



JUIN 2018

EXPERTISE SUR LES PROPOSITIONS SÉNATORIALES RELATIVES A LA REFORME DES INSTITUTIONS

Réalisée par l'Institut Maurice Hauriou,
Université Toulouse I Capitole

(Étude coordonnée par les professeurs Pierre Esplugas-Labatut et Stéphane Mouton)

EXPERTISE SUR LES PROPOSITIONS SENATORIALES RELATIVES A LA REFORME DES INSTITUTIONS

Afin de favoriser la réflexion constitutionnelle, l'Institut Maurice Hauriou s'engage dans un **processus d'observatoire de la réforme en cours des institutions**.

Dans ce cadre, l'Institut Maurice Hauriou a procédé à une **expertise de 40 propositions formulées par un groupe de travail du Sénat dont les travaux ont été publiés le 24 janvier 2018** (voir document ci-joint).

Sur cette base, un groupe de chercheurs de notre laboratoire, composé de professeurs, maître de conférences, docteurs et doctorants, a **évalué la pertinence juridique de ces propositions sénatoriales**.

Ces études, conçues de manière concise et signées individuellement par chacun de leurs auteurs, ont été **réalisées d'un point de vue académique, scientifique et non partisan**. A ce titre, les critères d'évaluation adoptés sont, notamment, **l'histoire et l'évolution constitutionnelles, le droit comparé et les expériences étrangères, la cohérence avec le système constitutionnel actuel et l'objectif poursuivi**.

Afin d'alimenter le débat parlementaire à venir, ces **propositions ont été remises au sénateur du Tarn, Philippe Bonnacarrère**.

Le plan de l'étude s'écarte de celui du rapport sur les propositions sénatoriales et **s'inscrit dans le courant du constitutionnalisme** en retenant une logique de pouvoirs et de rapports entre eux. L'expertise est ainsi **articulée autour de quatre pouvoirs : le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, le pouvoir des juridictions et le pouvoir local**. Au sein de chacun de ces quatre chapitres, la numérotation des propositions sénatoriales est ensuite reprise.

Pierre Esplugas-Labatut, professeur de droit public, Coordinateur de l'expertise sur les 40 propositions sénatoriales sur la réforme des institutions.

Stéphane Mouton, professeur de droit public, Co-directeur de l'Institut Maurice Hauriou, Directeur de l'Axe « Institutions politiques ».

CHAPITRE 1^{er} : LA REFORME DU POUVOIR EXECUTIF

Propositions n° 1, 2 et 3 : Modernisation du pouvoir exécutif (composition du Gouvernement et incompatibilités)

Par Stéphane Mouton, professeur de droit public

Dans la perspective d'une confiance *confortée* dans les institutions, le Sénat propose en premier lieu de *moderniser* le pouvoir exécutif. Dans cette perspective il fait trois propositions visant à réformer les articles 8 et 23 de la Constitution.

D'un point de vue général, la volonté de proposer une réforme de ces deux dispositions est intéressante car elle touche directement le gouvernement, organe décisif de l'action politique dans l'ingénierie constitutionnelle définie par la Constitution de 1958. Or, les différentes révisions antérieures ont bien démontré la difficulté de réformer cet organe constitutionnel. Situé au cœur des logiques de Pouvoir qui animent les institutions de 5^{ème} république, aucune révision n'a vraiment réussi à éclaircir cette « zone grise » constitutionnelle, celle de la légitimité et de l'efficacité d'une action gouvernementale enserrée entre le président de la République et le Parlement devant lesquels il est doublement responsable, comme le démontre les très faibles modifications de la Constitution issues de la révision constitutionnelle de 2008 sur ce point.

I. Révision de l'article 8 de la Constitution (propositions 1 et 2)

Les deux premières propositions relatives à l'article 8 ont vocation à fixer un nombre maximal de membres du gouvernement et à assurer le principe de parité au sein de cet organe exécutif:

- Concernant la proposition n°1 relative à la réduction du nombre des membres du gouvernement :

Ce dernier (comprenant ministres mais aussi secrétaires d'Etat) devrait s'élever à un nombre de 20 membres au plus. Le Sénat considère que la réduction du nombre de membres du gouvernement remplirait deux objectifs : cette réduction moderniserait, premier argument, l'action gouvernementale dans la mesure où ministres et secrétaires d'Etat bénéficieraient « d'un champ de compétences plus large donc de davantage de moyens et de responsabilités » ; elle renforcerait, second argument, la cohérence et l'efficacité du gouvernement en assurant une organisation du Gouvernement « suffisamment resserrée pour parler d'une seule voix ».

Sur le premier argument :

Existe-t-il une corrélation possible entre le nombre de membres du gouvernement et la qualité de leur compétence et la nature de leur responsabilité ?

Cet argument se discute juridiquement.

Avant de discuter du lien entre nombre et compétences, il convient de rappeler que d'un point de vue politique, les ministres ne disposent pas de vrais pouvoirs propres. Ils ne disposent pas du pouvoir réglementaire général, et leur autorité politique se confond naturellement avec celle du Gouvernement dont ils sont membres et du 1^{er}

ministre qui, d'après l'article 21 de la Constitution, dispose du pouvoir réglementaire général concurremment au pouvoir réglementaire présidentiel (art. 13). Ainsi, l'influence politique du ministre ne peut être appréhendée que sous l'autorité d'un organe collégial, le Gouvernement et le 1^{er} ministre.

De la sorte, de quelle compétence parle-t-on ? Ce point devrait être précisé car d'un point de vue juridique et constitutionnel, politique, il n'y a pas de champ de compétence ministériel. Si influence individuelle il existe au plan juridique, c'est l'influence « administrative » du ministre qu'il convient d'analyser. Or celle-ci se limite à un pouvoir de direction, d'organisation et de contrôle des services administratifs qui sont sous sa charge. Mais ici, l'efficacité de l'action ministérielle ne dépend en rien du nombre de membres du gouvernement. Elle dépend plutôt de la nature même de la compétence qui incombe au ministre dans un régime constitutionnel de nature parlementaire. Ce premier point éclaire la question de la responsabilité du ministre, inexistante politiquement au plan individuel et, indéterminable au plan administratif.

Sur le second argument :

La limitation du nombre de ministres et/ou de secrétaires d'Etat au sein du Gouvernement participerait-elle à renforcer la cohérence et donc l'efficacité de l'action gouvernementale ?

D'un point de vue constitutionnel, la corrélation là encore entre le nombre et l'efficacité de l'action du Gouvernement se discute dans la mesure où deux principes constitutionnels assurent déjà cohérence et efficacité de l'action gouvernementale. La mesure d'ailleurs est de ce point de vue étonnante parce que ces deux caractéristiques, cohérence et efficacité, au cœur de la volonté constituante dès 1958, constituent les deux succès indiscutables de l'actuelle Constitution.

Politiquement, en premier lieu, la cohérence de l'action gouvernementale est assurée par le principe de la solidarité du gouvernement. On le sait cette solidarité est assurée par le principe parlementaire de la responsabilité des membres du gouvernement devant le Parlement (art. 20 C. 58) et dont les mécanismes de mises en œuvre, rationalisés (art. 49 et 50 C. 58) permettent au gouvernement de s'appuyer sur la majorité parlementaire pour mener ses actions sans craindre d'intempestifs renversements. En second lieu, l'efficacité de l'action du gouvernement relève moins d'une réorganisation de l'équipe que de la dynamique politique instaurée par la Constitution reposant sur une impulsion politique dominée par le Président de la République élu au suffrage universel. C'est le rayonnement de cette légitimité démocratique, puissante et concentrée sur la première autorité de la République sur le Gouvernement -qui en bénéficie par son rattachement institutionnel par le biais des nominations du Premier ministre et des membres du Gouvernement par celle-ci- qui assure à ce dernier la plus sûre garantie à l'efficacité de son action.

La légitimité démocratique du président de la République associé à un mécanisme de responsabilité politique du gouvernement discipliné politiquement par le fait majoritaire et juridiquement par les mécanismes de rationalisation sont les deux conditions constitutionnelles assurant cohérence et efficacité du Gouvernement. Elles sont en l'état de la Constitution pleinement remplies (et même trop peut-être) ...

Seul point positif en réalité : La limitation du nombre de ministres participerait à combler un vide constitutionnel certain. Aujourd'hui, la Constitution silencieuse sur ce point permet aux têtes du pouvoir gouvernemental de fixer discrétionnairement la liste des membres du gouvernement qui peut varier du simple au double. Une telle

détermination dissiperait l'impression d'arbitraire qui commande la composition du Gouvernement, guère plus !

II. Concernant la proposition n° 2 relative au principe de parité :

Le Sénat propose que le Gouvernement respecte « le principe de parité ». Avec cette proposition, le Sénat s'inscrit ici dans un mouvement inauguré par la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 introduisant le principe de parité dans l'article 1^{er} de la Constitution.

A bien lire cette deuxième proposition, il veut même en renforcer la dynamique au sein de nos institutions en l'insérant comme une obligation juridique relatives à la composition du gouvernement, et par là même encourager l'enracinement culturel de la parité dans les mœurs politiques, et ce, dans le prolongement des résultats notables déjà obtenus au plan national et au plan local (dans les assemblées départementales surtout avec l'instauration des binômes femmes/hommes depuis 2013).

De la sorte, le Sénat participe ici à encourager le développement de la parité dans la représentation nationale comme elle s'affirme dans la démocratie locale en posant même une prescription juridique plus forte. Là où l'article 1^{er} de la Constitution sollicite le législateur « pour favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives », le Sénat d'après la formulation de sa deuxième proposition fixerait lui une prescription constitutionnelle directe dans l'article 8 de la Constitution en imposant le principe de parité au sein du gouvernement (« droit respecter »).

Cette proposition est sur ce point inédite dans la mesure où elle vise à rendre obligatoire le principe de la parité vis-à-vis d'un organe constitutionnel spécifique. En effet, à l'inverse de la présidence de la République et des assemblées parlementaires au plan national, comme à l'égard des organes locaux vis-à-vis de laquelle elle s'applique, la parité pour la première fois vise à s'appliquer à un organe constitutionnel national non représentatif.

Organe démocratique, le Gouvernement n'est pas un organe représentatif car les membres du Gouvernement n'ont pas vocation à « représenter » des citoyens, un état de la société, dans sa pluralité, sa diversité, et à en relayer directement la volonté politique. Le Gouvernement est un organe d'action politique répondant à une logique constitutionnelle déterminée par les mécanismes du parlementarisme.

Quel est donc la fonction assignée à cette proposition ? Dans quel but la parité s'érige-t-elle en obligation constitutionnelle lorsqu'elle s'applique à un organe constitutionnel « non représentatif » ?

Si la mesure est donc pertinente sur le fond, elle mérite des précisions relatives à la fonction et la signification qu'elle revêt en s'appliquant au Gouvernement. Par là même et de manière indirecte, cette proposition met en lumière le flou juridique qui entoure la nature constitutionnelle du Gouvernement, organe nécessaire à la liaison entre le président de la République et le Parlement, qui concrétise et justifie les manifestations du parlementarisme présidentielisé caractérisant nos institutions.

III. Révision de l'article 23 de la Constitution (Proposition n° 3 : incompatibilités) :

Parmi les propositions avancées, le Sénat souhaite développer le régime des incompatibilités électives applicable aux députés et aux sénateurs aux membres du Gouvernement.

Cette mesure comble un vide juridique, car s'il existe bien un régime d'incompatibilités à l'égard des membres du Gouvernement depuis 1958, ce dernier ne concernait pas les fonctions électives. Cette question a été éludée dès les origines de la Constitution et par les révisions constitutionnelles qui se sont succédées jusqu'à aujourd'hui.

En l'état de la Constitution, ces incompatibilités existent déjà puisque l'article 23, déjà réformé en 2008 notamment en ce qui concerne le régime des suppléances, interdit aux membres du Gouvernement l'exercice de tout mandat parlementaire depuis 1958 (à l'instigation de René Capitant et dans le but d'affirmer l'indépendance du Gouvernement vis-à-vis du Parlement), de toute fonction de représentation professionnelle à caractère national et de tout emploi public ou de toute activités professionnelles.

De ce point de vue, cette proposition s'inscrit dans une évolution prévisible du statut des représentants politiques depuis une trentaine d'années et se révèle logique. En effet, si le régime des incompatibilités électives affecte les parlementaires, il semble cohérent que ce régime s'étende aux ministres qui émanent principalement de la représentation nationale.

De ce point de vue, la réforme de cet article 23 constitue, des 3 premières propositions relatives à la modernisation du pouvoir exécutif, la plus pertinente. En effet, et à l'inverse des représentants parlementaires, l'application de ce régime d'incompatibilités aux membres du Gouvernement ne peut pas favoriser la pernicieuse distance des gouvernants et des gouvernés qui travaille le régime représentatif moderne parce que le Gouvernement n'est pas un organe constitutionnel représentatif.

En revanche, l'application de ce régime d'incompatibilités électives favorisera les objectifs d'indépendance de l'équipe gouvernementale. En conclusion si pertinence à un régime d'incompatibilités électives il y aurait, c'est certainement à l'égard des membres du Gouvernement qu'elle se manifesterait le plus nettement.

C'est la principale proposition qui ait de vraies chances d'aboutir dans le processus de révision qui s'annonce...

CHAPITRE 2 : LA REFORME DU POUVOIR PARLEMENTAIRE

Proposition n° 4 : Limitation des mandats dans le temps

Par Marc Sztulman, docteur

Tout d'abord, l'appréhension juridique d'une révision constitutionnelle est délicate dans la mesure où le texte précis de la révision n'est pas encore connu et que l'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne trouve, par nature, pas à s'appliquer. Tout au plus, il est possible de chercher si une telle modification porterait atteinte à un droit conventionnellement garanti notamment par la CEDH. Concernant le point qui nous intéresse, la position exprimée par le Sénat est une opposition à l'interdiction du cumul des mandats dans le temps.

Deux principes sont considérés comme incompatibles avec ce dernier et mobilisés pour justifier la position du Sénat: la liberté de choix des électeurs ainsi que la liberté d'accès aux mandats électoraux.

Concernant la liberté de choix de l'électeur, ce même argument avait été utilisé il y a quelques années par ceux qui s'opposaient à la limitation du cumul des mandats, voire antérieurement à l'inscription de la parité dans les élections.

Quant à l'argument tiré du droit comparé, en l'absence de statistiques sur le renouvellement de la classe politique, il est difficile de considérer qu'il s'agit là d'un modèle à suivre. Peut-être pouvons-nous émettre l'hypothèse que la classe politique se renouvelle davantage et plus spontanément dans certaines grandes démocraties, ce qui aurait pour conséquence de rendre inutile ce type de contraintes ?

Juridiquement, ces deux libertés ne sont pas absolues et sont même de plus en plus encadrées, notamment pour l'apparition de la règle de non-cumul des mandats, qu'elle concerne l'interdiction du cumul de fonctions exécutives locales avec les mandats nationaux ou celui de député européen. Sans que cela ne permette de présumer de la solution qui sera retenue par la révision constitutionnelle, le Conseil constitutionnel, dans son interprétation du droit positif actuel, a d'ailleurs considéré comme constitutionnelle l'existence de telles règles. Si aujourd'hui le législateur a trouvé un équilibre concernant le cumul de mandat instantané par le biais d'un encadrement du cumul de certaines fonctions, une des pistes de révisions de la constitution envisagée concerne l'interdiction du cumul de mandat continue, c'est à dire dans le temps.

Sur la forme, le choix de la révision constitutionnelle pour insérer cette modification dans notre droit positif ne se justifie pas forcément, puisque l'article 25 de la Constitution prévoit qu'une "loi organique fixe la durée des pouvoirs de chaque assemblée, le nombre de ses membres, leur indemnité, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités". C'est d'ailleurs le choix qui avait prévalu pendant la précédente législature notamment pour la Loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur.

Enfin, indépendamment des arguments juridiques, la mention de problèmes de faits, au premier rang desquels la difficulté de trouver pour les plus petites collectivités territoriales des personnes pour se présenter, appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, il est loisible au constituant de limiter le champ d'application d'une telle mesure à certaines élections ; cependant, jusqu'à présent, les élections nationales notamment n'ont jamais manqué de candidats. Ensuite, ce problème de fait porte en creux le problème de l'inexistence d'un statut pour les élus qui fragilise la "réinsertion" dans l'après-mandat.

Proposition n° 5 : Inviolabilité parlementaire

Par Hélène Simonian-Gineste, Maître de conférences HDR

L'immunité parlementaire recouvre à la fois l'irresponsabilité et l'inviolabilité. Seule cette dernière fait l'objet de ce rapport. L'inviolabilité est à n'en pas douter l'immunité la plus controversée des deux immunités. Elle fait partie de la tradition constitutionnelle française (I). Pour autant, la question de son maintien se pose. Les critiques qui lui sont adressées ne sont pas sans fondement (II). Si l'on décide de son maintien, il ne serait pas inutile de revoir le texte de l'article 26 alinéa 2 afin de le compléter en vue de répondre à une partie des critiques à son encontre (III).

I. L'inviolabilité, une tradition constitutionnelle française

L'inviolabilité parlementaire est née en Angleterre, en parallèle avec l'irresponsabilité. La protection qu'elle offrait aux membres du Parlement était très limitée puisqu'elle interdisait simplement une arrestation du parlementaire se rendant au Parlement ou en revenant. Le but poursuivi était d'éviter que le roi ne puisse empêcher la réunion du Parlement. Cette conception de l'inviolabilité se retrouve dans la Constitution des États-Unis (section IV, art. 2) et dans des pays de *commun law*. En pratique, aujourd'hui, dans ces pays, l'inviolabilité a souvent été abandonnée comme le constate la Commission de Venise¹. Les révolutionnaires français reprirent l'idée de l'inviolabilité dans un contexte historique de sacralisation des représentants de la Nation et de défiance à l'égard de l'Exécutif (le roi) et des juges. C'est ainsi que toutes les Constitutions françaises², à l'exception des Constitutions des deux régimes napoléoniens, prévirent une inviolabilité parlementaire, sauf crime ou du délit flagrant, et une possibilité de levée de l'immunité par les assemblées elles-mêmes. C'est ce modèle de base que les pays ne se rattachant pas au système de la *common law* ont adopté en l'adaptant chacun avec ses règles propres (au sein de l'Union européenne, seuls les Pays-Bas ignorent l'inviolabilité)³. On remarquera qu'historiquement, en France, le champ d'application de l'inviolabilité s'est progressivement étendu. Du point de vue des mesures interdites, initialement, il ne s'agissait que de l'arrestation et non des poursuites. Du point de vue des infractions, seuls les crimes étaient visés. Puis, à compter de la Charte de 1814 et dans toutes les Constitutions suivantes, les poursuites s'ajoutèrent à l'arrestation (tout au moins pendant la durée des sessions). Et à compter de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, les délits s'ajoutèrent aux crimes. Puis, ce mouvement d'extension du champ d'application de l'inviolabilité fut interrompu et inversé par la révision constitutionnelle du 4 août 1995 qui vint en exclure les poursuites.

Mais au-delà de la question de son étendue, c'est le principe même de l'inviolabilité qui est contesté. Ainsi, à l'occasion de la révision constitutionnelle de 1995, des

¹ Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe (commission de Venise), rapport sur l'étendue et la levée de l'immunité parlementaire, 98^e session plénière, Venise, 21-22 mars 2014), Étude n° 714/2013, p. 5.

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)011-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)011-f)

² Constitution (C) 3 sept. 1791 ch. 1 section V, art. 8 ; C. 24 juin 1993, art. 44 ; C. 22 août 1795, art. 112, 113 ; Charte const. 4 juin 1814, art. ; Charte const. 14 août 1830 art. 44 ; C. 4 nov. 1848, art. 37 ; Loi const. 16 juill. 1875, art. 14 ; C. 27 oct. 1946, art. 22 ; C. 4 oct. 1958, art. 27.

³ Voir pour une étude comparative des régimes de l'inviolabilité, l'étude de législation comparée n° 250, 17 novembre 2014, *L'immunité parlementaire*, <http://www.senat.fr/lc/lc250/lc2500.html>

propositions eurent déjà pour objet la suppression de cette immunité⁴. La Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe (Commission de Venise) a clairement mis en question sa nécessité en 2014⁵ et ses conclusions ont été dans l'ensemble largement reprises par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 2017⁶.

II. Les critiques adressées à l'inviolabilité

Les critiques adressées à l'inviolabilité sont convergentes quelles qu'en soient les sources : 1/ c'est l'atteinte à l'égalité des citoyens devant la loi ; 2/ elle peut s'avérer une protection abusive si elle est maintenue de façon injustifiée pour des raisons partisans ; 3/ elle sape la confiance du public dans l'institution parlementaire ; 4/ ses procédures de levée sont souvent opaques. Par ailleurs, les craintes qui ont justifié sa création (protection toute pression ou entrave en provenance de l'Exécutif et des juges) ne sont plus justifiées aujourd'hui, au moins dans les démocraties anciennes, mûres⁷ (telle la France). C'est pourquoi la Commission de Venise estime que « l'inviolabilité n'a pas nécessairement sa place dans le droit constitutionnel national »⁸ et encourage les États à évaluer la nécessité de son maintien. Si elle devait être maintenue, la Commission incite à un examen critique de ses règles et à leur modification, si nécessaire, selon les lignes directrices et les critères qu'elle présente⁹.

III. Les modifications envisageables au régime de l'inviolabilité

Partant des suggestions de la Commission de Venise, nous écarterons les modifications qui consisteraient à :

- écarter de l'immunité les crimes graves¹⁰ ou des actes sans lien avec la fonction parlementaire¹¹ car le risque d'instrumentalisation à des fins politiques de l'action pénale existe tout autant pour ces infractions,
- permettre au parlementaire de renoncer à son immunité¹² car nul ne peut renoncer à un droit qui ne lui appartient pas (l'inviolabilité ne protège pas le parlementaire mais l'institution parlementaire),
- ouvrir la demande de levée de l'immunité au-delà du seul Parquet à « toutes les personnes directement et personnellement affectées par l'infraction

⁴ Voir, J. Calvo, *L'immunité parlementaire en droit français*, LPA, 22 sept. 1995, n° 114, p. 7.

⁵ Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe (commission de Venise), rapport sur l'étendue et la levée de l'immunité parlementaire, 98^e session plénière, Venise, 21-22 mars 2014, Étude n° 714/2013, p. 5, n° 39.

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)011-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)011-f)

⁶ Résolution 2127 (2016), *L'immunité parlementaire : remise en cause du périmètre des privilèges et immunités des membres de l'Assemblée parlementaire*,

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=22971&lang=FR>

⁷ La Commission de Venise, dans son rapport précité, reconnaît que dans les démocraties récentes, l'inviolabilité a encore son utilité (rapport, pp. 26 et 30). Dans le même sens, résolution précitée de l'Assemblée parlementaire, pt. 11.

⁸ Commission de Venise, rapport précité, p. 26, n° 156.

⁹ *Ibidem*, pp. 30-33.

¹⁰ Exclusion de l'immunité prévue en Albanie, Bulgarie, Croatie, Chypre, Finlande, Portugal, Brésil, Turquie, *ibidem*, p. 21, n° 117, recommandation, p. 31, n° 189, 3^e pt.

¹¹ Prévu en Norvège, *ibidem*, p. 21, n° 120 ; recommandation, p. 31, n° 189, 4^e pt.

¹² *Ibidem*, p. 32, n° 194, pt. 1 ; recommandation, p. 194, n° 194, 1^{er} pt.

alléguée »¹³ car cela ne ferait que renforcer le risque de demandes injustifiées, politiquement motivées.

On peut retenir en revanche l'idée de constitutionnaliser davantage la levée de l'immunité.

- Les critères de la levée de l'immunité tels qu'énoncés par le Conseil constitutionnel¹⁴ pourraient figurer à l'article 26 : le « *caractère sérieux, loyal et sincère de la demande de levée d'immunité parlementaire qui lui est présentée, au regard des faits sur lesquels cette demande est fondée et à l'exclusion de tout autre objet* ». Ils correspondent à ceux retenue par la Commission de Venise¹⁵.
- La consultation par le bureau de chaque assemblée d'experts extérieurs « d'une intégrité et d'une indépendance au-dessus de tout soupçon, de préférence sélectionnés en début de législature, en dehors de toute affaire spécifique »¹⁶) pourrait être envisagée afin de contribuer à l'objectivité et l'impartialité de la décision de levée de l'immunité. Cet avis purement consultatif serait rendu public en même temps que la décision du bureau.
- Une partie de la procédure de levée d'immunité¹⁷ pourrait être constitutionnalisée afin de l'harmoniser dans les deux assemblées et de dissiper l'opacité qui l'entoure aux yeux des citoyens en la fixant dans ses grandes lignes dans la Constitution elle-même. À cet égard, les principes procéduraux de base pourraient également être insérés tels que la transparence, l'impartialité et les droits de la défense.

Plus généralement, toujours dans le souci de rendre l'inviolabilité plus compréhensible pour les citoyens, il ne serait pas inutile de rappeler dans la Constitution sa finalité : la protection de l'institution parlementaire (et non du parlementaire lui-même) contre toute pression extérieure de nature à porter atteinte à l'indépendance et à l'exercice du mandat de la représentation nationale. La formulation du règlement intérieur du Parlement européen pourrait servir de base de réflexion : art. 2. *Dans l'exercice de ses pouvoirs relatifs aux privilèges et aux immunités, le Parlement s'emploie à conserver son intégrité en tant qu'assemblée législative démocratique et à assurer l'indépendance des députés dans l'exercice de leurs fonctions. L'immunité parlementaire n'est pas un privilège personnel du député, mais une garantie d'indépendance du Parlement dans son ensemble et de ses députés.* » Ou bien celle du règlement intérieur de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : art. 69. *Ces immunités sont accordées pour conserver l'intégrité de l'Assemblée et pour assurer l'indépendance de ses membres dans l'accomplissement de leur mandat européen.*

Enfin, une solution radicale et innovante consisterait à priver le Parlement de son pouvoir de lever l'immunité. La Commission de Venise évoque le cas de rares pays

¹³ La Commission rapporte que dans certains pays la demande de levée d'immunité est possible pour des parlementaires ou des groupes politiques, *ibidem*, p. 23, n°132 ; recommandation, p. 32, n° 194, 1^{er} pt.

¹⁴ Décision n° 62-18 DC du 10 juillet 1962.

¹⁵ V. Rapport précité, p. 31, n° 189, 1^{er} pt.

¹⁶ *Ibidem*, recommandation, p. 32, n° 194, 4^e pt.

¹⁷ Procédure actuellement régie par l'article 9 bis de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, les articles 105 du Règlement du Sénat et III bis de l'Instruction générale du Bureau du Sénat ainsi que par les articles 80 du Règlement de l'Assemblée nationale et 16 de l'Instruction générale du Bureau de l'Assemblée nationale.

qui confèrent le pouvoir de lever l'immunité à une autorité judiciaire supérieure (comme à Chypre où c'est la Cour suprême qui lève l'immunité)¹⁸. En France, l'on pourrait songer à confier au Conseil constitutionnel la levée de l'immunité, ou tout au moins à créer une voie de recours auprès de ce dernier contre la décision du Bureau ouverte, ouverte au Parquet¹⁹. Mais dans ces deux hypothèses, il faut reconnaître que c'est profondément remettre en cause l'immunité conçue comme un droit du Parlement à assurer lui-même sa protection. La Commission de Venise le relève²⁰ et, sans doute pour cette raison, ne propose pas cette solution d'externalisation de la levée de l'immunité. Mais elle n'est pas à écarter sans débat puisque le privilège traditionnellement accordé au Parlement d'assurer lui-même la défense de son indépendance a été institué à une époque où la justice constitutionnelle n'existait pas. Si dans un pays (comme en France), celle-ci assure la protection des droits et libertés constitutionnels, rien ne s'oppose à ce qu'elle le fasse aussi pour le Parlement. Ce serait à coup sûr une modification d'importance mais qui pourrait régler beaucoup des problèmes posés par la levée de l'immunité et qui supprimerait aux yeux des citoyens l'idée pernicieuse de parlementaires se couvrant mutuellement.

Tels nous semble les points à examiner et débattre afin de consolider l'inviolabilité parlementaire car, comme le relève l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe : « *Nul parlement d'un Etat membre du Conseil de l'Europe, même s'il se prévaut d'une tradition démocratique ancienne et d'institutions stables, ne peut se considérer, dans l'absolu, à l'abri d'atteintes qui pourraient être portées à sa souveraineté et son intégrité, ou à l'indépendance et la liberté d'expression de ses membres dans l'exercice de leur mandat.*²¹ »

¹⁸ Rapport précité, p. 22, n° 128.

¹⁹ Tant que l'on ne permet pas aux personnes intéressées de demander la levée de l'immunité, il est logique de ne pas leur conférer un éventuel droit de recours contre la décision du Bureau. Il en va de même pour le parlementaire concerné.

²⁰ Rapport précité, p. 22, n° 127.

²¹ Résolution précitée de l'Assemblée parlementaire, pt. 1.

Propositions n° 6 et 8 : Réduction du nombre de parlementaires avec institution d'un plancher par département

Par Pierre Esplugas-Labatut, professeur de droit public

1. Appréciation au regard de l'histoire et de l'évolution constitutionnelles :

Le nombre de parlementaires n'a en France jamais été fixe au fil des régimes et a eu tendance à subir une inflation au fil des législatures. Ainsi, sous la III^{ème} République, la Chambre des députés a comporté entre 520 et 618 députés et le Sénat entre 300 et 315 sénateurs. Sous la IV^{ème} République, l'Assemblée nationale a oscillé entre 593 et 627 députés et le Conseil de la République entre 315 et 320 conseillers.

Dans un souci de rationalisation, le nombre de parlementaires sous la V^{ème} République est diminué à l'origine mais a encore évolué au fil des législatures. Il convient cependant de mettre à part le cas de la 1^{ère} législature pour laquelle on dénombrait 579 députés et 301 sénateurs mais en incluant les représentants des anciens territoires d'Outre-mer ainsi que des départements algériens et du Sahara. De la 2^{ème} à la 8^{ème} législature, le nombre de députés a augmenté à 4 reprises en passant de 482 députés à 577. De 1959 à nos jours, le nombre de sénateurs a été porté de 301 à 348. Cette croissance a été justifiée par une augmentation de la population. Si l'on prend effectivement ce critère, l'on aboutit, dans un pays en croissance démographique comme la France, à une augmentation sans fin du nombre de parlementaires.

C'est pourquoi la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a institué un plafond du nombre de parlementaires en le limitant à celui actuellement en vigueur, soit 577 pour l'Assemblée nationale et 348 pour le Sénat (Const. 1958, art. 24, al. 3 et 4). Ce premier pas peut être interprété comme une prise de conscience destinée à stopper la croissance continue du nombre de parlementaires observée au fil des régimes et des mandatures. La limitation envisagée s'inscrit dans ce sillage.

2. Appréciation au regard du droit comparé et des expériences étrangères :

Un critère habituel de comparaison est le nombre de parlementaires par habitants. En l'état, la France compte 925 parlementaires pour près de 67 millions d'habitants, soit 1 parlementaire pour 72 432 habitants. Toutefois, toute comparaison avec d'autres Etats est rendue difficile compte tenu des structures différentes de chacun des Etats visés. A ce titre, il serait un peu vain d'observer qu'un Etat comme la Russie, dont le caractère démocratique peut être sujet à caution, compte moins de parlementaires au nombre d'habitants que la France (1 pour 320 000). Une comparaison pertinente ne peut également être qu'avec des Etats de même niveau de population. En effet, il est naturel que des pays peuplés comme les Etats-Unis (un parlementaire pour 600 000 habitants) aient moins de représentants par habitants que ceux moins peuplés comme l'Islande (1 parlementaire pour 5 000 habitants). La comparaison avec des Etats monocaméraux doit être encore limitée au nombre de députés (par exemple, au Portugal, on compte un député pour 45 000 habitants contre 1 pour 116 000 en France). La comparaison ne vaut aussi qu'avec des Etats non fédéraux auxquels on doit ajouter le nombre de parlementaires dans chaque Etat (l'Allemagne compte ainsi 1 parlementaire pour 117 000 habitants mais sans compter les élus dans les länder).

Finalement, seule une comparaison du cas français avec des Etats démocratiques (encore que le critère soit complexe et subjectif), de population approximativement

équivalente, bicaméraux (ce qui supposerait toutefois que les pouvoirs des deux chambres soient comparables, ce qui en fait n'est pas le cas) et décentralisés ou régionaux (ce qui est discutable tant les Etats régionaux peuvent se rapprocher dans leur nature des Etats fédérés) semble être possible. De ce point de vue à prendre ainsi avec précaution, on observera que la France compte moins de parlementaires par habitants qu'au Royaume-Uni (1 pour 44 000 mais avec un nombre élevé de membres de la Chambre des lords – 800 -) ou qu'en Italie (1 pour 64 000 avec mais un nombre élevé de députés – 630 -) et à peu près autant qu'en Espagne (1 pour 75 000 mais sans compter les membres des assemblées des Communautés autonomes).

En définitive, une diminution d'un tiers de nombre de parlementaires produirait un ratio (1 pour 108 000 habitants) proche de l'Allemagne tandis qu'une diminution d'1/5ème situerait la France, parmi 43 Etats européens, dans une échelle unique (1 parlementaire pour 90 000 habitants), seulement voisin de l'Ukraine (un député pour 100 000 habitants).

3. Appréciation au regard de la cohérence avec le système constitutionnel actuel et l'objectif poursuivi :

Le rapport sénatorial souhaite rappeler en préambule que « la rénovation démocratique ne passe pas, en principe par une baisse du nombre de parlementaires ». Si l'on peut évidemment s'accorder sur une telle affirmation, elle n'exonère pas pour autant d'une interrogation sur leur nombre éventuellement trop important.

Sur la forme, il convient de préciser que la Constitution ne fixant en l'état qu'un nombre de maximum de parlementaires, une diminution ne passe pas nécessairement par une loi constitutionnelle mais peut être opérée par une loi organique ainsi que le précise la Constitution (Const. 1958, art. 25, al. 1^{er}). Celle-ci ne doit pas nécessairement être votée dans les mêmes termes par les deux assemblées car, si le texte porte sur une diminution concomitante du nombre députés et de sénateurs, il ne peut être considéré comme propre au Sénat (Cons. const. n° 2008-573 DC, 8 janv. 2009).

Sur le fond, une réduction peut répondre à une tendance établie selon laquelle il y aurait un rapport inversement proportionnel entre le nombre de membres au sein d'une assemblée parlementaire et son pouvoir ou influence. Pour ne prendre que deux exemples étayant cette idée, chacun à l'autre bout de l'échelle : le Congrès des Etats-Unis d'Amérique comprend 535 représentants (435 pour la Chambre des représentants, 100 pour le Sénat) ; l'Assemblée nationale populaire de Chine comprend près de 3000 représentants. Même si des considérations propres à chacun de ces deux Etats (systèmes libéral ou communiste, Etat fédéral ou unitaire) expliquent certes la nature du pouvoir des chambres indépendamment de la question du nombre de parlementaires, il est un fait que le nombre limité de membres du Congrès américain permet un contrôle plus concentré sur le pouvoir exécutif que ne peut le faire l'Assemblée nationale populaire de Chine qui n'est qu'une chambre d'enregistrement. Ce rapport de force distinct correspond à l'idée toute simple que plus le pouvoir est dilué, moins il est exercé.

Une fois résolue la question de principe, le rapport sénatorial soumet la réduction du nombre de parlementaires à plusieurs préalables. On ne s'attardera pas sur le maintien souhaité de l'équilibre actuel entre députés et sénateurs qui répond pour le

Sénat à des considérations, logiques, de protection. Le débat en l'occurrence est plus large et ancien et tient à la conception que l'on peut avoir du bicamérisme.

Un autre préalable est de préserver « l'ancrage territorial » des parlementaires et la « juste représentation des territoires ». La crainte sous-jacente ici affirmée est que la réduction du nombre de parlementaires affaiblisse leur représentativité par l'augmentation mécanique du ratio « 1 représentant pour X habitants ». La conséquence supposée nuisible serait que les parlementaires deviendraient des représentants « hors-sol », éloignés de leur territoire et donc des habitants de celui-ci. On peut tout d'abord faire remarquer que la déterritorialisation des parlementaires a d'autres causes comme l'interdiction de cumul avec une fonction exécutive locale ou le caractère bien souvent artificiel du découpage des circonscriptions législatives qui ne correspondent pas toujours à une réalité sociologique.

Il n'y a pas en réalité de ratio a priori ou idéal pour assurer une représentation correcte. Pour ne prendre que l'exemple du département, la Haute-Garonne, dont le présent rapporteur est originaire, leurs habitants se sentiraient-ils moins bien représentés avec 8 députés au lieu de 10 (comme ce fut le cas lors des élections législatives de 1986 à 2007) et 4 sénateurs au lieu de 5 ? Une des raisons premières d'un parlement est d'assurer une représentation politique des diverses sensibilités s'exprimant dans un pays, non d'assurer une photographie de la population. C'est pourquoi il nous semble préférable de sortir d'une logique strictement arithmétique afin de définir cette représentation.

Cette rupture est d'autant plus cohérente si l'on se souvient que, théoriquement et formellement, notre régime représentatif est fondé sur la souveraineté « nationale » (Const. 1958, art. 3, al. 1), celle-ci est indivisible (Const. 1958, art. 3, al. 2) et les parlementaires n'ont pas un mandat impératif de leurs électeurs (Const. 1958, art. 27). Dans le cas particulier du Sénat, ce dernier représente les « collectivités territoriales » (Const. 1958, art. 24, al. 4), non exactement les territoires ou leurs habitants. On peut donc pour ces raisons théoriques aussi réduire le nombre de sénateurs sans craindre de fragiliser leur représentativité.

Une question centrale est alors de celle de la proportion de la réduction. Le préalable d'un « débat » posé par le rapport sénatorial ne peut être qu'encouragé tant aucune proportion ne s'impose a priori. Dans un article provocateur, le doyen Henry Roussillon s'était déclaré en faveur d'une mini-Assemblée nationale d'une centaine de membres seulement (« Pour une mini-Assemblée nationale », *Pouvoirs* n° 64, 1993, p. 123). Cette proposition radicale n'était pas si absurde, si l'on veut bien admettre que le travail ou le débat parlementaires peuvent très bien être suivis (comme en réalité parfois en pratique du fait de l'absentéisme) par quelques dizaines de parlementaires, mais présente naturellement l'inconvénient d'une concentration excessive du pouvoir entre trop peu de parlementaires. Plus prudent, le rapport sénatorial indique que la réduction pourrait se situer dans une fourchette entre 1/3, comme l'a proposé le président Macron devant le Congrès le 3 juillet 2017, ce qui fixerait le nombre à environ 385 députés et 232 sénateurs, et 1/5^{ème}, comme le suggère le rapport sénatorial, ce qui fixerait le nombre à environ 462 députés et 279 sénateurs. La réponse ne peut être en fait que politique : l'hypothèse maximaliste présente une vertu d'affichage pour ceux qui sont favorables au principe d'une réduction ; l'hypothèse minimaliste sera privilégiée par ceux qui sont réservés sur la portée de la réforme.

La détermination de la proportion de la réduction du nombre de parlementaires est à relier avec la proposition sénatoriale n° 8 visant à préserver « l'élection d'au moins 1 député et 1 sénateur par département, par collectivité territoriale à statut particulier et par collectivité d'outre-mer ». En effet, si la proposition maximaliste de réduire le nombre de parlementaire d'1/3 était retenue, un député représenterait environ 174 000 habitants et un sénateur 285 000. Il existe donc un risque, si on applique mécaniquement cette proportion, que des départements dont la population est inférieure à ces seuils n'aient plus de représentants (en l'état de la population française, cela concernerait pour les élections législatives 10 départements et pour les élections sénatoriales 24).

D'un point de vue strictement juridique, il est à noter que le Conseil constitutionnel n'exige pas un nombre minimum de parlementaires représentant chacune de ces collectivités. Il a d'ailleurs censuré une représentation minimale de 2 députés par département qui ne peut être justifiée par aucun impératif d'intérêt général. Il a également affirmé que ce type d'impératif n'imposait pas qu'une collectivité d'outre-mer constitue une circonscription électorale sauf si la population de cette collectivité est très faible et en raison de son particulier éloignement (déc. n° 2008-573 DC, 8 janv. 2009). Il est en effet exigé que le découpage des circonscriptions législatives soit effectué, selon une jurisprudence traditionnelle, « sur des bases essentiellement démographiques ». Si cette obligation vise à assurer l'égalité devant le suffrage et préserver de l'arbitraire, elle ne garantit pas, loin s'en faut, que le découpage corresponde à une réalité sociologique tangible. Au contraire, même si ce ne fut pas le cas à leur création en 1789, l'ancienneté des départements fait que ce sont des territoires aujourd'hui bien identifiés par leurs habitants. Il en est a fortiori de même lorsque qu'il s'agit d'une collectivité à statut particulier ou d'une collectivité d'outre-mer qui par nature ont une identité propre. La proposition sénatoriale d'assurer une représentation pour les élections législatives en fonction de chacune de ces identités paraît donc de bon sens. Elle pose d'autant moins de difficultés pour les élections sénatoriales que le département est déjà la circonscription retenue.

4. Conclusion

La réduction du nombre de parlementaires peut être perçue de prime abord comme populaire, voire démagogique, dans un pays où il existe toujours un sentiment d'antiparlementarisme latent. Sans doute, l'économie que représenterait la réduction du nombre de parlementaires serait symbolique mais dérisoire à l'échelle du budget de l'Etat. Plus fondamentalement, le principe d'une diminution de parlementaires pourrait permettre au Parlement de gagner en efficacité.

Proposition n° 7 : Nombre de parlementaires pour saisir le Conseil constitutionnel et la CJUE

par Marie Glinel, Doctorante en droit public

Afin d'anticiper « *la logique d'une réduction du nombre de parlementaires* » la présente proposition « *considère qu'il faudrait en tirer les conséquences sur le seuil, actuellement fixé à 60 députés ou 60 sénateurs, pour saisir le Conseil constitutionnel ou la Cour de justice de l'Union européenne* ».

Cette proposition vise en effet à mettre en œuvre un outil de prévention d'éventuelles fluctuations du nombre de parlementaires. Ceci est d'autant plus intéressant, lorsque sont consultés les débats parlementaires de la révision constitutionnelle de 1974 relative, justement, à la saisine parlementaire. Plus largement, cette question est consubstantielle à la remise en cause du nombre de parlementaires, question centrale et discutée en France depuis 1791.

I. Apprécier la proposition à la lumière de l'histoire constitutionnelle

L'histoire constitutionnelle française est instructive en matière de fluctuations du nombre de députés. Ces fluctuations peuvent s'étudier en scindant d'un côté les régimes à tendance parlementaire et les régimes où l'exécutif est plus fort. De plus, toutes les Constitutions ne prennent pas en compte la démographie pour fixer le seuil de représentants à l'Assemblée, tout comme toutes les Constitutions ne prennent pas en compte l'Outre-mer.

Tout d'abord, les régimes à tendance plutôt parlementaire comptent entre 745 et 750 députés, sans compter le cas de l'Assemblée nationale constituante de 1848 (900). Par exemple, la Constitution de 1791 compte 745 députés (247 répartis géographiquement, 249 répartis en proportion de la population active, 249 répartis en proportion de la contribution fiscale directe). La Convention nationale de 1792 compte autant de députés, mais son régime sera révisé par le décret du 22 Août 1792 pour octroyer 34 sièges aux colonies et en ajouter en métropole. Ensuite, l'Assemblée nationale constituante de 1848 prévoit 900 représentants, puis 750 représentants, dont 11 pour l'Outre-mer, seront retenus pour l'Assemblée classique. L'Assemblée telle qu'elle est configurée en 1871 aux débuts de la III^e République comptabilise 768 représentants, dont 15 pour l'Outre-mer.

Par ailleurs, les régimes où l'exécutif est favorisé enregistrent une baisse drastique du nombre de parlementaires. Par exemple, le Corps législatif prévu par les textes de 1799 prévoit seulement 300 députés renouvelables par cinquième tous les ans. Juste à la suite, la Charte de 1814 prévoit expressément en son article 36 « *chaque département aura le même nombre de députés qu'il a eu jusqu'à présent* » ce qui signifie jusqu'à la fin de l'ère bonapartiste, soit 300.

De manière assez surprenante, l'Acte additionnel de 1815 prévoit pour la période qui allait être courte du 3 juin au 13 juillet 1815 une assemblée composée de 629 représentants, dont 23 représentant « *la propriété et l'industrie commerciale et manufacturière* ». Cette disposition induit, comme ce fut le cas en 1791, une représentation des intérêts économiques ou fiscaux.

De retour à un régime où l'exécutif est favorisé, à partir du 7 octobre 1815 jusqu'en 1830, la Chambre des députés des départements reprend son nom lors de l'édiction de l'ordonnance du 13 juillet 1815 pour comptabiliser cette fois-ci 395 députés, ce qui sera amené à 262 à partir de 1816. La loi du 29 juin 1820 rehaussera l'effectif des

parlementaires à 430 répartis en deux catégories, 258 élus par les collèges d'arrondissement et 172 par les collèges de département.

La Charte de 1830 qui, rappelons-le, prévoit la nullité de toutes les nominations de pairs effectuées par Charles X sous son règne, prévoit également une hausse du nombre de parlementaires les portant à 459. En 1852, le retour de l'Empire marque une nouvelle baisse du nombre de représentants, fluctuant entre 261 et 292 députés, et où l'Outre-mer n'est pas représentée. La parenthèse Mac Mahon de la IIIe République a restreint le corps des représentants à l'Assemblée, en portant à partir de la loi du 30 Novembre 1875, le nombre de députés à 534 dont 8 pour l'**Outre-mer**.

Il faudra attendre la loi du 28 Juillet 1881 pour que soit prise en compte la **démographie**. En l'espèce, tout arrondissement dont la population dépasse 100 000 habitants sera divisé en circonscriptions. En 1914 l'on atteint 602 députés. La loi du 12 Juillet 1919 viendra également préciser l'importance démographique. Ici, il y aura un député pour 75 000 citoyens, et un député pour toute fraction en plus qui dépassera 37 500 citoyens, ce qui donne au moins 3 députés par département, et chaque département appelé à élire six députés ou plus sera amené à diviser en circonscriptions sa superficie. Enfin, la Constitution de 1958 donne lieu à un régime où la loi fixant le découpage territorial des scrutins parlementaires prend en compte le quotient démographique national s'élevant à 93 000 habitants.

II. Confronter la proposition à la cohérence du système constitutionnel actuel

Afin d'apprécier la proportion adéquate du nombre de parlementaires requis pour exercer une saisine constitutionnelle, il est intéressant de se poser la question du seuil de parlementaires requis pour composer un **groupe politique** parlementaire. En effet, le seuil de saisine ne peut être complètement déconnecté du seuil de constitution d'un groupe, étant donné que l'une des principales raisons de l'ouverture de la saisine réside dans l'octroi aux parlementaires de l'opposition d'exercer de nouveaux droits d'opposition. Au Sénat, ce seuil est fixé à 10, tandis qu'à l'Assemblée il est fixé à 15. Cet écart est bien évidemment justifié par l'écart entre le nombre de députés et de sénateurs. Il peut être cependant intéressant de se poser la question de savoir si l'enjeu ne résidait pas, justement, dans l'idée de déconnecter le droit de saisine de la logique de groupe parlementaire.

Ensuite, un autre souci de cohérence réside dans la fixation claire d'un **délai minimal de promulgation**. Actuellement, le droit positif prévoit un délai *maximum* de 15 jours, pour le Président de la République, pour procéder à la promulgation de la loi. Or, rien n'est dit à propos d'un délai *minimum* de promulgation. Ainsi, un travers de la pratique pourrait consister en une promulgation de la loi dans des délais très courts, empêchant par-là même les parlementaires de l'opposition de s'organiser, échanger, convaincre et mûrir une saisine constitutionnelle. Si un délai minimum de saisine devait être respecté par le Président avant qu'il ne promulgue la loi, les parlementaires seraient assurés d'une condition temporelle d'effectivité de leur droit de saisine.

III. Confronter la proposition à l'objectif poursuivi

Cette proposition vise à anticiper une éventuelle réduction du nombre de parlementaires, en prenant en compte la proportion de parlementaires requise pour déclencher la saisine du Conseil constitutionnel ou de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Faciliter la saisine des parlementaires, entre proportion et nombre absolu ?

Lorsque l'ouverture de la saisine parlementaire a été actée, dans la Loi constitutionnelle du 29 Octobre 1974, les débats révélèrent de nombreuses oppositions et divergences de méthodes. En effet, la principale source de résistance, si le principe de l'ouverture de la saisine est apprécié, réside dans la **proportion** de parlementaires requise pour exercer ce droit de saisine. Le Gouvernement, dans son texte initial, proposait une proportion et non un « **nombre absolu** »²². Cette proposition initiale proposait que l'adhésion d'1/5^e des parlementaires dans chacune des assemblées, soit nécessaire pour exercer le droit de saisine. En réaction, la plupart des parlementaires opposèrent la proportion d'1/10^e. Il s'agissait donc ici d'une discussion tournant autour d'une proportion à déterminer pour saisir le Conseil. Or, s'en tenir à une proportion et non un *nombre absolu*, permet de s'adapter équitablement aux éventuelles fluctuations du nombre de parlementaires sur le plan de la comparaison des assemblées dans le temps ; et de s'adapter équitablement à la différence numérique existant entre l'Assemblée et le Sénat sur le plan de la comparaison des assemblées dans l'espace. Ainsi, le débat portait sur cette proportion, et fut tranché sur le terrain d'un *nombre absolu* : 60 députés ou sénateurs. Il était pourtant ressorti des débats, que la solution de la proportion et non du *nombre absolu* apparaissait plus adaptée à l'idée d'équilibre et de mutabilité d'éventuelles réformes.

Viser la saisine par les groupes de l'opposition

Or, l'objectif principal de l'ouverture de la saisine aux parlementaires semble être de contrebalancer le poids du fait majoritaire renforcé dans de nombreuses dispositions adoptées au cours de la Ve République. Dès lors que cette révision fut engagée, le nombre de saisines et de décisions rendues par le Conseil augmenta significativement.

Ainsi, la vigilance sollicitée à l'égard du seuil minimal de parlementaires requis pour exercer une saisine tient au fait de faciliter les droits de l'opposition, en priorité. Bien qu'à l'occasion de quelques saisines ciblées, la majorité a pu faire usage de la saisine « blanche », pour « breveter » le texte d'une conformité à la Constitution l'empêchant de faire l'objet d'une saisine ultérieure par le biais d'un contrôle par voie d'exception, ces pratiques, au demeurant résiduelles, furent expressément mises sur le ban par le Conseil, estimant dès lors qu'en l'absence de motifs particuliers d'inconstitutionnalité ressortant des travaux parlementaires, il était vain de faire une saisine blanche (DC, 2011-630). L'objectif le plus prégnant, favoriser l'émergence de droits en faveur de l'opposition parlementaire, est d'autant plus réel qu'il est éprouvé par une corrélation intéressante : l'arrivée d'une nouvelle majorité parlementaire, ou bien le changement de Gouvernement entraîne une hausse des recours²³.

Prendre en compte la difficulté initiale du Sénat pour exercer le recours dans les mêmes conditions numériques que l'Assemblée Nationale

Le Sénat compte au maximum 348 membres contre 577 à l'Assemblée. Lorsqu'il est question de fixer un seuil minimal de membres pouvant saisir le Conseil, et que ce seuil est un chiffre et non une proportion, s'ensuit la question de l'iniquité du processus entre l'Assemblée et le Sénat dans l'exercice de la saisine. Sur le site du Conseil, lorsqu'il est procédé à une recherche avancée des types de recours, il n'existe aucun moyen de discriminer à l'aide d'un filtre, entre les recours formés par

²² Selon l'expression consacrée par le Garde des Sceaux d'alors, Jean Lecanuet, débats 8 Oct. 1974, Assemblée.

²³ Pascal Jan, *La saisine du Conseil constitutionnel*, p. 415.

l'Assemblée d'un côté et le Sénat de l'autre. Ce qui signifie une forme d'assimilation des deux types de recours ne visant en définitive qu'une seule vertu : purger de ses inconstitutionnalités l'ordre juridique français. Une seule étude²⁴ permet d'observer l'évolution du contentieux entre 2004 et 2014 : 11% des saisines proviennent du Sénat, contre 37% émanant de l'Assemblée. Le taux de saisines mixtes Assemblée-Sénat atteint 49% des cas. La disparité qui existe entre les deux types de saisine reste toutefois importante.

La saisine demeure un outil effectif de purgation ab initio des irrégularités

Si la saisine constitutionnelle n'était pas suivie d'effet, si en réalité le taux de déclaration de non-conformité à la Constitution était relativement faible, alors l'impact d'une telle réforme sur les droits de l'opposition auraient été négligeables. C'eut été une interrogation légitime, eu égard à la tradition légicentriste ayant cours en France jusqu'à ce que s'épanouisse le contentieux constitutionnel, seul à même de remettre en cause (bien que modérément) la production législative. Or, une observation de l'activité contentieuse du Conseil révèle qu'entre 2004 et 2014, la part de déclaration de non-conformité *lato sensu* atteint 64%, lorsque la part de déclaration de conformité atteint 36%. Ceci démontre l'impact de la saisine sur la qualité des lois, et par conséquent éclaire sur l'enjeu de la saisine constitutionnelle.

En fin de compte, et à terme, la menace qui place sur les décisions de la majorité dans l'écriture d'un texte de loi, d'un recours constitutionnel, imbibes le travail parlementaire jusqu'à, un jour peut-être, intégrer globalement les fruits des décisions du Conseil comme si elles étaient des recommandations de légistique.

IV. Propos conclusif : éléments de contextualisation, proposition d'amendements

Si le but d'une telle proposition est d'accompagner une éventuelle réforme de réduction du nombre de parlementaires vers le maintien de certaines prérogatives parlementaires, notamment son droit de saisine constitutionnelle, alors il convient d'ajouter quelques éléments.

Cette fois-ci, anticiper l'éventuelle réduction du nombre de parlementaire en maintenant un taux identique de parlementaire requis pour exercer le droit de saisine, ne pourra être réalisé qu'à la stricte condition d'opter pour le **calcul par proportion** pour chaque assemblée, et non la détermination d'un nombre absolu. En effet, cette solution aurait comme vertu de s'adapter aux effectifs de chacune des assemblées, tout en prévenant automatiquement une éventuelle réduction des parlementaires qui, en elle-même, n'affecterait pas le droit de saisine.

Ensuite, pour permettre un droit de saisine effectif, sécurisé et optimal, il peut être intéressant de compléter par un **délai de promulgation minimal** de la loi, par le Président, l'article 10 de la Constitution.

Enfin, il peut être utile de s'interroger sur le sens précis d'un tel droit, devenu par la pratique véritable prérogative. Est-ce favoriser les droits de l'opposition ou bien favoriser l'indépendance des parlementaires qui est visé ? Au fond, est-il question de valoriser la capacité de fédération de parlementaires autour d'une conception commune de ce qu'est l'activité législative aujourd'hui indépendamment de la réalité du groupe parlementaire, ou bien est-il question de jouer le jeu du renversement du fait majoritaire, dans la plus pure conception de ce qu'est le groupe parlementaire ? Si la saisine parlementaire avait comme vertu de donner une vitalité aux groupes

²⁴ Laurent Domingo, Didier Ribes - Nouveaux Cahiers du CC n° 49, 10 années de saisine parlementaire, 2015

d'opposition, elle s'inscrit aujourd'hui dans la mosaïque des outils promouvant une forme de guide de légistique, où sont établis des catalogues de règles formelles et matérielles canalisant l'écriture de l'expression de la volonté générale.

Proposition n° 9 : Mode de scrutin des assemblées parlementaires au niveau de la loi organique

Par Marie Glinel, Doctorante en droit public

Dans le but d'ancrer les parlementaires dans leur territoire, et pour anticiper une potentielle réduction du nombre de parlementaires, la proposition suivante cherche à respecter : *« l'autonomie de chaque assemblée en fixant le mode de scrutin des élections législatives et sénatoriales au niveau de la loi organique, et non plus de la loi ordinaire, par cohérence avec l'article 25 de la Constitution qui renvoie déjà à une loi organique la fixation de la durée des mandats, y compris les règles applicables aux suppléants et suivants de liste, le régime indemnitaire, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et les incompatibilités »*.

Cette proposition permettrait en tous premiers lieux de systématiser les recours devant le Conseil constitutionnel de lois organiques relatives à l'organisation des modes de scrutin des élections législatives et sénatoriales, puisque les lois organiques font l'objet d'un recours automatique devant le Conseil constitutionnel. De plus, cette proposition ne vise qu'à renforcer une cohérence et un parallélisme de procédure entre d'une part en amont la fixation des modes de scrutin et d'autre part en aval les modalités pratiques déjà consignées au sein de lois organiques. C'est une proposition qui interroge les arbitrages passés et les raisons pour lesquelles un alignement des régimes n'a pas été sollicité avant.

I. Confronter la proposition à l'histoire et l'évolution constitutionnelles

Il n'existe pas, dans l'histoire constitutionnelle française, d'indications quant à cette préoccupation fort contemporaine du niveau législatif souhaité pour mener des réformes et fixer, en l'occurrence, des modes de scrutins propres aux assemblées parlementaires.

Or, cette question est englobée dans la préoccupation plus importante du mode de scrutin et de son ancrage territorial. Un rapide aperçu de l'histoire constitutionnelle fait apparaître quelques constantes qu'il est intéressant de garder à l'esprit.

Tout d'abord, il existe les régimes où prévaut l'idée de département comme unité de valeur des élections parlementaires. C'est le cas par exemple du Conseil des Cinq-cents en 1795, ou l'Assemblée nationale législative de 1791.

Ensuite, il existe les régimes où la logique départementale est brisée comme unité de valeur des élections au profit d'une entité plus abstraite et fractionnée, la circonscription ou l'arrondissement. C'est notamment le cas de la Restauration, de l'Empire à partir de 1852, et le fonctionnement de la République à partir de 1876.

Enfin, il existe des systèmes mixtes. Par exemple, le décret du 22 Décembre 1789 fixe pour l'élection de l'Assemblée nationale législative la répartition des 745 représentants : une partie est issue d'une répartition géographique départementale (247), une autre partie est issue d'une répartition proportionnelle au taux de population active (249) et une dernière partie relative à la proportion du produit de la contribution fiscale directe (249). Autre exemple mixte, l'élection du corps législatif pour l'élection de 1800, où cohabitent quatre degrés de suffrage universel, allant de l'élection par les citoyens d'une liste de confiance communale, à départementale, à sénatoriale.

Cette différenciation des types d'échelle (département ou arrondissement/circonscription) pour les scrutins parlementaires, si elle n'a pas nécessairement un sens *in abstracto*, peut se révéler intéressante si elle est

connectée au type de régime qui lui est attaché. En effet, le département est majoritairement l'unité de mesure des élections parlementaires des régimes à tendance parlementaire, lorsque l'arrondissement ou la circonscription comme unité de mesure des élections parlementaires des régimes à prédominance exécutive. Le département serait donc, *a priori*, l'unité de mesure des élections parlementaires des régimes privilégiant, *de facto* et *de jure*, une prédominance de ce même pouvoir.

II. Confronter la proposition à la cohérence du système constitutionnel actuel

La cohérence du système actuel, vis-à-vis de cette proposition, réside dans l'alignement des procédures d'adoption de toutes les dispositions relatives au scrutin des élections parlementaires, que ce soit du point de vue de l'organisation de l'élection comme la durée et autres dispositions déjà prévues au niveau organique. La sécurisation croissante des scrutins et l'accroissement des normes relatives au respect du principe du secret de la sincérité incluent naturellement toute disposition impliquant un contrôle constitutionnel automatique, gage de la qualité du processus normatif et de la protection de ces impératifs.

III. Confronter la proposition à l'objectif poursuivi

Si la proposition vise à hisser au rang de loi organique un certain type de dispositions, il convient de rechercher en quoi l'échelle de la loi organique est préférable.

Tout d'abord, la loi organique est destinée à préciser les modalités d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics, dans les cas prévus par la Constitution. Il apparaît de manière assez claire et précise que la loi organique « *ne peut intervenir que dans les domaines et pour les objets limitativement énumérés par la Constitution* »²⁵. Le Conseil met même en garde sur la portée de l'insertion d'une disposition dans une loi organique qui n'en aurait pourtant pas les qualités²⁶.

Ensuite, la loi organique est soumise à une procédure d'adoption particulière. Au stade de la discussion, tout amendement ou article additionnel ne peut l'être qu'en vertu de son caractère strictement organique. Par exemple, en cas de désaccord entre les deux chambres, si le dernier mot revient à l'Assemblée nationale, celle-ci ne peut adopter le texte que s'il est voté à la majorité absolue de ses membres.

Enfin et surtout, toute loi organique est automatiquement déférée devant le Conseil constitutionnel pour donner lieu à un contrôle de conformité obligatoire. C'est dans cette caractéristique que réside l'essentiel de l'objectif poursuivi.

IV. Propos conclusif : éléments de contextualisation, proposition d'amendements

Cette proposition vise juste à rétablir une forme de cohérence entre deux séries de dispositions complémentaires réglées sur deux plans différents, en choisissant le plus haut rang de résolution, entraînant par-là même un contrôle automatique de ces dispositions.

²⁵ Décision n° 87-234 DC du 7 janvier 1988.

²⁶ Décision n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005.

Proposition n° 13 : Exigences d'accessibilité, de clarté et de nécessité des normes

Par Nathalie Jacquinet, Professeur de droit public

Inscrire dans la Constitution le principe selon lequel la loi et le règlement répondent aux exigences d'accessibilité, de clarté et de nécessité des normes.

- **Pertinence de la proposition au regard de l'histoire et de l'évolution constitutionnelles**

Le Conseil constitutionnel a déjà consacré un principe de clarté de la loi qu'il a déduit de l'article 34 de la Constitution (décision n°98-401, 10 juin 1998, cons. 10). Il a de même également consacré un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi à partir des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Une telle inscription dans la Constitution serait donc redondante sur ce point.

- **Pertinence de la proposition au regard du droit comparé et des expériences étrangères**

Les Constitutions étrangères ne comportent pas de disposition de ce type.

- **Pertinence de la proposition au regard de la cohérence avec le système constitutionnel actuel**

Quant à l'inscription dans la Constitution d'un principe relatif à la nécessité des normes, elle va bien au-delà de la proposition de loi constitutionnelle adoptée par le Sénat enregistrée au Sénat le 13 janvier 2016 (n°3390). Celle-ci est de nature à affaiblir considérablement le pouvoir Parlement et à conduire le Conseil constitutionnel à disposer d'un pouvoir beaucoup plus grand que celui d'un simple juge constitutionnel, voire à le transformer en sorte de co-législateur. Le Conseil constitutionnel a en effet souligné, à plusieurs reprises, qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel. Sur ce point cette proposition est donc de nature à perturber l'équilibre institutionnel et ouvre la voie à un contrôle de l'opportunité.

- **Pertinence de la proposition au regard de l'objectif poursuivi**

L'objectif de limiter la prolifération des normes est en soi louable mais la voie choisie pour y parvenir ne paraît pas pertinente pour les raisons susmentionnées.

Conclusion

La proposition est, selon nous, à écarter.

Proposition n° 14 : Saisine du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation en vue de la mise en œuvre des exigences d'accessibilité, de clarté et de nécessité des normes

Par Nathalie Jacquinot, Professeur de droit public

Insérer un nouvel article au sein de la Constitution afin de permettre au Parlement de solliciter le Conseil d'État et la Cour de cassation pour la mise en œuvre du principe selon lequel la loi et le règlement répondent aux exigences d'accessibilité, de clarté et de nécessité des normes et prévoir une loi organique complétant ce dispositif afin de permettre au Parlement de solliciter, le cas échéant, des autorités administratives indépendantes.

- **Pertinence de la proposition au regard de l'histoire et de l'évolution constitutionnelles**

Aucune disposition de ce type n'existe dans l'histoire constitutionnelle.

- **Pertinence de la proposition au regard du droit comparé et des expériences étrangères**

Les Constitutions étrangères ne comportent pas de disposition de ce type.

- **Pertinence de la proposition au regard de la cohérence avec le système constitutionnel actuel**

Le Conseil constitutionnel a déjà consacré un principe de clarté de la loi, déduit de l'article 34 de la Constitution (décision n°98-401, 10 juin 1998, cons. 10) ainsi qu'un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi à partir des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Sur ce point la proposition n°14 ne remettrait pas en cause la cohérence du système mais paraît inutile pour deux raisons. D'une part, le Conseil d'Etat est déjà saisi pour avis des projets de loi et il vérifie expressément à ce stade que le projet de loi ne méconnaît ni le principe de clarté de la loi ni l'objectif de valeur constitutionnelle précité. D'autre part, la possibilité de consulter pour avis le Conseil d'Etat s'agissant d'une proposition de loi existe déjà depuis la révision de 2008 en vertu de l'article 39 alinéa 5, à moins que l'auteur de cette proposition de loi ne s'y oppose. Cette disposition permet déjà d'effectuer, si besoin est, un contrôle sur ce point. Cette procédure est d'ailleurs à ce jour peu utilisée (seulement 22 demandes ont été déposées au 8 novembre 2017).

Quant à l'exigence de nécessité des normes, qui ne figure pas dans le corpus constitutionnel et soulève de multiples objections (cf proposition n°13), il n'est pas pertinent de prévoir son insertion dans la Constitution et donc de solliciter les cours suprêmes pour sa mise en œuvre.

- **Pertinence de la proposition au regard de l'objectif poursuivi**

La proposition n'est guère pertinente car elle est redondante avec des mécanismes déjà existants et soulève par ailleurs les mêmes objections que la proposition n°13. D'autres moyens mériteraient d'être renforcés et notamment les capacités d'évaluation du Parlement lui-même.

Conclusion

Cette proposition fait doublon avec des mécanismes déjà existants et pose les mêmes problèmes que la proposition n°13 et nous paraît donc à écarter.

Propositions n° 15, 16, 17 et 18 : réforme de la procédure des études d'impact pour une information du parlement renforcée

Par Julia Schmitz, Maître de conférences en droit public

1. Appréciation au regard de l'histoire et de l'évolution constitutionnelles :

Les fonctions du Parlement - voter la loi et contrôler le Gouvernement - ont connu d'importantes transformations au cours de l'histoire constitutionnelle française. Excepté lors de la Constitution de 1791 qui la réservait aux parlementaires et des régimes qui en réservaient le monopole à l'exécutif, l'initiative des lois a été partagée entre l'exécutif et les assemblées depuis la Charte de 1830. Cependant, la rationalisation du parlementarisme, renforcée par les réformes de la constitution de 1958, donne à l'exécutif d'importants pouvoirs d'initiative et d'élaboration en matière législative, en faisant un véritable co-législateur. De même, l'avènement du fait majoritaire a accentué la prééminence du pouvoir exécutif au détriment de la fonction de contrôle du Parlement, à tel point que la doctrine a pu parler de « parlementarisme négatif »²⁷. Dans cette nouvelle architecture constitutionnelle, est apparue la nécessité de renforcer le rôle de contrôle du Parlement, en contrepartie de la perte de ses prérogatives et de son monopole législatifs. Initialement conçu de manière restreinte et brutale, comme impliquant l'engagement de la responsabilité du Gouvernement, ce rôle a été rénové par la révision de 2008, qui en a diversifié les outils de contrôle et d'évaluation²⁸. Dans le même temps, la fonction législative du Parlement, largement amputée par le primat de l'exécutif, a également subi la crise de la déperdition de qualité de la loi. Le constat alarmant et récurrent de la prolifération des normes²⁹ implique de lutter contre cette inflation.

Le dispositif des études d'impact institué en amont du processus législatif s'inscrit dans cette double évolution de la transformation des fonctions du Parlement et des évolutions de la légistique qui n'en sont qu'à leurs prémises.

Le recours aux études d'impact a initialement été utilisé dans le domaine environnemental³⁰, avant d'être généralisé pour les projets de loi et de décrets par voie de circulaires³¹. L'article 39 C modifié par la révision de 2008 impose désormais que la présentation des projets de loi devant les assemblées respecte des conditions

²⁷ A. Le Divellec, « Vers la fin du parlementarisme négatif à la française ? Une problématique introductive à la réforme constitutionnelle de 2008-2009 », *Jus politicum*, n°6, <http://www.juspoliticum.com/Vers-la-fin-du-parlementarisme.html>.

²⁸ Contrôle des nominations de l'exécutif (art. 13 al. 5 C) ; consécration de la fonction d'évaluation des politiques publiques (art. 24 C) ; information du Parlement sur les interventions des forces armées à l'étranger et autorisation de la prolongation de ces interventions au-delà de quatre mois (art. 35 C) ; séances parlementaires réservées au contrôle de l'action du gouvernement (art. 48 al 4 C) ; commissions parlementaires d'enquête (art. 51-2 C) ; transmission obligatoire au Parlement de tous les projets et propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne (art. 88-4 C).

²⁹ V. Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, Doc. fr., 1991 ; Conseil d'État, « *Sécurité juridique et complexité du droit* », Doc. fr., 2006 ; Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, Doc. fr., 2016 ; A. Lambert, J.-Cl. Boulard, Rapport de la Mission de lutte contre l'inflation normative, 26 mars 2013.

³⁰ Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature ; Charte de l'environnement de 2004.

³¹ Circulaires du Premier ministre du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'État ; du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État ; du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation.

fixées par la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 qui précise le régime des études d'impact qui doivent accompagner ces textes. En leur donnant un fondement constitutionnel, la révision de 2008 entend répondre à un double objectif de revalorisation du Parlement et d'amélioration de la qualité de la norme, en permettant aux assemblées parlementaires de « *légiférer moins pour contrôler plus* »³².

2. Appréciation au regard du droit comparé et des expériences étrangères :

Le recours à l'étude d'impact a été généralisé dans de nombreux pays à partir des recommandations pour améliorer la qualité de la réglementation de l'OCDE en 1995 et des initiatives européennes « Mieux légiférer » de 2000 et du « Plan d'action pour l'amélioration de la réglementation » de 2002, mettant en œuvre une méthode d'analyse d'impact intégrée et généralisée à l'ensemble des propositions de la Commission et des amendements du Conseil et du Parlement. Il ressort cependant de l'étude des modèles étrangers une certaine hétérogénéité qui met en relief les spécificités du dispositif français.

La plupart des Etats ont imposé le recours à l'évaluation préalable au pouvoir exécutif pour sa fonction d'initiative législative ou exclusivement réglementaire (Etats-Unis, Canada) par le biais de directives non contraignantes ou de décrets (Etats-Unis) et de lois (loi espagnole du 27 novembre 1997 relative au Gouvernement), mais seule la France a eu recours à une disposition constitutionnelle. Dans la plupart des Etats, c'est le gouvernement qui est chargé de réaliser une étude d'impact, mais à la différence de la France, de manière coordonnée (Unité d'impact de la réglementation auprès du Premier ministre au Royaume-Uni, Comité de la réglementation auprès du Premier ministre au Danemark), ou en recourant également à des organismes indépendants de l'exécutif composés de représentants de la société civile (Regulatory Policy Committee au Royaume-Uni, Conseil allemand de contrôle des normes, Agence belge pour la simplification administrative, Comité consultatif d'évaluation des coûts administratifs aux Pays-Bas)³³. De nombreux Etats recourent également à des consultations publiques, contrairement au gouvernement français qui n'a pas l'obligation de publier les résultats des consultations, souvent internes, auxquelles il procède. Au Royaume-Uni, les résultats de la consultation sont examinés par le Parlement et un site Internet permet un large accès du public (Impact Assessment Library). La loi espagnole du 27 novembre 1997 relative au Gouvernement prévoit également un mécanisme de démocratie participative par une consultation obligatoire des citoyens dont les intérêts seraient affectés par la réglementation projetée. La présentation des avis par le public est également retenue au Canada (Gazette du Canada) ou aux États-Unis (site internet de l'Office of Management and Budget). Le poids réservé aux études d'impact est également variable. Aux États-Unis, la loi de 1996 instituant un contrôle des textes réglementaires par le Congrès lui confère un pouvoir d'annulation. En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale a fait de l'évaluation des impacts de la législation un droit fondamental et impose au législateur de réviser les normes.

3. Appréciation au regard de la cohérence avec le système constitutionnel actuel et l'objectif poursuivi :

³² J. GICQUEL ET J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 23^e éd., 2009, p. 686.

³³ R. Juanico, Rapport n° 2268 fait au nom de la mission d'information sur la simplification législative, AN, 2014.

Les propositions sénatoriales poursuivent l'objectif de permettre au Parlement d'exercer un contrôle plus exigeant de l'initiative législative menée par l'Exécutif. Pour ce faire, plusieurs propositions sont faites :

- **Exiger des études d'impact plus précises** en ajoutant à l'article 8 de la loi organique de 2009 la mention des moyens humains, financiers et informatiques et des délais nécessaires à la mise en œuvre des réformes, et en cas de création d'une nouvelle norme, la définition des mesures d'abrogation ou de simplification des normes existantes (proposition n° 15).

Cette proposition permettrait de limiter la marge de manœuvre dont dispose l'Exécutif en raison des réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel tendant à assouplir les exigences découlant de la loi organique³⁴. Cependant, la question peut se poser de la pertinence d'allonger la liste des prescriptions³⁵, en raison du constat régulièrement fait de leur non respect et de la réalisation tardive des études d'impact dans l'élaboration du projet de loi³⁶. Le manque d'objectivité des études d'impact, réalisées par le gouvernement lui-même³⁷, a été de nombreuses fois souligné. Afin de mieux distinguer la fonction d'analyse critique des études d'impact de la fonction de justification de l'exposé des motifs, il pourrait être plus pertinent, comme le proposait le Conseil d'Etat dans son rapport de 2006, de recourir à un système de contre-expertise par des institutions indépendantes de l'exécutif, sur le modèle du Conseil national d'évaluation des normes. Ce dispositif s'harmoniserait avec la proposition n° 14 visant à permettre au Parlement de solliciter le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et des autorités administratives indépendantes pour la mise en œuvre des exigences d'accessibilité, de clarté et de nécessité des lois. De même, alors que la transmission de l'étude d'impact se fait au moment de la soumission du projet au Conseil d'Etat, il serait plus pertinent au regard de la pratique, de modifier l'article 39 C pour prévoir à nouveau que « *les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact dès le début de leur élaboration* », disposition qui figurait initialement dans la loi organique mais qui a été censurée par le Conseil constitutionnel.

- **Etendre le champ d'application du recours aux études d'impact aux ordonnances** (proposition n° 16) et **aux amendements du Gouvernement** qui comportent des mesures nouvelles (proposition n° 17).

³⁴ Possibilité de ne pas respecter chacune des prescriptions en fonction de l'objet de la loi selon un principe de proportionnalité, appréciation du retard de la transmission de l'étude d'impact au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation, Déc. n°2009-579 DC du 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 34 de la Constitution*, Cons. 15 et 17. Il admet également la possibilité de réaliser une étude d'impact « commune à plusieurs projets de loi ayant un objet analogue », Déc. n°2010-603 DC du 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*.

³⁵ L'article 8 de la loi organique décline déjà de nombreuses précisions et notamment les modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées, les textes législatifs et réglementaires à abroger et les mesures transitoires proposées et l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées.

³⁶ D. Mandelkern, *La qualité de la réglementation*, Doc. fr., 2002 ; J.-J. Hiest, Rapport n° 196 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, <http://www.senat.fr/rap/108-196/108-196.html>; B. Lasserre, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Doc. fr., 2004.

³⁷ La circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle prévoit que la réalisation de l'étude d'impact est de la responsabilité du ministre concerné.

En ce qui concerne les ordonnances, il y a lieu de distinguer deux cas. Les projets de loi par lesquels le Gouvernement demande au Parlement l'autorisation de prendre des mesures par ordonnances sont soumis à des exigences allégées selon l'article 11 de la loi organique mais le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation selon laquelle la disposition de l'article 11 al. 2 de la loi organique « ne saurait, sans méconnaître l'article 38 de la Constitution, être interprétée comme imposant au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il entend prendre sur le fondement de l'habilitation qu'il demande pour l'exécution de son programme »³⁸. Par contre les projets de loi prévoyant la ratification d'ordonnances ne sont soumis à aucune exigence. Il serait dès lors pertinent de soumettre ces textes aux exigences de la loi organique pour renforcer l'encadrement de la législation par ordonnance comme l'envisage par ailleurs le rapport sénatorial (proposition n° 20). Il conviendrait cependant de modifier en ce sens l'article 38 C pour lever la censure du Conseil constitutionnel d'une disposition initiale similaire dans la loi organique de 2009.

En ce qui concerne les amendements du Gouvernement, il serait nécessaire de modifier la loi organique sur le fondement de l'article 44 et non de l'article 39, comme le prévoit la proposition n° 26 du rapport, puisque le Conseil constitutionnel a censuré pour incompétence négative l'article 14 de la loi organique qui habilitait les règlements des assemblées à déterminer les modalités de cette obligation³⁹. Cette mesure permettrait au Parlement de mieux maîtriser l'initiative gouvernementale en lui permettant de disposer d'une information continue sur les modifications projetées. Il serait également pertinent, en parallèle de la possibilité désormais reconnue au président d'une assemblée de soumettre ces textes pour avis au Conseil d'Etat (art 39 al 5 C), d'étendre le champ d'application de l'étude d'impact aux propositions de loi, en renforçant les moyens d'expertise du Parlement et en revalorisant le travail des commissions.

- **Renforcer les prérogatives du Parlement** pour constater que les obligations relatives aux études d'impact ne sont pas remplies (proposition n° 18) en permettant à la **Conférence des Présidents de chacune des deux assemblées** de s'opposer à l'inscription à l'ordre du jour du projet de loi méconnaissant les exigences de la loi organique, et non pas seulement à celle de la première assemblée saisie comme le prévoit l'article 39 al. 3 C. Si cette mesure permettrait de renforcer le contrôle des études d'impact, elle ne permet cependant pas de pallier les insuffisances du dispositif. Il s'avère en effet que le contrôle réalisé par le Conseil constitutionnel sur la qualité des études d'impact est limité. Selon l'article 39 C, il peut réaliser un contrôle direct lorsqu'il est saisi par le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre en cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, et ne dispose alors que d'un délai de huit jours pour se prononcer. Or, le Conseil n'a été saisi qu'une seule fois, par le Premier ministre⁴⁰, ce qui conduit à s'interroger sur l'efficacité de ce mécanisme compromise par le fait majoritaire qui

³⁸ Déc. n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, *op. cit.*, cons. 21.

³⁹ Déc. n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, *op. cit.*, cons. 39. A l'inverse, comme le prévoit l'article 15 de la loi organique, le Parlement peut décider de soumettre les amendements proposés par les parlementaires à la procédure de l'étude d'impact (l'article 98-1 RAN prévoit que l'évaluation est réalisée par le comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques qui peut « bénéficier du concours d'experts extérieurs à l'Assemblée » mais précise cependant que le défaut d'une telle évaluation « ne peut faire obstacle à sa discussion en séance publique »).

⁴⁰ Décision n° 2014-12 FNR du 1 juillet 2014, *Présentation du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral*.

domine l'appréciation portée par la Conférence des présidents. Et si le Conseil a également accepté de réaliser un contrôle indirect de l'étude d'impact dans le cadre de son contrôle de la constitutionnalité des lois de l'article 61 C⁴¹, il s'avère lacunaire, aucune censure pour insuffisance d'une étude d'impact n'ayant été prononcée⁴². Afin de contourner ces obstacles, il conviendrait d'une part d'élargir l'information des études d'impact à tous les parlementaires⁴³, et d'autre part, d'ouvrir le droit de veto et la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel à l'opposition pour rééquilibrer les pouvoirs au sein même des assemblées dans la dynamique de la réforme de 2008. Enfin, le rapport sénatorial propose d'allonger le **délai** pendant lequel la Conférence des Présidents peut constater que les obligations relatives aux études d'impact ne sont pas remplies en le portant de 10 jours, comme le prévoit l'article 9 de la loi organique, à 3 semaines. Cette mesure permettrait en effet de renforcer le contrôle de la qualité des études d'impact, le délai fixé par la loi organique étant trop court pour réaliser un examen approfondi ou solliciter une expertise extérieure, comme celle de la Cour des comptes dont la mission d'assistance au Parlement a été consacrée par l'article 47-2 C et entend être élargie par la proposition n° 31 du rapport.

4. Conclusion

Si l'introduction des études d'impact dans la procédure législative a été pensée comme une manière d'améliorer la qualité de la loi, ce que confirme la proposition sénatoriale qui inscrit ces propositions dans cet objectif, ses effets portent également sur la fonction de contrôle du Parlement, qu'il convient de rénover dans sa globalité face au déferlement de l'initiative gouvernementale et de la logique majoritaire. Il conviendrait avant tout de s'assurer de l'indépendance de cette information parlementaire. Il est en effet inutile d'augmenter les obligations relatives aux études d'impact ou de renforcer leur effet contraignant si elles sont élaborées de manière unilatérale par le gouvernement et si les parlementaires ne disposent pas des moyens et du temps suffisant pour en assurer l'examen. Il serait également pertinent de faire de l'étude d'impact un moyen pour le Parlement d'effectuer un contrôle embrassant toute l'étendue du pouvoir exécutif, en amont et en aval, lors de l'application de la loi. Une modification de l'article 39 C serait alors nécessaire pour prévoir dans l'étude d'impact d'un projet de loi la mention des « orientations principales et le délai prévisionnel de publication des textes d'application nécessaires » puisque le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition au nom du respect de la séparation des pouvoirs⁴⁴. Ce rôle pourrait être confié au Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques institué au sein de l'Assemblée

⁴¹ Déc. n° 2010-603 DC du 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux* ; Déc. n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

⁴² A l'occasion de ce contrôle, le Conseil a d'ailleurs effectué un revirement de jurisprudence pour renforcer le filtre de la Conférence des Présidents en considérant que les « griefs tirés de la méconnaissance des exigences relatives au contenu de l'étude d'impact ne sauraient être examinés par le Conseil constitutionnel que si la Conférence des Présidents de la première assemblée saisie du projet de loi a été au préalable saisie de cette question », Déc. n° 2015-718 DC du 13 août 2015, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*.

⁴³ Si le règlement de l'Assemblée nationale prévoit que l'étude d'impact est distribuée et mise à disposition par voie électronique « afin de recueillir toutes les observations qui peuvent être formulées » (art. 83), aucune disposition n'a été prise pour le Sénat.

⁴⁴ Déc. n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, *op. cit.*, cons. 16.

nationale et à la commission chargée du contrôle de l'application de la loi au sein du Sénat.

Proposition n° 19 : Principe de la publicité des avis du Conseil d'Etat en matière législative

Par Hiam MOUANNÈS, Maître de Conférences de Droit public, HDR

La proposition ici traitée renvoie au principe de la publicité des avis du Conseil d'Etat en matière législative.

En l'état actuel du droit, l'avis du Conseil d'Etat est posé en procédure constitutionnelle préalable (obligatoire ou facultative selon le statut ou l'origine gouvernementale ou parlementaire du texte) à l'édiction ou à la modification des normes législatives. Les ordonnances, permettant au Gouvernement, « *pour l'exécution de son programme* », de prendre des mesures qui sont normalement du domaine de la loi, requièrent pour leur édition, non seulement une habilitation parlementaire certes, mais aussi, pour chacune d'entre elles d'être prise en Conseil des ministres « *après avis du Conseil d'Etat* » (article 38-C). Les « projets » de loi ne peuvent être délibérés en Conseil des ministres qu'après avis du Conseil d'Etat (article 39/2-C). Les « propositions » de loi peuvent, depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008⁴⁵, être soumises pour avis au Conseil d'Etat, avant leur examen en commission. La décision dans ce cas appartient au seul président de l'assemblée intéressée, « *sauf si* » le député ou le sénateur à l'origine de la proposition « *s'y oppose* » (article 39 *in fine*-C).

Dans tous ces cas, l'avis du Conseil d'Etat n'est pas *conforme*, c'est-à-dire que l'autorité saisissante n'est pas tenue de suivre l'avis donné par le « Conseil » d'Etat. Et c'est heureux car si le Conseil d'Etat participe à l'élaboration de la loi, il n'est pas *celui* qui la produit.

Pour les projets de loi et projets d'ordonnance, solliciter pour avis le Conseil d'Etat est constitutionnellement *obligatoire*. Cette procédure s'impose donc au Gouvernement sous peine d'illégalité (pour les ordonnances avant leur ratification) ou d'inconstitutionnalité (pour les lois d'initiative gouvernementale définitivement adoptées mais non encore promulguées). C'est le sens de la décision 2003-468 DC du 3 avril 2003⁴⁶ par laquelle le Conseil constitutionnel rappelle l'obligation constitutionnelle (article 39-C) faite au Gouvernement « *d'être éclairé par l'avis du Conseil d'Etat* », jugeant en conséquence que « *l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le Conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'Etat lors de sa consultation* » (cons. 7).

La question qui nous occupe touche à la volonté du Sénat de rendre obligatoire la « publicité » des avis du Conseil d'Etat en matière législative. Les textes concernés sont donc les projets de loi, les projets d'ordonnance et les propositions de loi (à droit constant pour ces dernières quant au principe de la subordination de la saisine du Conseil d'Etat à l'accord de l'auteur de l'initiative)⁴⁷.

L'état actuel du droit a, sous la Ve République et sur ce point précis, évolué dans le sens de la proposition de la réforme sénatoriale. Il s'agit dans la présente étude de

⁴⁵ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

⁴⁶ Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*.

⁴⁷ La subordination de la saisine du Conseil d'Etat à l'accord du parlementaire à l'origine de l'initiative se justifie par le statut même de représentant de la nation, élu direct (pour les députés) ou indirect (pour les sénateurs) du peuple français. C'est également ce statut qui explique la possibilité (et non l'obligation) pour le Parlement de solliciter le Conseil d'Etat pour avis sur les propositions de loi, introduite par la LC du 23 juillet 2008.

démontrer l'utilité de rendre constitutionnellement obligatoire la publicité desdits avis, en tant qu'une « exigence démocratique » pour le citoyen, les parlementaires, les justiciables de l'administration et les justiciables d'une loi contestée au titre de la Question prioritaire de constitutionnalité.

En effet, si la confidentialité des avis du Conseil d'Etat a toujours été le principe⁴⁸, le Conseil d'Etat, avec l'accord du Gouvernement et depuis 1976 précisément, rend public la plupart de ses avis ou, en tout cas, ceux parmi eux qu'il considère, avec l'accord du Gouvernement, d'une importance telle qu'ils méritent d'être mis à la connaissance du public. Cependant, cette publication dans le rapport annuel du Conseil d'Etat *Etudes et documents* (EDCE) n'intervenait jusqu'en 2015 que tardivement car annuelle et non au fil des avis⁴⁹. La publication tardive et hypothétique ne permet donc pas au public, aux citoyens, aux agents de l'Etat et des collectivités territoriales, aux praticiens du droit, d'être à leur tour et dès la transmission du projet de loi au Parlement « informés » sur des sujets « d'intérêt public ».

La publication également tardive et hypothétique des avis du Conseil d'Etat sur les projets de loi ne permet pas non plus aux parlementaires, auteurs principaux de la loi (article 24-C), d'être au fait de la teneur de l'avis sur lequel le Gouvernement s'en prévaut pourtant pendant les débats parlementaires. L'objectif d'améliorer la qualité de la loi passe donc par l'obligation de « *mieux éclairer les débats parlementaires* »⁵⁰. Ce qui induit un droit pour ces derniers d'avoir connaissance de l'avis donné par le Conseil d'Etat sur les projets de loi dès la transmission de ces derniers au Parlement. En outre, la différence de traitement entre les parlementaires – qui votent la loi – et le Conseil constitutionnel – qui peut être appelé à la juger avant sa promulgation et à qui l'avis du Conseil d'Etat lui est dans ce cas systématiquement communiqué – ne tient ni juridiquement ni en légitimité.

Quant au justiciable de l'administration et en l'état actuel du droit posé en 2008 et 2011⁵¹, l'exigence de neutralité et d'impartialité de la justice interdit aux membres du Conseil d'Etat qui participent à l'exercice de la fonction juridictionnelle de consulter les avis du Conseil d'Etat (pour le cas qui nous intéresse, les avis sur les ordonnances non encore ratifiées) lorsque ceux-ci n'ont pas été rendus publics, c'est-à-dire non accessibles aux parties au litige avec l'administration. La publication obligatoire des avis du Conseil d'Etat sur les projets d'ordonnance et donc la possibilité pour les membres du Conseil d'Etat statuant au contentieux d'accéder auxdits avis n'affecte pas l'exigence d'impartialité dès lors que les parties disposent aussi et en même temps que le juge des mêmes informations et éléments de droit ayant servi à confectionner l'ordonnance contestée. Le justiciable au titre de l'article 61-1-C se trouve quant à lui, déjà dans une situation d'inégalité devant l'information par rapport au Conseil constitutionnel dans la mesure où ce dernier dispose de l'avis ayant servi à la confection de la loi contestée alors que le justiciable ne l'a pas systématiquement. L'obligation de publier les avis du Conseil d'Etat en matière

⁴⁸ Ceux-ci « sont donnés au Gouvernement et demeurent secrets, tant que celui-ci ne les publie pas », Marcel Long, préface, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. VII.

⁴⁹ Le rapport public du Conseil d'Etat présente également annuellement et depuis 2011 une synthèse des avis rendus sur les projets et propositions des lois.

⁵⁰ Selon l'expression de Jean-Marc Sauvé, « L'Assemblée nationale et les avis du Conseil d'Etat », discours du 25 novembre 2016 à l'Assemblée nationale, p. 8.

⁵¹ Décret n° 2008-255 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat et décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011 modifiant le code de justice administrative, codifiés aux articles R122-21-1, R122-21-2 et R122-21-3 CJA.

législative rétablit cette égalité devant l'information et permet une transparence de la justice constitutionnelle.

Le maintien du principe du « secret » des avis du Conseil d'Etat, sauf si ce dernier, en accord avec le Gouvernement en décide autrement, n'a donc plus aujourd'hui de fondement. Les deux motifs jadis avancés par Marcel Long ne paraissent plus non plus d'actualité. L'ancien vice-président du Conseil d'Etat considérait en effet et d'une part que « *le Conseil d'Etat doit donner ses avis en toute liberté, échapper à toute pression, d'où qu'elle vienne, échapper aussi à la tentation de se bâtir une image médiatique fondée sur la réponse qu'il donnera à telle ou telle question à la fois délicate et passionnelle* » ; il note d'autre part que par la pratique actuelle de la publication annuelle et de *facto* de certains avis du Conseil d'Etat, « *nous avons atteint un équilibre assez satisfaisant* »⁵² justifiant le maintien du principe de la confidentialité.

Or, d'une part, l'autorité et la liberté de parole du Conseil d'Etat ne sont plus à démontrer ; d'ailleurs, si cette liberté atteindrait le Conseil d'Etat dans son rôle de « conseil » pourquoi en serait-il autrement pour ce même organisme dans ses fonctions contentieuses ? Si le Conseil d'Etat dans sa fonction consultative serait, en cas de publication obligatoire de ses avis, susceptible de subir des pressions de toutes sortes ou serait tenté de « *se bâtir une image médiatique fondée sur la réponse qu'il donnera à telle ou telle question à la fois délicate et passionnelle* » (pour reprendre les craintes de M. Long), alors pourquoi la plus Haute juridiction administrative ne serait-elle pas soumise à ces mêmes risques et tentations ? D'autre part, et à juste titre, les avis que le Conseil d'Etat est amené à donner ne sont point philosophiques, politiques ou dogmatiques mais à escient strictement juridique et d'intelligibilité de la loi. Les accents d'opportunité ne sont bien sûr pas à exclure dans la mesure où l'avis porte « un regard global » sur la norme, sur sa cohérence et sur sa qualité⁵³, allant de ce fait « au-delà du seul contrôle de sa régularité formelle ou juridique »⁵⁴, mais ils demeurent à effet négligeable (ex., l'avis du Conseil d'Etat du 14 novembre 2017 sur le projet de loi *portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la prévention des risques*, n° 393665).

Par ailleurs, si le Conseil d'Etat, en vertu de l'article L112-1 CJA, « *participe à la confection des lois* » et si, comme le prescrit l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, « *Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation* », ceux-là (les citoyens) ne devraient plus être exclus de toutes informations utiles leur permettant légitimement de connaître en toute transparence et comprendre sur quels fondements et raisonnement juridiques les projets de loi sont transmis aux représentants pour en débattre en vue de les transformer en « *expression de la volonté générale* ». Le Conseil d'Etat fait à cet égard œuvre de pédagogie particulière pour les avis rendus publics. L'actuel vice-président du Conseil d'Etat indique précisément que « *les avis destinés à être rendus publics sont, par conséquent, beaucoup plus développés et approfondis dans leur motivation qu'ils ne l'étaient auparavant, puisqu'ils ne s'adressent plus aux seuls experts du*

⁵² Marcel Long, préface, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, p. VIII.

⁵³ Jean-Jacques Chevallier, « Le Conseil d'Etat, au cœur de l'Etat », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 10.

⁵⁴ Jean-Marc Sauvé, « L'Assemblée nationale et les avis du Conseil d'Etat », discours du 25 novembre 2016 à l'Assemblée nationale, p. 3.

Gouvernement, mais aussi aux membres du Parlement, à la presse, à la communauté juridique et à la population dans son ensemble »⁵⁵.

C'est à ce titre que parmi les 77 propositions issues des travaux du Comité Balladur de 2007 sur la réforme des institutions⁵⁶, figurait celle, devenue une évidence, de rendre publics les avis émis par le Conseil d'Etat sur les projets de loi dont il est saisi en application de l'article 39 de la Constitution. La publication desdits avis serait, selon le rapport du Comité Balladur de 2007 et d'une part « *utile à la qualité du travail législatif* ». Elle permet d'autre part de mettre un terme « *aux rumeurs qui entourent ces avis, dont la publication n'est autorisée, au cas par cas, par le Gouvernement, qu'à la fin de chaque année* »⁵⁷.

L'étude d'impact accompagnant obligatoirement depuis 2009⁵⁸ chaque projet de loi et faisant également l'objet d'un examen attentif par le Conseil d'Etat y compris quant aux motifs du recours à une nouvelle législation, quant à « *l'articulation du projet de loi avec le droit européen et son impact sur l'ordre juridique interne* » ou encore quant à « *ses conséquences financières, économiques et sociales* »⁵⁹, justifie d'autant plus de rendre obligatoire la publicité des avis du Conseil d'Etat sur les projets de loi, projets d'ordonnance et propositions de loi, tout en maintenant pour ces dernières la possibilité de ne pas solliciter pour avis le Conseil d'Etat lorsque l'auteur de la proposition s'y oppose.

C'est le 20 janvier 2015, en marge de la Constitution et sans que le Conseil d'Etat n'en soit préalablement informé, que le président de la République, François Hollande à l'époque, rompt avec cette « *tradition séculaire des secrets qui entourent les avis du Conseil d'Etat* » en généralisant ce que le Gouvernement pouvait autoriser seulement au cas par cas et bien tardivement : « Le Conseil d'Etat est le conseil juridique du gouvernement. Son avis est *d'intérêt public* et son expertise sera donc rendue publique »⁶⁰. Cette rupture n'est cependant que verbale, même si elle a été suivie d'effet dès le 19 mars 2015 avec la publication par le Conseil d'Etat, à l'issue de la délibération en Conseil des ministres, de son avis sur le projet de loi *relatif au renseignement*. Cette obligation présidentielle et verbale de publication des avis du Conseil d'Etat sur les projets de loi n'est pas suffisante. Le constituant est appelé à l'élargir à tous les avis rendus par le Conseil d'Etat en matière législative et à lui attribuer le statut d'une exigence constitutionnelle.

Proposition :

1. La première phrase du deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution est ainsi rédigé (les mots insérés sont en *italique*) :

⁵⁵ cf., J.-M. Sauvé, « L'Assemblée nationale et les avis du Conseil d'Etat », précité, p. 8.

⁵⁶ Le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, dite Comité Balladur, créé en 2007 par le président de la République de l'époque Nicolas Sarkozy, a remis son rapport le 29 octobre de la même année.

⁵⁷ Proposition 27 du rapport.

⁵⁸ L'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution issu de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 prescrit que les documents rendant compte de l'étude d'impact soient joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'Etat.

⁵⁹ Jean-Marc Sauvé, « L'Assemblée nationale et les avis du Conseil d'Etat », discours du 25 novembre 2016 à l'Assemblée nationale, p. 6 et 7.

⁶⁰ La décision présidentielle de publication des avis du Conseil d'Etat exclut cependant les projets de loi de finances, les projets de loi de ratification d'ordonnance et les projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux (cf., Vœux présidentiels au Parlement et aux corps constitués du 20 janvier 2015).

« Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat **publié à l'issue de la délibération en Conseil des ministres** ».

2. La première phrase du deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution est ainsi rédigé (les mots insérés sont en *italique*) :

« Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés, ***ainsi que l'avis du Conseil d'Etat***, sur le bureau de l'une des deux assemblées. [...] ».

3. Un nouvel alinéa est rajouté à la fin de l'article 39 de la Constitution :

« ***Les avis du Conseil d'Etat sur les projets et propositions de loi sont publiés dès leur transmission au Parlement*** ».

Proposition n° 20 : Conditions de recours aux ordonnances

Par Mathieu Carpentier, Professeur de droit public

Afin d'encadrer le recours aux ordonnances, la proposition n°20 comprend deux propositions :

1° Fixer le délai dans lequel les ordonnances doivent être prises à trois mois à compter de la promulgation de la loi d'habilitation ;

2° Prévoir une ratification expresse des ordonnances un an au plus à compter de la promulgation de la loi d'habilitation, à peine de caducité.

Ces deux modifications, si elles devaient être adoptées – ce qui n'est apparemment pas dans les projets du gouvernement – auraient pour effet de supprimer la latitude laissée par la Constitution au législateur dans la détermination des deux délais dont sont assorties les ordonnances en vertu de l'article 38 : le délai d'habilitation et celui de ratification. Ces délais sont normalement définis dans la loi d'habilitation, et il y a quelque chose d'un peu étrange à venir restreindre de la sorte la compétence du législateur alors même que la proposition a pour finalité de renforcer son contrôle.

Proposition n°1 : un délai d'habilitation fixé à trois mois

Jusqu'à présent le délai d'habilitation est fixé librement par le législateur. La tendance récente est à un allongement de la durée de l'habilitation. Ainsi dans deux cas, on a vu le législateur consentir une habilitation allant jusqu'à trente-six mois, ce qui pouvait à la rigueur se justifier s'agissant dans le premier cas, où il était question d'une ordonnance de codification⁶¹, mais demeure sans doute contestable dans le second cas⁶². Le délai le plus fréquent est généralement celui de douze mois.

La proposition sénatoriale tend à ce que la Constitution prévoie désormais un délai de trois mois⁶³. Il faut noter que le Conseil constitutionnel, de jurisprudence constante, juge que le gouvernement « n'est pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation et qu'il ne lui est pas interdit de faire dépendre cette teneur des résultats de travaux et d'études dont il ne connaîtra que plus tard les conclusions »⁶⁴. La proposition sénatoriale suggère implicitement au constituant de tenir un quasi-lit de justice à l'encontre de cette jurisprudence. Certes, formellement, le gouvernement ne serait toujours pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances, mais un tel dispositif l'y inciterait fortement, comme le souligne le sénateur Pillet dans son rapport⁶⁵. De fait un tel délai, très bref, supposerait, du moins dans les matières complexes ou techniques, que les ordonnances soient rédigées en amont du dépôt du projet de loi ou de l'amendement d'habilitation, et il serait alors difficilement compatible avec l'exigence

⁶¹ Article 109 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique.

⁶² Article 51 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

⁶³ La proposition sénatoriale est d'ailleurs silencieuse sur la question de savoir si ce délai est fixe ou maximal. Dans la seconde hypothèse, le législateur conserverait la possibilité de restreindre encore davantage le délai d'habilitation.

⁶⁴ CC, décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*.

⁶⁵ Groupe de travail du Sénat sur la révision constitutionnelle, *40 propositions pour une révision de la Constitution utile à la France*, Rapport, p. 45.

de sincérité du débat parlementaire que la loi d'habilitation fasse l'impasse sur la teneur ou le contenu d'ordonnances déjà rédigées.

Une telle proposition pose néanmoins un problème de cohérence. En premier lieu, si elle était adoptée elle entraînerait – sciemment, puisque l'objectif est de dissuader de recourir aux ordonnances – la mobilisation simultanée des services du gouvernement pour la rédaction de deux textes presque concomitants (le projet de loi d'habilitation et l'ordonnance). Il en résulterait également que le Conseil d'Etat serait saisi deux fois à échéance très rapprochée, et pourrait lui aussi se fonder sur un avant-projet d'ordonnance pour rendre son avis sur la loi d'habilitation.

En second lieu, on voit mal alors pourquoi les sénateurs suggèrent (à la proposition 16) d'étendre aux ordonnances l'exigence d'étude d'impact, dès lors que l'ordonnance a déjà été largement préparée, voire rédigée, avant le dépôt du projet de loi d'habilitation. Une telle proposition, il est vrai, a pour objet de surmonter la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui s'oppose à ce que la loi organique exige que le projet de loi de ratification soit accompagné d'une étude d'impact, dès lors que l'impact en question concernerait nécessairement l'ordonnance elle-même⁶⁶. Cependant, étant donné que le gouvernement serait largement incité à faire connaître la teneur des ordonnances lors du projet de loi d'habilitation, on comprend mal la plus-value qu'il y aurait à exiger une étude d'impact venant s'ajouter à celle qui accompagne le projet de loi d'habilitation. Certes, le Conseil constitutionnel, dans la lignée de sa jurisprudence de 1986 (v. *supra*) exclut que l'obligation de joindre à celui-ci une étude d'impact soit interprétée comme imposant au gouvernement d'y faire connaître la teneur des ordonnances⁶⁷, mais il y a lieu de tenir au sujet de cette décision de 2009 le même raisonnement que celui tenu *supra* sur la décision 86-207 DC. On voit alors mal, dans ces circonstances, la nécessité pratique d'assortir d'études d'impact des ordonnances prises dans un délai d'habilitation de trois mois.

Enfin, une telle proposition, si elle devait être mise en œuvre, aurait pour conséquence paradoxale d'amoindrir le contrôle effectué par le Parlement sur le champ de l'habilitation. Dans l'état actuel des choses, rien ne s'oppose à ce que le Parlement restreigne ou conditionne le champ de l'habilitation initialement projetée par le gouvernement. Le « flou » dénoncé par le sénateur Pillet dans son rapport peut actuellement être pallié par les parlementaires eux-mêmes. En revanche, si le délai d'habilitation est ramené d'office à trois mois, et si, par conséquent, l'ordonnance est déjà largement rédigée avant le dépôt du projet de loi, les parlementaires seront très fortement incités à accepter l'habilitation projetée par le gouvernement, faute du temps nécessaire à l'adaptation éventuelle des ordonnances déjà rédigées à l'habilitation telle que redéfinie par le législateur. Ici encore, on croit remédier par des barrières constitutionnelles à des défauts qui tiennent bien davantage à la culture parlementaire française et à l'étendue du fait majoritaire ; et il n'est pas certain que le remède ne contribue pas à aggraver le mal.

Une limitation du délai d'habilitation par la Constitution serait sans doute souhaitable, mais il ne semble pas opportun de ramener ce délai à trois mois, surtout dans les matières complexes techniques où le recours aux ordonnances peut s'avérer utile. Un délai maximal de dix-huit mois, par exemple, laisserait suffisamment de marge de manœuvre au Parlement pour restreindre, quand il le juge nécessaire, la durée de l'habilitation.

⁶⁶ CC, décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, cons. 22.

⁶⁷ CC, Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, cons. 21.

Proposition n°2 : un délai de ratification fixé à un an

Jusqu'à présent, le délai de ratification est librement fixé par le législateur. Celui-ci est d'ailleurs tenu d'assortir son habilitation d'un tel délai, sauf à ce que celle-ci soit frappée d'inconstitutionnalité⁶⁸. Il demeure néanmoins libre quant aux modalités de fixation du délai, qui peut courir à compter de la promulgation de la loi d'habilitation⁶⁹ ou – comme c'est de plus en plus le cas – de la signature de l'ordonnance elle-même. La Constitution est jusqu'à présent silencieuse sur ce point.

L'expression « délai de ratification » est trompeuse. En effet la Constitution n'exige pas que l'ordonnance soit ratifiée à l'intérieur de ce délai, mais uniquement qu'un projet de loi de ratification soit déposé par le gouvernement avant son expiration, faute de quoi l'ordonnance est frappée de caducité. Cette exigence permet d'éviter que le Parlement puisse, par son inaction, faire obstacle à la pérennité de l'ordonnance, hypothèse particulièrement envisageable lorsque la majorité à l'Assemblée nationale a changé entretemps. Il en résulte cependant un régime complexe.

En effet, l'expiration du délai d'habilitation entraîne, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 38, le dessaisissement de l'exécutif, qui ne peut alors plus modifier les dispositions législatives de l'ordonnance. Plusieurs situations sont alors à envisager. Avant l'expiration du délai d'habilitation, l'ordonnance demeure un acte administratif susceptible d'être contesté par la voie du recours pour excès de pouvoir (ou de l'exception d'illégalité), que celui-ci soit dirigé contre l'ordonnance elle-même ou contre le refus de l'abroger⁷⁰. Après l'expiration du délai d'habilitation, et avant la ratification de celle-ci, l'ordonnance demeure un acte administratif, que cependant seul le législateur peut modifier (en ce qui concerne ses dispositions matériellement législatives). Le dépôt du projet de loi de ratification n'y change rien puisqu'il a seulement pour effet de prévenir la caducité de l'ordonnance. Dans cette hypothèse le refus d'abroger l'ordonnance ne peut plus faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁷¹, mais l'ordonnance peut néanmoins être contestée devant le juge administratif par la voie de l'exception d'illégalité soulevée à l'occasion d'un recours contre ses mesures d'application⁷². Lorsque, enfin, l'ordonnance est ratifiée, elle acquiert (pour toutes ses dispositions, y compris celles matériellement réglementaires) une valeur législative et ne peut plus être contestée que devant le Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse d'un recours *a priori* dirigé contre la loi de ratification⁷³ ou d'une QPC dirigée contre l'ordonnance elle-même⁷⁴.

La révision du 23 juillet 2008 est venue par ailleurs modifier la fonction de la loi de ratification. Est désormais exigée à l'alinéa 2 de l'article 38 une ratification expresse des ordonnances. La pratique antérieure s'était accommodé des ratifications implicites, en dépit de l'incertitude qui les entourait. Le Conseil d'Etat,

⁶⁸ CC, Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*. Cette jurisprudence perdrait bien sûr son objet si le délai de ratification devait être fixé par la Constitution elle-même, comme le proposent les sénateurs.

⁶⁹ Une exigence minimale de cohérence s'oppose, dans cette hypothèse, à ce que le délai de ratification soit inférieur au délai de ratification.

⁷⁰ CE, 3 novembre 1961, *Damiani*.

⁷¹ Cette jurisprudence ne ferme pas la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'ordonnance elle-même dans l'hypothèse où celle-ci serait prise très peu de temps avant l'expiration du délai d'habilitation, de manière à ce que les délais de recours n'aient pas expiré.

⁷² CE, 12 octobre 2016, *Syndicat national des entreprises des loisirs marchands*, n° 396170.

⁷³ CC, Décision n°83-156 DC du 28 mai 1983, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*.

⁷⁴ CC, Décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, *Patrick E.*

depuis un arrêt de 1957⁷⁵, admettait ainsi qu'une simple modification législative de l'ordonnance vaille ratification de cette dernière. Le Conseil constitutionnel, après avoir un temps exigé une « manifestation de volonté clairement exprimée »⁷⁶, s'était rangé à l'interprétation plus souple du Conseil d'Etat⁷⁷. Puisque la modification législative de l'ordonnance s'interprète comme valant ratification implicite, il résulte de la combinaison de l'alinéa 3 de l'article 38 et de son alinéa 2 tel que résultant de la révision de 2008 que la première modification de l'ordonnance susceptible d'intervenir après l'expiration du délai d'habilitation doit nécessairement être comprise dans la loi de ratification elle-même.

Dans cette perspective, la loi de ratification voit sa fonction légèrement modifiée. Alors qu'auparavant, seul le dépôt de cette loi importait, afin d'éviter la caducité de l'ordonnance – celle-ci pouvant fort bien n'être jamais ratifiée et être modifiée au gré des ratifications implicites –, la loi de ratification est – en principe – désormais le seul vecteur de modification de l'ordonnance une fois passé le délai d'habilitation. La proposition sénatoriale s'avère, de ce point de vue, intéressante, puisqu'elle vise à accompagner cette revalorisation de la loi de ratification. Elle entend tout d'abord modifier la fonction du délai de ratification ; et, par ailleurs, lui donner une durée fixe.

En premier lieu, les sénateurs proposent que l'expiration du délai de ratification ait pour effet de frapper l'ordonnance de caducité lorsque celle-ci n'a pas été effectivement ratifiée à l'intérieur de ce délai – et non plus uniquement lorsque le gouvernement omet de déposer le projet de loi de ratification. Dès lors, la pérennité de l'ordonnance dépendrait non seulement d'une formalité accomplie par le gouvernement, mais également du bon vouloir parlementaire. Cela crée la possibilité que, du seul fait de l'inaction du législateur, une ordonnance disparaisse brutalement du système juridique, ce qui semble de prime abord difficilement conciliable avec la volonté affichée de garantir le respect de l'exigence de sécurité juridique. Ce risque est néanmoins susceptible d'être tempéré, notamment en raison du renforcement du fait majoritaire ; il serait cependant utile de venir le limiter encore davantage en précisant par exemple que la procédure accélérée est de droit pour la loi de ratification. En tout état de cause cette proposition vaut d'être examinée avec sérieux, dans la mesure où elle permettrait de passer d'un système où l'ordonnance s'analyse comme une extension temporaire du champ d'intervention du pouvoir réglementaire à un système où elle apparaît davantage comme une entreprise de co-législation. Elle viendrait par ailleurs, clarifier le régime contentieux des ordonnances non ratifiées, puisque la caducité programmée de l'ordonnance ratifiée viendrait réduire automatiquement la période intermédiaire entre l'expiration du délai d'habilitation et la ratification effective. Enfin, l'adoption de la proposition sénatoriale parachèverait l'évolution mise en place par la révision de 2008 telle

En second lieu, les sénateurs proposent de fixer le délai de ratification à un an à compter de la promulgation de la loi d'habilitation. Pour des raisons analogues à celles exposées au sujet du délai d'habilitation, une telle modification ne nous paraît pas souhaitable. Tout d'abord, la solution qui consiste à faire courir le délai de la signature de l'ordonnance et non de la promulgation de la loi d'habilitation est sans doute la plus pragmatique ; ensuite si, comme on l'a soutenu plus haut, un délai d'habilitation de trois mois est trop bref, alors il en va automatiquement ainsi d'un

⁷⁵ CE, 25 janvier 1957, *Société des établissements charltonais*.

⁷⁶ CC, Décision n° 72-73 L du 29 février 1972

⁷⁷ v. CC, Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence* et surtout CC, Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*.

délai de ratification d'un an à compter de la loi d'habilitation, délai qui ne saurait s'accommoder d'une habilitation de six, douze ou dix-huit mois. C'est pourquoi, s'il n'est pas déraisonnable de fixer dans la Constitution un délai maximal de ratification, celui-ci devrait courir à compter de la signature de l'ordonnance. Une telle modification permettrait ainsi de répondre aux inquiétudes soulevées par le sénateur Pillet⁷⁸ dans son rapport quant aux risques d'insécurité juridique qui pourraient naître d'une ratification trop tardive.

⁷⁸ Groupe de travail du Sénat sur la révision constitutionnelle, *40 propositions pour une révision de la Constitution utile à la France*, Rapport, p. 46.

Proposition n° 21 : Engagement par le Gouvernement de la procédure accélérée

Par Jean-Philippe Suraud, doctorant en droit public et Zakia Mestari, doctorante en droit public

Les deux propositions n° 21 et 22 sont relatives à l'engagement par le Gouvernement de la procédure accélérée et notamment de la convocation de la commission mixte paritaire. Pour rappel, la procédure accélérée permet au Gouvernement d'une part de déroger aux délais minimaux d'examen avant la séance en assemblée et d'autre part de déroger à la règle des deux lectures par assemblée avant de pouvoir saisir la commission mixte paritaire. Celle-ci est, selon l'article 45 de la Constitution, la commission « *chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion* » dans le cas d'un « *désaccord entre les deux assemblées* », après deux lectures par chaque assemblée.

La proposition n° 21 évoque ainsi l'encadrement de l'engagement de la procédure accélérée par le Gouvernement par trois moyens.

D'abord, il s'agirait de permettre à la Conférence des présidents de chaque assemblée⁷⁹ de s'opposer à l'engagement de la procédure accélérée, contrairement aux dispositions actuelles de l'article 45 qui supposent une opposition conjointe des Conférences. La révision de cet alinéa permettrait une plus grande maîtrise du Parlement sur la procédure législative dans la mesure où l'Assemblée nationale ou le Sénat de manière indépendante pourraient s'opposer à l'engagement de cette procédure. Ainsi, le travail législatif pourrait être ralenti au service d'un débat plus long comprenant deux lectures du texte par chaque assemblée. Cette première hypothèse serait également le moyen d'asseoir l'importance de chacune des deux assemblées. Cela redonnerait une certaine maîtrise de la procédure législative aux assemblées, procédure qui relève de son domaine naturel de compétence. Il s'agirait, *de facto*, de protéger les assemblées contre une intervention abusive du Gouvernement dans la fabrique de la loi. Néanmoins, en période de fait majoritaire, la quasi soumission des assemblées au Gouvernement rendrait - d'un point de vue politique - cet article inefficace.

Ensuite, il s'agirait de rendre obligatoire la deuxième lecture dans la première assemblée saisie en cas d'introduction d'une « mesure nouvelle » par la seconde assemblée, en gardant la possibilité pour la Conférence des présidents de s'opposer à cette deuxième lecture. Ainsi, c'est l'assemblée saisie en premier lieu qui regagne une certaine maîtrise - bien qu'incomplète - de la procédure, encadrant la procédure accélérée engagée par le Gouvernement. Ce renversement du rapport de force entre

⁷⁹ Article 47, alinéa 1^{er}, du règlement de l'Assemblée nationale : « *La Conférence des présidents se compose, outre le Président, des vice-présidents de l'Assemblée, des présidents des commissions permanentes, des rapporteurs généraux de la Commission des affaires sociales et de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, du président de la Commission des affaires européennes et des présidents des groupes.* »

Article 29, alinéa 1^{er}, du règlement du Sénat : « *Présidée par le Président du Sénat, la Conférence des présidents comprend les vice-présidents, les présidents des groupes, les présidents des commissions permanentes, les présidents des commissions spéciales intéressées, le président de la commission des affaires européennes ainsi que les rapporteurs généraux de la commission des finances et de la commission des affaires sociales.* »

pouvoirs exécutif et législatif améliorerait également le travail législatif et répondrait à l'objectif de qualité de la loi. Cela semble cohérent avec la dynamique engagée au profit d'une revalorisation du parlementarisme, notamment depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. En effet, l'objectif des sénateurs est ici de réduire le champ d'intervention de l'exécutif, notamment en ajoutant une étape dans la procédure parlementaire. Ce deuxième point de la proposition n° 21 touche au droit d'amendement et plus précisément aux « mesures nouvelles », c'est-à-dire les amendements, déposés par le Gouvernement ou les parlementaires, ajoutant des dispositions au texte initial. Ces dispositions nouvelles doivent être connues par la première assemblée puisque le but de la navette parlementaire est, pour les deux assemblées, de parvenir à un texte commun.

Enfin, il s'agirait de supprimer la possibilité de déroger aux délais minimaux d'examen des textes en première lecture (six semaines devant la première assemblée, quatre semaines devant la seconde) et d'augmenter ces délais (huit semaines devant la première assemblée et cinq devant la seconde). L'urgence, selon la proposition⁸⁰, pouvant être éventuellement constatée, la Conférence des présidents pourrait permettre cette dérogation aux délais minimaux. Là encore, les assemblées garderaient la maîtrise de la procédure, même accélérée, ce qui semble cohérent au regard de l'exigence de qualité de la loi et de séparation des pouvoirs exécutif et législatif.

Si l'enjeu semble ici de déposséder le Gouvernement d'un outil d'accélération de la procédure législative, c'est également le marqueur d'une volonté pour le Sénat de remettre l'accent sur le temps du débat parlementaire nécessaire à la qualité de la loi. La procédure accélérée est un témoin de la rationalisation du parlementarisme logique pour les constituants de 1958 voulant rompre avec le parlementarisme absolu des III^{ème} et IV^{ème} République, mais elle semble incohérente aujourd'hui du fait de la constante revalorisation du parlementarisme. Le Sénat avait déjà, lors de l'examen en première lecture de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, proposé l'augmentation des délais minimaux d'examen des textes ainsi que l'impossibilité pour le Gouvernement de réduire ces derniers sauf avis favorable de la Conférence des présidents. Le Sénat semble donc ici adopter la même logique de revalorisation du travail parlementaire et d'encadrement de l'intrusion du pouvoir exécutif dans la procédure législative.

Les Conférences des présidents sont actuellement cantonnées à un rôle d'opposition conjointe en cas d'engagement par le Gouvernement de la procédure accélérée, sous-entendu notamment dans l'article 45, alinéa 2. Leur rôle serait avec cette révision de perpétuer la dynamique de revalorisation du parlementarisme, encadrant davantage l'intervention exécutive dans la procédure législative. La procédure accélérée, qui ne serait pas supprimée, resterait un moyen d'action du pouvoir exécutif dans le pouvoir législatif. Néanmoins, le Parlement, par les Conférences des présidents, aurait un moyen d'action réciproque équivalent dans la mesure où la procédure accélérée ne pourrait être mise en place sans l'accord desdites Conférences. Elles deviendraient donc l'instrument de la revalorisation du rôle du Parlement. Il s'agirait donc dans le texte constitutionnel de supprimer

⁸⁰ « [...] Supprimer la possibilité de déroger aux délais minimaux d'examen des textes en première lecture dans chacune des deux assemblées, sauf urgence constatée par sa Conférence des Présidents [...] »

l'obligation d'action conjointe des Conférences des présidents⁸¹. Le nouvel alinéa 2 de l'article 45 pourrait être ainsi rédigé : « *Lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux assemblées, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté après deux lectures par chaque assemblée ou, si le Gouvernement a décidé d'engager la procédure accélérée sans que l'une des Conférences des présidents de chaque assemblée s'y soit opposée, après une seule lecture par chacune d'entre elles, le Premier ministre ou, pour une proposition de loi, le président de chaque assemblée, ont la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire sur les dispositions restant en discussion.* ».

La proposition n° 21 visant à encadrer l'engagement par le Gouvernement de la procédure accélérée semble en adéquation avec l'objectif du Sénat d'améliorer la procédure législative et la qualité de la loi. En effet, les moyens d'action du Parlement venant limiter l'intervention du Gouvernement seraient augmentés, ce qui permettrait une navette parlementaire plus efficace donc une revalorisation du Parlement dans la procédure législative. Cela semble aller à contre-courant de la volonté annoncée du Président Emmanuel MACRON de faire « *de la procédure d'urgence la procédure par défaut d'examen des textes législatifs afin d'accélérer le travail parlementaire* »⁸². L'emploi du terme procédure « *d'urgence* » a été remplacé lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 par « *procédure accélérée* », ce qui témoignait déjà de la volonté pour le pouvoir exécutif d'engager cette procédure alors même que l'urgence n'était pas constatée. La volonté du Président d'en faire la procédure par défaut ne sera pas à même d'améliorer la qualité de la loi et de « *rénover la démocratie* », ces deux éléments passant évidemment par une meilleure navette parlementaire.

⁸¹ Cette obligation d'action conjointe est constitutionnalisée à l'alinéa 2 de l'article 45 de la Constitution qui dispose notamment que la procédure accélérée ne peut être engagée par le Gouvernement que si « *les Conférences des présidents [ne s'y sont pas] conjointement opposées* ».

⁸² Programme d'Emmanuel MACRON pour l'élection présidentielle de 2017, page 27.

Proposition n° 22 : Inscription à l'ordre du jour parlementaire

par Jean-Philippe Suraud, doctorant en droit public et Zakia Mestari, doctorante en droit public

La proposition n° 22 évoque la possibilité pour les assemblées de décider elles-mêmes d'inscrire à leur ordre du jour le texte élaboré par la commission mixte paritaire dans le cas d'une proposition de loi.

L'alinéa 3 de l'article 45 de la Constitution précise actuellement que « *le texte élaboré par la commission mixte peut être soumis par le Gouvernement pour approbation aux deux assemblées* ». Dans ces termes, il est sous-entendu que le texte est inscrit à l'ordre du jour des assemblées à l'initiative du Gouvernement. Ainsi, c'est le Gouvernement qui garde la maîtrise de la procédure accélérée, y compris après la réunion de la commission mixte paritaire, pourtant conçue comme outil de compromis parlementaire. Instituée en 1958, la possibilité de recourir à la commission mixte paritaire est pensée notamment pour débloquer la procédure législative et permettre aux deux assemblées de se mettre d'accord, et non forcément comme un outil d'accélération de la procédure. En effet, la volonté du constituant est alors de rompre avec l'ultra parlementarisme des III^{ème} et IV^{ème} République, notamment celui de la IV^{ème} où l'Assemblée nationale était seule maître de la procédure législative, le Conseil de la République n'émettant que des avis jusqu'en 1954.

Le pouvoir exécutif quant à lui est impliqué à tous les niveaux de la procédure accélérée, ce qui peut sembler logique dans le cas d'un projet de loi mais qui est plus étonnant lorsqu'il s'agit d'une proposition de loi. C'est ce que le groupe sénatorial propose de réviser dans sa proposition n° 22 en permettant « *aux assemblées de décider elles-mêmes d'inscrire à leur ordre du jour le texte élaboré par la commission mixte paritaire dans l'hypothèse où [elle] se serait réunie à leur initiative* ». En effet, l'enjeu semble ici pour le Sénat de déposséder le Gouvernement de l'outil « commission mixte » comme moyen d'accélération de la procédure législative. Si le Gouvernement ne dispose plus du texte pour le mettre à l'ordre du jour, il n'aura alors que peu d'intérêt d'utiliser cette procédure en tant que moyen d'accélération. En effet, dans le cas où la commission mixte paritaire est parvenue à l'élaboration d'un texte, celui-ci peut être soumis par le Gouvernement pour approbation par les deux assemblées. Dans ce cas, le droit d'amendement des parlementaires se trouve extrêmement limité puisque, selon l'article 45, alinéa 3, de la Constitution, « *Aucun amendement n'est recevable sauf accord du Gouvernement* ». L'objectif en permettant aux assemblées de décider d'inscrire elles-mêmes le texte élaboré par la commission à leur ordre du jour est donc certainement de restreindre l'intervention du pouvoir exécutif après la réunion de ladite commission. Ainsi, les assemblées récupèrent la maîtrise de la procédure paritaire et le Gouvernement est dépossédé d'un outil majeur d'accélération de la procédure dans la mesure où l'intérêt pour lui de recourir à cette procédure sera limité.

Néanmoins, cette mesure ne concerne que les propositions et non les projets de loi. Il semblerait qu'il s'agisse de redonner au Parlement la maîtrise de la procédure, même accélérée, au détriment du Gouvernement qui ne pourra disposer que du texte issu de la discussion sur un projet de loi. Pour les propositions de lois

au moins, la procédure législative sera dans les mains des assemblées, ce qui témoigne une nouvelle fois d'une volonté de revaloriser le parlementarisme et la procédure. Cependant, le groupe sénatorial semble dans cette proposition distinguer la procédure paritaire selon qu'il s'agit d'une proposition de loi ou d'un projet de loi. La maîtrise parlementaire de la procédure ne s'applique ici qu'aux propositions de lois, ce qui laisse penser pour les projets de loi que le Gouvernement est légitime à intervenir dans la procédure. Cela paraît paradoxal, puisque l'idée de revaloriser le rôle du Parlement passe évidemment par la procédure législative. Seulement, cette procédure législative est partagée entre les textes d'origine parlementaire et les textes d'origine gouvernementale. Le fait que le Sénat propose ici de ne réviser la Constitution que concernant les propositions de lois, c'est-à-dire les textes d'initiative parlementaire, peut apparaître comme un abus de faiblesse face à un Gouvernement devenu quasi législateur.

La révision constitutionnelle de 2008 a permis notamment aux assemblées de retrouver la maîtrise de leur ordre du jour. Dans sa rédaction initiale, l'article 48 de la Constitution disposait que « *l'ordre du jour des assemblées comport[ait], par priorité et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, la discussion des projets de loi déposés par le Gouvernement et des propositions de loi acceptées par lui.* ». Depuis 2008, l'article 48 précise que « *l'ordre du jour est fixé par chaque assemblée* ». Ainsi, la révision constitutionnelle de 2008 a permis la revalorisation du rôle du Parlement en ce que les assemblées retrouvent l'initiative de la vie parlementaire, qui reste néanmoins partagée avec le Gouvernement⁸³. Sur ce point, la proposition n° 22 semble dans la continuité de la revalorisation dans la mesure où il s'agirait de réviser l'article 45, alinéa 3, de la Constitution, qui pourrait être rédigé ainsi : « *Le texte élaboré par la commission mixte peut être soumis pour approbation aux deux assemblées à l'initiative de chacune d'entre elles.* ».

Là encore, la proposition semble en adéquation avec l'objectif d'amélioration de la procédure législative. Les assemblées seraient maîtresses de l'ordre du jour y compris après la réunion de la commission mixte paritaire, bien que ce point ne concerne en l'état que les propositions de lois. Les projets de lois, même une fois passés par la commission mixte, resteraient soumis à la volonté du Gouvernement de les soumettre ou non aux assemblées. Ce partage de compétences en fonction de l'initiative gouvernementale ou parlementaire n'est pas anodin.

⁸³ Notamment par l'alinéa 2 de l'article 48 qui dispose que « *Deux semaines de séance sur quatre sont réservées par priorité, et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, à l'examen des textes et aux débats dont il demande l'inscription à l'ordre du jour* ».

Proposition n° 23 : Procédure législative après commission mixte paritaire

par Jean-Philippe Suraud, doctorant en droit public et Zakia Mestari, doctorante en droit public

La proposition n°23 est relative à la conservation, en cas d'échec de la Commission mixte paritaire de proposer un texte commun, d'une lecture par assemblée avant le vote définitif de l'Assemblée nationale. Le recours à la Commission Mixte Paritaire (CMP) n'aboutit pas nécessairement à un texte de compromis, principalement en raison d'enjeux politiques rendant impossible tout texte de compromis. Ce sera le dernier texte voté par l'Assemblée nationale qui sera alors renvoyé aux assemblées. Le Gouvernement peut demander, après une dernière lecture dans chacune des assemblées, que l'Assemblée nationale procède à un vote définitif, mettant fin à la navette parlementaire.

Simple rappel de dispositions déjà existantes, les sénateurs justifient cette proposition en invoquant l'importance du bicamérisme de la V^{ème} République. Cependant, si dans une première lecture une telle justification semble être louable, dans le fond de la procédure les sénateurs se gardent de préciser le poids institutionnel qu'ils conserveraient avec une telle proposition.

C'est une disposition originale de 1958 qui embrasse pleinement la volonté de rationalisation du parlementarisme se concrétisant par deux logiques institutionnelles sous la V^{ème}.

D'une part, une logique bicamérale renforcée, qui permet au Sénat d'être une chambre limitant le pouvoir substantiel de l'Assemblée nationale mais surtout qui permet de garantir une certaine qualité de la loi qui se nourrit des débats entre les assemblées.

D'autre part, une logique garantissant au Gouvernement les moyens de contrôler la procédure législative substantiellement et formellement, en garantissant que sa majorité vote le texte et mette fin au potentiel blocage institutionnel en imposant à l'Assemblée nationale le vote ultime. Une telle procédure doit permettre au Gouvernement de faire voter sa majorité sur un de ses projets. Lors de concordance politique entre les assemblées, une telle procédure n'est que peu utilisée car les cas où la procédure de la CMP n'aboutit pas sont rares et souvent issus d'enjeux rédactionnels. Cette procédure permet donc au gouvernement de faire voter sa majorité en cas de conflit avec le Sénat et permet d'éviter des obstructions délétères du Sénat en cas d'antagonisme politique entre les assemblées.

À la suite de l'échec de la CMP, le dernier texte voté par l'Assemblée est renvoyé à celle-ci et la navette continue. Après une lecture dans chaque assemblée le Gouvernement peut demander que l'Assemblée nationale statue définitivement sur « *le dernier texte votée par elle, modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements adoptés par le Sénat* »⁸⁴. Le vote est un vote d'ensemble et tout

⁸⁴ Article 45 de la Constitution.

pouvoir d'amendement est supprimé, tant pour les députés que pour le Gouvernement⁸⁵.

À la première lecture de l'article 45, alinéa 4, de la Constitution le texte sur lequel statue *in fine* l'Assemblée est le dernier texte qu'elle aurait elle-même modifié sur lequel s'ajoutent les amendements du Sénat. Le Conseil constitutionnel précise que « *par un ou plusieurs des amendements par le Sénat* » doit être entendu comme « *la dernière lecture par lui du texte en discussion* »⁸⁶ ce qui revient à faire voter l'Assemblée nationale sur le texte voté par le Sénat, et non pas, comme le laisse entendre la Constitution, sur le dernier texte voté par elle. De plus, les amendements sont doubles. En effet, depuis 2008 le texte voté en séance par le Sénat est le texte amendé par la commission, ce qui ouvre la voie à plusieurs interprétations : les amendements valables pour le vote définitif sont-ils les amendements votés en séance ou les amendements votés en commission ? L'Assemblée nationale considère qu'elle n'est liée que par les amendements votés en séance, interprétation qui semble logique pour l'Assemblée nationale qui lui permet de ne pas être substantiellement liée au travail du Sénat quand on connaît l'importance du travail de la commission sur le texte.

Le vote définitif est un vote d'ensemble dans lequel aucun amendement n'est recevable, ce qui *de facto* lie l'Assemblée nationale aux modifications du Sénat qui ne peut plus amender le texte et la cantonne à un simple vote.

Cette proposition est une réponse des Sénateurs aux annonces du Gouvernement de vouloir accélérer la procédure législative, notamment à la suite d'un échec de la CMP. Le Gouvernement souhaiterait limiter les lectures sur le texte à une lecture en séance au Sénat, sans passer par les commissions avant de renvoyer le texte à l'Assemblée nationale pour le vote définitif⁸⁷. Le Sénat souhaite rappeler son implication dans la procédure législative dans une période où il est souvent brandi politiquement comme une chambre inefficace et rallongeant constamment la procédure législative. Par cette proposition le Sénat garantit aussi son importance institutionnelle et lui permet de réaffirmer son attachement au bicamérisme, ainsi que son attachement à garantir un débat parlementaire nécessaire à la garantie de la qualité de la loi.

Cette proposition, qui semble en première lecture anodine, répond *in fine* à un véritable enjeu politique et institutionnel qui permet au Sénat de garder la dernière lecture de fond en imposant à l'Assemblée nationale, et surtout au Gouvernement et à sa majorité, certaines dispositions législatives en cas d'antagonisme politique. Bien que les sénateurs brandissent le label du bicamérisme et les enjeux de la qualité, il est difficile de ne pas croire que ces derniers ne souhaitent pas garder une domination institutionnelle et donc politique sur l'Assemblée nationale dans cette situation très précise.

⁸⁵ Cons. const., n° 85-191 DC, 10 juillet 1985.

⁸⁶ Cons. const., n° 91-290 DC, 9 mai 1991.

⁸⁷ Journal Contexte 8 mars 2018 https://www.contexte.com/article/pouvoirs/document-contexte-le-gouvernement-veut-dynamiter-la-procedure-parlementaire-2_84041.html

Proposition n° 24 : Discussion des projets de loi constitutionnelle sur le texte de la commission

par Jean-Philippe Suraud, doctorant en droit public et Zakia Mestari, doctorante en droit public

La proposition n°24 entend étendre le pouvoir des commissions aux projets de lois constitutionnelles. Selon les sénateurs rien ne justifie que la discussion se fasse sur le texte initial du projet. Ces derniers n'avancent aucun argument autre que celui de la cohérence pour que le texte étudié en première lecture soit le texte de la commission. Une telle proposition cache cependant un enjeu politique non négligeable dans le déroulement des débats portant sur une révision constitutionnelle portée par le gouvernement.

Cette proposition s'insère largement dans le processus entamé par la révision constitutionnelle de 2008 qui cherche à donner une meilleure maîtrise de la procédure législative aux assemblées, notamment en dépossédant substantiellement le Gouvernement de la procédure, c'est-à-dire sur le fond de ses projets de lois. La révision de 2008 a largement étendu le pouvoir substantiel des commissions dans la procédure législative en faisant de ces dernières « *le « fabricant » de la loi, [...], avec un travail essentiel d'écriture, voire de réécriture* »⁸⁸. L'article 42 de la Constitution prévoit en effet depuis 2008 que le texte discuté en séance sera le texte modifié et amendé par les commissions. La commission, plus qu'un simple moyen permettant d'améliorer le travail législatif, en désencombrant des amendements techniques et rédactionnels les débats en séance, est devenu le véritable pilier de la procédure législative.

Cependant, suivant les propositions du rapport Balladur, la révision de 2008 a écarté trois types de projets de lois spécifiques de ce travail des commissions : les projets de lois de finances, les projets de lois de financements de la sécurité sociale, et les projets de lois constitutionnelles⁸⁹. Le rapport justifie ces exceptions pour les lois de finances et les lois de financement de la sécurité sociale par des pratiques parlementaires faisant de ces projets de lois des prérogatives du Gouvernement pour conduire son action publique. Le rapport Balladur reste cependant tout aussi loquace que les sénateurs sur la raison pour laquelle le texte initial des projets de révision constitutionnelle est discuté en séance.

Une telle proposition nous amène à questionner les raisons juridiques et politiques d'un tel « oubli » en 2008.

La procédure concernant les projets et propositions de lois constitutionnelles est spéciale. Bien que l'article 118 du Règlement de l'Assemblée Nationale (RAN) précise que « *les révisions constitutionnelles sont examinées, discutées et votées selon la procédure [législative ordinaire]* » un certain nombre d'exceptions sont prévues. À titre d'exemple, les membres du Gouvernement n'assistent pas aux votes en commission (art. 117-1 al. 3 RAN), la procédure d'examen simplifiée est

⁸⁸ J.-L. HERIN, « La nouvelle procédure législative au Sénat ou comment concilier l'accroissement du rôle de la commission avec le primat de la séance plénière » in *Pouvoirs*, 2011/4 n°139, p. 123.

⁸⁹ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, E. BALLADUR, *Une V^{ème} République plus démocratique*, octobre 2017, p. 49.

impossible, ainsi que la procédure accélérée. De plus, les projets de révisions constitutionnelles ne font pas l'objet d'une étude d'impact⁹⁰, disposition qui paraît logique au regard de la portée d'un tel texte. Le texte constitutionnel ne fait pas partie de la conduite d'une politique publique gouvernementale et ne rentre pas dans le cadre du contrôle de la politique du Gouvernement par les assemblées. Dès lors, le travail de contrôle de la commission sur le projet de révision constitutionnelle ne se justifie pas nécessairement.

Enfin, le pouvoir d'amendement des parlementaires n'est, dans le cadre d'un projet ou d'une proposition de loi constitutionnelle, pas restreint. Les irrecevabilités spéciales n'existent plus. L'article 41 de la Constitution ne s'appliquera plus en raison de la souveraineté du pouvoir constituant. Le Conseil constitutionnel considère en effet que le pouvoir constituant « *est loisible d'abroger de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée* ». ⁹¹

Les prérogatives du Gouvernement en matière législative sont donc largement restreintes dans le cadre de la révision constitutionnelle, ce qui se justifie au regard de l'article 3 de la Constitution. Le Gouvernement est en effet très rapidement dépossédé de son texte en cas de révision constitutionnelle. Il est difficile de considérer le Gouvernement comme un représentant du peuple dans le régime de la V^{ème} République ce qui permet de justifier que le projet constitutionnel puisse être remanié en commission avant la séance. Cependant, cette analyse ne se justifie guère au regard des larges pouvoirs des assemblées au cours de la procédure législative spéciale d'élaboration des lois constitutionnelles.

Finalement, rien ne semble justifier juridiquement que le texte discuté en première lecture ne soit pas celui de la commission, mais rien ne justifie que cela le soit tout autant. Le seul souci de cohérence semble être l'unique justification pour élargir le pouvoir des commissions aux révisions constitutionnelles.

Cependant ce serait, *in fine*, cacher l'impact de la commission sur le débat relatif à une révision constitutionnelle. Si le débat sur le fond est important dans une révision constitutionnelle, le débat sur la forme et sur la rédaction des textes l'est peut-être tout autant, mais assurément plus que dans le cadre d'une loi ordinaire. Le texte de la Constitution est la source d'interprétation constitutionnelle menant régulièrement à des controverses doctrinales et politiques ayant un impact majeur sur le fonctionnement des institutions et la protection des droits fondamentaux. Dès lors, l'enjeu rédactionnel devient un enjeu politique essentiel où chaque terme, chaque tournure grammaticale ou syntaxique peut avoir des effets inattendus⁹². Le pouvoir de la commission de modifier le texte à travers son pouvoir d'amendement - qui est rappelons-le élargi dans cette procédure spéciale - permet à cette dernière de déposséder le Gouvernement de son poids politique sur la rédaction du texte. Le débat s'ouvrira le cas échéant sur la rédaction qu'aura proposée la commission. Et bien souvent, celui qui pose les premiers mots du débat en maîtrise l'issue, du moins le déroulement. Le travail d'écriture de la commission devient donc essentiel ici et ne se limite pas seulement à évacuer de simples débats délégués rédactionnels pour gagner du temps en séance. Bien que, dans la procédure de révision, le

⁹⁰ Article 11 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009.

⁹¹ Cons. const., n° 92-312 DC, 2 septembre 1991, *Maastricht II*, cons. 19.

⁹² On peut citer le cas d'école de la « signature des ordonnances » en 1986.

Gouvernement ne dispose plus de l'arsenal dont il jouit dans la procédure législative ordinaire, garder cette première lecture ne peut se résumer, *de facto*, à un simple pis-aller.

Une telle proposition semble par conséquent assez cohérente avec la logique institutionnelle de la V^{ème} République dans laquelle le Gouvernement ne devrait pas disposer de moyens exceptionnels en matière de révision constitutionnelle. Il ne doit que *déterminer la politique de la nation* et laisser aux représentants le soin d'en encadrer son application par le pouvoir de révision.

Proposition n° 25 : Temps de parole du Gouvernement devant les assemblées parlementaires

Par Rémi Pradalier, Doctorant en droit public et Estelle Poizat, Doctorante en droit public

L'alinéa 1er de l'article 31 de la Constitution de 1958 dispose que : « *Les membres du Gouvernement ont accès aux deux Assemblées. Ils sont entendus quand ils le demandent* ». Deux conséquences découlent de cet alinéa de l'article 31. D'une part, le Règlement intérieur des assemblées ne peut en aucun cas restreindre le droit des ministres d'être entendus quand ils le demandent. D'autre part, les ministres ne sont en principe juridiquement pas limités dans leur temps de parole.

La proposition 25 suggère de réglementer certaines prérogatives du gouvernement et notamment son temps de parole. Pour ce faire, il est proposé de compléter l'article 31 de la Constitution afin de contraindre la prise de parole du gouvernement « *aux conditions fixées par le Règlement des assemblées* ».

Si cette mesure venait à être votée, alors la prise de parole des membres du Gouvernement se verrait encadrer par le Règlement des assemblées. Chaque assemblée aura la possibilité de limiter non pas la liberté d'accès à la parole du Gouvernement, qui reste un principe constitutionnel, mais plutôt le temps alloué à chaque intervention. Constitutionnellement, les membres du Gouvernement auraient ainsi les mêmes droits que les représentants des commissions que sont le Président et le rapporteur de la commission.

Le but de cet amendement n'est donc pas d'empêcher la prise de parole, mais bien d'en limiter le temps.

Cette proposition doit être appréciée au regard de l'Histoire constitutionnelle, du droit comparé, de sa cohérence avec la Constitution de la Ve République française ainsi que l'objectif poursuivi par ces 40 propositions soutenues par le Président du Sénat, Monsieur Gérard Larcher, de « *fluidifier les procédures* » et de renforcer « *l'efficacité de l'examen des textes par le Parlement (...) en trouvant des marges de progression sans pour autant affaiblir la qualité des débats.* »

I. Une invariabilité constitutionnelle du principe de liberté de parole institué par le constituant et défendu par le Conseil constitutionnel

A. Un principe du droit de parole des membres du Gouvernement présent dans les trois dernières Constitutions françaises

La rédaction des articles encadrant la capacité d'intervention et le temps de parole du Gouvernement, n'a pas évolué depuis la Constitution de la IIIe République, que ce soit dans le fond ou dans la forme. La Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics précisait dans son article 6 que « *Les ministres ont leur entrée dans les deux chambres et doivent être entendus quand ils le demandent* », de même, l'article 53 de la Constitution de 1946 disposait que « *Les ministres ont accès aux deux Chambres et à leurs commissions. Ils doivent être entendus quand ils le demandent* ». C'est ainsi que la constituante de 1958 a naturellement entériné cette disposition en son article 31 : « *Les membres du Gouvernement ont accès aux deux Assemblées. Ils sont entendus quand ils le demandent* ».

Cette stabilité constitutionnelle souligne que, malgré les changements de système (parlementaire ou semi présidentiel), il y a une volonté de la part du constituant de

laisser une totale liberté au Gouvernement d'intervenir afin d'orienter et de clarifier le débat.

C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel a veillé à protéger rigoureusement la portée de cet article, d'autant plus que sous la Ve République, ce principe est, et a été, grandement utilisé.

B. Une règle rigoureusement protégée par le Conseil constitutionnel

Cette règle est ancrée solidement dans notre droit constitutionnel et bénéficie ainsi d'une grande protection de la part du Conseil constitutionnel qui a systématiquement rappelé son inconditionnalité et est venu censurer les textes du Règlement des assemblées venant tenter d'atténuer ou d'aménager ce droit.

Le Conseil a plusieurs fois rappelé qu'il ne peut être « *fait obstacle à l'application des dispositions de l'article 31 de la Constitution, alinéa 1er, aux termes desquelles les membres du Gouvernement sont entendus par les assemblées quand ils le demandent, sans que la durée de leur intervention ne puisse être limitée* ». Ainsi, le Conseil a notamment déclaré inconstitutionnelles les dispositions assignant au Gouvernement un temps de parole de cinq minutes⁹³ ou la restriction dans certains cas de la prise de parole de membres du Gouvernement.⁹⁴

Ce principe connaît tout de même une exception en France, les *questions au Gouvernement*, une procédure qui a dû être passée en marge des Règlements des assemblées et acceptée par le Gouvernement, afin de ne pas risquer une censure de la part du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 31 de la Constitution de 1958. En 1974, son élaboration par la Conférence des présidents a été permise grâce à une convention passée entre le Gouvernement et le Parlement afin de ne pas risquer une censure devant le Conseil constitutionnel. Ce principe est aujourd'hui consacré par l'article 48 de la Constitution.

II. Une liberté gouvernementale largement répandue en Europe à l'exception de cas particuliers

A. Un principe qui semble inhérent aux démocraties européennes

Comme la Constitution française, la grande majorité des systèmes parlementaires européens prévoient le même principe. Que ce soit dans la Constitution de la République italienne de 1946⁹⁵, dans la Constitution belge de 1994⁹⁶, la Constitution espagnole de 1978⁹⁷, la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne de 1949⁹⁸ ou encore dans les textes fondamentaux britanniques, le même principe et la même formule reviennent systématiquement. Toutefois, la France se démarque puisqu'elle est le système qui utilise le plus cette prérogative en comparaison à ses homologues européens.

⁹³ Cons. const., 17, 18, et 19 juin 1959, déc. n° 59-2 DC

⁹⁴ Cons. const., 20 nov. 1969, déc n° 69-37 DC et Cons. const., 17 mai 1973, déc n° 73-49 DC

⁹⁵ Article 64 : « [...] Les membres du gouvernement, même s'ils ne font pas partie des chambres, ont le droit et, s'ils en sont requis, l'obligation d'assister aux séances. Ils doivent être entendus chaque fois qu'ils le demandent. »

⁹⁶ Article 100 : « Les ministres ont leur entrée dans chacune des Chambres et doivent être entendus quand ils le demandent. [...] »

⁹⁷ Article 110 : « Les membres du gouvernement ont accès aux réunions des chambres et des commissions et la faculté de se faire entendre d'elles, et ils peuvent demander qu'elles entendent des fonctionnaires de leurs départements »

⁹⁸ Les membres du Bundesrat et du Gouvernement fédéral ainsi que leurs délégués ont accès à toutes les séances du Bundestag et de ses commissions. Ils doivent être entendus à tout moment.

Cette systématisation démontre une certaine nécessité pour chacun de ces systèmes d'un Gouvernement prépondérant dans la conduite des débats parlementaires.

Bien que ce principe semble être indispensable au bon fonctionnement de nombreuses démocraties, certaines Constitutions européennes ont mis en place différents aménagements.

B. L'exemple du Danemark et du Portugal

Bien que largement répandue, cette conception n'est pas endogène à l'ensemble des systèmes parlementaires européens. En effet, deux exemples peuvent être cités comme le Portugal et le Danemark qui sont venus régler la liberté d'intervention des membres du Gouvernement. Ce principe constitutionnel doit ainsi se conformer aux règlements intérieurs des assemblées⁹⁹¹⁰⁰. Dans les deux cas, ce n'est pas la question de la liberté de prise de parole du Gouvernement devant le Parlement qui est remise en cause, mais bien les règles qui sont imposées à ce droit. Le règlement des assemblées vient donc non seulement mettre à égalité les parlementaires ainsi que les membres du Gouvernement devant la procédure de prise de parole, mais parfois même, dans le cas du Portugal¹⁰¹ notamment, vient limiter dans le temps ladite intervention.

C'est dans cette optique que le Sénat fait ici cette proposition.

III. Une réforme cohérente avec la transformation de la Constitution de la Vème République et avec les objectifs poursuivis par les propositions du Sénat

Les trois Républiques françaises successives ont constamment garanti l'inconditionnalité du droit de parole des membres du Gouvernement. La révision de 2008 n'est pas revenue sur ce principe. Cependant, ses apports en termes de rééquilibrage des pouvoirs législatifs entre les parlementaires et le Gouvernement au sein des assemblées amènent à se questionner sur le maintien de ce principe dans le système constitutionnel français. L'objectif premier de la réforme de 2008 était double : le rééquilibrage des pouvoirs entre le Parlement et le Gouvernement ainsi que le positionnement des commissions parlementaires au centre du travail législatif. En ce sens, cette proposition 25 permet la réalisation de ces deux objectifs. D'une part, le temps de parole du Gouvernement aligné sur les « *représentants des commissions* » conforterait les commissions, et plus particulièrement ses représentants, dans un rôle de nouvel épiscentre du travail législatif au sein des assemblées. D'autre part, l'harmonisation des droits des représentants des commissions et du Gouvernement permet une reprise en main par le Parlement du déroulement de la procédure législative faite en son sein et de ce fait un plus grand équilibre des pouvoirs au sein des assemblées.

⁹⁹ Article 40 de la Constitution danoise de 1953 : « En vertu de leur charge, les ministres ont accès au Folketing et ont le droit d'y demander la parole pendant les débats aussi souvent qu'ils le désirent, en observant par ailleurs, le règlement intérieur. »

¹⁰⁰ Article 177 de la Constitution portugaise de 1976 : « Les ministres ont le droit d'assister aux séances plénières de l'Assemblée de la République. Ils peuvent se faire assister ou remplacer par les secrétaires d'État, et les uns et les autres peuvent prendre la parole conformément au règlement de l'Assemblée. »

¹⁰¹ Article 78 du règlement intérieur de l'Assemblée de la République portugaise : « les interventions visées à l'article 76, paragraphe 3, ne peuvent dépasser six minutes et sont suivies d'une période de débat d'une durée de trente minutes maximum ».

Ce sont par des mesures suivant ces deux principes qu'il sera possible d'atteindre une plus grande célérité dans la production législative tout en améliorant la qualité du travail parlementaire.

Conclusion

Cette proposition s'insère dans l'un des quatre axes de travail du groupe de travail sénatorial qu'est : « *Rénover le travail parlementaire au service de la qualité de la loi et de la lutte contre l'inflation normative* ». Elle est de ce fait cohérente, non seulement à l'égard de l'ensemble des objectifs visés par les 40 propositions faites par le Sénat, mais également à l'égard de la réforme de 2008 et la dynamique constitutionnelle donnée au travail parlementaire.

Cependant, le fait de passer par le Règlement des assemblées expose ce principe au risque important d'une censure du Conseil constitutionnel. Celui-ci se montre lié par la rédaction de cet article et refuse de l'interpréter librement. Il semble alors plus envisageable de mettre en place dans un premier temps ce principe en marge des règlements par une « *convention* » passée avec le Gouvernement et progressivement de l'inclure dans le Règlement des assemblées.

Proposition n° 26 : Garanties relative à l'exercice du droit d'amendement (1^{er} volet : Saisine du Conseil d'Etat)

Par Hiam MOUANNÈS, Maître de Conférences de Droit public, HDR

Dans l'intention de « *rééquilibrer les prérogatives gouvernementales* », la proposition 26 propose « *l'encadrement du droit d'amendement du Gouvernement* » de deux manières :

1° *Exiger des amendements qui prévoient des mesures nouvelles qu'ils soient soumis à l'avis du Conseil d'Etat et assortis d'une étude d'impact. La commission saisie au fond serait compétente pour déclarer irrecevables les amendements qui ne répondraient pas aux obligations relatives aux études d'impact et, en cas de désaccord du Gouvernement, le Conseil constitutionnel pourrait être saisi ;*

2° *Soumettre les amendements du Gouvernement à un délai limite, tout en permettant au président de la commission saisie au fond d'autoriser le Gouvernement à déposer un amendement hors délai.*

La présente expertise traite du seul premier volet de la proposition visant à *soumettre à l'avis du Conseil d'Etat les amendements du Gouvernement qui prévoient des mesures nouvelles.*

Sur la forme, l'objet de cette proposition s'inscrit dans une réaction de la part du Sénat à la volonté de l'Exécutif d'encadrer le droit d'amendement des « parlementaires »¹⁰². Sur le fond, elle se situe dans le prolongement du deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution prescrivant la soumission des *projets* de loi à l'avis du Conseil d'Etat avant leur délibération en Conseil des ministres en vue d'affirmer le caractère « effectif » de la consultation du Conseil d'Etat.

Au-delà du fait que cette proposition sénatoriale, si elle aboutit, n'affectera pas (et ce n'est d'ailleurs pas l'objectif) la place que les rédacteurs de la Constitution de la Ve République ont attribué à l'Exécutif dans la procédure législative de notre régime parlementaire rationalisé, elle répond d'une part à la contrainte posée à l'alinéa 1^{er} de l'article 45 de la Constitution¹⁰³ et acte d'autre part une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel proscrivant au Gouvernement la transformation du droit d'amendement en procédé de détournement du deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution.

Le droit d'amendement est consacré à l'alinéa premier de l'article 44 de la Constitution. Droit imprescriptible et sacré, le caractère « *effectif* » de son exercice doit être garanti¹⁰⁴. Il appartient aussi bien aux parlementaires qu'aux membres du Gouvernement ; et aussi bien aux individualités qu'aux groupes parlementaires. En l'état actuel du droit, et contrairement aux parlementaires dont les amendements subissent de nombreuses irrecevabilités, ceux proposés par le Gouvernement ne

¹⁰² Sur ce point et au motif d'une amélioration de l'efficacité du travail parlementaire, la réforme constitutionnelle proposée par le Gouvernement d'Edouard Philippe veut, d'une part rendre irrecevable, lors de l'examen d'un texte en séance publique, le dépôt d'un amendement déjà rejeté en commission ou qui serait sans rapport avec le texte examiné, et d'autre part définir le nombre d'amendements pouvant être déposés par un groupe parlementaire proportionnellement au nombre d'élus (cf. « Le gouvernement veut restreindre le droit d'amendement des parlementaires », Alexandre Lemarié, *Le Monde* du 6 mars 2018).

¹⁰³ Article 45/1-C : « [...] tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis ».

¹⁰⁴ Décision 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*.

sont soumis à aucune contrainte particulière de forme, de temps de parole ou de délai, sous réserve qu'ils ne soient pas sans lien, *même indirect*,¹⁰⁵, avec le texte déposé ou en discussion (irrecevabilité des « *cavaliers législatifs* »).

Or, échappant, contrairement aux projets de loi, à l'avis préalable du Conseil d'Etat¹⁰⁶, les amendements du Gouvernement constituent potentiellement un procédé de détournement de l'obligation posée au deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution.

C'est à ce titre que le vice-président du Conseil d'Etat a, dans son discours à l'Assemblée nationale du 25 novembre 2016, indiqué que la multiplication du « *volume des projets de loi par 3 à 4 en moyenne* », liée à « *l'absence d'avis du Conseil d'Etat à leur égard pose question* »¹⁰⁷. Cette « *question* » fut également observée par le Comité Vedel en 1993 : « *Une pratique fâcheuse qui tend à s'instituer permet à l'heure actuelle au Gouvernement de déposer devant le Parlement, parfois en grand nombre, des amendements comportant notamment des dispositions non soumises aux organismes dont la consultation est obligatoire* ». Ledit Comité avait à cet égard proposé de combattre cette « *pratique, qui tourne les règles de la procédure fixée à l'article 44* » par une modification du deuxième alinéa de cet article de manière à obliger le Gouvernement à « *soumettre au Conseil d'Etat les amendements déposés avant l'ouverture du débat* ».

Actuellement, le Conseil constitutionnel constitue un rempart, tout relatif certes, à ce qui est convenu d'appeler « *les cavaliers législatifs* ». D'une part, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution (saisine obligatoire ou facultative selon le statut du texte) il apprécie, même d'office, l'existence du « *lien, même indirect* » que l'amendement doit avoir avec le texte déposé ou transmis (article 45/1-C). En cela et eu égard à la difficulté d'appréciation de ce lien « *indirect* », c'est lui qui contrôle – après le vote de la loi et sur le fondement d'un faisceau d'indices qu'il a lui-même dégagé – de la recevabilité d'un amendement gouvernemental : celui-ci doit présenter un lien *direct* avec une disposition restant en discussion, sauf s'il est destiné à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle¹⁰⁸. Si ce « *lien* » n'existe pas, l'amendement, ainsi prévoyant des mesures nouvelles, est contraire à l'obligation constitutionnelle posée à l'alinéa 2 de l'article 39 de la Constitution.

D'autre part, il examine si les amendements dépassent « *par leur objet et leur portée, les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement* »¹⁰⁹. En cela, il sanctionne le « *défaut de consultation du Conseil d'Etat* » lorsqu'il est établi que l'amendement contesté se substitue au dispositif final de la loi votée¹¹⁰, ou est susceptible d'en avoir modifié le sens¹¹¹. Dans sa décision 90-285 DC, le Conseil constitutionnel avait à juste titre fait connaître qu'« *une lettre rectificative signée par le Premier ministre constitue non pas un amendement apporté par le Gouvernement à un projet de loi sur le fondement de l'article 44, alinéa 1, de la Constitution, mais la*

¹⁰⁵ Cf., Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

¹⁰⁶ Décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales* (cons 11).

¹⁰⁷ J.-M. Sauvé, « L'Assemblée nationale et les avis du Conseil d'Etat », discours du 25 novembre 2016 à l'Assemblée nationale, p. 10.

¹⁰⁸ Décision 2016-728 DC du 3 mars 2016, *Loi relative au droit des étrangers en France*.

¹⁰⁹ Décision 86-225 DC 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*.

¹¹⁰ Décision 86-225 DC.

¹¹¹ Y. Gaudemet, B. Stirn, T. Dal Farra, F. Rolin, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 2ème édition, 2002, p. 55.

mise en œuvre du pouvoir d'initiative des lois que le Premier ministre tient du premier alinéa de l'article 39 de la Constitution »¹¹² ; dans le cas de l'espèce, le Conseil constitutionnel a vérifié que la lettre rectificative contestée qui pose en somme « des mesures nouvelles », « a été précédée de la consultation du Conseil d'Etat et de la délibération du Conseil des ministres » pour juger « qu'il a été ainsi satisfait aux exigences posées par le deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution ».

A moins de modifier le deuxième alinéa de l'article 44 de la Constitution dans les mêmes termes que ceux proposés (et non aboutis) par le Comité Vedel en 1993, c'est-à-dire contraignant le Gouvernement à ce que, avant l'ouverture du débat, ses amendements soient déposés après avis du Conseil d'Etat, exiger que seuls d'entre eux qui « prévoient des mesures nouvelles » le soient, ne modifierait dans l'absolu ni la pratique du Gouvernement ni l'intensité du contrôle du Conseil constitutionnel. D'ailleurs, tout comme la notion de lien « direct » ou « indirect », celle de « mesures nouvelles » est aussi difficile à appréhender et, par conséquence, restera tributaire de l'interprétation qu'en donnera le Conseil constitutionnel.

Il faudrait alors, pour répondre pleinement aux « *exigences de clarté et de sincérité des débats* »¹¹³, aller au bout de l'affirmation du caractère effectif de la consultation du Conseil d'Etat de et reprendre mot pour mot la proposition inaboutie du Comité Vedel.

Proposition :

Un nouvel alinéa est inséré entre le premier et le deuxième alinéa de l'article 44 de la Constitution :

« Avant l'ouverture du débat, les amendements du gouvernement sont déposés après avis du Conseil d'Etat ».

¹¹² Décision 90-285 DC du 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1991*.

¹¹³ Décision 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*.

Proposition n° 26 bis : Garanties relative à l'exercice du droit d'amendement (2^{ème} volet : compétence de la commission parlementaire)

Par Estelle Poizat, Doctorante en droit public et Rémi Pradalier, Doctorant en droit public

Dans le but de fixer des garanties à l'exercice du droit d'amendement du Gouvernement, la proposition sénatoriale 26 concerne deux objets :

Le premier concerne un type particulier d'amendements : les amendements prévoyant des mesures nouvelles. Ici, il est question d'assortir les amendements gouvernementaux prévoyant des mesures nouvelles d'une étude d'impact ainsi que d'organiser une procédure pour sanctionner le non-respect de cette obligation :

« Exiger des amendements qui prévoient des mesures nouvelles qu'ils soient soumis à l'avis du Conseil d'État et assortis d'une étude d'impact. »

« Donner compétence à la commission saisie au fond pour déclarer irrecevables les amendements du Gouvernement prévoyant des mesures nouvelles lorsque les obligations relatives aux études d'impact ne sont pas remplies et, en cas de désaccord du Gouvernement, prévoir une possibilité de saisine du Conseil constitutionnel sur le modèle de l'article 41 de la Constitution. »

Le second concerne le droit d'amendement gouvernemental général en limitant son dépôt par une irrecevabilité conditionnée par le respect d'un délai.

« Soumettre les amendements du Gouvernement à un délai limite, tout en permettant au président de la commission saisie au fond d'autoriser le Gouvernement à déposer un amendement hors délai. »

L'intérêt de ces différentes propositions est de rééquilibrer les obligations incombant au gouvernement et au parlement quant à leur droit d'amendement.

I. Contexte historique de ces propositions

Le droit d'amendement constitue « *la proposition de modifications d'un texte soumis à la délibération des assemblées, qui relève d'une initiative parfois dite dérivée, par opposition à l'initiative dite principale* »¹¹⁴ des lois. Ce droit d'amendement peut prendre différentes formes telles que l'ajout, la modification ou encore la suppression de l'article du texte sur lequel l'amendement porte. Le droit d'amendement est considéré aujourd'hui comme étant la principale expression du pouvoir des parlementaires, reliquat de la puissance législative des deux dernières républiques.¹¹⁵

En ce qui concerne le droit d'amendement du gouvernement, celui-ci ne constitue pas une caractéristique ancienne du travail législatif. Il constitue une innovation du système constitutionnel de la Cinquième République, celui-ci n'existant pas avant 1958.¹¹⁶ Pour modifier un texte en discussion, le gouvernement usait d'un outil appelé « Lettre rectificative », qui lui permettait de modifier un texte après son dépôt lorsque c'était un projet de loi. Cette lettre rectificative relevait du droit d'initiative principal reconnu au gouvernement. À partir de 1958, le droit d'amendement reconnu

¹¹⁴ M. DE VILLIERS, T. S. RENOUX (dir.), *Code constitutionnel*, LexisNexis, 2014, pp. 700.

¹¹⁵ Depuis 1958, on assiste à une dépossession toujours plus poussée du pouvoir d'initiative principal des parlementaires malgré que celui-ci soit reconnu par l'article 39 de la Constitution. À l'inverse, le droit d'amendement parlementaire protégé par l'article 44 de la Constitution a vu son emploi explosé.

¹¹⁶ Notamment, l'article 20 de la Constitution de la 4^e République ne parle que des amendements parlementaires et non gouvernementaux.

au gouvernement est interprété par le Conseil constitutionnel comme un droit inconditionnel et ne suppose pas les mêmes obligations que pour l'initiative des projets de loi.¹¹⁷ C'est notamment cette interprétation du Conseil constitutionnel qui tend à être renversée par la proposition sénatoriale. Une première étape a été franchie avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a modifié l'article 44 de la Constitution réglementant le droit d'amendement avec déjà pour objectif la qualité de la loi et la revalorisation du travail parlementaire. Celui-ci confie le soin à la loi organique de fixer le cadre de l'exercice du droit d'amendement.¹¹⁸ Elle pose des règles de forme et de procédure, mais seulement pour les amendements issus de parlementaires. En effet, le Conseil constitutionnel a censuré l'article 14 de la loi organique renvoyant aux règlements des assemblées la faculté d'imposer au gouvernement l'élaboration d'études d'impact sur ses amendements sans préciser le contenu de celles-ci ni les conséquences d'un manquement à cette obligation.¹¹⁹ Elle pose aussi des règles de délai. Ainsi, la loi organique définit d'abord une règle générale qui limite au début de l'examen du texte en séance publique le délai dans lequel les amendements peuvent être déposés. De plus, elle offre la possibilité aux règlements des assemblées de fixer à une date antérieure pour la recevabilité de ces amendements.¹²⁰ Pour autant, ces règles de délai ne s'appliquent pas aux amendements du gouvernement, comme le spécifie bien l'article 13 de la loi organique. C'est cette exception à l'irrecevabilité aux règles de délai concernant les amendements gouvernementaux que veut réformer la proposition faite par le Sénat.

II. Cohérence avec le système constitutionnel et adéquation avec les objectifs avancés

Cette proposition s'insère dans l'un des quatre axes de travail du groupe de travail sénatorial qu'est : « *Rénover le travail parlementaire au service de la qualité de la loi et de la lutte contre l'inflation normative* ». ¹²¹ Cet objectif est apprécié d'une manière particulière par le Président du Sénat. En effet, la question de la qualité de la loi est appréhendée selon un angle particulier qui est la célérité du travail parlementaire. Cette célérité s'organise par une transparence et « *une fluidité des procédures* », ¹²² mais surtout par un nouveau rythme de fabrication de la loi, plus rapide. De plus, cette proposition concrétise une meilleure information des parlementaires, point qui appartient à part entière à la problématique de la qualité de la loi. ¹²³

¹¹⁷ « Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution, lesquelles n'imposent l'avis du Conseil d'État et la délibération du Conseil des ministres que pour les projets de loi et non pour les amendements, n'ont pas été méconnues du seul fait de l'introduction d'une disposition par voie d'amendement gouvernemental » Cons. Const., 13 janvier 1994, N° 93-329 DC, cons 11.

¹¹⁸ Selon les articles 13 à 19 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009.

¹¹⁹ Cons. Const. Décision, 9 avril 2009, N° 2009-579 DC, consid. 39.

¹²⁰ Selon l'article 13 alinéa 2 de la loi organique du 15 avril 2009 : « Les amendements des membres du Parlement cessent d'être recevables après le début de l'examen du texte en séance publique. Les règlements des assemblées peuvent déterminer les conditions dans lesquelles est fixée une date antérieure à compter de laquelle ces amendements ne sont plus recevables. Ces délais ne s'appliquent pas aux sous-amendements. Après l'expiration de ces délais, sont seuls recevables les amendements déposés par le Gouvernement ou par la commission saisie au fond. Ces délais peuvent être ouverts de nouveau pour les membres du Parlement dans les conditions prévues par les règlements des assemblées. » Cette disposition est appliquée par les articles 99 et 119 du Règlement de l'Assemblée nationale et l'article 50 du Règlement du Sénat.

¹²¹ Groupe de travail du Sénat sur la révision constitutionnelle, G. LARCHER (prés.), *40 propositions pour une révision de la Constitution utile à la France*, pp. 5.

¹²² Idem, pp. 6.

¹²³ En effet, la proposition d'assortir une étude d'impact aux amendements gouvernementaux ainsi que de limiter les amendements tardifs issus du gouvernement ont tous deux comme objectif de

Plus largement, ces limitations du droit d'amendement du gouvernement s'inscrivent dans un mouvement de rééquilibrage des pouvoirs entre le parlement et du gouvernement au sein du travail législatif. Ici, l'intérêt est d'harmoniser les délais de dépôt entre amendements gouvernementaux et parlementaires ainsi que d'harmoniser les obligations incombant à l'initiative gouvernementale qu'elle soit principale ou dérivée.

A. Les études d'impact comme nouvelle obligation sur les amendements qui prévoient des dispositions nouvelles.

Selon l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009, les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact et les documents rendant compte de cette étude d'impact sont déposés en même temps que le projet de loi auquel ils s'attachent. Cette obligation ressort d'un objectif de qualité de la loi notamment, car il est l'une des premières armes avancées contre l'inflation normative.¹²⁴ En ce sens, la loi organique du 15 avril 2009, de nombreuses obligations matérielles par exemple : « *l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration, et son impact sur l'ordre juridique interne* »¹²⁵.

Pourtant, il est question ici de droit d'amendement et non d'initiative principale. Or, la doctrine et la jurisprudence ont identifié un type particulier d'amendements que constituent les articles additionnels. Ceux-ci peuvent être définis comme ayant pour objet d'introduire une mesure nouvelle. À ce titre, cette mesure nouvelle ayant été initiée par le gouvernement pourrait être assimilée à une initiative principale et ainsi se voir appliquer le même régime. Cette proposition implique de ne plus rendre fictive comme il a pu être avancé¹²⁶, la distinction entre les amendements modificatifs et ces articles additionnels. Cela conduira à rapprocher le régime des amendements et celui de l'initiative principale, au moins dans le cas particulier des articles additionnels.

Cette proposition est cohérente avec le système constitutionnel français, qui impose de manière toujours plus systématique une évaluation en terme juridique et financier des initiatives législatives.

La question est alors de savoir comment sanctionner le non-respect de cette obligation assorti aux mesures nouvelles des amendements gouvernementaux. En ce sens, la proposition choisit de le sanctionner par une procédure à prendre sur le modèle de la procédure d'irrecevabilité de l'article 41 de la Constitution. C'est l'institution d'un contrôle à l'initiative du gouvernement au cours de la procédure législative.¹²⁷ Si un désaccord survient entre le gouvernement et le président de l'assemblée saisie, sur l'irrecevabilité, c'est au Conseil constitutionnel que revient de juger de cette irrecevabilité. La décision du Conseil n'étant pas sans délai, la discussion est suspendue jusqu'à la notification de la décision du conseil dans les huit jours. Cette procédure est considérée comme « paralysante » et n'incite donc

« Renforcer la fonction de contrôle et d'évaluation du Parlement au service d'une démocratie plus exigeante », *ibid.*, pp. 5.

¹²⁴ J. L. WARSMANN, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République, n° 892, pp. 23.

¹²⁵ Selon l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009.

¹²⁶ Notamment B. BAUFUME, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*, L.G.D.J., 1993, pp. 255.

¹²⁷ Plus précisément, dès le dépôt du texte et dans le cas particulier d'un amendement, soit tant que la discussion de cet amendement n'est pas close, soit tant que l'amendement n'a pas été soumis au vote par l'assemblée, selon Cons. Const. N° 4 FNR du 18 octobre 1967.

pas à y recourir.¹²⁸ Cette procédure fut étendue par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 à l'initiative du président de l'assemblée saisie pour les propositions de loi, mais aussi les amendements gouvernementaux.

L'intérêt de mobiliser cette procédure pour sanctionner le non-respect de l'obligation d'étude d'impact, dans un contexte général de recherche de célérité du travail parlementaire semble contre-productif. La logique étant la réduction et la rationalisation du temps parlementaire, l'emploi de cette procédure pour sanctionner le non-respect de l'obligation d'étude d'impact ne fera que l'allonger.

Il est proposé ici de prendre modèle non pas sur la proposition de l'article 41 de la Constitution, mais plutôt celle de l'article 40 de la Constitution¹²⁹, qui reste très proche, mais qui a l'avantage de ne pas aboutir à une discussion suspendue vu que le Conseil constitutionnel doit statuer sans délai, contre un délai de huit jours dans le cadre de l'article 41 de la Constitution.

B. L'élargissement des limites de délai au droit d'amendement du gouvernement

Des délais limites de dépôt existent depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, précisés par la loi organique du 15 avril 2009.

Selon l'article 2 alinéa 2 de cette loi organique, « *les amendements des parlementaires ne sont plus recevables après le début de l'examen du texte en séance publique* ». ¹³⁰

Dans le cas de l'Assemblée nationale, c'est l'article 99 du Règlement de l'Assemblée nationale qui détermine ce délai : « *Sauf décision contraire de la conférence des présidents, les amendements des députés doivent être présentés au plus tard le troisième jour ouvrable précédant la date de début de la discussion du texte à 17 heures.* » À la différence des amendements déposés par les parlementaires, les amendements déposés par le gouvernement ou la commission saisie au fond restent recevables après l'expiration de ce délai de dépôt. Cela place dans une situation privilégiée le gouvernement ainsi que les commissions au fond en ce qui concerne l'exercice de leur droit d'amendement.¹³¹ La commission peut se réunir à nouveau après expiration de ce délai pour examiner les nouveaux amendements déposés.¹³²

Le dispositif est considéré comme plus simple dans le cadre du Sénat. En effet, l'article 50 du règlement du Sénat prévoit que la conférence des présidents peut

¹²⁸ P. AVRIL, J. GICQUEL, J-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, L.G.D.J., 5^e Éd., 2014, pp. 248.

¹²⁹ La procédure d'irrecevabilité est exposée non pas dans l'article 40 de la Constitution qui ne pose que le principe de l'irrecevabilité financière, mais dans les règlements des assemblées. L'article 89 du Règlement de l'Assemblée nationale pose le principe d'un contrôle systématique dès la phase du dépôt et qui se poursuit jusqu'à la séance. Cela ressort de la compétence du président de la Commission des finances pour les amendements. Depuis 2009, l'article 50 du règlement intérieur du Sénat prévoit un contrôle par la commission des finances des amendements, avant que ceux-ci viennent en discussion. Ici, le Conseil constitutionnel n'intervient que comme « *juge d'appel* ».

¹³⁰ Cette disposition est précisée dans le règlement de l'Assemblée nationale, article 99 : « *sauf décision contraire de la conférence des présidents, les amendements des députés doivent être présentés au plus tard le troisième jour ouvrable précédant la date de début de la discussion du texte à 17 h.* » Pour le Sénat c'est l'article 50 du règlement qui offre à la conférence des présidents sur demande de la commission intéressée un délai limite. En général, il est fixé la veille de la discussion en séance, 17 h.

¹³¹ Mais dans le cas où le gouvernement ou la commission saisie au fond fait usage de cette faculté, les parlementaires ne se voient plus opposer un quelconque délai dans le cas d'amendements portant sur l'article qu'il est proposé d'amender ou en concurrence avec l'amendement déposé si celui-ci constitue un article additionnel. C'est un droit de réplique strict qui est reconnu dans ce cas aux membres du Parlement conformément à l'article 99 du Règlement de l'Assemblée nationale.

¹³² Voir l'article 88 du Règlement de l'Assemblée nationale.

fixer, à la demande de la commission intéressée, un délai limite pour le dépôt des amendements. L'usage est assez fréquent de cette possibilité, et dans ce cas, le délai limite est généralement fixé à la veille de l'ouverture de la discussion en séance à 17 h.¹³³

Il est ici question d'encadrer le droit d'amendement du gouvernement et l'enfermer dans des conditions de délai telles que les assemblées parlementaires le connaissent depuis la révision constitutionnelle de 2008.

Ce dernier alinéa interroge sur deux points : le premier sur le principe et la détermination de ce délai et le second sur la sanction du non-respect de ce délai.

Le principe et la détermination de ce délai limite de dépôt pour les amendements du gouvernement.

« Soumettre les amendements du Gouvernement à un délai limite, tout en permettant au président de la commission saisie au fond d'autoriser le gouvernement à déposer un amendement hors délai. »

La proposition n° 26 ne s'intéresse qu'aux amendements déposés par le Gouvernement. Si celle-ci est entérinée, elle aboutira à ce qu'à l'expiration du délai de dépôt, les seuls amendements qui seront recevables, seront ceux déposés par la commission saisie au fond. Cela demeure cohérent avec l'idée déjà avancée selon laquelle il y a une volonté forte de revaloriser le travail parlementaire notamment par le biais des commissions, qui sont avancées comme des institutions gardiennes du bon fonctionnement de la procédure législative.

Quant à la détermination du délai, la proposition reste très floue. Elle ne dit ni qui le fixe, ni par quelle norme juridique. Est-ce que ce sont les assemblées elles-mêmes qui fixent ce délai comme c'est le cas pour les délais appliqués aux parlementaires ? Ou est-ce une loi organique ? Dans le cas où cela relèverait des deux assemblées parlementaires, par le biais de leur règlement respectif, les risques de complexité de la procédure seraient alors accrus. De plus, il n'y a aucune mention d'une quelconque unification des délais entre ceux appliqués au gouvernement et aux parlementaires, bien que cela semblerait préférable conformément aux objectifs avancés et notamment celui d'une meilleure *« fluidité des procédures »*.

La sanction du non-respect de ce délai limite de dépôt

Conformément à la vision ancienne du droit d'amendement gouvernemental comme un droit inconditionnel, cela justifie que le président de la commission saisie au fond puisse autoriser les amendements déposés hors délai.

Cette intervention laisse supposer un contrôle automatique par le président de la commission saisie des amendements gouvernementaux déposés hors délai. Cette nouvelle mission dévolue au président de la commission reste cohérente avec le reste de la proposition, mais aussi avec la révision constitutionnelle de 2008 opérant un rééquilibrage timide entre l'institution gouvernementale et les institutions parlementaires.

L'instrument de ce rééquilibrage est la commission saisie au fond qui est placé au centre du débat parlementaire et plus largement du travail législatif. Garante à la fois de la bonne conduite de la procédure législative, en tant qu'elle constitue l'institution à laquelle est assigné la plupart des contrôles examinés dans cette proposition, et d'autre part, du fait de sa mission première qu'est l'information et la capacité d'amendement du texte initial, elle peut être considérée comme la *« pierre »*

¹³³ Des reports sont possibles dans le cas où le rapport de la commission n'est pas distribué à temps, selon l'article 20 alinéa 1 bis du Règlement du Sénat.

angulaire » des assemblées parlementaires dans leur réappropriation conjointe du pouvoir législatif.

Proposition n° 27 : Rénover l'irrecevabilité de l'article 41 de la Constitution

Par Julien Marguin, Doctorant en droit public

Afin d'encadrer l'irrecevabilité prévue à l'article 41 de la Constitution, la proposition n° 27 comprend deux propositions :

1° Prévoir expressément que sont irrecevables les propositions et amendements qui ne relèvent pas du domaine de la loi, soit parce qu'ils empiètent sur le domaine réglementaire, soit parce qu'ils n'ont pas de valeur normative.

2° Donner compétence à la commission saisie au fond d'un texte, plutôt qu'aux présidents des deux assemblées, pour constater cette irrecevabilité, par un contrôle systématique comparable à celui prévu par l'article 45 de la Constitution.

La présente proposition s'insère dans une continuité. Parallèlement aux questions relatives à son opportunité, il est intéressant de constater qu'elle s'ajoute à un contexte global de réforme des institutions, en adéquation avec l'idée d'une revalorisation du Parlement dans la fabrique de la loi, initiée par la réforme du 23 juillet 2008¹³⁴. Trois remarques liminaires, et cumulatives, entourent cette idée. Premièrement, elle vise à renforcer la valorisation du travail législatif en ce centrant sur un référentiel qualitatif de la loi. Deuxièmement, ce renforcement des prérogatives allouées au Parlement participe d'un rééquilibrage des pouvoirs avec le Gouvernement. Troisièmement, sous un aspect plus pratique, sont repensées la spécialisation et l'harmonisation du travail parlementaire.

1. Appréciation au regard de l'histoire et évolution constitutionnelle

L'exigence de qualité de la loi n'est pas une question nouvelle. L'inflation législative, mise en évidence depuis plusieurs décennies déjà¹³⁵, a généré une volonté institutionnelle d'amélioration du travail législatif dans le respect d'une séparation des pouvoirs au service d'une loi répondant fidèlement à nos standards démocratiques. M. Pierre Mazeaud, alors président du Conseil constitutionnel, dénonçait dès 2005, « une dégradation de la qualité de la loi » ou encore une « malfaçon législative pure et simple »¹³⁶, nécessitant une nouvelle façon d'appréhender le travail législatif. Traduisant un engagement jurisprudentiel pris par le Conseil constitutionnel cette année-là dans sa décision *Avenir de l'école*, le juge constitutionnel intégra au rang constitutionnel les principes de normativité de la loi et de déclassement préventif des dispositions de nature réglementaires¹³⁷. Cette impulsion à la création d'un standard qualitatif de la loi s'est retrouvée dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. C'est à ce titre que, par exemple, l'initiative du contrôle de la recevabilité d'une proposition ou d'un amendement prévue à l'article 41 de la Constitution, jusqu'alors de la compétence exclusive du Gouvernement, a été étendue aux présidents de chaque assemblées¹³⁸. Dès lors, dans sa rédaction actuelle, telle qu'émanant de ladite réforme, l'article 41 prévoit la compétence du Conseil constitutionnel, dans l'éventualité d'une saisine, d'apprécier

¹³⁴ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

¹³⁵ Voir notamment, CE, Rapport public, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 233.

¹³⁶ Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République, CCC, n° 18, Juillet 2005.

¹³⁷ Cons. const., n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Avenir de l'École*.

¹³⁸ Art. 16, loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

si la proposition ou l'amendement en question relève bien du « domaine de la loi » ou découle d'une délégation en vertu de l'article 38 de la Constitution. En ces termes, la réforme de 2008 a élargi le contrôle parlementaire et, de surcroît, la saisine du Conseil constitutionnel, ce dernier se cantonne ensuite à sa compétence traditionnelle d'« aiguilleur » entre les domaines de la loi et celui du règlement.

2. Appréciation au regard de la cohérence avec le système constitutionnel actuel

La consécration jurisprudentielle d'impératifs relatifs à une certaine qualité de la loi est, par la présente proposition du Sénat, intégrée dans la Constitution comme exigence supplémentaire dans la procédure législative. Les précisions apportées, visant à être intégrées à l'article 41, sont ainsi une réitération d'exigences constitutionnelles déjà existantes et contrôlées par le juge constitutionnel. Ce point-là appelle une interrogation quant à l'opportunité de la présente proposition.

Concernant, tout d'abord, le contrôle d'un empiètement sur le domaine parlementaire, fondé sur la distinction entre les articles 34 et 37 de la Constitution, le Conseil constitutionnel obéit à une jurisprudence constante depuis sa décision du 30 janvier 1982, *Loi sur les prix et les revenus*¹³⁹. Malgré 270 décisions de déclassement depuis la création de la Haute juridiction¹⁴⁰, il est aisé de constater que les décisions de type « FNR » (fins de non-recevoir), sont quant à elles bien moins nombreuses. Sont à ce titre recensées seulement 12 décisions depuis 1959¹⁴¹. Ce chiffre suffit ainsi à faire remarquer que le contentieux relatif à la valeur juridique des propositions et amendements présentés sous l'empire de l'article 41 est anecdotique comparé à l'ampleur de la production législative. L'opportunité d'une telle précision au sein de l'article ne serait alors que limitée en ce qu'elle se contenterait de prévoir un grief d'inconstitutionnalité jusqu'alors contrôlé par la juridiction constitutionnelle.

Au sujet, ensuite, de l'inscription de l'exigence de normativité de la loi, la présente proposition poursuit également la lancée d'une jurisprudence constitutionnelle aujourd'hui établie. Le Conseil constitutionnel a initialement préconisé une attention particulière à la qualité de la loi avec la proclamation du principe de clarté de la loi¹⁴² et l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁴³. Le développement de ces prescriptions adressées au législateur a conduit à la proclamation du principe de normativité de la loi. Initié par la décision *Avenir de l'École*¹⁴⁴, le principe est d'abord présenté comme une solution d'espèce, prise dans un « contexte particulier » avant d'être abandonné dans une décision du 15 mars 2012¹⁴⁵. Néanmoins mobilisé par le Conseil lors de sa décision

¹³⁹ Cons. const., n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4*, cons. 11.

¹⁴⁰ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-type/les-decisions-l.46197.html>.

¹⁴¹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-type/les-decisions-fnr.28364.html>.

¹⁴² Cons. const., n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, cons. 10.

¹⁴³ Cons. const., n° 2005-514 DC, 28 avr. 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, cons. 14. Il prescrit une certaine qualité du travail législatif, notamment l'obligation « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ». Cons. const., n° 2011-629 DC du 12 mai 2011, *Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, cons. 5.

¹⁴⁴ Cons. const., n° 2005-512 DC, préc.

¹⁴⁵ Selon les termes du commentaire autorisé de la décision : Cons. const., n° 2012-649 DC, 15 mars 2012, *Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*.

relative à la reconnaissance de l'existence de génocides¹⁴⁶, le principe de normativité de la loi a été réaffirmé dans la décision *Sapin II* du 8 mars 2016. Le Conseil s'est ainsi réengagé dans une jurisprudence qualitative en censurant une disposition jugée non-normative, énonçant le principe selon lequel « la loi a vocation à énoncer des règles de droit et doit par suite être revêtue d'une portée normative »¹⁴⁷. Ainsi, la proposition de mentionner l'exigence de normativité de la loi en sein de l'article, reprendrait une fois de plus une obligation déjà contrôlée par le juge constitutionnel. N'affirmant donc aucune prescription juridique nouvelle, ladite proposition présente le mérite, tout au moins et sur ce point, de participer à une sensibilisation du Gouvernement et des parlementaires lors de la présentation des propositions et amendements afin de prévenir une éventuelle saisine du Conseil constitutionnel. Sont ici pointées une certaine efficacité et une qualité du travail parlementaire.

3. Appréciation au regard de l'objectif poursuivi

La présente proposition s'évertue à poursuivre une volonté de rééquilibrage des institutions, concernant le renforcement des prérogatives du Parlement face à celles du Gouvernement. Par cet objectif, il est en effet projeté de revaloriser l'action et le pouvoir d'appréciation des assemblées relatif à la qualité de la loi. Les exigences découlant du premier moyen présenté par la proposition — séparation des domaines législatif/règlementaire et normativité de la loi — donnent des lignes directrices sur ce que signifie ce référentiel de qualité. Il s'agit en ce sens de responsabiliser le travail des parlementaires et des gouvernements à dessein de renforcer la souveraineté et la légitimité démocratique des assemblées.

Ladite proposition parachève en outre une certaine harmonisation des prescriptions relatives au contrôle des amendements au sien de la procédure législative *lato sensu* ; déjà encadré à l'article 40 de la Constitution concernant leur recevabilité financière, ou encore pratiqué lors du contrôle systématique, de plus en plus rigoureux, des « cavaliers législatifs » en vertu de l'article 45 de la Constitution. Là où la proposition présente son intérêt le plus significatif réside enfin dans l'instauration de ce contrôle systématique de recevabilité par les commissions saisies au fond. Cette obligation de systématisme amène à une véritable spécialisation du travail parlementaire et un contrôle potentiellement plus rigoureux technique que celui exercé par les présidents des assemblées. De plus, l'intérêt réside également dans une valorisation du travail des commissions comme cela avait déjà été intenté par la révision de l'article 42 de la Constitution par la révision du 23 juillet 2008. Il est possible de noter, à ce sujet, une garantie supplémentaire de sécurité juridique concernant le contenu de la loi avant sa promulgation. Il est possible de supposer, que par ce moyen, les assemblées disposeraient d'un pouvoir d'appréciation sur la qualité de la loi produite limitant le besoin d'avoir recours à la saisine du Conseil constitutionnel (si tant est que celles-ci, comme cela a été vu, sont rares). Néanmoins, une dernière précision peut être ajoutée. Si certaines irrecevabilités, dans le cas où celles-ci ne seraient pas soulevées, peuvent dans l'absolu être de nature à entacher la loi d'inconstitutionnalité, comme le prévoient par exemple les article 39 et 40 de la Constitution, on peut remarquer que les deux hypothèses d'irrecevabilité issues de la proposition relative au présent article peuvent entraîner

¹⁴⁶ Cons. const, n° 2012-647 DC, 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, cons. 6.

¹⁴⁷ Cons. const., n° 2016-741 DC, 8 décembre 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, cons. 98.

un décalage. Depuis sa jurisprudence *Blocage des prix*¹⁴⁸ le Conseil refuse en effet la possibilité d'invoquer en contentieux *a priori* l'empiètement de la loi sur le domaine réglementaire. Dès lors, si cet empiètement n'est pas soulevé lors de la procédure relative à l'article 41, il ne pourra par suite l'être dans le cadre du contrôle prévu à l'article 61 de la Constitution. À côté de cela, en revanche, la question du caractère normatif, pourra l'être en tant que grief d'inconstitutionnalité. L'accent mis sur le caractère préventif du contrôle génère ici une sorte de fragmentation entre les deux hypothèses d'irrecevabilité proposées. Seul le Conseil constitutionnel alors pourrait pallier à ce déséquilibre en revenant sur sa jurisprudence de 1982.

Il n'en demeure pas moins que l'intention de prévenir les risques d'inconstitutionnalités de la loi au cours de son élaboration, par les commissions saisies, présente *a minima* l'opportunité de responsabiliser le travail parlementaires, en l'occurrence les parlementaires eux-mêmes et les membres du Gouvernement. Le caractère préventif de ce contrôle de la recevabilité permet d'autant plus aux assemblées d'user le mieux possible de leur compétence souveraine, et de bénéficier d'un droit de regard supplémentaire sur le travail du Gouvernement.

4. Conclusion

La proposition n° 27 ne présente pas d'innovation majeure mais manifeste une volonté d'inscrire dans le texte de constitutionnel des garanties relatives à la qualité du travail législatif en renforçant le pouvoir d'appréciation des commissions parlementaires. Il s'agit ainsi, non pas, à proprement parler, d'une nouvelle étape dans l'élaboration d'un référentiel qualitatif de la loi, mais plutôt d'une confirmation, visant à poursuivre le mouvement intenté par la réforme du 23 juillet 2008, où la volonté de rééquilibrage des pouvoirs passe ici par des garanties supplémentaires de faire des assemblées les gardiennes de la qualité de la loi.

¹⁴⁸ Cons. const., n° 82-143 DC, préc.

Proposition n° 28 : Contrôle parlementaire sur les nominations

par Marie Glinel, Doctorante en droit public

Afin de « *renforcer le contrôle parlementaire des nominations auquel il est procédé selon la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution* » : le groupe de réflexion propose dans la proposition n° 28 deux éléments complémentaires :

« 1° *Prévoir l'exigence d'une absence d'opposition, à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, de chacune des commissions permanentes compétentes des deux assemblées parlementaires pour pouvoir procéder à une telle nomination ;*

« 2° *Étendre les pouvoirs d'investigation des commissions permanentes des deux assemblées parlementaires, en prévoyant la désignation d'un rapporteur et un accès du président de la commission et du rapporteur aux informations détenues par l'administration fiscale et la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, ainsi qu'au bulletin n° 2 du casier judiciaire des personnalités dont la nomination est proposée. La Constitution renverrait à la loi organique le soin de définir les prérogatives qui seraient ainsi reconnues aux commissions permanentes.* »

Cette proposition s'inscrit dans le prolongement des travaux de révision constitutionnelle entrepris en 2008. Si les modifications sont mineures relativement à la première partie de cette proposition, celles de la seconde sont quant à elle substantielles. En effet, en plus d'étendre l'investigation à un réel rôle d'enquête offert aux commissions (se rapprochant du modèle des Etats-Unis), il est question de permettre l'accès aux informations détenues par l'administration fiscale notamment. Cette innovation est en rupture avec les arbitrages de 2008 qui n'envisageaient pas une telle approche du contrôle parlementaire.

I. Appréciation au regard de l'histoire et l'évolution constitutionnelles

Le pouvoir de nomination du Président, au sein de la Ve République, n'est pas sans rappeler les hésitations constitutionnelles relatives à l'arbitrage entre le régime parlementaire et le régime présidentiel, puisque ce pouvoir en constitue l'un des marqueurs les plus évidents.

D'une part, la tradition monarchiste, suivie de la tradition bonapartiste (prévalence de l'exécutif en somme) consacre une large et libre nomination, par le chef de l'exécutif, déconnectée de toute volonté émanant du peuple ou externe à la volonté propre du monarque. Ainsi, la Charte de 1814 donne licence au Roi de nommer en nombre illimités les Pairs. L'Acte additionnel de 1815 et la Constitution de 1852 laissent l'Empereur libre de nommer tous les juges sans condition, et exigent son accord pour que la Chambre puisse nommer le Président de la chambre.

D'autre part, la tradition républicaine (où prévaut le parlement principalement, et le rôle du premier ministre ou des ministres) consacre une égalité entre citoyens face à la nomination, pour ensuite évoluer vers un mécanisme de contreseing ministériel puis de contrepoids parlementaire. La Constitution de 1793 consacre sans surprise une égalité des citoyens dans la nomination des agents. Pour le cas spécifique des assemblées primaires, le vote se fait à majorité absolue, ce qui constitue une recherche de consensus toute relative. Il est intéressant de noter ici que les emplois militaires, dans leur nomination et destitution, sont l'affaire du corps législatif, lorsque le conseil exécutif s'emploie aux mêmes tâches relativement aux emplois des agents. L'ambivalence de l'influence du parlementaire ou de l'exécutif est ici flagrante à propos des comptes annuels de la trésorerie nationale qui sont rendus à

un commissaire nommé par le corps exécutif lui-même surveillé par un commissaire nommé par le corps législatif. Cette *méta-surveillance* émanant du corps législatif n'est pas sans rappeler l'éloignement du pouvoir parlementaire d'un réel pouvoir de contrôle budgétaire, ce qui constitua sa lutte originelle. Les lois constitutionnelles de 1875 offrent au président le soin de nommer aux emplois civils et militaires, sous condition d'obtenir le contreseing d'un ministre pour tous ses actes. C'est la Constitution de 1946 qui marquera l'impact du pouvoir législatif dans la procédure de nomination. Pour aborder le pouvoir de nomination du Président de la République, ainsi que celui dévolu au Président du Conseil en matière d'emplois civils et militaires ne se trouvant pas dans le champ des articles 30, 46 et 84 de la Constitution, il faut rappeler le mode de désignation du Président du Conseil. Ce dernier ne peut être lui-même nommé initialement sans l'approbation et la confiance de l'Assemblée (à majorité absolue). Alors que le mode de désignation du Président du Conseil – qui détient la majorité des nominations – est largement favorable à l'expression des *mandataires* de la volonté générale, il n'existe pas de contrôle en retour de la part de l'Assemblée sur lesdites nominations.

Deux subtilités sont à relever cependant. Bien que la classification soit orientée en fonction de la prépondérance de l'un ou l'autre organe, il n'en reste pas moins que la Constitution de 1791 est inclassable à deux égards. Les membres de la famille royale ne peuvent être nommés par le peuple à certains emplois auxquels ils ne peuvent prétendre. Seule une nomination du Roi, à des emplois restreints, peut être envisageable. En outre, et comme une entorse à la clarté du contrôle parlementaire sur les nominations, la seule condition qui apparaît comme telle dans le processus d'entrée en fonction est le fait de prêter serment. En outre, il est intéressant de noter que la fin de la Charte de 1830 est marquée par une clause contextuelle, selon laquelle toutes les nominations de pairs effectuées par Charles X sont nulles. Cette clause est d'autant plus surprenante que l'article 27 de la Charte de 1830 reprend les mêmes termes que l'article 25 de la Charte de 1814, article sur lequel ont été fondées lesdites nominations déclarées nulles dans la Charte de 1830.

II. Apprécier la proposition au regard du droit comparé et expériences étrangères

Lorsqu'est évoquée la question de la nomination, l'exemple américain présente de grands avantages comparatifs. Toutes les nominations à l'initiative du Président sont soumises à une authentique approbation du Sénat selon l'article II de la Section 2 de la Constitution des Etats-Unis. L'approbation du Sénat est en partie appuyée sur une audition par la commission compétente du Sénat, ainsi qu'une enquête de moralité dont le but sera d'élucider les conflits d'intérêt potentiels entre le candidat et le poste visé. Cette étude donnera lieu à une recommandation, favorable ou non. Cette possibilité est d'autant plus pertinente que les Etats-Unis fonctionnent sur un modèle présidentiel. L'analogie avec le système semi-présidentiel français n'est pas évidente. Toute la question repose sur le fait de savoir si l'avis préalable à la proposition de nomination soumise à l'approbation définitive du Parlement est une possibilité envisageable pour le pouvoir exécutif.

III. Appréciation à la lumière de la cohérence du système constitutionnel actuel

La cohérence du système constitutionnel actuel en la matière peut être résumé à la question centrale du fait majoritaire et la remise en cause du rationalisme. S'il est opportun de souligner une avancée manifeste en matière de revalorisation de l'action

du Parlement depuis la révision constitutionnelle de 2008, notamment du point de vue de la rédaction de l'article 24 dont le contenu n'est pas sans rappeler les préconisations émises dans la proposition ci-discutée. En effet, d'ajouter « *il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques* » donne au Parlement les outils (sans discuter ici de l'effectivité, qu'il soit au moins permis de constater l'évolution textuelle) lui permettant d'exercer sur le Gouvernement un contrôle prétendu effectif sur son action et les politiques publiques qu'il met en œuvre. C'est donc inscrite dans cette mouvance, relativement effective, que la proposition se veut nécessaire.

En outre, la revendication attachée à l'importance de l'avis des commissions dans la procédure de nomination n'est pas plus développée que cela. En effet, cette situation n'offre que deux options binaires. Soit elle va à l'encontre du droit à l'opposition exprimé par les commissions, soit elle appuie ce droit à l'opposition. En l'espèce, lors de la révision constitutionnelle de 2008, le choix a été fait de rester sur la majorité des 3/5^e pour déclencher le droit de veto des commissions à la proposition de nomination du Président.

IV. Appréciation de la proposition à l'aune de l'objectif poursuivi

L'objectif poursuivi ne se mesure qu'à la lumière de l'acquis le plus récent. L'acquis le plus récent en la matière, en 2008, a permis l'insertion de l'alinéa 5 selon lequel le pouvoir de nomination du Président de la République ne peut s'exercer si l'opposition atteint au moins 3/5^e des suffrages exprimés.

Soit le choix se porte sur une **majorité simple** de blocage, favorisant la capacité d'opposition des parlementaires, soit le choix se porte sur une **majorité aux 3/5^e** favorisant *de facto* le fait majoritaire. En somme, il s'agit soit d'une adhésion positive où la majorité des 3/5^e est indispensable au président pour procéder à la nomination, soit d'une condition de majorité aux 3/5^e d'exercice du droit de veto. Dans le premier cas, il est possible de dépasser les clivages traditionnels pour rechercher une approbation au-delà de la majorité ; dans le second il s'agit d'amplifier le fait majoritaire.

Or, il peut être avancé à cet argument que le simple fait d'être confronté à la désapprobation de plus de la moitié des membres mentionnés, même si cela n'entraîne pas le rejet régulier de la candidature faute d'atteindre les 3/5^e, peut dissuader le Président de procéder à la nomination envisagée de manière effective. Ainsi, plus clairement, la proposition formulée cherche à faire de l'absence d'opposition – même caractérisée à la majorité des 3/5^e – la condition *sine qua non* de la possibilité de nomination. Cette rédaction implique par conséquent un authentique projet d'adhésion positive.

En outre, tout l'enjeu de l'extension des pouvoirs d'investigation des commissions réside dans l'octroi de réelles prérogatives de commissions d'enquête. Cela passerait par la communication des documents de fiscalité, la prestation de serment des témoins, la possibilité de juger sur pièce les pièces à conviction, la convocation obligatoire à une audition, la publicité des auditions.

Propos conclusif : éléments de contextualisation politique et proposition d'amendements

Concernant la question des éléments et supports d'investigation mis à la disposition des parlementaires pour opérer leur choix, il peut être intéressant de lister quelques éléments dans la proposition, ce qui aura deux intérêts. D'abord, la désignation de quelques éléments permet d'avoir une indication sur ce qu'il est convenu de mettre à

la disposition des parlementaires, ce qui permet de ne pas se méprendre sur la qualité des informations retenues, ce qui est une discussion en soi. En outre, la liste ne serait pas exhaustive, et pourrait être précédée d'un « notamment » impliquant une certaine latitude dans l'appréciation des moyens.

Si la présente proposition s'était voulue davantage offensive et profonde, elle aurait pu consacrer une réduction de l'objectif de la majorité des 3/5^e à atteindre à la majorité simple ou qualifiée, plus faciles à atteindre. En outre, elle aurait pu inscrire expressément que l'avis rendu par la commission est un avis obligatoire, qui lierait par conséquent la décision du Président. Force est de constater que dans la pratique, bien que la majorité de blocage soit fixée aux 3/5^e difficilement atteignables, il n'en reste pas moins que le Président ne nommerait jamais une personnalité ayant reçu un avis négatif (même seulement à la majorité simple) des membres des commissions. Par conséquent, en réalité, la majorité simple suffit pour que le Président suive, comme s'il était obligatoire, l'avis des commissions permanentes compétentes. Quel serait alors la difficulté de le faire entrer dans le droit positif, si la réalité lui en donne déjà la licence ?

Proposition n° 29 : Conditions d'intervention des forces armées à l'étranger

par Frédéric BALAGUER, doctorant

Aux termes de la proposition n° 29, le Sénat propose de « *subordonner la prolongation de l'intervention des forces armées à l'étranger à une autorisation régulière, et non plus ponctuelle, du Parlement* » :

- *Organiser un débat annuel sur l'ensemble des interventions qui ont fait l'objet, dans l'année qui précède, d'une autorisation de prolongation à l'expiration du délai de quatre mois actuellement prévu à l'article 35 de la Constitution ;*
- *Procéder, à l'issue de ce débat, à un vote pour chaque intervention devant être prolongée* ».

1. Appréciation au regard de l'histoire et de l'évolution constitutionnelles :

Hormis durant la période révolutionnaire, les pouvoirs du Parlement en matière de décision de guerre (qui regroupe la déclaration, l'autorisation et la prolongation de la guerre) ont été relativement limités. A compter du XIX^{ème} siècle, le Parlement a été écarté soit de manière subie, soit de manière choisie. La limitation subie des pouvoirs du Parlement a pu découler, d'une part, de dispositions constitutionnelles expresses – il en allait ainsi sous le Consulat, le Premier et le Second Empire, ainsi que sous le régime des Chartes de 1814 et de 1830- ou, d'autre part, d'une pratique inconstitutionnelle. En ce sens, alors que l'article 7 de la Constitution du 27 octobre 1946 disposait que « *la guerre ne peut être déclarée sans un vote de l'Assemblée nationale et l'avis préalable du Conseil de la République* », le Parlement a été exclu de fait puisque l'exécutif ne le consulta ni lors de l'intervention militaire en Corée, ni lors de l'engagement des forces armées dans les territoires alors colonisés qu'étaient l'Indochine et l'Algérie.

Cette limitation subie a parfois laissé place à une limitation choisie. Sous la III^{ème} république par exemple, alors que l'article 9 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 dispose que « *le président de la république ne peut déclarer la guerre sans l'assentiment préalable des deux chambres* », le Parlement n'a pas été formellement associé à la déclaration de guerre actant l'entrée du pays dans le premier et le second conflit mondial. En l'occurrence, la passivité du Parlement n'est que la conséquence d'un choix opéré par chacune des chambres qui n'ont à aucun moment évoqué dans leur règlement respectif les modalités de mise en œuvre de l'assentiment requis par l'article 9 de la loi constitutionnelle précitée.

La marginalisation du Parlement sera également une tendance lourde dans le cadre de la V^{ème} République pour deux raisons particulières : la prégnance du fait majoritaire tout d'abord, la tombée en désuétude de la « déclaration du guerre » ensuite. A l'exception de l'intervention en Irak qui fut avalisée en 1990 par le Parlement dans le cadre de l'article 49 alinéa 1, le Parlement ne participe en rien à la décision de l'exécutif lorsqu'il décide d'engager des troupes à l'étranger. Jamais depuis le gouvernement n'engagea sa responsabilité ; de sorte que les opérations en ex-Yougoslavie, au Kosovo, en Afghanistan, au Liban, en Syrie, ou en Centrafrique se firent sans autorisation préalable de la représentation nationale.

La modification de l'article 35 par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 ne revalorisera que partiellement les pouvoirs du Parlement en matière d'intervention extérieure des forces armées, puisqu'elle ne le fera que sur le volet du contrôle et non de la décision initiale. En effet, le gouvernement est seulement tenu d'informer le

Parlement de sa décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger, au plus tard trois jours après le début de l'intervention. Il doit à cette occasion préciser les objectifs poursuivis. Cette information peut donner lieu à un débat qui n'est suivi d'aucun vote.

Lorsque la durée de l'intervention excède quatre mois, le Gouvernement doit soumettre sa prolongation à l'autorisation du Parlement et peut demander à l'Assemblée nationale de décider en dernier ressort. Aucun pouvoir d'autorisation *ex ante* ne lui est ainsi reconnu. Ce dernier ne dispose que d'un pouvoir d'approbation *ex post* ne l'habilitant à intervenir que pour autoriser ou non la prolongation de la guerre passé un délai de quatre mois. Mais cela n'est pas sans poser problème dans plusieurs cas de figure. En premier lieu, si l'intervention armée venait à durer moins de quatre mois, le Parlement serait exclu du contrôle. En deuxième lieu, cette disposition ne lui permet pas d'exercer un contrôle pertinent en cas de prolongation d'un conflit sur plusieurs années. L'autorisation donnée étant en effet unique et définitive, le Parlement ne peut plus se prononcer sur une nouvelle prolongation passé le délai de quatre mois. En troisième lieu, cela pose problème en cas de renouvellement de la majorité parlementaire : celle-ci ne peut alors pas revenir sur l'autorisation donnée par la majorité précédente. Enfin, son caractère unique et définitif peut également conduire l'exécutif à modifier comme il l'entend la nature ou la portée de l'opération passé le délai de quatre mois. Le pouvoir de contrôle des parlementaires est d'autant plus limité que ces derniers sont confrontés à une simple alternative binaire entre l'approbation ou le refus de prolonger l'intervention des forces armées. La prolongation ne pouvant être autorisée par une loi, le Parlement ne peut déposer d'amendements afin d'orienter la tenue des opérations engagées par l'exécutif. Par ailleurs, ce délai de quatre mois paraît suffisamment long pour que le retrait des troupes soit difficile à envisager sans remettre en cause la légitimité de l'opération depuis le premier jour et, par conséquent, sans écorner la légitimité de la France sur la scène internationale.

Le rôle secondaire du Parlement découle enfin de l'absence de définition des conséquences d'un vote négatif. Une appréciation divergente pourrait susciter une crise institutionnelle qui n'entraînerait assurément pas la chute automatique du gouvernement. Il est fort probable qu'un refus parlementaire entraînerait la dissolution de l'Assemblée, ce qui constitue un moyen de pression suffisant pour provoquer un vote favorable en son sein.

2. Appréciation au regard du droit comparé et des expériences étrangères :

Les dispositions de l'article 35 paraissent en l'état bien en deçà des pouvoirs de contrôle reconnus au Parlement dans d'autres Etats. Si le Parlement français n'a jamais été associé au processus décisionnel sous la V^{ème} République, les constitutions étrangères de nombreux Etats reconnaissent à la représentation nationale un pouvoir d'**autorisation préalable**. Un tel pouvoir existe *de facto* en Italie et aux Pays-Bas, et est reconnu *de jure* aux parlements espagnol (article 63.3), bulgare (article 84§11), danois (article 19§2), irlandais (article 15§6.1), luxembourgeois (article 96), norvégien (article 25 alinéa 2), roumain (article 92§2) et suédois (article 9). Quant à la Grande-Bretagne, le vote de la Chambre des Lords portant sur la guerre en Irak, le 18 mars 2003, aurait créé un précédent et aurait créé une convention de la Constitution, de sorte que, dix ans plus tard, en août 2013, lorsque le parlement britannique a refusé au Premier ministre, David Cameron, l'intervention en Syrie, celui-ci a renoncé à envoyer des troupes.

Concernant l'**approbation ultérieure**, le délai de quatre mois est également bien plus long que celui prévu dans les constitutions voisines. La loi fondamentale allemande prévoit par exemple que si le gouvernement fédéral peut agir seul en cas d'urgence, il doit cependant requérir *sans délai* l'approbation du Parlement. Dans le même sens, l'article 43§4 de la Constitution tchèque autorise l'exécutif à se dispenser de l'autorisation du Parlement à certaines conditions, mais seulement pour une période de soixante jours. En Italie, le Parlement bénéficie d'un pouvoir d'approbation préalable *de facto* : en l'absence de sollicitation de l'exécutif, il peut mettre fin à une opération dans un délai de deux mois. En effet, conformément à l'article 77 de la Constitution, pour décider de l'envoi des troupes, le gouvernement doit adopter un décret-loi qui doit être converti en loi dans un délai de soixante jours à compter de sa publication.

3. Appréciation au regard de la cohérence avec le système constitutionnel actuel et l'objectif poursuivi :

L'objectif poursuivi par les sénateurs réside assurément dans la volonté de renforcer le contrôle du Parlement sur les opérations extérieures. Cet objectif ne sera, selon nous, que partiellement atteint dans la mesure où, tout d'abord, les dispositions de l'article 35 alinéa 1 ne font l'objet d'aucune proposition de modification. Le Parlement continuera d'être exclu lorsque l'exécutif prendra l'initiative d'engager des troupes armées à l'étranger. Notre Parlement sera par conséquent toujours privé d'une prérogative importante reconnue à de nombreux autres Parlements. Peut-être un renforcement de son pouvoir d'approbation préalable peut-il passer par une simple évolution de l'interprétation du mot « guerre ». Jusqu'à présent nos gouvernements ont retenu une conception très étroite de ce terme qui désigne un « *conflit armé interétatique d'une intensité significative* »¹⁴⁹. Il a ainsi une signification bien plus étroite que les notions de conflit armé ou de crise. Selon la doctrine, pourtant, ce terme « *pourrait recevoir une interprétation moins formaliste que celle privilégiée par l'exécutif. Afin de préserver l'essence de cette disposition, qui est d'associer le Parlement à une décision majeure de l'exécutif en vue de diminuer les risques d'arbitraire, il est permis de défendre l'idée d'une interprétation évolutive de la Constitution pour considérer que la notion de « guerre » englobe les conflits modernes* »¹⁵⁰. Le pouvoir de contrôle du Parlement en sortirait notablement renforcé, sans qu'une révision constitutionnelle ne modifie la lettre de la Constitution. Que penser maintenant des évolutions proposées par les sénateurs s'agissant du pouvoir d'approbation *ex post* ? Le délai de quatre mois n'est pas modifié, pas plus que les modalités de contrôle offertes. Le Parlement interviendra toujours aussi tard et restera confronté à une simple alternative binaire en l'approbation ou le refus de prolonger l'intervention des forces armées. Il ne pourra pas assortir son autorisation de conditions tenant au déroulement futur de la mission en cause. Contrairement à ce que préconisait le Comité Balladur, l'article 35 n'exigerait toujours pas que la prolongation soit autorisée par une loi ; ce qui aurait autorisé le Parlement à déposer des amendements.

Le seul apport de la réforme réside dans la fin du caractère unique de l'autorisation donnée, appelée par le rapport « clause d'éternité ». On pourra toutefois se demander s'il s'agit d'autoriser le Parlement à intervenir seulement une deuxième

¹⁴⁹ P. Dailler, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 8^{ème} ed., 2009, pp.1034-1035.

¹⁵⁰ M. Ailincăi, « Le contrôle parlementaire de l'intervention des forces armées à l'étranger. Le droit constitutionnel français à l'épreuve du droit comparé », *RDP*, novembre 2011, p.129

fois, ce qui serait dommageable, ou s'il pourrait être amené à intervenir chaque année. La première interprétation semble devoir être retenue puisque ne feront l'objet d'un débat puis d'un vote que les « *interventions qui ont fait l'objet, dans l'année qui précède, d'une autorisation de prolongation à l'expiration du délai de quatre mois actuellement prévu à l'article 35 de la Constitution* ». Mais si, au contraire, c'est à une « *autorisation régulière* » que cette disposition menait, en intégrant dans ce débat annuel l'ensemble des autorisations de prolongations réitérées chaque année, alors c'est à un progrès que l'on assisterait par le suivi permis aux parlementaires. Cela permettrait d'éviter que des opérations dont la prolongation a été autorisée voient leur portée amplement étendue sans aucune validation. Ainsi de l'opération Barkhane, pour laquelle le gouvernement s'est dispensé d'autorisation de prolongation, considérant qu'elle n'était que le prolongement des opérations déjà autorisées Epervier et Serval. Un tel détournement serait alors impossible.

4. Conclusion :

La proposition ici examinée permettrait de ne renforcer que partiellement le contrôle du Parlement sur les opérations extérieures. Eu égard à l'interprétation stricte retenue du mot « guerre » par l'exécutif, ce dernier continuerait d'être privé de toute compétence décisionnelle avant le déploiement des troupes à l'étranger. Le pouvoir d'autorisation *ex ante* demeurerait donc inexistant.

A contrario, le pouvoir d'approbation *ex post* ressortirait renforcé d'une telle réforme constitutionnelle car elle ne resterait plus seulement unique et ponctuelle. Elle continuerait toutefois à intervenir trop tardivement et, dans le cadre de nos institutions actuelles, on imagine mal que le Parlement puisse refuser la prolongation d'une intervention armée à l'étranger ; d'autant que les conséquences politiques d'un tel vote négatif sont inconnues.

Proposition n° 30 : Obligation de prendre les mesures réglementaires d'application des lois et saisine du Conseil d'Etat en l'absence de publication

Par Hiam Mouannès, Maître de Conférences de Droit public, HDR

Parmi les axes révisionnels indiqués par le président de la République, Emmanuel Macron, dans son discours devant le Parlement réuni en Congrès le 3 juillet 2017, figure celui du renforcement de la fonction de contrôle du Parlement. Sollicité par le Chef de l'Etat, le président du Sénat, Gérard Larcher, appuie en la précisant cette partie de la réforme constitutionnelle. Aussi, la proposition 30 du rapport du Sénat du 24 janvier 2018 « *pour une révision de la Constitution utile à la France* », concerne concrètement l'inscription dans la Constitution de l'obligation de prendre les mesures réglementaires d'application des lois et la possibilité pour le Parlement de saisir le Conseil d'Etat en l'absence de publication desdites mesures dans un délai raisonnable.

Si l'obligation de prendre les mesures réglementaires d'application des lois est déjà établie à l'article 21 de la Constitution et érigée par le Conseil d'Etat en principe général du droit, le principe de coupler désormais cette exigence par la possibilité donnée aux parlementaires de saisir le Conseil d'Etat pour en contrôler l'effectivité paraît tout à fait cohérent.

Sans bouleverser l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution du 4 octobre 1958 ni la liberté d'action du Gouvernement dans le contexte de la rationalisation du parlementarisme, cette proposition, si elle aboutit, contraint l'Exécutif, en l'occurrence le Premier ministre, à assumer ses obligations constitutionnelles, le cas échéant sous le contrôle du Conseil d'Etat pouvant désormais sur ce point être saisi par le Parlement.

I- L'obligation déjà établie de prendre les mesures réglementaires d'application de la loi et d'en assurer la publication

L'article 21 de la Constitution est très limpide à cet égard : « *Le Premier ministre [...] assure l'exécution des lois [...]* » et, sous réserve des dispositions de l'article 13 de la Constitution, « *il exerce le pouvoir réglementaire [...]* ». La compétence d'édicter les mesures d'exécution des lois revient de droit au Premier ministre¹⁵¹, certes, mais l'utilisation du présent de l'indicatif (« *assure* ») en fait une obligation constitutionnelle incombant au Premier ministre lequel ne dispose *a fortiori* pas d'une « liberté » de prendre ou de ne pas prendre les mesures réglementaires d'« *exécution des lois* ». C'est en ce sens que le Conseil d'Etat a jugé que « *l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre [...] les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi* »¹⁵². Le seul obstacle à cette obligation est celui posé à l'article 55 de la Constitution : « *le respect des engagements internationaux de la France* »¹⁵³.

¹⁵¹ Quant au pouvoir réglementaire dit « autonome », celui-ci est, aux termes des articles 13 et 21 de la Constitution, exercé par le Premier ministre et le Chef de l'Etat, ce dernier ayant la compétence de signer les « *décrets délibérés en Conseil des ministres* » (il n'est pas ici utile de revenir sur la problématique du partage de ce pouvoir au sein de l'Exécutif).

¹⁵² CE 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, n° 204024.

¹⁵³ CE 28 juillet 2000, *Association FNE* (précité) ; CE, Ass., 3 février 1989, *Alitalia*, n° 74052 et CE 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, n° 195354.

En revanche, l'obligation de publier un règlement que l'autorité administrative a édictée n'est pas inscrite dans la Constitution. Ce qui a conduit le Conseil d'Etat, pour des motifs de sécurité juridique, à ériger lui-même cette obligation en principe général du droit¹⁵⁴. L'administration est *jurisprudentiellement* tenue, pour les mêmes motifs, d'édicter les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle¹⁵⁵.

Rehausser la valeur juridique de cette exigence paraît en conséquence cohérente et participe de la garantie de son effectivité.

II- L'introduction d'une saisine du Conseil d'Etat par les parlementaires

L'article 21 de la Constitution étant silencieux sur la garantie de « l'effectivité » de l'obligation de prendre les mesures réglementaires d'exécution des lois et d'en assurer la publication, le Conseil d'Etat s'en fait lui-même le gardien par le recours au principe du « délai raisonnable ». Celui-ci ne saurait excéder six mois, un ou deux ans selon les cas, sous réserve de délais particuliers fixés par la loi et sauf circonstances politiques (changement de Gouvernement ou de majorité) ou difficultés techniques rencontrées par l'administration dans l'élaboration du texte concerné. Dans son arrêt *Association FNE* du 28 juillet 2000 (précité), le Conseil d'Etat n'a pas hésité à cet effet à ordonner, sous astreinte, l'édiction des mesures réglementaires concernées dans un délai de six mois, jugeant qu'« *en dépit des difficultés rencontrées par l'administration dans l'élaboration de ce texte* », l'abstention du Premier ministre à prendre le décret d'application prévu par le législateur « *s'est prolongée très largement au-delà d'un délai raisonnable* » (plus 15 ans en l'occurrence !). La jurisprudence ne laisse donc pas « *à la libre appréciation du premier ministre l'édiction* » des mesures d'application de la loi¹⁵⁶. En revanche, seul un conflit entre le justiciable « intéressé » et l'administration ouvre le prétoire du juge administratif et seulement lorsque l'édiction des mesures réglementaires d'application d'une loi a dépassé un délai raisonnable.

La qualité de « parlementaire » ne donne pas, en l'état actuel du droit, « intérêt à agir »¹⁵⁷. Il n'est d'ailleurs pas utile, ni demandé, de le transformer en « requérant » mais simplement en gardien des obligations constitutionnelles de l'Exécutif.

Au-delà de l'avantage non négligeable de prévention des contentieux, donner la possibilité aux parlementaires (dans les conditions précisées ci-dessous) de déférer au Conseil d'Etat l'éventuelle carence de l'Exécutif dans ce domaine présente bien d'autres intérêts :

- Lorsque la loi prévoit l'intervention de mesures réglementaires pour son application, le Parlement est mieux à même d'apprécier le « délai raisonnable » devant être laissé à l'Exécutif pour leur élaboration.
- La saisine du Conseil d'Etat par le Parlement donnerait toute son effectivité à une loi sans l'application de laquelle elle demeure *de facto* nulle et sans effets à moins qu'un justiciable, excédé et ayant intérêt à agir, rappelle l'Exécutif à ses obligations.

-

Proposition :

Un nouvel article 37-2 ainsi rédigé est inséré dans la Constitution :

¹⁵⁴ CE 12 décembre 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale (SCHFPN)*, n° 243430.

¹⁵⁵ CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst et autres*, n° 288460.

¹⁵⁶ CE 28 juillet 2000, *Association FNE* (précité).

¹⁵⁷ CE, 23 novembre 2011, *Masson*, n° 341258.

« En l'absence de publication des mesures réglementaires d'application d'une loi dans un délai raisonnable, le Conseil d'Etat peut être saisi par le président de l'Assemblée Nationale, le président du Sénat, 60 députés ou 60 sénateurs. S'il est saisi, il se prononce dans les délais les plus brefs. Il peut, le cas échéant ordonner, sous astreinte, le respect de cette exigence ».

Précaution :

Le seuil de « 60 députés ou 60 sénateurs » sera modifié en fonction de l'évolution du nombre des parlementaires.

Propositions n° 31, 32 et 33 : Moyens d'investigation élargis pour les commissions parlementaires

par Benoît Schmaltz, Maître de conférences

L'article 24 de la Constitution dispose que le Parlement, outre voter la loi, « contrôle l'action du gouvernement » et « évalue les politiques publiques ». Ce contrôle met en œuvre les principes de la Déclaration de 1789 évoquant la nécessité de la contribution publique (art. 14) et le droit de demander compte à tout agent public de sa gestion (art. 15). Il s'effectue collectivement par les deux assemblées, notamment par l'activité de leurs commissions permanentes ou d'enquête (voir l'analyse des propositions 32 et 33). Il peut aussi être le fait d'une institution tierce mise au service du Parlement comme c'est le cas du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes (voir l'analyse de la proposition 31).

Le fait majoritaire conduit à faire de ce contrôle une fonction essentielle du Parlement tout en impliquant d'y associer fortement l'opposition, sans que celle-ci ne se livre pour autant à une instrumentalisation politique qui, par ses excès, en viderait la substance. L'enjeu n'est autre que la confiance des citoyens dans des institutions dont ils s'interrogent parfois sur l'utilité véritable ; sans parler de l'estime que le gouvernement et la haute administration ne leur accordent pas toujours à la hauteur de la valeur symbolique qui est la leur. Il faut donc rechercher un renforcement du Parlement qui le prémunisse des antiparlementarismes tant populaires que technocratiques.

C'est dans ce contexte très général que l'on peut situer les propositions qu'il s'agit à présent d'examiner.

I. Expertise sur la proposition n° 31 relative à l'approfondissement de la mission d'assistance du Parlement de la Cour des comptes (par Benoît Schmaltz)

« Le groupe de travail propose d'élargir la mission d'assistance de la Cour des comptes au Parlement, inscrite à l'article 47-2 de la Constitution de deux manières en prévoyant :

- d'abord, à l'article 47-2 de la Constitution, que **la Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'application des lois et l'évaluation de leur mise en œuvre** ;

- ensuite, dans la loi organique, **l'extension à toutes les commissions permanentes du droit reconnu à la commission des finances et à la commission des affaires sociales** (article 58 de la loi organique relative aux lois de finances et article L.O. 132-3-1 du code des juridictions financières) **de demander des enquêtes à la Cour des comptes**, avec un filtrage des demandes, par la Conférence des Présidents ou l'instauration d'un droit de tirage annuel. »

1. Appréciation au regard de l'histoire et de l'évolution constitutionnelles :

Cette proposition fait écho aux propositions 15 à 18 examinées précédemment par Julia Schmitz à laquelle nous renvoyons pour les considérations historiques les plus générales. Elle s'inscrit plus particulièrement dans le prolongement de l'évolution considérable du rôle de la Cour des comptes depuis les années 1990, la LOLF en 2001, et ensuite sous l'impulsion de Philippe Séguin à partir de 2004. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 l'a sanctionnée avec la création de

l'article 47-2 de la Constitution qui confère à la Cour des comptes un rôle d'« assistance » du Gouvernement et du Parlement. Au terme de cette évolution, la Cour des comptes a vu ses fonctions juridictionnelles de contrôle des comptes des comptables publics se réduire au profit de **nouvelles fonctions de contrôle de gestion**. L'objet de son contrôle s'est donc étendu au-delà du contrôle de la régularité du maniement des deniers et de la régularité de l'exécution budgétaire pour porter également sur **l'audit et l'évaluation des politiques publiques**.

La Cour développe depuis lors une véritable fonction de conseil, largement orientée vers la performance et l'efficacité d'une action publique budgétairement contrainte¹⁵⁸. La publicité de ses différentes productions ainsi que le relai médiatique auquel ils donnent lieu constituent l'élément essentiel de l'efficacité, cependant relative, de cette fonction de contrôle et d'évaluation des politiques publiques. Les suites données aux observations de la Cour sont en effet variables, bien que son rôle soit unanimement reconnu tant pour ce qui concerne l'information du public et l'expertise auprès des services et organismes contrôlés.

C'est en raison de cette image positive et de cette qualité reconnue que la Cour des comptes est sollicitée, notamment par le Parlement comme la proposition commentée le montre. Comme le relève Pascal « *L'assistance de la Cour est recherchée comme gage de sérieux d'un contrôle plus poussé des finances publiques nationales, et ce n'est pas un paradoxe si la matière budgétaire et financière constitue le cœur de la reconquête du pouvoir législatif, matière qui a toujours constitué la colonne vertébrale du contrôle parlementaire, de son émancipation à son affirmation. Contrôler les finances publiques, c'est aussi contrôler les politiques gouvernementales* »¹⁵⁹. Dans cette perspective, **la Cour des comptes apparaît comme l'alliée des parlementaires dans le projet de revalorisation du Parlement et du renforcement de son action sur le gouvernement**. De fait, les propositions considérées participent de la remise en cause du parlementarisme rationalisé qui caractérise la V^e République. Reste à déterminer la mesure de cette remise en cause et la portée que pourraient avoir les propositions faites à cet égard.

2. Appréciation au regard du droit comparé et des expériences étrangères :

Dans une perspective de comparaison internationale, on constate que si le rôle du Parlement pour le vote et le contrôle des lois de finances est une donnée constante et universelle, les modalités de contrôle du Parlement sur l'exécution du budget varient fortement en fonction des traditions politiques et des histoires institutionnelles. Lorsque l'institution de contrôle existait antérieurement au Parlement, elle est restée indépendante de ce dernier, même si une mission d'assistance a pu lui être confiée par la suite, comme en France ou en Italie. Lorsque l'institution de contrôle est apparue ou a été réformée postérieurement, elle dépend généralement du Parlement, comme en Belgique, où la Cour des comptes est élue par la Chambre des représentants, mais aussi en Allemagne. C'est surtout le modèle qui caractérise les Etats anglo-saxons, la Grande-Bretagne et les États-Unis caractérisant ainsi un très fort contrôle parlementaire de l'exécution budgétaire et de l'action publique.

La tendance à rapprocher la Cour des comptes du Parlement évoque d'ailleurs la situation anglaise où la commission parlementaire de contrôle des comptes publics (*Public Accounts Committee*) travaille en étroite collaboration avec le *National Audit*

¹⁵⁸ Fanny GRABIAS, « La Cour des comptes : nouvelles fonctions ou fonctions renouvelées ? », AFDC, Congrès de Nancy, 2011, atelier n° 6.

¹⁵⁹ Pacal JAN, « Parlement et Cour des comptes », *Pouvoirs*, 2013/3 (n° 146), p. 107-116.

Office, équivalent britannique de la juridiction de la rue Cambon. Cependant, l'exemple américain fait apparaître la faiblesse du contrôle parlementaire français puisque les moyens dont dispose le Congrès sont à peu près équivalents à ceux du gouvernement (environ 5 000 agents) alors que ce n'est absolument le cas en France (où la Cour n'emploie en moyenne que 750 personnes). **Une réforme en profondeur du contrôle parlementaire de l'action publique exigerait en réalité, à dépense publique égale, de transférer un certain nombre d'agents du Ministère des Finances et d'autres services de contrôle du gouvernement au profit d'organismes parlementaires.**

3. Cohérence avec le système constitutionnel et institutionnel actuel

Prise dans son ensemble en y ajoutant le premier volet, en apparence plus symbolique, de la proposition, celle-ci soulève **la question plus générale de la pertinence et de la portée de l'assistance de la Cour des comptes au Parlement dans sa mission de contrôle du gouvernement et d'évaluation des politiques publiques**. La proposition entend l'étendre en ne limitant plus cette assistance aux seules lois de finances et de financement de la sécurité sociale mais en l'étendant à l'ensemble des lois ; étendue qui pourrait cependant correspondre à « l'évaluation des politiques publiques » mais la précision semble préférable. Elle pourrait rejoindre, si ce n'est déjà l'esprit de ses promoteurs, la remarque précédente sur la possibilité d'un contrôle diffus de l'exécution en complément du contrôle centralisé des commissions des finances.

Il faut cependant rappeler que cette collaboration de la Cour et du Parlement ne se fait, pour l'instant, qu'avec une autonomie consacrée et protégée de la première. Dans sa décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, le Conseil constitutionnel a tenu à signaler que la Cour des comptes est à équidistance du Gouvernement et du Parlement. Elle assiste donc l'un et l'autre en toute autonomie, et la proposition examinée n'entend pas remettre en cause cette autonomie. Le Conseil avait alors donné toute sa portée à cette autonomie, fondée sur l'indépendance des juridictions administratives, en censurant une disposition de la LOLF qui conduisait à placer le programme d'enquête de la Cour sous un contrôle, certes relatif, des parlementaires. C'est aussi pour cela qu'il revient à la loi seule, et non au règlement d'une assemblée, de fixer les modalités d'assistance de la Cour¹⁶⁰. **Cette autonomie de la Cour à l'égard du Parlement est perçue comme un gage d'efficacité : « Si la représentation nationale jouit d'informations fiables et impartiales en raison de l'indépendance de la Cour, celle-ci assistera d'autant mieux le Parlement que ses travaux lui seront utiles ».**

En outre, l'élargissement du champ de l'assistance de la Cour pose le problème d'une éventuelle surcharge de celle-ci. C'est pour ce motif que les sénateurs avaient rejeté en 2011 une disposition introduite par les députés dans la loi de finances rectificative (art. 64) consistant à permettre à un député de saisir la Cour d'une demande sur les suites données à ses recommandations. **Il faudrait donc que la proposition soit mise en discussion avec la Cour elle-même afin qu'elle la soutienne activement, sans quoi il serait sans doute plus sage d'y renoncer.**

On peut également souligner ici une faiblesse de la proposition, mais à l'unité inachevée des juridictions financières, résidant dans l'absence de prise en compte des Chambres régionales des comptes. Ces dernières constituent pourtant un outil précieux pour démultiplier au niveau territorial le contrôle parlementaire de l'action publique. Cependant, même en l'absence d'une réforme des juridictions financières,

¹⁶⁰ Décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009.

dont la tentative de Philippe Séguin, trop centralisatrice, avait échouée, **il est possible de réfléchir à organiser une assistance directe des Chambres régionales des comptes au Parlement, exactement sur le modèle de l'assistance de la Cour en en transposant les règles.** On pourrait même imaginer dans le ressort de chaque chambre une conférence des députés et de délégations d'élus locaux pouvant demander l'assistance de la Chambre en vue de l'évaluation d'une ou plusieurs politiques publiques, nationales ou locales.

4. Appréciation au regard de la cohérence avec le système constitutionnel actuel et l'objectif poursuivi :

Une alternative au renforcement de l'assistance de la Cour des comptes pourrait également consister en l'adjonction au Parlement d'un organisme dédié. C'est la proposition que fait Jérôme Germain dans sa thèse *Le Parlement et la Cour des comptes* (Toulouse, 2007) : « *Bien que croissante, la collaboration Parlement Cour des comptes demeure insuffisante. En attendant des réformes institutionnelles plus larges, le Parlement a besoin d'un contrôleur complémentaire d'un autre type que la Cour des comptes. La création d'un expert technique parlementaire en charge d'audits et d'évaluations pour les assemblées irait dans ce sens.* » On peut considérer que c'est en ce sens que le rapport présenté le 15 mars 2018 à l'Assemblée nationale par M. Pierre Morel-À-L'Huissier et Mme Valérie Petit sur l'évaluation des politiques publiques propose de « *permettre aux parlementaires de jouer effectivement leur rôle d'évaluateur en créant **une agence d'évaluation au service du Parlement** et en faisant des débats parlementaires un moment privilégié de l'évaluation, et mieux associer les citoyens en généralisant les consultations lors de l'élaboration de la loi et lors de son évaluation.* »

Le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques n'est absolument pas en mesure de jouer ce rôle. Il serait peut-être intéressant, à cet égard, d'envisager **sa transformation en commission permanente d'évaluation des politiques publiques**, à la condition d'organiser un partage efficace des responsabilités avec la commission des finances et les autres commissions permanentes. Les parlementaires britanniques disposent d'une telle commission permanente d'évaluation ayant fait preuve de son utilité. De plus, chaque commission permanente contrôle, dans son domaine respectif, l'exécution du budget. Une réflexion pourrait donc être menée sur **la possibilité d'un contrôle diffus de l'exécution budgétaire, en lieu et place du contrôle monopolisé par les commissions des finances.**

Comme souvent en matière de contrôle parlementaire dans le cadre de la Ve République, la revalorisation du Parlement commence avec les parlementaires eux-mêmes souvent trop peu enclins à se saisir et à perfectionner les nombreux pouvoirs et prérogatives que les textes leur confèrent. **Le second volet de la proposition répond pleinement à cette première exigence envers soi-même puisqu'elle permettrait de faire de la Cour des comptes l'instrument d'information de l'ensemble des commissions permanentes.**

Il faut souligner à cet égard que si le gouvernement ne recourt pratiquement jamais à l'assistance de la Cour dans la mesure où il dispose de ses propres services de contrôle, avec le secours précieux du pouvoir hiérarchique, le Parlement s'y livre à de nombreuses reprises. Ainsi, Pascal Jan relève que « *de 2001 à 2013, près de cent dix demandes ont été adressées à la Cour, témoignant de l'intérêt porté à la procédure mais plus encore de son utilité pour les parlementaires* »¹⁶¹. Les

¹⁶¹ Art. précité.

parlementaires et la Cour profitent ensemble de ce mécanisme qui assure la publicité des rapports et des recommandations, dont les parlementaires se saisissent bien souvent. Nul doute que le mécanisme fonctionnerait avec la même ampleur pour chacune des commissions permanentes.

5. Conclusion :

La nature de juridiction relevant en cassation du Conseil d'Etat de la Cour ainsi que son équidistance avec le gouvernement empêche en définitive d'en faire le bras séculier du Parlement dans le contrôle de l'action publique. Cependant, le succès de sa collaboration avec le Parlement démontre l'importance pour le Parlement de disposer d'une administration de contrôle qui fasse pièce aux services gouvernementaux et aux divers organismes à contrôler. Cela rejoint la remarque précédemment faite sur **l'intérêt de réfléchir à un transfert d'agents du gouvernement dans cette administration parlementaire de contrôle, aussi nécessaire qu'à construire**, leur connaissance préalable de la mécanique gouvernementale pouvant évidemment consister à précieux atout. On peut gager, bien sûr, qu'une telle proposition recevrait une franche opposition du gouvernement et de Bercy en particulier. Opposition qui est peut-être la preuve de la pertinence de la mesure mais c'est aux parlementaires d'en juger.

En guise d'ouverture, on peut également suggérer des réflexions plus audacieuses sur l'évolution des institutions. La Cour des comptes dans sa mission d'assistance au Parlement et au Gouvernement rejoint la cohorte des organismes, autorités administratives indépendantes, qui, à l'image du Défenseur des droits réformé, incarnent le contrôle démocratique des institutions au bénéfice direct du public et des citoyens. Si le Président de la République cessait d'être le chef de gouvernement officiel autant que problématique qu'il est devenu, il pourrait utilement devenir le protecteur de ces institutions qu'il convient de mettre à l'abri des considérations partisans et des corporatismes gouvernementaux. On y ajouterait volontiers un ministère de la Justice détaché du gouvernement par la mise en place d'un Procureur de la nation, ou bien encore les universités, à l'image de l'Institut et des Académies. Il y aurait là un vivier d'organismes et d'administrations produisant des informations impartiales et de qualité, diligentant des enquêtes ayant l'autorité de leur légitimité, et participant utilement à l'information du citoyen, du Parlement et du gouvernement, bénéficiant tout autant aux organismes contrôlés qu'aux politiques publiques évaluées.

II. Expertise sur les propositions n° 32 et 33 : Commissions parlementaires, permanentes et d'enquête (par Anna Zachayus)

La proposition n°32 se décompose en deux sous-propositions : la première vise à reconnaître constitutionnellement, au profit des commissions permanentes, la compétence de « contrôle de l'action du Gouvernement, d'évaluation des politiques publiques, de contrôle de l'application des lois et d'évaluation de leur mise en œuvre »¹⁶² ; la seconde porte sur les moyens reconnus à ces commissions pour l'exercice de cette compétence. La proposition n°32 ne portant que sur le renforcement du rôle des commissions permanentes dans le contrôle de l'action du Gouvernement et l'évaluation des politiques publiques, nous écartons les réflexions relatives au rôle des commissions dans le processus d'élaboration de la loi.

¹⁶² 40 propositions pour une révision de la Constitution utile à la France, Rapport du groupe de travail du Sénat, 24 janvier 2018, p. 19

Avec la proposition n°33, le groupe de travail du Sénat souhaite lever l'interdiction faite aux assemblées parlementaires de créer des commissions d'enquête parlementaire sur des faits faisant l'objet de poursuite judiciaire.

Nous analyserons ces deux propositions en parallèle puisqu'elles s'inscrivent toutes deux dans le but affiché d'élargissement des moyens d'investigation des commissions.

1. Appréciation au regard de l'histoire et de l'évolution constitutionnelles :

La Constitution de la V^{ème} République, en réaction aux régimes de la III^{ème} et IV^{ème} Républiques, met en place un régime parlementaire rationalisé. Cette volonté de rationalisation du parlementarisme s'illustre particulièrement dans l'évolution des pouvoirs des commissions.

Concernant les commissions permanentes, si leur suppression n'a pas été envisagée du fait de la reconnaissance de leur rôle primordial dans la préparation de la loi, leur pouvoir a été restreint à la seule mission de préparation du débat législatif. Le pouvoir de contrôle est confié aux commissions d'enquête et de contrôle parlementaires¹⁶³ mais il est également limité puisque l'article 6 de l'Ordonnance du 17 novembre 1958 fixe un certain nombre de critères pour la création de ces commissions¹⁶⁴.

Cependant, au fil des législatures, la tendance de l'évolution constitutionnelle a été de renforcer le rôle du Parlement et, en particulier celui des commissions, que ce soit en leur attribuant de nouvelles compétences ou en y renforçant la place de l'opposition.

Nous citerons uniquement certaines étapes de ce processus afin d'en illustrer brièvement la portée. Dès 1993, chaque président de commission est chargé de présenter un bilan semestriel quantitatif et qualitatif de l'application des lois que la commission a eu à examiner ; avec la loi du 14 juin 1996, les commissions permanentes se voient dotées d'un pouvoir d'audition et du droit, dans certaines conditions, d'user des pouvoirs spéciaux des commissions d'enquête¹⁶⁵. De plus, le travail des commissions est davantage considéré grâce à la publicité de leurs travaux. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 va également dans le sens de ce renforcement : d'une part pour les commissions permanentes en élargissant le nombre maximum de commissions par Assemblée (passant de six à huit) et en les associant au contrôle de certaines nominations par le Président de la République et d'autre part pour les commissions d'enquête en consacrant leur existence à l'article 51-2 de la Constitution.

¹⁶³ Depuis 1991, seules les commissions d'enquête subsistent, mais nous gardons tout de même un héritage de cette distinction initiale dans l'article 6 de l'Ordonnance du 17 novembre 1958 fixant le cadre matériel de la création des commissions prévoyant que « Les commissions d'enquête sont formées pour recueillir des éléments d'information soit sur des faits déterminés [champ d'action initial des commissions d'enquête], soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales [champ d'action initial des commissions de contrôle] ». Cf. sur ce point Élisabeth VALLET, « Les commissions d'enquête parlementaires sous la Cinquième République », *Revue française de droit constitutionnel* 2003/2 (n° 54), p. 249-278.

¹⁶⁴ L'article 6 de l'Ordonnance du 17 novembre 1958 fixe notamment le domaine d'action des commissions « soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales » avec la limite de l'interdiction d'enquêter sur des faits « ayant donné lieu à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours » et la durée d'action (six mois).

¹⁶⁵ Le Conseil constitutionnel a validé cette disposition en posant une réserve d'interprétation importante limitant le rôle des commissions à un rôle d'information (déc. N°96-382 DC).

Face au fait majoritaire, le simple renforcement des commissions permanentes ne pouvait pas garantir l'efficacité d'un contrôle. C'est pourquoi l'opposition fut progressivement associée aux missions des commissions permanentes, notamment dans les missions d'information¹⁶⁶.

S'agissant des commissions d'enquête, l'opposition fût très tôt associée à la mission de contrôle. En effet, « Depuis 1988, un « droit de tirage » annuel permettant l'inscription à l'ordre du jour d'une proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête, a été reconnu conventionnellement à chaque groupe politique »¹⁶⁷. Puis, la place de l'opposition dans les commissions d'enquête a été progressivement renforcé, en particulier avec la résolution du 28 novembre 2014 qui élargit ce droit de tirage en supprimant la possibilité de rejet de la résolution à la majorité des 3/5^{ème} de l'Assemblée et avec l'attribution de droits de l'une des fonctions de rapporteur ou de président d'une commission d'enquête à un membre de l'opposition.

Sans que l'évolution ne soit constitutionnellement consacrée, le rôle des commissions d'enquête s'est également renforcé du fait de l'interprétation progressivement atténuée de l'interdiction faite aux assemblées de créer des commissions d'enquête « sur des faits *ayant donné lieu* à des poursuites judiciaires et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours. »¹⁶⁸. En effet, la commission des lois de l'Assemblée nationale¹⁶⁹, a par exemple considéré « que l'Assemblée pouvait créer une commission d'enquête sur des faits qui ont fait l'objet de poursuites judiciaires dès lors que ces poursuites ne sont plus en cours » mais aussi que « l'existence de poursuites judiciaires n'était pas un obstacle à la création d'une commission d'enquête parlementaire dès lors que se trouvent écartés de son champ d'application ceux des faits qui ont donné lieu à des poursuites »¹⁷⁰.

2. Appréciation au regard du droit comparé et des expériences étrangères :

Sur la consécration constitutionnelle du rôle des commissions permanentes dans le contrôle du Gouvernement et dans l'évaluation des politiques publiques, les cas sont variés.

La Loi fondamentale allemande consacre le rôle des commissions permanentes dans le contrôle de la politique gouvernementale. Nous pouvons citer par exemple l'article 45 *b* de la Loi fondamentale allemande confiant au Commissaire parlementaire aux forces armées « l'exercice du contrôle parlementaire ».

La Constitution italienne pour sa part ne consacre pas expressément le rôle des commissions permanentes dans le contrôle du Gouvernement alors qu'elles exercent effectivement cette mission grâce notamment à la possibilité de mettre en place des procédures d'informations.

Sur la constitutionnalisation de la compétence, pas de règle donc. Néanmoins, concernant les pouvoirs reconnus aux commissions permanentes en matière de

¹⁶⁶ Cf par exemple l'article 6 *bis* du Règlement du Sénat.

¹⁶⁷ Assemblée Nationale, Fiche de synthèse n°49, « Les commissions d'enquête et les missions d'information créées par la Conférence des présidents ».

¹⁶⁸ Art. 6 I de l'Ordonnance du 17 novembre 1958 n°58-1100.

¹⁶⁹ La commission des lois de l'Assemblée nationale ou du Sénat doit donner son avis sur la création des commissions d'enquête et notamment sur le respect des critères fixés à l'article 6 de l'Ordonnance susvisée.

¹⁷⁰ Pour plus d'exemples sur la souplesse d'interprétation notamment du Garde des Sceaux V. Élisabeth VALLET, « Les commissions d'enquête parlementaires sous la Cinquième République », *Revue française de droit constitutionnel* 2003/2 (n° 54), p. 256 et suiv.

contrôle, il apparaît après une brève comparaison avec les pays voisins que les commissions permanentes françaises ne disposent pas de pouvoirs comparables en matière de contrôle du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques.

La Commission des lois du Sénat avait d'ailleurs publié un rapport¹⁷¹ en 2006 concluant que « l'efficacité et la publicité des travaux de contrôle sont mieux assurées à l'étranger qu'en France »¹⁷². Alors même que la révision constitutionnelle de 2008 a consacré la mission de contrôle du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques du Parlement, les pouvoirs des commissions permanentes demeurent moins étendus que ceux des commissions permanentes du Royaume-Uni par exemple. En effet, la Chambre des Lords dispose d'autant de commissions chargées du contrôle qu'il existe de ministères. Cependant, comme on l'a vu précédemment, l'histoire constitutionnelle française explique l'étendue limitée des pouvoirs octroyés aux commissions permanentes françaises en matière de contrôle.

En revanche, concernant les commissions d'enquête parlementaire, comme en France, de nombreux pays ont ouvert la possibilité à leur Parlement de créer des commissions d'enquête temporaires (c'est par exemple le cas de la Pologne, de l'Italie, de l'Allemagne).

En Italie, les commissions d'enquête peuvent voir leur mission prolongée au-delà de la durée fixée et elles sont dotées des mêmes pouvoirs que l'autorité judiciaire. En Allemagne, les commissions d'enquête peuvent être créées pour des faits faisant l'objet de poursuites judiciaires. Cependant, la création de telles commissions est rarement mise en œuvre du fait de l'important contrôle exercé par les commissions permanentes.

3. Appréciation au regard de la cohérence avec le système constitutionnel actuel et l'objectif poursuivi :

En plus du vote de la loi, l'article 24 de la Constitution confie au Parlement le contrôle de l'action du Gouvernement et l'évaluation des politiques publiques¹⁷³. Ce sont ces deux dernières compétences que le groupe de travail du Sénat souhaite confier aux commissions parlementaires par la révision constitutionnelle. En conséquence, deux hypothèses se présentent soit les commissions permanentes se substitueraient au Parlement pour l'exercice de ces compétences, ce qui nécessiterait alors une réflexion sur la composition de ces commissions au regard de leur représentativité ainsi que de leur légitimité ; soit les commissions permanentes partageraient cette compétence avec le Parlement ce qui semble être un non-sens compte tenu du fait que les commissions permanentes sont des entités parlementaires.

En outre, le Conseil constitutionnel a une interprétation littérale de l'article 24 puisqu'il considère que la Constitution confiant le contrôle du Gouvernement et l'évaluation des politiques publiques au Parlement, les commissions ont uniquement un rôle d'information du Parlement pour lui permettre d'exercer ces compétences¹⁷⁴.

¹⁷¹ Rapport d'information n°43, de MM. Patrice GÉLARD et Jean-Claude PEYRONNET, fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 25 octobre 2006.

¹⁷² Synthèse du rapport d'information susvisé, p. 2 ;

¹⁷³ Cette dernière compétence est issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

¹⁷⁴ Par exemple cf. décision n°96-382 DC (Cons. 10)

Cependant, le président, le rapporteur et, dans certains cas, les membres, de certaines commissions permanentes se sont vu confier les missions de suivi, de contrôle et d'évaluation dans leur domaine de compétence¹⁷⁵ sans que le Conseil constitutionnel n'ait opposé ni de censure ni de réserve d'interprétation sur ces dispositions¹⁷⁶. Alors même que pour deux des commissions concernées (commissions des finances et commissions des affaires sociales) ces dispositions sont prévues par des lois organiques, soumises au contrôle « intégral »¹⁷⁷ du Conseil constitutionnel.

Pour exercer ces nouvelles missions les membres des commissions concernées disposent de pouvoirs d'investigation renforcée¹⁷⁸. La proposition sénatoriale n°32 consiste à élargir à l'ensemble des commissions permanentes ces pouvoirs. Un tel élargissement poserait la question de son articulation avec les commissions d'enquête qui d'ailleurs, rappelons-le, sont associées explicitement à l'exercice des missions de contrôle et d'évaluation dans la Constitution (art. 51-2) mais ont leur objet d'enquête limité: « soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales ».

De plus, la création des commissions d'enquête n'est pas admise lorsque les faits sur lesquels la commission est chargée d'enquêter fait l'objet de poursuites judiciaires et pendant toute la durée des poursuites. Cette interdiction est fondée sur le respect du principe de la séparation des pouvoirs. En effet, cela pourrait être conçu comme une intervention de l'assemblée dans une procédure judiciaire en cours en vue d'en influencer l'issue. L'instruction pourrait en être perturbée, notamment en raison de la couverture médiatique et de ses effets sur l'opinion publique. On pourrait craindre que les exigences du procès équitable soient ainsi remises en question.

Cependant, l'existence d'une procédure judiciaire en cours n'a jamais interdit la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire contre les individus concernés, y compris de la part d'autorités administratives. Dès lors, si un cumul répressif est possible entre poursuites pénales et procédure disciplinaire administrative, on voit mal ce qui peut justifier d'interdire la création d'une commission d'enquête parlementaire qui n'aura pas de pouvoirs de sanction contre les individus.

En outre, répression pénale et commission d'enquête poursuivent des buts radicalement distincts et complémentaires. Distincts parce que les poursuites pénales ont pour objet la recherche et la répression des auteurs d'infractions tandis que la commission d'enquête parlementaire doit seulement avoir pour but l'information du public d'une part, l'évolution éventuelle de la législation d'autre part.

Quant au secret de l'instruction, il ne saurait être opposable aux assemblées mais ces dernières doivent prendre en considération l'intérêt de la société à ce que la procédure pénale ne soit pas troublée par la commission d'enquête parlementaire.

¹⁷⁵ Il s'agit des commissions des finances pour les lois de finances, des affaires sociales pour les lois de financement de la sécurité sociale et de la défense pour la programmation militaire. Pour exemple l'article L.O. 111-9 du code de la Sécurité sociale prévoit que « Les commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat saisies au fond du projet de loi de financement de la sécurité sociale *suivent et contrôlent l'application de ces lois et procèdent à l'évaluation* de toute question relative aux finances de la sécurité sociale ».

¹⁷⁶ Cf. décisions du Conseil constitutionnel n°2001-448 DC (Loi organique relative aux lois de finances) et n°2005-519 DC (Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale).

¹⁷⁷ BEZZINA (A.-C.), *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, mai 2014, Dalloz Editions, p. 68 et suiv.

¹⁷⁸ Pouvoirs d'audition et d'investigation sur pièces et sur place auprès d'organismes définis.

Par ailleurs, l'article 51-2 de la Constitution ne fait pas référence à cette interdiction directement. Il est d'ailleurs intéressant de relever que cet article renvoie à la loi le soin de fixer les modalités d'organisation et de fonctionnement des commissions d'enquête et aux règlements des assemblées pour la détermination des conditions de création des commissions d'enquête. Dès lors une interprétation littérale de cet article permettrait une modification des conditions de création et donc la levée de l'interdiction dans le règlement des assemblées. Cependant, actuellement, c'est l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires qui vise cette interdiction. La levée de cette interdiction pourrait donc s'effectuer par la voie législative, en prenant le risque toutefois d'une censure par le Conseil constitutionnel en vertu du principe de séparation des pouvoirs.

Le groupe de travail de l'Assemblée nationale propose pour sa part l'insertion à l'article 51-2 de la Constitution d'une disposition permettant la création de commissions d'enquête « y compris sur des faits faisant l'objet de poursuites judiciaires ». En tout état de cause, l'article 6 de l'Ordonnance du 17 novembre 1958 devra être modifié.

4. Objectif poursuivi : « Des moyens d'investigation élargis pour les commissions » : « Etendre les moyens de contrôle et d'évaluation des commissions permanentes » (proposition n°32) / »

Il est certain qu'une modification de la Constitution dans le sens d'une reconnaissance aux commissions permanentes des compétences de contrôle du Gouvernement et de l'évaluation des politiques publiques qu'elles exerceraient grâce à l'attribution d'un droit de communication de documents et de pouvoirs d'investigation sur pièces et sur place irait dans le sens d'une extension des moyens de contrôle et d'évaluation des commissions permanentes. Cependant, cette proposition telle qu'elle est formulée semble démesurée, sans être dans une méfiance obstinée au regard de notre histoire constitutionnelle et tout en prenant en considération la nécessité du renforcement des pouvoirs des commissions permanentes pour l'exercice d'un « contrôle-dialogue »¹⁷⁹ efficace.

Par ailleurs, la suppression de l'interdiction faite aux commissions d'enquête de s'intéresser à des faits permettrait effectivement d'élargir les moyens d'investigation pour les commissions d'enquête puisque cela reviendrait à supprimer un des critères nécessaires pour la création d'une commission d'enquête, fixés par l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958. D'ailleurs, nous aurions pu envisager d'élargir les moyens d'investigation des commissions d'enquête en élargissant les autres critères de création des commissions d'enquête (leur domaine de compétence par exemple) ou en ouvrant la possibilité de prolonger la durée de l'enquête (sur le modèle italien).

5. Conclusion

A l'instar des commissions d'enquête, le rôle des commissions permanentes dans le contrôle du Gouvernement et de l'évaluation des politiques publiques devrait/pourrait être consacré dans la Constitution, non seulement pour la reconnaissance de l'importance du rôle des commissions permanentes et de leur

¹⁷⁹ Pauline Türk distingue le « contrôle-sanction » en vertu duquel le Parlement peut mettre en jeu la responsabilité du Gouvernement et le « contrôle-dialogue » permettant « l'établissement d'un dialogue institutionnel réel et permanent » (Pauline Türk, *Le contrôle parlementaire en France*, LGDJ, 2011, Lextenso Edition, p. 130)

évolution (la Constitution ne prévoit aujourd'hui leur intervention qu'en matière d'élaboration de la loi) mais également pour le renforcement de ce « contrôle-dialogue » qui semble être mieux adapté au fait majoritaire. L'Assemblée nationale souhaite d'ailleurs également « *renforcer les capacités de contrôle et d'évaluation du Parlement* »¹⁸⁰ et propose, en ce sens, une modification de l'article 51-2 de la Constitution confiant à toutes les instances chargées, au sein de chaque Assemblée, des missions de contrôle et d'évaluation (sont visées dans ce rapport, en particulier, « les missions d'information créées par la Conférence des présidents ou les missions d'information des commissions ou du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques »¹⁸¹).

Toutefois, il nous semble important de mener deux réflexions en amont. D'abord, dans un souci de cohérence, il paraît moins pertinent d'intégrer dans la Constitution une disposition reprenant textuellement les missions confiées au Parlement à l'article 24, que de reconnaître le rôle des commissions permanentes en tant qu'appui à l'exercice de ces missions par le Parlement et de renforcer leurs pouvoirs. Ensuite, afin d'éviter les doublons, il serait nécessaire de clarifier les rôles et l'articulation entre d'une part les commissions permanentes et les missions d'information, et d'autre part, les commissions d'enquête. En effet, si les pouvoirs des commissions permanentes deviennent comparables à ceux des commissions d'enquête, leur champ d'action doit être circonscrit à leur domaine pour ne pas « concurrencer »¹⁸² les travaux des commissions d'enquête et, à l'inverse, la création des commissions d'enquête ne devrait être admise que dans les domaines non couverts par les commissions permanentes.

¹⁸⁰ Premier rapport du groupe de travail chargé de la réflexion sur « Les moyens de contrôle et d'évaluation », Assemblée nationale, Déc. 2017, p. 189

¹⁸¹ *Ibid.* p. 22.

¹⁸² Pauline TÜRK relève ce risque : « Les pouvoirs spéciaux d'enquête sont exercés naturellement par des commissions *ad hoc*, dont le nombre pourrait augmenter et l'efficacité doit être renforcée. A moins que cette évolution ne soit contrecarrée par une autre tendance, qui voient les commissions spéciales d'enquête concurrencées. En effet, leurs pouvoirs, qui pouvaient déjà être confiés aux commissions permanentes depuis 1996, peuvent désormais bénéficier à d'autres organes permanents de contrôle et d'évaluation (...)» (P. TÜRK, *op. cit.*, p. 157).

Propositions n° 34, 35, 36 37 : « Agenda parlementaire rationalisé »

Par Maxime Meyer, Doctorant en droit public et Mathieu Touzeil-Divina, Professeur de droit public

L'ensemble de ces quatre propositions s'inscrit à elles seules dans l'un des cinq axes développés par les sénateurs : l'axe « un agenda parlementaire rationalisé ». Il est très étonnant, relevons-le dès maintenant, que des parlementaires – qui ont subi depuis 1958 une rationalisation sans précédents de tous leurs pouvoirs, de toutes leurs prérogatives, aillent jusqu'à réclamer sinon encenser eux-mêmes une nouvelle forme supplémentaire de rationalisation. Le terme même est effectivement un marqueur de ce que le pouvoir exécutif – y compris pour les parlementaires – serait le seul à posséder la « raison » en matière législative et qu'il est donc opportun de continuer à ce que le gouvernement garde – en partie – la main sur l'agenda parlementaire. Cette idée nous semble *a priori* fondamentalement antonyme à l'idée d'un pouvoir législatif indépendant.

Nous appelons au contraire à un agenda parlementaire aux mains des parlementaires comme la Troisième République avait su le considérer et comme de très nombreux autres Parlements démocratiques le pratiquent encore. Si le Parlement – lui-même – n'ose demander à maîtriser – pleinement – son ordre du jour et son agenda¹⁸³, il n'y a aucune raison que le gouvernement y procède spontanément. Cette revendication nous semble donc opportune.

Par ailleurs, alors que sont multipliées depuis des années les sessions extraordinaires où sont en particulier votées en août parmi les Lois les plus importantes, il est effectivement temps de songer à donner plus de jours de séances aux parlementaires. C'est bien de temps dont le Parlement a besoin comme c'est de temps dont la Loi – pour être claire, non bavarde et intelligible – a également cruellement besoin alors que l'on réussit à en faire désormais adopter en quelques semaines !

Proposition n° 34. – « *Remplacer le plafond actuel de 120 jours de séance, qui ne concerne que la session ordinaire et peut être facilement levé, par un plafond de 140 jours qui s'appliquerait tant à la session ordinaire qu'aux sessions extraordinaires et ne pourrait être levé que dans des hypothèses strictement encadrées, par exemple pour les projets de loi relatifs aux états de crise, les projets de loi de finances rectificative ou pour répondre à toute autre urgence constatée conjointement par les Conférences des Présidents des deux assemblées* ».

Cette proposition – certainement la plus impactante concernant l'agenda parlementaire – vise trois objectifs : 1°/ « canaliser la production législative » ; 2°/ « limiter le recours aux sessions extraordinaires de septembre » ; 3°/ inciter « le Gouvernement à mieux répartir sur l'ensemble de l'année ses initiatives législatives ». En somme, légiférer différemment, moins mais mieux.

Le temps parlementaire se dédouble. Actuellement, il est d'abord organisé en sessions – ordinaires et extraordinaires – puis, en ce qui concerne la session ordinaire, en jours de séance plafonnés à 120. Ce nombre de jours de séance peut

¹⁸³ Nous avons déjà écrit en ce sens de manière explicite : TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Une dévalorisation parlementaire continue ! À propos du droit parlementaire constitutionnellement et prétendument revalorisé » in *Politeia* ; n°18 ; décembre 2010.

être, ainsi que le relève les auteurs du rapport, aisément augmenté. La proposition entend résoudre un double problème par une solution unique.

La première question soulevée est la normalisation excessive des sessions extraordinaires. Le moyen le plus aisé d'en limiter le recours serait d'encadrer plus strictement les conditions de sa sollicitation par exemple en restreignant l'ordre du jour à certaines catégories de Lois à l'exclusion des projets ou propositions de Lois ordinaires. La seconde question soulevée correspond au problème de l'inflation législative. L'idée qui préside ici serait la suivante : l'augmentation du nombre de jours de séance permettrait un examen moins précipité et plus poussé des textes législatifs. L'instauration de la session unique en 1995 avait déjà pour objectif d'instaurer un temps parlementaire plus « lent ». Ses effets, positifs et négatifs, peuvent être mis en balance : plus de temps consacré au contrôle et – surtout – à l'examen des textes mais aussi davantage de textes à examiner et à voter. Ainsi que le relevait le Président du Conseil Constitutionnel M. MAZEAUD¹⁸⁴, « *le fait que les assemblées se réunissent tout au long de l'année pousse à légiférer* ». En somme, le gain en termes de jours de séance n'a pas eu pour effet automatique de légiférer plus lentement – et donc peut-être mieux – mais au contraire peut inciter le Gouvernement à solliciter davantage le Parlement. L'expérience de l'augmentation du nombre de jours de séance à travers l'instauration unique montre que l'effet incitatif recherché par la proposition peut faire également advenir un effet pervers.

Proposition n° 35. – « *Fusionner les semaines de contrôle et d'initiative afin de donner aux assemblées une plus grande souplesse dans la détermination de l'ordre du jour des deux semaines de séance qui leur sont réservées par priorité* ».

1°/ La formulation de cette proposition apparaît « floue » et fait apparaître comme problématique l'expression « par priorité ». Elle masque en effet la priorité qui existe encore au profit du Gouvernement : y compris lors de la semaine réservée au contrôle et celle dite « de l'Assemblée », en ce qui concerne certaines catégories de texte (projets de Lois de finances et de financement de la Sécurité sociale) ; ou en semaine de l'Assemblée seulement (en ce qui concerne les projets ou propositions adoptés depuis au moins six semaines dans le cadre de la navette parlementaire, les textes relatifs aux états de crise ou à la déclaration de guerre / prolongation de la projection des forces armées qui peuvent être inscrits par priorité sur demande du Gouvernement en semaines de l'Assemblée). Une formulation plus précise permettrait une meilleure adéquation de la proposition avec les impératifs de vote du budget et d'expression du Parlement, sur l'initiative gouvernementale, en ce qui concerne l'utilisation de la force armée que la Constitution prévoit déjà (art. 48, al. 3). 2°/ Symboliquement, la « disparition » de la semaine de contrôle semble malvenue. Le contrôle et l'évaluation des politiques publiques constituent deux des trois missions constitutionnelles des Assemblées sous la Cinquième République (art. 24, al. 1^{er}). Sur le plan de la communication, il pourrait ainsi sembler opportun de conserver la semaine de contrôle. Sur un plan technique (mais on sort ainsi du cadre de cette proposition n° 35), il serait également opportun de développer les moyens de contrôle et d'évaluation des politiques publiques¹⁸⁵ et de profiter pleinement du temps prévu par la Constitution pour exercer ces missions essentielles. Au demeurant, les Assemblées étrangères – au moins européennes ainsi que le

¹⁸⁴ Cité in HAMON Francis & TROPER Michel, *Droit constitutionnel* ; Paris, LGDJ ; 2014 ; p. 592.

¹⁸⁵ V. notamment la tribune publiée dans *Le Monde* le 14 février 2018 (http://www.lemonde.fr/idees/article/2018/02/14/le-parlement-doit-se-doter-d-une-structure-propre-d-evaluation-des-politiques-publiques_5256801_3232.html).

Congrès aux Etats-Unis – usent plus effectivement de leurs prérogatives de contrôle et d'évaluation.

En conclusion, la véritable efficacité parlementaire serait d'obtenir l'inversion de l'actuel ordre du jour où l'on donnerait toujours priorité au Parlement (sauf par exemple lors du vote des Lois de finances) à l'exception d'une semaine seulement au profit du gouvernement. Les parlementaires choisiraient alors vraiment leur ordre du jour qui comprendrait des actes législatifs et / ou de contrôle.

Proposition n° 36. – *« Prévoir que la détermination des semaines de séance et leur répartition entre semaines réservées par priorité au Gouvernement et semaines réservées par priorité aux assemblées sont fixées par chaque assemblée en accord avec le Gouvernement ».*

Il s'agit là de la pratique en vigueur au Sénat en vertu de l'article 29 bis, alinéas 1 et 2 de son Règlement :

« 1. Dans le cadre des semaines et des jours de séance, l'ordre du jour est fixé par le Sénat, sur la base des conclusions de la Conférence des présidents.

2. Au début de chaque session ordinaire, la Conférence des présidents détermine les semaines de séance et répartit ces semaines entre le Sénat et le Gouvernement avec l'accord de celui-ci ».

A l'Assemblée nationale, le Règlement (alinéas 1^{er} et 3) retient une solution peu différente : *« 1. Sous réserve des dispositions de l'article 29, alinéa 1 et de l'article 48, alinéas 2 et 3, de la Constitution, l'Assemblée fixe son ordre du jour sur proposition de la Conférence des présidents.*

3. La Conférence des présidents établit, au commencement de chaque séquence de huit semaines, une répartition indicative des différentes priorités prévues par la Constitution en matière d'ordre du jour ».

Au total, les deux Règlements prévoient des procédures qui, sans être identiques, sont très proches. La solution posée par le Règlement du Sénat ne présente, au regard de celui de l'Assemblée, aucun avantage si évident qu'elle devrait être étendue aux deux Assemblées par voie constitutionnelle.

Dans la mesure où ces pratiques sont régulièrement appliquées et validées par le Conseil constitutionnel, la pertinence d'une constitutionnalisation formelle peut être discutée.

En conclusion, là encore, si seulement le Sénat fixait vraiment ses séances sans être (trop) contraint par le gouvernement, il nous semble que le débat parlementaire ne s'en porterait que mieux. Il est par ailleurs évident que la constitutionnalisation d'une pratique permettant *a priori* aux sénateurs et aux députés de s'organiser plus en amont (par le biais de périodes mensuelles ou plurimensuelles) est évidemment bénéfique. Mais sera-t-elle plus respectée ainsi ? Une éventuelle sanction de son non-respect en permettant au bureau de la chambre de faire respecter cette prévision pourrait être opportun mais cela serait sûrement pire puisque cela prendrait le risque de figer un agenda dans le marbre sans souplesse.

Proposition n ° 37. – *« Mieux planifier l'organisation du travail parlementaire en inscrivant dans la Constitution l'obligation pour le Gouvernement d'informer la Conférence des Présidents de chaque assemblée, au début de chaque session ordinaire puis, au plus tard le 1^{er} mars suivant, ou après la formation du Gouvernement, des sujets dont il prévoit de demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée concernée et de la période envisagée pour leur discussion ».*

La pertinence de l'instauration d'une telle obligation du Gouvernement dans le texte constitutionnel pourrait apparaître étonnante. En premier lieu, il conviendrait de préciser si le programme et le calendrier fixé par le Gouvernement a un caractère impératif ou seulement informatif. Le caractère impératif apparaît d'emblée intenable : tout projet considéré comme « urgent » se trouverait automatiquement reporté (ce qui rejoint la fin de notre propos à la proposition précédente) ; l'examen d'un texte non prévu au sein d'un calendrier dit « impératif » pourrait potentiellement entraîner une censure du texte pour non-respect de la procédure législative quand bien même son intérêt serait reconnu par une majorité de parlementaire. A l'inverse, si le calendrier projeté est purement informatif, il serait loisible au Gouvernement de se dédire et l'objectif de clarté et d'organisation du travail parlementaire lors de la session en cours s'en trouverait impacté voire neutralisé. En second lieu, le droit constitutionnel matériel de la Cinquième République et la pratique politique contiennent déjà les éléments d'une information du Parlement sur les intentions du Gouvernement (intentions qui, du reste, concrétisent régulièrement les projets du Président de la République). En troisième lieu, cette proposition trouve mieux sa place actuellement, au sein du Règlement du Sénat (art. 29 *bis*, al. 4¹⁸⁶). L'Assemblée nationale connaît une pratique très similaire en vertu de l'article 48, alinéa 2 de son Règlement : « *Avant l'ouverture de la session ou après la formation du Gouvernement, celui-ci informe la Conférence des présidents, à titre indicatif, des semaines qu'il prévoit de réserver, au cours de la session, pour l'examen des textes et pour les débats dont il demandera l'inscription à l'ordre du jour* ». En conclusion, on doute, ici encore, de l'utilité de surcharger le texte constitutionnel en y insérant des dispositions dont la pratique n'est pas contestée et qui ont fait l'objet d'une validation par le Conseil constitutionnel.

¹⁸⁶ « 4. - Au début de chaque session ordinaire, puis au plus tard le 1^{er} mars suivant, ou après la formation du Gouvernement, celui-ci informe la Conférence des présidents des sujets dont il prévoit de demander l'inscription à l'ordre du jour du Sénat et de la période envisagée pour leur discussion ».

CHAPITRE 3 : LA REFORME DU POUVOIR DES JURIDICTIONS

Proposition n° 38 : Suppression des membres de droit du Conseil constitutionnel

Par Nathalie Jacquinot, professeur de droit public

Supprimer pour l'avenir la présence des anciens Présidents de la République comme membres de droit et à vie du Conseil constitutionnel, actuellement prévue à l'article 56 de la Constitution.

- **Pertinence de la proposition au regard de l'histoire et de l'évolution constitutionnelles**

Aucune justification sérieuse n'explique le choix du constituant en 1958 de retenir la présence de membres de droit au sein du Conseil constitutionnel. Le premier avant-projet de Constitution n'en faisait d'ailleurs pas mention et la présence de membres de droit n'est apparue que suite aux travaux du comité interministériel mais l'absence de retranscription des débats ne permettant d'en savoir la raison. La doctrine s'accorde à y voir un choix purement conjoncturel influencé par le Président de la République de l'époque René Coty. La présence de membres de droit n'a depuis son origine cessé de contribuer à alimenter les critiques quant au caractère politique ou politisé du juge constitutionnel.

- **Pertinence de la proposition au regard du droit comparé et des expériences étrangères**

La proposition est totalement pertinente à cet égard car la France fait figure d'exception sur ce point, et ce, depuis toujours. Traditionnellement la composition des autres cours constitutionnelles européennes repose uniquement sur des membres nommés.

- **Pertinence de la proposition au regard de la cohérence avec le système constitutionnel actuel**

La qualité de gardien des institutions reconnu au Président de la République par l'article 5 de la Constitution ne permet pas de justifier la présence des anciens présidents au sein du Conseil constitutionnel.

La disposition de l'article 56 qui leur permet de siéger au Conseil constitutionnel pose un problème lorsqu'un ancien président souhaite continuer à participer à la vie publique alors que les membres du Conseil constitutionnel sont soumis à une obligation de réserver et de discrétion.

La mise en place d'un contrôle *a posteriori* des lois depuis 2010 renforce par ailleurs les difficultés que pose leur présence dans la mesure où le Conseil constitutionnel pourrait être amené à examiner des lois adoptées sous la présidence de l'un d'entre eux.

- **Pertinence de la proposition au regard de l'objectif poursuivi**

La proposition contribue véritablement à une modernisation du Conseil constitutionnel et surtout contribue à renforcer son caractère juridictionnel en supprimant le risque de confusion avec des fonctions politiques.

Conclusion

La suppression des membres de droit au sein du Conseil constitutionnel est une proposition très consensuelle, suggérée de longue date, et d'ailleurs reprise par le premier ministre lors de l'annonce du programme de révision de la Constitution. Elle permettra d'affermir le Conseil constitutionnel au sein de nos institutions.

Proposition n° 39 : Réforme du Conseil supérieur de la magistrature

Par Xavier Bioy, Professeur des Universités, Droit public

« 39. Adopter la réforme du Conseil supérieur de la magistrature dans la rédaction proposée par le Sénat le 4 juillet 2013 et votée conforme par l'Assemblée nationale le 26 avril 2016, qui garantit l'indépendance statutaire des magistrats du parquet en matière de nomination et de discipline :

- ☐ Indiquer que le Conseil supérieur de la magistrature concourt à garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire (article 64 de la Constitution)
- ☐ Prévoir que les magistrats du parquet sont nommés sur avis conforme de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet (article 65 de la Constitution)
- ☐ Prévoir que la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet statue comme conseil de discipline des magistrats du parquet (article 65 de la Constitution)

Il s'agit de la proposition la plus consensuelle puisqu'elle reprend le projet gouvernemental de 2013, lui-même plébiscité par le Président Macron. La discussion porte donc sur les notions en cause (parquet, indépendance de la justice) et sur les perspectives qui dépassent cette révision *a minima*.

Rappelons que les magistrats doivent être impartiaux (art. 16 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et art. 6 §1 Conv. EDH). Pour cela on accorde statutairement (organiquement et fonctionnellement) des garanties d'indépendance, c'est-à-dire l'absence de pression d'autres organes sur les magistrats (ce qui dépasse la simple culture ; tout cela sans basculer dans l'autonomie de gestion). Tel est le cadre sous la Vème qui n'a pas consacré une unité organique pour la fonction juridictionnelle, laquelle est remplie par plusieurs organes qui n'obéissent ni au même statut ni à la même autorité. La « fonction judiciaire » est donc ici entendu comme une composante de la fonction juridictionnelle ; celle qui est exercée par les juges judiciaires du siège.

Le fait de vouer le CSM à la protection de l'indépendance de l'autorité judiciaire, comme le fait la proposition 39, conduit à revenir sur la notion d'autorité judiciaire et notamment sur l'inclusion du parquet. Contrairement à d'autres pays, la France intègre constitutionnellement le parquet dans l'autorité judiciaire et à lier le siège et le parquet dans un même destin (ce qui peut conduire comme actuellement à renforcer l'indépendance du parquet autant que cela peut conduire à rogner celle du siège).

Il existe une apparente contradiction entre l'idée d'intégrer le parquet alors même qu'il n'a pas être organiquement ou fonctionnellement indépendant du ministre de la justice qui doit assumer la politique pénale au nom de la responsabilité politique du gouvernement, composante de la séparation des pouvoirs. **C'est au nom de l'unité de la magistrature (le parquet n'est qu'un auxiliaire de la fonction juridictionnelle) que les parquetiers obtiendraient un rapprochement de la gestion des carrières et de la discipline.**

I. La poursuite d'un mouvement bien établi

Cette réforme se situe dans la continuité de celles de 1993 et 2008. L'idée est d'éloigner l'exécutif de la régulation du corps des magistrats (fin de la présence du

Président de la République et du Garde des sceaux au CSM) tout en évitant le corporatisme et l'autogestion.

A. Le CSM comme instance de garantie de l'indépendance de la magistrature

L'avancée vers la consécration explicite de son rôle de protecteur de l'indépendance devra être distinguée du rôle actuel du Président de la République qui a perdu la maîtrise du levier du CSM mais continue à être l'autorité de nomination des magistrats. Cela institutionnalise davantage le CSM comme organe constitutionnel et conduit à réinterroger son organisation très (trop ?) plurielle.

1. Les différentes configurations du CSM

Le « CSM » est en réalité un ensemble de quatre formations (« siège-carrières », « siège-discipline », « parquet-carrières » et « parquet-discipline »), ce qui apporte une indéniable complexité, rendue sans doute inutile par le rapprochement des garanties statutaires. Si le principe est l'unité de la magistrature et la garantie d'une indépendance organique commune, est-il nécessaire que les juges du siège se jugent entre eux et que les parquetiers fassent de même ? Rappelons que les magistrats peuvent passer d'une position à l'autre au cours de leur carrière (démarche dite « du perroquet »). **Une simplification voire une unification, serait désormais la conséquence de l'unité de la magistrature comme élément de l'unité de l'autorité judiciaire.** Celle-ci relève formellement davantage de la loi organique que de la révision constitutionnelle.

2. Les compositions du CSM

La réforme ne revient pas sur une des revendications de nombre de magistrats, en vue d'assurer l'indépendance, qui consiste à redonner la majorité aux magistrats eux-mêmes. Leur mise en minorité serait contraire à leur autonomie de gestion et à leur indépendance. La peur du corporatisme serait illusoire. La représentation syndicale est en effet moins le véhicule du corporatisme que celui de la politisation. Les membres nommés du CSM (même les hauts magistrats qui sont en fait des personnes au départ choisies par le gouvernement) assurent une forte présence de l'exécutif. **A ce titre l'idée d'indépendance appellerait un changement d'équilibre.** Sous réserve du rétablissement d'une parité entre magistrats et laïcs, il faut conserver une composition qui garantisse de le tenir à l'écart de la politisation et du corporatisme.

B. Le rapprochement du parquet et du siège

1. Les carrières

Actuellement, les magistrats du siège sont nommés sur avis conforme du CSM sauf pour les magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles de premier président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance pour lesquels il ne s'agit que de propositions. La pratique consiste depuis plus de dix ans à suivre ces avis. La confiance ainsi accordée au CSM alimente certainement l'indépendance requise pour le siège. Le projet ne semble pas vouloir institutionnaliser définitivement cette pratique par l'imposition d'un avis conforme. Cette solution serait pourtant la suite logique de la réaffirmation du rôle du CSM pour cette indépendance. **Généraliser l'avis conforme renforcerait l'apparence d'indépendance et éviterait de devoir modifier la composition.**

Nous vivons pour l'heure dans l'idée que l'exécutif doit garder une forme d'influence sur la loyauté des membres du parquet pour s'assurer d'une bonne exécution de la politique publique pénale, tout en s'interdisant de donner des instructions individuelles dans des enquêtes en cours. C'est pourquoi le CSM ne donne qu'un avis.

En l'état, le projet semble généraliser l'avis conforme à toutes les nominations au parquet, ce qui accorderait paradoxalement une plus grande indépendance au parquet qu'au siège. **Sans doute faudrait-il conserver un avis simple pour la hiérarchie du parquet afin de ne pas priver l'exécutif de sa courroie de transmission de la politique publique pénale et ne pas donner l'impression inverse d'une trop grande autonomie des parquetiers.**

2. La discipline

Depuis 1993, accentué en 2008, le Conseil supérieur de la magistrature est compétent pour tous les organes de l'autorité judiciaire (au nom du principe d'unité) mais cette compétence est modulée au nom du principe de différenciation des fonctions.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège, lorsqu'elle statue en matière de discipline des juges, prononce directement la sanction. La décision rendue par le Conseil présente alors un caractère juridictionnel.

Actuellement, la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les sanctions disciplinaires. On ajoute alors à la formation de base le magistrat du parquet appartenant à la formation compétente à l'égard des magistrats du siège.

Le projet qui consiste à simplement autonomiser le « CSM-parquet » semble alors une cote mal taillée : **ne faut-il pas opérer la fusion des procédures disciplinaires du siège et du parquet ?** Au fond l'établissement de deux procédures de discipline ne se justifie pas autant que la séparation des instances vouées aux carrières. Les obligations déontologiques des parquetiers ne se distinguent pas de celles des juges du siège ; seuls leurs contextes de mise en œuvre peut varier. Ce serait un élément de simplification (évitant des divergences de jurisprudence) et d'unification bénéfique des cultures.

II. La possibilité d'achever ce mouvement

La tendance dans nombre de pays européens est d'instituer des « Conseils supérieurs de la justice » dont **les compétences dépassent la gestion des corps de magistrats en intervenant dans l'organisation et le fonctionnement de la justice dont ils représentent les intérêts et dont la composition assure une forme d'autonomie par rapport aux autres pouvoirs.** Ce n'est certes pas le choix français (et légitimement en raison de la crainte d'un gouvernement des juges et de la dualité de juridiction), mais cela n'empêche pas d'y voir des éléments intéressants pour moderniser notre système.

A. La question du rôle constitutionnel du CSM

L'autorité judiciaire, n'est pas que l'ensemble des magistrats du siège et du parquet composant la magistrature judiciaire. Elle est aussi une partie de l'institutionnalisation de la fonction juridictionnelle, en transmettant une culture d'indépendance, une déontologie et des valeurs communes. Le Conseil supérieur de la magistrature a vocation à représenter les intérêts collectifs de la fonction judiciaire par la figuration

de l'autorité judiciaire, s'appuyant sur sa mission de garant constitutionnelle de l'indépendance de cette autorité, en particulier en pouvant s'autosaisir de questions institutionnelles. Le CSM a progressivement construit par ses décisions disciplinaires et ses avis un corpus de règles qui définissent les contours de ce que doit être la fonction judiciaire. Il ne s'agit pas seulement d'un statut mais plutôt aujourd'hui d'une conception d'ensemble de la fonction judiciaire dans l'Etat. **A ce titre il en est devenu de facto le représentant. Cette fonction pourrait être consacrée explicitement au-delà de la seule indépendance.**

B. Vers un organe de représentation de la fonction juridictionnelle

- La consécration de la fonction de représentation

La simple reprise du projet de 2013 ne permet pas de tenir compte de l'acquis du CSM (qui peut être saisi par les justiciables mécontents de leurs juges) ni de la **nécessité d'institutionnaliser davantage la fonction juridictionnelle au titre même de la séparation des pouvoirs**. Il ne s'agirait pas de faire du CSM un organe représentatif des magistrats (c'est le rôle des syndicats) mais un organe de la fonction judiciaire, comme partie du système juridictionnel. Certaines fonctions jusqu'ici attribuées au ministère de la justice pourraient lui être constitutionnellement ou organiquement confiées (formation des magistrats et généralement gestion des ressources humaines par ex.). On entend donc par « représentation », le fait d'instituer, de « rendre présente » l'autorité judiciaire et non pas au sens de consacrer un pouvoir politique. Cela permettrait d'insérer davantage la France dans la culture européenne en la matière.

- Et l'ordre administratif ?

Actuellement, carrières et disciplines des magistrats administratifs sont opérées par le CSTA et CAA, au sein du Conseil d'Etat. **Cet héritage historique coupe certes les magistrats administratifs de la Chancellerie mais n'accorde pas en contrepartie des garanties équivalentes au CSM.**

Actuellement le CSTA et CAA est composé du président de la mission d'inspection des juridictions administratives, du secrétaire général du Conseil d'Etat, du directeur des services judiciaires au ministère de la Justice, du chef de juridiction élu par les présidents de cour administrative d'appel et les présidents de tribunal administratif, de cinq représentants des magistrats administratifs (un conseiller, deux premiers conseillers, deux présidents) élus pour trois ans au scrutin proportionnel de liste et de trois personnalités choisies pour leurs compétences dans le domaine du droit, nommées respectivement par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat (art. L.232-4 CJA). Cette organisation assure une surreprésentation du Conseil d'Etat qui ne garantit pas d'équilibre des forces. Les tribunaux administratifs ne sont parvenus à s'émanciper de la tutelle du Ministère de l'Intérieur que pour mieux se soumettre à celle exercée par le Conseil d'Etat.

La carrière et la discipline des conseillers d'Etat eux-mêmes, qui ne partagent pas le statut des magistrats administratifs, n'est assurée que par leur hiérarchie (l'autocontrôle du Conseil d'Etat a été accentué par la dernière ordonnance du 13 octobre 2016 qui transforme la commission consultative en commission supérieure du Conseil d'Etat, laquelle propose la sanction à l'autorité de nomination). S'agissant des juges suprêmes de l'ordre administratif et des juges qui jugent les juges judiciaires (en cassation pour la discipline du siège, en recours pour excès de

pouvoir pour la discipline du parquet et pour toutes les carrières), la situation demeure incongrue.

Une partie de la doctrine préconise la fusion des deux institutions ; ce qui achèverait le rapprochement des deux ordres et aurait pour effet d'améliorer la confiance des justiciables dans l'ordre administratif, encore trop souvent suspecté d'une culture trop favorable à l'administration.

Proposition n° 40 : Suppression de la Cour de justice de la République

Par Camille Vandeweghe, doctorante en droit public

« *Aucune solution ne semble s'imposer (...) si ce n'est la règle énoncée le 24 juillet 1789 par Lally-Tollendal : « à crime politique, juge politique »* »¹⁸⁷ expose Alain Girardet afin de décrire la complexité du sujet sur la responsabilité pénale des ministres, mais qu'en est-il du ministre qui commet une infraction de droit commun dans l'exercice de sa fonction ? En outre, en marge des controverses doctrinales confusionnistes et différenciatrices (respectivement la thèse de Maurice Hauriou et la thèse de Léon Duguit), la distinction entre responsabilité pénale et responsabilité politique est en quête d'effectivité¹⁸⁸.

Historiquement, différents modèles furent adoptés en France. Proche du droit commun, le 23 juillet 1789 était choisie la configuration privilégiant les jurés et les juges professionnels pour juger du crime de lèse-nation. De la Haute Cour de 1791 à la Haute Cour du Second Empire, un système mixte intégrant jurés et juges professionnels fut adopté. Les jurés élus n'étant pas nécessairement des parlementaires. A titre d'illustration, sous la II^{ème} République, les jurés étaient tirés au sort sur une liste de conseillers généraux choisis par département. Quant aux Hautes Cours composées de parlementaires, ce modèle fut adopté sous les Chartes de 1814 et 1830, la Chambre des Pairs étant juge. La III^{ème} République reprendra ce modèle. La Haute Cour de la IV^{ème} République était composée de membres élus par l'Assemblée nationale, cette dernière étant également la seule pouvant mettre en accusation les ministres. N'ayant pas eu à se réunir, il n'est pas possible de se prononcer sur son efficacité en fonction de sa composition et des règles de procédure.

Egalement, il n'y a pas en France de définition claire et précise des infractions politiques de manière générale, et encore moins de celles pouvant être commises par un ministre dans l'exercice de sa fonction. C'est la jurisprudence¹⁸⁹ qui détermine le caractère politique ou non d'une infraction. De sorte que, par référence à la citation de Lally-Tollendal : à infraction de droit commun, juge de droit commun.

1.

« Le groupe de travail s'est montré réservé sur l'intervention de parlementaires dans cette procédure :

- **d'une part, elle expose les députés et les sénateurs aux critiques d'une justice politique. Ce risque serait d'ailleurs**

¹⁸⁷ Alain Girardaet, Etudes collectives organisée par l'AFHJ, *Les Ministres devant la Justice*, Actes Sud, p.255

¹⁸⁸ En référence à la partie II de la thèse de Nathalie Havas (dir. L. Fontaine), *La responsabilité ministérielle : contribution à une approche historique des responsabilités pénales et politiques de la Révolution de 1789 à la Cinquième République*, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, Dalloz, 2012.

¹⁸⁹ Par exemple, délits électoraux définis par le code électoral sont par exemple considérés comme des infractions politiques : Cass. Crim. 2 oct. 2001, n° 01-80.334 ; Toujours selon la Cour de Cassation : « l'assassinat, par sa nature et quels qu'en aient été les mobiles, constitue un crime de droit commun », Cass.Crim. 20 août 1932, *Gorguloff*.

Ou encore, le Conseil d'Etat le 7 juillet 1978 a estimé que le fait que les crimes reprochés « auraient eu pour but de renverser l'ordre établi en Allemagne ne suffit pas, compte tenu de leur gravité à leur conférer un caractère politique » ; CE, Ass., 7 juillet 1978, *Croissant*, n°10079.

accru si la présence de parlementaires était prévue non au stade du jugement comme c'est le cas aujourd'hui, mais au stade de l'instance de filtrage (...). »

La justice politique peut se définir comme l'ensemble des juridictions spécialisées instituées pour juger les activités politiques contraires à l'intérêt général de l'Etat. Dans la mesure où l'article 68-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 énonce que les ministres sont responsables pour les actes « (...) *qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis* », il apparaît que ne sont pas en cause à proprement parler les activités politiques. De sorte que la présence de parlementaires peut transformer un procès pénal en lieu justice politique puisque les « parlementaires-juges », par leur nature « politique », peuvent laisser supposer qu'ils auront une appréciation politique du fait pénal. La justice ne devant pas uniquement être rendue mais également visible, en référence à la conclusion du Lord Chief of Justice of England¹⁹⁰.

En ce sens, le rapport de la Commission Jospin (2012) qui, tirant le constat des critiques, dénonçait le manque d'impartialité : « *les arrêts rendus (...) ont été critiqués sur le terrain de l'absence d'impartialité objective* ». En effet, il n'y a que trois magistrats professionnels contre douze « juges parlementaires ». Dans l'optique d'un jugement pénal et non d'une justice politique, il aurait fallu laisser davantage de place au juge dans cette juridiction et n'accorder aux parlementaires qu'un faible pourcentage. D'ailleurs, le rapport du Comité Vedel (1993) précédant la réforme de 1993 préconisait un recours devant l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation, huit parlementaires en qualité de « jurés » - non pas de juge - et trois magistrats, à l'image d'une Cour d'assises.

La procédure contre un ministre en fonction ayant commis une infraction consiste en un procès pénal, jugeant un fait qualifié pénalement, ce qui n'est pas l'équivalent d'une responsabilité pour faute ou d'un jugement sur l'opportunité d'une action politique. Il n'est pas jugé par le juge judiciaire l'opportunité de l'action publique elle-même. Un juge de droit commun qui connaîtrait une infraction pénale impliquant l'agissement d'un homme politique en fonction, n'est pas une violation de la séparation des pouvoirs puisqu'il ne s'immisce pas dans le fait politique et reste dans la sphère judiciaire en ne connaissant que du comportement incriminé par la loi.

En outre, un juge professionnel doit être impartial et indépendant. Les critiques d'antan sur la capacité du juge à être neutre face à un homme politique trouvaient leur justification dans un contexte qui n'existe plus. Tenant tant à la nature de l'office du juge qu'au contexte intellectuel. En effet, les partisans du rejet des juges dans ce type de procédure partageaient l'idéologie suivante, tel que Benjamin Constant l'affirmait : « *j'aime mieux une assemblée passionnée qu'un seul magistrat dont l'âme peut s'ouvrir à mille calculs et se laisse séduire par mille espérances* »¹⁹¹. En somme une méfiance du juge héritée en partie des idées révolutionnaires. Pour autant les affaires devant la Cour de Justice de la République démontrent que sur les deux seules condamnations depuis 1993, Charles Pasqua et Michel Gillibert ont bénéficié d'un sursis, ainsi qu'une peine d'inéligibilité de cinq ans concernant M. Gillibert, pour respectivement : « recel et abus de bien sociaux » et « escroquerie au préjudice de l'État » soit un détournement de 1,3 million d'euros. En outre, une ancienne ministre, Christine Lagarde, est déclarée coupable mais dispensé de peine.

Plus loin encore, il était considéré que les juges n'avaient pas la formation nécessaire pour avoir conscience de la responsabilité qu'endosse un ministre: « (...)

¹⁹⁰ High Court of Justice, *The King v. Sussex Justices*, 9 nov. 1923 : [1924] 1 KB 256]

¹⁹¹ *Ibid*, p. 25

*les membres des assemblées représentatives sont beaucoup plus propre à diriger les poursuites de ce genre que des hommes pris dans le sein des tribunaux, étrangers aux connaissances diplomatiques, aux combinaisons militaires, aux opérations de finances, ne connaissant qu'imparfaitement l'état de l'Europe, n'ayant étudié que des codes de lois positives (...) »*¹⁹². En 2018, et ce depuis le XX^{ème} siècle, force est de constater que la définition des incriminations a changé, se précisant et la liste s'étant allongée ; les procédures sont davantage élaborées ; la formation des juges a également évolué. De sorte que l'argumentaire soulevé par Benjamin Constant, fondant intrinsèquement encore la méfiance à l'égard du juge lorsqu'il doit juger pénalement un ministre en fonction, ne peut plus être opérant en notre siècle. Comment « politiquement » justifier un abus de bien social ou une escroquerie au préjudice de l'Etat ?

Conclusion du premier point

Dans l'optique d'une justice pénale, ayant à juger des hommes politiques en fonction mais en tant que « responsabilité personnelle » vis-à-vis de la loi pénale, éloigné du prisme politique, la présence de parlementaires ne permet guère de les éloigner d'une telle critique¹⁹³. En ce sens, les doutes sont fondés.

La présence de parlementaire dans la phase de filtrage est une manifestation de l'immixtion du politique dans la justice. Rien juridiquement ne justifie la présence de parlementaires dans la phase de filtrage : la qualification des faits, le sérieux de la plainte, les conditions de la recevabilité du litige font partie de l'office du juge, non pas d'un parlementaire. Il est donc difficilement justifiable la présence de parlementaires dans la phase de filtrage.

2.

*« (...) d'autre part, on peut se demander sur le fond s'il est pertinent que **la protection juridictionnelle prévue pour les membres du Gouvernement** soit assurée par la présence, **au sein de la juridiction**, de membres du Parlement ».*

Pour reprendre le propos énoncé ci-dessus sur le manque de impartialité, en soi cette « *protection juridictionnelle prévue pour les membres du Gouvernement [assuré] par la présence (...) de membres du Parlement* » n'est pas pertinente au regard de la place des parlementaires dans cette procédure. Une protection pour un membre du Gouvernement à l'occasion d'un procès pénal par la présence des parlementaires au sein de la juridiction trouve peu de fondement juridique, ils sont surtout politiques et historiques.

A ce jour, la procédure de récusation¹⁹⁴ permet d'écarter un juge, s'il existait des raisons sérieuses et légitimes de penser qu'il pourrait être partial. L'article 662 du code de procédure pénale, sur la requête en suspicion légitime permet de remettre en cause l'impartialité d'une juridiction. La Cour européenne des droits de l'homme ayant défini l'impartialité objective et subjective dans son arrêt *Piersack contre*

¹⁹² *In Op.cite* citant : B. Constant, *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif de la France formant une espèce de cours de politique constitutionnelle*, vol. II, Paris, 1818, p.109

¹⁹³ C.F les remarques du groupe de travail du Sénat dans leurs propositions « (...) critiques d'une justice politique »

¹⁹⁴ Voir article 668 code de procédure pénale, voir également article 662 c.p.p. pour la requête en suspicion légitime.

*Belgique*¹⁹⁵, l'impartialité objective concerne les autres fonctions du juge au cours du procès et surtout la nature des décisions prises avant la phase de jugement¹⁹⁶. L'impartialité subjective étant les considérations personnelles pouvant influencer le juge. La Cour de Cassation fait application de cette jurisprudence européenne.

Conclusion du deuxième point

Les doutes du groupe de travail sont fondés. Par ailleurs, la protection d'un membre du Gouvernement peut être recherchée du côté de ces mécanismes, quitte à proposer une nouvelle condition pour pouvoir protéger les ministres en fonction de la partialité d'un juge ou des juges pris collectivement.

« Ces différentes considérations ont conduit le groupe de travail à proposer la suppression de la Cour de justice de la République et du privilège de juridiction dont bénéficient les membres du Gouvernement pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés de crimes ou délits au moment où ils sont commis, en conservant une instance de filtrage dont la composition devrait prémunir les membres du Gouvernement contre des mises en cause abusives »

Le rapport de la Commission Vedel, concernant la Haute Cour de Justice, n'était pas favorable au privilège de juridiction en raison du fait *« qu'elle en devient incompréhensible pour le public, sauf à lui laisser penser que la loi réserve aux ministres un sort privilégié par rapport aux simples citoyens (...) ». La réaction contre cet état de fait et de droit entraîne un fort courant favorable à la soumission des ministres au pur et simple régime de droit commun des juridictions ordinaires »*. Le paradoxe étant que cette critique visant la Haute Cour de Justice, conduisit à l'instauration de la Cour de Justice de la République en 1993, alors qu'en 2018 ces mêmes arguments sont transposables à la Cour de Justice de la République qui ne semble pas avoir prouvé son efficacité ni par rapport à la Haute Cour de Justice, ni en général.

Le privilège de juridiction ayant échoué à démontrer son efficacité, rien ne fait obstacle à la suppression de la Cour de Justice de la République. Historiquement, l'instabilité constitutionnelle ne permet pas d'apprécier pleinement l'efficacité des anciens modèles en raison des changements successifs.

D'aucuns semblent s'accorder sur un même élément : *« [la] banalisation totale comporterait toutefois le risque de paralyser le fonctionnement de l'État par l'utilisation des procédures à des fins partisans, notamment par l'usage abusif des constitutions de partie civile »*. A ce titre le rapport du Comité Vedel écrivit : *« l'application du droit commun n'aurait pour limite que la nécessité de ne pas mettre en cause le fonctionnement régulier des pouvoirs publics par un risque de harcèlement processuel à l'encontre des ministres »*¹⁹⁷. En ce qui concerne ce « harcèlement processuel », la notion de « procès abusif » par l'« abus de droit »¹⁹⁸ peut tout autant s'appliquer à des procédures visant des hommes politiques pour des faits commis à l'occasion de leurs fonctions. Puisque en procédure l'abus de droit est

¹⁹⁵ CEDH, *Affaire Piersack c. Belgique*, 26 octobre 1984, n°8692/79

¹⁹⁶ CEDH, *Affaire Morel c. France*, 6 juin 2000, n°34130/96

¹⁹⁷ Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République, Chapitre I.

¹⁹⁸ Cour de cassation, 3 août 1915, *Clément Bayard*.

l'instrumentalisation du procès à des fins autre qu'obtenir justice¹⁹⁹, caractérisée par l'intention malveillante²⁰⁰ voire l'absence de bonne foi.

Le projet de loi constitutionnelle du 4 mars 2013 était pertinent lorsqu'il prévoyait une autorisation des poursuites par une commission des requêtes. Toutefois, il ne faudrait pas que cette nécessité de prévenir les « harcèlements processuels » aboutisse à trop de limites, en référence à l'argument des sénateurs sur les « constitutions de parties civiles abusives ». Il peut être simplement prévue une sanction particulière envers ceux qui portent plainte fréquemment sans jamais que l'instruction ne révèle des preuves concrètes de culpabilité, afin de dissuader ceux aux intentions malveillantes. Quant à la composition de la phase de filtrage, comme évoqué en sus, la présence de parlementaires n'est pas pertinente.

La « banalisation » de la procédure est adoptée par certains pays européens mais comme le souligne le rapport de la Commission de Venise il existe une pluralité de modèles²⁰¹, de sorte qu'il sera difficile de comparer succinctement les différentes pratiques. Il apparaît que certains pays comme les Pays-Bas ou le Danemark ont défini dans une loi ce qu'étaient les actes commis par un ministre dans l'exercice de sa fonction ainsi que les infractions pour lesquelles les ministres peuvent être poursuivis dans leur fonction. Or, en France, c'est la Cour de Cassation qui a été amené à les définir le 27 juin 1995²⁰². Ensuite, il y a les pays qui n'ont pas opté pour un « tribunal spécial de destitution » comme en Autriche où c'est la Cour constitutionnelle qui connaît de ce contentieux. Alors qu'en Allemagne l'ensemble des ministres sont soumis au droit commun de la responsabilité pénale des fonctionnaires²⁰³.

Conclusion générale

Nonobstant le débat doctrinal sur l'assimilation, ou non, de la responsabilité politique et pénale - qui ferait l'objet de nombreuses lignes – au Conseil de l'Europe l'Assemblée parlementaire est favorable à la séparation de la responsabilité politique de la responsabilité pénale²⁰⁴.

Au regard des événements des dix dernières années, mais surtout de l'impact médiatique sur la vie politique et son rôle dans le déclenchement de l'action publique contre un ministre, il apparaît nécessaire d'encadrer rigoureusement le régime pénal des ministres en fonction et la nature des infractions en raison d'actes commis dans l'exercice de leur fonction, à l'instar de l'Allemagne voire des Pays-Bas/Danemark comme évoqué ci-dessus, concomitamment à la question de la suppression du privilège de juridiction.

¹⁹⁹ A titre d'illustration, Cass., Ch. Com., 22 avril 1976 : l'utilisation d'un procès pour faire pression sur le débiteur.

²⁰⁰ C.f. Cass. *Clément Bayard*.

²⁰¹ En ce sens, se référer à : *Rapport sur la relation entre responsabilité politique et responsabilité pénale des ministres* adopté par la Commission de Venise lors de sa 94e session plénière (Venise, 8-9 Mars 2013)

²⁰² Cass. Crim., 27 juin 1995 : « les actes commis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions ceux qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'Etat [...], à l'exclusion des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux ».

²⁰³ Étude de législation comparée n° 92, « La responsabilité pénale des chefs d'État et de gouvernement », 1er septembre 2001

²⁰⁴ Résolution n°1950, *Séparer la responsabilité politique de la responsabilité pénale*, 28 juin 2013.

Il serait opportun également d'établir les conséquences politiques suite à une affaire pénale, régie pour l'heure par la *jurisprudence Bérégovoy-Balladur*²⁰⁵, pouvant être considérée comme une atteinte à la présomption d'innocence car contraignant le ministre à démissionner, sur la base d'une mise en avant médiatique de sa mise en accusation, quand bien même la culpabilité n'a pas été établie par un jugement suite à une instruction rigoureuse. Etant liée, une démission de principe nuit à la continuité et la stabilité du gouvernement autant que les procédures abusives à son encontre.

Enfin, si le privilège de juridiction venait à être supprimé, il faudrait effectivement instituer une Commission des requêtes qui porterait une attention particulière aux sérieux des plaintes afin d'épurer les procédures abusives ou d'autoriser les poursuites.

²⁰⁵ En ce sens, voir la jurisprudence *Bérégovoy-Balladur* de 1992 concernant la démission d'un Ministre mis en cause devant la Cour de Justice de la République, dont l'application et l'interprétation dépend des gouvernements.

CHAPITRE 4 : LA REFORME DU POUVOIR LOCAL

Proposition n° 10 : Représentation équilibrée des territoires

Par Florence Crouzatier-Durand, Maître de conférences HDR en droit public et Vincent Sempastous, Doctorant en droit public

« Introduire dans la Constitution, aux articles 1^{er} et 72, les dispositions de la proposition de loi constitutionnelle n°58 (2014-2015) tendant à assurer la représentation équilibrée des territoires, présentée par MM. Gérard Larcher et Philippe Bas et adoptée par le Sénat le 3 février 2015:

- Introduction de la notion de territoire dans la Constitution ;
- Augmentation, de 20% à un tiers, du plafond d'écart de représentation par rapport à la population moyenne représentée par les élus de l'assemblée délibérante, pour les élections municipales, départementales et régionales mais également pour la constitution des conseils communautaires des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre ;
- Maintien de la possibilité de déroger à ce seuil pour des motifs d'intérêt général, qui pourraient par exemple tenir à la nécessité de s'adapter aux spécificités locales ».

Il est proposé d'introduire dans la Constitution la notion de territoire. Si la notion de territoire n'est pas expressément définie dans notre Constitution comme cela peut être le cas dans la Constitution portugaise (article 5 de la Constitution du 2 avril 1976), elle apparaît d'ores et déjà dans certains de ses aspects.

Selon l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ». Au travers de l'indivisibilité de la République, la notion de territoire apparaît dans sa dimension juridique. Elle est ainsi appréhendée comme un sujet de l'Etat ce qui implique que le territoire est un des éléments de l'existence de l'Etat mais aussi comme un objet de l'Etat puisque, malgré cette indivisibilité, l'Etat peut disposer de certaines parties de son territoire (article 53 C). Ensuite, la notion de territoire apparaît dans notre Constitution en tant que domaine sur lequel l'Etat exerce sa compétence souveraine. Malgré cela, l'indivisibilité n'empêche en rien la reconnaissance d'une diversité et donc d'une organisation territoriale décentralisée (article 72 C). En ce sens, la notion de territoire peut être aussi appréhendée comme une fonction de l'Etat puisqu'elle devient un moyen d'action dont dispose l'Etat pour cibler ses politiques publiques sur différents points de son territoire.

Partant de ces différentes observations, il convient de se demander ce que pourrait apporter à notre Constitution l'introduction de la notion de territoire ?

Selon les conceptions précédentes, le territoire est appréhendé par rapport à l'Etat. L'inscription de cette notion pourrait permettre d'ajouter une dimension sociologique à la conception du territoire telle qu'elle figure dans notre Constitution. En géographie humaine, le territoire se rapporte à l'existence de solidarités économiques ou culturelles sur une zone en continu. La territorisation des politiques publiques

permet la prise en compte de la réalité des territoires ainsi définis. Dans un mouvement inverse, cette reconnaissance des territoires permettrait l'expression d'une spécialité législative tenant compte des caractéristiques particulières de chaque territoire.

Sur les modèles de la Constitution italienne (art. 119 de la Constitution du 1^{er} janvier 1948) et de la Constitution espagnole (art. 157 de la Constitution du 29 décembre 1978), l'inscription d'une telle notion dans la Constitution présenterait ensuite l'intérêt de consacrer l'existence au sein de l'Etat de territoires auxquels il serait possible de conférer une capacité fiscale.

Enfin, en lien avec le second aspect de la proposition n°10, l'inscription de la notion de territoire dans la Constitution permettrait d'asseoir une représentation politique équilibrée des différents territoires dont l'existence serait constitutionnellement reconnue.

L'organisation décentralisée de la République devant permettre une meilleure prise en compte des territoires, il importe dès lors d'adapter leur représentation politique à cette exigence. La notion de représentation équitable est nouvelle et la proposition n°10 prévoit d'assurer cette dernière par une nouvelle limite maximale d'écart de représentation, fixée au tiers de la moyenne de représentation constatée pour l'assemblée concernée, au lieu des 20 % imposés par le Conseil constitutionnel.

Cela suppose d'appliquer la notion d'équité, qui est mentionnée à l'article 4 de la Constitution, aux territoires.

Il faut admettre que dans la conception française de la représentation politique, le représentant élu représente, non pas sa circonscription et donc sa population, mais la nation toute entière. « Si députés et sénateurs sont élus au suffrage universel (...) chacun d'eux représente au Parlement la Nation toute entière et non la population de sa circonscription d'élection » (Conseil constitutionnel, 1999). La circonscription électorale est délimitée par un territoire découpé selon un critère démographique.

Pourtant, le juge constitutionnel admet des exceptions notamment des motifs d'intérêt général ou des spécificités territoriales (l'insularité ou l'éloignement de la métropole ; Conseil constitutionnel, 2009). Mais il ne tolère que rarement d'aller au-delà des 20% (Conseil constitutionnel, 2010). Le juge administratif, quant à lui, s'est prononcé sur cette question après le vote de la loi du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseils départementaux. Selon lui, le seuil de 20 % constitue une simple « ligne directrice », dès lors ce seuil demeure modifiable et discutable. Selon lui, « il ne résulte ni de l'article L 3113-2 du CGCT, qui impose d'établir le territoire de chaque canton sur des bases essentiellement démographiques ni d'aucun autre texte non plus que d'aucun principe que la population d'un canton ne devrait pas s'écarter de plus de 20 % de la population moyenne du département ».

Cette proposition permettra d'assurer une représentation plus équitable des territoires dans le respect du principe d'égalité de suffrage.

Propositions n° 11 et 12 : Autonomie financière des collectivités territoriales

Par Sebastiaan Van Ouwerkerk, Doctorant en droit public

Les propositions n° 11 et 12 sont relatives aux finances locales. La proposition n° 11 vise à « garantir aux collectivités territoriales, à l'article 72-2 de la Constitution, une juste compensation financière pour le transfert, la création ou l'extension d'une compétence ainsi que pour la modification des conditions d'exercice d'une compétence, selon le principe « qui décide paie », sans remettre en cause la capacité d'action du législateur ». La proposition n° 12, quant à elle, tend à « renforcer, à l'article 72-2 de la Constitution, les garanties d'autonomie financière et fiscale des collectivités territoriales ». En ce qu'elles concernent toutes les deux l'autonomie financière des collectivités locales et l'article 72-2 de la Constitution, l'analyse de ces deux propositions peut être menée conjointement.

Ces propositions sont surprenantes à plus d'un titre. Elles paraissent tout d'abord passablement isolées dans un ensemble de 40 propositions portant globalement sur la procédure d'élaboration de la loi, le contrôle de l'action du Gouvernement et la confiance dans les institutions²⁰⁶. Le rapport de synthèse du sénateur F. Pillet plaide sans grande conviction pour un « meilleur équilibre des finances locales ». Il est par ailleurs étonnant qu'à titre d'« éléments de contexte » sur les finances locales, le rapport se limite à citer *in extenso* l'article 72-2 de la Constitution. Même si la situation est connue, les membres de la commission de travail auraient pu rappeler la situation financière particulièrement délicate de nombreuses collectivités territoriales, résultant souvent de transferts de compétences de la part de l'Etat insuffisamment compensées.

Plus généralement, les deux propositions relatives à l'autonomie financière des collectivités territoriales nous semblent avoir une pertinence très limitée, en ce qu'elles ne permettent pas de résoudre les problèmes structurels de l'autonomie financière des collectivités territoriales.

Ceux-ci pourtant sont bien connus, et ont trait au « statut constitutionnel des collectivités locales »²⁰⁷. Depuis 1958, elles bénéficient du principe de libre administration²⁰⁸. Depuis l'importante révision constitutionnelle de 2003, l'article premier de la Constitution dispose que l'organisation de la République est « décentralisée », et l'article 72-2 prévoit les différents éléments de ce qu'il est convenu d'appeler l'« autonomie financière » des collectivités territoriales. Seulement, si cette révision constitutionnelle a incontestablement participé d'une reconnaissance symbolique forte des collectivités territoriales, leur statut constitutionnel reste très largement contraint par les principes fondamentaux du droit

²⁰⁶ Le président du Sénat annonce ainsi « quatre axes de travail » en introduction du rapport : « Assurer la représentation au Parlement de tous les territoires de la République, dans leur diversité ; Renover le travail parlementaire au service de la qualité de la loi et de la lutte contre l'inflation normative ; Renforcer la fonction de contrôle et d'évaluation du Parlement au service d'une démocratie plus exigeante ; Adapter le fonctionnement de certaines de nos institutions, judiciaires notamment », p. 4 ; voir également les « cinq axes » autour desquels s'articulent les 40 propositions, précisées en préambule du rapport : p. 10.

²⁰⁷ J.-Cl. Douence, V° « Statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2018.

²⁰⁸ Consacré par l'article 72 C ; l'article 87 de la Constitution de 1946 disposait déjà que « les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel ».

public français. A ce titre, il est constant dans l'histoire constitutionnelle française que le pouvoir fiscal constitue un monopole du législateur. Toutes les constitutions, depuis celle de 1791, consacrent le principe selon lequel « aucun impôt ne peut être établi ni prévu qu'en vertu de la loi »²⁰⁹. La Constitution de 1958 ne fait pas exception à ce principe. En vertu de l'article 34, seul le législateur est compétent pour fixer « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ». Dès lors, le Conseil constitutionnel a fermement précisé que les collectivités ne sauraient, en l'état actuel du droit, bénéficier d'un pouvoir fiscal autonome, ni même d'une « autonomie fiscale »²¹⁰. Tout au plus, les collectivités territoriales peuvent se prévaloir d'une « autonomie financière », qui apparaît comme un élément du principe de libre administration, et obéit donc à ses principaux mécanismes. Ce mécanisme correspond globalement à celui mis en place pour la plupart des droits et libertés consacrés par la Constitution. Cette dernière consacre des droits et libertés tout en chargeant le législateur de les aménager. En ressort tout d'abord une règle de compétence : il revient au seul législateur de poser les règles concernant en l'occurrence le principe de libre administration et l'autonomie financière des collectivités territoriales. Sont ainsi sanctionnés les empiètements du pouvoir réglementaire national et les incompétences négatives. Une règle de fond ensuite, censée limiter l'action du législateur. Il revient alors, classiquement, au juge constitutionnel d'apprécier les atteintes portées par le législateur au statut constitutionnel des collectivités territoriales en fonction des autres dispositions constitutionnelles et de l'objectif poursuivi. Par conséquent, le contenu de principes tel que celui de l'autonomie financière des collectivités territoriales résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Or, celle-ci est particulièrement timorée. En principe, le Conseil constitutionnel est censé protéger la liberté de dépenser des collectivités territoriales (al. 1), la possibilité de fixer dans les limites de la loi l'assiette et le taux de certaines impositions (al. 2), le ratio de ressources propres qui doit constituer une « part déterminante de l'ensemble de leurs ressources », fixée par une loi organique²¹¹ (al. 3), le principe de la compensation des transferts de compétences (al. 4), ou encore « les dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales » (al. 5). En la matière, les censures de la part du Conseil constitutionnel sont toutefois particulièrement rares. Le contentieux relatif à l'autonomie financière locale apparaît comme un « contentieux d'avertissement ou méthodologique »²¹² : le juge constitutionnel rappelle les mécanismes du contrôle de proportionnalité des atteintes à l'autonomie financière locale, tout en se refusant de les censurer²¹³.

Par exemple, le Conseil constitutionnel ne censure pas les baisses annuelles de la Dotation globale de fonctionnement, qui ne sont pas « d'une ampleur telle qu'elle entraverait la libre administration des collectivités territoriales » (1,9 % des

²⁰⁹ J.-L. Albert, V° « Bases constitutionnelles du droit financier local », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2018.

²¹⁰ « [il] ne résulte ni de l'article 72-2 de la Constitution ni d'aucune autre disposition constitutionnelle que les collectivités territoriales bénéficient d'une autonomie fiscale » : CC, 29 décembre 2009, n° 2009-599 DC.

²¹¹ Loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 relative à l'autonomie financière des collectivités locales.

²¹² J.-L. Albert, V° « Bases constitutionnelles du droit financier local », *op. cit.*

²¹³ Il y a bien là un problème d'autolimitation du Conseil constitutionnel.

recettes en 2014, 1,6 % en 2016 et 1 % en 2017²¹⁴). De même, le juge constitutionnel a validé dans sa décision relative à la loi de finances pour 2018 le mécanisme de dégrèvement mis en place pour la taxe d'habitation. Ce dégrèvement étant intégralement compensé par l'Etat, et les collectivités territoriales restant libres de percevoir des recettes de la taxe d'habitation en fixant un taux supérieur à celui de 2017 permettant le calcul de la compensation de l'Etat, le Conseil constitutionnel a estimé que cette promesse de campagne d'E. Macron ne méconnaissait pas l'autonomie financière des collectivités territoriales. Plus largement, le juge constitutionnel ne s'oppose pas à cette tendance par laquelle les dotations étatiques se substituent progressivement à la fiscalité locale. Malgré la mise en place du mécanisme de dégrèvement, la taxe d'habitation demeure d'ailleurs pour le Conseil constitutionnel une « ressource propre » des communes au sens de l'article 72-2 de la Constitution. C'est également seulement une jurisprudence « d'avertissement »²¹⁵ qui prévaut en matière de compensation des transferts de compétence. Il ressort de la « méthode » avancée par le Conseil constitutionnel, que les compensations doivent obéir à quatre principes : la compensation doit être « intégrale et concomitante, contrôlée, évolutive et diversifiée (au travers d'un transfert par priorité d'impôts d'État) et conforme à l'exigence d'autonomie »²¹⁶.

Ce qui porte donc fondamentalement atteinte à l'autonomie financière des collectivités territoriales, c'est un pouvoir législatif protégé par un juge constitutionnel clément, acquis à l'idée selon laquelle la « fiscalité locale (...) est sans doute encore l'une des variables fiscales réformatrices de la politique fiscale de l'État »²¹⁷. Autant dire que la volonté de « renforcer, à l'article 72-2 de la Constitution, les garanties d'autonomie financière et fiscale des collectivités territoriales » (proposition n°12), et plus précisément la « juste compensation financière » pour les transferts, création ou extension de compétence, « sans remettre en cause la capacité d'action du législateur » (proposition n°11), n'emporte pas la conviction. Pouvait-il en aller autrement alors que ce rapport a justement pour objectif principal de revaloriser la loi ?

²¹⁴ Voir respectivement les décisions CC, 29 déc. 2014, n° 2014-707 DC, Loi de finances pour 2015, cons. 23 ; CC, 29 déc. 2015, n° 2015-725 DC, Loi de finances pour 2016 ; CC, 29 déc. 2016, n° 2016-744 DC, Loi de finances pour 2017, cons. 53.

²¹⁵ J.-Cl. Douence, V° « Statut constitutionnel des collectivités territoriales », *op. cit.*

²¹⁶ J.-Cl. Douence, V° « Statut constitutionnel des collectivités territoriales », *op. cit.*

²¹⁷ *Ibid.*

