalité à la périphérie ou aux marges du procès : par définition, le justiciable, comme le juge, opteront toujours pour la voie de droit la plus efficace, c'est-à-dire celle du contrôle de conventionnalité, plutôt que pour celle de l'exception d'inconstitutionnalité conduisant à un sursis à statuer, afin de trancher, au terme d'un triple examen, la question pendante.

Par conséquent, le refus du juge administratif ou judiciaire de trancher les conflits de normes entre la loi et la Constitution ne paraît plus pouvoir être maintenu. Ce refus qui reposait autrefois sur la volonté de ne pas porter atteinte à la prééminence du Parlement<sup>(7)</sup> a certes aujourd'hui des justifications nouvelles et sérieuses qui ont été rappelées par un arrêt du Conseil d'Etat du 5 janvier 2005 *Deprez et Baillard* et qui résident dans le rôle confié au Conseil constitutionnel par la Constitution. Mais votre mission vous permet de proposer que l'obstacle que représente ce refus soit levé.

Faut-il pour autant qu'il soit entièrement levé ? Après réflexion, je ne le propose pas. Le juge saisi d'une exception d'inconstitutionnalité devrait pouvoir l'écarter, si cette exception ne commande pas l'issue du litige ou si elle est dépourvue de substance. Mais il ne pourrait pas l'accueillir lui-même. En cas de doute sérieux, le juge saisi devrait procéder à un renvoi au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation qui pourrait, selon le cas, soit rejeter l'exception, soit l'accueillir, soit saisir le Conseil constitutionnel. Le renvoi d'une question

---

<sup>(7)</sup> CE, section, 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame Coudert*. Dans ses conclusions, Roger Latournerie déclarait : «Ce serait, semble-t-il, une entreprise non moins vaine que dangereuse» que d'engager le juge administratif «à risquer», par des «tentatives de contrôle de la loi, tout l'acquis de la jurisprudence ».

préjudicielle au Conseil constitutionnel devrait être prononcé en particulier lorsqu'existe une difficulté sérieuse de constitutionnalité ou pour prévenir un risque de divergence de jurisprudence entre les ordres judiciaire et administratif.

Ainsi le Conseil constitutionnel continuerait-il d'assurer en dernier ressort, sans être exposé au risque de l'encombrement, la régulation générale du contrôle de constitutionnalité. La qualité du dialogue juridictionnel entretenu depuis 1959 entre les cours suprêmes françaises et, en particulier, entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, gardiens potentiellement concurrents des domaines de la loi et du règlement et de bien d'autres principes ou jurisprudences communs ou affinitaires, augure d'une application harmonieuse de cette réforme, si elle était décidée.

## **II - L'inflation normative et la sécurité juridique**

La question du volume et de la qualité de la production normative constitue un enjeu essentiel. Or, tous les indicateurs dont on dispose nourrissent le même constat : un bouleversement est intervenu dans la production des règles de droit, sous l'effet de leur nombre :

- le volume des lois a décuplé en 40 ans et doublé en 15 ans ;
- au cours des six premiers mois de 2007, le volume du droit codifié –compte non tenu des actes de codification- a encore augmenté de 5,6 %. La hausse a été de 8,1 % sur 18 mois ;
- cette intempérance normative se double d'une très forte instabilité de la règle : 10 % des articles des codes sont en moyenne créés, modifiés ou abrogés chaque année. Pour le code général des impôts, ce pourcentage a atteint 37,7 % pour les deux années 2005 et 2006 ;

- la loi s'applique de manière partielle : 80 % des décrets d'application des lois votées sous la 12<sup>ème</sup> législature avaient été pris à la fin du mois d'avril 2007.

Notre pays qui est confronté aux mêmes défis que ses grands partenaires s'en distingue toutefois négativement : l'inflation, l'instabilité et, dans une certaine mesure, l'ineffectivité du droit sont, ou paraissent, plus fortes chez nous.

Le redressement de cette situation est un impératif :

- démocratique -car le crédit de la loi et de l'action publique sont profondément affectés par les désordres que j'évoque- ;
- économique -car la densité et l'instabilité de la règle pèsent sur la compétitivité des entreprises et l'attractivité du territoire- ;
- juridique, c'est à dire de sécurité juridique ;
- budgétaire enfin, car légiférer et réglementer, c'est évidemment dépenser.

Cette situation a été analysée de manière complète par deux rapports du Conseil d'Etat en 1991 et 2006 sous le titre prémonitoire au moins la première fois «De la sécurité juridique». Force est de constater que les efforts méritoires faits depuis une dizaine d'années pour redresser la situation n'ont donné que des résultats très insuffisants.

Plusieurs pistes peuvent être envisagées, alternativement ou cumulativement, pour tenter de l'améliorer. J'en évoquerai brièvement cinq, étant observé que le renforcement des prérogatives au Parlement dans la procédure législative, s'il répond à des objectifs compréhensibles et légitimes, me paraît être en lui-même sans influence sur la résolution des problèmes que je viens de souligner.

A - La première piste consisterait à consacrer au niveau constitutionnel les principes de sécurité juridique et/ou de confiance légitime.

Je suis réservé face à cette éventualité. Non que cette question soit dénuée d'importance. Elle est au contraire cruciale. Mais, d'une part, elle ne peut avoir par elle-même qu'une incidence marginale sur le volume et la qualité de la réglementation. D'autre part et surtout, la sécurité juridique est une exigence qui inspire toute la jurisprudence, aussi bien constitutionnelle qu'administrative, de manière croissante depuis une dizaine d'années. S'il fallait résumer d'une idée l'une des tendances les plus lourdes de la jurisprudence de la décennie, celle de sécurité juridique s'imposerait.

Le Conseil d'Etat, dont la décision d'assemblée *KPMG* du 24 mars 2006 a érigé cette notion au rang de principe général du droit, s'en est inspiré dans des arrêts nombreux et remarquables sur la protection des contrats en cours, mais aussi sur le régime du retrait des actes administratifs, l'application dans le temps des décisions contentieuses, les effets dans le temps des revirements de jurisprudence et aussi, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, sur l'application des lois de validation. Le Conseil d'Etat admet aussi depuis 2001 (Ass. 5 juillet 2001, *FNSEA et autres*) l'opérance du principe communautaire de confiance légitime, lorsque la situation juridique dont il a à connaître est régie par le droit communautaire.

Quant au Conseil constitutionnel, l'évolution de sa jurisprudence a pu faire dire dès 2000 que la sécurité juridique, qui n'a pas été formellement érigée au rang de principe constitutionnel, constituait un "principe clandestin mais efficient". On peut ainsi affirmer qu'elle assure la protection de la sécurité juridique sa jurisprudence sur :

- la clarté, la précision, l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi ;
- la protection de la liberté contractuelle et des situations acquises résultant ou non de conventions légalement conclues ;
- la stabilité du droit ;
- la non-rétroactivité des lois ;
- les validations législatives.

Si ces jurisprudences peuvent encore être enrichies et complétées, elles constituent dès maintenant des acquis extrêmement importants et précieux.

La consécration du principe de sécurité juridique dans la Constitution ne semble donc pas répondre à un besoin.

Au demeurant, la sécurité juridique est sous-jacente à de nombreux articles de la Déclaration des droits de l'homme fréquemment cités par la jurisprudence constitutionnelle : l'article 4 sur la liberté individuelle et la protection des situations contractuelles; l'article 8 sur la non-rétroactivité de la loi pénale ; l'article 16 sur la garantie des droits et la séparation des pouvoirs, qui est un des «remparts» contre les lois de validation.

On pourrait même citer l'article 2 sur la sûreté, destinée à protéger -les cahiers de doléances l'ont montré- les citoyens contre l'arbitraire de l'autorité, mais aussi l'arbitraire de la norme et, en particulier, les édits rétroactifs. Plus largement, la sécurité juridique est inhérente à la notion même de droit : «Un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un» (J. Boulouis, Quelques observations sur la sécurité juridique, Mélanges Pescatore 1987, p. 53).

Si, néanmoins, étaient formalisés dans la Constitution les principes de sécurité juridique et/ou de confiance légitime -ce qui n'existe ni en droit communautaire, ni en droit allemand, où ces principes restent jurisprudentiels-, la question se poserait des conséquences de cette consécration. Ce principe qui est assez polysémique pourrait en effet avoir, au-delà de ce qui est acquis et raisonnablement escomptable dans la jurisprudence, des effets incertains et problématiques. Pourrait-on toujours dire, par exemple, que nul n'a droit au maintien d'un règlement ? N'y aurait-il pas un risque de bridage de l'action publique, de protection excessive des droits acquis, au détriment des exigences d'adaptation, de réponse à la demande sociale et même de sécurité (tout court) ? Par conséquent, la sécurité juridique semble être un principe trop imprécis et flou pour être hissé sans risque au rang de norme constitutionnelle écrite.

Il vaut mieux laisser à la jurisprudence le soin de régler l'équilibre entre les termes du couple sécurité juridique/innovation (c'est-à-dire adaptation ou mutabilité) et du couple sécurité/légalité, plutôt que de risquer de le rompre.

Si, néanmoins, le pas devait être franchi, il conviendrait, pour ne pas privilégier un seul terme et pour prévenir tout risque de cristallisation -voire de calcification- du droit, de constitutionnaliser plusieurs des notions que les juges doivent en permanence concilier (la sécurité juridique ; la mutabilité ; la légalité).

**B** - La deuxième piste de travail résiderait dans le respect effectif des domaines de la loi et du règlement et l'élimination des «neutrons» législatifs. Quoiqu'irritants et souvent

stigmatisés, ces «débordements» du législateur sont marginiaux : cette question n'est donc pas déterminante dans la lutte contre l'inflation normative.

On sait en effet que les jurisprudences conjointes du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel ont très largement interprété la compétence du législateur mais que la méconnaissance de la frontière entre loi et règlement a des effets variables : l'incompétence négative du législateur est beaucoup plus sévèrement sanctionnée que ses empiètements dans le domaine du règlement, qui ne peuvent être censurés au titre de l'article 61 de la Constitution (jurisprudence du 30 juillet 1982 sur la loi «prix et revenus»).

Bien que peu contraignante, cette jurisprudence paraît sage, car on imagine avec peine, par exemple, que la loi portant réforme des retraites ait pu être expurgée de ses dispositions sur la durée de services ou d'assurance requise pour bénéficier d'une pension à taux plein. Cette jurisprudence a été utilement complétée en avril 2005 (décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005), le Conseil constitutionnel procédant à des déclassements sans censure de dispositions législatives, sans imposer le passage ultérieur par la procédure de l'article 37 al 2 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a aussi entrepris, en se fondant sur l'article 6 de la déclaration des Droits de l'homme, de censurer les dispositions non normatives (décision n<sup>os</sup> 2004-500 DC du 29 juillet 2004 et, surtout, 2005-512 DC du 21 avril 2005).

En dépit de ces acquis, des améliorations sont néanmoins possibles dans deux directions :

- d'une part, l'article 41 de la Constitution pourrait être réécrit en s'inspirant de l'article 40 afin de permettre le contrôle systématique du caractère législatif des propositions

de loi et des amendements : une proposition de loi constitutionnelle a été déposée en ce sens le 5 octobre 2004 ;

- d'autre part, s'il paraît exclu qu'une commission parlementaire puisse ex-post déclasser systématiquement, après le vote des lois, les dispositions législatives intervenues dans le domaine du règlement, il pourrait être envisagé que cette tâche -dont il ne faut dissimuler ni la lourdeur, ni la complexité, pour un gain somme toute modeste, je l'ai dit- puisse être confiée au Conseil constitutionnel. C'est plus une hypothèse qu'une proposition que je formule.

C - La troisième piste de travail pourrait consister à mieux encadrer le droit d'amendement. Les amendements conduisent en effet fréquemment à multiplier par 2 ou 3 le volume des lois et à en changer substantiellement le contenu et l'objet. Toutefois, la jurisprudence en la matière s'est depuis 5 ans considérablement durcie, en constitutionnalisant la règle dite de «l'entonnoir» qui figure dans les règlements des assemblées : il n'est désormais plus possible d'introduire de nouveaux sujets, même non dépourvus de tout lien avec l'objet du texte, au-delà de la première lecture d'un projet ou une proposition de loi

Si des progrès restent possibles, ils se situent, semble-t-il, au niveau de l'instruction des amendements par les commissions parlementaires ; les délais actuels ne permettent pas une évaluation sérieuse de l'impact des amendements les plus substantiels et ils ne peuvent être allongés qu'à la marge par la voie des règlements des assemblées. Une adaptation du cadre constitutionnel et organique pourrait dès lors être utile : un délai de dépôt des amendements une semaine avant la discussion en séance plénière ou 24 heures après l'examen en commission pourrait ainsi être instauré.

En revanche, en l'absence d'une définition juridique de ce qu'est un article, cette notion étant très plastique du code civil au code général des impôts, je ne recommanderais pas la prohibition des articles additionnels : une telle règle risquerait en effet de conduire à l'hypertrophie des articles existants. Mieux vaut, si on le croit indispensable, limiter les amendements en première lecture à ce qui est en rapport direct avec le texte en discussion et non plus à ce qui n'est pas dépourvu de tout lien avec lui.

**D - La quatrième piste de travail conduit à s'interroger sur les conditions d'application des lois.**

Les lois, quand leur application requiert des décrets, s'appliquent souvent mal et tardivement. Le Gouvernement a conduit en la matière une action déterminée aux résultats avérés, afin de mieux satisfaire à ses obligations. Pour améliorer encore la situation, faut-il des innovations constitutionnelles ? Je ne le pense pas. En particulier, la délégation au Parlement du soin de préparer ou prendre les décrets d'application des lois en cas de carence du Gouvernement porterait excessivement atteinte à la séparation des pouvoirs et elle pourrait d'ailleurs difficilement être assumée par le Parlement en l'état des moyens dont il dispose. L'office du Parlement est de voter la loi, de contrôler le Gouvernement et d'évaluer son action : c'est à ces titres qu'il devrait servir d'aiguillon au Gouvernement et non en exerçant le pouvoir réglementaire par substitution. Du reste, les règlements des assemblées -au moins celui de l'Assemblée nationale- ont été modifiés au début de 2004 pour instituer un véritable « droit de suite » du rapporteur de la loi avec des rapports semestriels rendus publics : c'est dans cette voie du contrôle et de l'interpellation du Gouvernement qu'il faut s'inscrire pour surmonter les inerties ou les blocages qui subsistent.

Je serais plus réticent encore à l'idée de subordonner l'application d'une loi à l'intervention de tous ses décrets d'application : c'est au juge et au juge seul qu'il appartient de dire si une disposition législative est ou non applicable, le renvoi de la loi à un décret d'application n'étant pas nécessaire pour ajourner l'entrée en vigueur de cette disposition et son silence n'étant pas suffisant pour garantir son application immédiate. Prévoir une clause d'ajournement général de l'entrée en vigueur d'une loi à l'intervention de son dernier décret génèrerait des retards dans l'application des lois et surtout de l'insécurité juridique.

**E** - La cinquième piste consiste à mettre en place une politique efficace de qualité de la réglementation, en refondant les conditions d'élaboration des textes. Une réflexion approfondie a été engagée sur ces sujets à partir du début des années 2000 avec, notamment, les rapports Mandelkern et Lasserre. Elle a débouché sur des circulaires du Premier ministre du 26 août et du 30 septembre 2003 destinées à remplacer la circulaire du 26 janvier 1998 sur les études d'impact. Le dispositif proposé était à la fois ambitieux et pragmatique. Il demandait aux ministères d'élaborer des chartes de la qualité de la réglementation et il refondait de manière réaliste les études d'impact en les articulant avec le travail gouvernemental, en particulier, les réunions interministérielles de programmation des réformes. Ces études d'impact cessaient en outre d'être systématiques : leur principe, leur contenu et leur conditions de réalisation étaient adaptées au format des réformes envisagées.

Ce dispositif, sans avoir totalement échoué, n'a pas rencontré le succès escompté. C'est dans ce contexte que se sont inscrits le rapport public du Conseil d'Etat de 2006 sur le thème « Sécurité juridique et complexité du droit et les recommandations du groupe de travail que j'ai présidé en qualité de Secrétaire général du Gouvernement sur la mise en œuvre du rapport du Conseil d'Etat.

Les propositions faites visent à inverser les perspectives d'élaboration de norme, afin que la décision de légiférer soit prise non pas en amont, mais à l'issue d'un processus de délibération interministériel portant sur la globalité de la réforme envisagée, afin de réfléchir non seulement sur les mesures législatives mais aussi, dès l'origine, sur les principales mesures réglementaires d'application.

Ces propositions que je crois toujours pertinentes définissent également le champ d'application, les critères et le contenu des évaluations préalables. Elles se prononcent sur les méthodes de réalisation de ces évaluations et sur leur publicité. Elles approfondissent deux scénarios :

- celui d'une réforme réglementaire des conditions d'élaboration des textes ;
- celui, majoritaire, d'une réforme constitutionnelle et organique qui serait donc juridiquement contraignante et ouvrirait la voie à un contrôle de la régularité de la procédure d'élaboration des lois avec une double soupape : la réserve de l'urgence et la purge d'une irrégularité éventuelle au stade du dépôt du projet de loi.

La première option, comme la seconde, pourrait se combiner avec l'instauration d'un contrôleur juridique dans les ministères qui relèverait du secrétariat général du Gouvernement et qui devrait viser les projets de textes avant la saisine du Conseil d'Etat ou avant la mise à la signature des décrets, pour s'assurer que les conditions de leur élaboration ont été correctes.

Il y a certes quelque paradoxe à prétendre lutter contre l'inflation normative en édictant des textes supplémentaires et, le cas échéant, en instaurant des contrôles a priori qu'on s'efforce par ailleurs de démanteler. Le respect des instructions des Premiers ministres

successifs comme la création de directions juridiques solides dans les ministères devraient normalement pourvoir à l'ensemble des exigences de qualité de la réglementation.

Mais les propositions formulées en 2006 sont le fruit de la nécessité : elles ont simplement entendu tirer les conséquences des difficultés persistantes qui ont été rencontrées. Il est permis de penser que leur mise en œuvre amorcerait un cycle vertueux devant le Conseil d'Etat et le Parlement qui, chacun dans son ordre, délibérerait en meilleure connaissance de cause pour rendre ses avis sur l'opportunité administrative des textes -c'est-à-dire l'adéquation entre les moyens mis en œuvre et les objectifs poursuivis- ou pour amender et voter la loi. La mise en œuvre de ces propositions permettrait de réduire substantiellement le volume de la loi, peut-être de l'ordre de 20 à 25% sans altération des objectifs poursuivis par les politiques gouvernementales : les rétro-projections faites à ce sujet paraissent rassurantes .

Il me semble qu'il revient aujourd'hui aux autorités politiques de choisir celle des solutions proposées qui leur paraît la plus adaptée aux enjeux, en veillant le cas échéant à une mise en oeuvre différée et progressive.

Il en va des systèmes juridiques comme des économies. Les décrochages sont lents et invisibles au début ; ils peuvent, à partir d'un certain stade, devenir rapidement inexorables et donc difficiles à compenser ou à rattraper.

Notre pays est peut-être aujourd'hui proche de cette situation dans le domaine de la production normative : le déploiement d'une stratégie vigoureuse de refondation de nos méthodes d'élaboration des textes revêt donc un caractère de réelle urgence.

### **III - L'indépendance et la responsabilité des juridictions constituent des enjeux essentiels.**

Même si l'ordre administratif n'est pas exposé à des critiques mettant en cause un déficit sur ces plans, il est très attentif à ces questions et persuadé que des défaillances peu nombreuses mais graves pourraient rapidement compromettre ses acquis.

**A - Pour mieux garantir l'indépendance**, il n'y a pas lieu d'instaurer une règle d'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat, à l'instar de ce qui existe pour les magistrats administratifs : cette garantie procède de la coutume et elle a été justement relevée comme étant suffisante au regard des exigences de la convention européenne des droits de l'homme par l'arrêt *Sacilor-Lormines* rendu le 9 novembre 2006 par la Cour de Strasbourg.

En revanche, en ce qui concerne la nomination des membres de la juridiction administrative qui ne sont pas issus du concours et, en particulier, des membres du Conseil d'Etat au tour extérieur du Gouvernement, un choix totalement discrétionnaire de celui-ci s'accorderait mal avec les exigences résultant des principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance des juridictions. C'est la raison pour laquelle la loi du 30 juin 1994 a justement instauré une procédure d'avis du Vice-Président du Conseil d'Etat dont le sens est rendu public. Cette procédure permet aussi de s'assurer de la motivation des candidats et de l'adéquation entre leur profil et les exigences des fonctions.

L'éventuelle audition par le Parlement des personnes que le Gouvernement envisage de nommer au tour extérieur me paraîtrait présenter de sérieux inconvénients : elle exposerait ces nominations à un risque de politisation, ce risque n'étant pas vraiment tempéré par une

éventuelle répartition proportionnelle des postes à pourvoir. Au regard du principe de séparation des pouvoirs, ce mécanisme serait aussi en soi critiquable. Il ne serait pas non plus de nature à protéger ou à renforcer l'indépendance des juridictions. Tout au plus permettrait-il d'écarter des candidatures manifestement inappropriées. Mais outre que l'avis du chef de corps permet en principe de parvenir à ce résultat, cet objectif pourrait être atteint plus sûrement encore par d'autres mécanismes qui seraient eux pleinement satisfaisants au regard des objectifs :

- de respect de la séparation des pouvoirs ;
- de protection de l'indépendance ;
- de garantie des compétences professionnelles ;
- et même de diversité du recrutement.

L'établissement d'une liste d'aptitude par une commission indépendante et pluraliste présidée par le Vice-président du Conseil d'Etat pourrait à cet égard constituer une piste de travail intéressante.

**B - La responsabilité** est une autre exigence qui s'impose à la justice. A condition de reposer sur des règles spécifiques, elle n'est pas susceptible de porter atteinte à l'indépendance.

Cette responsabilité incombe à la justice dans son ensemble comme à ses membres.

1 - La justice a évidemment des responsabilités à assumer vis-à-vis des justiciables pris individuellement en cas de faute simple ou lourde du service. Elle a aussi une

responsabilité envers la Nation, ses représentants et les justiciables pris dans leur ensemble. Cette responsabilité revêt un double aspect.

a- La justice a le devoir de rendre compte, par tous les moyens à sa disposition, aux pouvoirs publics, Exécutif et Parlement, comme à la société de l'accomplissement de la mission que la Constitution et la loi lui confient. Elle doit donc faire connaître ses travaux et les rendre intelligibles et accessibles aux différents publics auxquels elle s'adresse. Elle doit également pouvoir répondre aux questions qui pourraient lui être posées. Ce questionnement ne paraît pas attentatoire à son indépendance.

b- En outre, la justice doit s'engager dans une démarche d'évaluation de ses activités et de ses résultats, de sa qualité, de son coût et de son efficacité. Une étude va être entreprise au sein du Conseil d'Etat sur ce sujet : elle visera notamment à mieux rendre compte des objectifs poursuivis, des moyens mis en œuvre et des résultats obtenus aux plans quantitatif et qualitatif et à inscrire la juridiction administrative dans les comparaisons internationales qui commencent à se développer sur les systèmes de justice.

2- Enfin, la responsabilité est aussi une obligation pour les membres de la juridiction administrative. Cette responsabilité est disciplinaire. Elle peut aussi être pécuniaire, lorsqu'un membre de la juridiction administrative a concouru par son action ou sa carence à ce qu'un dommage soit causé à un justiciable. Afin de clarifier les obligations des membres de la juridiction administrative mais aussi de renforcer la confiance des justiciables et de sécuriser des pratiques professionnelles qui pourraient être indûment mises en cause, les règles déontologiques applicables aux membres de la juridiction administrative sont en train d'être

définies et seront publiées. Les bases de la responsabilité de ces membres seront ainsi mieux assurées.

\*

\* \*

Les projets et les idées ne manquent donc pas pour renforcer l'indépendance et la responsabilité de la justice administrative. Mais celle-ci ne demande aucune garantie particulière au Constituant. La justice administrative est le fruit d'une histoire longue et complexe qui s'est traduite par une spectaculaire inversion par rapport aux desseins de ses fondateurs : un système conçu pour concourir à la régulation interne de l'Etat est en effet devenu une juridiction indépendante et une pièce essentielle de l'assujettissement de l'Etat au droit.

Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui ont été dégagés par le Conseil constitutionnel en 1980 et 1987 ont hissé au niveau constitutionnel l'existence, l'indépendance et les compétences de la juridiction administrative. La Constitution consacre de surcroît certaines compétences consultatives et contentieuses du Conseil d'Etat. L'ensemble de ces acquis -tout comme le droit prétorien forgé par la jurisprudence administrative, qui protège à la fois les droits des citoyens et l'intérêt général- doivent être maintenus en l'état. C'est pourquoi il n'est pas souhaité que la justice administrative entre dans le titre VIII de la Constitution, même renommé «De la Justice» ou «De l'autorité juridictionnelle». Ne formalisons pas par des règles écrites des principes jurisprudentiels opérants et efficaces.