HAL
open science

L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Etude sur les qualités de la loi

Vito Marinese, Marinese Vito

To cite this version:

Vito Marinese, Marinese Vito. L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Etude sur les qualités de la loi. Droit. Université de Nanterre - Paris X, 2007. Français. NNT : . tel-00626046

HAL Id: tel-00626046

https://theses.hal.science/tel-00626046

Submitted on 23 Sep 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS-X-NANTERRE
UFR de sciences juridiques administratives et politiques

L'idéal législatif du Conseil constitutionnel

Étude sur les qualités de la loi

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Sous la direction de Guy Carcassonne

Soutenue publiquement le 19 décembre 2007

par

Vito Marinese

Jury

P.AVRIL, Professeur à l'Université Paris II – Panthéon-Assas

G.CARCASSONNE, Professeur à l'Université Paris X Nanterre (Directeur de thèse)

V.CHAMPEIL-DESPLATS, Professeur à l'Université Paris X Nanterre

J.-C. COLLIARD, Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne (Rapporteur)

B.MATHIEU, Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne (Rapporteur)

à ma Bulle…

Remerciements

Mes remerciements vont tout d'abord à mon directeur de thèse, Guy Carcassonne, pour ses nombreux conseils et surtout le niveau de ses exigences ; l'idéal ne pouvait être atteint mais il a été un guide. Ces remerciements s'adressent aussi au Professeur qui a suscité mon goût pour le droit constitutionnel et qui a inspiré mon projet de carrière universitaire.
Mes remerciements vont à Jean-Marie Denquin et à Danièle Lochak qui m'ont initié au travail de la recherche, respectivement en Maîtrise puis en DEA et qui sont restés présents tout au long de mon parcours.
Mes remerciements vont à tous les membres du CREDOF et en particulier à Thomas Dumortier, pour sa disponibilité et son amitié.
Mes remerciements vont aux membres de ma famille pour leur soutien indéfectible.
Mes remerciements vont enfin à Julie, pour sa patience et pour l'intérêt qu'elle a porté à ce sujet *a priori* si éloigné du monde de l'art…

Liste des abréviations

AIJC :	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA :	L'actualité juridique. Droit administratif
Arch. phil. Droit :	Archives de philosophie du droit
art. cit. :	article cité
CCC :	Les Cahiers du Conseil constitutionnel
CEDH :	Cour européenne des droits de l'homme
CJCE :	Cour de justice des Communautés européennes
D. :	Recueil Dalloz Sirey
DA :	Droit administratif
dir. :	sous la direction de…
éd.	éditions
EDCE :	Études et documents du Conseil d'État
GDCC :	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
idid. :	au même endroit
in :	dans
infra :	ci dessous
JCP :	Jurisclasseur périodique. La semaine juridique
JO :	Journal officiel de la République française
LGDJ :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA :	Les Petites Affiches
op. cit. :	dans l'ouvrage cité.
p.	page
pp.	pages
PUAM :	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF :	Presses Universitaires de France
RA :	Revue administrative
RBDC :	Revue belge de droit constitutionnel
RDP :	Revue du droit public et de sciences politiques
RFDC :	Revue française de droit constitutionnel
RFDA :	Revue française de droit administratif
RFAP :	Revue française d'administration publique
RIEJ :	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RRJ :	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RTDciv :	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE :	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH :	Revue trimestrielle des droits de l'homme
supra :	ci-dessus
t. :	tome

Sommaire

Première partie Les exigences portant sur le fond…… 77

Sous partie 1 L'exigence d'effectivité de la Constitution…….. 81

Sous partie 2 L'exigence d'efficacité de la législation……..... 241

Deuxième partie Les exigences portant sur la forme..... 387

Sous partie 1 L'exigence de prévisibilité des lois…….. 393

Sous Partie 2 L'exigence de lisibilité des lois……. 529

Introduction

« L'idéal est pour nous ce qu'est une étoile pour le marin. Il ne peut être atteint mais il demeure un guide.» (Albert Schweitzer)

1. Crise et idéalisation de la loi

La loi est aujourd'hui l'objet de préoccupations récurrentes. À l'unisson, auteurs et acteurs institutionnels[1] déclarent la crise de la loi[2]. Les conférences et ouvrages se multiplient sur ce thème[3]. Professeurs, praticiens et acteurs institutionnels s'interrogent sur les origines du mal et les remèdes appropriés.

Ce n'est pas nouveau. La crise de la loi fait partie des grands classiques du registre des juristes[4]. Cette conscience de crise législative déborde très largement le cadre franco-français.

---

[1] Voir notamment les déclarations publiques de Jean-Louis DEBRÉ (Entretien avec M.J.-L.Debré, Président de l'Assemblée nationale, *Le Monde*, 22 juin 2004) et de Pierre MAZEAUD (Vœux adressés au Président de la République en 2005, disponible sur le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr) mais aussi les rapports publics du Conseil d'État pour 1991 et 2006. Rapport public 1991, « De la sécurité juridique », *EDCE*, n°43, La documentation française, 1992. Rapport public 2006, « Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE*, n°57, La documentation française, 2006. Dans ce dernier rapport, Nicolas Molfessis procède au recensement de différentes déclarations de personnalités publiques relatives à la crise de la loi. Voir, N.MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », *ibid.,* p.399, note 1.

[2] F.TERRÉ, « La crise de la loi, *Archive de philosophie du droit*, 1980, Tome 25, p.17 et s.G.BURDEAU, « Le déclin de la loi », *Archive de philosophie du droit*, 1963, p.35. A.VIANDIER, « La crise de la technique législative », *Droits*, 1986, 4, p.75 et s.

[3] « Décadence du droit, déclin de la loi, disparition du sentiment de justice, les hommes de droit vivraient-ils l'apocalypse ? Colloques, symposium et rencontres se multiplient qui diagnostiquent les défaillances de l'Art juridique et les remèdes propres à le restaurer », A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, Springer-Verlag, 1988, p.1. Plus récemment, on peut notamment citer *Vive la loi !* , Actes du Colloque du Sénat du 24 mai 2004, Sénat et Université Paris II. Voir aussi, *La loi. Bilan et perspectives*, Catherine PUIGELIER (dir.), Économica, Coll. Études juridiques, Paris, 2005. Voir également l'ouvrage collectif élaboré sous la direction de R.DRAGO, *La confection de la loi*, PUF, Coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005. Le centre de recherche de droit constitutionnel de Paris I a organisé une journée d'étude consacrée à « La réforme du travail législatif » le 25 mars 2005. Les actes de cette journée d'étude ont été publiés. V. M.VERPEAUX et B.MATHIEU (dir.), *La réforme du travail législatif*, Cahiers constitutionnels de Paris I, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006. Voir encore le numéro de la revue *Pouvoirs* n°114 consacré à « la loi » en 2005.

[4] Dominique CHAGNOLLAUD, évoquant le thème des pathologies affectant la loi, explique : «ce débat aurait pu se tenir sous Guizot, en 1939 lorsque George Burdeau dénonçait l'incontinence de la loi, ou dix ans plus tard, sous l'influence du doyen Ripert, qui pourfendait le déclin du droit, ou encore au Conseil d'État, il y a une dizaine d'années, alors que celui-ci publiait un rapport introspectif sur la crise de la loi. Au fil du temps, ce

Il ne s'agit donc pas d'une « exception française »[5], même si cette crise semble être ressentie en France d'une manière particulièrement aiguë[6].

On peut s'interroger sur les causes, réelles ou supposées, de cette crise de la loi, en évaluant l'impact de chacun de ses facteurs. On peut aussi s'interroger sur les causes de l'inquiétude. Pourquoi la loi est-elle l'objet de tant de préoccupations ? Paradoxalement, cette crise de la loi semble traduire une idéalisation de la norme législative. La malade est à ce point importante et irremplaçable que les médecins se pressent à son chevet. On s'inquiète en effet de la loi parce qu'elle serait au cœur du système juridique. Quel manuel de droit ne présente pas la loi dans sa majesté, son statut prééminent[7], sa dimension symbolique[8] ? À elle-seule, la loi suffit à résumer le droit et sa construction : la hiérarchie des normes n'a de sens qu'au regard de ce repère cardinal[9]. La loi étant le pilier de notre ordre juridique, la crise de la loi apparaît alors comme le symptôme du « déclin du droit »[10]. Ce constat de crise permet donc d'identifier un phénomène d'idéalisation de la loi puisqu'elle apparaît, en creux des critiques, comme la clef de voûte de notre système juridique et politique.

En effet, la crise de la loi est à la hauteur de son idéalisation[11]. George Ripert établit ce diagnostic en 1949 : « la vérité est que la France a eu et a donné au monde une si haute idée du droit que l'on y ressent, plus qu'ailleurs peut-être, le malaise de son déclin »[12]. L'analyse de ces critiques permet de mettre en valeur un double discours sur cet objet normatif. Car si on critique la loi telle qu'elle est, c'est qu'on la plébiscite telle qu'elle devrait être[13]. Plus les

---

thème est devenu un poncif, un discours d'évidence, une sorte de standard de jugement – à l'instar du principe de précaution. Surproduction législative, lois jetables, sentiment d'insécurité, y compris juridique, développement d'un droit « gazeux »… ». *in* Allocution introductive du colloque « *Vive la loi !*», op.cit. p.9.

[5] Francis DELPEREE considère que ce déclin « est propre à un ensemble de sociétés démocratiques notamment en Europe », in « Le système français de la loi vu de l'étranger : la renaissance de la loi », *Vive la loi !*, actes du colloque du Sénat, op. cit., p.37. À l'inverse, Th. ZELDIN évoque une « exception française ». Introduction de séance, *ibid.* p.31.

[6] Dans la préface de son célèbre ouvrage, Georges Ripert affirme : « la vérité est que la France a eu et a donné au monde une si haute idée du droit que l'on y ressent, plus qu'ailleurs peut-être, le malaise de son déclin ». G.RIPERT, *Le déclin du droit. Etude de la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, Préface, p. VII.

[7] Elle « demeure investie en France…d'un statut prééminent dans l'ordre juridique et symbolique. », CHAGNOLLAUD, in *Vive la loi !*, op. cit., p.10.

[8] Evoquant la Loi idéalisée par les révolutionnaires de 1789, Olivier IHL explique : « on voit par la place qui est donnée à la loi qu'elle occupe déjà le sommet de l'Etat, l'olympe de la politique », in *Vive la loi !*, op.cit. p.33-34.

[9] La loi est présentée comme le « pivot de la hiérarchie des normes », elle est ainsi « située au centre de la hiérarchie des normes ». Geneviève KOUBI, Raphaël ROMI, *Etat, Constitution, Loi*, *Fondement d'une lecture du droit constitutionnel au prisme de la Déclaration de 1789*, édition de l'espace européen, 1991, p.199 et 200.

[10] G.RIPERT, *Le déclin du droit. Etude de la législation contemporaine*, op. cit.

[11] Selon Jacqueline de Romilly, ce double mouvement – de crise et d'idéalisation – se retrouve dans la Grèce antique. Évoquant « l'idée de loi », elle constate que « la crise qu'elle connut aida largement à en préciser les contours ». J.de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, Les belles lettres, 2ème éd. paris, 2002, p.2.

[12] G.RIPERT, *Le déclin du droit. Etude de la législation contemporaine*, op. cit., Préface, p. VII.

[13] « la loi ne (doit) pas être sacralisée telle qu'elle est, mais plébiscitée telle qu'elle devrait être ». Michel DREYFUS-SCHMIDT, « Réaction du témoin », in *Vive la loi !*, op. cit. p.45.

pratiques du législateur la font dériver, plus nettes apparaissent les lignes de ce qu'elle devrait être. La permanence et la généralisation de cette crise doivent nous amener à analyser les critiques pour cerner, au-delà d'un simple constat, « les qualités idéales »[14] de la loi qui les sous-tendent. Chacune de ces critiques adressées à la loi prend appui sur les « caractères » d'une loi idéale[15]. De l'énumération des maux[16] de la loi émerge une figure idéale de loi qui sert de fondement à la critique. Chaque symptôme renvoie à un remède suggéré. Que l'on critique la loi complexe et prolixe et l'on suggère qu'elle doit être simple et concise. Chaque solution proposée nous rapproche un peu plus de cet idéal législatif[17]. Cet idéal législatif peut ainsi être reconstruit à partir des discours relatifs à la crise de la loi, lesquels font apparaître, en creux des critiques, les attentes placées en elle. Quelle est « cette loi parfaite dont on rêve »[18] et qui sert de point d'appui à l'ensemble de ces critiques ? C'est cet objet que nous avons entrepris de cerner à travers la présente thèse.

2. Les sources de l'idéal législatif

Si l'objectif de cette étude est de cerner l'idéal de loi qui sous-tend la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il apparaît nécessaire de cerner les contours de l'idée de loi, dessinés au cours de notre histoire constitutionnelle, bien avant l'avènement d'un contrôle de constitutionnalité des lois en France. Cette histoire est marquée par la continuité de la tradition législative depuis 1789. La notion de loi dans notre tradition juridique constitue en effet un des fils directeurs de notre histoire constitutionnelle. Le phénomène d'idéalisation de la loi est évidemment lié à cette histoire qui a fourni le substrat d'une véritable tradition constitutionnelle[19]. Nos grands textes constitutionnels constituent les fondements juridiques de

---

[14] Jean-Pierre Duprat considère que « les critiques à l'égard de l'état de la législation actuelle renvoient à une idée ancienne selon laquelle il existe des qualités idéales auxquelles elle doit atteindre. », J.-P. DUPRAT, « Genèse et développement de la légistique », in *La confection de la loi*, Roland DRAGO (Dir.), PUF, 2005, p.12.

[15] Voir à cet égard, J.BOULAD-AYOUB, B.MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques,* Les Presses Universitaires de Laval, L'Harmattan, 1996. Le contraste entre le titre et le sous-titre suffit à illustrer ce double visage de la loi.

[16] C.ATIAS, « Les maux du droit et les mots pour le dire », *D.*, 1997, Chron. p.231.

[17] B.MATHIEU évoque à cet égard « la loi, telle qu'elle devrait (?) être », « la mystique révolutionnaire de la loi », « la Loi sacrée, divinisée, œuvre de perfection », B.MATHIEU, *La loi*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2ème éd., 2004, p.1.

[18] R. DRAGO, in *La confection de la loi,* Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, PUF, 2005, préface p.VI.

[19] O.Ihl interroge : « D'où vient la majuscule dont est affublé le terme de Loi en France ? Pour y répondre, il est utile de se pencher sur l'histoire de la sacralisation de la loi en France, qui a charrié tant de passion collective. ».O. IHL, « La loi comme passion et symbole de l'exception française », in *Vive la loi !*, op.cit., p.33. Sur la tradition constitutionnelle en matière de loi, voir notamment, P.PACTET, « La loi, permanence et changements », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif.* Montchrestien, Paris, 1992, p.503. L'auteur

cette tradition (2.1). Mais cette dernière déborde le cadre de ces textes et se nourrit parallèlement des discours de la doctrine (2.2) et de l'expérience législative (2.3).

2.1 La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, socle du droit public français, constitue la base textuelle d'une tradition législative à la française. Ce texte est réputé véhiculer un idéal de Loi. Dans leur volonté affichée de rompre avec l'ancien régime, les constituants font de la loi le pilier du nouveau système. La loi constitue en effet « la clef du discours révolutionnaire de 1789 »[20]. Lorsqu'ils déclarent l'existence de droits naturels, inaliénables et sacrés, ils confient dans le même temps à la loi le soin de les garantir, donc de les concrétiser[21]. Le préambule de 1946 fournit également une source textuelle de l'idéal législatif. Destiné à compléter et actualiser le catalogue des droits de l'homme et du citoyen, ce texte traduit une évolution de la conception de la loi : dans le cadre de l'État providence émergent, elle constitue l'instrument privilégié de la réalisation des droits créances[22].
En 1789 comme en 1946, les textes constitutionnels font de la loi la clef de la réalisation des valeurs qu'ils proclament.

2.2 Mais notre tradition constitutionnelle en matière de loi déborde largement le cadre de ces textes. S'ils en constituent indiscutablement une base, cette tradition est aussi le produit d'une pensée sur la loi qui s'est enrichie à travers le temps. Le rôle de la doctrine dans la construction de cet idéal de loi est, à cet égard, fondamental. F. Ost explique à cet égard : « cette loi, je l'appelle « la loi parfaite » et je soutiens que, de tout temps, elle fait l'objet d'un amour véritable (…). Comme si, de génération en génération, les juristes se transmettaient ce feu sacré, la quête passionnée de ce Graal juridique qui leur livrerait enfin l'accès à la « loi parfaite », le droit du droit, la clef du juste »[23]. La recherche de cet idéal législatif conduit par

---

évoque la « persistante fidélité à la définition traditionnelle de la loi » et conclut à la « survivance d'un mythe fondateur ». Voir également *La Continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Journée d'étude des 16 et 17 mars 1989, organisée par l'Association française des constitutionnalistes, Économica-PUAM, 1990 et spécialement l'article de FAVOREU consacré dans cet ouvrage à « La loi », *ibid.* p.79.

[20] Geneviève KOUBI, Raphaël ROMI, *Etat, Constitution, Loi*, *Fondement d'une lecture du droit constitutionnel au prisme de la Déclaration de 1789*, édition de l'espace européen, 1991, p.191.

[21] Voir notamment à cet égard, P.WACHSMANN, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, 2, 1985, p. 20.

[22] Voir J.-J.SUEUR, « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration de droits nouveaux ? », in *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradiction politiques*, PUF, CURRAP, 1996, pp.129-145. Également dans le même ouvrage, F.RANGEONS, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du Préambule de 1946 », pp.169-185.

[23] F.OST, « L'amour de la loi parfaite », *in* J.Boulad-Ayoub, B. Melkevik et P. Robert (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, L'harmattan, Les presses de l'Université de Laval, 1996, p.53.

ces différents penseurs a donné naissance à la « légistique ». « Art de faire les lois »[24] ou « science de la législation »[25], la légistique propose des solutions pour améliorer la qualité des lois[26]. Certains auteurs, comme Bentham en Angleterre (Traité de législation civile et pénale)[27] et Filangieri en Italie (La science de la législation)[28], font ainsi figure de pionniers dans ce domaine. Pourtant, il semble que l'existence de la discipline ait précédé de loin sa consécration explicite. Bien avant l'émergence d'une « science de la législation », la recherche des qualités idéales de la loi prend ses racines dans la pensée Antique[29]. Cette quête de l'idéal législatif préexiste donc à l'avènement d'une discipline spécifiquement identifiée.

Cet idéal législatif se nourrit largement de ces « discours » émanant de la philosophie politique, des sciences politiques et juridiques. Ces discours égrainent notre histoire constitutionnelle et rendent compte de cette tradition constitutionnelle. En France, toutes les lumières du XVIIIème siècle semblent éclairer la notion de loi[30]. Jean Carbonnier a ainsi évoqué la « passion des lois au siècle des lumières »[31]. Dans *L'esprit des lois*, Montesquieu estime que la loi doit répondre à un certain nombre de critères qualitatifs[32]. Cette quête de

---

[24] L'expression est notamment utilisée par H.Capitant qui constatait que « l'art de faire les lois est en pleine décadence ». H.CAPITANT, « Comment on fait les lois aujourd'hui », *RPP*, vol.91, 1917, p.305. Dans le même sens voir J.CARBONNIER, « Tendances actuelles de l'art législatif en France », in *Legal Science Today*, 1978, Uppsala, p.23 et s. et D. REMY, *Légistique. L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994.

[25] Pour la légistique comme science, voir C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », *in* C-A Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p.33. Cet auteur explique que « la légistique a débuté comme un art de légiférer et elle n'a accru que très progressivement son caractère scientifique …», *ibid*. Cette qualification de « science » est largement discutée par la doctrine. Voir notamment, J.-J.PERRIN, « Possibilité et limite d'une science de la législation », in *La science de la législation*, Travaux du centre de philosophie du droit, PUF, 1988, p.21 et s. Paul AMSELEK préfère l'utilisation des termes « technologie » ou « théorie de la technique ». *ibid*., « Avant-propos », p.6

[26] C.-A. Morand définit la légistique comme une discipline ayant pour « objet d'exposer les connaissances et les méthodes qui peuvent être mises au service de la formation de la législation. », C.-A.MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit., p.18.

[27] J.BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Extrait des manuscrits de J.Bentham, par Et. Dumont, 2ème éd. t.3, Paris, 1820.

[28]FILANGIERI (G), *La science de la législation*, Trad. par J.-A. Gallois, 2ème éd., Dufart, Paris, 1799.

[29] Voir, TESSIER-ENSMINGER, *L'enchantement du droit : légistique platonicienne*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2002. L'auteur s'attache à démontrer que les origines de la légistique remontent à l'Antiquité et prend le contre-pied de l'analyse de J.-P.DUPRAT, « Genèse et développement de la légistique », in Roland Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit., pp.9-44.

[30] Ce mouvement est entamé bien avant le XVIIIème siècle. Il se nourrit comme nous avons pu le constater des écrits des philosophes de l'Antiquité, mais également d'auteurs tels que Montaigne. Les écrits de ce dernier font largement échos à ceux de Montesquieu. Dans ses Essais, il écrit : « … nous avons en France plus de lois que tout le reste du monde ensemble et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Epicurus (…). Les plus désirables, ce sont les plus rares, plus simples et plus générales ». MONTAIGNE, *Essais,* éd. de l'imprimerie nationale, 1998, T.III, pp.426-427.

[31] J.CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p.20.

[32] « Le style doit être simple et concis, la loi ne doit pas contenir d'expressions vagues, elle ne doit pas être subtile car elle est faite pour des gens de médiocre entendement. Il faut éviter les exceptions et les limitations car de pareils détails jettent dans de nouveaux détails ; comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation ; une loi doit avoir son effet, il ne faut pas permettre d'y déroger par une convention particulière. Enfin, il ne faut point de changement de loi sans une raison suffisante ». MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre 29, chapitre XVI.

l'idéal législatif se poursuivra au XIXème siècle, notamment avec Portalis. Son discours préliminaire sur le projet du Code civil s'inscrit dans la continuité de cette pensée sur la loi[33]. Ces discours n'ont pas vieilli et continuent d'inspirer la doctrine. Il est évident que les écrits portant sur le thème de la loi aujourd'hui traduisent la nostalgie d'un modèle passé : on se réclame de Montesquieu ou Portalis, mais également, plus proches de nous, de George Burdeau, du Doyen Ripert ou du Doyen Carbonnier… Cela traduit une véritable continuité de la conception idéale de la loi à travers le temps[34].

Si en France, la notion de loi et la sacralisation de la norme prennent corps en 1789, cette pensée révolutionnaire s'appuie sur les « acquis philosophiques » de l'Antiquité[35]. Durant cette période, l'idée de loi se développe autour de la détermination des caractères idéaux de la norme[36]. L'émergence de ces critères traduit la nécessité de comparer l'action du législateur au regard des canons de la norme préétablis. La tragédie de Sophocle se fait ainsi l'écho d'un idéal législatif à travers le personnage d'Antigone dénonçant la loi de Créon (la loi positive, la loi telle qu'elle est posée) au nom d'un idéal législatif d'origine divine (la loi naturelle, la loi telle qu'elle devrait être)[37]. La notion de « bonne loi »[38] est ainsi présente dès l'Antiquité. Platon dans *La République* comme dans *Les Lois* fait référence à la loi comme un « moyen de réaliser le plus grand bien »[39].

---

[33] « L'office de la loi est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds de conséquences et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière…La loi statue sur tous, elle considère les hommes en masse, jamais comme particuliers, elle ne doit point se mêler des faits individuels, ni des litiges qui divisent les citoyens. S'il en était autrement, il faudrait faire journellement de nouvelles lois ; leur multitude étoufferait leur dignité et nuirait à leur observation.». Extraits du discours préliminaire du 24 thermidor an VIII, (in Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, p.170 et 475), cité par B.MATHIEU, *La loi*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1996.

[34] Pierre Pactet évoque ainsi « la persistante fidélité à la définition traditionnelle de la loi ». Pierre PACTET, « La loi, permanence et changements », in *Mélanges René Chapus*, p.504. Th.S RENOUX évoque de son côté « la notion constitutionnelle de loi », in « Le principe de la légalité en droit constitutionnel positif français », *LPA*, n°31, p.18. Roland MASPETIOL évoque « la doctrine classique de la loi », *ECDE*, 1949, p.52.

[35] L'exaltation de la loi est présente dans la Grèce antique comme le remarque Alain FOUCHARD, « Légiférer en Grèce antique », in *Le législateur et la loi dans l'antiquité*, hommage à Françoise RUZE, Presses universitaires de Caen, actes du colloque de Caen, 15-17 mai 2003, 2005, p.14.

[36] *Les lois* de Platon constituent un modèle du genre. Dans son dernier ouvrage, Platon « indique quels principes devrait suivre la Commission des législateurs qui serait chargée d'installer la cité nouvelle » et « propose en une sorte de code, le modèle des lois qu'il leur faudrait reprendre ». J.-M. BERTRAND, *De l'écriture à l'oralité. Lectures des lois de Platon*, Publications de la Sorbonne, Paris, 1999, p.2. V. également, A.LAKS, « L'utopie législative de Platon », *Revue Philosophique*, 4, 1991, pp.417-428.

[37] Voir F.OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*. Odile Jacob, 2004, spec. pp.166-181. L'auteur explique que cette confrontation de la loi naturelle à la loi positive doit être transposée en une confrontation entre le « droit en vigueur » et le « droit idéal », *ibid.* p.166.

[38] Platon défend notamment l'idée que l'autorité des magistrats vient de la stabilité des bonnes lois… Cité par A. FOUCHARD, « Légiférer en Grèce antique », art. cit., p.22. Aristote utilise également la notion de « bonnes lois », *Politique* III, 10, Traduction Barthélemy-Saint-Hilaire, p.303 et s.

[39] R.DARESTE, *La science du droit en Grèce*, éd. Lerose et Forcel, paris, 1893, p.30.

L'idéal législatif pourra ainsi être également reconstruit à partir de ces discours sur la loi.

2.3 En outre, l'expérience du code civil et le modèle des grandes lois de la troisième république[40] constituent des références empiriques incontournables de cette tradition. Du point de vue de la production normative, le Premier Empire s'inscrit dans le mouvement entamé pendant la Révolution[41]. L'œuvre de codification entamée de 1791 à 1798 (Code pénal en 1791, Code des délits et des peines en 1795, deux codes hypothécaires en 1795 et 1798) sera poursuivie avec la codification napoléonienne[42]. Ces lois continuent d'être louées par une doctrine qui cède parfois à la nostalgie[43]. Elles concrétisent dans une certaine mesure « l'idéal législatif » et entretiennent ainsi l'espoir d'une possible réalisation programmatique de cette utopie.

L'idéal législatif apparaît ainsi comme un hybride mêlant les aspirations constitutionnelles des constituants de 1789 et de 1946, les conceptions des « grands penseurs de la loi ». Il se nourrit également de l'expérience à travers quelques grandes réalisations législatives.

3. Les qualités de la loi idéale (la forme, le fond, la fin)

La notion de qualité doit en premier lieu être identifiée. On peut l'utiliser au singulier : il s'agit alors de la qualité entendue globalement comme désignant la « manière d'être, bonne

---

[40] Pour Jean-François Merlet, « Face à cette décadence, l'aura des grandes lois de la troisième République va croissant. Leurs qualités seraient nombreuses. Au terme d'un débat parlementaire volontiers long et houleux, riche en critiques et nouvelles formulations, souvent précédé d'études historiques ou de droit comparé, elles ont rompu avec les principes juridiques antérieurs, autoritaires ou concordataires. Leur qualité linguistique est certaine : elles sont généralement courtes et utilisent des mots choisis avec soin. … Réfléchies et lisibles, rapidement applicables et surtout pérennes, les grandes lois de la Troisième République font ainsi figure d'idéal de la production normative. ». J.-F.MERLET, *Une grande loi de la Troisième République : la loi du 1er juillet 1901*, Thèse Dactylographiée, Paris II, 2000, p.8.

[41] Pour M.COUDERC, « la référence implicite n'est pas celle d'une loi mythique, mais un modèle historique bien réel, issu de la Révolution de 1789 et inscrit dans le droit positif par la codification napoléonienne. », M.COUDERC, « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », *Pouvoirs,* n°114, *La loi*, op. cit., p.22. Selon le même auteur, « il n'y a ni angélisme ni anachronisme à associer Portalis, thuriféraire du Premier consul et bientôt de l'empereur, à cette définition rousseauiste et démocratique de la loi. Né sous la République, le Code civil est la clôture de la Révolution, non sa négation. », *ibid.* p.24.

[42] Voir S.LEROUX, « L'amour des lois en révolution : la finalité morale de la législation », in *L'amour des lois…*, op. cit., p. 166. L'auteur constate en effet que le Comité de législation ne parvient pas à faire adopter un Code civil malgré trois projets présentés en 1793, 1794 et 1796. *Ibid.*

[43] Guy Carcassonne écrit à cet égard : « l'âge, en venant, accroît l'espace de la nostalgie ». G.CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n°114, p.39. Voir également, B.SAINTOURENS (dir.), *Le Code civil. Une leçon de légistique ?*, Économica, Coll. Études juridiques, 2006.

ou mauvaise de quelque chose »[44]. On peut également l'utiliser au pluriel comme désignant les caractères d'une chose, affectés d'une connotation positive[45]. Cette seconde acception du terme est apparue davantage en adéquation avec notre objet d'étude. En effet, l'analyse des discours sur la loi permet de constater que l'idéal législatif repose sur une conception de la loi regroupant un ensemble de qualités qui vont bien au-delà du critère organique. L'analyse du discours de la doctrine permet de mettre en exergue, à travers certaines récurrences, un ensemble de points de convergence dessinant l'idéal législatif. La loi est caractérisée par des critères qui lui sont viscéralement rattachés. Ainsi en est-il, par exemple de la généralité, de la stabilité, de l'autorité, mais également de la concision, de la simplicité et de la clarté[46]. Dès l'Antiquité, on prête à la loi de tels caractères : « l'autorité », « l'application systématique et permanente, le caractère général et non personnel »[47]. Pour Platon, « les facteurs de la force de la loi, en dehors de la contrainte, sont l'opinion publique, la conformité à la nature, la sacralité, la stabilité et l'ancienneté, l'enseignement dès l'enfance, la persuasion dans les préambules »[48]. À partir de ce constat, il est apparu nécessaire de recenser ces différentes qualités et de les classifier.

L'émergence de la légistique comme discipline spécifiquement dédiée à l'étude des qualités de la loi a largement avancé sur la voie d'une telle recherche. La légistique a en effet comme ambition de déterminer les critères de la loi idéale et offre à cet égard des modes de classifications opérationnels[49]. Les auteurs de cette discipline distinguent ainsi classiquement la « légistique formelle » et la « légistique matérielle »[50]. On peut en effet constater que les qualités ou caractères idéaux de la loi peuvent se ranger dans ces deux catégories : les qualités touchant au fond (matérielles) et les qualités touchant à la forme (formelles).

---

[44] C.DOUCET, *La qualité*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2005, p.5. En ce sens, on parlera de la qualité des lois ou plus souvent de la dégradation de la qualité des lois.

[45] La notion de qualité est donc ici entendue dans son sens courant : « Ce qui rend une chose (…) meilleure ». « La seule qualité à rechercher dans le style est la clarté » (Stendhal). *Le petit Robert*, 2003, « Qualité ».

[46] Il est intéressant de constater que même en dehors du cadre démocratique, le droit est souvent défini à partir de tels caractères. R.SÈVE rapporte que Charondas plaide pour un droit « certain, juste, bref et perpétuel » utilisant des « paroles faciles et communes ». R.SÈVE, « Les grandes ordonnances de Colbert et Daguesseau », in *Modelli di legislator et scienza della legislazione*, Colloque de Pérousse, juin 1984, vol.1. Cité par A. VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op.cit., p.101.

[47] Voir J.LOMBARD, « La peine et la répression », in *L'Histoire des mœurs*, J. Poirier (ed.), Gallimard, Encyclopédie de la Pléiade, 1991, t.II, p.651.

[48] PLATON, *Les lois*, cité par A.FOUCHARD, « Légiférer en Grèce antique », art. cit. p.20.

[49] On peut à cet égard constater que la légistique se rapproche de la qualitique entendue comme un « ensemble de méthodes, normes et guides qui ont pour but d'aider à réaliser (la) qualité ». C.DOUCET, *La qualité*, op. cit., p.3.

[50] C-A. MORAND, « Eléments de légistique formelle et matérielle », *in* C-A Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, pp.17-45. Voir également Jean-Pierre DUPRAT, « Genèse et développement de la légistique », *in* Roland DRAGO (Dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, pp.9-44.

Comme toute distinction, celle-ci suppose au préalable un exercice de définition. Les qualités relatives au fond sont celles qui ont trait au contenu de l'acte législatif, c'est-à-dire à ce qui est prescrit ou décidé par le législateur, qu'il s'agisse des objectifs poursuivis ou des moyens fixés pour les réaliser[51]. Par opposition, appartiennent à la catégorie des qualités relatives à la forme celles qui se rapportent à « l'enveloppe linguistique de la loi »[52] : langue utilisée, style du langage, qualité de l'expression en générale. Ces qualités formelles se rapportent également à l'ensemble des propriétés relatives à son apparence extérieure, c'est-à-dire aux qualités plastiques du support choisi pour assurer sa diffusion : code, affichage, publication au Journal officiel (JO). Cet ensemble forme ce que certains auteurs ont qualifié « d'esthétique normative »[53]. L'avantage de cette distinction est qu'elle permet de faire le tour de l'objet législatif en se résumant à deux questions : Que dit le législateur ? Comment le dit-il ?

Si la distinction du fond et de la forme est apparemment claire et commode, elle doit néanmoins être relativisée. On doit en effet constater que les deux catégories ainsi établies sont purement stipulatives. Cette dichotomie se fonde sur une distinction fictive entre le « contenu » de la norme et son « contenant ». Si cette distinction fonctionne d'un point de vue théorique, force est de constater sa fragilité dans la pratique. La porosité de la frontière entre le « fond » et la « forme » doit en effet être posée comme une évidence, et partant, comme un postulat. En effet, les qualités formelles de la loi (particulièrement celles qui renvoient à une expression linguistique simple, claire, précise et concise) sont interdépendantes du contenu de la norme. Les qualités relatives au contenu de la loi sous-tendent ses qualités formelles. Victor Hugo résume ce lien en affirmant que « la forme, c'est le fond qui remonte à la surface »[54]. Flaubert soulignant cette interdépendance des deux aspects écrit : « la forme est la chair même de la pensée »[55]. C'est également dans cette perspective que Boileau envisage l'art poétique. La formule célèbre suffit à résumer sa conception dans ce domaine : « ce que l'on conçoit

---

[51] La notion de fond est ainsi entendue dans son sens abstrait : « Ce qui, au-delà des apparences, se révèle l'élément intime, véritable ». Ce sens correspond à celui utilisé en droit : « Ce qui appartient à la matière, au contenu essentiel du droit et de tout acte juridique (opposé à la forme). ». *Le petit Robert*, 2004, « Fond ».

[52] La notion de forme renvoie ici à l'« apparence » ou à l' « aspect visible ». La forme désigne ainsi l' « ensemble des contours d'un objet, d'un être ». Appliquée à un texte la forme désigne « la manière dont une pensée, une idée s'exprime ». En ce sens, la forme peut évoquer « la manière dont les moyens d'expression sont organisés en vue d'un effet esthétique » (« opposé la forme au fond, au contenu, à la matière »). *Le petit Robert*, 2004, « Forme ».

[53] Pour une utilisation de la notion d'esthétique normative voir G. CORNU, « Le juste et le beau », présentation du thème *Droit et esthétique*, au colloque de l'Association française de philosophie du droit, Paris, Décembre 1994, in *L'art du droit en quête de sagesse*, coll. Doctrine juridique, PUF, 1998, Chap.10, pp.143-144. Voir également, « Droit et esthétique du droit », *Archives de philosophie du droit*, n°40, 1996.

[54] Cité par V.LASSERRE-KIESOW, *La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand.* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 371, Paris, 2002, p.122.

[55] Cité par *Le petit Robert*, 2004, « La forme ».

bien s'énonce clairement, Et les mots pour le dire arrivent aisément »[56]. En matière normative, les qualités formelles de concision, de simplicité et de clarté sont liées aux qualités matérielles de généralité et d'impersonnalité. En outre, pour être moins proliférante et plus concise, elle doit être « normative » et donc éviter les « bavardages ». La forme est ainsi inextricablement liée au fond[57]. Une « bonne » loi est donc dans le même temps une « belle » loi.

Outre leur interdépendance, ces propriétés idéales de la norme législative, formelles et matérielles, convergent à leur tour vers un « idéal fonctionnel » de la loi. Les qualités touchant la forme et le fond sont en effet indissociablement liés à la fonction assignée à la loi. Ce lien entre les qualités et la fonction s'explique par la logique qui veut que la qualité d'une chose ne peut être appréhendée qu'à partir du rôle ou de la fonction que l'on prête à celle-ci *a priori*[58]. Prétendre améliorer la qualité des lois suppose donc de répondre au préalable à la question : Qu'attendons-nous de nos lois ? Ainsi, la permanence des caractères idéaux prêtés idéalement à la loi est liée à la similitude des fonctions qu'on lui attribue à travers les siècles. Ce lien entre les qualités idéales de la loi et sa fonction présupposée est illustré par F.Ost qui explique : « La prééminence de la loi n'est cependant pas liée à la qualité de l'organe dont elle émane formellement ; elle est également tributaire d'un certain nombre de propriétés matérielles qu'elle est censée posséder, sinon exclusivement, tout au moins davantage que les normes juridiques qui lui sont subordonnées : rationalité, impérativité, stabilité, généralité, clarté, parcimonie… ». Après avoir énuméré ces qualités de la loi, le même auteur explique que ces propriétés « se trouvent elles-mêmes associées à la réalisation d'un ensemble de valeurs telles que la liberté, l'égalité et la sécurité »[59]. Les qualités idéales de la loi, qu'elles soient formelles ou matérielles, convergent en effet vers des exigences fondamentales. Ainsi, l'esthétique de la norme (regroupant l'ensemble des qualités formelles) est destinée notamment à assurer la réalisation de l'accessibilité de la loi et à satisfaire l'exigence de sécurité juridique et *in fine* à assurer le respect des droits et libertés[60]. À travers les critères

---

[56] BOILEAU, *Art poétique*, Chant I, vers 153-154.

[57] Sur l'indissociabilité du fond et de la forme, voir notamment, Valérie LASSERRE-KIESOW, *La technique législative. Études sur les codes civils français et allemand,* op. cit. spec. pp. 121-125. L'auteur note que « l'opposition entre la forme et le fond, par sa netteté et sa simplicité, est satisfaisante pour l'esprit. Il est pourtant des domaines où elle devient floue. C'est le cas du domaine législatif. », *ibid.,* p.119.

[58] Christian Doucet remarque à cet égard que « la préoccupation de qualité existe (…) depuis toujours. Elle est inhérente à notre rapport avec les objets et avec notre environnement, que nous jugeons en fonction de leur adaptation à nos attentes et à nos besoins ». C.DOUCET, *La qualité*, op. cit., p.7.

[59] F.OST et M. VAN de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, Académie européenne de théorie du droit, R.I.E.J., 2000.44.

[60] Voir sur cette question, le Rapport du Conseil d'État 2006, « Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE*, n°57, op. cit, spec. p.282. Voir également la thèse d'A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 122, 2005

esthétiques de l'idéal de loi, on retrouve les fonctions essentielles assignées à cette norme : la protection de ses destinataires[61]. De la même façon, les qualités relatives au contenu de la loi convergent pour en faire l'instrument de protection et de concrétisation des droits et libertés. Ces qualités convergent ainsi vers des exigences communes, le tout étant destiné à faire de la loi le levier de la réalisation du « bien commun » et du « bonheur de tous ».

L'ambition de la présente étude consiste à recenser ces différentes qualités, à les analyser pour mieux cerner leur interaction et surtout les fonctions qu'elles sous-tendent. L'ensemble de ces qualités forme un cercle vertueux puisque chacune d'elle en implique une autre. La généralité implique la stabilité laquelle permet l'accessibilité de la loi et fonde son autorité etc… Ce cercle vertueux est une des caractéristiques de l'idéal législatif. Les qualités matérielles de la loi impliquent les qualités formelles qui s'y attachent, le tout convergeant pour imposer à la loi une fonction idéale présupposée. Les lignes idéales de la loi sont donc formelles (3.1) et matérielles (3.2) mais c'est toujours la fonction idéale présupposée de la norme qui prédétermine ces critères (3.3).

3.1 La forme (les qualités formelles de la loi idéale)

La crise de la loi se traduit aujourd'hui par une critique de son apparence. Ce type de critiques semble être le reflet d'un idéal esthétique de la norme législative. La doctrine met en exergue les manifestations physiques du malaise législatif : « …la législation appelle d'urgence l'intervention des thérapeutes, autres docteurs de la loi. C'est la physiologie et l'anatomie du droit qui attire d'emblée les secours de leur science »[62]. On peut ainsi remarquer le recours fréquent aux métaphores pathologiques[63] : le gonflement de la loi, son épaississement, la prolifération, l'obésité. À partir de ces discours, on peut déduire un certain nombre de qualités touchant à la forme des lois. Celles-ci peuvent se ranger dans deux

---

[61] Julien Bonnecase affirme qu'au XIXème siècle, « c'est pour l'époque une vérité essentielle et définitive que le droit étant fait pour l'homme, la substance du droit est la protection de l'individu ». J.BONNECASE, *La pensée juridique française. De 1804 à l'heure présente,* Tome I, Delmas, Bordeaux, 1933, p.517

[62] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* Springer-Verlag, 1988, p.1.

[63] Voir notamment B.MATHIEU qui explique : « emprunter à la médecine ses concepts et son vocabulaire, vient naturellement à l'esprit de l'observateur. La loi est malade dit-on. De nombreux médecins se pressent à son chevet pour proposer les traitements susceptibles de traiter les affections dont elle souffre. », B.MATHIEU, *La loi*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2ème éd., 2004, p.71. Le même auteur consacre ainsi un chapitre de son ouvrage aux « thérapeutiques » pour présenter la nécessité de réformer la loi. *Ibid.* p.115. Dans le même sens, M.COUDERC constate : « La loi est un organisme vivant, tantôt une personne, tantôt l'un de ses organes atteint par une maladie à laquelle bientôt elle finit par s'identifier. ». M.COUDERC, « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », *Pouvoirs*, n°114, La loi, 2005, p.21. L'auteur fait un relevé des formules métaphoriques destinées à désigner la dégénérescence de la loi : « anémie », « sénescence », « thrombose » etc..., *Ibid.* pp.21-22.

catégories distinctes : les qualités relatives au volume (concision et parcimonie) et les qualités relatives au texte (simplicité et clarté).

Le volume. La concision et la parcimonie apparaissent comme des caractères formels de la loi idéale. Bien qu'intimement liées, ces deux qualités qui se rapportent au volume de la loi doivent être distinguées. La parcimonie concerne le volume global des lois au sein de l'ordonnancement normatif. Elle vise le faible nombre des lois en vigueur et s'oppose ainsi au phénomène d'inflation législative. La concision s'entend de manière restreinte et vise la faible longueur des énoncés législatifs.

L'inflation législative est une pathologie dénoncée de manière récurrente et systématique par la doctrine[64]. Cette critique est aussi ancienne[65] que cinglante dans les discours sur la loi. A.-L. Valembois établit dans sa thèse un florilège de citation sur le thème de l'inflation[66] : Elle évoque pêle-mêle Tacite, Bacon, Montaigne[67], Descartes, Montesquieu, Rousseau, Portalis. Bacon est l'auteur en 1593 d'un projet qu'il dépose au Parlement Britannique en vue de réduire le nombre des lois qui sont devenues inapplicables[68]. Rousseau

---

[64] Voir notamment, N.NITSCH, « L'inflation juridique et ses conséquences », *Arch. de philo. du droit*, 1962, tome 27, p.160. R.SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.*1977, Chron. 43. J.-P.HENRY, « Vers la fin de l'État de droit », *RDP*, 1977. J.CARBONNIER, « L'inflation des lois », in *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Dufrénois, Paris, 1979, pp.271-277. Voir également, E.GRASS, « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *RDP*, 2003. Georges HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) », *Pouvoirs*, n°114. Rapport du Conseil d'Etat, rapport public 1991, *EDCE*, n°43, La documentation française, 1992, spec. pp.15-23. Guy CARCASSONNE, « Société de droit contre Etat de droit », in *Mélanges Guy Braibant*, *L'État de droit*, Dalloz, Paris, 1996, pp.37-45.

[65] François Terré constate : « On sait depuis toujours qu'il y a trop de lois. L'excès est dénoncé depuis la nuit des temps », François TERRÉ, « Observations sociologiques sur les nouvelles sources de la loi », in *La loi. Bilan et perspectives*, Economica, 2005, p.7. Voir aussi TIMON, *La legomanie*, Paris, Pagnerre, 1844. Encore une fois, il ne s'agit pas d'une exception française : comme le relève A.VIANDIER, « Bacon, en 1593, dépose un projet au Parlement Britannique en vue de réduire le nombre de lois, si nombreuses que les citoyens ne peuvent les appliquer, ni les juristes les comprendre… », A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.2. A. Viandier cite M.KERR, « Law reform in changing terms », 96, *Law Quaterly Review*, 1980, p.515 et s. Sur la question de l'inflation, voir particulièrement C.COURVOISIER, « L'idéal de la loi rare », in *Pensée politique et loi*, Actes du XIIIè colloque d'Aix-en-Provence, 25-26 mars 1999, PUAM, 2000.

[66] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.100, note 163. Tacite : « Plurima leges, pessima Republica ». Dans ses *Œuvres*, F. Bacon explique qu' « il n'est pas de pires filets que les filets des lois, surtout ceux des lois pénales, lorsque leur nombre étant immense et le temps les ayant rendues inutiles, ce n'est plus qu'une lanterne qui éclaire notre marche, mais un filet qui embarrasse nos pieds. Dans ses *Essais*, Montaigne constate que « nous avons plus de lois que tout le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait pour régler le monde ». Dans le *Discours sur la méthode*, Descartes explique que « la multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices (…) un État est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont étroitement observées ». Pour Montesquieu, « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires » et pour Rousseau, « Tout État où il y a plus de lois que la mémoire de chaque citoyen ne peut en contenir est un État mal constitué ». Dans son célèbre discours préliminaire sur le projet de Code civil dans lequel Portalis explique que la multitude des lois affecte leur dignité.

[67] La citation exacte est la suivante : « nous avons, en France, plus de lois que tout le reste du monde ensemble et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Epicurus (…) ». MONTAIGNE, *Essais*, Tome III, éd de l'imprimerie nationale, p.426.

[68] Voir à cet égard, M.KERR, « Law reform in changing termes », 96, *Law Quartely Review*, 1980, p.518.

évoque ainsi le thème de l'inflation normative en ces termes : « Tout État où il y a plus de lois que la mémoire de chaque citoyen n'en peut contenir est un État mal constitué »[69]. D'autres auteurs peuvent encore être évoqués tel Jhering qui rappelle que « la quantité des règles de droit est un signe de faiblesse »[70] ou le Marquis de Sade qui écrit : « Faisons peu de lois mais qu'elles soient bonnes »[71]. Ces voix résonnent à l'époque contemporaine puisque acteurs[72] et observateurs du monde juridique s'accordent sur la nécessité de mener une « politique de lutte contre l'inflation »[73]. La récurrence de cette qualité idéale laisse à penser qu'elle relève de l'utopie irréaliste[74].

La récurrence de cette critique doit nous conduire à cerner les contours de la notion d' « inflation législative ». Les analyses menées sur cette notion permettent aujourd'hui d'affirmer que ce terme vise l'épaississement des lois plus que l'augmentation de leur nombre[75] : « 620 pages et 912 grammes en 1970 ; 632 pages et 1 022 grammes en 1980 ; 1 055 pages et 1 594 grammes en 1990 ; 1 663 pages et 2 780 grammes en 2000 ; 2 556 pages pesant 3 266 grammes en 2004. Ces chiffres sont ceux du nombre de pages (ordonnances et tables non incluses) et du poids du « *Recueil des Lois* » publié annuellement par l'Assemblée

---

[69] J-J. ROUSSEAU poursuit son propos en considérant que « si l'on me demandait quel est le plus vicieux de tous les peuples, je répondrais sans hésiter que c'est celui qui a le plus de loi », *Fragments politiques*, in *Œuvres complètes*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, t.III, 1964, pp.492, Des lois.

[70] R.JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Bologne, Forni, Tome 1, p.42.

[71] SADE, *La philosophie dans le boudoir*, cité par A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit. p.3.

[72] Voir à cet égard les vœux adressés par Pierre Mazeaud, au Président de la République en 2005 et en 2006. Disponibles sur le site internet du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr.

[73] « La politique de lutte contre l'inflation ne s'est malheureusement pas étendue au domaine de la loi. Or, la terre de droit ne peut être submergée sans dommage. Un texte juridique peut être d'une interprétation aussi difficile que la Métamorphose des Dieux. Il faut encore préciser les conséquences d'une règle, l'articuler avec d'autres dispositions, procéder à une reconstruction d'ensemble. Les juges qui appliquent la loi, les avocats et les auxiliaires de la justice appelés à conseillers les parties, et souvent harassés par leur vie professionnelle, les chefs d'entreprises pris par tant de soucis, les simples citoyens ne peuvent chaque jour s'instruire de textes innombrables. Nous sommes étourdis du bruit de tant de lois. Qu'on en soit pourtant assuré : on ne mesure pas la valeur d'un ordre juridique à l'épaisseur d'un Journal Officiel». Paul DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution de la Vème République », *SJ/G*, 1470.

[74] Thomas More évoque à cet égard le système politique des utopiens et constate : « Leurs lois sont peu nombreuses : il n'en faut guère avec une telle constitution. Ils désapprouvent vivement chez les autres peuples les volumes sans nombre qui ne suffisent pas à l'interprétation des leurs, car ils voient une suprême iniquité à tenir les hommes liés par des lois trop nombreuses pour que personne puisse jamais les lire d'un bout à l'autre, et trop obscure pour que le premier venu puisse les comprendre ». Th.MORE, *L'utopie*, trad. Marie Delcourt, éd. La renaissance du livre, p.115.

[75] Puisque ce dernier a diminué « il faudrait presque parler de déflation ». Dominique CHAGNOLLAUD, « Allocution introductive » in «*Vive la loi !* », op.cit., p.9. Dans le même sens, voir Georges HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) », *Pouvoirs*, n°114, p.101. « Car, si – comme chacun peut le constater – le volume des lois nouvelles est en forte augmentation, on sait moins que leur nombre diminue. Pour reprendre les mêmes années que précédemment, hors celles autorisant la ratification d'un traité ou l'approbation d'une convention internationale, 74 lois ont été promulguées en 1970, 48 en 1980, 68 en 1990, 44 en 2000 ; leur nombre n'était que de 42 en 2004. ». Pour une analyse comparée du phénomène d'inflation législative, voir Ch. DEBBASCH (dir.), *L'inflation législative et réglementaire en Europe*, Éd. du CNRS, Paris, 1986.

nationale »[76]. La réalité de l'inflation renverrait ainsi davantage la qualité de concision[77]. On constate parallèlement que cette qualité s'oppose ainsi à la complexité des énoncés législatifs : « Ainsi, si l'apparence est celle d'un recours sans cesse accru à la loi … la réalité est celle de lois notablement moins nombreuses aujourd'hui qu'il y a trente ans, mais plus volumineuses, complexes, voire touffues qu'auparavant »[78]. Ceci explique sans doute ce constat paradoxal : « surabondance et carence à la fois »[79]. Face à la crise du trop de lois, les solutions unanimement proposées par la doctrine et les acteurs institutionnels traduisent un besoin de loi. Ainsi, « La solution n'est pas de légiférer moins - peine perdue- mais d'essayer de légiférer mieux »[80]. La critique de l'inflation renvoie moins à une analyse quantitative qu'à une analyse qualitative.

Le texte et sa qualité. Ainsi, à travers l'inflation – qui concerne le volume des lois – on ne vise pas tant l'augmentation du nombre des lois que la dégradation de leurs qualités textuelles. À travers les critères de parcimonie et de concision ce sont les qualités de « simplicité » et de « clarté » qui sont exigées d'une bonne loi. Ces qualités relèvent de ce que les auteurs qualifient de « style de la loi »[81].

La critique de la qualité des textes législatifs relève aujourd'hui du poncif dans le monde des juristes. La loi se complexifie à mesure de son épaississement[82]. Les lois ne sont accessibles que pour des spécialistes qui se disputent leur sens[83]. Cette complexification serait une des conséquences de « l'évolution même de la notion d'État »[84], qui de libérateur à

---

[76] G.Hispalis poursuit : « L'inflation législative n'est donc pas l'augmentation du nombre des lois nouvelles, mais celle de leur taille. »…, *Ibid.* p.101.

[77] Pierre Avril estime en ce sens que l'inflation législative « se traduit moins par le nombre des lois que par leur longueur et la multiplicité des dispositions qu'elles édictent ». P.AVRIL, « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, n°114, p.98.

[78] G.HISPALIS, « Pourquoi tant de loi ? », art. cit., p.102. Le rapport public du Conseil d'État pour l'année 1991 concluait également en ce sens : « c'est moins au nombre des textes qu'à leur volume qu'il faut s'attacher pour obtenir une juste évaluation de la « poussée normative » actuelle », *EDCE*, n°43, op. cit, p.17.

[79] NOCILLA, « Table ronde », in *Vive la loi !* , op. cit., p.48.

[80] C. PONCELET, in *Vive la loi !*, op.cit., p.6.

[81] Montesquieu recourt fréquemment à la notion de « style des lois ». « Le style en doit être concis »… « le style des lois doit être simple ». MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XXIX. Cette expression est également utilisée par BENTHAM, « Vue générale d'un corps complet de législation », *Œuvres de J. Bentham*, t.1, 3è éd. Bruxelles, 1840, p.339.

[82] Voir à cet égard, Henri PLAGNOL, « La complexité de la loi et ses solutions », *in* Roland Drago (dir.), *La confection de la loi*, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, Cahiers des sciences morales et politiques, PUF, 2005, pp.1-5.

[83] M.G. Lyon-Caen, explique ainsi, « ils deviennent les détenteurs d'un savoir proche de la gnose, d'un savoir mystérieux, les possesseurs des clés d'un nouvel herméneutisme… Nos travaux se déroulent sous les auspices de l'opacité », G.LYON-CAEN, « Le langage en droit du travail », *in* Nicolas Molfessis (dir.), *Les mots de la loi*, op. cit. p.9.

[84] Roland Maspétiol évoque ainsi « l'emprise croissante que celui-ci exerce sur les structures de la société civile », Conférence faite à Luxembourg, le 4 février 1949, *EDCE*, 1949, p.53. De son côté, Roland Drago

providentiel en vient à vouloir tout régir[85]. Or, certains domaines d'intervention législative sont caractérisés par leur inhérente technicité : « Lorsqu'elle régit des matières complexes ou des questions techniques, la loi ne peut elle-même éviter une certaine complexité ou technicité »[86]. Il en est ainsi notamment des lois de financement de la sécurité sociale dont l'ordonnancement relève « davantage du maquis que du jardin à la française »[87]. Mais ce phénomène de complexification déborde largement le cadre des lois de financement de la sécurité sociale pour affecter l'ensemble des législations, y compris celles touchant les citoyens au plus près de leurs intérêts. Les lois fiscales et pénales sont, elles aussi, caractérisées par une complexité croissante[88].

À cette réalité législative contemporaine, s'oppose une loi idéale caractérisée par ses caractères formels. À travers la critique des « monstres » législatifs et de leur complexité extrême, émerge un idéal de clarté, de simplicité et de concision. L'« enveloppe linguistique » doit ainsi posséder certaines qualités destinées à faciliter l'accès au texte par ses destinataires. En remontant à l'Antiquité, l'œuvre de Solon fournit une illustration de cette préoccupation du style de la loi[89]. Le poète-législateur est en mesure de graver la loi dans les mémoires et de lui conférer ainsi le nécessaire appui des destinataires de la norme : les citoyens. À l'époque moderne, les philosophes des lumières vont jouer le rôle de relais de cette recherche sur la loi idéale. Montesquieu, Domat, Portalis présentent la loi sous des lignes formelles idéales. Ces auteurs sont ainsi les promoteurs d'une certaine « esthétique » de la loi[90]. Cette notion d'esthétique appliquée à la norme explique sans doute que l'acte de légiférer soit parfois qualifié d'« art de faire les lois »[91]. De manière récurrente, la loi idéale est présentée

---

estime qu'« au XXIè sciècle, la loi a des objectifs sociaux, économiques, sanitaires, techniques qu'on ignorait largement à l'époque du code civil. », *in* R. Drago (dir.), *La Confection de la loi*, op.cit., « Avant propos ».

[85] Voir à cet égard, G. RIPERT, *Le déclin du droit, op. cit*.

[86] Didier RIBES, « La formation d'un droit constitutionnel financier de la sécurité sociale (à propos de la décision du Conseil constitutionnel 2001-453 DC du 18 décembre 2001) », *RFDC*, 50, 2002, p. 403.

[87] B.BOURG-BROC, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 1997*, Ass. Nat., n°3053, 1996-1997, p.10. Cité par Didier RIBES, « la formation d'un droit constitutionnel financier de la sécurité sociale », art. cit., p.402.

[88] Voir la communication de Dominique BARELLA lors du colloque *Vive la loi !* qui dénonce la complexité croissante des lois pénales, op. cit., p.19-20.

[89] Voir à cet égard, L.-M. L'HOMME-WÉRY, « Le rôle de la loi dans la pensée politique de Solon », in *Le législateur et la loi dans l'Antiquité*. Hommage à Françoise Ruzé, Actes du colloque de Caen des 15 et 17 mai 2003, Presses universitaire de Caen, 2005, 167-185.

[90] Les écrits de Francis Bacon préfigurent largement ce mouvement dans l'Angleterre du XVIème siècle. L'auteur évoque largement l'ambiguïté des lois, « le défaut de clarté et de netteté dans cette expression ». Voir F.BACON, *Œuvres*, éd. Charpentier, Paris, 1845, T.I, p.431 et s.

[91] L'expression apparaît sous la plume de H.Capitant qui constatait que « l'art de faire les lois est en pleine décadence », H.CAPITANT, « Comment on fait les lois aujourd'hui », *RPP*, vol.91, 1917, p.305. Voir aussi, Dominique REMY, *Légistique. L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994.

formellement comme concise, simple et claire[92]. Pour Domat, « les règles du droit sont des expressions courtes et claires de ce que demande la justice dans les divers cas »[93]. Précurseur de la légistique, Bentham recommande l'emploi d'une terminologie simple, compréhensible en liant la brièveté à la clarté[94]. Selon Portalis, « La loi doit gouverner comme la nature, c'est-à-dire avec une majestueuse simplicité »[95]. Beccaria écrira dans son Traité des délits et des peines : « heureuse la nation où la connaissance des lois ne serait pas une science »[96]. La récurrence de l'évocation de ces caractères de clarté et de simplicité laisse à penser qu'ils relèvent de l'utopie irréaliste. Il n'est pas anodin que Thomas More y fasse référence dans son Utopie : « chacun chez eux connaît les lois puisqu'elles sont, je l'ai dit, en petit nombre (…). La loi, disent-ils, ayant uniquement pour objet de rappeler son devoir à chacun, une interprétation trop subtile, que peu sont capables de comprendre, ne saura instruire qu'une minorité, alors que sa signification, dégagée par un esprit simple, est claire pour tous »[97].

Ces critères formels de la loi s'appuient sur quelques expériences législatives réussies : le Code civil est ainsi souvent loué pour ses qualités linguistiques, tout comme certaines « grandes lois » de la IIIè République. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen semble elle-même inspirée d'un tel souci de simplicité et de clarté. En rédigeant ce texte, les constituants se fixent une ambition : désormais les réclamations des citoyens seront fondées « sur des principes simples et incontestables ». « L'ignorance, l'oubli et le mépris » étant identifiées comme causes du malheur public, les Constituants de 1789 nourrissent l'espoir que la Déclaration soit « constamment présente à tous les membres du corps social ».

La forme apparaît ainsi comme une des catégories dans laquelle peuvent se ranger un certain nombre de critères idéaux attachés à la loi. Ces caractères formels sont explicitement destinés à assurer la fonction de la loi au regard de ses destinataires… Elle doit être connue et pour cela doit être connaissable c'est-à-dire accessible.

Ces qualités formelles apparaissent alors étroitement associées à des qualités matérielles dont elles sont dépendantes.

---

[92] Voir par exemple J-P Duprat qui évoque « La dimension formelle de la rationalisation : le « style de la loi ». J.-P.DUPRAT, « Genèse et développement de la légistique », *in* R. Drago (dir.), *La confection des lois*, op. cit., p.18.

[93] DOMAT, « Traité des lois et Traité des lois civiles », in *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1766, livre préliminaire, p.1.

[94] BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, 2ème ed. , 1820, t.III, chap. XXXIII, Du style des lois, p.591. « Tout ce qui contribue à la brièveté contribue à la clarté ».

[95] PORTALIS, Rapport au Conseil des anciens du 9 messidor an V.

[96] BÉCCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991.

[97] Th.MORE, *L'utopie*, trad. Marie Delcourt, éd. La renaissance du livre, p.116.

Ces qualités formelles apparaissent alors intimement liées aux qualités matérielles dont elle est dépendante.

3.2 Le fond (les qualités matérielles de la loi idéale)

Ces qualités concernent le contenu de l'acte législatif. S'ils s'attachent à prédéterminer le contenu de la loi, ces caractères matériels n'en demeurent pas moins ambivalents compte tenu de leur interdépendance avec des caractères formels. Ainsi, pour être concise, simple et claire, la loi ne doit pas descendre dans le détail, elle doit éviter les exceptions et les renvois, ne pas statuer sur les cas particuliers. La loi est, en effet, classiquement présentée comme une norme générale, abstraite et impersonnelle[98]. Ces critères de la norme législative se retrouvent de manière récurrente dans les écrits de la doctrine. En outre, il est intéressant de constater qu'une certaine ambiguïté les caractérise. Cette ambiguïté est renforcée par l'enchevêtrement de ces notions tant il apparaît difficile de distinguer le caractère de généralité de celui de l'abstraction et de ce dernier celui de l'impersonnalité[99]. La loi générale se rapporte en effet à une règle « qui ne vise ni un cas particulier et actuel, ni telles personnes déterminées, mais qui est édictée d'avance pour s'appliquer à tous les cas et à toutes les personnes rentrant dans les prévisions abstraites du texte régulateur. »[100]. La généralité de la loi semble ainsi recouvrir l'impersonnalité et l'abstraction : J.-C. Bécane et M.Couderc considèrent que l'impersonnalité est une conséquence de la généralité quant à son champ d'application *ratione personae*. Alors que l'abstraction serait une conséquence linguistique de ce critère de généralité[101]. Le critère de généralité se trouve au carrefour des qualités formelles et matérielles de la loi idéale. À partir de ce critère, on peut déduire toute une série de conséquences : la généralité implique l'abstraction, l'impersonnalité mais également la permanence de la loi dans le temps, sans oublier son autorité.

---

[98] Carré de Malberg identifie en effet une définition classique de la loi récurrente dans le discours doctrinal : « règle générale, abstraite, conçue non en vue d'un cas isolé mais préexistante aux faits particuliers auxquels elle sera appliquée. La loi est juste parce qu'elle est égale pour tous et parce que ses préceptes, étant posés pour l'avenir, ne sont pas inspirés au législateur par des préoccupations actuelles de personnes ou d'espèce. », R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1922, Rééd. CNRS, Paris, 1962, tome II, p.6.

[99] Sur cette question, voir H.DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp.137-161.

[100] CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Librairie du recueil Sirey, 1931, réed. Coll. Classiques, Economica, p.4.

[101] J.-C. BECANE et M.COUDERC, *La loi*, op. cit., p.55

La généralité : un critère récurrent au carrefour des qualités formelles et matérielles de la loi idéale.

La doctrine définit classiquement la loi comme une règle générale. La généralité de la disposition constitue pour de nombreux auteurs « le signe distinctif de la loi et l'élément essentiel de sa définition »[102]. La loi est générale « par nature »[103] pour les plus éminents publicistes[104]. La filiation avec la pensée de Rousseau est manifeste : «… quand tout le peuple statue sur tout le peuple, il ne considère que lui-même (…). Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi »[105].

Selon, H.Dupeyroux, « la notion de généralité dans son sens absolu ne comporte logiquement ni la moindre distinction ni la plus légère nuance »[106]. Le caractère de généralité exclu ainsi toute distinction fondée sur l'âge, le sexe, la fortune, la profession… Selon cette conception absolutiste, « la loi est générale si elle est susceptible de s'appliquer uniformément à tous, sans distinction, à tous les membres d'une communauté donnée… »[107]. Il s'agit alors d'une loi universelle. H.Dupeyroux considère qu' « à prendre le caractère de généralité dans le sens strict…il est bien évident que bien peu de règles pourront, en fait, se prévaloir de ce caractère…. Pour un principe véritablement général comme celui qu'exprime l'article 1382 du Code civil, combien de règles ne pourront fatalement avoir que la simple apparence de la généralité »[108]. À défaut d'une application de ce critère absolu de généralité, le législateur se serait retranché sur une « conception relative »[109] de ce principe.

Ce critère de généralité implique lui-même d'autres critères comme l'impersonnalité et l'abstraction. Le lien entre la généralité, l'impersonnalité et l'abstraction apparaît très nettement chez Rousseau qui explique : « quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraite, jamais un homme comme individu ni une action particulière »[110] .

---

[102] CARRÉ de MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, op. cit., p.6.
[103] H. DUPEYROUX évoque ainsi « l'idée de la généralité inhérente à la nature de la loi, idée si bien adaptée aux catégories généralisatrice et simplificatrice de notre esprit que tous les juristes du XIXè siècle se la transmirent sans examen les uns aux autres », in « Sur la généralité de la loi », art. cit., p137.
[104] Voir L.DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3è éd., p.173 et s.
[105] *Du contrat social*, Livre II, Chapitre VI, « De la loi ».
[106] H.DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », art. cit., p. 149.
[107] *Ibid.*, p.143.
[108] *Ibid.*p.149.
[109] *Ibid.*p.150. Sur la généralité comme caractère de la loi, voir la relativisation construite par D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, Paris, 1997, spec. pp.19-57.
[110] *Du contrat social*, Livre II, Chapitre VI, « De la loi ».

Généralité et abstraction

La généralité de la loi a des incidences sur les qualités formelles de celle-ci. Concision, clarté et simplicité supposent la généralité de la loi. « Ainsi est-il d'abord naturel que la loi, ayant pour vocation primordiale d'être générale, imprime au langage législatif sa généralité. De fait, le langage de la généralité constitue, dans la tradition millénaire, l'idéal d'écriture. Les Tables de la loi fondent le style lapidaire ; le décalogue demeure le modèle. », nous enseigne M.Cornu[111]. On peut à cet égard constater que le critère de généralité se situe au carrefour des qualités formelles et matérielles de la loi.

L'abstraction apparaît ainsi comme le biais linguistique pour atteindre l'idéal de généralité et d'impersonnalité : « ce qui fait alors le caractère général d'une loi, c'est la forme indéterminée, impersonnelle, qu'elle présente au point de vue de sa rédaction ; c'est le caractère abstrait de sa formule »[112]. Grammaticalement, la loi se voit assignée en quelque sorte les pronoms impersonnels et les adjectifs indéfinis. Si la loi est universelle, si elle a vocation à s'appliquer à tous, elle doit être formulée de manière abstraite. L'interdépendance des critères formels et matériels est ici parfaitement caractérisée. Leur convergence pour assurer la fonction de la loi est en outre clairement établie. Il y a derrière ces caractères idéaux de la norme une fonction sous-jacente qu'ils permettent d'atteindre.

Généralité et impersonnalité : respect de l'égalité et de la liberté individuelle.

Pour Rousseau, l'impersonnalité de la loi est un corollaire de sa généralité : « En un mot, toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative »[113]. Ainsi, la loi générale rédigée en termes abstraits serait corrélativement impersonnelle, garantissant du même coup le respect du principe d'égalité et de la liberté individuelle[114]. À cet égard, la généralité de la loi est liée à un idéal de cité : Afin d'éviter toute forme d'arbitraire, la loi s'applique à tous… aux gouvernants comme aux gouvernés.

---

[111] G. CORNU, « Le langage du législateur », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, chap.23, p285.
[112] *Ibid.*
[113] *Du contrat social*, Livre II, Chapitre VI, « De la loi ».
[114] Dans son ouvrage *De Legibus,* Suarez insiste beaucoup sur cette qualité de généralité et sur son lien avec l'impersonnalité SUAREZ, *Des lois et du Dieu législateur*, Introduction, traduction et notes par Jean-Paul Coujou, Dalloz, 2003.

En effet, la loi est censée assurer, par sa généralité, la réalisation du principe d'égalité[115]. Pour Hauriou, la généralité « entraîne le corollaire de l'égalité devant la loi »[116]. L'égalité entre les citoyens étant assurée, l'ensemble des droits et des libertés se trouvent ainsi protégés. En effet, « la loi inégale ne ferait que substituer l'arbitraire de la règle à l'arbitraire de la décision individuelle »[117]. Duguit justifie le critère de généralité de la norme au regard de sa fonction sociale : « parce qu'elle s'applique à tous les hommes et à toutes les circonstances de la vie sociale ». Le même auteur considère que la généralité de la loi constitue ainsi la « suprême garantie de la liberté individuelle »[118]. La généralité de la loi est en elle-même une garantie qui soustrait les citoyens au règne de l'arbitraire : « Une loi n'a pour elle la présomption de justice que parce qu'elle statue généralement, et qu'aucun individu ne peut dire : elle a été faite contre moi »[119]. Dans le même sens Carré de Malberg remarque que « la généralité de la loi déterminant le statut individuel des citoyens apparaît comme la condition même d'un régime et comme un postulat essentiel du système de l'État de droit »[120]. Pour cet auteur, on justifie ce critère « par des considérations d'ordre rationnel »[121] liées à la notion d'État de droit : « Dans l'État de cette sorte, il a paru indispensable, en effet, que le droit applicable aux citoyens soit créé, non par voie de mesures actuelles ou individuelles, qui pourraient être arbitraires ou partiales, mais au moyen de prescriptions préfixes, communes à tous les membres du corps national, et qui, par là même, offriront à ceux-ci des garanties d'impartialité… »[122]. La loi générale se définit alors de manière négative comme « toute règle qui ne s'applique pas à un cas particulier, qui ne prétend pas traiter un cas d'espèce ». Domat pose cette distinction dans son *Traité des lois* : « c'est une suite de ce que les lois sont les règles de l'ordre universel de la société qu'aucune loi n'est faite pour servir seulement ou à une personne ou à un seul cas ; mais elles pourvoient en général à ce qui peut arriver. C'est pourquoi les volontés des princes qui sont bornées à des

---

[115] Pour G.Koubi et R.Romi ces caractères confirment « la notion de "primauté de la loi" sur les autres catégories de règles juridiques et sociales qui s'explique par le souci de maintenir l'unité nationale (art.3) et de préserver les bases juridiques d'une égalité entre les individus (art.1) : " la loi est la même pour tous" (art.6) » Geneviève KOUBI, Raphaël ROMI, *Etat, Constitution, Loi*, op.cit., p.193-194

[116] M.HAURIOU, *Droit administratif*, 11ème éd. p.459.

[117] BÉCANE et COUDERC, *La loi*, op.cit., p.50

[118] L.DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., p.173 et s., cité par H. Dupeyroux « Sur la généralité de la loi », art. cit., p.112.

[119] Discours sur la résolution du 17 floréal an IV, relative aux prêtres non assermentés ou à ceux qui avaient rétracté leur serment.

[120] R. CARRÉ de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale,* op. cit. p.5

[121] *Ibid.*p.5.

[122] *Ibid.*p.5.

personnes particulières et à des faits singuliers, comme une abolition, un don, une exemption, sont des grâces, des concessions, des privilèges, mais non pas des lois »[123].

Il convient néanmoins de relativiser cette conception puisque la généralité de la loi n'empêche nullement le législateur de viser un cas particulier. L'abstraction d'une formule peut ainsi dissimuler une visée individuelle de la loi[124]. Il faut bien reconnaître que ce principe a connu des entorses célèbres : ainsi en est-il de la loi réhabilitant le capitaine Dreyfus dans les cadres de l'armée française[125]. Les exemples sont nombreux qui ont vu le législateur concéder des privilèges à des citoyens français, tels que les pensions viagères exceptionnelles accordées à Marie Curie et à la veuve du Maréchal Foch[126]. Il faut donc convenir que même lorsqu'elle est formulée de manière générale et impersonnelle, la loi peut avoir une visée individuelle : on peut à cet égard citer en exemple la loi de 1889 qui interdit les candidatures multiples afin de faire échec à la tentative de plébiscite du général Boulanger[127].

On peut en effet constater que le législateur a toujours fait usage de distinctions entre catégories de citoyens. Si Rousseau développe l'idée selon laquelle le peuple ne peut exprimer de volonté générale que sur des objets généraux, il admet parallèlement que la loi générale « peut bien statuer qu'il y aura des privilèges », « faire plusieurs classes de citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes »[128]… à la condition de ne désigner nommément personne. Faire des distinctions entre catégories de citoyens est même devenu indispensable à l'époque de l'État providence, pour permettre à la loi de réaliser effectivement l'égalité entre les citoyens.

Reste à savoir si ces entorses au principe absolu de généralité sont susceptibles de porter atteinte aux principes d'égalité et de liberté qui lui sont attachés. À l'époque contemporaine, cette conception relative de l'impersonnalité de la loi est souvent dénoncée par la doctrine[129]. Certains auteurs ont pu faire remarquer que cette pratique ouvrait la porte « à tous les privilèges collectifs de caste, de classe, de profession… »[130]. D'autres mettent en

---

[123] DOMAT, *Traité des lois*, XII, XVI.

[124] Sous la forme impersonnelle, un législateur habile peut prendre des décisions individuelles. H. Dupeyroux explique en effet que « Le privilège individuel mais impersonnellement concédé » reste envisageable, évoquant « les condamnés de la haute Cour individuellement amnistiés par des dispositions si impersonnelles dans la forme qu'il est nécessaire de lire très attentivement la loi d'amnistie pour reconnaître les dispositions qui leur sont applicables », H.DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi», art. cit., p.154.

[125] Voir *RDP,* 1906, article de M. DELPECH, p.507 et s.

[126] Sur ces pratiques législatives, voir Joseph BARTHÉLEMY, « De la dérogation aux lois par le pouvoir législatif » , *RDP*, 1907, p.472.

[127] Cité par H.DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi», art. cit., p.153.

[128] *Du contrat social*, Livre II, Chapitre VI, « De la loi ».

[129] Voir à ce sujet, R.SÈVE, « La loi au défi de l'individualisation », in *L'amour des lois*, op. cit, pp.469-472. Et dans le même ouvrage, M.-A. FRISON-ROCHE, « L'amour intéressé des lois particulières », pp.341-360

[130] H.DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », art. cit., p.153.

exergue l'explosion de « l'offre » de loi sous l'effet d'une augmentation de « la demande » guidée par des intérêts particuliers : « … la loi semble perçue de plus en plus, non pas comme instrument d'une destinée collective, mais comme la reconnaissance des particularismes »[131]. On constate ainsi le caractère interdépendant de la généralité vis-à-vis des autres qualités de la loi. Le défaut de cette qualité affecte l'ensemble des autres qualités de la loi à la manière d'un jeu de dominos. Les lois ne considèrent plus les hommes en masse, se mêlent des faits individuels et comme le prédisait Portalis, cela conduit à « faire journellement de nouvelles lois ».

Généralité et stabilité apparaissent ainsi comme deux éléments jouant comme des corollaires réciproques.

Généralité et stabilité

Ce critère de stabilité est récurrent dans les discours doctrinaux relatifs à la loi. Parmi beaucoup d'auteurs, J.Bentham écrit : « les lois sont faites pour des siècles »[132]. Ce caractère explique sans doute le fait que l'on nomme « loi » dans les sciences physiques, les phénomènes caractérisés par leur caractère invariable et permanent[133]. Elles sont Lois de Newton ou Loi de Kepler. Elles se caractérisent par leur permanence[134]. Dans le domaine juridique, il est intéressant de constater que les caractères de généralité, d'abstraction et d'impersonnalité, sont intimement liés au caractère de stabilité. Mais la stabilité n'est pas seulement un corollaire des caractères de généralité, d'abstraction et d'impersonnalité ; elle constitue un caractère essentiel de la loi idéale. On trouve dans le *Digeste* des principes qui rattachent ces qualités de généralité et de stabilité : « Les législateurs ne tiennent aucun compte de ce qui n'arrive qu'une fois ou deux »[135] ou encore « les lois doivent être faites en

[131] D.CHAGNOLLAUD, *Vive la loi !* , op. cit., p.10. Dans le même registre, Patrice Gelard explique : « la montée en puissance des lobbies est extrêmement forte, en particulier en amont du débat parlementaire. Les nombreux amendements rédigés par ces lobbies sont ainsi repris, souvent sans réécriture, par des parlementaires de la majorité comme de l'opposition ». P. GELARD, « Réaction du témoin », *Vive la loi !*, op. cit., p.28.

[132] J.BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Extrait des manuscrits de J.Bentham, par Et. Dumont, 2ème éd. t.3, paris, 1820, p.388.

[133] Mill étudie les lois de la nature et formula quelques observations à leurs égards : « Le cours de la nature en général est constant, parce que le cours de ses divers phénomènes l'est. Un fait a lieu invariablement quand certaines circonstances se présentent, et n'a pas lieu quand elles ne se présentent pas… ». MILL, *Système de logique déductive et inductive. Exposé des principes de la preuve et des méthodes de recherche scientifique*. Trad. L. Peisse, Ladrange, 1866, Chapitre IV, Les lois de la nature.

[134] G.Radica donne l'exemple de « la loi de réfraction des rayons lumineux selon leur angle d'incidence. Jamais, à moins d'une cause adjacente, le rayon ne se réfracte autrement sur une surface que selon les lois de l'optique. ». G. RADICA, *La loi, textes choisis et commentés*. GF Flammarion, Coll. Corpus, Paris, 2000, p.20.

[135] Paul, Digeste, *De legibus*, 1, 3. Cité par H. DUPEYROUX, « Sur la généralité », art. cit., p.112.

vue de ce qui arrive le plus souvent, et non en vue d'évènements exceptionnels »[136]. Moins détaillée, fixant de grands principes, « considérant les hommes en masse », la loi aurait donc vocation à être plus stable. Aujourd'hui la perte de cette qualité est souvent à la base des discours relatifs à la crise de la loi. Le problème de l'inflation va évidemment de paire avec le phénomène d'instabilité. Jacques Chevallier expose la corrélation entre les qualités de généralité et de stabilité : « La stabilité de la loi était liée à sa généralité : dès l'instant où elle devient précise et détaillée, elle risque d'être frappée plus vite de caducité. La loi est appelée à se renouveler à une cadence toujours plus rapide »[137].

Cette qualité apparaît aujourd'hui très nettement en creux des critiques[138]. Les détails d'application, les limitations et les exceptions pullulent, la loi se gonfle et se complexifie d'autant, et comme le prédisait Montesquieu, ces « détails jettent dans de nouveaux détails »[139]. Les auteurs évoquent ainsi fréquemment ces deux phénomènes en expliquant que, sans cesse réécrites, réajustées par les majorités successives, les lois se substituent les unes aux autres, s'empilent de manière anarchique : « une loi à peine votée on met en chantier celle qui la corrigera ou la remplacera »[140], écrivait le Doyen Ripert, avant de conclure : « Aujourd'hui le contrat est plus stable que la loi »[141]. Les lois ne sont pas faites pour durer, elles appellent donc d'autres lois et l'inflation se nourrit d'elle-même. Ce phénomène d'instabilité ajoute alors une dose de complexité puisque l'état du droit dans un domaine ne peut être établi que par la lecture simultanée de ces différents textes. Le Conseil d'État a réitéré ses mises en garde dans son rapport de 2006 : Il stigmatise l'instabilité des lois et les dangers corrélatifs[142]. Cette instabilité chronique serait ainsi liée à la pratique du législateur.

---

[136] Pomponius, Digeste, eod. Loco., cité par H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », art.cit., p.112-113.
[137] J.CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP,* 1990, p.1666.
[138] Sur l'instabilité des lois, voir le rapport public annuel du Conseil d'État pour 1991, *EDCE*, n°43, op. cit., pp.23-32.
[139] MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre 29, chapitre XVI. Cette prédiction fait échos aux propos de F. Bacon qui écrit : « En prenant peine à spécifier et à exprimer chaque cas particulier en termes propres et convenables, on se flatte en vain de donner ainsi aux lois plus de certitude ; on ne fait au contraire par cela même enfanter une infinité de disputes de mots. ». F.BACON, *Œuvres,* Tome 1, Livre VIII, « De l'expression obscure et équivoque des lois », éd. Charpentier, Paris, 1845, p.435. Dans le même sens Saint Thomas d'Aquin expliquait : « le législateur ne saurait, quelque profonde que fut sa sagesse, prévoir tous les cas particuliers ; il essaierait donc vainement de signaler dans ses prescriptions, toutes les choses qui pourront jamais concourir au but de la loi. Et quand un génie plus qu'humain lui permettrait d'embrasser du regard toutes les conjonctures fortuites, encore devrait-il, pour éviter les confusions, les écarter de ses préceptes. ». *Somme théologique*, I, II, Quest. XCVI, art. 6.
[140] George RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Mélange Gény*, Tome II, Librairie Edouard Duchemin, Paris 1977 .p350.
[141] *Ibid.*
[142] Voir à cet égard l'entretien accordé par Josseline de Clausade à *La Semaine Juridique* suite au rapport public du Conseil d'État en 2006. À la question : « Des trois principaux maux identifiés par le rapport 1991 - prolifération des textes, instabilité des textes et dégradation de la norme -, quel est celui qui doit selon vous être prioritairement traité ? », il est répondu : « Sans hésitation aucune, la question de l'instabilité des textes est pour

Les auteurs dénoncent en effet aujourd'hui fréquemment le fait que chaque sujet de l'actualité devienne le prétexte d'une loi nouvelle. Cette critique renvoie au rôle de la loi : « La loi doit-elle se plier aux faits sociaux, traduire l'évolution des modes de vie et plus largement traduire la demande sociale, même éphémère ? »[143]. Cette dérive conduit à ce que la loi devienne l'expression de « vérités saisonnières »[144].

La stabilité est un des caractères récurrents de la loi idéale, mais elle ne doit pas se confondre avec la permanence. Chantre de la stabilité de la loi, Portalis reconnaissait lui-même que « les lois humaines ne sauraient être irrévocables. Leur nature est d'être soumises à tous les accidents qui arrivent et de varier avec le temps et les choses »[145]. Il s'agit donc moins de proscrire tout changement ou évolution que de voir la loi inscrire ces évolutions dans une relative permanence. Selon le même auteur, « l'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes »[146]. La stabilité se rattache ainsi à la fonction de la loi au regard de ses destinataires (autorités administratives, juridictionnelles et sujets de droit) puisqu'il s'agit d'offrir à ces derniers le temps de la retenir. Sans cette relative stabilité, la loi ne peut être assimilée par ses destinataires et c'est alors son autorité qui en sera affectée.

---

moi la plus préoccupante. Qu'on en juge : le crédit d'impôt recherche a connu au 1er septembre 2005 vingt-trois modifications en vingt-trois ans d'existence. En 2004, cet article a été modifié deux fois le même jour, soit une première fois par la loi de finances rectificative pour 2004, mais également une seconde fois par la loi de finances pour 2005, toutes deux publiées au *Journal officiel* le 31 décembre 2004. Autre exemple, le régime de réduction d'impôt sur le revenu des dons aux œuvres et organismes d'intérêt général, modifié vingt-deux fois depuis sa création il y a trente ans : une fois entre 1973 et 1989, neuf fois entre 1990 et 1999 et onze fois entre 2000 et 2005. Ce ne sont pas des exemples isolés : la partie législative du Code du travail relative à la durée du travail vient d'être modifiée par huit lois ou ordonnances en moins d'un an. Entre le 24 juillet et le 2 août 2005, le droit du travail a été modifié par six lois, six ordonnances et quinze décrets d'application. En trois ans, six textes de lois se sont succédé sur l'apprentissage. La sécurité a quant à elle été à l'origine d'une dizaine de lois au cours des cinq dernières années. Et je n'évoque même pas l'ordonnance relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France (Ord. n° 45-2658, 2 nov. 1945), qui a subi pas moins de soixante-dix réformes depuis 1945 ! Dernier exemple, exemple ultime devrais-je d'ailleurs dire : le Conseil d'État a récemment eu à connaître en assemblée d'un projet d'ordonnance dont l'une des dispositions venait modifier une autre ordonnance pas encore signée ! Il est bien évidemment impossible de demander à un citoyen de connaître une loi qui est modifiée tous les six mois. Même les juges s'y perdent ! Depuis Lacordaire, « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». Inutile de préciser que seul le fort peut aujourd'hui, à grands renforts de conseillers juridiques et fiscaux, s'y retrouver dans ce véritable maquis législatif. »., Entretien par Josseline de CLAUSADE, conseiller d'État, rapporteur général de la section du rapport et des études du Conseil d'État, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *La Semaine Juridique Edition Générale,* n° 12, 22 Mars 2006, I 121.

[143] D.CHAGNOLLAUD, « Allocution introductive », in *Vive la loi !*, op. cit, p.10.

[144] Expression empruntée à Roland Maspétiol, conférence faite à Luxembourg, le 4 février 1949, publié in *EDCE*, 1949, p.53.

[145] PORTALIS, Discours du 9 messidor an V. Il explique ailleurs : « je conviens que rien n'est immuable ; que l'esprit d'une nation change ; que ses mœurs changent aussi ; que le temps amène des révolutions inévitables ». PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIè siècle,* Tome II, p.264.

[146] PORTALIS, cité par Marceau LONG et Jean-Claude MONIER, *Portalis. L'esprit de justice*, Editions Michalon, Collection Le bien commun, 1997, p.49. Dans un discours du 29 ventôse an V, Portalis dénonce l'instabilité d'une « législation mobile »… « Les lois ne sont rien… si elle ne sont que des volontés versatiles et capricieuses ». *ibid.* p.97.

Le recours systématique à la loi et *in fine* l'inflation qui en résulte, contribuerait à la perte du sens de la notion de norme. La stabilité et l'autorité vont ainsi de paire. Platon fait ainsi l'éloge de la stabilité des lois qui fonde leur autorité[147]. Xénophon s'interroge de son côté : « Comment pourrait-on penser que les lois ou l'obéissance aux lois sont une affaire sérieuse, alors que souvent ceux-là mêmes qui les ont établies les changent »[148].

Généralité et autorité

D'une manière indirecte mais certaine, la généralité de la loi a une incidence sur son autorité. Pour Rousseau, la généralité de la loi imprime à cet acte son caractère de souveraineté. Ainsi considère-t-il que les mesures particulières ne sont que des actes de magistrature et non de souveraineté[149]. Il semble ainsi que la généralité soit liée à une délimitation du domaine de la loi opérée par critère d'importance. Son autorité résulte ainsi de ce que la loi s'occupe de l'essentiel et non du détail. La généralité renvoie ici à l'objet de la loi. Lors de son discours de présentation du Code civil, Portalis définit ce caractère de généralité : « l'office de la loi est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds de conséquences et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière… »[150]. On oppose ainsi classiquement la généralité au détail. La loi est vue comme la norme destinée à gérer la société dans son ensemble en fixant les grands principes sur des questions essentielles concernant l'ensemble des membres de la société. Cela nous renvoie à une conception de la loi comme norme principale de l'ordonnancement normatif, proche de l'idée qui préside à la délimitation d'un « domaine législatif ». De ce point de vue, le critère de la généralité renvoie directement à la fonction démocratique de la loi. La généralité s'opposant au détail, elle renvoie à un critère d'importance. Ce critère cantonne la loi à « l'essentiel » ; c'est la matière qui lui est réservée[151]. Cette « réserve de loi » joue en France[152] une fonction démocratique puisqu'il

[147] PLATON, *Les lois*, 798b.
[148] XÉNOPHON, *Mémorables*, IV, VI, 14.
[149] *Du contrat social*, Liv.II Ch.6, Liv.3 Ch.1er
[150] PORTALIS, *Discours préliminaire du 24 thermidor, an VIII.*
[151] La notion de réserve de loi émerge d'ailleurs en Allemagne et traduit les préoccupations démocratiques puisqu'il s'agissait dans un contexte de Monarchie Parlementaire de laisser au parlement élu démocratiquement les questions les plus fondamentales. L'assentiment du Landtag était requis pour toutes les lois relatives au statut des citoyens et plus particulièrement lorsqu'elles concernaient la liberté et la propriété des personnes. Voir à cet égard, J.TREMEAU, *La réserve de loi*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1997, pp.24-29.
[152] En France, dès la Constitution de 1791, puis sous les Chartes de 1814 et de 1830, la distinction entre la loi et les actes de l'exécutif revêt une importance considérable. Cette conception a laissé des traces persistantes dans notre tradition juridique. Elle s'inscrit dans la logique de séparation des pouvoirs et fournit selon R. Carré de Malberg, un « critérium très simple et très sûr, en apparence du moins, pour discerner ce qui relève du domaine

s'agit de garantir aux citoyens que les questions les plus importantes feront l'objet d'un débat public au Parlement[153].

En outre, en évacuant les questions de détails la loi, le législateur sera porté à davantage de concision et limitera l'inflation et l'instabilité. Ainsi, la loi, pourra davantage être entendue et donc respectée. Dans son *Discours de la méthode*, Descartes met en corrélation ces deux termes en expliquant : « un État est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont étroitement observées »[154].

La relation entre les qualités de généralité et d'autorité n'est pourtant pas dénuée d'ambiguïté. À l'époque contemporaine, ces deux qualités se retrouvent parfois en opposition. Ainsi, les critiques sont-elles récurrentes qui visent à dénoncer les énoncés législatifs caractérisés par leur trop grande généralité. La doctrine met alors l'accent sur les bavardages législatifs qui nuisent à l'autorité de la loi : « Quand le législateur bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite »[155]. On peut ainsi constater que le critère d'autorité renvoie à une certaine conception de la loi en tant que norme. Avant toute autre chose, la loi est alors définie comme une règle de droit : « la matière propre de la loi, dit-on, c'est la règle de droit »[156]. En tant que telle, la doctrine lui confère des caractères spécifiques puisque le droit a vocation, « par nature », à fixer des droits et des obligations, permettre ou à interdire et dans ce cas à fixer des sanctions. Platon évoque à cet égard « la contrainte » comme étant essentiellement attachée à la notion de loi[157]. On attribue classiquement à la loi un caractère impératif : « La loi commande ; elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de convaincre »[158]. Cette conception traduit une restriction du rôle de la loi qui la cantonne à une fonction de permission et d'interdiction.

Le droit de l'époque contemporaine s'oppose dans une certaine mesure à cette définition traditionnelle[159]. Les lois sont réputées avoir perdu de leur caractère normatif. Ce discours est également récurrent dans la doctrine. La loi, norme juridique par définition, serait

---

de la législation et ce qui, au contraire, est accessible à la réglementation par décret. ». CARRÉ de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit., p.9. Il poursuit : « sera matière de loi… toute règle ou mesure, générale ou d'espèce, qui implique une modification dans l'ordre juridique applicable aux citoyens », *Ibid*.

[153] F.LUCHAIRE, « Le Conseil d'Etat et la Constitution », *RA,* n°188, 1979, p.143, note 6.

[154] DESCARTES, *Discours de la méthode,* éd. Vrin, Paris, 1992, Deuxième partie, Règles de la méthode, p.68.

[155] Rapport public 1991 du Conseil d'État, *ECDE* n°43, op. cit. p.20.

[156] R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit. p.6.

[157] *Les lois*, cité par A.FOUCHARD, « Légiférer en Grèce antique », art. cit., p20.

[158] Chancelier Michel de l'Hospital, cité par Marceau LONG et Michel MONIER, *Portalis, L'esprit de justice*, op. cit., p.54.

[159] Sur le caractère impératif de la loi, voir la relativisation construite par D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, Paris, 1997, spec. pp.163-237.

devenue « gazeuse »[160], déclarative d'intention, non juridique. Dominique Rousseau estime à cet égard que les lois « perdent … en densité juridique pour devenir trop souvent des dissertations philosophiques, des énoncés d'intentions ou des déclarations programmatiques»[161]. Ce phénomène contribuerait au gonflement de la loi, à un épaississement superflu[162]. On assisterait au développement d'une législation absurde[163]. La loi de communication politique est aujourd'hui dénoncée de manière cinglante par de nombreux auteurs[164]. Cette loi dont le titre suffit à épuiser l'intention du législateur[165]. Cette loi qui affiche la prise en considération des problèmes sans contenir de véritables dispositifs normatifs propres à les solutionner[166]. Ici encore, la corrélation avec le phénomène d'inflation législative doit être souligné : « Nous sommes aujourd'hui dans une période où la médiatisation l'emporte sur tout, d'où l'inflation législative. »[167]. La volonté de communiquer l'emporte sur la recherche d'un contenu normatif adéquat et la loi devient « un fourre-tout dans lequel on met n'importe quoi »[168]. En dehors de la dénonciation d'une loi rabaissée au rang de « vulgaire instrument de politique politicienne »[169], il y a dans ces jugements des

---

[160] Voir rapport public précité, *EDCE*, n°43.

[161] D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6ème édition, Montchrestien, p.159.

[162] Georges HISPALIS présente ainsi un tableau des causes de l'inflation en évoquant tout d'abord « *Les dispositions déclaratives* ». « La tendance à faire précéder la partie normative des lois de déclarations de principe dépourvues de portée juridique est, souvent, dénoncée comme une cause majeure d'inflation législative. Mais, même si des légistes sourcilleux peuvent s'agacer de voir gravées au frontispice de nos lois des vérités premières que le bon Monsieur Prudhomme n'eût parfois pas désavouées et dont le Président du Conseil constitutionnel a dressé un savoureux florilège, il faut convenir que, quantitativement, le phénomène est de peu de poids dans l'inflation législative globale. Le Conseil constitutionnel n'en a pas moins entrepris, dans sa très récente décision n° 2005-512 DC du 21 avril sur la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école de censurer ce que son Président avait qualifié de « neutrons législatifs ». » Voir, Georges HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) », *Pouvoirs,* n°114, pp.105-106.

[163] « On a écrit toutes sortes de balivernes. Par exemple, dans une loi on a écrit, il y a déjà une quinzaine d'années, que la République reconnaît la montagne. », Jean FOYER, Préface de l'ouvrage *La loi. Bilan et perspectives*, Economica, 2005, op. cit.

[164] « Légiférer est devenu un réflexe, souvent conditionné par la télévision. Tout sujet d'un « vingt heures » est virtuellement une loi. Un fait divers, une émotion quelconque, mais aussi un problème tangible provoquent une démangeaison législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution.», Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n°114, p.40.

[165] Dénonçant ces lois de communication politique, Nicolas Molfessis explique : « Transformé en technique d'affichage, le titre vise alors davantage à mettre en avant la finalité du texte que son objet. C'est l'action de la loi qui est alors exprimée, ce qui ne permet plus de savoir sur quoi porte le texte », Nicolas MOLFESSIS, « Le titre des lois », *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 61.

[166] « Beaucoup plus grave encore : à travers ces intitulés, Gouvernement et Parlement ont, en vérité, formulé un simple vœu, auquel ils ont tenté ensuite, avec plus ou moins de bonheur, de trouver un contenu normatif pouvant justifier la démarche. S'il y a une pensée – ce sur quoi le pari serait souvent aventureux – elle est médiatique, politique, électorale, compassionnelle mais pas législative et à peine juridique. ». G.CARCASSONNE, « penser la loi », art. cit. p.43.

[167] Pierre MAZEAUD, in *La loi. Bilan et perspectives*, op. cit., p.XXIII.

[168] Jean FOYER, in *La loi, Bilan et perspectives*, précité, p.XIX. Voir aussi, Pierre MAZEAUD, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP* 2005, ed. G, acte.70.

[169] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.1.

considérations qui ont trait au contenu de la loi, à la substance normative censée la caractériser.

Entre ces deux extrêmes - d'une loi sans substance et d'une loi exclusivement impérative et contraignante - Portalis ouvre une voie médiane. Selon lui, si la loi doit ordonner, ce mot a « une signification plus étendue que l'on ne pense »[170] puisque la loi est une « instruction légale, qui éclaire et commande tout à la fois »[171]. Dans le discours préliminaire, il précise cette position en expliquant « les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison »[172]. Elle ne doit plus seulement interdire, autoriser ou punir, elle doit en outre et surtout parler aux citoyens. Cette position dualiste (la loi doit fixer des règles mais elle doit également convaincre) recoupe celle défendue par Platon dans *Les Lois*. Énumérant les facteurs de la force de la loi, il évoquera à cet égard « l'enseignement dès l'enfance, la persuasion dans les préambules »[173]. De nombreux auteurs se réfèrent en effet à la force de communication de l'acte législatif dont la vocation première est d'être gravé dans les cœurs et les esprits des citoyens. En vertu de cette conception, la force de la loi est fonction de sa connaissance par les citoyens. Son autorité vient de sa capacité à être connue des citoyens. G.Burdeau évoque à cet égard « la force de l'idée d'État dans les consciences »[174]. Comme l'explique Alain Fouchard, « dans la cité, qui est un Etat-communauté », « la force de la loi repose sur cette sanction de l'opinion et sur l'engagement de chaque citoyen à poursuivre les contrevenants »[175]. On prend en compte le destinataire privilégié de la norme pour fonder son autorité. On retrouve alors la nécessité des exigences touchant à la forme des lois. Pour emporter l'adhésion des citoyens, la loi, acte normatif tout autant qu'acte de communication, doit se faire belle.

---

[170] Portalis cité par Marceau LONG et Michel MONIER, *Portalis, L'esprit de justice*, op. cit., p.54.
[171] *ibid.*
[172] Discours préliminaire du 24 thermidor an VIII, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Otto Zeller Osnabrück, 1968, p.466. Le Code civil traduit ce rôle moderne de la loi ainsi que l'explique J.Ray : « Si en effet la notion de droit ou de loi implique toujours de quelque manière l'idée d'autorité, de prescription, d'ordre, il faut bien remarquer que ce dernier mot a un double sens : l'ordre est commandement, mais est aussi organisation… La fonction de la loi est peut-être moins encore de donner des ordres que de faire régner l'ordre. (…) Voilà pourquoi la loi s'exprime très souvent sous la forme énonciative ou descriptive, et non pas prescriptive. ». J.RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, 1926. Voir aussi sur cette question : M.VILLEY, G.KALINOWSKI, J.L.GARDIES « Indicatif et impératif juridiques », *Arch. de phil. du droit*, tome 19, p.33.
[173] *Les lois*, (722 c-723 d) cité par A.FOUCHARD, « Légiférer en Grèce Antique », art.cit., p.20. Selon J.-M.Bertrand, pour Platon, « le législateur véritable ne doit pas se contenter d'émettre des ordres ou des défenses. Il lui est enjoint d'associer, aux interdictions que formuleraient ces lois, un discours persuasif qui préluderait à chaque texte répressif ou incitatif ». J.-M.BERTRAND, *De l'écriture à l'oralité. Lectures des Lois de Platon, op. cit.,* p. 5.
[174] G.BURDEAU, *L'Etat*, Paris, Seuil, 1970, cité par A.FOUCHARD, *Ibid,* p.20.
[175] A. FOUCHARD, *ibid.,* p.21.

Au-delà du critère organique, la loi est donc définie par la doctrine à partir de critères touchant à sa forme et à son contenu. Ces qualités matérielles sont indissociablement liées aux qualités formelles que l'on prête à la loi idéalisée. Cette énumération permet de mettre en évidence l'interaction des maux de la loi. Chaque caractère de la loi idéale en implique un autre, l'ensemble formant un cercle vertueux. La loi concise, claire et simple est générale, abstraite, impersonnelle. Ses propriétés impriment à la loi son caractère de stabilité qui fonde son autorité. Par opposition, les lois contemporaines seraient caractérisées par leur longueur, leur complexité ; elles ne sont plus ni générales, ni abstraites, ni impersonnelles. Chacune de ces déviances contribue à nourrir l'inflation législative, l'instabilité et la perte d'autorité. Tout cela prend la forme d'un cercle vicieux. Ces qualités de la loi sont ainsi caractérisées par leur interdépendance, les unes impliquant les autres et réciproquement. Elles forment un ensemble cohérent de corollaires : un système. En outre, qu'elles soient formelles ou matérielles, elles convergent pour imposer à la loi sa fonction idéale. Le fond et la forme apparaissent comme deux routes parallèles qui s'entrecroisent et qui convergent pour atteindre le même point : ce lieu qui n'existe pas – utopie – est cet espace de conciliation harmonieuse des intérêts individuels et de l'intérêt collectif.

3.3 La fin (les fonctions idéales de la loi)

Déterminer les qualités de la loi suppose en effet de prédéterminer les fonctions idéales de cet acte normatif[176]. La critique n'a cessé d'être formulée depuis Montesquieu : Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires[177]. Mais qu'est-ce qu'une loi nécessaire ? La nécessité d'une chose renvoie au rôle qu'on lui confère. Un tel positionnement fait nécessairement appel à des présupposés philosophiques. H.Kelsen énonce que « le droit est un moyen, un moyen social spécifique, ce n'est pas une fin »[178]. Mais quelles sont les fins du droit ? Les discours doctrinaux envisagent largement cette question. On peut constater un certain nombre de recoupements, dans la mesure où le droit apparaît comme le moyen de réaliser la paix sociale, de garantir la justice et l'égalité, d'assurer le respect des droits et des

[176] Christian Doucet constate que la qualité « est inhérente à notre rapport avec les objets et avec notre environnement, que nous jugeons en fonction de leur adaptation à nos attentes et à nos besoins ». C.DOUCET, *La qualité*, op. cit., p.7.
[177] MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre 29, chapitre XVI. Voir également PORTALIS, Discours préliminaire du 24 thermidor, an VIII, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil*, op. cit., p.467 : « il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ».
[178] H.KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État,* Bruylant, LGDJ, 1997, p.71.

libertés et de permettre le progrès social. Ces différentes fonctions sont envisagées par Jean Carbonnier qui considère que la liberté, l'égalité et la sécurité sont les « valeurs fondamentales que le droit a pour fonction de sauvegarder »[179]. Dans le même sens, G. Ripert présente la liberté, l'égalité et la sécurité comme les raisons d'être du système juridique[180]. De son côté, Paul Roubier explique que les exigences de sécurité, de justice et de progrès social se sont succédées dans le temps avant de constituer les trois piliers de l'ordre juridique : « La sécurité juridique a constitué la base fondamentale, celle sur laquelle tout l'édifice s'est construit ; la justice s'est introduite ensuite pour un meilleur aménagement des rapports humains ; enfin le progrès social a fourni les bases nouvelles au développement des sociétés les plus évoluées »[181]. À partir de ces discours sur les fins du droit, il est flagrant de constater qu'elles sont à la fois plurielles et antagonistes. Entre le maintien de l'ordre et la garantie des libertés, la loi a comme fonction de réaliser une synthèse de valeurs antagonistes qui prendra le nom d'intérêt général ou de bien commun. La fonction assignée à la loi se dédouble classiquement : d'un côté, la justice constitue sa finalité[182], de l'autre, elle doit garantir l'ordre[183]. Dans cette dualité, on retrouve les caractéristiques du contrat social au sein duquel on acquiert la liberté en l'aliénant en partie au profit d'une sécurité garantie à tous.

Ordre, sécurité et paix sociale. La loi est présentée de manière récurrente comme s'opposant au désordre qui caractérise l'état de nature. Selon Paul Roubier, cette fonction est chronologiquement la première qui fût attachée à la notion de loi. D'autres auteurs considèrent que cette fonction est ontologiquement première[184]. La sécurité juridique des citoyens constitue une des fins premières du droit en général et de la loi en particulier[185]. C.-A. Morand exprime cette idée en affirmant que la sécurité juridique est « la grande justification

---

[179] J.CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001, 10ème éd. p.108.
[180] G.RIPERT, *Le déclin du droit. Étude sur la législation contemporaine*, op.cit., p.3.
[181] P.ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 2ème éd., 1951, p.319.
[182] Voir les références précédemment citées.
[183] JHERING considère à cet égard que le droit « n'est que le moyen de réaliser un but, qui est le maintien de la société humaine. », op. cit. p.169. Dans le même ouvrage, il explique que « toutes les règles de droit ont pour but d'assurer les conditions de vie de la société », ibid., p.305. Cet auteur ramène ainsi la fonction essentielle de la loi à la paix sociale en écrivant : « la paix est le but que poursuit le droit », *La lutte pour le droit*, Paris, Marescq aîné, 1890, p.9. Dans le même sens, voir M.WALINE, qui considère que « la finalité du droit n'est pas exclusivement d'assurer la justice entre les hommes, mais aussi d'apporter de la sécurité dans les rapports sociaux ». « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Sirey, 1963, t.1, p.364.
[184] En ce sens, Jhering considère que « le droit n'est pas le principe supérieur qui régit le monde ; il n'est pas un but en soi : il n'est que le moyen de réaliser un but, qui est le maintien de la société humaine ». JHERING, *L'évolution du droit*, Paris, Chevalier-Marescq, 1901p.169. Le même auteur considère que « la paix est le but que poursuit le droit ». JHERING, *La lutte pour le droit*, Paris, Marescq, 1890, p.9.
[185] Voir dans ce sens M.FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* n° spécial, 20 juin 1996, p.178 et J.-P. HENRY, « Vers la fin de l'État de droit ? », *RDP*, 1977, p.1208.

intrinsèque du droit »[186]. Elle prend diverses appellations puisqu'on parlera d'ordre, de sécurité ou encore de paix sociale. En dépit de ces variations terminologiques, ces différentes notions convergent sur une même fonction attribuée à la loi. Leur point commun est de mettre en exergue le rôle de la loi au regard de la société conçue comme une globalité. C'est ce sujet fictif qui devient le premier bénéficiaire de la loi. Pour assurer cet ordre collectif, il appartient aux sujets de droit d'obéir. Cette fin du droit induit ainsi une limitation des libertés. C'est l'autorité collective qu'il s'agit de fonder. Dans le même temps, cette fonction est ambiguë puisqu'elle est corrélativement présentée comme étant bénéfique pour chacun. L'ordre, la sécurité ou la paix sociale sont alors présentés comme des garanties de la liberté.

Liberté, égalité et garantie des droits. Le lien entre l'ordre établi par la loi et la liberté des citoyens qui en résulte remonte à l'Antiquité. Jacqueline de Romilly écrit à cet égard : « les lois procurent aux citoyens l'*adeia*, la possibilité de vivre sans crainte. Et le respect des lois garantit, par conséquent, la liberté des citoyens »[187]. Dans un premier temps, la liberté résulte ainsi de l'obéissance à la loi. Dès l'Antiquité, les penseurs définissent la loi par opposition à l'arbitraire[188]. Euripide fera ainsi parler Thésée « notre ville n'est pas au pouvoir d'un seul homme. Elle est libre. Son peuple la gouverne… »[189]. Jacqueline de Romilly a constitué un florilège de citations qui porte cette idée en vertu de laquelle, la loi traduit le passage de la soumission à l'arbitraire d'un homme à la soumission à une règle commune. Hérodote évoque ce lien en faisant parler Démarate en ces termes : « s'ils sont libres, ils ne sont pas libres en tout, ils ont un maître, la loi (…) »[190]. Les écrits de Rousseau s'inscrivent dans cette conception : c'est de cette soumission à la loi que découle la liberté[191]. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'inspire largement de cette conception. Elle ne donne pas de définition de la notion, mais renvoie à la loi le soin d'en définir les limites (article 4). Cette fonction repose ainsi sur le postulat en vertu duquel, par elle-même la loi garantit la liberté.

---

[186] C.-A. MORAND, « L'obligation d'évaluer les effets des lois », *in* C.-A. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993, p.111.
[187] J. de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, Les belles lettres, 2ème éd., Paris, 2002, p.141.
[188] Jacqueline de Romilly note à cet égard : « La loi s'oppose à l'arbitraire ». J. de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit. p.13. L'auteur poursuit cette analyse en expliquant que « la loi – et, plus précisément, la loi écrite – devient alors le symbole même de cette double opposition : elle incarna pour les grecs la lutte contre la tyrannie, et l'idéal démocratique, mais aussi la lutte contre les barbares, et l'idéal d'une vie policée. ». *Ibid.* p.18.
[189] Euripide, *Suppliantes*. cité par J. de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit. p.20.
[190] Hérodote, *Histoire*, Chap. VII, 104 ; cité par J. de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit. p.19.
[191] « L'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté ». ROUSSEAU, *Du contrat social*, I, Chapitre VIII.

La garantie de l'égalité par la loi repose sur le même type de postulat : parce que la loi est loi, elle garantit l'égalité des citoyens. On pourrait de la même manière considérer que la fonction égalisatrice de la loi subsume celle qui est liée à la fonction de liberté si l'on considère à l'instar du Doyen Vedel que le principe d'égalité précède logiquement la liberté car il la conditionne[192]. Garantir l'égalité est une des fonctions classique attribuée à la loi. Le critère de généralité est classiquement présenté comme devant constituer une garantie de ce principe. Ici encore, il s'agit d'un corollaire du critère organique de la loi[193]. Jacqueline de Romilly conclut cette série de citation en écrivant : « Avant l'égalité, avant la liberté, au principe de l'une et de l'autre, se trouve la loi »[194].

Au nom de ces mêmes valeurs d'égalité et de liberté, la fonction de la loi va évoluer et acquérir une dimension positive ou promotionnelle. Il s'agira alors pour la loi d'édicter des règles afin de réaliser ces différentes valeurs. Cette évolution est particulièrement nette avec l'émergence des droits-créances qui impliquent une intervention normative de l'État. L'évolution des fonctions de la loi apparaît ainsi dépendante de l'évolution des fonctions de l'État. L'émergence de l'État providence a ainsi conduit à conférer à la loi une fonction relative au progrès social.

Le progrès social comme fonction de la loi. Certains auteurs évoquent la notion de « progrès social » pour embrasser les finalités du droit[195]. Pour Paul Roubier le progrès social renvoie à trois notions : « bonheur, subsistance, abondance »[196]. Le progrès social serait alors lié « à la promotion du travailleur considéré, non par rapport à ses seuls besoins matériels, mais par rapport également à la vie humaine qu'il doit vivre, en tant que cette vie a des exigences d'un ordre supérieur que les loisirs doivent permettre à chacun de satisfaire »[197]. Cette fonction de progrès social est également liée à de nouvelles fonctions de l'État telles que la santé publique, l'éducation etc. Dans ce cadre, le principe d'égalité n'implique plus

---

[192] G.VEDEL, « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, La Documentation française, 1990, Paris, pp.172-173.

[193] Thésée, exaltant la démocratie, explique à cet égard que « rien pour l'État n'est plus dangereux qu'un tyran. D'abord, avec lui, les lois ne sont pas communes pour tous : un seul homme gouverne, qui détient la loi en ses propres mains, et il n'y a plus là d'égalité. Au contraire, quand les lois sont écrites, le faible et le riche jouissent d'un droit égal ». Euripide, *Suppliantes*. cité par J. de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit. p.21.

[194] J. de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, op. cit. p.21. « Du Démarate d'Hérodote au Platon de la lettre VII, en passant par le Thésée d'Euripide, la tradition est bien la même. Elle implique un sens aigu de cette loi commune que les citoyens avaient su se donner et dont ils attendaient à la fois le bon ordre et la liberté. ». *Ibid*. p.23.

[195] B. TABBAH, « La trilogie : sécurité, justice et progrès social », in *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Mélanges en l'honneur de P.Roubier, t. 1, Dalloz, 1961, p.459.

[196] P.ROUBIER, *Théorie générale du droit*, op. cit. p.318.

[197] B. TABBAH, « La trilogie… », art. cit., p.466.

seulement une abstention de la loi (la loi ne peut établir aucune distinction…) puisqu'il exige une intervention normative. Si le Préambule de 1946 a marqué un tournant dans ce domaine, on doit constater que cette fonction de la loi est bien plus ancienne que l'émergence de l'État providence[198]. À cet égard, les grandes réformes législatives qui ont marqué l'Antiquité ont souvent comme objectif de redistribuer les richesses en établissant un nouveau partage des terres. On rapporte à cet égard que Solon « écrit des lois semblablement pour l'homme de rien, comme pour le noble, en harmonisant pour chacun un jugement droit »[199]. On constate ainsi que la fonction « progrès social » est consubstantiellement liée aux fonctions de garantie des droits et de la liberté.

Tout comme les qualités de la loi, les fonctions qu'elles sous-tendent semblent pareillement imbriquées : Maintien de l'ordre, garantie de la liberté et des droits, progrès social sont des fonctions qui s'entremêlent, chacune étant un corollaire de l'autre.

La loi, véhicule de l'intérêt général. Le critère organique à la source des qualités et des fonctions de la loi. Il résulte de l'analyse des différentes fonctions assignées au droit, une sensation de confusion de ces valeurs convergentes. Gustav Radbruch rend compte de cet enchevêtrement : « l'utilité et le bonheur, la subsistance, l'abondance et le bien-être ne sont que des expressions différentes du bien commun ; l'égalité et la généralité visent la justice ; l'autorité, la paix et l'ordre peuvent être ramenés à l'idée de sécurité juridique »[200]. Il apparaît ainsi que la fonction de sécurité est redondante à côté de celle de liberté, dans la mesure où c'est pour garantir effectivement cette liberté que la sécurité juridique est perçue comme une fonction fondamentale. La confusion entre ces différents termes résulte de leur chevauchement. De celui-ci se déduit la nécessité de concilier ces exigences antinomiques mais complémentaires[201]. À cet égard, la notion d'intérêt général semble recouvrir ces différentes notions.

---

[198] B.Tabbah considère que l'émergence du « progrès social » comme fonction du droit est venue « avec l'essor de l'industrie et sous le règne de la technique », *ibid*. p.464.

[199] Solon, frgt 30, 18-20. cité par L.-M.L'HOMME-WÉRY, « Le rôle de la loi dans la pensée politique de Solon », in *Le législateur et la loi dans l'Antiquité*, op. cit. p. 171.

[200] G.RADBRUCH, « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *Arch. de phil. du droit*, 1936, p.87. Le même auteur présente ces notions comme étant enchevêtrées. Il explique à l'égard de la sécurité juridique qu' « elle n'est pas l'unique valeur, ni la valeur décisive que le droit doit rendre effective » car elle occupe en fait « une position intermédiaire entre l'utilité et la justice ; d'un côté elle est exigé par le bien commun, de l'autre par la justice », G.RADBRUCH, « Injustice légale et droit supralégal », *Arch. de phil. du droit*, 1995, n°39, p.313. Cité par A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op.cit., p.6.

[201] À cet égard, B.Mathieu évoque l'imbrication des droits et des devoirs « qui cimentent la vie collective et, partant, l'intérêt général ». B.MATHIEU, « Propos introductifs », in B.Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Acte de la deuxième journée d'étude annuelle du Centre de recherche de droit

Si l'expression « intérêt général » n'apparaît qu'à l'époque moderne[202], l'idée que la loi doit être orientée par la recherche du « bien commun », de « l'utilité publique » ou du « commun profit » apparaît comme une constante dans l'histoire des idées politiques[203]. Depuis l'Antiquité, ce critère est attaché à la notion de loi. À travers la loi, la cité cherche à organiser la Cité de manière harmonieuse, l'*eunomia*[204]. Françoise Ruzé met en lumière la confusion de la notion de bonnes lois et d'*eunomia* chez Solon. Dans un de ses poèmes, il explique : « de mauvaises lois (*dysnomia*) apportent à la cité foule de maux (*kaka pleistra*), alors que de bonnes lois (*eunomia*) font apparaître en tout le bon ordre (*eukosmia*) et la juste répartition en même temps qu'elles entravent les actes injustes »[205]. Pour saint Thomas « toute loi trouve sa source en cette réalité objective : le bien commun qui est fin ultime. Il n'est pas de loi sans cette fin »[206]. Pour F. Saint Bonnet, « l'idée que la satisfaction du bien commun soit un impératif absolu quant à la validité substantielle de la loi est unanimement reçu en doctrine à la fin du Moyen Age »[207]. À l'époque moderne, Bentham assigne au législateur de poursuivre l'objectif de promouvoir le plus grand bonheur du plus grand nombre[208]. Pour Rousseau, la loi « est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique »[209]. Il s'agit pour la loi de concilier les intérêts divergents, de concilier les droits et libertés antagonistes, et ainsi de trouver la voie de l'intérêt général[210]. La notion demeure à l'époque contemporaine l'*alpha* et l'*omega* de l'action du législateur. Pierre Mazeaud, alors Président du Conseil constitutionnel avait consacré son discours de vœux au Président de la République à la notion

---

constitutionnel (CRDC) de l'Université Paris I, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Cahiers constitutionnels de Paris I, p.6.

[202] F.SAINT BONNET explique ainsi que « dés la fin du Moyen Age, tandis que l'expression « intérêt général » n'était pas née, la fonction juridique de la notion existait. ». « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », in B.Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Acte de la deuxième journée d'étude annuelle du Centre de recherche de droit constitutionnel (CRDC) de l'Université Paris I, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Cahiers constitutionnels de Paris I, p.11.

[203] Depuis l'Antiquité, l'idéal de loi s'appréhende au regard du but de la loi. Platon définit la loi comme le moyen de réaliser « le plus grand bien ». R.DARESTE, *La science du droit en Grèce*, op. cit., p.30.

[204] Voir notamment, M.HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, Précis, 8ème éd., Paris, 2003, p.116.

[205] Solon, fr.4, 31-34, trad. par F.RUZÉ, « La loi et le chant », in *Techniques et sociétés en Méditerranée*. Hommage à Marie-Claire Amourretti, J.-P.Brun et P.Jockey (éd.), Paris, Maisonneuve et Larose, 2001, pp.718-719.

[206] M.BASTIT, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de saint Thomas à Suarez,* PUF, Léviathan, 1990, p.60. Pour Saint Thomas d'Aquin, « le but de la règle est de se rapporter au bien général ». Voir, A. STANG, *La notion de loi dans Saint Thomas*, Thèse, Paris, 1926.Voir également SUAREZ, *Des lois et du Dieu législateur*, Introduction, traduction et notes par Jean-Paul Coujou, Dalloz, 2003.

[207] F. SAINT BONNET, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », art. cit., p.12

[208] J.BENTHAM, *An introduction to the Principles of Morals and legislation*, Chap. 1, §1, p.11. Reproduit et traduit en français par C.AUDARD, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, PUF, 1999, Vol. I, p.201.

[209] Cité par M. de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin, 5ème éd., p.147, « loi ».

[210] Rousseau envisage parallèlement les déviances potentielles de cette notion qui consiste pour la loi à consacrer les intérêts privés dominants. Voir à cet égard, F.RANGEONS, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986.

d'intérêt général : « réflexe d'union républicaine », « ennemi des mesures fallacieuses et des projets utopiques »[211]. De son côté, le Conseil d'État y consacrait son rapport pour 1999[212].

L'assignation à la loi de cette mission d'intérêt général est la clef de voûte de notre système politique. C'est la raison pour laquelle, les citoyens acceptent de se soumettre à la loi, parce qu'elle est censée les protéger en organisant la conciliation des libertés. Elle libère comme elle punit. La poursuite par la loi de l'intérêt général est un gage offert aux citoyens dans le cadre de la conclusion du contrat social. On constate ainsi que cette finalité renforce l'autorité de la loi puisqu'elle constitue la raison essentielle qui justifie le devoir d'obéissance des citoyens à la loi, la raison de leur soumission. Rousseau exposera à cet égard que la volonté générale est nécessairement guidée par le souci du bien commun[213]. Autrement dit, « il ne faut plus se demander…si la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même »[214]. Pourtant, la réalité est quelquefois jugée éloignée de cet idéal. Engels considère que « manifestement, toute législation est destinée à la protection de ceux qui ont contre ceux qui n'ont pas »[215]. L'intérêt général n'étant pas susceptible d'une appréhension objective, certains auteurs y voient un discours destiné à légitimer l'action des gouvernants, « une rhétorique justificative de l'action que tel acteur conduit »[216].

Ces fonctions attribuées à la loi correspondent à des valeurs[217]. En 1789, on assiste à une consécration par le droit positif de ces valeurs. L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». C'est donc au regard de cette finalité que sont élaborées les lois. D'une manière générale, la loi est présentée comme servant les intérêts de ses destinataires principaux : les sujets de droit. Le critère organique de la loi explique ce point de convergence : Établie par ses destinataires, la loi est édictée dans l'intérêt de ces derniers : « La loi part de tous pour s'appliquer à tous »[218]. La notion d'intérêt général et le

---

[211] Vœux pour 2006 reproduit sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan/annexes/voeuxpr2006.htm.

[212] Conseil d'État, rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. *L'intérêt général*, La documentation française, 1999.

[213] « La volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique ». ROUSSEAU, *Du contrat social*, II, Chapitre III.

[214] ROUSSEAU, *Du contrat social*, II, Chapitre VI.

[215] Cité par A.-G. CHLOROS, « Essai sur l'origine et la fonction de la légalité », in *Mélanges Paul Roubier*, Dalloz, 1961, Tome I, p.133. L'auteur fait référence à VYSHINSKY, *The law of the Soviet State*, 1948.

[216] F. SAINT BONNET, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », art.cit., p.9. L'auteur présente l'intérêt général en expliquant qu'il « est essentiellement perçu comme un discours politique légitimant de celui qui exerce le pouvoir et de celui qui entend le conquérir. ».

[217] Selon Paul Roubier, « le droit repose en dernière analyse sur une philosophie des valeurs ». P.ROUBIER, *Théorie générale du droit*, op. cit. p.317.

[218] Geneviève KOUBI, Raphaël ROMI, *Etat, Constitution, Loi. Fondement d'une lecture du droit constitutionnel au prisme de la Déclaration de 1789.* Éd. de l'espace européen, 1991, p. 191.

critère organique de la loi permettent de cerner le point de convergence des fonctions de la loi : à travers l'histoire des idées, celles-ci sont liées aux avantages qu'elle est censée procurer à ses destinataires. Portalis résume ce parti pris en expliquant : « que doit faire le législateur ? … Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois. … Les personnes sont le principe et la fin du droit »[219].

S'il apparaît que la loi est définie par d'autres critères qui dépassent le critère organique, il semble néanmoins que l'ensemble des qualités de cette loi idéale semble découler de ce critère organique qui définit la loi comme l'acte voté par le peuple ou ses représentants. Lorsque Rousseau définit la loi comme étant l'expression de la volonté générale, il en résulte toute une série de conséquences que l'on peut regrouper dans les deux catégories précédemment définies. Matériellement, parce qu'elle est l'expression de la volonté générale, la loi devra être générale, c'est-à-dire statuer sur tous dans l'intérêt de tous[220]. Formellement, parce qu'elle est l'expression de la volonté générale, la loi devra être concise et claire, donc accessible pour tous[221]. Les qualités de l'idéal législatif découlent des fonctions idéales prêtées à la loi. L'émergence d'un idéal esthétique législatif est en effet concomitante de l'émergence de cet idéal fonctionnel de la loi : c'est en considération de sa fonction vis-à-vis de ses destinataires que sont déduit des critères formels. Ceux-ci seront destinés à assurer l'intelligibilité de la loi, laquelle est indissociablement attachée à la fonction de protection des citoyens destinataires de la norme. D'une part, la norme législative est censée être un rempart contre l'arbitraire. La connaissance de la loi constitue alors la condition *sine qua non* de cette fonction puisque ce qui est inconnu est nécessairement imprévisible et donc perçu comme arbitraire. La loi protège, certes…, pourvu qu'on la connaisse. D'autre part, la loi doit être connue des citoyens pour remplir sa fonction démocratique. La connaissance de la loi, est la base à partir de laquelle le citoyen pourra juger

---

[219] Portalis, cité Marceau LONG et Jean-Claude MONIER, *Portalis, L'esprit de justice,* op. cit. p.53.

[220] Pour J.-J. ROUSSEAU, « Quand tout le peuple statue sur tout le peuple, il ne considère que lui-même ; … Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle une loi » (…) « … il ne faut plus se demander(…) si la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même ; ni comment on est libre et soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés. ». *Du contrat social*, Livre II, Chapitre VI. L'égalité des citoyens constitue également un corollaire de ce critère organique : « le pacte social établit entre les citoyens une telle égalité qu'ils s'engagent tous sous les mêmes conditions et doivent jouir des mêmes droits. Ainsi par la nature du pacte, tout acte de souveraineté, c'est-à-dire tout acte authentique de la volonté générale oblige ou favorise également tous les citoyens, en sorte que le Souverain connaît seulement le corps de la nation et ne distingue aucun de ceux qui la composent ». *Du Contrat social*, Livre II, Chapitre IV.

[221] « Tant que plusieurs hommes réunis se considèrent comme un seul corps, ils n'ont qu'une seule volonté, qui se rapporte à la commune conservation, et au bien-être général. Alors tous les ressorts de l'État sont vigoureux et simples, ses maximes sont claires et lumineuses, il n'a point d'intérêt embrouillé, contradictoire, le bien commun se montre partout avec évidence, et ne demande que du bon sens pour être aperçu (…). Un État ainsi gouverné a besoin de peu de Lois (…). *Du contrat social*, Livre IV, Chapitre I.

ses représentants et donc les choisir effectivement. De la même façon, les qualités relatives au contenu de la loi - qu'il s'agisse du triptyque généralité- impersonnalité- abstraction ou des caractères de stabilité et d'autorité - convergent pour faire de cette norme l'instrument destiné à garantir l'égalité entre tous les citoyens et le respect des droits et libertés. De ce point de vue, l'ambiguïté de la notion de légistique (art de faire la loi[222] ou science de la législation[223]) ne s'en trouve qu'accentuée. L'art est en effet mobilisé au service de la science[224]. La forme se met au service du fond. « Le juste et le beau »[225] se conjuguent pour servir la fonction de la norme. Le tout étant placé sous le signe de la Raison.

La convergence des qualités et des fonctions de la loi : le principe de rationalité. Le constat de l'interaction de ces différentes qualités conduit à s'interroger sur un éventuel dénominateur commun qu'elles partageraient. À cet égard, il apparaît que ces qualités formelles et matérielles peuvent être réduites à un seul terme puisqu'elles convergent sur le critère de la loi parfaite : la Raison.

Lorsqu'ils prescrivent ces qualités à la loi, les auteurs se situent dans le cadre d'une analyse *delege feranda* : c'est la loi telle qu'elle devrait être qui oriente leur discours relatif à la crise de la loi. Ce faisant, on peut remarquer, que leurs analyses se situent en opposition avec celle de Kelsen qui, au nom du positivisme juridique, refuse de voir autre chose dans la loi que l'acte adopté par l'organe compétent[226]. Par opposition, le courant *jus* naturaliste prend parti sur ce que devrait être le droit. Or, dire ce que la loi devrait être suppose de recourir implicitement ou explicitement à des valeurs transcendantes[227]. Dans l'histoire des idées, ces

---

[222] La légistique serait un « Art de faire les lois » selon M. D. REMY, *Légistique. L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994.

[223] Selon C.-A. Morand, « la légistique a débuté comme un art de légiférer et elle n'a accru que très progressivement son caractère scientifique ». C-A. MORAND, « Eléments de légistique formelle et matérielle », *in* C-A Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p.33.

[224] « un art, un savoir-faire artisanal, mis au service de la législation », *ibid.,* p.33.

[225] G. CORNU, « Le juste et le beau », présentation du thème *Droit et esthétique*, au colloque de l'association française de philosophie du droit, Paris, Décembre 1994, in *L'art du droit en quête de sagesse*, coll. Doctrine juridique, PUF, 1998, Chap.10.

[226] Véronique Champeil-Desplats résume cette position : « quels que soient la structure et le contenu de l'énoncé (prescriptif ou descriptif, précis ou abstrait), celui-ci est une norme à partir du moment où il a été formulé par les autorités compétentes… ». V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CCC*, n°21, 2006, p.64. L'auteur cite à cet égard Hans Kelsen pour qui « une loi qui a été adoptée d'une façon parfaitement constitutionnelle peut avoir un contenu qui ne représente par une norme d'aucune sorte mais qui, par exemple, exprime une théorie religieuse ou politique… ». H.KELSEN, *La théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1972, p.71.

[227] Pour Max Weber, « le droit naturel est (…) le terme générique pour les normes qui ne sont pas légitimes en vertu d'une législation légitime, mais en vertu de leurs qualités immanentes ». Cité par A. SÉRIAUX, « Droit naturel », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige-Lamy-PUF, Paris, 2003, p.508.

valeurs transcendantes sont puisées à deux sources distinctes : la religion et la raison[228]. À cet égard, les discours de la doctrine contemporaine sur les qualités de la loi se situent dans le cadre d'une analyse *jus* naturaliste laïque : ce que la loi devrait être au regard de la Raison.

De l'Antiquité[229] à nos jours, la Raison apparaît alors comme « Le » critère de la loi, entendu comme celui qui transcende et prédétermine l'ensemble des qualités de fond et de forme que l'on prête à cette norme. Pour Rousseau, la volonté générale se rapporte à une volonté raisonnable : Elle est « un acte pur de l'entendement qui raisonne dans le silence des passions… »[230]. La formulation est à cet égard très proche de celle forgée par Aristote : « L'intelligence sans passion, voilà la loi »[231]. D'une manière générale, l'histoire de la notion de loi est imprégnée par cette récurrence qui en fait un acte de raison : « la rédaction des lois dans son ensemble est œuvre de raison »[232]. Pour Saint Thomas, la loi doit être « *aliquid rationis* »[233]. Selon Cicéron : « la loi est la raison suprême gravée en notre nature qui perçoit ce que l'on doit faire et interdit ce qu'il faut éviter de faire »[234]. Montesquieu écrit dans l'esprit des lois : « la loi en général est la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre »[235]. Au-delà de la raison, Portalis se référera à la sagesse pour caractériser son idéal de loi : « le but des institutions sociales doit être de maintenir, entre tous les hommes, cet état de justice et de paix que la sagesse maintient entre des hommes modérés. Voilà tout le secret d'une bonne législation »[236]. La sagesse impose donc que « les lois doivent être préparées lentement et avec maturité : il faut qu'elles soient indiquées par l'expérience »[237].

Si la Raison est la source d'où découlent les qualités idéales prêtées à la loi, elle apparaît dans le même temps comme le fondement de l'autorité de la loi. Cette « union de la

---

[228] Voir à cet égard, A. SÉRIAUX, « Droit naturel », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige-Lamy-PUF, Paris, 2003, p.508 et s.
[229] Voir aussi : J. de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque, des origines à Aristote*, op.cit.
[230] J.-J. ROUSSEAU, *Le contrat social*, Œuvres complètes, Gallimard. Bibliothèque de la Pléiade, 1964.T.III, p.286.
[231] ARISTOTE, *Politique*, III, XI, 4.
[232] Marcel PIÉRART, « Retour sur les lois de Platon », in *Le législateur et la loi dans l'antiquité*, op. cit., p.87.
[233] SAINT THOMAS, *Sommes Théologiques*, *eod. loc.*, ad. I m. M.Bastit explique cette formule en ces termes : « la volonté du législateur ne peut devenir loi que si elle est réglée par cette raison ». M.BASTIT, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de saint Thomas à Suarez,* op.cit., p.54.
[234] CICÉRON, *Des lois*, Titre I, VI.
[235] MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre I, III.
[236] PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIè siècle*, chapitre 29.
[237] Cité par Marceau LONG et Jean-Claude MONIER, *Portalis. L'esprit de justice*, op. cit., p.52. On pourra à cet égard remarquer que la loi contemporaine est souvent dépeinte par son caractère irréfléchi : la « hâte avec laquelle sont préparés et examinés certains textes » conduit à leur mauvaise qualité. Rapport du Conseil d'État de 1991, *EDCE*, n°43, op. cit., p.41.

loi et de la raison »[238] sera concrétisée par la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789[239].

Notre tradition législative est ainsi le produit d'évolutions successives. Mais il y a des constantes : une certaine conception de la loi demeure au-delà des changements[240]. Aujourd'hui encore, la loi est perçue comme un acte d'essence démocratique, une « condition de la liberté », « censée traduire le principe d'égalité »[241]. L'ensemble des caractères idéaux de la loi converge ainsi pour assurer cette fonction. En outre, et surtout, ces caractères de la norme apparaissent comme des mythes entretenus par la doctrine contemporaine.

4. L'idéal législatif ainsi établi ne fait que révéler l'étendue du décalage avec la réalité …

L'idéalisation de la loi produit un effet logique de distorsion avec la réalité. Cela conduit inévitablement à un constat de décalage que l'on retrouve de manière récurrente dans les écrits de la doctrine. Le fameux rapport daté de 1991 de la Section des études du Conseil d'État démontre avec force que la loi a perdu ses caractères essentiels de généralité, d'abstraction et de permanence[242]. F. Ost met ainsi en exergue le décalage entre « cette représentation de la loi » et la réalité : « il faut bien admettre qu'elle a progressivement perdu sa crédibilité et reflète de moins en moins l'état actuel de la législation »[243]. B.Mathieu, explique à cet égard que la loi connaît un certain déclin : « nombreuses et instables, souvent mal rédigées, elles portent fréquemment sur des points de détail… »[244]. Th. S. Renoux fait l'inventaire des éléments en décalage entre l'idéal et la réalité : « la loi n'est plus définie par son caractère incontestable…La loi n'est plus nécessairement générale et impersonnelle… La loi ne dispose plus nécessairement que pour l'avenir… La loi n'est plus nécessairement

[238] J-C BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 1994, p.16. Ces auteurs évoquent à cet égard « la raison, dont la loi ne se borne pas à dériver, mais avec laquelle elle s'identifie ».
[239] Si la Déclaration ne fait pas de références explicites à la raison, « l'ignorance » à laquelle elle prétend s'opposer dans le préambule peut être rattachée à cette notion.
[240] Voir L.FAVOREU, « La loi », in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Journées d'études des 16 et 17 mars 1989, Association française des constitutionnalistes, Economica-PUAM, 1990, p79.
[241] D.CHAGNOLLAUD, in *Vive la loi !*, op. cit., p.10.
[242] Voir le rapport public du Conseil d'État de 1991, *EDCE*, n°43, op. cit. pp.15-47
[243] F.OST et M. VAN de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, Académie européenne de théorie du droit, R.I.E.J., 2000.44.
[244] B.MATHIEU, *La loi*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1996.

normative… la loi ne peut plus être caractérisée par son unité… ».[245] Comment ne pas citer « Solon », ce haut fonctionnaire proche du Conseil constitutionnel, qui, dans une lettre ouverte au législateur rappelle le décalage entre les lois votées et l'idéal de loi issu de la tradition constitutionnelle française[246].

Pourtant, force est de constater la permanence de ces qualités. Le décalage avec la réalité n'altère en rien la pertinence de l'idéal ; il la renforce. La permanence des qualités idéales de la loi traduit la prégnance d'une tradition législative. Sa permanence s'explique par son ancrage dans des textes qui fondent aujourd'hui encore notre système juridique. Comme le remarque Carré de Malberg, « la plupart de nos auteurs…définissent la loi… » en puisant « les éléments de la notion de loi dans les précédents fournis par la littérature traditionnelle, dans certaines théories célèbres venues du passé… »[247]. H.Dupeyroux voit dans la permanence du critère de généralité, « un des nombreux exemples de l'influence profonde que continue d'exercer sur la pensée française contemporaine l'idéologie de 1789. Les grandes théories qu'ont brassé les grands ancêtres nous imprègnent encore jusqu'aux fibres les plus profondes »[248].

Le décalage entre l'idéal et la réalité est logiquement perçu dès l'Antiquité. Ainsi Giorgio Camassa remarque-t-il à propos du critère de stabilité : « Il est donc indéniable que, dans le monde grec, les lois changent. Et pourtant, tout se passe comme si c'était là une chose qui ne devait jamais arriver… »[249]. Il en va de même s'agissant du critère de généralité : Ce critère n'a jamais recouvert la réalité positive de la loi ainsi que le démontrent Carré de Malberg et par la suite H. Dupeyroux[250]. Carré de Malberg considère que ce critère ne peut être reconnu comme valable pour définir la loi puisque la réalité ne coïncide pas. En effet, il existe une distorsion entre la définition idéale de la loi et la réalité puisqu' « il ressort de la Constitution que nombre de mesures d'espèce ou d'exception ne peuvent être adoptées que

---

[245] Th. S. RENOUX, « Le principe de la légalité en droit constitutionnel positif français », *LPA* n°31, 11 mars 1992, pp.21-22.

[246] SOLON, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2000 : un décalogue à l'usage du législateur ? », *LPA*, 10 janvier 2001, n°7.

[247] R. CARRE de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Librairie du recueil Sirey, 1931, réed. Coll. Classiques, Economica, p.4.

[248] H.DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », art. cit., p.150.

[249] Giorgio CAMASSA, « Du changement des lois », *in* Hommage à Françoise Ruzé, *Le législateur et la loi dans l'antiquité*, op. cit., p.32. Cet auteur formule l'hypothèse selon laquelle le « précepte de l'inaltérabilité des lois exprime, métaphoriquement, la crainte que soit remise en question la stabilité de la polis comme institution.», *ibid.* p.35.

[250] « Affirmer, d'autre part, que la loi doit être générale, exprimer le désir qu'elle le soit, inviter le législateur à la faire telle, n'est-ce pas au contraire, reconnaître implicitement que la loi n'est pas nécessairement générale par nature ? », H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi »,art. cit, p.112.

par la voie législative, c'est à dire au moyen d'un acte législatif émané des chambres… »[251]. L'auteur constate ainsi l'émergence d'une théorie qui distingue les lois formelles et les lois matérielles. Selon nous, ce sont deux conceptions de la notion de loi qui coéxistent : d'une part la conception formelle de la notion de loi qui renvoie essentiellement au critère organique : « toute disposition ou décision adoptée par les chambres dans les formes prescrites pour la législation »[252] ; et d'autre part la conception matérielle qui renvoie à « son contenu », aux « caractères internes de son dispositif »[253]. La coexistence de ces deux conceptions peut se ramener à la confrontation et, *in fine,* au décalage entre l'idéal et la réalité.

Il apparaît alors pertinent de s'interroger sur les raisons de ce décalage. À l'époque où Carré de Malberg écrit son ouvrage consacré à la loi comme expression de la volonté générale, il n'y a point d'autorité capable de sanctionner la loi édictée par le Parlement au regard de l'idéal législatif issu de la tradition constitutionnelle. À partir de l'adoption de la Constitution de 1958, émerge un nouvel acteur de l'élaboration de la loi : le Conseil constitutionnel[254]. Chargé de contrôler la conformité des lois à la Constitution, la question se pose alors de savoir si cette Haute autorité est à même de pouvoir combler, au moins en partie, le fossé entre cet idéal et la réalité.

5. Le contrôle de constitutionnalité et la crise de la loi

Dans la littérature constitutionnelle classique, le contrôle de constitutionnalité est souvent présenté comme synonyme de perte de souveraineté de la loi[255]. L'émergence d'un contrôle de constitutionnalité des lois a donc été initialement considérée comme une atteinte portée à l'autorité et de la primauté de la loi[256]. La création du Conseil constitutionnel en 1958

[251] CARRÉ de MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, op. cit., p.5. L'auteur estime qu' « il suffit de parcourir les recueils de textes législatifs pour constater qu'un très grand nombre de lois édictent tout autre chose que des règles générales… », *ibid.* p.14.
[252] CARRÉ de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale,* op. cit, p.12.
[253] *Ibid.*p.12
[254] Le Conseil constitutionnel est considéré aujourd'hui comme l'une des institutions de la République responsable de l'élaboration des lois. Sans aller jusqu'à le considérer comme une troisième chambre, le Conseil constitutionnel est considéré de manière générale par la doctrine comme un co-législateur. Voir à cet égard, M.TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n°1, 1990, p.29.
[255] Paul Durand explique : « Depuis la révolution, notre pensée juridique était restée fidèle à un même principe : la primauté de la loi. ». Le même auteur explique en effet : « Expression de la volonté générale, formulée par un Parlement souverain, la loi était la règle suprême devant laquelle devaient se courber toute autorité et toute autre règle. ». Il ajoute « La constitution de 1958 bouleverse cette conception… ». P.DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution de la Vème République », *SJ/G*, 1470.
[256] *Ibid.*

est alors perçue comme le symptôme du « déclin de la loi »[257]. Soumise à un contrôle juridictionnel, celle-ci ne serait plus incontestable et aurait ainsi perdu de son prestige. Cette thèse semble résulter de la tradition constitutionnelle française, hostile au contrôle de constitutionnalité des lois[258]. Le légicentrisme est pris à son propre piège : puisqu'elle ne peut mal faire, la loi n'a nul besoin d'être contrôlée. La loi est parallèlement l'otage du principe représentatif : « la conséquence logique de l'idée de représentation, c'est que la volonté des représentants, étant la volonté de la nation elle même, ne peut être contrôlée par une volonté supérieure à elle-même »[259]. On peut constater aujourd'hui encore une relative persistance de cette conception qui associe contrôle de la loi et déclin de la loi[260]. Ces critiques du contrôle de constitutionnalité des lois traduisent une assimilation entre « l'érosion » de la souveraineté parlementaire et « la dilution de la souveraineté de la loi… »[261]. Cette assimilation est pratiquée dès 1958 : « L'enchaînement est fatal. L'humiliation du législateur conduit à la décadence de la loi. Et le déclin de la loi engendre à son tour un grand désordre dans le monde du Droit »[262].

Prenant le contre-pied de cette analyse, d'autres auteurs, considèrent que, loin d'affaiblir la loi, le contrôle de constitutionnalité vise à la renforcer. Francis Delpérée explique : « de plus en plus de pays reconnaissent la valeur du contrôle de constitutionnalité des lois, qui, loin d'affaiblir cette dernière, lui confère toute sa puissance, dès lors que le juge constitutionnel s'étant prononcé en sa faveur, elle devient intangible et ne peut plus être remise en cause »[263]. Th. S. Renoux, évoquant le rôle du Conseil constitutionnel en matière de protection du domaine législatif, constate : « le principe de légalité a ainsi reconquis une partie de ses lettres de noblesses grâce au contrôle de constitutionnalité des lois »[264]. Ces

---

[257] *Ibid.*

[258] R.MASPÉTIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *ECDE*, 1949, p.62 : « Le contrôle de constitutionnalité des lois est étranger aux traditions du droit public français qui repose sur la séparation des pouvoirs et la supériorité de la loi. ».

[259] L.DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème ed., ancienne lib. Fontemoing et Cie, 1927 1928, t.II, p. 559.

[260] Lors du colloque « vive la loi » organisé au Sénat, le thème de la première table ronde était « la loi contrariée ». Les questions successivement envisagées étaient « la loi concurrencée », « la loi contestée », et enfin « la loi contrôlée ». Ce choix semble traduire cette conception qui tend à considérer le contrôle de la loi comme un élément de sa dévaluation. *Vive la loi*, op. cit. pp.13-31.

[261] « La dilution de la souveraineté de la loi se manifeste cependant aussi sur un plan interne, sous la forme d'une triple érosion. Une érosion par le dessus, tout d'abord, dont l'expression la plus évidente réside dans la « constitutionnalisation de toutes les branches du droit », y compris celles relevant des matières réservées, comme le suggère l'idée de « constitutionnalisation du droit pénal », marquant ainsi l'avènement d'une « démocratie relative » impliquant la responsabilité du législateur et, partant, son contrôle, notamment par le juge constitutionnel. ». F.OST, *De la pyramide au réseau*, op. cit., p.39.

[262] Paul DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution de la Vème République », *SJ/G*, 1470

[263] DELPEREE, « Le système français de la loi vu de l'étranger : la renaissance de la loi », in *Vive la loi !*, op. cit. p.38.

[264] Th. S. RENOUX, « Le principe de légalité… », art. cit., p.21.

auteurs reconnaissent que le législateur a perdu en toute puissance[265] mais estiment que cela s'est fait au profit de la loi. Cette dissociation est ancienne. Pendant l'ancien régime, les parlements se fondent sur le principe en vertu duquel « la justice des lois est le meilleur soutien de l'obéissance des sujets »… et que « le contrôle des lois du roi ne serait pas dirigé contre le roi mais il en constituerait au contraire le meilleur étai, une source précieuse de légitimation »[266].

L'opposition radicale de ces deux conceptions semble se ramener à un désaccord relatif à la notion même de contrôle de constitutionnalité des lois. Pour les premiers, le contrôle de constitutionnalité porte atteinte à la souveraineté du législateur et donc à l'autorité de la loi. Pour les seconds, le contrôle de constitutionnalité porte atteinte à la souveraineté du législateur mais c'est l'autorité de la loi qui s'en trouve renforcée.

L'inexistence d'un contrôle de constitutionnalité des lois fondait ainsi la toute puissance du législateur. Les études de Carré de Malberg traduisent en effet la toute puissance d'un législateur qui dispose d'un pouvoir sans limites sur la loi, sa forme, son contenu ou sa fonction : « la notion de loi ne dépend ni de conditions relatives au contenu de l'acte législatif, ni de distinctions entre matière ou objet qui seraient ou non législatifs en soi, mais uniquement d'un facteur d'ordre formel, à savoir l'origine de la loi, c'est-à-dire qu'elle a été adoptée par le Corps législatif dans les formes requises par la législation »[267]. Ce que montre Carré de Malberg c'est que la loi est à la merci de la puissance parlementaire, qui peut en disposer librement et donc définir sans limitation son contenu. À cet égard, les « délégations abusives » des compétences législatives par le Parlement montraient à quel point celui-ci pouvait disposer de celles-là[268]. Sous les républiques précédentes, les atteintes aux libertés publiques et droits de l'homme étaient sanctionnées par la voie juridictionnelle… sauf si elles étaient organisées par une loi. Un conseiller d'État reconnaîtra à cet égard que « le caractère

---

[265] « il ne fait pas de doute que « le contrôle de la conformité d'une disposition législative à une norme substantielle de la Constitution porte atteinte à la souveraineté du législateur, ainsi privé du pouvoir d'introduire n'importe quel contenu dans une disposition normative régulièrement adoptée dans une matière qui lui appartient en vertu des règles de répartition des compétences. », F.RIGAUX, *La loi des juges*, cité par OST, *De la pyramide au réseau*, précité.

[266] F. SAINT BONNET, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit, p.16.

[267] R. CARRE DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, réed. Economica, p.23.

[268] « la puissance parlementaire est telle que l'exigence que l'habilitation ne forme plus pour le règlement qu'une condition d'ordre formel… » « …en laissant au législateur parlementaire pleine liberté de conférer en toute matière des habilitations à l'exécutif, la constitution a égalé la puissance de la loi à sa propre puissance », CARRE DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, op. cit. p.92 et 100.

purement formel de la loi n'est d'ailleurs pas sans danger et on ne peut nier qu'il ne comporte une menace latente de totalitarisme… »[269].

À l'inverse l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité des lois vient limiter la puissance normative du législateur qui ne dispose plus d'un pouvoir discrétionnaire de définition de la notion de loi. Dans cette perspective, la juridicisation de la Constitution aboutit à une prédétermination renforcée de ce que doit être la loi. En effet, si la loi est la norme définie et protégée par la Constitution, le contrôle de constitutionnalité permet à la notion de loi de s'imposer face au Parlement lui-même. La loi idéale définie au regard de son contenu se trouvera ainsi préservée par le contrôle exercé par le juge constitutionnel. Ce dernier aura la charge de résorber autant que faire se peut le décalage entre l'idéal constitutionnel et la réalité législative. Le jugement sur le contrôle de constitutionnalité au regard de la loi se trouve ainsi renversé : le Conseil constitutionnel, présenté par certains, comme un des fossoyeurs de la loi, apparaît pour les autres comme le gardien de l'idéal législatif. Alors que la Constitution est « le lieu où sont fixées les conditions de création du droit »[270] et rassemble à ce titre « l'ensemble des règles sur la législation »[271], cette norme n'emportait aucune obligation à la charge du législateur avant l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité des lois. La loi était ainsi réduite à une dimension purement formelle ou organique. L'émergence d'une définition substantielle de la loi renvoie à une conception plus proche de l'idéal législatif issu de notre tradition constitutionnelle[272]. Le Conseil constitutionnel aura ainsi la charge de veiller au respect de la norme fondamentale « dont la suprématie s'impose à tous, y compris au législateur »[273]. La loi est ainsi placée « sous surveillance »[274] et le législateur est confronté à la menace constante de cette « épée de Damoclès »[275].

---

[269]R.MASPÉTIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *ECDE*, 1949, p.55.

[270] D.BARANGER, cité par P.AVRIL et J.GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2003, p.3.

[271] Ch. EISENMANN, cité par P.AVRIL et J.GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2003, p.3.

[272] La délimitation du domaine législatif en offre une illustration puisqu'elle a vocation à imposer au législateur la place prééminente de l'acte législatif. L'émergence d'un contrôle de constitutionnalité des lois en France offre ainsi la possibilité au juge de sanctionner les délégations irrégulières de compétence législative. Voir la thèse de J. TREMEAU, *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1997.

[273] F.LUCHAIRE, cité par P.AVRIL et J.GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2003, p.3.

[274] F.HAMON et C.WIENER, *La loi sous surveillance,* O.Jacob, 1999.

[275] René de LACHARRIÈRE, « Opinion dissidente », *Pouvoirs,* n°13, 1980, p.133.

Que l'on adhère à l'une ou l'autre de ces conceptions, on doit admettre que la juridicisation de la Constitution a placé dans le giron du juge constitutionnel les sources textuelles de cet idéal législatif. Si l'idéal législatif puise à la source des textes constitutionnels, il appartiendra au juge constitutionnel de veiller au respect des principes légicentristes issus de notre tradition constitutionnelle. La juridicisation de la Constitution conduit à la constitutionnalisation d'un idéal de loi. La «juridicisation de la légistique»[276] résulte de la constitutionnalisation des critères qualitatifs de l'acte législatif. L'extension du bloc de constitutionnalité au Préambule de 1946 et à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a constitué une extension des sources textuelles de l'idéal législatif. Si la légistique relève à certains égards de l'exercice utopique et se rapproche ainsi davantage de la philosophie, force est de constater que cette discipline entretient avec la science du droit des relations qui n'ont cessé de se développer. Dès lors que la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 intègrent le corps des textes ayant valeur de droit positif, le positionnement philosophique peut être relayé sur le plan juridique[277].

Le juge étant amené à faire valoir une conception substantielle de la loi, la question se pose de déterminer les qualités constitutives de son idéal législatif.

6. Le Conseil constitutionnel et l'idéal législatif

À l'origine de cette étude, il y a une intuition : si le Conseil constitutionnel est le juge des lois et qu'il est susceptible comme tel d'imposer certaines qualités aux lois soumises à son contrôle, il a nécessairement recours à une idée préalable de ce que doit être la loi, un étalon, un idéal de loi qui prédétermine son contrôle de constitutionnalité. Le parallèle avec la qualitique est de ce point de vue révélateur puisque la recherche de qualité, quelqu'en soit l'objet, s'apprécie au regard d'un étalon ou d'une référence. Dans le domaine de la qualitique

[276] P. de MONTALIVET « La juridicisation de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *in* R.Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit. pp.99-136. Si «..les préceptes issus de la légistique constituent des exigences non juridiques… certains d'entre eux, cependant acquièrent un statut juridique par leur consécration par le juge.», *ibid.*, p.99. « ces règles scientifiques deviennent juridiques. On peut donc dire, pour paraphraser une expression connue, que la légistique est « saisie par le droit » », *ibid.* p.101.

[277] M.COUDERC explique ainsi, « En rappelant qu'il fallait « tirer les conséquences » de l'article 6, le président du Conseil constitutionnel remet au premier plan les deux exigences de l'obligation et de la généralité, désormais susceptibles de sanction. », M.COUDERC, « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », *Pouvoirs*, n°114, op. cit. pp.24-25.

on parlera de « norme »[278]. Le Conseil constitutionnel peut ainsi être envisagé comme un contrôleur de la qualité des lois[279]. Sa norme de référence explicite est alors la Constitution. Mais l'interprétation de celle-ci, en matière de qualité des lois, reposera sur une référence implicite : l'idéal législatif du juge constitutionnel.

Il apparaît en effet que le juge se voit reconnaître un pouvoir sur la loi. Mais il est intéressant de constater que ce pouvoir dépasse largement celui de co-législateur[280]. Gardien de la Constitution, le Conseil constitutionnel dispose des sources lui permettant de définir ce que doit être la loi[281]. La Constitution, *lato sensu*, offre au juge les bases juridiques sur lesquelles se fonde la tradition constitutionnelle de la loi. Le Conseil constitutionnel devient ainsi l'interprète de la « notion constitutionnelle de loi »[282] et le gardien de celle-ci. Gardien de la tradition légicentriste, les sages de la rue Montpensier se trouvent en mesure de limiter la souveraineté du législateur[283] au nom de cet idéal législatif[284].

Il s'agira de dégager les critères qualitatifs que met en œuvre le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle de la loi. L'ambition de cette thèse est ainsi de reconstituer l'idéal législatif du juge constitutionnel français, prédéterminant son contrôle de constitutionnalité des lois.

6.1 Le juge constitutionnel recourt nécessairement à un idéal de loi

---

[278] À cet égard Christian Doucet évoque les normes ISO 9000 et la certification moderne « qui ont transformé cette référence en règle impérative, l'évaluation devant désormais vérifier la conformité au référentiel… ». C.DOUCET, *La qualité*, op. cit. p.21.

[279] Dans la typologie des contrôles de qualité établis par la qualitique, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel semble correspondre avec « le contrôle qualité traditionnel des produits, mis en œuvre par des contrôleurs indépendants, rattachés au service qualité. ». C. DOUCET, *La qualité*, op. cit., p.16. Ce type de contrôle se distingue des contrôles « réalisé par l'opérateur, qui vérifie ce qu'il fait… ». On parlera alors « d'autocontrôle ». *Ibid.*,p.16.

[280] Voir notamment Michel TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n°1, 1990, p.29.

[281] On peut à cet égard remarquer que la configuration du système constitutionnel de la Vème République a évolué sur ce point au regard des lois constitutionnelles de la IIIème République. Si R.Carré de Malberg réfutait l'idée d'une définition matérielle de la loi c'est que le droit positif de l'époque ne consacrait aucunement cette définition. Ainsi écrivait-il : « la notion de loi matérielle se justifierait, si la Constitution avait exigé de la loi formelle qu'elle respecte certaines conditions de fond relativement à son contenu ». R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t.I, p.369.

[282] TH.S RENOUX, « Le principe de la légalité… », art. cit., p.20.

[283] « celle-ci (la souveraineté) n'est elle pas soustraite au législateur pour être transférée au juge, arbitre du conflit entre la Constitution et la loi, grâce à son pouvoir d'interpréter la première ? », F.RIGAUX, *La loi des juges*, cité par F.OST, *De la pyramide au réseau*, op.cit.

[284] M. Verpeaux, évoquant la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel, explique que le juge constitutionnel « exprime de manière assez claire les raisons qui obligent la loi à posséder un certain nombre de qualités pour être une « vraie » loi. ». M.VERPEAUX, « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.* 2005, Chron. p.1888.

Non seulement le Conseil constitutionnel se trouve en position d'interpréter et donc de définir la notion constitutionnelle de loi, mais encore, pour exercer son contrôle, le Conseil constitutionnel recourt nécessairement, fut-ce implicitement, à un idéal de loi.

Exercer un contrôle de constitutionnalité des lois implique le recours à une telle abstraction. En effet, le postulat de départ consiste à considérer que lorsque le Conseil constitutionnel impose aux lois des exigences (lorsqu'il impose par exemple aux lois de faire ce qu'elles ne peuvent pas ne pas faire en sanctionnant des omissions législatives), cette démarche implique qu'il ait au préalable un idéal de loi qui préexiste et qui prédétermine ce contrôle sur les lois. Pour dire que la loi ne pouvait pas ne pas faire cela, il faut bien qu'existe au préalable une idée de loi, figure abstraite et préexistante de la loi. Lorsque le Conseil constitutionnel justifie textuellement sa décision en visant un article de la Constitution (par exemple, l'article 34 de la Constitution), il ne fait qu'interpréter cet article. Cette interprétation est alors le reflet de son pouvoir créateur[285]. Il a donc une idée préalable de ce qu'il va créer et qui prédétermine son interprétation de la Constitution.

Si le Conseil constitutionnel recourt nécessairement à un idéal de loi afin d'exercer son contrôle, force est de constater qu'il ne s'y réfère jamais explicitement. Comme s'il y avait un tabou à expliciter sa participation à la définition de la notion constitutionnelle de loi. « La loi » est la seule référence qu'il s'autorise lorsqu'il juge les lois. Mais « la loi » est déjà une idée, une abstraction, une figure normative idéale.

L'idéal législatif préexiste donc à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et se matérialise à travers elle. Ce travail est donc un travail de reconstruction puisqu'il s'agira d'en découvrir les empreintes, les traces, à travers ses décisions. Il conviendra ainsi de répertorier l'ensemble des exigences attachées par le Conseil constitutionnel à la notion de loi, de recenser les qualités et les fonctions qui les sous-tendent afin de cerner le visage de la loi idéale dont s'inspire le Conseil constitutionnel. Il s'agira dans le cadre de cette étude de cerner les traits d'une figure normative, qui n'existe certes pas dans la réalité, mais qui prédétermine la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois.

---

[285] Rappelant la formule du Professeur Eisenmann : « le juge en interprétant créé », Michel Troper analyse la structure du raisonnement judiciaire pour confirmer cette analyse. Ce raisonnement est selon l'auteur fait « non pas d'un mais de deux syllogismes. Le premier a pour prémisse majeure une norme constitutionnelle, pour mineure la loi en litige et pour conclusion la décision d'annuler ou de valider cette loi. Par cette conclusion, le juge incontestablement fait œuvre de législateur. Mais la norme constitutionnelle qui sert de majeure a été, elle aussi, déterminée par le juge au terme d'une interprétation d'une disposition constitutionnelle. Celle-ci est elle-même, implicitement ou explicitement, le produit d'un syllogisme, dont la majeure est soit une méthode d'interprétation, soit un principe supra-constitutionnel. Dans ce cas, la cour choisit librement la majeure. ». M.TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Coll.Léviathan, Paris, 1994, p.310.

Cette recherche nous a conduit à embrasser l'ensemble du contentieux constitutionnel. En effet, la loi constitue logiquement, avec la Constitution, le point de convergence de l'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité des lois. L'influence qu'exerce le Conseil constitutionnel sur la production normative a fait l'objet d'études qui mettent en exergue le rôle de co-législateur du juge constitutionnel. L'ensemble des études menées sur l'activité de cette juridiction aborde d'une manière ou d'une autre la question de la qualité de la loi et donc, fut-ce implicitement, le modèle idéal qui sert de référence au juge constitutionnel dans son appréciation des lois soumises à son contrôle. Il s'est agi dans le cadre de cette étude d'établir les connexions entre ces différentes études sous le prisme de la qualité de la loi. On peut à cet égard évoquer la thèse de C.Behrendt[286] qui mesure les « interférences » de la jurisprudence constitutionnelle sur le contenu des lois futures. Le juge constitutionnel apparaît alors comme un « législateur-cadre positif», fixant le socle commun de l'ensemble des actes législatifs. En outre, les thèses traitant de l'intérêt général[287], de la sécurité juridique[288], des réserves d'interprétation[289], de la réserve de loi[290], des garanties légales des exigences constitutionelles[291] ou des objectifs de valeur constitutionnelle[292] ont constitué un apport précieux pour cette étude. L'ambition de cette recherche consistera alors essentiellement à dénouer les fils du contentieux constitutionnel pour établir leur commune destination : la loi.

La question se pose dès lors de savoir comment reconstituer cet idéal de loi véhiculé à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel ?

6.2 La méthode de reconstitution : l'étude des moyens

Si le Conseil constitutionnel est en position de s'inspirer de cet idéal de loi, il dispose corrélativement des moyens contentieux de faire valoir ses exigences. Il a les moyens

[286] C.BEHENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruylant-LGDJ, 2006.
[287] G.MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 121, LGDJ, 2004.
[288] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 122, 2005
[289] A.VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 92, 1999. Voir également, Th. Di MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica-PUAM, 1997.
[290] J. TREMEAU, *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1997.
[291] A. VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dactylographiée, Paris II, 2004.
[292] P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dactylographiée, Paris II, 2004.

d'imposer certaines qualités aux lois soumises à son contrôle. À travers l'étude de ces moyens et de leur utilisation, il s'agira d'analyser les justifications du juge constitutionnel relatives à la loi, de mettre en perspective les récurrences de ce discours afin de reconstituer un « portrait-robot » de la loi idéale du Conseil constitutionnel.

6.2.1 L'idéal législatif comme noyau dur normatif. Aspects quantitatifs.

L'incompétence négative[293]. Point de départ de cette étude, l'incompétence négative, est historiquement, le premier moyen utilisé par le Conseil pour imposer son idéal de loi au législateur[294]. Alors que la délimitation du domaine de la loi était synonyme de dévaluation de la norme législative[295], elle apparaît comme permettant au Conseil constitutionnel d'exiger du législateur qu'il exerce pleinement sa compétence[296]. En effet, ce moyen contentieux permet au Conseil constitutionnel d'imposer à la loi un minimum d'encadrement normatif la replaçant ainsi au centre de l'édifice juridique. Cette jurisprudence devait ainsi redonner tout son sens à l'idée de légicentrisme[297].

Les autres moyens contentieux. Chemin faisant, nous avons pu constater que d'autres techniques et motifs contentieux étaient venus s'ajouter à l'arsenal du Conseil constitutionnel pour imposer au législateur ce minimum normatif. Nous avons ainsi entrepris une étude des moyens développés par le Conseil constitutionnel et destinés à rendre à la loi sa place centrale dans le système juridique. Qu'il s'agisse de l'incompétence négative, des réserves interprétatives ou du « cliquet », le Conseil met en exergue les carences affectant la

---

[293] Si l'utilisation de ce moyen contentieux remonte à 1967 (voir note ci-dessous), l'expression « Incompétence négative » n'apparaîtra explicitement dans les décisions du Conseil constitutionnel qu'à partir de la décision 94-358 DC. MM. Avril et Gicquel écriront à cet égard que « la notion doctrinale de l'incompétence négative est consacrée *expressis verbis* ». MM.P.AVRIL et J.GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française (1er janvier – 13 mai 1995 », *Pouvoirs*, n°74, 1995, p.203.

[294] Voir la décision n° 67-31 DC - 26 janvier 1967. *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.* Recueil, p. 19. MM. FAVOREU et PHILIP, considèrent à cet égard qu' « on oublie parfois… qu'avant 1970-1971, il y a eu des annulations de dispositions législatives pour violation de règles de fond de la Constitution, notamment des règles protectrices de droits fondamentaux ». *GDCC*, 13ème éd., Inamovibilité des magistrats, p.187.

[295] Voir *supra,* et notamment l'article précité de P.DURAND, « La décadence de la loi… ».

[296] Sur cette question, voir J. TREMEAU, *La réserve de loi,* Thèse précitée. Voir également les articles de F.Priet et G.Schmitter consacrés à l'étude de l'incompétence négative. F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, 17, 1994. G. SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AIJC*, Vol.V, 1989.

[297] Cet aspect étant largement abordé dans la Première partie de cette thèse, nous renvoyons aux développements du Titre II, Sous-Partie I, Chapitre 1.

législation, et impose, par ces différents biais, un minimum d'encadrement législatif[298]. De la même façon, les objectifs de valeur constitutionnelle permettent au Conseil constitutionnel d'imposer une obligation de légiférer en sanctionnant les omissions du législateur[299]. Ces techniques ont ceci de commun qu'elles constituent autant d'instruments à la disposition du juge constitutionnel pour agir sur le contenu minimum de la loi. Ces techniques emportent donc une conséquence commune qui est l'enrichissement normatif de la loi, imposé par la Haute juridiction constitutionnelle. Il manquait quelque chose à la loi, le législateur a pêché par omission et le Conseil prend directement la « plume législative » (dans le cas des réserves), indique ou dicte le contenu minimum de la loi au législateur[300]. Ces techniques semblaient donc partager une finalité commune qui invitait à la comparaison.

En effet, imposer le contenu minimum de la loi, c'est contribuer à définir celle-ci. Il est ainsi apparu que ces moyens contentieux traduisaient le pouvoir du Conseil constitutionnel de participer à la définition de la notion constitutionnelle de loi. En imposant à la loi ce minimum normatif, le Conseil constitutionnel révèle ce qui lui apparaît comme étant consubstantiel à la notion de loi. D'une définition minimale (les éléments sans lesquels la loi ne peut être loi) on parvient à une définition essentialiste de la loi (ce que ne peut pas ne pas être la loi). La comparaison de ces techniques permettrait ainsi de cerner ce qui fait la quintessence de la loi au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Établir ce qu'il y a de commun dans les exigences du Conseil constitutionnel vis-à-vis de toutes les lois revient à modeler un noyau dur de la norme législative. C'est ce noyau que nous avons entrepris d'étudier dans un premier temps.

6.2.2 Du quantitatif au qualitatif. Les exigences d'effectivité de la Constitution et de prévisibilité de la législation ou la distinction des exigences touchant au fond et à la forme des lois.

[298] Cet aspect étant largement abordé dans la Première partie de cette thèse, nous renvoyons aux développements du Titre II, Sous partie I, Chapitre 2.

[299] Pour un exemple, voir la décision n° 86-217 DC- 18 septembre1986. *Loi relative à la liberté de communication,* Rec., p. 141.

[300] F.Priet remarque que la technique de l'incompétence négative permet au Conseil constitutionnel d'aller relativement loin dans la prescription de ce contenu minimum : « l'examen des lois concernant les droits fondamentaux peut en revanche amener le Conseil constitutionnel à effectuer un contrôle plus soucilleux. Soit il indique au législateur une ligne de conduite à suivre, en énonçant brièvement ce que la loi aurait dû elle-même prévoir, soit, de manière beaucoup plus directive, il énumère les diverses dispositions que la loi aurait dû fixer pour garantir les droits fondamentaux ». F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., p.78.

À l'étude, il est assez rapidement apparu que ce minimum normatif ainsi imposé par le Conseil constitutionnel à toutes les lois, ne correspondait pas tant à une exigence quantitative mais bien davantage à des exigences qualitatives. Ces techniques permettent certes au juge constitutionnel de participer à l'élaboration des lois en déterminant leur contenu minimum. Elles participent de manière convergente à imposer au législateur « une obligation de légiférer »[301]. Ainsi, un des effets de sa jurisprudence en la matière peut se résumer par la notion de densification de la loi. L'utilisation de ces techniques induit un « épaississement de la loi »[302] puisqu'il est demandé au législateur d'en dire plus. Cette densification de la loi est néanmoins interdépendante des finalités recherchées par le Conseil à travers elle. Ce sont ces finalités qu'il nous a semblé pertinent de mettre en exergue. Cette densification doit donc être considérée comme un effet secondaire de la jurisprudence de la Haute juridiction. L'aspect quantitatif induit par sa jurisprudence est indissociable d'un aspect qualitatif : Le Conseil constitutionnel ne demande pas plus de lois mais de meilleures lois. Ces techniques convergent pour imposer au législateur une « obligation de bien légiférer »[303]. En effet, à travers la définition de ce minimum normatif, le Conseil constitutionnel impose un noyau dur de qualités intangibles attachées à la loi. Le problème était alors de déterminer ces qualités constitutives de ce noyau dur normatif. Nous avons donc entrepris d'étudier ces différents moyens contentieux pour en cerner le fonctionnement et mettre en exergue les justifications du Conseil constitutionnel lors de leur utilisation.

L'incompétence négative a constitué un nouveau point de départ. Ce moyen permet au Conseil d'imposer des qualités de fond et de forme au législateur. Lorsque le juge constitutionnel prescrit au législateur d'être plus précis ou plus clair (qualité formelle), il impose en fait à ce dernier l'édiction de garanties légales (qualité matérielle). Les deux types de qualité apparaissent ainsi indissociables et sous-tendent des finalités qui ont trait à la fonction de la loi.

Le schéma typique[304] de l'utilisation de cette technique est le suivant[305] : le législateur est sanctionné pour n'avoir pas exercé pleinement une compétence qui n'appartient qu'à lui

---

[301] J-M. GARRIGOU-LAGRANGE, « L'obligation de légiférer », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges P.Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p.305 et s.

[302] L'expression est utilisée par J.TREMEAU à propos de l'incompétence négative. *La réserve de loi*, op. cit., p.266.

[303] Voir à cet égard, V.GALLETTI, « Existe t-il une obligation de bien légiférer ? », *RFDC*, 2004, n°58

[304] Par l'expression « schéma typique », nous cherchons à souligner que son utilisation répond à des logiques qui sont récurrentes sans pour autant être systématiques. Voir *infra*, Première partie, Sous partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2 et 3.

[305] Ce schéma typique est parfaitement illustré par la décision n° 85-198 DC - 13 décembre 1985. *Loi modifiant*

en vertu de la Constitution et l'avoir ainsi délégué irrégulièrement à des autorités infra-législatives. Ces délégations irrégulières de compétence se caractérisent par les lacunes de la loi, ses ambiguïtés, son manque de précision et/ou de clarté. À partir de ces défaillances formelles[306], le Conseil constitutionnel déduit une carence de la loi en garanties légales (défaillance matérielle[307]) susceptible de porter atteinte à des principes, droits ou libertés de valeur constitutionnelle (défaillance fonctionnelle[308]). À travers l'utilisation de l'incompétence négative, se révèle ainsi l'interdépendance des qualités touchant au fond et à la forme et surtout leur convergence autour d'une conception fonctionnelle de la loi : le surcroît de précision exigé du législateur correspond à la nécessaire prescription d'une garantie sur le fond destinée à assurer la concrétisation d'un droit ou d'une liberté[309].

---

la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle. Recueil, p. 78. L'article 3-II de la loi à un Établissement public de diffusion de procéder à « l'installation et l'exploitation sur les propriétés bâties de moyens de diffusion par voie hertzienne et la pose des équipements nécessaires à leur fonctionnement en vue d'améliorer la communication audiovisuelle ». « Considérant, d'autre part, que l'article 3-II permet à l'établissement public de diffusion de procéder à des travaux et installations d'importance non précisée sur des propriétés bâties publiques ou privées et prévoit que les agents de l'établissement public peuvent être autorisés à pénétrer à l'intérieur de ces propriétés, y compris dans les locaux d'habitation, notamment pour l'exploitation des équipements installés ; que ces installations et le droit de visite qu'elles impliquent pourraient faute de précisions suffisantes entraîner une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis qu'il appartient à la loi de sauvegarder ;Considérant que, si la mise en oeuvre d'une telle sauvegarde relève d'un décret d'application, il revenait au législateur de déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires ; qu'en tout état de cause il devait poser la règle que la servitude doit être établie non par l'établissement public mais par une autorité de l'Etat et prévoir le principe d'une procédure destinée à permettre aux intéressés, d'une part, d'être informés des motifs rendant nécessaire l'établissement de la servitude, d'autre part, de faire connaître leurs observations ; que, faute d'avoir institué une procédure d'information et de réclamation assortie de délais raisonnables ou tout autre moyen destiné à écarter le risque d'arbitraire dans la détermination des immeubles désignés pour supporter la servitude, les dispositions de l'article 3-II relatives à son institution doivent être déclarées non conformes à la Constitution ; (souligné par nous)

[306] L'appréciation du Conseil constitutionnel porte sur la manière du législateur d'exprimer ses prescriptions. Dans la décision 85-198 DC, le Conseil constitutionnel évoque à plusieurs reprises l'imprécision du législateur : « des travaux et installation d'importance non précisée » ; « faute de précisions suffisantes ». Les lacunes sont également visées implicitement par le Conseil constitutionnel qui considère que « faute d'avoir instituer… », « il devrait poser la règle… »

[307] L'appréciation du Conseil constitutionnel porte sur le contenu de la loi, sur ce qui est ou n'est pas prescrit par le législateur. En l'espèce, le Conseil constitutionnel évoque les garanties qu'aurait dû établir le législateur. Il vise explicitement les « garanties nécessaires » et il énumère celles qui auraient dû être fixées par le législateur. Ce dernier aurait dû poser la règle selon laquelle : « la servitude doit être établie non par l'établissement public mais par une autorité de l'Etat » ; il aurait dû prévoir « le principe d'une procédure destinée à permettre aux intéressés, d'une part, d'être informés des motifs rendant nécessaire l'établissement de la servitude, d'autre part, de faire connaître leurs observations ».

[308] L'appréciation du Conseil constitutionnel traduit la finalité des qualités exigées : la loi ne doit pas porter atteinte aux principes, droits ou libertés de valeur constitutionnelle. Sans ces qualités, la loi serait susceptible d'« entraîner une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis qu'il appartient à la loi de sauvegarder ».

[309] La décision 2000-435 DC (7 décembre 2000. *Loi d'orientation pour l'outre-mer*. Recueil, p. 164) offre une illustration de ce schéma. Le Conseil constitutionnel invalide une disposition en raison du caractère obscure et imprécis des limitations apportées à la liberté d'entreprendre. A.-L.VALEMBOIS commentera cette décision en ces termes : « il apparaît que la censure pour défaut de clarté et de précision est indépendante des considérations de fond touchant à la liberté d'entreprendre. Il n'est toutefois pas interdit de penser que les exigences du Conseil vis-à-vis des dispositions législatives peu claires et peu précises sont d'autant plus plus élevées que les droits et

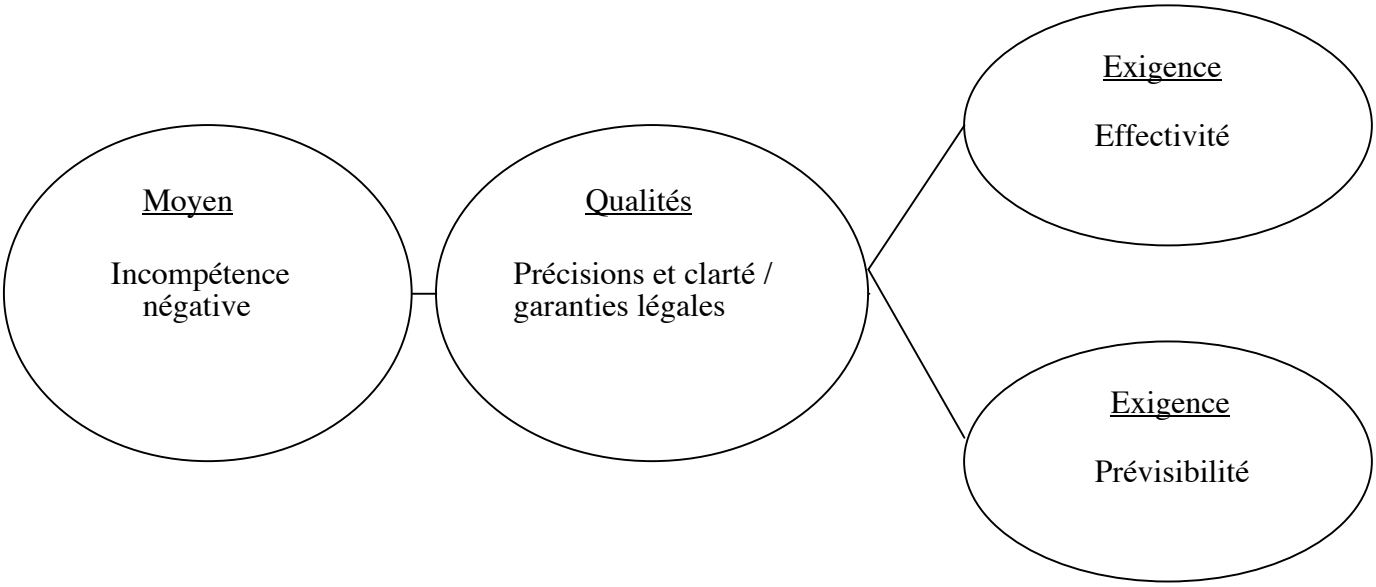
Les finalités sous-jacentes. Nous avons pu constater que l'utilisation de cette technique renvoyait à deux finalités distinctes que nous pouvons qualifier d'exigences fondamentales liées aux fonctions de la loi. Sans être nécessairement formulées explicitement par le Conseil constitutionnel, ces exigences peuvent se déduire des justifications avancées par le Conseil constitutionnel. Il s'agit d'une part de l'exigence d'effectivité de la Constitution qui impose au législateur d'édicter les règles permettant d'assurer la concrétisation normative des « valeurs constitutionnelles » [310]. Il s'agit d'autre part de l'exigence de prévisibilité de la législation, qui impose au législateur de rédiger des lois de manière claire, précise et non équivoque afin d'encadrer suffisamment le pouvoir des autorités d'application de la loi et *in fine* de protéger les sujets de droit contre des interprétations contraires à la Constitution[311]. Le schéma ci-dessous résume les trois temps de l'analyse : Le moyen contentieux, les qualités exigées, les finalités sous-jacentes.

---

libertés constitutionnellement protégés sont en jeu ». A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op.cit., p.279.

[310] Le choix de l'expression « valeur constitutionnelle » repose sur le désir de trouver une formulation qui englobe tout à la fois les principes, droits et libertés protégés par la Constitution. Le terme « valeur » permet de résumer les orientations fondamentales adoptées par le pouvoir constituant. La Constitution apparaît ainsi comme l'acte juridique qui fonde le système par des choix fondamentaux qu'il opère, les valeurs qu'il pose. L'exigence d'effectivité renvoie à une conception de la loi comme norme de « mise en œuvre » de la Constitution. Elle traduit une conception solidaire de l'ordonnancement normatif comme un ensemble de maillons formant une chaîne. Dans la décision 85-198 DC (décision précitée) cette exigence apparaît à travers la formule selon laquelle faute de précisions législatives suffisantes il pourrait résulter une atteinte aux « droits et libertés constitutionnellement garantis qu'il appartient à la loi de sauvegarder ». Le Conseil constitutionnel évoque également fréquemment l'obligation pour le législateur de « mettre en œuvre » les principes, droits et libertés de valeur constitutionnelle » : « le législateur doit assurer la garantie des droits et libertés de valeur constitutionnelle » (90-281 DC) ; « il incombe au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de définir les conditions de mise en œuvre de ces dispositions et principes de valeur constitutionnelle … » (93-329 DC) ; le Conseil constitutionnel évoque également pour définir la compétence législative, « les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent »(96-373 DC, cons.25 et 2001-454 DC, cons.12).

[311] Les garanties et précisions exigées du législateur sont destinées à border le pouvoir d'application des autorités d'application de la loi. Dans la décision 85-198 DC (décision précitée) le Conseil constitutionnel fait référence à la nécessité d' « écarter le risque d'arbitraire ».



L'enchevêtrement des exigences. Il est intéressant de constater que la même technique permet d'imposer des qualités affectées à deux exigences différentes, l'une portant sur le fond, l'autre portant sur la forme. Effectivité de la Constitution et prévisibilité de la législation sont deux exigences fondamentales en ce sens qu'elles sont liées à la fonction de la loi au regard de ses destinataires : la protection. De ce point de vue, il apparaît que l'exigence d'effectivité subsume l'exigence de prévisibilité puisque c'est la garantie des valeurs constitutionnelles qui commande à la loi d'être prévisible.

Pourtant, elles semblent bien se distinguer l'une de l'autre eu égard à la nature des qualités nécessaires à leur réalisation.

Dans le cas de l'exigence d'effectivité, les qualités exigées par le Conseil constitutionnel visent le contenu de la loi. Le Conseil constitutionnel s'intéresse à la substance des prescriptions législatives et vérifie que la loi contient les garanties légales qui seront nécessaires à la concrétisation des droits et libertés constitutionnels. Des qualités touchant à la forme de l'acte pourront bien être mobilisées pour assurer cette exigence, mais elles resteront soumises à l'examen du contenu de la loi. À travers le surcroît de précision exigé par le Conseil constitutionnel c'est la garantie légale véhiculée à travers elle qui est visée. La fonction de la loi est à cet égard liée aux principes, droits et libertés de valeur constitutionnelle : elle doit en assurer la réalisation. C'est le contenu normatif qui est alors prééminent dans l'analyse de la constitutionnalité de la loi.

Dans le cas de l'exigence de prévisibilité, les qualités exigées par le Conseil constitutionnel sont envisagées d'un point de vue formel. Il s'agit d'imposer à l'expression législative des

qualités de précision et de clarté de manière à ce que la lecture de la loi permette aux sujets de droit de régler leur conduite eu égard aux effets prédictibles de l'acte normatif. Les qualités formelles ou esthétiques de la loi sont en effet de nature à satisfaire l'impératif de prévisibilité. Le souci de sécurité juridique est ici évident[312]. La sécurité juridique permet, certes, de réaliser la protection des individus - et donc sur le fond le respect des droits et des libertés de valeur constitutionnelle - mais c'est à travers la forme de l'acte que cette exigence pourra se réaliser[313].

Les autres techniques. À partir de la mise en exergue de ces perspectives, il nous est apparu que d'autres techniques ou motifs contentieux convergeaient pour assurer les mêmes exigences relatives au fond et à la forme des lois. Les réserves d'interprétation permettent également au Conseil constitutionnel d'imposer des qualités intangibles aux lois soumises à son contrôle. En effet, la technique des réserves d'interprétation procède d'un schéma comparable à celui de l'incompétence négative[314]. Le Conseil constitutionnel met en exergue des défaillances formelles du législateur telles que l'imprécision, le manque de clarté ou encore l'ambiguïté de la loi. Ces défaillances formelles sont considérées par le Conseil constitutionnel comme mettant en péril des droits et libertés de valeur constitutionnelle. Il apparaît alors que ces réserves jouent comme autant de garanties destinées à assurer l'effectivité des droits et libertés constitutionnels que le juge considère menacés. Parallèlement, l'émission des réserves d'interprétation sera destinée à renforcer la prédétermination des effets de la loi et contribuera ainsi à assurer l'exigence de prévisibilité. En dehors des réserves interprétatives, d'autres moyens sont apparus comme permettant d'assurer l'une et/ou l'autre de ces exigences[315]

---

[312] Cette exigence ne recoupe qu'en partie le principe de sécurité juridique. Pour A.-L.VALEMBOIS, « la sanction pour incompétence négative apparaît surtout dictée par les exigences de la sécurité juridique lorsqu'elle sanctionne un défaut de précision d'une disposition législative », *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.269. De même, pour Bertrand Mathieu, « la sécurité juridique nécessite que le droit soit accessible et lisible ». Voir B.MATHIEU, Rapport pour la France, in *Constitution et sécurité juridique,* XVème Table ronde internationale des 10 et 11 septembre 1999, *AIJC*, XV, 1999, p.164. Mais notre conception de la prévisibilité ne recoupe pas celle posée par ce dernier qui distingue sous le principe de sécurité juridique, « les exigences de qualités du droit » et « les exigences de prévisibilité du droit » (qui regroupent les principes de non rétroactivité, de la protection des droits acquis, de confiance légitime et de stabilité des relations contractuelles.) *Ibid*., p.157. Selon nous, les qualités formelles (clarté, précision etc) du droit sont destinées à assurer l'exigence de prévisibilité du droit. Les exigences liées l'axe temporel dans lequel s'inscrit la loi se rattachent aux exigences portant sur le fond. La protection du principe de non-rétroactivité de la loi pénale s'inscrira ainsi dans le cadre de l'exigence d'effectivité de la Constitution.

[313] Voir le Rapport 2006 du Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p.282.

[314] Voir *infra*, Première partie, Sous partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 3.

[315] Ainsi, les garanties légales des exigences constitutionnelles apparaissent plus nettement affectées à la réalisation de l'exigence d'effectivité. Les objectifs de valeur constitutionnelle, dans la mesure où ils peuvent impliquer pour leur réalisation une obligation de légiférer semblent pareillement affectés à cette exigence.

Convergence vers une exigence touchant au fond. Il est apparu que de nombreuses autres techniques et moyens contentieux irriguant la jurisprudence du Conseil constitutionnel participaient à la réalisation de cette exigence d'effectivité de la Constitution. Ainsi en est-il de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, se substituant à la technique du cliquet, impose au législateur de ne pas priver de garanties légales des exigences de valeur constitutionnelle[316]. Ainsi en est-il encore des objectifs de valeur constitutionnelle qui permettent au Conseil constitutionnel de sanctionner une loi ne réalisant pas suffisamment l'objectif dégagé[317]. Au-delà de la sanction des « omissions législatives », l'ensemble des censures prononcées par la Haute juridiction sur le fondement de la violation d'un principe, d'un droit ou d'une liberté, traduit le souci d'imposer à la loi cette fonction de « courroie de transmission » des valeurs constitutionnelles.

Convergence vers une exigence touchant à la forme des lois. Les qualités formelles étaient certes initialement mobilisées au service de l'exigence d'effectivité. En ce sens, elles ne disposaient pas d'une autonomie contentieuse puisque leur méconnaissance ne devait aboutir à une censure que dans le cas où elle aurait conduit à mettre en péril un droit ou une liberté de valeur constitutionnelle. La seule imprécision d'un texte n'était pas de nature à constituer une violation de la Constitution[318]. Néanmoins, le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a permis à des exigences formelles d'acquérir une relative autonomie contentieuse ou à tout le moins d'apparaître en tant que telles comme des exigences fondamentales. En effet, le principe de clarté de la loi développé sur la base de l'article 34 de la Constitution traduit une telle évolution. L'exigence sur laquelle se fonde le principe concerne explicitement la forme de la loi. L'utilisation de plus en plus fréquente de cette technique devait conduire le Conseil constitutionnel à faire évoluer ses propres justifications : désormais, il évoque la nécessaire précision et clarté des lois sans laquelle les

---

Néanmoins, l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi vise à garantir la prévisibilité des lois (décision 99-421 DC - 16 décembre 1999. *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*. Recueil, p. 136). Ainsi, ces différents moyens contentieux constituent autant de voies permettant au Conseil constitutionnel d'imposer l'une et/ou l'autre de ces deux exigences.

[316] Voir *infra,* Première partie, Sous partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 1.

[317] Voir *infra,* Première partie, Sous partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 2.

[318] Voir à cet égard, J.TREMEAU, *La réserve de loi,* op. cit., p.267. L'auteur estime que l'imprécision « n'est qu'un élément d'appréciation du bon exercice de la compétence législative. Il s'intègre à la réserve de loi, par rapport à laquelle il ne dispose d'aucune autonomie ». Cette analyse s'appuie sur des décisions du Conseil constitutionnel refusant de faire du grief d'imprécision un motif suffisant pour caractériser une violation de la Constitution. Voir notamment la décision 82-149 DC (28 décembre 1982. *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*. Recueil, p. 76) dans laquelle le Conseil constitutionnel estime que « ce grief, à le supposer fondé, ne saurait mettre en cause la conformité de la loi à la Constitution » (Cons.7).

sujets de droits seraient soumis à l'arbitraire[319]. L'exigence de sécurité juridique devait ainsi acquérir les caractères d'un principe « clandestin » mais néanmoins « efficient » pour reprendre l'expression de Bertrand Mathieu[320]. Il est à cet égard évident que ces exigences touchant à la forme ont connu ces dernières décennies un développement considérable. Ainsi l'arsenal du Conseil constitutionnel s'est-il enrichi de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi[321]. Dans le même sens, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence plus sévère en matière de « neutrons législatifs »[322] ou en matière de droit d'amendement[323]. Chacune de ces évolutions traduit le souci d'assurer à la loi une qualité formelle minimale et *in fine* une plus grande prévisibilité.

6.2.3 Les autres exigences touchant au fond et à la forme

À partir de cette catégorisation des exigences touchant au fond et à la forme, nous avons pu dégager d'autres exigences se rattachant à l'une et l'autre de ces catégories. Ces autres exigences ne sont nullement formulées explicitement par le Conseil constitutionnel. Elles sont déduites de la recherche des autres exigences précédemment identifiées. Chacune de ces exigences est reliée aux autres par des relations logiques et nécessaires.

L'exigence d'effectivité de la Constitution est commandée par la nécessité pour la loi de faire produire des effets à la Constitution. Cette exigence vise le contenu de la loi, mais elle se situe dans le cadre d'une analyse abstraite des rapports entre deux normes de niveaux hiérachiques différents (le rapport Constitution / loi). On peut ainsi logiquement inférer de cette exigence d'effectivité de la Constitution une exigence d'efficacité de la législation[324], qui envisagera le contenu de la norme dans le cadre d'une analyse visant à déterminer sa capacité à atteindre ses objectifs dans la réalité (le rapport Loi/ réalité). Si la loi a vocation à réaliser les valeurs constitutionnelles, encore faut-il qu'elle soit efficace et qu'elle atteigne ses

---

[319] Voir la décision 2001-455 DC - 12 janvier 2002. *Loi de modernisation sociale*. Recueil, p. 49. Il s'agit pour le Conseil constitutionnel de « prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire ».

[320] B.MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Droit constitutionnel. Mélanges P.GÉLARD*, Paris, Montchrestien, 2000, p.301 et s.

[321] Voir la décision 99-421 DC, précitée.

[322] Le Conseil constitutionnel évoque les « dispositions dénuées de toute portée normative ». Voir la décision 2005-512 DC, 21 avril 2005. *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*. Recueil, p. 72.

[323] Voir la décision 98-402 DC, 25 juin 1998. *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*. Recueil, p. 269

[324] Nous renvoyons au chapeau introductif de la première partie qui explicite les relations entre ces deux exigences, ainsi qu'au titre relatif au fondement de l'exigence d'efficacité, *Infra,* Première partie, Sous partie II, Titre I.

objectifs dans la réalité. Dans un cas, comme dans l'autre, c'est l'analyse du contenu de la loi qui sera pertinente.

L'exigence de prévisibilité est directement liée à l'exigence d'effectivité puisque à défaut d'une loi prévisible, les droits et libertés de valeur constitutionnelle ne sont plus effectifs[325]. En permettant au Conseil constitutionnel d'imposer certaines qualités formelles aux lois, cette exigence de prévisibilité a permis d'en distinguer une autre liée à la forme : l'exigence de lisibilité des lois. Les qualités linguistiques imposées à la loi par le Conseil constitutionnel apparaissent en effet destinées à assurer une meilleure lisibilité de l'acte législatif. Cette exigence n'est plus seulement liée à la prédictibilité des effets de la norme mais également à l'attractivité de la loi et à sa connaissance par les citoyens, même lorsqu'ils ne sont pas directement visés par l'acte législatif. Les qualités formelles des lois sont déconnectées d'une logique de sécurité juridique et se rattachent davantage à une logique démocratique. C'est ainsi l'exigence d'effectivité (du principe démocratique) qui est à cet égard sous-jacente[326]. C'est également l'exigence d'efficacité qui permet d'induire cette exigence. En effet, pour être efficace, la loi doit être connue mais également aimée par les citoyens[327] qui accepteront d'autant plus de s'y soumettre. Qu'il s'agisse de la prévisibilité ou de la lisibilité, c'est toujours le contenant normatif qui sera prééminent dans l'analyse de la constitutionnalité de la loi.

Il est ainsi intéressant de constater que ces différentes exigences touchant au fond et à la forme s'entrecroisent pour former un véritable système. Le schéma ci-dessous illustre les liaisons que nous avons choisi[328] de mettre en exergue dans le cadre de cette étude entre ces quatre exigences : l'effectivité de la Constitution, l'efficacité de la loi, la prévisibilité des lois et la lisibilité des lois.

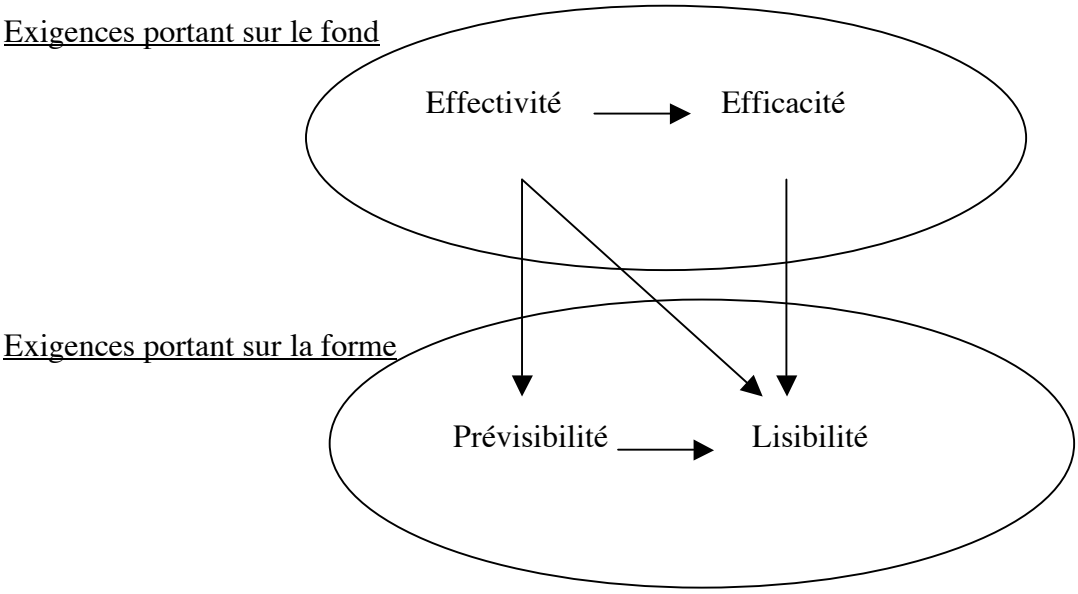
---

[325] Cette corrélation est établie par le Conseil constitutionnel lui-même dans ses décisions visant l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité et le principe de clarté. Voir la décision 99-421 DC, précitée.

[326] Nous renvoyons au titre relatif au fondement de l'exigence de lisibilité. *Infra*, Deuxième partie, Sous partie I, Titre I.

[327] « En demandant au citoyen de garder ses tablettes dans son cœur, la loi doit se faire belle… ». G. CORNU, « Le juste et le beau », présentation du thème *Droit et esthétique*, au colloque de l'association française de philosophie du droit, Paris, Décembre 1994, in *L'art du droit en quête de sagesse*, coll. Doctrine juridique, PUF, 1998, Chap.10, pp.143-144. Voir également J.BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, L'harmattan, Les presses de l'Université de Laval, 1996.

[328] D'autres liaisons sont évidemment envisageables entre ces quatre exigences, notamment celle qui lierait l'exigence d'efficacité à l'exigence de prévisibilité. Par le biais de l'exigence d'effectivité, la loi doit assurer la protection des sujets de droit. Ce faisant, elle doit être prévisible. Cette exigence ne pourra être atteinte que grâce à une loi efficace etc…



La méthodologie de reconstruction de l'idéal législatif du Conseil constitutionnel a donc consisté à mettre en exergue les exigences fondamentales qui sous-tendaient l'imposition de certaines qualités aux lois soumises à son contrôle. À partir de ces « exigences premières », nous avons mis en exergue d'autres « exigences corollaires » qui constituaient des compléments logiques et nécessaires des premières. Il s'agissait alors de déterminer l'ensemble des qualités imposées par le Conseil constitutionnel au soutien de chacune de ces exigences.

Il convient de remarquer que ces exigences n'apparaissent pas de manière systématique dans les décisions du Conseil constitutionnel et en outre qu'elles ont émergé de sa jurisprudence de manière diachronique. Ces exigences, pour récurrentes qu'elles soient, apparaissent ainsi en pointillé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cette méthodologie est proche de celle établie par Max Weber dans la construction d'un idéal-

type[329]. Néanmoins, ces exigences qualitatives constituant des orientations idéales, l'idéal législatif sera assimilé à un vecteur.

6.3 L'idéal législatif comme vecteur

Elles concernent le contenu normatif ou « le fond » (l'effectivité et l'efficacité) et elles concernent le contenant normatif ou « la forme » (la prévisibilité et la lisibilité) mais les exigences qui constituent l'idéal législatif convergent toutes pour imposer à la loi sa fonction essentielle : protéger les sujets de droit. Si l'on peut constater une réelle proximité entre l'idéal législatif du Conseil constitutionnel et l'idéal législatif de la doctrine, celle-ci est renforcée par le constat des limites s'imposant au juge constitutionnel pour concrétiser cet idéal. Le Haut Conseil a les moyens d'imposer un sens, une orientation, mais n'a pas les moyens d'imposer un résultat. Lorsque, par exemple, il dégage l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, il indique une direction souhaitable qu'il soutiendra par sa jurisprudence. Mais il n'est aucunement en mesure de pouvoir imposer l'accessibilité et l'intelligibilité des lois. L'idéal législatif se traduit par des orientations destinées à indiquer une direction idéale. Il acquiert les caractères d'un vecteur. Étudier l'influence du Conseil constitutionnel sur la loi implique corrélativement de mettre en évidence les limites de cette influence.

6.3.1 L'idéal doctrinal et l'idéal juridictionnel : l'évidente proximité

Le souci du juge constitutionnel de garantir la qualité de la loi se traduit ainsi par l'émergence d'exigences touchant au fond et à la forme. Ce faisant, on peut constater la proximité[330] entre l'œuvre jurisprudentielle du Conseil constitutionnel et la tradition constitutionnelle française en matière de loi. Celle-là apparaît directement inspirée de celle-ci.

---

[329] « On obtient un idéal type non comme une moyenne mais en enchaînant une multitude de phénomènes donnés isolément, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre et par endroit pas du tout, qu'on ordonne selon les (…) points de vue choisis unilatéralement, pour former un tableau de pensée homogène ». M.WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Presse-Pocket, 1992, p.171.

[330] Pierre MAZEAUD ouvrait la journée de réflexion sur l'intérêt général en évoquant l'importance que le Conseil constitutionnel attache à la doctrine. «… ses rapports avec l'Université sont non seulement commandés par la courtoisie et nourris par les affinités intellectuelles, mais encore dictés par des raisons fonctionnelles : qu'ils répondent à une nécessité. », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit. p.1. Cette proximité s'illustre par les rapports établis entre le Conseil constitutionnel et la doctrine. On peut à cet égard évoquer le prix de thèse du Conseil constitutionnel.

Il est en effet intéressant de constater que la « doctrine du juge » en la matière s'inscrit dans le prolongement d'une tradition législative ancrée depuis plusieurs siècles en France. L'idéal de loi inspirant la jurisprudence du Conseil constitutionnel est très proche du profil idéal de la loi dessiné par la doctrine au cours des siècles. En dépit des revirements de jurisprudence en la matière[331] il est frappant de constater la continuité de la jurisprudence du Conseil s'agissant de la notion de loi. Autrement dit, au gré des vicissitudes de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel tend à la réalisation d'un même idéal de loi issu de la tradition constitutionnelle française. Ainsi, les fluctuations de sa jurisprudence traduisent l'évolution de ses moyens contentieux pour parvenir aux même fins. Les moyens évoluent pour mieux l'atteindre mais l'idéal ne bouge pas. Si l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois ne s'inscrit pas dans la tradition constitutionnelle française (voir *supra*) au moins sa jurisprudence s'inscrit-elle dans le cadre de cette tradition. À partir de ce constat, on pourrait formuler l'hypothèse selon laquelle le juge serait en mesure de concrétiser « l'interprétation scientifique » de la doctrine à travers son « interprétation authentique » de la Constitution. En réalité, l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel met en évidence cet autre point commun de la doctrine et du juge constitutionnel : la part d'impuissance.

La proximité entre le juge constitutionnel et la doctrine tient en second lieu à la notion même de discours : le Conseil constitutionnel façonne des instruments qui révèlent les qualités essentielles de la loi mais ce n'est pas pour autant qu'il parviendra à en imposer un absolu respect. La jurisprudence du Conseil constitutionnel s'analyse comme un « discours sur la loi », qui caractérise son impuissance relative à imposer la réalisation de son idéal législatif. De ce point de vue, et en forçant quelque peu les traits, on pourrait comparer la fonction du Conseil constitutionnel dans l'élaboration de la loi à celle attribuée au Conseil d'État, laquelle se fonde explicitement sur un rôle consultatif[332]. Selon Pierre Mazeaud, ancien Président de la Haute juridiction constitutionnelle, sa jurisprudence en matière de

[331] On pense notamment à la décision 82-143 DC, rendue le 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus.* Recueil, p. 57.

[332] J.Foyer considère à cet égard qu'« il y a en France deux assemblées chargées de faire la loi : le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ». Cité par Y.GAUDEMET, « Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat dans le processus législatif », *Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat*, colloque des 21 et 22 janvier 1988 organisé par l'Université Paris II, LGDJ, Montchrestien, 1988, p.87. De son côté G. Drago considère que le Conseil d'Etat prémunit le gouvernement «contre les éléments d'inconstitutionnalité qu'il (le texte de loi) pourrait contenir, mais il énonce aussi des considérations d'opportunité, sur le bien-fondé du texte, et de forme, rédactionnelle par exemple, redondance, rédaction inadéquate, etc. ». G. DRAGO, « Fonctions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat », *in* R. Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit., p.70.

qualité de la loi a essentiellement « une valeur incitative »[333]. Dans une certaine mesure, le discours doctrinal et le discours juridictionnel se recoupent eu égard à leur vocation incitative. Cette fonction est d'ailleurs loin d'être négligeable. Évoquant leurs prises de position publique sur l'inflation législative, R. Denoix de Saint Marc explique : « Peut-être pouvons-nous espérer que cette triple pression, celle du Président de l'Assemblée nationale, celle du Président du Conseil constitutionnel et ma modeste contribution, aura des effets »[334].

6.3.2 Les limites du Conseil constitutionnel en matière de qualité de la loi

L'existence d'une juridiction chargée de contrôler la loi au regard de la Constitution ne suffit donc pas à garantir la qualité de la loi. Le décalage entre l'idéal et la réalité perdure. Le tableau des dérives de la loi demeure inchangé[335]. Ce constat doit alors nous amener à nous interroger sur les raisons de ce décalage. Le pouvoir du Conseil constitutionnel sur la loi doit donc être cerné au regard de ses limites intrinsèques[336].

D'une part le Conseil constitutionnel est soumis dans le cadre de cette activité de contrôle à toute une série de limites bornant son pouvoir sur la loi. Ces limites sont logiquement incarnées par les autres institutions compétentes en matière de loi. Le Conseil « apporte son concours à la revalorisation de la loi, mais ses moyens sont limités et il ne peut à lui seul combattre tous les maux de notre système normatif »[337]. Le législateur est à cet égard principalement responsable de la (mauvaise) qualité des lois. Dans sa volonté d'assurer une meilleure qualité des lois, le Conseil constitutionnel se heurte ainsi aux pratiques parlementaires et gouvernementales. Nombre de ces pratiques (dispositions balais, renvois, cavaliers) nuisent à la qualité de la norme. Le Conseil constitutionnel doit faire face à ces pratiques et doit s'opposer aux tentations parlementaires et gouvernementales. C'est contre les

---

[333] Pierre Mazeaud explique ainsi que « pour l'essentiel, le poids de ses décisions est dans leur valeur incitative », Vœux présentés au Président de la République, 2006. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr.

[334] R.DENOIX DE SAINT MARC, « Il est difficile de demander aux juges d'augmenter encore leur productivité », *AJDA*, 28 mars 2005.

[335] Le rapport public du Conseil d'Etat 2006 fait largement échos à celui présenté en 1991. Voir Rapport public précité, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *EDCE*, n°57. P.Mazeaud a présenté au Président de la République « un tableau des dérives qui aboutissent à la fois à une inflation législative et à une mauvaise qualité de la loi ». Voir les vœux adressés au Président de la République en 2005. Disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr.

[336] Ainsi résonne la voix de Solon à travers les décisions du Conseil constitutionnel…S'il a les moyens de dire ce qu'est une bonne loi, il ne dispose pas des moyens de l'imposer. La jurisprudence du Conseil constitutionnel relève ainsi dans une certaine mesure de l'incantation. Voir l'article précité de SOLON, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2000 : un décalogue à l'usage du législateur ? », *LPA*, 10 janvier 2001, n°7.

[337] Pierre MAZEAUD, Vœux du Président du Conseil constitutionnel au Président de la République, 2006. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr

mœurs politiques que le Conseil constitutionnel doit lutter. Or ces pratiques qui relèvent de choix de gouvernance sont désignées comme les principales responsables de l'instabilité et de l'inflation normative[338]. Les pratiques législatives permettent en outre parfois de contourner les exigences qualitatives imposées par le Conseil constitutionnel. Ainsi, la jurisprudence en matière de cavalier législatif s'est vue aisément contournée par la pratique des « lois portant diverses mesures… ». Face à cette situation le Conseil ne peut agir qu'à la marge. L'objectif de valeur constitutionnelle dégagé à propos de l'entreprise de codification et de simplification du droit est à cet égard significatif[339]. En matière de qualité de la loi également, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement[340].

En outre, le Conseil constitutionnel est impuissant à contrecarrer les évolutions contemporaines du droit. La diffusion du droit dans tous les domaines de la société, la technicité des questions traitées sont des mouvements qui affectent la qualité de la législation et que le Conseil constitutionnel ne peut que subir. Parmi ces évolutions, l'émergence d'un droit supra national n'est pas sans impact sur la qualité de la loi : la technicité de ce droit s'impose au législateur national qui ne dispose que de peu de marge de manœuvre dans le cadre de la transposition des directives communautaires.

Les limites liées aux moyens techniques et humains du juge constitutionnel doivent également être évoquées : ces lois, de plus en plus nombreuses, illisibles, instables ne sont-elles pas plus difficiles à contrôler ? Compte tenu des moyens limités du Conseil, et du cadre temporel dans lequel la Constitution enferme son contrôle, comment fait-il face au phénomène d' « hypernormativité » ? La multiplication des lois sur un même sujet, sans pour autant que l'abrogation des textes périmés ne soit assurée, complique d'autant l'exercice de son contrôle. La technicité accrue, le pointillisme toujours plus exacerbé du législateur constituent des obstacles au contrôle de constitutionnalité des lois. Il semble donc que plus la

---

[338] On pense ici aux critiques récurrentes relatives à l'incontinence normative, à l'utilisation de la loi comme procédé de communication etc. Nous renvoyons à cet égard aux deux rapports publics précités du Conseil d'État pour les années 1991 et 2006.

[339] Sur la notion de « pratique normative » voir H. MOYSAN, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative », *AJDA*, 2001, pp.428-437.

[340] Nous faisons ici référence à la formule devenue classique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et qui traduit l'autolimitation du juge constitutionnel face à la souveraineté du législateur. Décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, décision dite « IVG ». Voir *GDCC*, 13ème éd. p.314-315. Il convient à cet égard de remarquer que la formulation a légèrement évolué à partir de la décision 2000-433 DC du 27 juillet 2000 : le Conseil constitutionnel déclare désormais qu'il « n'a pas un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. ». (*Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 121)

qualité globale des lois se détériore, plus le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel s'en trouve compliqué.

Enfin, la pluralité des qualités de la loi implique de mettre en œuvre une stratégie de conciliation de celles-ci. Autrement dit, le Conseil constitutionnel devra assurer un arbitrage entre différentes qualités souvent contradictoires : « L'art du législateur consistera donc à rester abstrait sans être obscur, concis sans être imprécis, simple sans être insuffisant »[341]. Il s'agira de recenser l'ensemble des critères idéaux que le Haut Conseil soutient par sa jurisprudence pour mettre en exergue ses choix stratégiques en la matière. Comment peut-il agir sur la généralité, l'abstraction, l'impersonnalité, la rationalité ou la normativité de la loi pour orienter la loi au regard de ses fonctions idéales ? La jurisprudence du Conseil constitutionnel devra ainsi, parallèlement à la conciliation des droits et libertés antagonistes, trouver la voie de l'équilibre des différents caractères idéaux de la norme. Cela pourra conduire à une évaluation des politiques jurisprudentielles menées par le Conseil constitutionnel dans ce domaine : a-t-il aujourd'hui une part de responsabilité dans la crise de la loi ?

Ainsi, le Conseil constitutionnel se trouve être, à la fois, acteur et spectateur de la crise de la loi. Il peut agir, mais il ne peut pas tout faire. Son idéal de loi peut orienter la législation qu'il contrôle mais il ne peut imposer son idéal législatif à la législation soumise à son contrôle. En définitive ce décalage permet d'évaluer l'influence du Conseil constitutionnel sur la loi et donc sur le système normatif dans son ensemble. Cela révèle tout à la fois les pouvoirs du Conseil et ses limites. L'idéal législatif du Conseil constitutionnel constitue de ce point de vue un instrument de mesure. Démontrer l'existence de cette figure normative ne peut être une fin en soi. L'idéal législatif a en outre vocation à fournir un instrument de mesure des pouvoirs du Conseil constitutionnel. En révélant ce qu'il attend de la loi, il fait apparaître une distorsion entre ses attentes et la réalité. On retrouve une certaine proximité avec la démarche idéale-typique de Max Weber : « L'idéal type (…) n'est pas la réalité historique, ni surtout la réalité authentique (…). Il n'a d'autre signification que d'un concept limite purement idéal, auquel on mesure la réalité pour clarifier le contenu empirique de certains de ses éléments importants, et avec lesquels on compare »[342]. Cette étude porte donc sur le pouvoir du Conseil constitutionnel[343] sur la loi. Quelles sont ses limites et pourquoi

[341] M.COUDERC et C.BÉCANE, *La loi*, op. cit., p.59.
[342] M.WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Presse-Pocket, 1992, p.176
[343] M.DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Paris, LGDJ, 2001. Cette thèse est tout à la fois plus large et plus restreinte que celle de M.DOKHAN. Il s'agit en effet d'envisager les pouvoirs du Conseil constitutionnel (plus large que l'étude de M.DOKHAN qui n'envisage que les limites) et les

s'imposent-elles à lui ? C'est pour cette raison que l'idéal législatif ne sera pas présenté comme un portrait figé mais comme un vecteur qui n'indique qu'une direction.

7. Le plan

Cette étude se fixe comme ambition de définir l'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Cet idéal sera reconstruit à partir des moyens utilisés par le Conseil constitutionnel qui permettent d'imposer certaines qualités à la norme. Ces qualités de la loi apparaissent destinées à soutenir des exigences fondamentales largement inspirées de notre tradition constitutionnelle. Ces exigences peuvent se distinguer selon qu'elles concernent le fond (effectivité de la Constitution et efficacité de la législation) ou la forme des lois (prévisibilité des lois, lisibilité des lois). Ces quatre exigences fondamentales dessinent les contours de l'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Il conviendra d'envisager les limites qui s'imposent à lui et qui séparent l'idéal législatif de la réalité. La problématique de cette thèse s'articule autour de la confrontation de trois binômes : l'idéal et la réalité, les pouvoirs et les limites, le fond et la forme.

Chaque exigence se verra soumise à la même grille d'analyse : Quels sont les **fondements** de l'exigence ? Quels **moyens** contentieux le Conseil constitutionnel a-t-il développé pour la satisfaire ? Quelles **limites** s'imposent à la Haute juridiction pour la réalisation de ladite exigence ?

La présentation des fondements de chacune de ses exigences doit s'entendre au sens large du terme. Il ne s'agit pas seulement des fondements textuels, mais avant tout des « raisons d'être » de chacune de ses exigences. Elles sont en effet bien souvent issues d'analyses téléologiques qui prennent appui sur les fonctions présupposées de la loi dans un système démocratique. À ce titre, l'étude des écrits doctrinaux a fourni l'essentiel de la substance de ces titres consacrés aux fondements des exigences. Ces écrits qui s'inscrivent bien souvent dans le cadre d'analyses *delege feranda* permettent de considérer les auteurs comme les principaux artisans de l'idéal législatif dans la tradition constitutionnelle française. Ce sont en outre les singularités juridiques de l'époque contemporaine qui justifient l'émergence de ces exigences, et en constituent ainsi, un des fondements.

---

limites des pouvoirs du Conseil constitutionnel mais, uniquement sous l'angle de la loi (plus restreint que l'étude de M.DOKHAN…).

Le thème de la qualité de la loi n'est pas seulement illustré par l'activité contentieuse du Conseil constitutionnel. On peut constater une multiplication d'initiative lancées par les pouvoirs publics en faveur de la qualité de la loi. Au-delà des discours[344] et des déclarations[345], ce thème a suscité ces dernières années un développement d'outils juridiques destinés à remédier à la crise de la loi : rapports[346], circulaires[347], chartes ministérielles[348], des lois ordinaires[349], organiques[350] et constitutionnelles[351], ont été proposés et/ou adoptés.

L'œuvre du Conseil constitutionnel devra s'analyser dans cette perspective : Quelle place la Haute autorité occupe-t-elle dans ce cadre ? Quel rôle peut-elle jouer ? Quelles sont les limites de son action ? On peut ainsi constater que la montée en puissance de cette problématique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'inscrit dans le cadre d'un mouvement plus global.

La qualité de la loi est en passe de devenir le nouveau paradigme du contrôle de constitutionnalité des lois. Elle peut résumer l'ensemble des défaillances législatives sanctionnées par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle. Qu'il s'agisse des exigences touchant au fond (**Première partie**) ou de celles touchant à la forme **(Deuxième partie)**, le contrôle exercé par le Conseil est empreint d'un idéal législatif qui conditionne l'évaluation de la constitutionnalité des lois.

---

[344] Voir à cet égard l'article de SOLON, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2000 : un décalogue à l'usage du législateur ? », art.cit., et le discours de Pierre Mazeaud devant le Président de la République le 5 janvier 2005. Article de O.Pognon, Le Figaro daté du 6 janvier.

[345] Dans sa déclaration de politique générale, le Premier Ministre évoquait la qualité de la réglementation comme « une des tâches prioritaires » du gouvernement. Débats, Assemblée nationale, 23 mai 1994.

[346] Voir notamment D. MANDELKERN (dir.), *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation,* Paris, Ministère de la fonction publique, 2002 et B. LASSERRE, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Paris, 2004.

[347] Voir les circulaires du 26 août 2003, relative à la maîtrise de l'inflation législative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation. Ces circulaires succèdent à celles du 25 mai 1988 du 26 juillet 1995, du 6 juin 1997.

[348] C.BERGEAL, évoque l'adoption durant l'année 2004 par chaque ministère de « chartes de qualité de la réglementation »., *Rédiger un texte normatif*, 5ème éd., Berger-Levrault, 2004, p.12.

[349] Voir les lois de simplification du droit et notamment celle en date du 9 décembre 2004 n°2004-1343, Loi de simplification du droit, JO du 10 décembre 2004, p.20857. (3ème loi du genre adopté en moins de 5 ans.) Sur cette question : voir A.MAUCOUR-ISABELLE, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *AJDA*, 2005, pp.303-307.

[350] Dans son rapport public annuel 2006, la section des études du Conseil d'État préconise l'adoption d'une loi organique : « Il est donc aujourd'hui nécessaire de s'interroger sur l'opportunité de recourir à un instrument juridique de rang plus élevé dans la hiérarchie des normes que la circulaire (…). Ces règles pourraient figurer dans une loi organique ». *EDCE*, n°57, *Sécurité juridique et complexité du droit,* op. cit., p.313.

[351] Le Président de l'Assemblée nationale déposait le 5 octobre 2004, une proposition de loi constitutionnelle « tendant à renforcer l'autorité de la loi » (proposition n°1832). Deux réformes sont proposées : celle de l'article 34 destinée à constitutionnaliser l'exigence de normativité… Celle de l'article 41 afin de permettre d'opposer l'irrecevabilité à des amendements dépourvus de portée normative. Sur cette proposition voir : J-P. FELDMAN, « Sur la proposition de loi constitutionnelle « tendant à renforcer l'autorité de la loi », *D.*2005, chron., pp.3999-402.

PREMIERE PARTIE

LES EXIGENCES PORTANT SUR LE FOND

> « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » (Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789)

> « Le but des institutions sociales doit être de maintenir, entre tous les hommes, cet état de justice et de paix que la sagesse maintient entre des hommes modérés. Voilà tout le secret d'une bonne législation. » (Portalis)[352]

Sur le fond, la qualité d'une loi ne pourra s'apprécier qu'au regard de la fonction qui lui est attribuée au sein du système normatif. Si, comme l'écrit Jhering, le droit « n'est que le moyen de réaliser un but »[353], reste donc à savoir quel est le but de la loi.

Dans le cadre d'une analyse rationnelle du système juridique, la fonction de la loi s'appréhendera au regard de son environnement normatif. Dans un tel cadre, les différents échelons de la pyramide des normes doivent constituer un ensemble cohérent[354]. Le but ou la fonction de la loi s'appréhendera à partir du positionnement de la norme législative au sein du système. La loi étant située, au sein de la pyramide, en dessous de la Constitution, c'est au regard d'un rapport d'articulation entre ces deux échelons que pourra être appréciée la qualité de la loi. Le but de la loi, dans cette perspective, consistera à permettre l'effectivité des normes constitutionnelles. Dans cette optique, la pyramide des normes prend une allure dynamique puisqu'il s'agit pour chacun des niveaux de l'édifice d'être une courroie de transmission de celui qui lui est supérieur. Directement subordonnée à la norme constitutionnelle, la loi se voit conférer la fonction de concrétiser les « valeurs

---

[352] PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIè siècle*,chapitre 29.

[353] JHERING, *L'évolution du droit*, paris, Chevalier-Marescq,1901, p.169. Voir également J.HUMMEL, « La volonté dans la pensée juridique de Jhering », *Droits* n°28, 1999, p.71.

[354] Hans Kelsen décrit la pyramide des normes en ces termes : « L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques… »., H.KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.299.

constitutionnelles »[355]. Chaque norme constitutionnelle implique pour sa réalisation effective l'édiction de normes corollaires. Si l'on pousse plus loin cette analyse, toutes les normes subséquentes à la Constitution participent à la concrétisation de celle-ci[356]. On passe ainsi d'une vision statique de la pyramide des normes à la vision dynamique d'un réseau de normes[357]. Dans ce cadre, la norme constitutionnelle est ainsi caractérisée par sa dimension de « norme-objectif » : Elle fixe des buts qui devront être poursuivis par les autorités compétentes. Corrélativement, la loi est caractérisée par sa dimension de « norme corollaire » : Elle devra participer à la concrétisation des valeurs posées par la Constitution. La loi apparaît ainsi comme le trait d'union entre la Constitution et les autres normes. La qualité de la loi sera ici envisagée sous l'angle d'une cohérence externe de la norme législative, c'est-à-dire vis-à-vis de son environnement normatif. Cette exigence renvoie ainsi à un rapport abstrait de norme à norme[358]. La Constitution fixe des objectifs, la loi devra les poursuivre. À cet égard, l'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet de constater que l'ensemble des obligations imposées par les « Sages » de la rue Montpensier s'inscrit dans le cadre de cette exigence. Sa mission semble même se réduire à cette confrontation abstraite entre ces deux normes[359]. En effet, le Conseil constitutionnel a développé un arsenal de techniques destinées à imposer à la loi ce rapport d'articulation vis-à-vis de la Constitution.

Cette exigence d'effectivité de la Constitution implique, d'un point de vue rationnel la prise en compte d'une autre exigence : l'efficacité de la législation. Celle-ci est un corollaire de celle-là, car si la loi n'est pas efficace, les valeurs constitutionnelles ne pourront être effectivement concrétisées. Une fois déterminé le but de la loi, reste en effet à évaluer ses capacités à atteindre celui-ci. La logique de l'efficacité succède ainsi à la logique de

---

[355] L'expression « valeurs constitutionnelles » désigne l'ensemble des principes, droits et libertés proclamés par la Constitution.

[356] H.Dupeyroux explique à cet égard : « par les actes de pure exécution qui sont les derniers anneaux de la longue chaîne hiérarchisée des règles et des actes juridiques, le monde idéal tend invinciblement à s'enraciner dans le réel ; ce n'est que par l'accomplissement de ces actes que les règles juridiques revêtent ce caractère d'efficacité qui est une des conditions essentielles de leur positivité. Le plan idéal ne peut pas être purement théorique et abstrait ; car il est destiné à informer, non pas des relations idéales, mais la réalité naturelle. », « Sur la généralité », H.DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », art cit., p.158.

[357] Voir à cet égard, F.OST, *De la pyramide au réseau*, op. cit.

[358] Dans ce sens, on peut se référer à la définition donnée à la notion d'effectivité par A. Vidal-Naquet : « En impliquant qu'il est dans la nature de la règle de droit de produire de se réaliser, l'effectivité s'intéresse au développement des virtualités de la règle de droit par le droit lui-même… l'effectivité du droit se situe à l'intérieur même du droit et la question de la réalisation du droit n'impose pas un passage par les faits. », A. VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse Paris II, 2004, p.9.

[359] O.Jouanjan considère à cet égard que pour le Conseil constitutionnel « le contrôle ne peut mettre en jeu qu'une relation binaire, la loi et la Constitution, une relation entre les textes ». O.JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Économica, Paris, 1992, p.327.

l'effectivité. Il s'agit alors d'envisager la cohérence de la loi d'un point de vue interne : son contenu normatif est-il en mesure de réaliser les objectifs qu'elle s'est fixés. Si cette exigence d'efficacité s'appuie sur la cohérence interne du dispositif législatif (confrontation des objectifs poursuivis par la loi et des moyens mis en œuvre pour les atteindre) elle renvoie à la norme dans son rapport avec le réel (la loi produira-t-elle les effets escomptés)[360]. Cette exigence d'efficacité, de plus en plus présente dans le discours doctrinal, relève d'une conception nouvelle du droit en général et de la loi en particulier. Les moyens de satisfaire à cette exigence connaissent un développement dans les pratiques normatives (évaluation et expérimentation). S'il ne s'y réfère jamais explicitement, le Conseil constitutionnel semble prendre en compte cette exigence d'efficacité en s'immisçant dans un contrôle de la cohérence interne de la norme et partant de son rapport avec la réalité[361].

La distinction des notions d'effectivité et d'efficacité est purement stipulative. L'effectivité renvoie à un rapport de norme à norme alors que l'efficacité renvoie au rapport de la norme à la réalité[362]. Qu'il s'agisse de l'effectivité de la Constitution ou de l'efficacité de la législation, les exigences portant sur le fond sont placées sous le signe de la rationalité. De ce point de vue, on peut constater avec G.Drago que « le contrôle de constitutionnalité n'a pas pour fonction de formuler du droit mais d'assurer sa cohérence »[363]. En axant son contrôle sur la rationalité du rapport d'articulation entre la loi et la Constitution, la jurisprudence du Conseil constitutionnel portait en germe les évolutions axées sur la rationalité interne de la loi. L'exigence d'effectivité de la Constitution (Sous partie I) impliquait l'exigence d'efficacité de la législation (Sous partie II).

---

[360] Pour une telle définition voir notamment A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », *D*. 1992, p.265. Pour ces auteurs, l'efficacité d'un outil s'entend « de son aptitude à procurer le résultat en vue duquel il a été conçu ». « Dans le domaine qui nous occupe ici, il est plutôt question d'efficacité extra-juridique, socio-économique. Cette qualité doit s'entendre, s'agissant de l'ordre juridique considéré dans son ensemble, de sa réussite dans les missions sociétales générales qu'on lui assigne : il s'avère efficace s'il réalise la justice, assure l'ordre et la sécurité, rend prévisibles les actions et leurs résultats , etc. S'il est question d'une norme singulière ou d'un corps particulier de règles, cette efficacité réside dans l'obtention du résultat recherché par l'autorité qui l'a édicté : la délinquance baisse, la situation de l'emploi ou l'état de l'environnement s'améliore, le flux d'affaires portées devant les tribunaux diminue, le traitement de dossiers ou de litiges s'accélère, l'état de surendettement des particuliers diminue, etc.», *ibid*. p.265.

[361] On peut renvoyer sur l'émergence de cette exigence dans le contrôle de constitutionnalité des lois à la thèse de Jean-Jacques PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en France et en Italie*, Économica-PUAM, Coll. Droit public positif, 2001.

[362] À cet égard, on doit constater que la notion d'effectivité est parfois entendue comme se référant au rapport qu'entretiennent la norme et la réalité. En ce sens, voir notamment J.CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur,* LGDJ, 10ème éd.2001, pp.136-148. L'auteur assimile l'ineffectivité et l'inapplication de la norme par ses destinataires. *Ibid*., p.137. Dans le même sens G. Cornu explique que : Appliquée au domaine juridique, l'effectivité renvoie au « caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement. ». G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987. Cette conception large de cette notion englobe ainsi ce que nous plaçons sous le terme d'efficacité.

[363] G.DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 1998, p.6.

SOUS PARTIE I

L'EXIGENCE D'EFFECTIVITE DE LA CONSTITUTION

La mise en œuvre par la loi des valeurs constitutionnelles

> « Par les actes de pure exécution qui sont les derniers anneaux de la longue chaîne hiérarchisée des règles et des actes juridiques, le monde idéal tend invinciblement à s'enraciner dans le réel ; ce n'est que par l'accomplissement de ces actes que les règles juridiques revêtent ce caractère d'efficacité qui est une des conditions essentielles de leur positivité. Le plan idéal ne peut pas être purement théorique et abstrait ; car il est destiné à informer, non pas des relations idéales, mais la réalité naturelle. » (H.Dupeyroux)[364]

L'exigence d'effectivité de la Constitution renvoie à un souci de « cohérence externe » qui impose que la norme inférieure ne soit pas contraire à la norme supérieure. Cette exigence se rattache à une conception d'un droit rationnel conçu comme « une totalité cohérente, un « ordre » unitaire, c'est-à-dire un système de normes solidaires et hiérarchisées, reliées entre elles par des relations logiques et nécessaires… »[365]. La notion d'effectivité sera entendue dans son sens restreint comme relevant d'un rapport de norme à norme[366] : la loi doit permettre la concrétisation normative de la Constitution[367].

---

[364] H.DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », art. cit., p.158.

[365] J.CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? », *RDP*, n°3, p.665.

[366] En ce sens, A. Vidal Naquet explique : « En impliquant qu'il est dans la nature de la règle de droit de produire de se réaliser, l'effectivité s'intéresse au développement des virtualités de la règle de droit par le droit lui-même… l'effectivité du droit se situe à l'intérieur même du droit et la question de la réalisation du droit n'impose pas un passage par les faits. ». A. VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse Paris II, 2004, p.9. « la notion d'effectivité s'impose dans le processus même de production de la règle juridique et s'adresse avant tout aux autorités normatives, chargées de développer le droit par le droit », *ibid*. p.12. Néanmoins, dans la mesure où la notion d'effectivité implique en vertu de cette conception que les normes constitutionnelles soient « effectivement obéies et appliquées » par le législateur, elle se rapproche de la notion d'efficacité au sens où l'entend H.Kelsen. H.KELSEN, *Théorie pure du droit,* Trad. C.Eisenmann, Dalloz, 1962, p.288.

[367] La notion d'effectivité se rapproche ici de celle de « validité » désignant le « rapport de conformité » de la norme inférieure vis-à-vis de la norme supérieure. Voir M.-A.. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », in *Mélanges Pierre Avril, La République*, Montchrestien, 2001, p.207. Voir à cet égard A.ROSS, « La validité et le conflit entre le positivisme juridique et le droit naturel », in *Revista juridica de Buenos-Aires*, Vol. IV, 1961, pp.46-93, trad. E.Millard et E. Matzner, Recueil d'articles à paraître à la LGDJ. Cité par M.-A. COHENDET, *ibid.*

Cette exigence se singularise des autres exigences identifiées (efficacité, prévisibilité et lisibilité) par sa transcendance : L'effectivité de la Constitution sert de fondement à l'ensemble des autres exigences envisagées dans la présente étude. C'est par le biais de l'effectivité de la Constitution que les autres exigences pourront être prises en compte par le juge constitutionnel : « Assurer la suprématie de la Constitution par une procédure juridictionnelle, tel est l'objet de la justice constitutionnelle »[368]. La recherche d'effectivité de la Constitution constituera de ce point de vue la justification invariable du Conseil constitutionnel dans l'exercice de son contrôle. Cette exigence se traduit par la formule bien connue selon laquelle la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution[369]. Le contrôle de constitutionnalité des lois apparaît de ce point de vue comme la « condition essentielle de l'État de droit »[370].

Le champ de cette exigence est déterminé par l'étendue des valeurs proclamées par la Constitution : il s'agira des règles, principes, droits et libertés consacrés successivement par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Constitution de 1958 *stricto sensu*. L'exigence d'effectivité de la Constitution recoupe ainsi partiellement la conception classique liant la loi et la protection des droits et libertés, puisqu'il reviendra à la loi de positiver les principes, droits et libertés proclamés dans ces textes constitutionnels. C'est sous cet angle que nous avons choisi de mettre en évidence cette facette de l'idéal législatif du Conseil constitutionnel. D'une manière générale, il reviendra à la loi en vertu de cette exigence de régir les rapports entre les membres de la société, de concilier les intérêts antagonistes en présence afin de garantir la paix sociale et donc d'être le vecteur de l'intérêt général.

À ce titre, l'exigence d'effectivité des principes, droits et libertés constitutionnels revêt un caractère diffus puisque même lorsqu'elle n'est pas affichée explicitement par le législateur, elle constitue invariablement et logiquement la finalité imposée à la loi par la Constitution. Quelle que soit la loi envisagée, certains principes comme l'égalité des citoyens seront toujours potentiellement affectés. En outre, l'édiction d'une loi est toujours censée répondre à une exigence démocratique dans la mesure où elle est destinée à garantir au

---

[368] G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2ème éd. refondue, PUF, Coll. Thémis droit, 2006, p.29.

[369] Voir décision 85-197 DC du 23 août 1985. *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Recueil, p. 70. (cons.27). P.BRUNET explique à cet égard : « le fameux obiter dictum de 1985 semble ici tout dire qui fait passer la Constitution devant la volonté générale et pose que la loi ne tire sa légitimité que de sa conformité à la Constitution. C'est encore en vertu de la conformité à la Constitution que le juge constitutionnel exige désormais que la loi soit réellement normative comme s'il était illégitime d'y trouver des déclarations de principe, comme si le législateur devait se borner à tirer les conséquences de la Constitution. », P.BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? », *Pouvoirs,* n°114, 2005, p.7.

[370] J.CHEVALLIER, *L'État de droit,* Clef, Montchrestien, 3ème éd., 1999, p.83.

citoyen que les questions importantes donnent lieu à un débat au Parlement[371]. La Constitution impose en effet à toute loi d'assurer la mise en œuvre des valeurs qu'elle proclame. Cette affirmation ne semblait pas aller de soi puisque certaines dispositions constitutionnelles fixent des limites à la loi (« la loi ne peut », « la loi ne doit ») alors que d'autres encore constituent de simples habilitations (« le législateur peut… »). Lorsque le constituant fixe une limite au législateur, ce dernier se trouve empêché de faire et c'est donc son abstention que requiert la disposition constitutionnelle. Lorsque le constituant habilite le législateur à faire quelque chose, ce dernier reste théoriquement libre d'utiliser ou non cette possibilité. Néanmoins dans un cas comme dans l'autre, le législateur se trouve contraint de respecter les valeurs proclamées par la Constitution dans le cadre de l'action législative[372]. Cette analyse fait ainsi écho à une conception de la loi qui tend à unifier ses fonctions négatives (la loi comme rempart contre l'arbitraire se voit imposer des limites) et positives (la loi comme courroie de transmission des droits et libertés se voit imposer des obligations positives). Ces deux fonctions (de rempart et de courroie) renvoient à une obligation positive puisqu'en assurant la fonction de rempart contre l'arbitraire, elle assure la mise en œuvre des valeurs constitutionnelles. La mise en œuvre par la loi de ces valeurs constitue sous cet angle une exigence invariable dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois.

L'étude de la jurisprudence constitutionnelle révèle, à cet égard, l'utilisation d'une pluralité de moyens destinés à imposer à la loi cette exigence. À ce titre, le juge constitutionnel français exige non seulement de la loi qu'elle ne porte pas atteinte à des règles et principes de valeur constitutionnelles, mais exige de surcroît du législateur qu'il édicte les dispositions qui permettront d'assurer l'effectivité des valeurs constitutionnelles. L'incompétence négative, les garanties légales des exigences constitutionnelles, les réserves interprétatives et les objectifs de valeur constitutionnelle démontrent, à travers leur utilisation, que le Conseil constitutionnel a développé une véritable obligation positive à la charge du législateur. En exigeant de celui-ci qu'il pose les garanties nécessaires à l'effectivité des

[371] François Luchaire considère que lorsque le législateur n'exerce pas sa compétence constitutionnelle « la victime n'est pas le Parlement, c'est le citoyen auquel la Constitution a garanti que les matières les plus importantes donneront lieu à des débats publics de ses représentants élus ». F.LUCHAIRE, « Le Conseil d'Etat et la Constitution », *RA,* n°188, 1979, p.143, note 6. Dans le même sens F.Miatti estime que la compétence législative est une garantie pour le citoyen en raison « du débat public contradictoire ». Ce débat est « absent de la procédure réglementaire qui n'admet, en général, que des avis d'ordre technique sous le sceau du secret » : « enlever la décision au Parlement, c'est d'une certaine manière faire reculer la démocratie. ». F.MIATTI, « Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur », *LPA*, Avril, 1996, n°52, p.11.

[372] Si la Constitution n'oblige nullement le législateur à nationnaliser, privatiser, amnistier ou créer de nouvelles catégories d'Établissements publics, elle impose la compétence législative dans chacun de ces cas. Dès lors que le législateur se saisira de ces habilitations il se verra contraint de ne pas porter atteinte aux valeurs constitutionnelles.

exigences constitutionnelles, le Haut Conseil a créé une obligation de légiférer, une obligation de mettre en œuvre la Constitution. C'est sous cette dimension positive que l'exigence d'effectivité se révèle de la manière la plus nette.

Reste que cette orientation de la jurisprudence constitutionnelle révèle dans le même temps les limites des pouvoirs du Conseil constitutionnel. Car s'il est le gardien de la fonction protectrice de la loi, son pouvoir d'imposer l'exigence d'effectivité de la Constitution s'arrête là où commence le pouvoir d'appréciation du législateur. Selon la formule consacrée : « Le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »[373]. L'exigence d'effectivité de la Constitution renvoie en effet à la définition de l'intérêt général et à la conciliation des droits et des libertés de niveau constitutionnel, qui ne laissent place qu'à un contrôle restreint du juge constitutionnel. En matière d'intérêt général comme en matière de conciliation des droits et libertés, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel prend la forme d'un contrôle négatif : il se charge de vérifier que le législateur n'a pas porté une atteinte excessive ou n'a pas méconnu les valeurs constitutionnelles. Enfin, le Conseil constitutionnel rencontre une limite liée à la nature du contrôle de constitutionnalité des lois. Son intervention étant nécessairement subordonnée à une impulsion législative, il ne peut pas sanctionner les carences du législateur au regard de la concrétisation des valeurs constitutionnelles. Son image de juge protecteur des droits et libertés se trouve ainsi largement relativisée. Enfin, dans la mesure où cette exigence se rapporte à la réalisation de valeur, elle semble échapper à toute évaluation objective.

Il s'agira donc dans le cadre de cette étude de mettre en exergue les justifications avancées par le Conseil constitutionnel qui sont liées à cette exigence, d'analyser les moyens utilisés et les limites s'imposant au juge constitutionnel pour sa réalisation. Nous pourrons successivement envisager les fondements de l'exigence d'effectivité (Titre I), les moyens contentieux employés pour la satisfaire (Titre II) avant d'envisager les limites du Conseil constitutionnel pour imposer cette exigence (Titre III).

[373] Décision 74-54 DC du 15 janvier 1975. Décision dite « IVG », Recueil, p. 19. Voir *GDCC*, 13ème éd. p.314-315. Il convient à cet égard de remarquer que la formulation a légèrement évolué à partir de la décision 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 121 : le Conseil constitutionnel déclare désormais qu'il « n'a pas un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement. »

TITRE I

LES FONDEMENTS DE L'EXIGENCE D'EFFECTIVITÉ

L'exigence d'effectivité des valeurs constitutionnelles recoupe une conception classique de la loi qui la relie à la protection des sujets de droit. Depuis l'Antiquité, la loi positive est soumise à une appréciation au regard de règles transcendantes : les lois naturelles (voir *supra*, Introduction). L'émergence de Constitutions écrites proclamant des valeurs fondamentales a conduit une évolution de cette confrontation puisque « les droits naturels » accédaient au rang de « droits positifs ». Dès lors, il apparaissait rationnel de considérer qu'il revenait à la loi d'assurer la mise en œuvre des valeurs constitutionnelles : la Constitution proclamant des valeurs, il revient à la loi de les concrétiser. Cette exigence ne découle donc pas seulement d'une conception de la loi ni même de la Constitution, mais d'une conception rationnelle du système juridique dans son ensemble.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 comme le Préambule de 1946 traduit largement cette conception en confiant à la loi le soin d'assurer la réalisation des valeurs proclamées. Néanmoins, ces deux textes semblent marquer une évolution de la conception du rôle de la loi dans son rapport avec les droits et libertés. La vocation essentielle de la loi dans la déclaration de 1789 était de fournir un « bouclier » contre les abus de pouvoir. Son mode opératoire est d'empêcher l'État afin de préserver l'espace de liberté des individus. Cette fonction de la loi fait directement écho à la conception classique des droits de l'homme conçu « droits-boucliers »[374]. L'évolution de la conception des droits de l'homme semble avoir conduit à une évolution de la notion de loi. Le préambule de la Constitution de 1946 constitue à cet égard un tournant décisif dans l'évolution de la conception des droits et libertés fondamentales. L'individualisme de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen se trouve en effet compensé par le Préambule de la Constitution de 1946 : « À la conception traditionnelle de la loi, protectrice des libertés et rempart contre le pouvoir, est venue se superposer la vision nouvelle d'une loi servant à corriger les inégalités sociales et à satisfaire les aspirations de chacun »[375]. Cette présentation classique devra être nuancée à partir de l'étude de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du

[374] Danièle Lochak explique à cet égard que ces proclamations des droits et libertés « étaient revendiqués avant tout contre l'État ». D.LOCHAK, *Les droits de l'homme*, La découverte, Coll. Repères, Paris, 2005, p.42.
[375] J.CHEVALLIER, « La dimension symbolique… », art.cit. p.1658.

Préambule de 1946. L'analyse de ces textes permet en effet de constater que si la conception des droits et libertés a connu une évolution sensible, la fonction de la loi reste néanmoins liée à une obligation positive de mise en œuvre des valeurs proclamées.

L'exigence d'effectivité conçue comme l'obligation pesant sur la loi de mettre en œuvre les valeurs constitutionnelles recoupe une conception défensive de la loi qui renvoie à sa fonction de « bouclier » et une conception plus dynamique de la loi comme « courroie de transmission » des droits et libertés constitutionnels. Nous pourrons successivement examiner ces deux hypothèses rattachant à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une fonction de bouclier de la loi (Chapitre 1) et au Préambule de 1946 une fonction de courroie de transmission de la loi (Chapitre 2)

Chapitre 1

La loi comme « bouclier » dans la Déclaration de 1789 ?

Dans un premier temps, le rôle de la loi au regard des droits et des libertés sera présenté sous un aspect défensif. Dans l'esprit des constituants de 1789, la loi protégera les libertés et garantira les droits naturels en s'opposant à l'arbitraire et aux privilèges. Elle est alors largement définie de manière négative : « la loi ne doit… » (article 8), ou « la loi n'a le droit … » (article 5). C'est ainsi par l'abstention du législateur que les droits et libertés seront garantis. La loi joue alors le rôle d'un bouclier. Pourtant, la loi dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne peut se réduire à cette dimension négative puisqu'il lui est également attaché une définition positive. Il lui revient en effet de concilier (article 4), de déterminer (article 7 et 11), de réprimer (article 9), d'établir (article 10), de constater (article 17). Dans un cas comme dans l'autre, elle est mise au service de droits et de libertés qui visent « à faire contre-poids au pouvoir »[376]. Elle apparaît d'une manière générale, à la lecture de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, comme le pilier soutenant l'ensemble de l'édifice des droits naturels et des libertés nouvellement déclarés[377]. Dans sa dimension négative, elle s'oppose à l'arbitraire et aux privilèges (section 1). Dans sa dimension positive, elle garantit la paix sociale (section 2)

[376] D.LOCHAK, *Les droits de l'homme*, op. cit., pp.41-42.

[377] Jean-Claude Bécane explique à cet égard : « C'est à dix reprises que le terme de loi est utilisé dans les 17 articles de la Déclaration, lui assignant ainsi un espace d'intervention immense sinon unique dans la mise en place de l'ordonnancement juridique ». J.-C.BÉCANE, « La loi revisitée. Réflexions sur les rapports entre la loi et l'État de droit », in *Mélanges Pierre Avril, La République*, Montchrestien, 2001, p.167.

Section 1 La définition négative du rôle de la loi

Le contexte d'adoption de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen explique dans une large mesure la conception défensive de la loi des constituants de 1789. Il s'agit en effet d'opérer une rupture avec l'ancien régime, en mettant fin à l'arbitraire (§1) et en interdisant les privilèges (§2).

§1 La loi s'oppose à l'arbitraire

La conception d'une loi définie « comme un fondement de la liberté »[378] est issue d'un héritage lointain que se réapproprient les révolutionnaires en 1789. Ainsi l'idée que la loi puisse « tenir en bride le pouvoir souverain, celui du tyran, ou d'une aristocratie, et aussi celui du peuple »[379] est présente dans la Grèce antique. En 1789, cette conception idéale de la loi s'explique par son opposition radicale avec le système de l'ancien régime. La rupture avec ce système en 1789 amène à considérer la loi comme un rempart naturel contre l'arbitraire.

Cette dimension négative du rôle de la loi au regard de la liberté permet d'expliquer ce paradoxe : la loi est étroitement associée à la protection des libertés et dans le même temps opposée à celles-ci[380]. Ainsi, l'abstention du législateur apparaît en elle-même comme une garantie des libertés puisque « là où la loi commande, il n'y a plus de liberté »[381]. Cette conception se rattache au libéralisme politique qui commande à l'État d'intervenir le moins possible « pour laisser place à la liberté »[382]. Ce paradoxe est surmonté grâce à l'idée selon laquelle l'intervention de la loi est guidée par le souci de conciliation : il revient à la loi d'intervenir pour limiter la liberté des uns afin de garantir celle des autres. Cette conciliation serait ainsi nécessaire à la garantie de la liberté de tous, « la vraie liberté »[383].

En outre, certains auteurs ont pu surmonter ce paradoxe en expliquant que si la loi s'assimile à la contrainte, elle constitue néanmoins dans le cadre démocratique, une contrainte librement consentie. À partir du postulat selon lequel « la loi est l'expression de la volonté

---

[378] R.MASPÉTIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », art. cit., p.53.
[379] Alain FOUCHARD, « Légiférer en Grèce antique », in *Le législateur et la loi dans l'antiquité,* art. cit., p.14.
[380] Henri Batiffol examine « une opposition ancienne, celle de la loi à la liberté » puis constate que « la loi est aussi regardée dans une tradition constante comme protégeant ou devant protéger la liberté ». H.BATIFFOL, « La loi et la liberté », *Arch. de phil. du droit,* 1980, *La loi*, p.80.
[381] *Ibid.,*p.80. L'auteur conclut ainsi que « la liberté c'est l'absence de loi ».
[382] *Ibid.*, p.81.
[383] H. Batiffol explique qu'il s'agit « de faire respecter la vraie liberté, c'est-à-dire celle qui respecte la liberté d'autrui. », *Ibid.* p.82.

générale », les constituants de 1789 ont considéré que la loi était par nature « protectrice ». Cette conception de la loi repose sur la théorie politique développée notamment par Rousseau. Parce qu'elle est l'émanation du peuple, elle aura naturellement comme fonction de le protéger. Ainsi, selon Rousseau, il est alors inutile de se demander si la loi peut être injuste puisque nul n'est injuste envers lui-même (voir *Supra,* introduction). La loi est au cœur d'un nouveau fondement de la souveraineté : « La loi part de tous pour s'appliquer à tous »[384]. En posant le principe de la souveraineté nationale et en déclarant que « tous les citoyens ont le droit de concourir… » à la formation de la loi, les constituants de 1789 opèrent la révolution. On passe du règne de l'arbitraire à celui de la légalité. C'est en cela que la loi est libératrice par nature. Car « signifier la primauté de la loi est le premier pas discursif dans la lutte contre les régimes arbitraires… »[385]. La loi aurait ainsi vocation à fournir un rempart contre les abus du pouvoir : « en encadrant et corsetant l'exercice du pouvoir, elle permet d'éviter qu'il ne devienne oppressif »[386]. La loi devient ainsi l'expression d'un « idéal protecteur », et se trouve inextricablement liée à la protection des libertés[387].

Si l'affirmation de la souveraineté nationale et de la primauté de la loi suffit par principe à rompre avec l'arbitraire, on doit constater que les constituants de 1789 déduisent de ces deux principes un ensemble de corollaires qu'ils explicitent. Ainsi, « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. » (article 5), ou encore, « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » (article 8), la loi pénale ne doit pas être rétroactive (article 8). La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen constitue ainsi le socle constitutionnel du droit pénal[388]. Ces articles qui fixent des limites à l'action législative renvoient corrélativement à des valeurs positives puisque la loi doit être sûre comme elle doit être modérée. La non-rétroactivité de la loi pénale se rattache à la conception d'une loi protectrice. Portalis écrivait à cet égard : « Tout effet rétroactif, en quelque matière que ce soit… est contraire à la Constitution, au droit naturel, et il présente un renversement absolu de la foi publique…Les lois ne doivent pas être des pièges »[389]. Le même auteur

---

[384] Geneviève KOUBI, Raphaël ROMI, *Etat, Constitution, Loi*, op. cit., p. 191.
[385] G.KOUBI et R. ROMI, *État, Constitution, Loi,* op.cit., p.191.
[386] J.CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP,* 1990, p.1658.
[387] Roland Maspétiol évoque à cet égard, « l'optimisme des fondateurs du droit public, associant étroitement l'idée de loi à celle de protection des libertés publiques… », R.MASPÉTIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *ECDE*, 1949, p.53.
[388] Voir à cet égard L.FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », in Mélanges André Vitu, *Droit pénal contemporain*, pp.169-209.
[389] Discours sur la résolution du 17 floréal an IV, relative aux prêtres non assermentés ou à ceux qui avaient rétracté leur serment. De manière générale, le même auteur affirme : « il n'y a que l'avenir qui soit du domaine du législateur ». Cité par Marceau LONG et Jean Claude MONIER, *Portalis. L'esprit de justice*, Editions Michalon, Paris, 1997, p.99.

évoque l'esprit de modération comme étant le « véritable esprit du législateur »[390] : « Il n'y a que la douceur des peines qui puisse en garantir l'exécution. Quand la sévérité est immodérée, on ne trouve plus ni accusateurs, ni juges, et l'impunité devient la jurisprudence du jour »[391]. On retrouve un tel caractère idéal de la loi dans L'Utopie de Thomas More. Évoquant les peines fixées par la loi, le narrateur s'enthousiasme face à une loi qui est « tout ensemble humaine et opportune »[392].

Cette définition de la loi « par opposition » caractérise également la consécration du principe d'égalité.

§2 La loi s'oppose aux privilèges

L'affirmation du principe d'égalité par les constituants de 1789 s'inscrit dans l'opposition à l'ancien régime. Il s'agit, après l'abolition du 4 août de réaffirmer la fin des privilèges sur lesquels était fondé le système précédent. Dans l'esprit des constituants de 1789, le principe d'égalité est tout entier assuré par le règne de la loi[393]..Cet idéal égalitaire est rendu possible par l'abstention du législateur. Il s'agit ainsi d'une conception passive de l'égalité. En effet, la réalisation de ce principe passe par l'interdiction des privilèges : la loi ne doit pas faire de distinction entre les citoyens : « Elle est la même pour tous, soit qu'elle punisse, soit qu'elle protège » (article 6).

Cette conception se traduit positivement par la généralité et l'impersonnalité de la loi. La généralité devient ainsi pour la doctrine « le signe distinctif de la loi et l'élément essentiel de sa définition »[394]. La loi est générale « par nature »[395] pour les plus éminents publicistes[396]. En effet, la loi est censée assurer, par sa généralité, la réalisation du principe d'égalité[397]. Pour

---

[390] « L'esprit de modération est le véritable esprit du législateur ». Portalis cité par Marceau LONG et Jean-Claude MONIER, *Portalis, L'esprit de justice*, op. cit., p.51.

[391] Opinion de Portalis sur la résolution du 30 pluviose an V sur les délits de la presse, p.29. Le même auteur considère : « en général, il faut être sobre d'emprisonnement et de détention ; car par sa nature, la prison est plutôt une garde qu'une peine ». Cité par Marceau LONG et Jean-Claude MONIER, *Portalis, L'esprit de justice*, op. cit., p.99

[392] T.MORE, *Le traité de la meilleure forme de gouvernement ou L'utopie*, Trad. Marie Delcourt, éd. La renaissance du livre.

[393] Durant l'Antiquité, la notion d'égalité est déjà liée à la loi. Ainsi, Solon cherche t-il non pas à imposer une « égalité devant la terre », mais une « égalité devant la loi ». Louise-Marie L'HOMME-WÉRY, « Le rôle de la loi dans la pensée politique de Solon », in *Le législateur et la loi dans l'antiquité*, précité p.169.

[394] CARRÉ de MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, op. cit., p.6.

[395] H. Dupeyroux évoque ainsi « l'idée de la généralité inhérente à la nature de la loi, idée si bien adaptée aux catégories généralisatrices et simplificatrices de notre esprit que tous les juristes du XIXè siècle se la transmirent sans examen les uns aux autres », « Sur la généralité de la loi », in *Mélanges Carré de Malberg*, p.137.

[396] Voir DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3è éd., p.173 et s.

[397] Pour G.KOUBI ET R.ROMI, ces caractères confirment « la notion de "primauté de la loi" sur les autres catégories de règles juridiques et sociales qui s'explique par le souci de maintenir l'unité nationale (art.3) et de

Hauriou, la généralité «entraîne le corollaire de l'égalité devant la loi »[398]. Cette qualité de la loi apparaît de manière récurrente dans le texte de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Comme l'écrit G. Cornu, « pronoms ou adjectifs indéfinis mettent la généralité en pleine évidence soit dans l'affirmation, soit dans la négation, soit dans l'indétermination (…). Les mots « on » et « quiconque » traduisent « l'application de la règle à toute personne quelle qu'elle soit »[399]. En définitive, le caractère de généralité de la loi permettrait de présumer le respect du principe d'égalité. L'égalité entre les citoyens étant assurée, l'ensemble des droits et des libertés se trouvent en outre protégés. En effet, pour M.Couderc et J.-C Bécane, « la loi inégale ne ferait que substituer l'arbitraire de la règle à l'arbitraire de la décision individuelle »[400]. Duguit considère à cet égard que la généralité de la loi constitue ainsi la « suprême garantie de la liberté individuelle »[401]. Selon le doyen Vedel l'égalité est le fondement des droits naturels : « l'égalité, c'est l'homme même ; elle identifie l'homme (…). Si l'on peut dire que tous les hommes sont égaux, à l'inverse tous les égaux sont hommes, car si un homme refuse à un autre la qualité d'égal (…), il lui refuse la qualité d'homme (…). L'égalité est non un droit naturel mais le fondement même de tout droit naturel, car il n'y a plus de droit naturel si les hommes n'existent pas »[402]. La généralité de la loi est en elle-même une garantie qui soustrait les citoyens au règne de l'arbitraire : « Une loi n'a pour elle la présomption de justice que parce qu'elle statue généralement, et qu'aucun individu ne peut dire : elle a été faite contre moi. »[403]. Dans le même sens, Carré de Malberg constate que les auteurs justifient ce critère « par des considérations d'ordre rationnel »[404] liées à la notion d'État de droit : « La généralité de la loi déterminant le statut individuel des citoyens apparaît comme la condition même d'un régime et comme un postulat essentiel du système de l'Etat de droit (…). Dans l'État de cette sorte, il a paru indispensable, en effet, que le droit applicable aux citoyens soit créé, non par voie de mesures actuelles ou individuelles, qui pourraient être arbitraires ou partiales, mais au moyen de prescriptions préfixes,

---

préserver les bases juridiques d'une égalité entre les individus (art.1) : " la loi est la même pour tous" (art.6) » Geneviève Koubi, Raphaël Romi, *Etat, Constitution, Loi*, op.cit. p.193-194

[398] M.HAURIOU, *Droit administratif*, 11ème éd. p.459.

[399] G.CORNU, *Linguistique juridique*, éd. Montchrestien, p276-278.

[400] J.-C. BÉCANE et M.COUDERC, *La loi*, op.cit., p.50.

[401] DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., p.173 et s. cité par H. DUPEYROUX, « Sur la généralité de la loi », art.cit., p.112.

[402] G.VEDEL, « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, La Documentation française, Paris, 1990, pp.172-173.

[403] Discours sur la résolution du 17 floréal an IV, relative aux prêtres non assermentés ou à ceux qui avaient rétracté leur serment.

[404] *Ibid.*

communes à tous les membres du corps national, et qui, par là même, offriront à ceux-ci des garanties d'impartialité… »[405].

Même sous cet aspect négatif (la loi s'oppose à), on peut constater qu'une dimension positive reste sous-jacente. Si la loi apparaît assez largement dans la Déclaration de 1789 sous cet aspect défensif, on doit parallèlement constater qu'elle ne se réduit pas à cette dimension.

[405] R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit., p.5.

Section 2 La dimension positive du rôle de la loi

Dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la loi apparaît également dans sa dimension positive. En ce sens, il ne lui appartient pas seulement d' « empêcher » mais également de « réaliser ». La lecture de la Déclaration de 1789 permet de constater que les constituants déterminent les fonctions de la loi. C'est ainsi à la loi qu'il appartient de fixer les bornes des libertés (article 4 et 11), elle doit définir les infractions et déterminer les « formes » de la procédure pénale (article 7 et 8), elle doit « sévèrement » réprimer l'arbitraire (article 9), établir l'ordre public (article 10). Les constituants assignent ainsi à la loi un ensemble de missions. Celles-ci se rapportent à une fonction plus globale qui consiste pour la loi à concilier les intérêts antagonistes pour assurer la paix sociale. La loi apparaît en effet comme la norme capable de fonder « une société organisée, pacifiée et unifiée, conformément aux exigences de la Raison »[406].

Lorsque les constituants évoquent le rôle de la loi au regard des libertés, ils lui confient une mission de conciliation. La loi doit assurer la protection de tous les droits et de toutes les libertés. Ceux-là étant, par nature, antagonistes, il reviendra au législateur de les concilier. En vertu de cette conception, la conciliation apparaît comme le seul moyen d'assurer l'effectivité de l'ensemble des droits et des libertés constitutionnellement reconnus. Cette fonction conciliatrice de la loi est très présente en 1789. On prête à la loi la vertu de redresser les faibles et d'abaisser les puissants : « Du législateur tout s'accomplira – celui qui s'abaisse on l'élèvera – celui qui s'élève on l'abaissera »[407]. La liberté des uns s'opposant à la liberté des autres, « la mission de la loi serait alors en premier lieu de délimiter la « sphère de liberté » de chaque individu en permettant concurremment l'exercice de droits opposés, antinomiques ou simplement concurrents, rivaux… »[408]. La loi se voit alors confier la mission de concilier ces intérêts antagonistes afin d'assurer la paix sociale. En effet, « l'article 4 de la déclaration exprime l'idée classique selon laquelle si la liberté de chacun doit être limitée c'est dans la mesure où l'exige la liberté de tous. »[409]. La fonction conciliatrice de la loi se confond alors avec sa fonction de pacification sociale ou maintien de l'ordre[410] : « La liberté

[406] J.CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? », *RDP*, art.cit., p.666.
[407] « Ça ira », Chanté à la fête de la fédération devant Louis XVI, le 14 juillet 1790, voir F.FURET et D. RICHET, *La révolution française. La révolte des ordres*, Fayard, 1973, p.113.
[408] G.KOUBI, R.ROMI, *Etat, Constitution, Loi*, op.cit., p.195.
[409] *Ibid.,* p.195.
[410] « Concept d'ordre plus que de justice dans ce cadre, la loi comporte des prescriptions qui, impératives, opposent à chacun une norme de conduite : la liberté n'est que l'attribution d'un espace d'action ou d'autonomie individuelle encadré, de manière plus ou moins stricte, par le droit… », *ibid*.

ne se verrait assurée que par le respect de la sûreté, autre droit de l'homme que la Déclaration qualifie « naturel et imprescriptible »[411].

Cette fonction conciliatrice est récurrente dans l'histoire de la pensée politique. On retrouve ce souci de conciliation à travers les poèmes de Solon : « je me suis tenu debout, en me protégeant des deux partis par un fort bouclier, et je n'ai laissé ni les uns ni les autres remporter injustement la victoire. »[412]. Dans la Constitution Athénienne, Aristote raconte : « Solon s'opposa aux deux partis et, alors qu'il pouvait s'associer à celui qu'il voulait pour exercer la tyrannie, il choisit de se faire détester de l'un et de l'autre en sauvant sa patrie et en lui donnant les lois les meilleures. »[413]. Faisant le bilan de son œuvre législative, il explique qu'il a « écrit des lois semblablement pour l'homme de rien, comme pour le noble, en harmonisant pour chacun un jugement droit. »[414]. On retrouve ici la figure d'un législateur vertueux, capable de faire la synthèse d'intérêts contradictoires, c'est-à-dire recherchant l'intérêt général par delà les intérêts particuliers. Il y a derrière cette notion de loi une fonction d'harmonie sociale mise en avant par Solon à travers l'*eunomie* : « Toute chose est harmonieuse et ordonnée. Aussitôt elle place des entraves aux pieds des gens injustes, elle adoucit ce qui est abrupt, elle fait cesser la suffisance, elle amoindris l'*hubris*, elle dessèche les fleurs naissantes de l'erreur, elle redresse les jugements torses, elle fait cesser les œuvres de la guerre civile qui coupe la cité en deux, elle met fin à la bile de la pénible querelle. Sous son règne, tout chose est pour les hommes harmonieuse et sage. »[415]. C'est ainsi le regroupement social qui justifie la nécessité de disposer d'une loi lorsque « chaque groupe préférait ses propres lois »[416]. La recherche de « cohérence »[417] à travers la loi est ainsi récurrente. La loi est le mode raisonnable de résolution des crises collectives. L'exemple de Solon est ainsi révélateur de la volonté de « faire triompher la raison, la sagesse et la justice contre la violence »[418] par la loi. L'esprit de conciliation qui caractérise l'ordre solonnien est au cœur de la notion de loi. La fonction de pacification sociale est aussi présente dans

---

[411] G.KOUBI, R.ROMI, *Etat, Constitution, Loi*, op.cit., p.196.
[412] Solon, Frgt 7, 1-4, B. Gentili et C. Prato, *Poetarum Elegiacorum Testimonia et Fragmenta*, I, 2è ed., Leipzig, Teubner, 1988, cité par L-M. L'HOMME-WÉRY, « Le rôle de la loi dans la pensée politique de Solon », in *Le législateur et la loi dans l'Antiquité*, op. cit., p.170.
[413] Constitution Athénienne, XI, 2. Cité par L-M. L'HOMME-WÉRY, *ibid.,* p.172.
[414] Solon, Frgt 30, 18-20, Gentili, Prato.
[415] Solon, Frgt 3, 32-39, Gentili, Prato.
[416] Alain FOUCHARD, « Légiférer en Grèce antique », *in Le législateur et la loi dans l'antiquité*, hommage à Françoise RUZE, Presses universitaires de Caen, actes du colloque de Caen, 15-17 mai 2003, 2005, p.16.
[417] *Ibid.*
[418] A. FOUCHARD, *ibid*. p. 17. Voir aussi du même auteur, *Aristocratie et Démocratie. Idéologie et sociétés en Grèce ancienne*, Paris, Les belles lettres (annales littéraires de l'Université de Franche-Comté ; 656), 1997, pp.158-161.

l'Antiquité ainsi que le constatent Françoise Ruzé et Henri van Heffenterre[419]. Selon eux, la loi intervient afin de « rétablir la concorde dans la cité ou prévenir la guerre civile, notamment en veillant à l'équilibre… de manière à imposer, par-delà les intérêts des personnes et des clans, un véritable esprit communautaire… »[420].

On peut ainsi constater que le rôle de la loi ne peut se réduire à une dimension négative puisqu'il lui revient également d'assurer certaines missions. Celles-ci se rapportent d'une manière générale à l'établissement de la paix sociale ou à la réalisation de l'intérêt général. Soutenant ainsi l'ensemble de l'édifice constitutionnel, la loi assure « le maintien de la Constitution » et œuvre pour le « bonheur de tous » (Préambule).

La permanence de ces critères qui fondent aujourd'hui encore l'idée de loi dans la doctrine s'explique aisément par les fonctions similaires qu'on lui attribue à travers les siècles. Qu'il s'agisse de protéger contre l'arbitraire, de garantir l'égalité ou d'assurer la paix sociale, on constate que la dimension négative de la loi se double nécessairement d'une dimension positive. L'évolution de la conception des droits de l'homme va alors renforcer ce deuxième aspect et contribuer à renforcer la définition de la loi comme une courroie de transmission.

[419] Françoise RUZÉ et Henri Van HEFFENTERRE, Nomina I, pp.1-8.
[420] Marcel PIÉRART, « Retour sur les lois de Platon », in *Le législateur et la loi dans l'Antiquité*, op.cit., p.37.

Chapitre 2

La loi comme « courroie » dans le Préambule de 1946 ?

L'émergence de l'État providence et des droits créances va impliquer corrélativement une évolution de la notion de loi. Dans ce cadre, le rôle de la loi s'enrichit d'une dimension promotionnelle puisqu'il reviendra à la loi d'intervenir pour assurer la concrétisation des « droits-créances »[421]. Ces « libertés concrètes viennent compléter les libertés abstraites de 1789 »[422]. On a pu écrire à cet égard, « en 1946, l'individu n'a plus seulement le droit de faire, il a aussi le droit d'exiger des prestations… »[423]. Elle joue alors le rôle de « courroie de transmission » des valeurs constitutionnelles. En réalité, cette conception de la loi comme courroie de transmission semble déjà présente dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Section 1). À cet égard l'émergence des droits créances n'a fait qu'accentuer cette fonction promotionnelle de la loi (Section 2).

[421] Selon Danièle Lochak, « les droits-créances (…) supposent une intervention active de l'État pour être mis en œuvre. », D.LOCHAK, *Les droits de l'homme*, op. cit. p.42.
[422] C.-A. COLLIARD, R.LETTERON, *Libertés publiques,* Dalloz, Précis, 8ème éd., 2005, p.40.
[423] *Ibid.*

Section 1 Une fonction implicite mais nécessaire dès 1789

C'est un rapport d'articulation entre la Constitution et la loi que définit la Déclaration des droits de 1789. La déclaration ne fait précisément que « déclarer ». Les droits et libertés qu'elle proclame sont subordonnés à l'intervention de la loi[424]. Il appartient au législateur de « concrétiser les principes posés par la Déclaration »[425] conformément aux intentions des constituants de 1789, « pour lesquels, la loi, expression de la volonté générale, devait permettre de donner un contenu effectif aux droits proclamés »[426].

À cet égard, le légicentrisme de la déclaration de 1789 préfigure largement une théorie des libertés publiques exigeant de l'Etat qu'il mette en œuvre les principes constitutionnels. Comme l'explique Gregorio Peces-Barba Martinez, « La loi étant la garantie de la liberté, une compréhension intégrale du problème ouvre le chemin à l'État social qui bien sûr n'était pas encore envisagé en 1789, du moins dans son intégralité. »[427]. La loi apparaît comme un instrument de « positivation » des droits et libertés constitutionnels. Les droits de la Déclaration de 1789 « sont présentés comme naturels mais, pour les rendre effectifs et entiers, ils doivent faire l'objet d'une indispensable positivation… La liberté utilise la loi dans une fonction promotionnelle… »[428]. L'effectivité des droits passe donc par leur concrétisation législative. Les droits et libertés peuvent être déclarés naturels, et ce faisant préexister à toute intervention de l'État, mais ils appellent une concrétisation normative. En vertu de cette conception, « les libertés ne valent en pratique que ce que valent leurs garanties. Poser leur principe et organiser leur régime ne suffit pas : il faut que le titulaire de la liberté dispose de moyens pour la faire respecter, au cas où elle serait méconnue ou violée. Un régime de droit positif des libertés doit donc comporter des garanties et des sanctions efficaces, sous peine de

---

[424] « Placer la loi comme module principal de la garantie des droits prévue dans l'article 16, est, par conséquent, subordonner les libertés et les droits de l'homme à l'intervention de la loi… ». G.KOUBI, R.ROMI, *Etat, Constitution, Loi*, op.cit., p.192.

[425] B.GENEVOIS, « La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *EDCE,* n°40, p.184.

[426] *Ibid.*

[427] Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Série Droit, Paris, 2004, p.139. Cet auteur explique que cette conception s'inscrit dans un mouvement historique de positivisation. « A partir du XIXè siècle, cette positivisation est considérée comme une condition essentielle de l'existence des droits ayant une efficacité sociale et leur implantation ne peut être conçue en marge de cette positivisation. Tous les textes constitutionnels, expression d'un pouvoir politique démocratique qui intériorise les ambitions morales justifiées comme valeur ou principes politiques, intègrent les droits fondamentaux au Droit positif. Ceux-ci se développent, s'appliquent et sont garantis par différente forme de production normative telle que la Loi et la Jurisprudence », *ibid.*,p.145.

[428] Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p.139. « on notera que … cela ouvre une contradiction que recèle tout jusnaturalisme rationaliste : ces droits sont présentés comme naturels mais, pour les rendre effectifs et entiers, ils doivent faire l'objet d'une indispensable positivation… »

demeurer théorique »[429]. Dans le même sens, A.Eismen explique : « pour que les citoyens puissent exercer un droit ou jouir d'une liberté, il ne suffit pas que l'exercice et la jouissance en soient garantis par la Constitution…Leur exercice suppose donc une réglementation que doit en faire le législateur, et, tant que cette réglementation n'a pas eu lieu, le droit déposé, garanti dans la Constitution, ne peut être exercé ; il reste là comme une simple promesse »[430].

Une grande partie des droits et libertés proclamés en 1789 a ainsi été concrétisée par les législateurs successifs. Le Code civil, quoique détaché de l'esprit révolutionnaire[431], offre ainsi une concrétisation à de nombreux principes proclamés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ainsi en est-il du droit de propriété consacré par l'article 544 du Code civil : « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements »[432]. Il en est de même de la liberté contractuelle définie par le même code et qui concrétise en partie la liberté individuelle. De ce point de vue encore, « les grandes lois de la IIIè République » s'inscrivent dans la continuité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[433]. La loi relative à la liberté de la presse de 1881 a eu pour effet de donner un contenu effectif à l'article 11 de la Déclaration[434]. Il apparaît difficile de rattacher la liberté d'association à l'œuvre révolutionnaire dans la mesure où celle-ci est empreinte d'une « méfiance à l'égard des corps

---

[429] M.DRAN, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, Paris, LGDJ, 1968, p.8.

[430] A.EISMEN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 6ème éd., 1914, rééd. Panthéon-Assas, 2001, p.562-563.

[431] Portalis, père du Code civil était un virulent contestataire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans son ouvrage, il explique : « On vit quelques personnages, sans talents, sans vues et jusque là ignorés ou méprisés, travailler à égarer la multitude en la flattant par toutes les fausses doctrines que les sophistes avaient depuis longtemps éparpillées dans le public, et qui, dés le début de la révolution, avaient été consignées dans une déclaration solennelle connue sous le nom de déclaration des droits. On vit de petits brouillons, sans autre mérite que celui de propager quelques idées bien exagérées de liberté et d'égalité, usurper un grand pouvoir ». PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIè siècle*, Chapitre 34.

[432] Portalis présente ce droit comme un des piliers de la société : « Citoyens législateurs, la loi reconnaît que la propriété est le droit de jouir de son bien de la manière la plus absolue, et que ce droit est sacré dans la personne du moindre particulier. Quel principe plus fécond en conséquences utiles ! Ce principe est comme l'âme universelle de toute législation ; il rappelle aux citoyens ce qu'ils se doivent entr'eux, et à l'Etat ce qu'il doit aux citoyens… On ne peut aimer sa propriété sans aimer les lois qui la protègent. En consacrant des maximes favorables à la propriété, vous aurez inspiré l'amour des lois… ». PORTALIS, « Extraits de la présentation au corps législatif du projet de loi sur la propriété », *in* FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, éd. Osnabrück, Zeller, 1968, Tome XI, p.112 et s.

[433] Selon Jean-François Merlet, « Les grandes lois de la Troisième République marquent les étapes de la progression des libertés publiques en droit français…Elles s'inscrivent dans la continuité de l'œuvre de la Révolution pour traduire les principes de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. ». J.-F.MERLET, *Une grande loi de la Troisième République : la loi du 1er juillet 1901*, Thèse Dactylographiée, Paris II, 2000, p.11-12.

[434] Danièle Lochak constate que si la liberté de communication a été proclamée en 1789 et la liberté de la presse par la Constitution de 1791, « en pratique, tout au long du XIXè siècle et jusqu'à la loi de 1881, la presse reste asservie au pouvoir ou étroitement contrôlée par lui dans les périodes de gouvernement autoritaire, soumise à la censure et à des contraintes financières lourdes (…) dans les périodes plus libérales ». D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, op. cit., p.38.

intermédiaires »[435]. Dans le même sens, on peut constater que la loi de 1884 qui consacre la liberté syndicale se détache de l'esprit de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dans la mesure où celle-ci s'est attachée à ne proclamer que des droits individuels. Il faut alors en conclure que la loi devient non plus seulement un moyen de concrétisation des droits et libertés préalablement proclamés, mais également la source de reconnaissance de nouveaux droits et de nouvelles libertés[436].

Cette conception de la loi dans son rapport avec les droits et libertés va être très nettement renforcée avec l'émergence de l'État providence et des droits créances.

[435] Voir D.LOCHAK, *Les droits de l'homme*, op. cit., p.38.

[436] Ces droits et libertés qui ont trouvé une consécration législative ont acquis sous la Vème République une valeur constitutionnelle. Il s'agit des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Voir à cet égard V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnel et justification dans les discours juridiques*, Économica-PUAM, Coll. Droit public positif, 2001.

Section 2 Une conception renforcée par l'émergence de l'État providence

Les fonctions de la loi recoupent par principe celles de l'État. Or, les fonctions de l'État vont se trouver très largement démultipliées avec l'émergence de l'État providence : éducation, santé, solidatité nationale etc. On assiste alors à une mutation des droits de l'homme avec l'émergence des droits-créances[437] : droit à l'éducation, droit à la santé, droit à l'emploi etc. Cette évolution du rôle de l'État et l'émergence de ces droits de « seconde génération » ont induit une évolution du rôle de la loi.

On peut recenser quelques prémisses d'une telle évolution bien avant 1946. Cette conception se trouvera formulée de manière explicite dans la Déclaration des droits de l'homme de 1793 dont l'article 22 dispose : «La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens. ». Elle déclare en outre que « la société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler ». Le mouvement de reconnaissance des droits-créance va marquer une longue pause jusqu'en 1848[438]. Le préambule de la Constitution de 1848 disposait dans ses alinéas VI et VII : « Des devoirs réciproques obligent les citoyens envers la République, et la République envers les citoyens »… « La République doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail, et mettre à la portée de chacun l'instruction indispensable à tous les hommes ; elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler ». C'est dans l'entre deux guerres que cette conception progresse au sein de la doctrine[439]. Léon Duguit exposera ainsi une conception moderne de la loi : « l'État est obligé par le droit lui même de faire toutes les lois qui assureront à chacun la possibilité matérielle et morale de collaborer à la solidarité sociale »[440].

---

[437] Voir à cet égard, L.GAY, *Les droits créances constitutionnels*, Thèse Aix-Marseille III, 2001.

[438] Danièle Lochak écrit à cet égard : « Cette idée que la société a une dette vis-à-vis de ses membres, qui est au cœur de la notion de « droit-créance », sera très vite abandonnée. La première partie du XIXè siècle est marquée par le refus constant d'ériger l'assistance en droit, de crainte d'encourager la paresse et l'imprévoyance des classes laborieuses : on attend de la charité privée qu'elle pourvoie aux situations de détresse ». D.LOCHAK, *Les droits de l'homme*, op. cit. p.39.

[439] Voir B.MIRKINE –GUETZEVITCH « les nouvelles tendances du droit constitutionnel. Les Déclarations des droits d'après guerre », *RDP*, 1929.

[440] L.DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, t.3, 3ème éd., 1930, p.641. J.CHEVALLIER rend compte de cet aspect de la pensée de DUGUIT en expliquant: « comme le souligne avec force DUGUIT, droits et libertés ne sauraient en effet avoir d'existence concrète en dehors de leur consécration par le droit positif et le

Le Préambule de 1946[441] marque un tournant décisif en consacrant « le droit d'obtenir un emploi » (alinéa 5), le droit à la participation dans les entreprises (alinéa 8), le droit à la protection de la santé, le droit à la sécurité matérielle, le droit au repos et aux loisirs, le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenable d'existence (alinéa 11), et le droit à l'instruction (alinéa 13). La consécration de ces droits-créances traduit en effet la volonté de faire peser sur la loi l'obligation positive d'édicter des mesures de nature à leur conférer une substance. En effet, chacun de ces droits implique pour sa concrétisation une action de l'État qui passe par l'intervention de la loi[442].

Cette évolution caractérisée par l'émergence d'une nouvelle génération de droit, a affecté l'ensemble de la conception des droits et des libertés publiques[443]. L'émergence de ces droits parallèlement au développement à la concrétisation progressive des droits de première génération a conduit à relativiser largement la distinction entre ces deux catégories de droit. On considère ainsi d'une manière générale, que l'ensemble des droits et libertés, y compris de première génération, implique toujours une action positive pour assurer leur respect[444]. Ainsi en est-il de la liberté de communication qui implique que la loi garantisse le pluralisme. Dans un arrêt Plattform rendu en 1988, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'« une liberté réelle et effective de réunion pacifique ne s'accommode pas d'un simple devoir de non-ingérence de l'Etat ; une conception purement négative ne cadrerait pas avec l'objet et le but de l'article 11 »[445]. Cette conception devient évidente dès lors que l'on considère qu'il appartient à l'État d'organiser les voies de recours contentieux nécessaire à la protection de l'ensemble des droits et liberté[446]. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en matière de « droit au juge », a permis de constater la relativité de la

---

pouvoir d'action juridique reconnu aux individus ne peut découler que d'une norme de droit objectif. », « Vers un droit post moderne », op. cit., p.670.

[441] *Le Préambule de 1946*, CURAPP, PUF, 1996.

[442] Pour MM. Mathieu et Verpeaux, les droits créances ne constituent pas des droits subjectifs dont peuvent se prévaloir les justiciables directement devant le juge, « indépendamment de toute norme législative ou réglementaire qui les met en œuvre. ». B.MATHIEU et M.VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2002, p.435.

[443] Danièle Lochak constate à cet égard que « la reconnaissance des droits économiques et sociaux, en particulier lorsqu'ils prennent la forme de droits-créances, introduit une série de mutations dans la façon de penser les droits de l'homme », D.LOCHAK, *Les droits de l'homme*, op. cit., p.41. Sur cette évolution, voir D.LOCHAK « mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1984, n°13, p.84.

[444] Pour David Capitant, le législateur se voit imposer l'obligation d'adopter des « mesures positives visant à promouvoir l'exercice des droits fondamentaux ». D.CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t.87, 2001, p.207

[445] Voir l'arrêt de la CEDH, « Plattform », A-139, rendu le 21 juin 1988.

[446] Pour Olivier JOUANJAN, « il faut entendre ces prestations au sens large. Ainsi, selon Jellinek,, le principal de ces droits subjectifs « positifs » serait le droit à une protection juridique. On ne vise donc pas là exclusivement les droits créances au sens habituellement retenu par la doctrine française… ». O.JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, n°spécial, p.47

frontière théorique distinguant les « droits-créances » et les droits et libertés de première génération. Cette Cour a ainsi considéré que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable fait obligation aux États de prendre les mesures nécessaires à la satisfaction de ladite exigence[447]. La distinction entre droit bouclier et droit créance doit ainsi être relativisée dans la mesure où chaque droit, chaque liberté suppose une intervention normative pour être concrétisé. On constate en effet que ceux-ci comme ceux-là impliquent, pour être effectifs, une intervention positive de l'État.

Le principe d'égalité fournit également une illustration saisissante de l'évolution du rôle de la loi. Initialement bornée à ne pas établir de privilège en considérant les hommes en masse, la loi se voit affectée la mission de rétablir une égalité de fait. En effet, si la loi reste le vecteur de la réalisation du principe d'égalité, elle a désormais vocation à corriger les inégalités sociales et l'on admet dès lors qu'elle ne considère plus les hommes en masse. La loi peut, et même doit, en conséquence faire des distinctions entre différentes catégories de citoyens fondées sur des considérations d'intérêt général. La différence de traitement apparaît ainsi comme « une conséquence nécessaire du principe d'égalité »[448].

Cette évolution de la conception de la loi, comme courroie de transmission des droits et liberté se vérifie également dans d'autres ordres juridiques. Le droit constitutionnel contemporain est largement marqué par cette évolution[449]. Ainsi de nombreuses constitutions étrangères consacrent des droits impliquant une intervention législative[450].

En Allemagne, notamment, la Constitution assigne à l'État des objectifs ou finalités à son action normative (Staatszielbestimmungen). Ces objectifs ou finalités devront se traduire positivement dans la législation[451]. La Cour constitutionnelle allemande en déduira ainsi du principe de l'État social « l'obligation de l'État de pourvoir à un ordre social juste »[452]. La même Cour constitutionnelle va consacrer la notion de « garanties objectives des droits

---

[447] Voir l'arrêt de la CEDH, « Muti » A-281 C, rendu le 23 mars 1994.

[448] Th.S. RENOUX, « Le principe de la légalité en droit constitutionnel positif français », *LPA* n°31, p.22.

[449] D.Ribes constate à cet égard que « les Constitution contemporaines ne se limitent plus à définir un cadre constitutionnel à l'intérieur duquel le législateur peut librement développer son action. Elles contiennent ainsi des normes positives qui ordonnent au Parlement de réaliser des missions précises ou de poursuivre des fins déterminées ». D. RIBES, « Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? », *CCC,* n°9, p.1. L'auteur remarquent que « ces normes impératives sont particulièrement importantes dans la Constitution sud-africaine de 1996, laquelle repose sur l'engagement de l'État à « respecter, protéger, promouvoir et développer » les droits fondamentaux », *ibid.*

[450] Pour une analyse comparative on se reportera à C.GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européen*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 1995, p.43 et s.

[451] Voir à cet égard, C.AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand,* Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental, 1997, p.109.

[452] C.AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand,* op. cit., p.108. L'auteur cite l'arrêt BverfGE 59, 231 (263) I.

fondamentaux »[453], équivalente à la notion de « garantie légales des exigences constitutionnelles » imposée par le Conseil constitutionnel. La théorie des droits fondamentaux en Allemagne est largement fondée sur l'idée que ceux-là induisent l'obligation d'intervention de l'État afin de les concrétiser[454]. O.Jouanjan considère à cet égard que les dispositions de la Loi fondamentale garantissant que « Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté » constituent « un mandat constitutionnel obligatoire à l'égard du législateur »[455]. On peut dans le même sens évoquer le cas de la Suisse dont la Constitution dispose à son article 35 : « les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique. Quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. ». On peut également évoquer le cas de l'Espagne dont la Constitution fixe des « principes directeurs de la politique sociale et économique » qui constituent aux yeux de la doctrine « une sorte de mandat adressé au législateur, qui se doit d'orienter la fonction législative dans le sens indiqué par ces principes »[456]. Cette conception des droits fondamentaux semble relever de ce que certains auteurs ont qualifié droit commun européen[457].

Outre les nombreuses Constitutions étrangères qui consacrent cette conception de la loi, le droit européen et communautaire traduisent également cette évolution. En droit communautaire, les traités ont la particularité de fixer des objectifs dans le cadre des politiques communautaires. Un des principes adoptés, en vue de leur réalisation est d'imposer des obligations positives aux États membres[458]. Il convient de relever également l'existence en droit communautaire d'un recours en carence qui a précisément vocation à sanctionner les manquements des institutions communautaires dans la mise en œuvre des politiques communes. L'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a révélé le caractère incontournable de ces droits[459]. Enfin, nous avons pu constater précédemment que, la Cour européenne des droits de l'homme a fait sienne la conception selon laquelle les

---

[453] Voir à cet égard C.GREWE, « Contentieux objectif et contentieux subjectif dans la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe », *Droits* n°9, 1989, spécialement p.131.

[454] Voir à cet égard, Luc SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux. Etude comparée de droit allemand, européen et français*, Thèse Caen, 1999.

[455] O.JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, n°spécial, p.47. Voir également D.CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t.87, 2001, p.207 et s.

[456] J.TREMEAU, in L.FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, p.125.

[457] Voir A.J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne,* PUF, Coll. Les voies du droit, Paris, 1991.

[458] Dans son article 10, le Traité CE stipule « Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté… ». Voir à cet égard, C.BLUMANN, L.DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Montchrestien, Coll. Droit public, 1997, p.66.

[459] C.GREWE, « Les droits sociaux constitutionnels : propos comparatifs à l'aube de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RUDH*, 2000, p.91.

droits et libertés impliquaient une intervention positive des États pour en assurer l'effectivité[460].

L'émergence de l'État providence et la consécration des droits-créances ont considérablement renforcé la fonction positive de la loi au regard des droits fondamentaux dans leur ensemble.

[460] F.SUDRE, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *RTDH* 1995.

Conclusion du Titre I

En définitive, en dépit de ces évolutions, la loi est toujours restée viscéralement attachée à la fonction de protection des libertés et des droits. En 1789 comme en 1946, la loi elle reste destinée à concrétiser des valeurs transcendantes. L'effectivité de ces valeurs est dépendante d'une action positive du législateur. L'évolution est néanmoins très nette mais concerne davantage ces valeurs constitutionnelles. La fonction de la loi au regard des droits et libertés ne change pas, ce sont les missions de l'État qui se développent et corrélativement le champ des droits fondamentaux qui se déploie. La fonction de la loi ne s'en trouve pas moins affectée puisqu'elle doit non seulement réaliser le « bonheur de tous » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) mais de surcroît être l'instrument de la réalisation de l'épanouissement individuel de chacun (Préambule de la Constitution de 1946). La Constitution d'un État providence attribue ainsi à la loi une fonction providentielle. La superposition des textes de 1789 et de 1946 conduit à renvoyer à la loi le soin d'opérer la synthèse entre des philosophies politiques historiquement antagonistes : le libéralisme et l'interventionnisme[461].

Il est intéressant de constater qu'en 1789 comme en 1946, les constituants ont une idée assez précise de la fonction de la loi. Ils lui imposent de réaliser un certain nombre de valeurs qu'ils proclament, mais dans un cas comme dans l'autre, ils envisagent la loi comme une courroie naturelle de transmission des valeurs constitutionnelles. Elle est censée posséder des qualités naturelles garantissant l'effectivité des valeurs constitutionnelles. Le rapport d'articulation rationnel entre la Constitution et la loi sera longtemps présumé acquis par principe et la loi sera naturellement portée à mettre en œuvre les valeurs transcendantes[462]. Aucun mécanisme juridictionnel n'est prévu pour s'assurer que la loi accomplira

[461] Il est intéressant de constater qu'à la philosophie politique libérale de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'est superposée une philosophie politique « socialisante » en 1946. Henri Batiffol explique que les démocraties libérales « ont toutes, à des degrés divers, des législations dites socialisantes, auxquelles on reproche précisément d'étouffer la liberté, notamment de l'entreprise privée ». H.BATIFFOL, « La loi et la liberté », Arch. de philo. du droit, 1980, *La loi,* 80.

[462] Jacques Chevallier présente cette conception en ces termes : « l'individu est détenteur, en tant qu'homme, de droits que l'Etat est tenu de garantir… Le but de l'organisation sociale est la sauvegarde de ces droits naturels et imprescriptible ; les lois positives ne sont que le moyen d'assurer la protection de ces droits « subjectifs », historiquement et ontologiquement premiers ». Cette évolution « débouche sur la croyance en la bienfaisance d'un droit perçu comme un dispositif de protection, un moyen de libération , mais aussi un instrument de justice et de progrès. ». J.CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne », *RDP*, 1998, p.667. Cette présomption repose sur une conception idéalisée de la loi qui prend appui sur une conception elle-même idéalisée de la démocratie, en vertu de laquelle « les élus ne feraient que parler au nom de la Nation… ». J.CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne », art. cit., p.669. L'auteur évoque à cet égard « la vieille mystique de la Loi « expression de la volonté générale », en constatant que celle-ci « a perdu beaucoup de sa crédibilité. », *Ibid*.

effectivement son office, ni sous la IIIème République [463], ni sous la IVè République[464]. Pourtant, l'histoire a permis de constater que cette corrélation entre la loi et la protection des libertés était contingente et précaire[465], et que « la protection des libertés par la loi contre l'exécutif doit donc être complétée par une protection des libertés contre la loi »[466]. À partir de 1958, l'émergence d'une justice constitutionnelle va permettre la confrontation des lois votées à cet idéal législatif. Si l'effectivité « s'analyse par contraste avec l'ineffectivité »[467] on peut comparer le système actuel à ceux qui prévalaient sous les républiques précédentes. Ainsi, le constat d'ineffectivité de la Constitution (la loi ne peut être remise en question au regard d'une norme supérieure donc la Constitution ne produit pas d'effet sur la loi) laisse place à un système qui impose à la loi de respecter la norme constitutionnelle. L'émergence d'un contrôle de constitutionnalité des lois est apparue comme étant destinée à veiller au respect de cette articulation rationnelle entre ces deux niveaux de normes.

En effet, le Conseil constitutionnel a mis progressivement en place une jurisprudence destinée à imposer à la loi cette fonction de mise en œuvre des valeurs constitutionnelles.

---

[463] A. Esmein constate ainsi sous la IIIè République qu'une loi qui méconnaitraît les droits et libertés consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « ne serait pas nulle pour cela ». A.ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8ème éd., T.I, Sirey, 1928, p.601. Le même auteur constate en effet « la fréquence de lois abusives et arbitraires édictées au mépris de tout sens juridique et de toute équité. », *Ibid.*, p.641.

[464] En 1946, les constituants proclament de nouveaux droits réaffirment ceux de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais cette reconnaissance est de pure forme puisqu'aucun mécanisme n'est prévu pour contrôler la loi au regard de ces valeurs transcendantes. Voir à cet égard, Y.POIRMEUR, « La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique. La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs », in G.Koubi (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques,* PUF, 1996, pp.99-127. Voir également, J.GEORGEL, « Aspect du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, *RDP,* 1959, p.87.

[465] J.RIVERO, *Les libertés publiques*, *1. Les droits de l'homme*, PUF, 1973, p.164.

[466] *Ibid.*

[467] F.RANGEONS, « Réflexion sur l'effectivité du droit », in *Le droit en procès*, CURAPP, p.126.

TITRE II

LES MOYENS AU SERVICE DE L'EXIGENCE D'EFFECTIVITÉ

Le Conseil constitutionnel a développé, au fil de sa jurisprudence, un certain nombre de moyens contentieux destinés à imposer au législateur une exigence d'effectivité de la Constitution. En imposant au législateur cette exigence, le Conseil constitutionnel a révélé une des facettes de l'idéal législatif. Sa jurisprudence traduit une certaine conception du système juridique et de la loi en particulier. Au-delà du simple rapport de non-contrariété, le Conseil constitutionnel impose un rapport d'articulation entre ces deux niveaux normatifs. Les normes constitutionnelles et législatives entretiennent ainsi des rapports d'interdépendance. La jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaît dès lors inspirée par un souci de cohérence du système normatif. En vertu de cette conception, la loi doit être une « courroie de transmission » des valeurs constitutionnelles. Intercalée entre la Constitution et les normes d'application, la loi apparaît comme la clef de voûte du système normatif.

En cela le Conseil constitutionnel reste fidèle aux intentions des constituants de 1789[468]. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, explique P. Wachsmann, « tout en proclamant la nécessité de placer les droits qu'elle qualifie de naturels hors d'atteinte des pouvoirs institués, multiplie les références à la loi, pour lui confier la mise en œuvre des principes qu'elle énonce… Les libertés issues de la déclaration sont donc bien souvent des libertés par la loi ou des libertés limitées par la loi – et ce, en vertu de la Déclaration elle-même »[469]. Néanmoins, à défaut d'un système de contrôle de constitutionnalité des lois, « l'équilibre tracé par la Déclaration entre la Constitution et la loi est (…) extrêmement

[468] Voir *supra,* Titre I, Les fondements de l'exigence d'effectivité de la Constitution. Voir à cet égard B.GENEVOIS, « La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *EDCE*, 1989, p.184 : « Tel était bien au demeurant le souhait des rédacteurs de la Déclaration, pour lesquels la loi, expression de la volonté générale, devait permettre de donner un contenu effectif aux droits proclamés ». C'est bien ce que suggère Lafayette lorsqu'il explique qu'une déclaration des droits présente l'avantage d' «exprimer ces vérités éternelles d'où doivent découler toutes les institutions », Assemblée nationale, 11 juillet 1789, *AP*, p. 221.

[469] P.WACHSMANN, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, 2, 1985, p. 20. On peut en outre se référer à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui dans ses articles 4, 5, 6 et 8, assigne à la loi une fonction précise dans le domaine de la sauvegarde des droits et libertés qu'elle proclame.

précaire »[470]. La révolution juridique[471] opérée par la Constitution de 1958 réside ainsi dans l'existence d'un tel contrôle de constitutionnalité. L'émergence du contrôle de constitutionnalité des lois permet de passer de la simple proclamation du légicentrisme à sa concrétisation juridique[472].

L'effectivité de la Constitution, entendue comme la mise en œuvre des valeurs constitutionnelles[473], implique ainsi des obligations négatives (la loi ne doit pas méconnaître…) et des obligations positives (la loi doit assurer la garantie…). Dans un cas comme dans l'autre, l'exigence d'effectivité impose un rapport d'articulation entre la Constitution et la loi. Cette exigence permet ainsi de couvrir l'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le domaine du contrôle de constitutionnalité des lois. Il apparaissait alors nécessaire de faire un choix afin de restreindre le champ de cette étude[474]. Lorsqu'elle induit des obligations positives, l'exigence d'effectivité apparaît sous sa forme la plus aboutie[475]. C'est donc sous cet angle particulier que nous avons choisi de mettre en évidence la poursuite par le juge constitutionnel de cette exigence.

À cet égard, le Conseil constitutionnel impose au législateur de garantir par ses prescriptions l'effectivité des principes, droits et libertés constitutionnels[476]. Ce faisant, cette juridiction crée une véritable obligation de légiférer qui se traduit par une obligation de mettre

---

[470] *Ibid.* p.21.

[471] En ce sens, l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois n'a rien de (contre) révolutionnaire, puisque les constituants de 1789 invitent à comparer les actes du pouvoir législatif avec le but de toute institution politique. Sans l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois, on se trouve dans un système de « souveraineté indéfiniment législative ». Bertrand de JOUVENEL, *De la souveraineté*, Paris, éd. M. Th. Génin, Librairie Médicis, 1955, p.121. Or c'est bien à ce résultat qu'aboutissent les Constitutions jusqu'en 1958. Carré de Malberg explique ainsi que « le domaine de la loi est sans borne, comme celui de la volonté générale ». R. CARRÉ de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, 1932, ch II, n°s 34 et 24.

[472] J.Chevallier explique que « le contrôle constitutionnel des lois est … la condition essentielle de l'État de droit puisqu'elle garantit la suprématie effective de la Constitution, acte juridique suprême sur lequel s'appuie l'ordre juridique tout entier : en son absence, la Constitution n'a plus qu'une portée symbolique et l'édification normative se trouve destabilisée ». J.CHEVALLIER, *L'État de droit,* Clef, Montchrestien, 3ème éd., 1999, p.83.

[473] Pour François Terré, « la notion d'effectivité signifie de manière très générale que la règle de droit n'est pas destinée à demeurer une simple création de l'esprit, une proclamation abtsraite et inconsistante et qu'il est au contraire de sa nature de se réaliser ». F.TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, , 2003, p.378. Cité par A.VIDAL-NAQUET, Thèse précitée, p.7.

[474] L'ensemble des droits et libertés mobilisés par le Conseil constitutionnel dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité des lois peut faire l'objet d'une analyse relative à l'exigence d'effectivité.

[475] Didier Ribes explique : « De nombreuses dispositions constitutionnelles, notamment celles protectrices des droits fondamentaux, requièrent du législateur des prestations normatives. L'exercice de la compétence législative se trouve alors conditionné par des obligations positives destinées à assurer la concrétisation des principes constitutionnels et l'effectivité des droits et libertés fondamentaux ». D. RIBES, « Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? », *CCC*, n°9, p.1.

[476] Le terme « effectivité » est parfois explicitement mentionné par le juge constitutionnel. Tel est par exemple le cas dans la décision 98-397 DC (6 mars 1998. *Loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux*. Recueil, p. 18.) dans laquelle le Conseil constitutionnel explique que, la disposition de la loi, « loin de porter atteinte au principe de libre administration des collectivités locales, … tend au contraire à le rendre effectif » (cons.12). Voir également les considérants relatifs au pluralisme dans les décisions 2001-456 DC (cons.37) et 86-210 DC (cons.16).

en œuvre la Constitution. Ce procédé lui permet ainsi de participer à l'exercice du pouvoir législatif, puisqu'il est amené à indiquer au législateur, explicitement ou implicitement, ce que la loi doit contenir. Mais, il est de ce point de vue bien plus qu'un co-législateur puisqu'il participe à la définition de la notion constitutionnelle de loi.

Dès 1967, le Conseil constitutionnel va faire usage de la technique de l'incompétence négative[477]. Dans la quasi-totalité des cas, cette technique vise à sanctionner des dispositions législatives n'offrant pas les garanties nécessaires à l'effectivité d'un droit ou d'une liberté. Le Conseil constitutionnel impose en effet au législateur de prescrire des limites et autres garanties sans lesquelles ces droits et libertés resteraient purement incantatoires. La délimitation d'un domaine législatif minimal, ou « réserve de loi »[478], permet ainsi au Conseil constitutionnel d'imposer ce rapport d'articulation entre la Constitution et la loi. Selon le même schéma, d'autres motifs et techniques contentieuses convergent pour assurer cette exigence d'effectivité. Qu'il s'agisse des réserves d'interprétation, des garanties légales des exigences constitutionnelles, ou des objectifs de valeur constitutionnelle, le Conseil met en exergue le manque de garanties contenues dans la loi ne permettant pas d'assurer l'effectivité des droits et libertés. À travers l'analyse de l'utilisation de ces techniques, nous chercherons à mettre en évidence cette convergence. Ces techniques ont ceci de commun qu'elles imposent au législateur cette obligation de légiférer pour assurer la mise en œuvre de la Constitution. Il ne s'agit donc pas de démontrer que ces techniques sont identiques et donc parfaitement interchangeable. Il s'agit de révéler qu'elles possèdent un dénominateur commun lié à cette finalité.

Après avoir envisagé l'articulation des domaines constitutionnel et législatif par le biais de l'incompétence négative, (chapitre 1), nous mettrons en évidence la convergence de l'utilisation des autres techniques et motifs destinés à imposer à la loi l'exigence d'effectivité de la Constitution (chapitre 2).

[477] Décision 67-31 DC. - 26 janvier 1967. *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique au statut de la magistrature*. Recueil, p. 19.
[478] Voir à cet égard, la thèse précitée de J.TREMEAU, *La réserve de loi*.

Chapitre 1

L'articulation des domaines constitutionnel et législatif par le biais de l'incompétence négative

> « La distinction entre ce qui est fondamental et ce qui ne l'est pas est bien délicate : tout ce qui garantit une liberté est fondamental. » (H.Teitgen) [479]

Nous partons ici du postulat selon lequel tous les niveaux normatifs sont caractérisés par leur interdépendance, chacun des maillons s'imbriquant pour former la chaîne de l'ordonnancement juridique. Cette conception d'un droit composé de règles éparpillées mais organisées rationnellement doit nous amener à envisager le rapport d'articulation entre le domaine constitutionnel et le domaine législatif.

Notre tradition juridique est marquée par une conception d'un « domaine législatif par nature »[480]. Dans le cadre du légicentrisme, « la loi occupe traditionnellement une place centrale et prédominante dans le système du droit public français »[481]. Elle est caractérisée par sa prééminence et son « prestige »[482]. Son domaine normatif est caractérisé par la dimension fondamentale des règles qu'il lui revient de fixer. Elle est en charge de l'essentiel. Cet « essentiel » recouvre assez logiquement le champ des droits et des libertés des citoyens puisque la doctrine considère que dès lors que ceux-ci sont susceptibles d'être affectés, la compétence relève du domaine de la loi[483]. Cette tradition d'un « domaine législatif par nature » véhicule ainsi un rapport d'articulation idéale entre la loi et ces valeurs fondamentales : on présuppose que la loi garantira leur protection. Néanmoins, entre cette

---

[479] Travaux préparatoires de la Constitution. Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel, Doc. fr., 1960, p.105.

[480] B.Genevois évoque ainsi le «domaine législatif par nature » comme élément d'une tradition antérieure à 1958, B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*. Ed. STH, Paris, 1988, p.73.

[481] R.MASPÉTIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *ECDE*, 1949, p.50.

[482] R.MASPÉTIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *ECDE*, 1949, p.50.

[483] Pierre Pactet explique que sous la IIIème République, « lorsqu'il est fait état, exceptionnellement, de considérations « matérielles », c'est-à-dire de contenu, c'est uniquement pour bien marquer qu'en vertu de ce qu'on va appeler la tradition républicaine – qui s'instaure progressivement - et sans que les lois constitutionnelles prennent position sur ce sujet, seul le législateur est habilité à intervenir en matière de libertés publiques, de droit de propriété, d'autorité judiciaire et d'état des personnes. ». P.PACTET, « La loi, permanence et changement », in *Mélanges René Chapus*, p.504.

conception idéale et la réalité du droit positif, notre histoire constitutionnelle révèle l'existence d'un décalage persistant. À défaut d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois, la loi est placée au sommet de l'édifice normatif et son domaine est illimité[484]. Dans cette préhistoire constitutionnelle, le domaine constitutionnel fait figure de « chaînon manquant ». On confie à la loi le soin de s'occuper de l'essentiel (et donc des droits et des libertés) mais aucun mécanisme n'est institué permettant de vérifier que la loi ne porte pas atteinte à ces valeurs transcendantes. L'émergence d'un contrôle de constitutionnalité des lois va avoir pour effet de remettre la loi à sa place : au centre et non au sommet de l'édifice normatif.

La délimitation du domaine de la loi n'a acquis sa véritable dimension juridique que sous la Vème République. Auparavant, le législateur pouvait tout faire, y compris aliéner son domaine naturel de compétence[485]. Désormais, son domaine normatif est fixé par la Constitution et s'impose à lui. S'il néglige de fixer les règles fondamentales, s'il abandonne sa compétence, le législateur encourt la censure du Conseil constitutionnel : c'est l'incompétence négative. On assiste alors à la consécration juridique d'une tradition confiant à la loi un domaine de compétence. En outre et surtout, cette délimitation d'un domaine législatif va très vite s'opérer en considération de la fonction normative confiée à la loi au regard de la Constitution. L'incompétence négative permettra ainsi au Conseil constitutionnel d'imposer au législateur de mettre en œuvre les valeurs proclamées par les textes constitutionnels. L'expression « domaine législatif » est de ce point de vue trompeuse dans la mesure où il s'agit moins de délimiter un domaine normatif que de définir une fonction normative[486]. L'incompétence négative apparaît alors comme une technique destinée à imposer à la loi son rôle de « siège » des droits fondamentaux[487]. Ainsi, lorsque la loi ne fixe pas les garanties de nature à assurer le respect d'un droit, d'une liberté ou d'un principe, le Conseil constitutionnel censure l'abstention législative. Pourtant, nous pourrons constater que l'incompétence négative n'a pas exclusivement vocation à assurer ce rapport d'articulation. En effet, les censures pour incompétence négative ne renvoient pas toutes explicitement à la nécessité de

---

[484] Selon Carré de Malberg « le domaine de la loi est sans borne, comme celui de la volonté générale ». R. CARRÉ de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, 1932, ch II, n°s 34 et 24.

[485] La pratique des « décrets-lois » émerge sous la IIIè République et permet au Gouvernement de prendre des mesures relevant du domaine législatif après le vote d'une loi d'habilitation. Cette pratique se développe à partir de 1924 sous le Cabinet Poincaré et entre « dans la coutume constitutionnelle de la IIIème République ». Elle perdurera sous la IVème République (voir, *infra*). R.MASPÉTIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *ECDE*, 1949, pp.58-59.

[486] F.Miatti estime que « en lui attribuant une compétence, la Constitution ne se limite pas à conférer au Parlement un pouvoir, mais l'investit d'une responsabilité dont il lui incombe de s'acquitter consciencieusement ». F.MIATTI, « Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur », *LPA*, n°52, avril 1996, p.5.

[487] Voir référence in G.MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, n°62, p.268.

mettre en œuvre un droit ou une liberté de valeur constitutionnelle. Nous chercherons à démontrer à cet égard que si toute censure pour incompétence négative ne renvoie pas nécessairement à cette exigence d'effectivité, celle-ci se situe au cœur de cette technique. La fonction de courroie de transmission ne suffit pas à délimiter les contours du domaine législatif mais constitue le noyau dur de ce domaine de compétence. De ce point de vue, l'incompétence négative est caractérisée par son ambivalence en tant que moyen de légalité externe au service de la protection des droits et libertés.

La délimitation du domaine de la loi s'inscrit dans la tradition constitutionnelle française (Section 1). L'incompétence négative apparaît alors comme un moyen d'imposer à la loi l'exigence d'effectivité des droits fondamentaux (Section 2). Si cette exigence ne constitue pas la fonction exclusive de l'incompétence négative, elle constitue la fonction incompressible de cette technique (Section 3). Nous pourrons enfin constater que l'incompétence négative constitue un moyen de légalité externe au service de la protection des droits et libertés (section 4).

Section 1 La délimitation du domaine législatif et la tradition constitutionnelle française

La question du domaine de la loi est posée depuis longtemps, bien avant que ce domaine ne soit consacré par une norme constitutionnelle sanctionnable juridiquement. Un aperçu historique sur la question du domaine législatif permet en effet de faire apparaître ce qu'il convient d'appeler une véritable tradition juridique traduisant une certaine continuité dans la conception de l'acte législatif[488]. En vertu de cette tradition, il revient à la loi de déterminer les règles les plus fondamentales. Par opposition au règlement, la loi doit s'occuper de l'essentiel et non de l'accessoire. L'ancestral critère de généralité attaché à la notion de loi nous ramène en effet à cette conception selon laquelle le législateur ne saurait s'occuper de questions mineures, puisqu'il lui revient de déterminer les grands principes dans les domaines les plus fondamentaux. L'émergence en 1958 d'une délimitation du domaine législatif soumise au contrôle d'un juge va permettre de juridiciser ces principes traditionnels et d'imposer un rapport d'articulation entre la Constitution et la loi.

Bien avant 1958, notre tradition juridique rend compte d'une référence récurrente à un domaine législatif (§1). La délimitation du domaine de la loi en 1958 s'inscrit à cet égard dans le prolongement de cette tradition (§2).

§1 La délimitation d'un domaine législatif avant 1958

À partir de la Révolution de 1789, et de l'institution d'un Parlement en France, la question de la délimitation d'un domaine législatif est posée[489]. Bien évidemment, il ne

[488] P.PACTET, « La loi, permanence et changement », art. cit., p.504. L'auteur évoque s'agissant du domaine législatif « la persistante fidélité à la définition traditionnelle de la loi ». En dépit de cette définition traditionnelle du domaine de la loi, le droit positif traduit une définition exclusivement organique de la loi. Les analyses de Carré de Malberg sont très éclairantes sur ce décalage entre l'idéal doctrinal et la réalité du droit positif. Voir R.CARRÉ de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit. Voir en ce sens la thèse de J.TREMEAU, *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, op. cit., p.208. L'auteur explique que « le droit public français présente une assez grande continuité, au moins depuis la révolution…La conception française de la loi n'échappe pas à cette remarque. Depuis 1789, et jusqu'à nos jours, il a été admis que la loi était l'acte manifestant la volonté générale. En tant que telle, elle devait posséder une pleine souveraineté, et ne souffrir d'aucune limitation, fût-elle constitutionnelle. En particulier, son domaine était illimité, tandis qu'elle possédait le pouvoir de fixer le champ d'intervention des normes réglementaires. »

[489] On peut relever que la Constitution de 1791 dispose dans son article 6, section 1, chapitre 4, Titre 3 que « le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution ». Cette règle devait ainsi s'accompagner d'une énumération de compétences relevant exclusivement du pouvoir du Corps législatif qui est présente à l'article 1er de la section1 du chapitre 3 du titre 3. L.FAVOREU constate parallèlement, qu'en 1791, « l'Assemblée législative autorise et même invite le roi à prendre de « véritables règlements complémentaires », notamment en ce qui concerne le

s'agissait aucunement de restreindre la compétence du Parlement, mais au contraire de fixer son domaine de prédilection. En définitive, cette distinction est consubstantielle à la séparation des autorités législative et exécutive[490]. Elle devient un enjeu de l'équilibre de la séparation des pouvoirs[491]. Cette question va connaître des développements importants sous la IIIème (A) et la IVème République (B).

A/ Sous la IIIème République

Sous la IIIème République, la question du domaine de la loi va passionner la doctrine publiciste et le juge administratif. Si la notion de domaine législatif apparaît très tôt dans les écrits de la doctrine[492], c'est véritablement sous la IIIème république que la doctrine administrativiste commence massivement à prendre position sur cette question[493]. L'émergence du contentieux administratif offrait en effet une occasion de juger les actes réglementaires eu égard à leur domaine d'intervention. Ainsi, la délimitation d'un domaine législatif s'opère à cette époque négativement, c'est-à-dire, à travers le tracé des frontières du domaine réglementaire.

Dans l'ensemble, les critères de la délimitation du domaine législatif sont récurrents : dès lors que l'acte normatif est susceptible d'affecter les citoyens dans leurs droits et leurs libertés, la compétence en revient naturellement à la loi. Il convient à cet égard d'évoquer les célèbres conclusions du Commissaire du gouvernement Romieu. Ce dernier expliquait que « relèvent par leur nature du pouvoir législatif toutes les questions relatives directement ou indirectement aux obligations à imposer aux citoyens par voie d'autorité sans aucun lien contractuel (par exemple tout ce qui concerne le droit de commander et de contraindre,

---

régime et le fonctionnement des services publics ». L.FAVOREU, « Rapport introductif », *Le domaine de la loi er du règlement*, 2ème éd., Economica, PUAM, Coll. Droit public positif, 1981, p.27.

[490] C.DURAND, « Les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental de l'an IV à avril 1814 », in *Étude sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIXè sciècle*, PUAM, 1976, p.14.

[491] Le même phénomène se retrouvera également dans d'autres régimes parlementaires, notamment en Allemagne au moment de l'établissement de la monarchie constitutionnelle. J.Tremeau explique ainsi que la détermination d'un domaine réservé à la loi émerge en Allemagne dans le cadre d'une « confrontation » entre les différents Parlements et les exécutifs. J.TREMEAU, *La réserve de loi*, op. cité, p.22.

[492] J.TREMEAU dans sa thèse relative à *La réserve de loi*, op. cit. p.211-212, cite ainsi M.Isambert qui considère en 1821, que « aucun impôt ne peut être établi qu'en vertu d'une loi » et que « le gouvernement ne peut, d'aucune façon, par ses règlements, créer des peines, ni des amendes, ni porter aucune atteinte à la propriété, ou à la personne des citoyens ». ISAMBERT, *Du pouvoir réglementaire ou de la nature et de la force des ordonnances*, Corréard, Paris.

[493] J.Redor explique ainsi que « la plupart des administrativistes semblait avoir une grande difficulté à prendre une position claire sur la question de la délimitation entre la loi et le règlement ». J.REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica-PUAM, 1992, p.143.

l'organisation de la force publique et des juridictions, la prise de possession de la propriété privée, le vote des impôts et des dépenses publiques qui y donnent lieu…) »[494]. Dans le même sens, M.Hauriou va considérer que « doit être matière de loi toute condition nouvelle imposée à l'exercice d'une liberté et toute organisation importante pour la garantie d'une liberté »[495]. Dans un article consacré à l'évolution de la notion de loi en France, Pierre Pactet reconnaît ainsi que « lorsqu'il est fait état, exceptionnellement, de considérations « matérielles », c'est-à-dire de contenu, c'est uniquement pour bien marquer qu'en vertu de ce qu'on va appeler la tradition républicaine – qui s'instaure progressivement - et sans que les lois constitutionnelles prennent position sur ce sujet, seul le législateur est habilité à intervenir en matière de libertés publiques, de droit de propriété, d'autorité judiciaire et d'état des personnes. »[496]

La délimitation du domaine de la loi offre ainsi un premier biais permettant de définir la loi, indépendamment du seul critère organique. Ces prises de position doctrinales et contentieuses ont ceci de commun qu'elles se fondent sur la « nature »[497] de l'acte législatif pour délimiter son domaine de compétence. Cette nature serait alors déterminée au regard du rôle attribué à la norme, de sa fonction idéale présupposée au sein du système normatif. Cette fonction de la norme renvoie à une conception plus globale du système qui permet de déterminer le rôle d'une norme donnée vis-à-vis des autres. Elle se définit alors au regard de la norme réglementaire. Il est assez fréquent de trouver dans les principes de démarcation entre le domaine de la loi et celui du règlement, des considérations de complémentarité et de subsidiarité : Au règlement d'intervenir dans les domaines du détail et de l'accessoire qui sont instables et qui requièrent diligence et réactivité normative ; à la loi de régir l'essentiel, de poser le cadre, en établissant les principes caractérisés par leur fondamentalité et donc leur stabilité[498].

Pourtant, force est de constater que cette délimitation d'un domaine législatif n'emporte pas l'obligation pour le Parlement d'en respecter les frontières, puisqu'il reste libre

---

[494] « en sens inverse, c'est en principe le pouvoir exécutif qui règle l'organisation intérieure des services et les conditions de leur fonctionnement qui ne lèsent pas les droits des tiers. ».Voir les conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État, Babin du 4 mai 1906. Dans le même sens, voir l'arrêt du 19 février 1904, Chambre syndicale des fabriquants constructeurs de matériel pour chemin de fer et tramways.

[495] M.HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 6ème éd., Paris, Sirey, 1907, p.297.

[496] P.PACTET, « La loi, permanence et changement », in *Mélanges René Chapus*, p.504

[497] B.Genevois évoque ainsi le «domaine législatif par nature » comme élément d'une tradition antérieure à 1958, B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*. Ed. STH, Paris, 1988, p.73.

[498] B. CUBERTAFOND, « Importance de la loi en droit public économique, *AJDA*, 1977, pp.468-482.

de déléguer sa compétence[499]. La pratique est alors courante, qui consiste pour le Parlement à déléguer au Gouvernement des compétences par le biais des lois d'habilitation[500]. Ainsi, l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui dispose que « le pouvoir législatif s'exerce par les deux assemblées » ne bénéficie pas d'une réelle effectivité. À partir de cet état de fait, Carré de Malberg a pu fonder sa théorie du domaine illimité de la loi, expression de la volonté générale[501]. Il s'opère en effet une distinction entre l'existence d'un domaine législatif, sanctionné par le juge administratif lorsqu'un acte réglementaire s'y aventure, et l'absence de règle constitutionnelle imposant au parlement d'exercer ses compétences traditionnelles. On retrouvera un schéma comparable sous la IVème République.

B/ Sous la IVème République

Sous la IVéme République, le débat va être relancé par l'article 13 de la Constitution qui interdit explicitement la pratique des décrets-lois[502].

La règle constitutionnelle étant clairement établie, la légalité des délégations de compétence consenties par le Parlement à l'exécutif a été mise en doute[503]. Le gouvernement renvoya ainsi la question au Conseil d'État[504]. Dans son célèbre avis de 1953[505], ce dernier ne s'oppose pas par principe aux délégations. Il considère que le Parlement peut « déterminer souverainement la compétence du pouvoir réglementaire ». Cependant, il est d'avis qu'une délégation de compétence serait contraire à l'article 13 de la Constitution « si, par sa généralité et son imprécision, elle manifestait la volonté de l'Assemblée nationale

[499] Pierre Pactet explique : « que le domaine législatif comporte un noyau réservé ne l'empêche nullement d'être illimité et n'infirme donc en rien, bien au contraire, le raisonnement de R. Carré de Malberg. », P.PACTET, « La loi permanence et changement », art. cit., p.505.

[500] Voir par exemple l'article de EISMEN, « De la délégation du pouvoir législatif, *RDP*, 1894, p.212. Pour un historique des « décrets-lois » sous la IIIème République voir R.MASPÉTIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », *ECDE*, 1949, p.50 et s.

[501] « la notion de loi dépend d'une condition d'origine en dehors de laquelle aucune loi véritable ne saurait se concevoir. » « Le domaine de la loi est sans borne, comme celui de la volonté générale. » « Le Parlement est donc maître de légiférer sur tout objet, même sur ceux qui, d'après la législation préexistante, seraient de la compétence de l'exécutif », R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, 1932, ch.II, n°34 et 24.

[502] L'article 13 de la Constitution de 1946 dispose ainsi : « l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit ».

[503] Par une loi du 17 août 1948, le Parlement entendait rendre des compétences pris au pouvoir réglementaire. Cette délimitation par voie législative autorisait *in fine* le Gouvernement à prendre des mesures relevant de la compétence du Parlement. Il est intéressant de constater que le législateur prend le soin de préciser que ces délégations ne contreviennent en rien à l'article 13 de la Constitution.

[504] Le gouvernement demanda au Conseil d'Etat, « dans quelle mesure le Gouvernement, à ce expressément autorisé par la loi, peut exercer son pouvoir réglementaire en des matières législatives et en conséquence, abroger, modifier ou remplacer des textes de loi par des dispositions réglementaires... »

[505] Avis du 6 février 1953, publié dans la *RDP* de la même année p.170.

d'abandonner au Gouvernement l'exercice de la souveraineté nationale »[506]. Le Conseil d'État pose ainsi une limite aux délégations portant sur certaines matières réservées à la loi « soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, dont les principes ont été réaffirmés par le Préambule »[507]. À la suite de cet avis, on évoquera « un domaine législatif minimum »[508] et pour la première fois de l'obligation pesant sur le Parlement d'exercer sa compétence[509].

En dépit de cette évolution, les délégations de compétence ont continué à se multiplier en raison de l'impossibilité du Parlement à faire face à la demande de droit[510]. L'absence de système de contrôle en la matière a ainsi conduit à une incohérence souvent dénoncée : « la loi s'occupe de problème d'importance médiocre alors que des décisions essentielles sont prises par le Règlement »[511]. Les résultats de ces délégations seront dénoncés par la doctrine. Ainsi dans un rapport de la section des études du Conseil d'État daté de 1949, un auteur évoque la pratique des décrets-lois et ses effets négatifs sur la qualité de la législation[512].

On peut ainsi constater, bien avant 1958, l'existence d'une tradition constitutionnelle relative au domaine législatif. Curieusement, la doctrine a eu tendance à mettre en exergue la tradition d'un domaine illimité plutôt que celle d'un domaine réservé. La loi a toujours eu un

---

[506] *Ibid.* On peut ici remarquer la proximité des termes employés par le Conseil d'Etat en 1953, de ceux employés par le Conseil constitutionnel aujourd'hui. Justifiant ces censures pour incompétence négative par « l'imprécision » et « la trop grande généralité » des termes du législateur (Voir *infra*, Section 2).

[507] *Ibid.*

[508] J.MARCEL, « Les matières réservées constituent une limitation de la compétence législative », *in* La notion de matières réservées à la loi », *AJDA* 1958, I, 55. Comme le relève P.PACTET, il est notable que « le législateur, à qui l'article 13 donne sans doute mauvaise conscience, a éprouvé le besoin de se justifier en précisant… que la délégalisation porte sur des matières réglementaires « par nature » ». « Ainsi se trouve introduite l'idée qu'il faut tenir compte du contenu des normes, que ce contenu peut relever par sa nature du domaine législatif ou du domaine réglementaire, ce qui ouvre la voie à la reconnaissance possible d'un critère matériel de la loi. », P.PACTET, « La loi, permanence et changement », art.cit., p. 504.

[509] Voir notamment, J.DONNEDIEU DE VABRES, « L'article 13 et les décrets-lois », *D.*1953, I, 137.

[510] R.Maspétiol écrit : «la prohibition légitime des décrets-lois n'empêchait pas qu'il fut nécessaire de limiter le rôle du Parlement, qui ne peut suffire à lui seul à discuter et à voter tous les textes nécessaires à la vie du pays où l'Etat tout puissant intervient sans cesse plus profondément dans le fonctionnement de toutes les structures sociales. Dans le cadre d'une économie dirigée et d'une politique sociale très poussée, l'Etat, qui est devenu le facteur dominant de l'évolution et de la vie même du pays, ne peut plus faire face à ses tâches si la procédure législative s'impose dans tous les cas. On en arrive ainsi à la nécessité de déterminer avec plus de précision l'étendue des matières réservées à la loi et de celles qui entrent dans la compétence normale du pouvoir réglementaire. ». R.MASPÉTIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », art. cit, p.59

[511] Intervention du Ministre Paul Reynaud, ministre des finances lors de la séance du 8 août 1948.

[512] R.MASPÉTIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », art. cit, p.59 : «les résultats obtenus par cette méthode ont été des plus médiocres : floraison de textes touffus et mal rédigés, d'inspiration souvent contestable et présentant des atteintes graves aux libertés publiques et aux droits privés… ».

domaine de compétence « naturelle », qui renvoie à son caractère de norme générale[513] et prééminente et fait écho au rôle que lui assigne la Déclaration des droits de 1789 et qui consiste à mettre en œuvre les droits et libertés[514]. Mais ce n'est qu'à partir de 1958 qu'un système sera mis en place afin d'assurer le respect de ces principes traditionnels imposant à la loi un domaine normatif de prédilection et *in fine* sa fonction de protection des droits et libertés.

§2 À partir de 1958 : Quelle délimitation ?

L'œuvre des constituants de 1958 constitue une rupture et une continuité au regard de la tradition constitutionnelle française. La continuité se traduit par la délimitation d'un domaine législatif réservant à la loi ses compétences « par nature »[515] (article 34). La rupture se caractérise par le cantonnement de la loi dans ce domaine de compétence et corrélativement par détermination constitutionnelle d'un domaine réglementaire (article 37). À cet égard, il convient de remarquer que l'idée d'une revalorisation de la loi n'est pas sans rapport avec la volonté de limiter son champ normatif. En lui interdisant de faire ce qu'elle n'a pas à faire, le constituant a cherché à préserver la singularité normative de la loi. Si cette délimitation constitutionnelle des domaines législatif et réglementaire a conduit la doctrine à proclamer le déclin de la loi[516], on doit constater que cette délimitation consacrait en définitive l'essentiel de la tradition constitutionnelle de la loi. L'élément novateur et véritablement révolutionnaire se résume par l'existence d'un contrôle de la loi[517].

Nous pourrons constater que les lignes de démarcation du domaine législatif conduisent à réserver à la loi l'essentiel (A) avant de constater que, de ce point de vue, la

---

[513] M. de VILLIERS note qu'avec la Constitution de 1958 le critère organique « est doublé d'un critère matériel…» en concluant qu' « ainsi la loi est-elle supposée retrouver une généralité qui fait partie de sa nature. ». M. de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin, 5ème éd., p.147, « loi ».

[514] Voir l'avis précité du Conseil d'État du 6 février 1953. Également, sur le rôle de la loi, R.CHAPUS, *Droit administratif général*, T.1, 5ème éd., LGDJ-Montchestien, 1990, n°71 et s.

[515] B.GENEVOIS explique à cet égard : «En simplifiant, on peut dire que les matières énumérées par l'article 34 de la Constitution recouvrent ce qu'il est convenu d'appeler « le domaine législatif par nature » notion qui existait avant 1958… », *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éd. STH, 1988, p.73.

[516] Paul Durand considère en effet que « Le gouvernement est devenu le législateur de droit commun,tandis que le parlement n'est qu'un législateur d'exception », Paul DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution de la Vème République », art. cit, 1470.

[517] Pierre Pactet explique « ce n'est qu'en 1958 qu'un véritable bouleversement survient, du fait de l'article 34 de la nouvelle Constitution. ». P.PACTET, « La loi, permanence et changement », art. cit., p.506. Cette délimitation apparaît comme une rupture puisqu'elle amène à définir la loi selon un critère matériel et non plus seulement formel. Dans le rapport EDCE de 1949 on peut lire : « pour des motifs tirés aussi bien de la doctrine constitutionnelle que de la théorie générale de l'Etat moderne, il n'existe pas et il ne peut exister de limite à l'action de la loi. » R.MASPÉTIOL, « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français », art. cit, pp.54-55.

révolution de 1958 n'a pas tourné court (B). L'émergence d'un critère matériel pour définir la loi perdure et se rapporte à une délimitation fonctionnelle de la loi, définie par le Conseil constitutionnel comme une norme de mise en œuvre de la Constitution (C).

A/ Les lignes de démarcation du domaine législatif : l'essentiel est réservé à la loi

Lors de la rédaction de la Constitution de 1958, la question de la délimitation du domaine législatif a suscité de nombreux débats. Comment établir cette délimitation ? Quels seront les critères permettant de distinguer les domaines législatif et réglementaire ? La loi ne va t-elle pas être dépossédée de domaines essentiels ?

En 1960, L. Hamon présente la distinction entre deux techniques de répartition des compétences : « deux techniques pouvaient être envisagées (…) : l'une distingue selon l'importance des dispositions, réalisant ainsi un cantonnement par l'importance ; l'autre qui distingue selon la matière traitée, réalisant un cantonnement par l'objet ». L'auteur concluait en considérant que les constituants de 1958 avaient eu recours « simultanément aux deux techniques de cantonnement… »[518]. Plusieurs années après, L.Favoreu, envisageant l'application contentieuse des articles 34 et 37 de la Constitution, constate que « si au départ c'est la « technique du cantonnement par l'objet » que l'on a voulu adopter en fait, aujourd'hui, c'est la « technique du cantonnement par l'importance » qui s'est imposée progressivement »[519].

En définitive, la solution adoptée par les constituants a consisté à restreindre le domaine législatif aux questions les plus fondamentales. Mais comment peut se définir cette notion ? Pendant l'élaboration de la Constitution, c'est H.Teitgen qui formulera la synthèse des principes ayant présidé à cette délimitation : « la distinction entre ce qui est fondamental et ce qui ne l'est pas est bien délicate : tout ce qui garantit une liberté est fondamental »[520]. Cette ligne de démarcation rejoint ainsi la tradition constitutionnelle française et se trouve en parfaite conformité avec l'avis rendu en 1946 par le Conseil d'État[521]. Cette conception

[518] Voir L.HAMON, « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *D.*1960, p.253.
[519] L.FAVOREU, « Rapport introductif », *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit., p.33. L'auteur conclut que « la répartition horizontale des compétences a peu à peu cédé le pas à la répartition verticale des compétences… », *ibid.*
[520] *Travaux préparatoires de la Constitution. Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel*, Doc. fr., 1960, p.105.
[521] La Haute juridiction administrative reconnaissait l'existence de matière réservée à la loi « soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, dont les principes ont été réafirmés par le Préambule », Avis rendu par le CE le 6 férvrier1953, précité, *RDP*, 1953, p.170.

transparaît à la lecture de l'article 34 de la Constitution dont on peut constater qu'il réserve à la loi les domaines les plus importants de l'ordonnancement normatif. La seule référence aux « droits civiques » et « garanties accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » suffit déjà à conférer au Parlement un domaine de compétence sur les questions les plus essentielles.

Après 1958, le développement du contentieux constitutionnel confirmera l'analyse selon laquelle la délimitation du domaine de la loi avait vocation à protéger cette dernière. La révolution juridique de 1958 était annoncée comme le signe du « déclin de la loi »[522]. La révolution a bien eu lieu mais dans le sens inverse de celui pronostiqué par la doctrine. Tout d'abord, le domaine législatif tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel s'est révélé plus vaste et dense que celui imaginé en 1958. En effet, le Conseil constitutionnel a très tôt estompé la distinction opérée par l'article 34 entre « la fixation des règles » et « la détermination » des principes. Ces deux catégories ont été rapprochées, et l'alignement s'est fait par le haut, c'est-à-dire au profit d'une interprétation extensive de la compétence du Parlement[523]. En outre, alors que les constituants avaient clairement établi une répartition horizontale des compétences (détermination par l'objet), le Conseil constitutionnel a interprété l'article 34 conformément à la tradition constitutionnelle, c'est-à-dire en réservant toujours au législateur les aspects les plus importants des matières envisagées. La répartition horizontale a été convertie, en passant par l'interprétation du juge constitutionnel, en répartition verticale[524]. Ainsi, pour déterminer la compétence législative, le Conseil constitutionnel tient davantage compte des effets ou de la portée potentielle des dispositions

---

[522] Voir à cet égard P.DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution de la Vème République, *JCP*, 1959, 1469-1470. Dans le même sens, L'HUILLIER, « La délimitation de la loi et du règlement », *D*. 1959, p.173 ; MORANGE, « La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *D*, 1959, Chron., p.21 ; DE SOTO, « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP*, 1959, p.240 ; SOUBEYROL, « La définition de la loi et la Constitution de 1958, *AJDA*, 1960, I, p.437.

[523] Selon B.GENEVOIS, « dans la pratique, la distinction entre ces deux chefs de compétence, sans être supprimée, a été quelque peu estompée ». *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éd. STH, 1988, p.88.

[524] Voir à cet égard L.FAVOREU qui considère que le domaine de la loi se délimite non en surface mais en profondeur. « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 3, 1987, p.878. Dans le même sens, voir C. TEITGEN-COLLY qui explique : « On sait comment, en définitive, restant fidèle au dogme de la valeur supérieure de la loi, toute la jurisprudence constitutionnelle a tendu dès son origine à substituer à la répartition horizontale des compétences que la Constitution établissait une répartition verticale dans la ligne de la tradition constitutionnelle française, fondée sur la distinction entre la « mise en cause » des règles ou principes fondamentaux relevant du législateur et « leur mise en œuvre » relevant de la compétence réglementaire, ou entre le principal et l'accessoire, voire encore entre « les dispositions ayant un caractère déterminant à l'égard de la règle ou du principe et celles ne concernant que leur modalité d'application », C.TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p.153.

en cause que de la liste des matières énumérées par l'article 34[525]. Il convient d'ajouter, en outre, que le Conseil constitutionnel a déployé d'autres références constitutionnelles pour fonder la compétence législative. Le Conseil constitutionnel a en effet étendu les normes de délimitation du domaine de la loi bien au-delà de l'article 34 de la Constitution, en se référant également aux autres dispositions constitutionnelles[526]. Dès lors c'est le domaine réglementaire qui s'est réduit à une peau de chagrin[527].

L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a provoqué un renversement du discours doctrinal sur cette délimitation du domaine de la loi. Cette délimitation est alors présentée comme étant destinée à servir l'autorité de la loi. En effet, quelques années de pratique ont permis de constater que le Conseil constitutionnel utilisait cette délimitation pour protéger la compétence du Parlement, y compris contre lui-même. Le Conseil constitutionnel a très tôt veillé à ce que le Parlement exerce ses prérogatives constitutionnelles en sanctionnant toute délégation irrégulière de sa compétence à d'autres autorités[528]. Avec l'incompétence négative, on passait ainsi de la restriction à l'essentiel à l'obligation de légiférer sur l'essentiel. Selon TH. S. Renoux, « d'une compétence législative protégée on est ainsi passé à une compétence législative obligée »[529]. La question se pose alors de savoir si la révolution (résultant de l'émergence d'un critère matériel pour définir la loi) a tourné court.

---

[525] Dans la décision 64-27 L, le Conseil constitutionnel envisage la question de la radiodiffusion- télévision au regard de son impact sur la liberté d'expression. Il considère que le domaine de la radiodiffusion-télévision a pour objet la communication des idées et des informations et « intéresse ainsi une des libertés publiques dont les garanties fondamentales relèvent de la disposition précitée de l'article 34… ». Décision n° 64-27 L - 7 mars 1964. *Nature juridique de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision française, ainsi que de celles de l'article 70 de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 port*. Recueil, p. 33.

[526] B.GENEVOIS retrace l'évolution des références permettant de fonder le domaine législatif en expliquant que « la répartition des compétences est fonction de l'ensemble de règles de valeur constitutionnelle et non des seuls articles 34 et 37 ». Cet auteur poursuit en expliquant que la compétence législative « trouve également un fondement dans d'autres articles de la Constitution : art.3, al.4, (détermination des électeurs) ; art.35 (autorisation de la déclaration de guerre) ; art.36 (prorogation de l'état de siège au-delà de 12 jours) ; art.47 (vote des projets de lois de finance) ; art.53 (autorisation de la ratification de certains traités) ; art.66 (garantie législative contre les détentions arbitraires) ; art.72 (création et libre administration des collectivités territoriales) ; art.73 (régime des D.O.M.) ; art.74 (organisation particulière des T.O.M.). ». B.GENVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éd. STH, 1988 p.85. Voir dans le même sens P.PACTET, « La loi, permanence et changement », art.cit. p. 509.

[527] Voir à cet égard L.FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 3, 1987.

[528] La décision 67-31 DC (décision précitée) illustre cette protection du domaine législatif.

[529] TH.S RENOUX, « Le principe de légalité en droit constitutionnel positif français», *LPA*, n°31, 11 mars 1992, p.20. Le même auteur, évoquant la technique de l'incompétence négative, explique : « en réalité, comme l'avaient vu les premiers commentateurs de la Constitution, il existe bien un critère matériel de la loi, mais celui-ci produit des effets inverses de ceux qu'ils avaient imaginés : il ne s'agit pas d'un domaine maximal, d'une limite à la compétence législative, mais d'un domaine minimal, d'une condition de la compétence législative, sorte de domaine inexpugnable dont le législateur ne peut être délogé, fut-ce même avec son assentiment. », *ibid.* p.21.

B/ La révolution a-t-elle tourné court ?

La jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière a été marquée par un revirement retentissant en 1982. Il est fréquent de lire, qu'après la décision « blocage des prix »[530], le Conseil constitutionnel est revenu à une définition purement formelle de la loi[531]. À la suite de cette décision, certains auteurs estiment que « la révolution a tourné court. »[532]. Rappelons que dans cette décision le Conseil constitutionnel juge que la loi peut empiéter sur le domaine réglementaire mais rappelle parallèlement au législateur l'obligation de respecter son propre domaine défini par l'article 34 de la Constitution. L'incompétence positive serait juridiquement admise quand l'incompétence négative resterait d'ordre public. Selon une majorité d'auteurs, puisque la loi peut empiéter sur le domaine réglementaire sans être entachée d'inconstitutionnalité, il n'y aurait plus lieu de se référer à un critère matériel pour définir la loi. M. de Villiers estime ainsi que « le critère organique n'a rien perdu de sa force, et on peut admettre avec J.Rivero que, si les articles C.34 et C.37 paraissent annoncer une révolution, finalement cette révolution n'a pas eu lieu ou en tous cas a été largement neutralisée. »[533]

Cette position paraît surprenante dans la mesure où la jurisprudence blocage des prix de 1982 consacre de manière très nette un critère matériel de définition de la loi. C'est plus précisément la consécration d'un domaine réglementaire qui sera abandonné dans cette décision. Si le respect du domaine réglementaire n'est plus un impératif constitutionnel, on doit constater que le critère matériel posé par l'article 34 conserve toute son effectivité. Le Conseil constitutionnel permet certes à la loi de contenir des dispositions réglementaires, mais il impose néanmoins au législateur d'exercer pleinement sa compétence sous peine de censure. En définitive, la jurisprudence de l'incompétence négative est une concrétisation juridique de la tradition législative française qui définit la loi, non pas seulement

---

[530] Décision 82-143 DC- du 30 juillet 1982. *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4.* Recueil, p. 57.

[531] Cette thèse est largement partagée au sein de la doctrine. L.FAVOREU ET L. PHILIP écrivent ainsi que cette décision « marque une étape essentielle de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans la mesure où, en affirmant pour la première fois que la loi peut statuer dans le domaine du règlement sans être entachée d'inconstitutionnalité, le juge constitutionnel ruine définitivement la thèse d'une définition matérielle de la loi », *GDCC*, 12ème éd., p.534**.** Voir également G.DRAGO, « La loi contrôlée », in *Vive la loi !*, op. cit. p.25. « le Conseil constitutionnel a cependant fortement accentué cette tendance en ne donnant plus qu'une définition formelle de la loi ».

[532] P.PACTET, « La loi, permanence et changements », art. cit., p.507.

[533] M. de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin, 5ème éd., p.147, « loi ». Voir à cet égard, J.RIVERO, « Rapport de synthèse du colloque d'Aix en Provence », *Le domaine de la loi et du règlement*, Economica, 2ème éd., 1981.

formellement, mais surtout matériellement en décrivant ce qu'elle doit faire impérativement : ce qu'elle ne peut déléguer.

Depuis 1958, la délimitation du domaine législatif a été affectée par un autre épisode. À partir de 1967, le Conseil constitutionnel va déployer l'éventail du bloc de constitutionnalité, de la Constitution *stricto sensu*[534] à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[535] en passant par le Préambule de 1946[536]. Or, l'émergence de ce bloc de constitutionnalité n'est pas sans incidence sur la délimitation du domaine de la loi. Cet événement va aboutir à ce que la délimitation du domaine législatif s'opère en considération de la fonction de la loi au regard de la Constitution.

C/ La conception fonctionnelle du domaine législatif. La loi, définie comme norme de « mise en œuvre de la Constitution »

Auparavant, la délimitation du domaine de la loi était effectuée au regard de la relation duale (organisée par la Constitution) entre la loi et le règlement. Dans ce cadre, le Conseil constitutionnel procédait à une délimitation du domaine législatif en recourant au fameux couple « mise en cause / mise en œuvre »[537]. Le Conseil constitutionnel distingue les mesures qui mettent en cause les principes fondamentaux et garanties fondamentales[538] et celles qui se bornent à les mettre en œuvre. Ainsi, seul le législateur est compétent pour les mettre en cause alors qu'il revient au pouvoir réglementaire de les mettre en œuvre. Cette logique permet ainsi de discerner ce qui relève de l'essentiel et qui, de ce fait, revient à la compétence du législateur de ce qui ne l'est pas et qui ressortit à la compétence du règlement. La compétence du législateur était alors strictement définie au regard de la compétence réglementaire. Une fois établie la compétence législative, le législateur disposait d'un pouvoir illimité. Lorsque l'article 34 de la Constitution donne compétence au Parlement pour

[534] La décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967 (décision précitée) est la première décision dans laquelle le Conseil constitutionnel se fonde pour sanctionner une atteinte à un principe substantiel. Il s'agissait en l'occurrence du principe constitutionnel d'inamovibilité des magistrats du siège consacré par l'article 64 de la Constitution.

[535] Décision n°73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*. Rec. p.25. *GDCC*, 12ème éd. p.272

[536] Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971. *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*. Recueil, p. 29. *GDCC*, 12ème éd., p.237.

[537] Voir notamment L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 3, 1987, p.878.

[538] La catégorie des « règles » évoquée par l'article 34 doit nécessairement s'entendre comme comprenant les catégories de principes fondamentaux et garanties fondamentales, dans la mesure où le constituant a permis au législateur dans ces cas (fixation des règles) d'aller plus loin dans ses prescriptions juridiques que la simple détermination des principes fondamentaux et garanties fondamentales. On doit donc en déduire *a fortiori* que le constituant en permettant au législateur d'aller plus loin dans ses prescriptions normatives, donne implicitement mais nécessairement compétence au législateur pour déterminer les principes fondamentaux et garanties fondamentales des dites matières.

déterminer les « principes fondamentaux » et « garanties fondamentales », ceux-là servent uniquement à fonder la compétence législative au détriment de la compétence réglementaire[539]. Ils constituent des coquilles vides, qui servent exclusivement à fonder la compétence législative sans aucunement la limiter.

Or, l'émergence d'un troisième étage normatif (le niveau constitutionnel) a changé les données du problème de la délimitation du domaine législatif. Elle a conduit à une limitation et à une extension du domaine de la loi.

L'émergence du bloc de constitutionnalité a conduit à une limitation du domaine législatif. En effet, dès lors que le Conseil constitutionnel confère une valeur constitutionnelle à des principes, règles, droits et libertés, ces derniers forment autant de barrières que le législateur ne peut franchir. Il convient ici de se référer à l'analyse de G. Vedel selon laquelle le Conseil constitutionnel exerce la fonction d'un aiguilleur[540] : en censurant le législateur il ne fait que signifier aux pouvoirs publics que la procédure législative est inadaptée, donc que le législateur sort de son domaine de compétence en empiétant sur le domaine normatif dévolu au pouvoir constituant. On peut ainsi parler de domaine constitutionnel (défini négativement comme ce que ne peut pas faire le législateur, et positivement comme ce que seul pourrait faire le Constituant) parallèlement au domaine législatif (ce que peut faire le législateur). Envisagé comme un domaine normatif à part entière, le domaine constitutionnel permet de définir ce que ne peut pas faire la loi, ce qui revient à fixer des limites au domaine législatif. En effet, « la constitutionnalisation des branches du droit »[541] a irrigué chacune des matières évoquées par l'article 34 de la Constitution. Les principes, règles, droits et libertés de valeur constitutionnelle bornent la compétence et donc la souveraineté du Parlement. La compétence

---

[539] En témoignent les décisions du Conseil constitutionnel qui reconnaissent, *a contrario*, la faculté du législateur de mettre en cause ces principes et garanties. On peut ainsi relever dans la décision 59-1 FNR, le raisonnement du Conseil constitutionnel qui considère que la compétence revient au pouvoir réglementaire dès lors que « l'existence des principes susrappelés [à savoir « la libre disposition de son bien par tout propriétaire l'autonomie de la volonté des contractants et l'immutabilité des conventions »] n'est pas mise en cause. On doit en déduire, *a contrario*, que s'il s'était agi de mettre en cause l'existence des principes en question, la compétence en serait revenue au législateur. (27 novembre 1959. *Proposition de loi déposée par MM. BAJEUX et BOULANGER, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme).* Recueil, p. 71). Voir aussi la décision 60-7 L , toujours *a contrario*.

[540] Selon le Doyen Vedel, « la déclaration de non-conformité à la Constitution prononcée par le Conseil constitutionnel porte substantiellement non sur le fond mais sur la procédure…Il se borne à indiquer que…la procédure utilisable est non la procédure législative mais celle de la révision de la Constitution. …Le juge constitutionnel, si l'on peut se permettre cette image, n'est donc pas un censeur mais un « aiguilleur ». Il n'interdit pas la marche du train : il se borne, en vertu des règles qu'il est chargé d'appliquer, à le diriger sur la « bonne voie ». George VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n°45, p.151.

[541] Voir B.MATHIEU et M.VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Actes du IIIème Congrès de l'Association française des constitutionnalistes des 14 et 16 juin, Économica-PUAM, Paris, 1998.

du législateur s'en est donc trouvée affectée : désormais la compétence législative se trouve définie dans un double rapport au domaine réglementaire et constitutionnel.

Parallèlement, l'émergence du bloc de constitutionnalité a conduit à une extension du domaine de la loi. Le domaine constitutionnel impose une limite à la compétence législative, mais il constitue dans le même temps un nouveau fondement de la compétence législative[542]. En effet, les règles, principes, droits et libertés de valeur constitutionnelle doivent se ranger dans la catégorie de ce qui est essentiel. Ils constituent même le noyau dur de cette catégorie. Chaque fois que ces règles, principes, droits et libertés seront en cause, la compétence législative sera établie par principe. B. Genevois évoquera à cet égard « une conception extensive de la compétence législative en matière de droits et libertés »[543]. J.Tremeau évoquera l'extension de la réserve de loi aux droits fondamentaux[544].

La compétence du législateur est donc à la fois alimentée par le domaine constitutionnel et limitée dans le même temps par ce domaine[545]. Nous nous trouvons ainsi devant une aporie : le législateur est compétent puisque cela relève de l'essentiel, mais puisqu'il s'agit de l'essentiel cela relève évidemment du domaine constitutionnel, ce qui exclu logiquement la compétence du législateur ordinaire. Mais cette aporie n'est qu'apparente : la distinction doit être établie entre la compétence par rapport aux principes et l'incompétence en cas d'atteinte à leur substance. Le couple mise en cause/ mise en œuvre, mobilisé pour cerner la ligne de démarcation entre le domaine législatif et le domaine réglementaire, peut alors être recyclé à l'échelon supérieur de la hiérarchie des normes. La compétence du législateur change de nature : hier compétent y compris pour « mettre en cause », il n'est plus compétent, dans la mesure où sont en cause des principes de valeur constitutionnelle, que pour assurer la mise en œuvre de ces derniers[546]. Pour MM. Favoreu et Philip : « selon un principe plusieurs fois vérifié, la mise en œuvre des règles constitutionnelles relève du législateur (et non du pouvoir réglementaire) »[547]. Pour Favoreu, « cette constitutionnalisation

---

[542] A.VIDAL-NAQUET, considère ainsi que « la relation est à double sens : l'article 34 accorde au législateur une compétence de principe dans la détermination des garanties fondamentales qui, en retour, contraignent l'exercice du pouvoir législatif », *Thèse précitée*, p.21.

[543] B.GENEVOIS évoquera à cet égard « une conception extensive de la compétence législative en matière de droits et libertés ». *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éd. STH, 1988 p.85.

[544] J.TREMEAU, *La réserve de loi*, op. cit., p.258.

[545] Voir MM.FAVOREU et PHILIP, *GDCC*, 12ème ed. p.592.

[546] A.VIDAL-NAQUET semble faire le même constat à propos des « garanties légales des exigences constitutionnelles » en expliquant : « la distinction entre « mise en cause » et « mise en œuvre » ne suffit plus à caractériser l'exercice de la compétence législative : à travers les garanties légales des exigences constitutionnelles, devient cantonné à la mise en œuvre des libertés publiques », *Thèse précitée*, p.25.

[547] FAVOREU et PHILIP, *GDCC*, 12ème ed. p.593. Ils expliquent ainsi que la constitutionnalisation des libertés universitaires conduit à une extension de la compétence législative. Selon Louis Favoreu, « la compétence attribuée au législateur par l'article 34 en matière de fixation des garanties fondamentales des libertés est une

progressive a enfin eu pour conséquence d'opérer une sorte de translation générale des compétences, le législateur officiellement chargé par l'article 34 de définir les « garanties fondamentales » des libertés publiques n'ayant plus en fait qu'à « mettre en œuvre » les règles constitutionnelles… »[548]. La délimitation des domaines normatifs est alors envisagée de manière dynamique : elle procède d'une logique d'articulation entre les différents niveaux normatifs. Limitation et extension du domaine législatif se concilient sur le terrain de la « canalisation »[549]. En effet, la logique de canalisation de la compétence législative, évoquée par Favoreu à propos de la technique du cliquet, se trouve ici en germe dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le législateur est compétent mais il doit exercer concrètement sa compétence dans un sens bien précis : celui de la mise en œuvre effective des droits et libertés constitutionnels. Les principes et règles constitutionnels, hiérarchiquement supérieurs à la loi, peuvent ainsi être assimilés à des normes-objectifs, et la fonction naturelle de la loi sera d'assurer leur mise en œuvre, leur concrétisation, c'est-à-dire leur effectivité.

Dans l'établissement de ce rapport d'articulation entre le domaine constitutionnel et la compétence législative, le motif d'incompétence négative occupe une place de premier ordre. Chronologiquement, c'est le premier biais emprunté par le Conseil constitutionnel pour imposer ce rapport d'articulation.

---

compétence de mise en œuvre des principes constitutionnels. Le Parlement ne fait plus que les mettre en œuvre par la loi ordinaire ». L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit : alternance, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, p.65.

[548] L.FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n°13, 1991 p.24.

[549] L'expression est empruntée à Louis Favoreu qui l'explique en ces termes : « le législateur doit mettre en œuvre les droits et libertés constitutionnels ; ceux-ci ne sauraient exister sans que le législateur les ait concrétisés, actualisés, ait prévu leur condition d'application ; avec comme limite à son pouvoir, la mise en cause du principe constitutionnel ». L.FAVOREU, *RDP* 1983, p 387.

Section 2 L'incompétence négative : un moyen d'imposer l'exigence d'effectivité de la Constitution

Les contours du domaine législatif sont caractérisés par leur flou, et sa délimitation échappe à la rigueur géométrique[550]. Néanmoins, l'ensemble des décisions du Conseil constitutionnel dans ce domaine[551] a permis de situer plus précisément la frontière séparant le domaine législatif et le domaine réglementaire. Il ne s'agira pas ici d'entreprendre une étude exhaustive de la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour dresser un tableau de la répartition des compétences législatives et réglementaires[552]. Nous ne chercherons pas à tracer les contours du domaine de la loi, mais plutôt à cerner ce qui constitue le cœur du domaine législatif. Nous avons cherché à mettre en évidence la logique d'interprétation de l'article 34 de la Constitution, pour cerner le noyau dur de la compétence législative.

L'incompétence négative est une technique destinée à sanctionner le législateur lorsqu'il « est resté en deçà de sa compétence »[553]. L'utilisation de cette technique qui sanctionne une « abstention » du législateur implique corrélativement une obligation positive pesant sur ce dernier. Le Conseil constitutionnel impose donc par ce biais une obligation de légiférer. Il apparaît alors nécessaire de s'interroger sur « le contenu de l'obligation pesant sur le législateur »[554]. La jurisprudence en matière d'incompétence négative est caractérisée par l'utilisation de critères récurrents : dans la quasi-totalité des cas de censures fondés sur l'incompétence négative, le Conseil constitutionnel met en exergue le manque de garantie édictée par le législateur. L'abandon par le législateur de sa compétence se traduit ainsi par l'absence de garanties présentées par le Conseil constitutionnel comme « essentielles » et relevant à ce titre de la compétence législative. En outre, il apparaît au fil des décisions rendues par le Conseil constitutionnel que la nécessité de prescrire ces garanties sera d'autant

---

[550] S'agissant de la délimitation du domaine de la loi, M. de VILLIERS juge qu'elle « procède bien souvent plus de l'esprit de finesse que de l'esprit de géométrie », M. de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin, 5ème éd., p.147, « loi ». Sur « l'incertitude irréductible du partage » ainsi établit, voir J. BOULOUIS, « L'influence des articles 34 et 37 sur l'équilibre entre les pouvoirs », in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit., p.198.

[551] Voir à cet égard l'inventaire des décisions établi par MM.FAVOREU et PHILIP, *GDCC,* 13ème éd., 2005, p.199.

[552] Pour une telle étude, voir les tableaux réalisés par M. de VILLIERS et Th.S. RENOUX, *Code constitutionnel*, Litec, 2001, pp.385-412. Voir également P. Le MIRE, *La loi et le règlement : articles 34, 37 et 38 de la Constitution*, La Documentation française, 1994.

[553] D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2001, p.136.

[554] Selon la terminologie adoptée par F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, 17, 1994, p. 74 .

plus impérieuse que seront en cause des droits ou des libertés de valeur constitutionnelle[555]. La jurisprudence du Conseil constitutionnel s'inscrit ainsi dans la perspective de l'exigence d'effectivité de la Constitution en mettant en lien la prescription de garanties et la protection des droits et des libertés[556]. On peut alors constater que l'utilisation de l'incompétence négative permet non seulement au Conseil constitutionnel de délimiter le domaine législatif minimum – ou « réserve de loi »[557] – mais bien au-delà, d'imposer à la loi une fonction au sein du système normatif. Assurant une certaine cohérence du système normatif, le Conseil constitutionnel fait de la loi une courroie de transmission des valeurs constitutionnelles. C'est principalement[558] au regard de cette fonction que le Conseil constitutionnel va opérer sa délimitation du domaine législatif.

Si la compétence législative impose au législateur de prescrire des garanties (§1), cette obligation sera d'autant plus impérieuse dans le champ des droits et libertés de valeur constitutionnelle (§2).

§1 L'obligation de prescrire des garanties

Il apparaît, à la lecture des décisions du Conseil constitutionnel en matière d'incompétence négative, que l'obligation positive pesant sur le législateur se rapporte à la prescription de garanties posées par la législation en cause. La doctrine corrobore cette analyse en assimilant la compétence minimale du législateur à la nécessaire édiction de garanties légales. G. Schmitter explique en effet que c'est par « l'appel à la notion de garanties » que l'on peut cerner le « contenu matériel minimum de la loi »[559]. L'obligation de prescrire des garanties peut apparaître de manière explicite ou implicite.

---

[555] D. Turpin explique à cet égard qu'« avec sa jurisprudence relative aux incompétences négatives, le Conseil constitutionnel oblige même le législateur à intervenir, de manière suffisamment précise et détaillée, pour édicter ces « garanties fondamentales » et mettre aussi concrètement en œuvre les libertés constitutionnellement garanties ». TURPIN, *Les libertés publiques*, Paris, Gualino, 5ème éd., 2000, p.85.

[556] Pour S. Dion-Loye et B.Mathieu, « rendre plus effectif un droit, c'est garantir à son titulaire des conditions d'exercice plus favorables que celles qui résultent du droit existant ». S. DION-LOYE, B. MATHIEU, « Le droit de grève : l'affirmation elliptique du constituant, le silence du législateur, la parole du juge », *RFDC*, n° 7 1991, p.525.

[557] Sur cette notion de « réserve de loi », voir la thèse de J.TREMEAU, *La réserve de loi*, op. cit.

[558] Il ne s'agira pas dans la présente étude de procéder à une analyse systématique de tous les cas d'incompétence négative pour démontrer que, dans chacun de ces cas, la logique d'effectivité est sous-jacente. Il s'agira de constater que cette fonction est primordiale dans le cadre de la délimitation du domaine incompressible de la loi et que l'incompétence négative constitue un des moyens contentieux d'œuvrer en faveur de l'exigence d'effectivité des valeurs constitutionnelles.

[559] G.SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AIJC*, Vol. V, 1989, p. 170. Il poursuit son analyse en concluant : « c'est, semble t-il, par ce critère que le juge constitutionnel

Dans certains cas, l'absence de garantie constitue la justification explicite de la censure[560]. Tel est le cas de la décision 67-31 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel considère « qu'un règlement d'administration publique ne peut fixer les conditions d'affectation desdits magistrats sans que la loi organique ait déterminé les garanties de nature à concilier les conséquences découlant du caractère temporaire des fonctions de conseiller référendaire à la Cour de cassation avec le principe de l'inamovibilité des magistrats du siège »[561]. Réciproquement, la présence de garanties légales constitue une justification au jugement de conformité. Dans sa décision 88-248 DC[562], le Conseil constitutionnel considère que le législateur a rempli ses obligations en vertu de l'article 34 puisqu' « il subordonne leur élaboration au respect de garanties essentielles ». L'obligation de prescrire des garanties se déduit ainsi *a contrario* de ces décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel rejette l'argumentation de la saisine fondée sur une prétendue incompétence négative du législateur[563].

Lorsque la notion de garantie n'apparaît pas explicitement dans les motivations du Conseil constitutionnel, force est de remarquer qu'elle demeure implicitement nécessaire. La motivation du Conseil constitutionnel met alors en exergue la carence légale[564]. Ainsi dans sa

---

fixe la barrière que le législateur ne peut dépasser, sous peine de voir remis en cause l'existence même de ce contenu minimum de la loi. ». *Ibid*. A.VIDAL-NAQUET explique dans sa thèse, « dès lors qu'il s'agit d'une garantie est affirmée la compétence du législateur. Les garanties légales deviennent alors l'expression même de la compétence législative. », Thèse précitée, p.31.

[560] Pour des références explicites à la notion de garantie dans les cas de censure pour incompétence négative, voir notamment les décisions 67-31 DC, 84-173 DC, 85-198 DC, 93-322 DC, 93-329 DC, 98-399 DC.

[561] Décision 67-31 DC (Décision précitée). Souligné par nous. Pour un schéma comparable voir la décision 84-173 DC du 26 juillet 1984. *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*. Recueil, p. 63. Le Conseil constitutionnel évoque explicitement le défaut de garantie et censure le législateur pour incompétence négative (cons. 4).

[562] Décision n° 88-248 DC - 17 janvier 1989. *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 18.

[563] On retrouve ce même schéma dans la décision 93-333 DC du 21 janvier 1994 dans laquelle le Conseil constitutionnel estime au regard des garanties fixées par la loi encadrant les pouvoirs conférés au CSA que le législateur n'a pas méconnu sa compétence (*Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 32).

[564] Le Conseil constitutionnel peut utiliser des expressions traduisant explicitement cette carence. La carence légale peut résulter d'une formulation indirecte comme dans la décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983 dans laquelle le Conseil constitutionnel considère que « pour faire pleinement droit de façon expresse tant aux exigences de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile qu'à celles de la lutte contre la fraude fiscale, les dispositions de l'article 89 auraient dû être assorties de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive », (*Loi de finances pour 1984*. Recueil, p. 67,) ; (cons. 30) ; (souligné par nous). La notion d'omission est également utilisée par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision 2000-433 DC (Décision précitée), le juge considère « qu'en omettant de préciser les conditions de forme d'une telle saisine et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution ». Le Conseil peut également évoquer l'abandon de sa compétence par le législateur (décisions 83-162 DC et 84-173 DC).

décision 75-56 DC[565], le Conseil constitutionnel censure une loi qui renvoyait au Président d'une juridiction le soin « de décider de manière discrétionnaire et sans recours si ce tribunal sera composé de trois magistrats… ou d'un seul de ces magistrats exerçant les pouvoirs conférés au président ». Le recours à la notion de garantie est remplacée par la notion de pouvoir « discrétionnaire » mise en exergue par le Conseil constitutionnel dans sa motivation[566]. La compétence de l'autorité d'application est jugée discrétionnaire en raison de l'absence de règles précises garantissant aux justiciables poursuivis pour des faits identiques d'être jugés dans les mêmes conditions. La garantie légale ferait ainsi obstacle au pouvoir arbitraire des autorités chargées de l'application de la loi[567]. L'obligation de prescrire des garanties peut également apparaître de manière implicite lorsque le Conseil constitutionnel juge la disposition contestée conforme à l'article 34 de la Constitution. Tel est le cas de la décision 82-143 DC, par laquelle le Conseil constitutionnel, pour rejeter l'argumentation de la saisine, ne recourt pas explicitement à la notion de garantie mais se fonde sur l'existence d'un cadre législatif, fixant des « limites de temps et de procédure » et imposant des « exigences propres à un contrôle des prix… »[568]. Ces limites et exigences constituent autant de garanties légales qui limitent le pouvoir discrétionnaire des autorités d'application[569]. On peut en effet remarquer que le Conseil constitutionnel ne censure pas pour incompétence négative un renvoi explicite à la compétence d'autorité d'application dès lors qu'il juge l'encadrement législatif suffisant[570].

D'une manière générale, les censures pour incompétence négative appellent un surcroît de précision destiné à border la compétence des autorités d'application[571]. Les

---

[565] Décision 75-56 DC du 23 juillet 1975. *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*. Recueil, p. 22

[566] G. Schmitter considère en ce sens que « la motivation du Conseil pourra faire référence soit à la marge d'appréciation trop grande laissée au pouvoir réglementaire dans la mise en œuvre du principe posé, soit encore à l'absence de clarté soit enfin à la notion de garantie ». G.SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », art. cit., p.171.

[567] Les notions de pouvoirs discrétionnaire ou arbitraire sont récurrentes dans les décisions censurant des cas d'incompétence négative. Voir notamment les décisions 81-132 DC, 83-162 DC, 85-198 DC. Lorsqu'elles ne sont pas mobilisées, le juge recourt à des périphrases en évoquant des « pouvoirs assortis d'aucune limite » (86-223 DC et 90-277 DC), l'absence de restriction (89-260 DC)…

[568] Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982. *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4.* Recueil, p. 57 ; Grande décision n° 33 - *"Blocage des prix et revenus"*.

[569] On retrouve un schéma comparable dans la décision 86-217 DC du 18 septembre1986 dans laquelle le Conseil constitutionnel estime que la disposition législative confiant à la CNCL la possibilité de faire varier les obligations générales résultant de l'autorisation d'émettre n'est pas entaché d'incompétence négative compte tenu des garanties posées par les articles 1 et 3 de la loi. En l'occurrence, la loi prévoyait la possibilité de saisir le juge administratif. Le pouvoir de l'Autorité administrative était ainsi suffisamment encadré pour exclure l'arbitraire. (*Loi relative* à la liberté de communication, Recueil, p. 141).

[570] Dans le même sens voir également la décision 85-189 DC et la décision 99-419 DC.

[571] La notion de pouvoir discrétionnaire se retrouve notamment dans la décision 83-162 DC du 20 juillet 1983. *Loi relative à la démocratisation du secteur public.* Recueil, p. 49.

défaillances formelles du législateur, telles que l'imprécision ou l'ambiguïté semblent constituer des indices d'une carence en garantie légale[572]. Ces défaillances ne sont donc pas sanctionnées en tant que telles, mais seulement dans la mesure où elles induisent une carence de la loi en termes de garanties. À cet égard, il n'y a pas lieu de distinguer les qualités de forme et de fond qui sous-tendent l'utilisation de ce moyen contentieux. Le défaut de garanties et le manque de précision sont ainsi deux angles d'approche différents d'un même problème et traduisent une exigence commune. Il s'agit d'imposer à la loi de fixer un cadre destiné à border le pouvoir d'appréciation des autorités d'application afin que ces dernières ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire, voire arbitraire[573]. Ainsi, les garanties légales exigées par le Conseil constitutionnel renvoient à des contenus relativement hétérogènes[574], mais partagent ce dénominateur commun. La jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière se rattache à une certaine conception de la loi caractérisée par sa « place supérieure » et sa « fonction d'encadrement »[575].

La question se pose alors de savoir ce qui permet au Conseil constitutionnel d'identifier la nécessité pour le législateur de prescrire des garanties. À cet égard, si la compétence minimale du législateur s'apprécie au regard des garanties/précisions contenues dans sa législation, on peut remarquer que cette obligation sera d'autant plus sévèrement appréciée que des droits ou libertés constitutionnels seront en cause.

§2 Une obligation impérieuse dans le champ des droits fondamentaux

L'incompétence négative sanctionne un « abandon » de sa compétence par le législateur[576]. Son utilisation suppose donc au préalable l'identification d'une compétence

---

[572] Voir notamment les décisions 85-191 DC, 85-198 DC, 93-322 DC, 94-352 DC, 98-399 DC, 98-405 DC, 99-423 DC, 2004-499 DC.

[573] À cet égard, la possibilité de saisir le juge administratif semble constituer aux yeux du juge constitutionnel français une garantie permettant d'encadrer le pouvoir des autorités d'application. Dans sa décision 91-304 DC du 15 janvier 1992, le Conseil constitutionnel estime que si le législateur s'est abstenu de définir précisément les concepts d' «heures grandes écoutes » et d' « heures d'écoute significative », la possibilité de saisir le juge administratif constitue une garantie pour les destinataires de la loi (cons.10) ; (*Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 18). Dans le même sens, voir la décision 93-333 DC (décision précitée).

[574] Le Conseil constitutionnel peut ainsi exiger du législateur qu'il détermine « les modalités de recouvrement d'une taxe » (décision 98-405 DC), qu'il définisse la notion de « réseaux câblés » (décision 84-173 DC) ou la notion d' « association humanitaire » (98-399 DC).

[575] F. GALLETTI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer », art. cit., p.410. Pour MM. FAVOREU et PHILIP, le Conseil constitutionnel impose « au législateurde poser lui-même les règles essentielles, de façon que l'autorité chargée de les appliquer n'ait pas de marge trop grande d'appréciation. », *GDCC*, 13ème éd., p.200.

[576] Le Conseil constitutionnel considère que le législateur se rend coupable d'incompétence négative lorsqu'il renvoie à un décret le soin de définir la notion de réseau câblé, « abandonnant par la même au pouvoir réglementaire la détermination du champ d'application » qu'il pose. Décision 84-173 DC du 26 juillet 1984. *Loi*

législative. Or, la compétence législative s'identifie principalement au regard d'un critère d'importance : à ce titre, la loi doit régir l'essentiel, poser les règles fondamentales du système juridique. Ces deux termes « essentiel » et « fondamental » sont récurrents dans la doctrine pour caractériser le domaine législatif. Ainsi pour J. Tremeau, l'incompétence négative repose ainsi sur « une certaine conception de la loi, en tant que norme destinée à régir l'essentiel, c'est-à-dire à définir la régulation de base de la société. Ceci suppose une conception particulière de la réserve de loi, qui est censée couvrir l'ensemble des matières où s'opèrent les choix fondamentaux. »[577]. La question est alors de déterminer ce à quoi peuvent renvoyer ces termes. Selon la formule H.Teitgen : « la distinction entre ce qui est fondamental et ce qui ne l'est pas est bien délicate : tout ce qui garantit une liberté est fondamental »[578]. Le domaine de prédilection de l'acte législatif renverrait ainsi à la sphère des droits et libertés des citoyens, conformément à la tradition constitutionnelle française (voir Supra, Section 1).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel confirme assez nettement cette analyse. À cet égard, on peut constater que dès lors que des droits ou libertés sont potentiellement en cause, la nécessaire présence de garanties est systématiquement constatée par le juge. Le critère tenant au terrain de la défaillance du législateur est ainsi un critère absolument déterminant. Le Conseil constitutionnel, à l'instar de la Cour constitutionnelle allemande, considérera que « l'étendue du domaine réservé à la loi parlementaire est fonction de l'intensité avec laquelle les droits fondamentaux des intéressés sont affectés »[579]. Cette constatation semble faire l'unanimité dans la doctrine[580]. L'appréciation de la nécessité des garanties est ainsi logiquement prédéterminée par la mise en cause des droits fondamentaux[581] et induit une sévérité accrue du juge : « l'examen des lois concernant les droits fondamentaux peut… amener le Conseil constitutionnel à effectuer un contrôle plus sourcilleux »[582]. Cette

---

relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé. Recueil, p. 63.

[577] J.TREMEAU, *La réserve de loi,* op. cit., p.43.

[578] *Travaux préparatoires de la Constitution. Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel*, Doc. fr., 1960, p.105.

[579] M.FROMONT, *RDP*, 1982 , p. 1062.

[580] J. Tremeau définit la réserve de loi comme « la compétence attribuée au législateur de produire des obligations ou des interdictions dans le domaine d'un droit fondamental ». J.TREMEAU, in L.FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit p.93. Pour C.Bergeal, « l'obligation de clarté pèse particulièrement sur les lois réglementant les libertés publiques ». C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cité p.22.

[581] F.Priet considère que « dans le domaine des droits fondamentaux, elle (la haute instance) veille à ce que la loi comprenne les garanties essentielles propres à assurer la sauvegarde de ces droits ». F.PRIET, art. cit, p.76. Cet auteur cite à cet égard les décisions 84-173 DC, 85-198 DC, 86-217 DC, 88-248 DC. Si le Conseil constitutionnel « accepte pourtant de combler le vide de la loi dans le cadre de son contrôle de l'incompétence négative, c'est parce qu'il estime nécessaire d'encadrer l'exercice de ce pouvoir en raison de la particulière importance de la matière légiférée », *Ibid.* p. 79.

[582] F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art.cit., p.78.

analyse se situe dans le prolongement de celle de Louis Favoreu qui écrivait « le partage des attributions entre le législateur et le pouvoir réglementaire s'effectue non pas en considération de la matière et donc en « surface », mais eu égard à l'importance de la question traitée, et donc « en profondeur …» »[583].

Un certain nombre de décisions du Conseil constitutionnel sanctionnant des incompétences négatives[584] s'appuient en effet sur la violation d'un droit ou d'une liberté de valeur constitutionnelle[585]. Dans la décision 85-198 DC, le Conseil constitutionnel accueille ainsi l'argumentation de la saisine consistant à imposer à la loi d'assurer la sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement garantis[586]. Dans sa décision 81-129 DC, le Conseil constitutionnel considère que l'encadrement législatif fixé en matière d'attribution des dérogations au monopole de la radiodiffusion permet « d'assurer l'expression libre et pluraliste des idées et des courants d'opinion » et « de garantir le respect des principes constitutionnels de liberté et d'égalité… »[587]. Dans la décision *Juge unique* précédemment évoquée, le juge

---

[583] L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 3, 1987, p.878.

[584] Cette logique d'interprétation transparaît également en dehors des seules décisions DC. Dans la décision 64-27 L (décision précitée), le Conseil constitutionnel considère que le domaine de la radiodiffusion-télévision a pour objet la communication des idées et des informations et « intéresse ainsi une des libertés publiques dont les garanties fondamentales relèvent de la disposition précitée de l'article 34… ».

[585] L'inamovibilité des magistrats du siège (67-31 DC, 70-40 DC), le respect du principe d'égalité (75-56 DC, 93-329 DC), le droit de propriété (81-132 DC, 85-198 DC), la liberté de communication (84-173 DC, 86-217 DC, 96-378 DC), liberté individuelle et liberté d'aller et venir (93-323 DC, 94-352 DC), liberté d'enseignement (93-329 DC), liberté et indépendance des chercheurs (décision 93-322 DC), droit au respect de la vie privée (2004-499 DC).

[586] Décision n° 85-198 DC - 13 décembre 1985. *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle.*Recueil, p. 78. Considérant, d'autre part, que l'article 3-II permet à l'établissement public de diffusion de procéder à des travaux et installations d'importance non précisée sur des propriétés bâties publiques ou privées et prévoit que les agents de l'établissement public peuvent être autorisés à pénétrer à l'intérieur de ces propriétés, y compris dans les locaux d'habitation, notamment pour l'exploitation des équipements installés ; que ces installations et le droit de visite qu'elles impliquent pourraient faute de précisions suffisantes entraîner une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis qu'il appartient à la loi de sauvegarder ; Considérant que, si la mise en oeuvre d'une telle sauvegarde relève d'un décret d'application, il revenait au législateur de déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires ; qu'en tout état de cause il devait poser la règle que la servitude doit être établie non par l'établissement public mais par une autorité de l'Etat et prévoir le principe d'une procédure destinée à permettre aux intéressés, d'une part, d'être informés des motifs rendant nécessaire l'établissement de la servitude, d'autre part, de faire connaître leurs observations ; que, faute d'avoir institué une procédure d'information et de réclamation assortie de délais raisonnables ou tout autre moyen destiné à écarter le risque d'arbitraire dans la détermination des immeubles désignés pour supporter la servitude, les dispositions de l'article 3-II relatives à son institution doivent être déclarées non conformes à la Constitution ; ».

[587] Décision n° 81-129 DC - 31 octobre 1981. *Loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion*. Recueil, p. 35 : « la loi ne confère pas un caractère discrétionnaire à l'attribution des dérogations ; qu'en effet elle détermine les conditions dans lesquelles l'autorité administrative pourra accorder ces dérogations et, en particulier, fait obligation à celle-ci "d'assurer l'expression libre et pluraliste des idées et des courants d'opinion" ; que cette obligation a pour objet et doit avoir pour effet, sous le contrôle du juge compétent, de garantir le respect des principes constitutionnels de liberté et d'égalité ainsi rappelés ; »

constitutionnel considère que la marge d'interprétation laissée au président du tribunal (sur la composition de la formation de jugement) porte atteinte au principe d'égalité puisqu'elle est susceptible d'aboutir à un traitement différent de cas similaires[588]. À cet égard, on peut considérer que les censures pour incompétence négative visent à protéger de manière transversale le principe d'égalité. En effet, l'incompétence négative imposant au législateur d'encadrer les compétences des autorités d'application par des règles précises, permet d'éviter qu'une même disposition légale fasse l'objet d'interprétations différentes.

La logique d'interprétation de l'article 34 de la Constitution apparaît de manière explicite dans certaines décisions du Conseil constitutionnel. Il évoque alors de manière générale le rôle de la loi en terme de « mise en œuvre des droits et libertés »[589] ou de « sauvegarde des droits et des libertés »[590]. Il convient à cet égard de constater que cette politique jurisprudentielle ne distingue aucunement selon qu'il s'agit de « droits-boucliers » ou de « droits-créances ». Dans la décision 2001-455 DC le Conseil constitutionnel considère « qu'il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en oeuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties »[591]. Déclaration de 1789[592] et Préambule sont ainsi placés sur un pied d'égalité. Sans être exhaustif, le Conseil constitutionnel a exprimé la nécessité de mettre en œuvre le 4ème alinéa (droit d'asile)[593], le 5ème alinéa (Droit pour chacun d'obtenir un emploi)[594], le 8ème alinéa (droit de participation des

---

[588] Décision n°75-56 DC (précitée).

[589] Dans sa décision 90-281 DC du 27 décembre 1990, il considère que « le législateur doit assurer la garantie des droits et libertés de valeur constitutionnelle ». (*Loi sur la réglementation des télécommunications*. Recueil, p. 91). Dans sa décision 93-329 DC du 13 janvier 1994, il explique ainsi « qu'il incombe au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de définir les conditions de mise en œuvre de ces dispositions et principes de valeur constitutionnelle … ». (*Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*. Recueil, p. 9). Voir également la décision 96-373 DC du 9 avril 1996 dans laquelle le Conseil constitutionnel évoque « les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent » ; (*Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, rec. p.43), (cons.25). Ce considérant sera repris dans la décision 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*. Recueil, p. 70, (cons. 12).

[590] Décision 96-378 DC - 23 juillet 1996. *Loi de réglementation des télécommunications*. Recueil, p.99 (cons. 27).

[591] Décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*. Recueil, p. 49 (Cons. 46.).

[592] Sur la mise en œuvre de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen voir les décisions 82-141 DC du 27 juillet 1982. *Loi sur la communication audiovisuelle*. Recueil, p. 48 (cons.3 et 4) et 81-133 DC du 30 décembre 1981. *Loi de finances pour 1982*. Recueil, p. 41 (cons.6).

[593] Décision 93-325 DC (précitée) ; (cons.125). Voir également les décisions 97-389 DC du 22 avril 1997. *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*. Recueil, p. 45 (cons.25) et 2003-485 DC du 4 décembre 2003. *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*. Recueil, p. 455 (cons.2).

[594] Décision 83-156 DC du 28 mai 1983. *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*. Recueil, p. 41. Il incombe au législateur « de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun

travailleurs)[595], le 11ème alinéa (droit à la santé et à la solidarité)[596] et l'alinéa 13 : « il incombe au législateur de définir les conditions de mise en œuvre » du droit à l'enseignement »… « il doit notamment prévoir les garanties nécessaires pour prémunir les établissements d'enseignement public contre des ruptures d'égalité à leur détriment »[597].

La logique de délimitation du domaine législatif peut ainsi être qualifiée de fonctionnelle puisque c'est au regard de l'appréciation de la fonction de la loi que lui est imposé ce domaine normatif minimum. C'est l'idée de la loi et de ce qu'elle doit faire qui permet au Conseil constitutionnel d'interpréter l'article 34 de la Constitution. Celle-ci recoupe largement les principes de la tradition légicentriste[598] héritée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[599].

Il convient toutefois de nuancer cette analyse : s'il est vrai que l'utilisation de l'incompétence négative révèle un idéal fonctionnel qui définit la loi comme une courroie de transmission des valeurs constitutionnelles, on doit parallèlement constater qu'une telle fonction n'apparaît pas systématiquement dans les motivations du Conseil constitutionnel en matière d'incompétence négative. Il convient alors de s'interroger sur la nature des rapports entre cette fonction et l'incompétence négative. Nous pourrons constater que pour n'être pas exclusive cette fonction n'en est pas moins incompressible.

---

d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit par le plus grand nombre » (cons.4). (Sur le 5ème alinéa du Préambule. Voir également la décision 85-200 DC (cons.4),

[595] Décision 77-79 DC du 5 juillet 1977.*Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale*. Recueil, p. 35 : « c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre » (cons.3).

[596] Décision 89-269 DC - 22 janvier 1990. *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*. Recueil, p. 33 : « il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire selon leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par le onzième alinéa du Préambule, leurs modalités concrètes d'application…il leur appartient en particulier de fixer les règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini par le Préambule »(cons.26).

[597] Décision 93-329 DC, (décision précitée) ; (cons.26 et 27.).

[598] Cette analyse confirme les propos de F.Priet qui présente cette jurisprudence comme permettant au Conseil constitutionnel « de renouer partiellement avec un certain légicentrisme qui est au cœur du droit public français ». F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit. p.73.

[599] Cette notion de la loi apparaît de manière flagrante dans l'article 4 de la Déclaration qui sous couvert de définir la liberté, confère à la loi la mission de les définir en les conciliant. Cette analyse est largement partagée par la doctrine. P.WACHSMANN, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », art. cit. p.20. « les libertés issues de la Déclaration sont donc bien souvent des libertés par la loi ou des libertés limitées par la loi… ». *Ibid*.

Section 3 La fonction incompressible de l'incompétence négative

Toutes les censures fondées sur une incompétence négative du législateur ne procèdent pas explicitement d'une logique de garantie des droits fondamentaux. Il suffit pour s'en convaincre de relever quelques décisions du Conseil constitutionnel dans lesquelles la censure pour incompétence négative se fonde sur une analyse littérale de l'article 34 de la Constitution, dénuée de toute référence à la fonction de la loi au regard des droits et libertés constitutionnels[600]. Ce constat étant posé, nous chercherons ici à démontrer que cette fonction de mise en œuvre des droits et libertés constitue l'office minimum de cette technique. Si le Conseil constitutionnel peut utiliser l'incompétence négative au-delà de cette fonction, celle-ci constitue le cœur du domaine de la loi protégé par le biais de cette technique. Cette analyse semble se vérifier par le maintien du contrôle des incompétences négatives lors de l'examen de constitutionnalité des lois d'habilitation autorisées par l'article 38 de la Constitution. Ces décisions font apparaître l'existence d'un noyau dur de la compétence législative, incompressible et indérogeable qui transcende la délimitation du domaine de la loi. Il faut alors se ranger à la conclusion qu'à travers son contrôle des incompétences négatives, le Conseil constitutionnel influe sur la notion même de loi.

Nous envisagerons tout d'abord la nature des relations entre l'incompétence négative et la protection des droits et libertés (§1). Après avoir démontré que cette protection constitue l'office minimum de l'incompétence négative, nous pourrons constater que cela justifie le maintien de cette technique lors du contrôle des lois d'habilitation (§2).

§1 L'incompétence négative et la protection des droits et libertés

La nature des rapports entre l'incompétence négative et la protection des libertés et droits de valeur constitutionnelle a suscité une controverse doctrinale et il conviendra de présenter les différentes thèses en présence (A). Nous pourrons alors constater que cette fonction est au cœur de l'utilisation de l'incompétence négative (B).

A/ Les thèses en présence

[600] Le Conseil constitutionnel se contente de viser un des alinéas de l'article 34 de la Constitution sans évoquer la potentielle violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnels. Voir notamment les décisions 83-162 DC, 83-168 DC, 85-191 DC, 87-239 DC, 89-260 DC, 90-283 DC, 98-405 DC.

Deux thèses seront successivement présentées : la première défend l'idée d'une extension de la réserve de loi aux droits fondamentaux, la seconde réduit l'incompétence négative à la protection des droits fondamentaux.

J.Tremeau défend la thèse de « l'extension de la réserve de loi aux droits fondamentaux »[601]. Cet auteur considère qu'après les « réserves traditionnelles » (fiscale et pénale), la compétence minimale du législateur s'est étendue aux droits fondamentaux[602]. Cette analyse se fonde implicitement mais nécessairement sur une délimitation horizontale des compétences du législateur et des autorités d'application. Ainsi, la délimitation de la compétence minimale s'opère en fonction de la matière concernée : les matières fiscale et pénale étant considérées comme fondamentales, elles relèvent de la compétence législative. Présenter la thèse de l'extension de la réserve de loi aux droits fondamentaux suppose de faire de la matière des droits fondamentaux une matière à part entière et distincte notamment des matières pénale et fiscale. Cette analyse tend donc à considérer les droits fondamentaux comme un domaine à part entière, autonome d'autres matières qui relèvent également de la compétence minimale du législateur. Cette thèse doit nous amener à poser différentes questions. Dans le domaine de la fiscalité ou du droit pénal tout ne relève pas de la compétence législative puisqu'on laisse nécessairement un espace normatif au pouvoir réglementaire. Alors comment déterminer ce qui doit impérativement relever de la compétence législative du reste réglementaire ? Le couple bien connu de mise en cause / mise en œuvre est alors mobilisé. Si cela met en cause, le législateur est compétent, alors que s'il s'agit de mettre en œuvre, la compétence réglementaire est admise. Mais cette théorie ne fait que repousser la question plus loin : en effet à partir de quel critère peut-on déterminer qu'une disposition met en cause ou qu'elle ne fait que mettre en œuvre ? Ce critère en appelle donc nécessairement un autre. S'il est vrai que c'est dans le domaine pénal et en matière fiscale que s'est manifesté initialement un domaine minimum de compétence législative[603], il nous semble que le raccrochement de ces matières à la compétence législative s'explique par leur implication dans le domaine de la protection des droits des citoyens. La protection des droits fondamentaux joue alors comme un critère implicite. Le contre-pied de cette thèse repose ainsi sur le postulat en vertu duquel les droits fondamentaux sont une donnée transversale concernant potentiellement toute

[601] J. TREMEAU, *La réserve de loi,* op. cit., p.258

[602] Ceci se déduit naturellement de la considération qui est la sienne lorsqu'il évoque « la réserve de loi relative aux droits fondamentaux » sous la Section consacrée à « l'extension de la réserve de loi aux droits fondamentaux », *Ibid.,* p.258.

[603] Voir l'historique de la réserve de loi présenté par J.TREMEAU, *La réserve de loi*, op.cit., pp.248-258.

matière et non un domaine en tant que tel[604]. En outre, il semble difficile de parler d'extension au domaine des droits fondamentaux dans la mesure où la première utilisation de l'incompétence négative était motivée par les dangers que faisait peser la loi sur le principe d'inamovibilité des magistrats du siège[605].

Une autre thèse doit être présentée qui est défendue par M.Ould Bouboutt. Ce dernier se fonde essentiellement sur une décision[606] du Conseil constitutionnel dans laquelle celui-ci met en évidence le lien particulier existant entre l'incompétence négative et les droits et libertés des citoyens. En effet, après avoir rappelé que « l'article 34 de la Constitution… réserve à la loi le soin de fixer les règles concernant la procédure pénale », le Conseil constitutionnel appuie sa censure en considérant que cet article « s'oppose à ce que le législateur, s'agissant d'une matière aussi fondamentale que celle des droits et libertés des citoyens, confie à une autre autorité … ». M.Ould Boubout explique à cet égard, que si cette formule ne figure plus dans les décisions du Conseil constitutionnel, elle doit être considérée comme implicite[607]. Autrement dit, l'incompétence négative ne trouve à s'appliquer que dans des cas où est en cause la matière fondamentale des droits et libertés des citoyens. Cette position paraît quelque peu excessive dans la mesure où l'auteur avance l'idée d'un lien systématique entre la protection des droits fondamentaux et l'utilisation de l'incompétence négative. Il semble que cette analyse néglige une partie des décisions du Conseil constitutionnel en la matière qui peuvent se ramener à une application littérale de l'article 34 de la Constitution. Il arrive en effet que le juge censure pour incompétence négative à partir du simple constat que la loi n'a pas fait ce que prescrit l'article 34 de la Constitution, sans motiver davantage sa décision. Dans sa décision 83-168 DC[608], le Conseil constitutionnel constate par exemple que l'article 13 de la loi renvoyait à un décret en Conseil d'État le soin de « fixer la composition et les modalités d'élection des membres du conseil d'administration des centres de gestion ». Le Conseil rappelle dans un premier temps que l'article 34 dispose : « la loi fixe les règles concernant la création de catégorie d'établissement public ». Il juge dans un second temps que ces centres de gestion constituent une catégorie nouvelle d'établissements publics et tire la

[604] Voir J.-H.WEILER et S.-C. FRIES, « Une politique des droits de l'homme pour la Communauté et l'Union européenne. La question des compétences », in P.ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.151.
[605] Il s'agit de la décision 67-31 DC (décision précitée).
[606] Décision 75-56 DC, (décision précitée).
[607] M.Ould Bouboutt considère ainsi que bien que la formule ne soit pas reprise « l'on doit considérer qu'elle est implicite dans ces décisions ». M.OULD BOUBOUTT, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Économica, Paris 1987, p.137.
[608] 83-168DC - 20 janvier 1984. *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.* Recueil, p. 38

conclusion du syllogisme en censurant la loi. Dans ce cas, le Conseil constitutionnel ne recourt nullement à une interprétation téléologique de l'article 34 en se fondant sur une fonction idéale présupposée de la loi. Il interprète littéralement cet article de la Constitution. Le Conseil constitutionnel ne juge donc pas toujours nécessaire d'établir un lien entre ses utilisations de l'incompétence négative et la protection des libertés.

En partant des critiques adressées aux deux précédentes conceptions, on peut considérer que si toute censure fondée sur une incompétence négative ne procède pas nécessairement d'une logique d'effectivité des droits et libertés, la mise en oeuvre de ces derniers est au cœur de la compétence législative.

B/ La protection des droits fondamentaux, au cœur de la délimitation du domaine de la loi

Face à la thèse de l'extension de la réserve de loi aux droits fondamentaux, on peut considérer que la délimitation du domaine minimal de la loi s'opère nécessairement en considération de l'importance de ce qui est délégué. Ce qui est important comprendra alors nécessairement les droits et libertés de valeur constitutionnelle. Mais ces droits et libertés ne suffisent pas à résumer ce qui est jugé important. En outre, ces droits et libertés sont susceptibles d'être affectés dans toutes les matières évoquées par l'article 34 de la Constitution. Nous adhérons ici à la thèse en vertu de laquelle les libertés publiques et la protection des droits fondamentaux sont une donnée transversale. Quelle que soit la matière concernée, c'est l'impact potentiel de la mesure envisagée sur les droits et libertés qui permet de déterminer la compétence législative. À cet égard, il nous semble que l'alinéa de l'article 34 de la Constitution qui prescrit à la loi de fixer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques pourrait être invoqué à l'appui de l'ensemble des alinéas du même article 34[609]. La notion de « libertés publiques » évoquée par l'article 34

[609] A.VIDAL-NAQUET, explique à cet égard : « le deuxième alinéa de l'article 34 se contente d'annoncer une mission générale impartie au législateur, dont la portée se trouve précisée par les alinéas suivants de l'article 34, énonçant plus précisément les matières concernées. », Thèse précitée p.29. La même auteur, faisant référence à la décision 84-181 DC (11 octobre 1984 -10 et 11 octobre 1984. *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*. Recueil, p. 78) considère que « le raisonnement mené par le juge constitutionnel corrobore la portée générale du deuxième alinéa de l'article 34, qui doit être lu en combinaison avec les autres dispositions de valeur constitutionnelle ». , *ibid.* p.29. On retrouve une logique d'interprétation transversale de cet alinéa dans la décision 85-187 DC du 10 juillet 1985 (*Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.* Recueil, p. 46) dans laquelle le Conseil constitutionnel considère « qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que dans le cadre de

tend à subsumer l'ensemble des matières évoquées par cet article. Ce titre de compétence a pour effet d'attirer dans son champ de gravitation les autres domaines de compétence.

Face à la thèse défendue par M.Ould Bouboutt, on doit considérer que l'incompétence négative ne peut se réduire à la fonction de protection des droits fondamentaux. Si la compétence minimale du législateur est fonction de l'importance de la disposition envisagée, et que cette importance est toujours présumée dans le domaine des droits fondamentaux, on doit constater que l'importance est parfois placée sous la barre des droits fondamentaux. Comme nous avons pu le constater, il arrive que le Conseil constitutionnel se contente d'invoquer une violation des règles de répartition des compétences horizontales établies par l'article 34 de la Constitution. La thèse de M. Ould Bouboutt n'en est pas moins séduisante. On pourrait certes adopter sa conception extensive de la protection des droits fondamentaux en considérant que le lien entre la compétence du Parlement et cette protection reste toujours nécessaire tout en étant implicite. En effet, à tout le moins pourrait-on invoquer un principe général de légalité en considérant que là où il n'y a pas de loi règne l'arbitraire. En ce sens, François Luchaire considère que lorsque le législateur n'exerce pas sa compétence constitutionnelle « la victime n'est pas le Parlement, c'est le citoyen auquel la Constitution a garanti que les matières les plus importantes donneront lieu à des débats publics de ses représentants élus »[610]. De même, on peut se raccrocher au lien (précédemment évoqué) existant entre l'incompétence négative et le principe d'égalité. Une loi manquant de précision et ne déterminant pas les garanties nécessaires, comporterait le risque d'une interprétation variable en fonction des autorités d'application, ce qui constituerait une atteinte au principe d'égalité devant la loi. Néanmoins, l'observateur du contentieux constitutionnel devra constater que le Conseil constitutionnel sanctionne des incompétences négatives sans se référer à la protection des droits et libertés.

L'incompétence négative a un office minimum et incompressible, qui correspond à la protection des droits fondamentaux. J.Tremeau a pu parler d'une extension de la réserve de loi aux droits fondamentaux. En réalité, la notion de droits fondamentaux est au cœur de la réserve de loi. Ainsi s'explique le fait que l'on puisse parler d'une « obligation au contenu

---

cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré ».

[610] F.LUCHAIRE, « Le Conseil d'Etat et la Constitution », *RA,* n°188, 1979, p.143, note 6. Dans le même sens F.Miatti estime que la compétence législative est une garantie pour le citoyen en raison « du débat public contradictoire ». Ce débat est « absent de la procédure réglementaire qui n'admet, en général, que des avis d'ordre technique sous le sceau du secret » : « enlever la décision au Parlement, c'est d'une certaine manière faire reculer la démocratie. ». F.MIATTI, « Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur », LPA, Avril, 1996, n°52, p.11.

souple »[611]. Dans certains cas, le Conseil constitutionnel va plus loin et se veut plus précis dans l'imposition de ces exigences[612]. Tel est le cas en matière de droits fondamentaux qui délimitent le noyau dur[613] de la compétence législative. Florence Galletti défend cette thèse lorsqu'elle explique : « Ainsi le texte de loi doit posséder un contenu « fondamental », « essentiel », « un noyau dur » de dispositions… Si on imagine aisément qu'il y a une compétence minimale et insécable de la loi, il est des matières, ou des cas dans des matières, où cette compétence minimale est insondable… Et plus on s'éloigne du centre de compétence (le cœur du noyau dur), plus l'incertitude grandit…Le fait que le contenu (ensemble de dispositions minimales) varie, suivant le risque que comporte le domaine dans lequel le texte de loi intervient, ajoute de l'hétérogénéité : ainsi la part obligatoire de prescription qui échoit au Parlement est plus importante selon que le texte affecte le domaine des droits fondamentaux… »[614]. À partir de ce constat, on peut conclure que l'incompétence négative a plusieurs facettes[615]. Toutes les censures fondées sur l'incompétence négative ne sont pas explicitement rattachées à cette fonction de mise en œuvre des libertés. Mais celle-ci est incompressible[616]. Cette fonction constitue le noyau dur de la compétence législative dans la mesure où elle permet au Conseil constitutionnel d'imposer un lien d'articulation entre la loi et la Constitution.

Cette analyse est corroborée par le maintien de l'incompétence négative dans le cadre des lois d'habilitation.

---

[611] Voir F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., p.77

[612] Dans la décision 2000-435 DC (7 décembre 2000. *Loi d'orientation pour l'outre-mer*. Recueil, p. 164), le Conseil constitutionnel invalide une disposition en raison du caractère obscure et imprécis des limitations apportées à la liberté d'entreprendre. Pour A.-L.VALEMBOIS, « il apparaît que la censure pour défaut de clarté et de précision est indépendante des considérations de fond touchant à la liberté d'entreprendre. Il n'est toutefois pas interdit de penser que les exigences du Conseil vis-à-vis des dispositions législatives peu claires et peu précises sont d'autant plus plus élevées que les droits et libertés constitutionnellement protégés sont en jeu ». A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 122, 2005, p.279.

[613] Il est donc inexact de considérer que la technique a muté en s'étendant à cette fonction. Les droits fondamentaux sont au cœur du motif d'incompétence négative. Cette idée de noyau dur de la compétence législative est explicitement évoqué par François Priet : « Il faut plutôt voir la volonté du Conseil constitutionnel de défendre ce qui lui paraît inaliénable dans la compétence législative en vertu de la tradition républicaine, et au sein de celle-ci la matière des droits fondamentaux est privilégiée. », article précité, p.83. « La compétence du législateur comprend donc un noyau dur, inaliénable, qui ne saurait être partagé avec l'autorité réglementaire, fût-ce sous la forme d'un RAP », F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit. p. 77.

[614] F.GALLETTI, « Existe-t-il une obligation de bien légiférer », art. cit. p. 408.

[615] Ceci explique aussi en partie l'embarras de la doctrine à cerner cette technique qui tout en ayant considérablement évolué, conserve les caractères de ces premières utilisations. L'incompétence négative n'a pas muté, elle a en réalité plusieurs facettes. Cela rend d'autant plus mal aisé sa classification dans une typologie parfaitement étanche (Voir *infra*, Section 4).

[616] En ce sens, J.TREMEAU estime que « la loi dispose d'une compétence irréductible pour la réglementation des droits constitutionnellement reconnus ». *La réserve de loi*, op. cit., p.260.

§2 Le maintien de l'incompétence négative lors du contrôle des lois d'habilitation : La notion constitutionnelle de loi au-delà du domaine législatif

Les règles constitutionnelles de répartition des compétences bénéficient d'un régime juridique particulier dans la mesure où le constituant a lui-même prévu la possibilité d'y déroger par le biais des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Il paraît alors pour le moins curieux de voir le Conseil constitutionnel maintenir sa jurisprudence des incompétences négatives lorsqu'il contrôle les lois d'habilitation. Selon nous, cette jurisprudence confirme l'analyse selon laquelle, à travers la délimitation du domaine de la loi, le Conseil constitutionnel touche à la notion même de loi dans son rapport d'articulation avec les libertés et droits constitutionnels. En tant que cette fonction sera en cause, la possibilité de déroger aux règles de répartition des compétences rencontrera les limites liées au caractère indérogeable de ces droits et libertés. Cette fonction législative ne peut être abandonnée ou négligée par le législateur[617] même par le biais de la procédure de l'article 38 de la Constitution.

Le maintien de l'incompétence négative dans le cadre du contrôle des lois d'habilitation (A) permet de constater que l'utilisation de la technique des incompétences négatives transcende la délimitation du domaine de la loi et touche à la notion constitutionnelle de la loi (B).

A/ Le maintien de l'incompétence négative dans le cadre du contrôle des lois d'habilitation

L'article 38 de la Constitution permettant au législateur de déléguer sa propre compétence au gouvernement, la réserve de loi est ainsi placée « provisoirement entre parenthèses »[618]. Dès lors, il pouvait paraître surprenant de voir le Conseil constitutionnel contrôler ces lois d'habilitation en usant de la technique de l'incompétence négative[619].

---

[617] Lorsque l'incompétence négative censure une délégation de compétence législative qui n'a pas trait à une liberté ou un droit constitutionnel, le Conseil constitutionnel sanctionne un détournement de procédure puisque le législateur aurait dû dans ce cas passer par l'article 38 de la Constitution. Dans les autres cas, même l'article 38 de la Constitution ne permet pas au législateur de déléguer lesdites compétences…et cette solution apparaît logique puisque ces compétences ne lui appartiennent pas. Ainsi, l'idéal législatif du Conseil constitutionnel n'est révélé qu'à partir de certaines décisions d'incompétence négative. La délimitation du domaine de la loi par le biais de l'incompétence négative ne recoupe que partiellement l'exigence d'effectivité de la Constitution.

[618] J.TREMEAU, *La réserve de loi,* op. cit., p. 288.

[619] J.TREMEAU explique à cet égard : « A première vue, il pourrait paraître surprenant qu'un exposé sur la réserve législative fasse une place à l'article 38 de la Constitution. En effet, cet article autorise le Gouvernement

Pourtant, et comme le remarque J.Tremeau, l'existence des ordonnances de l'article 38 laisse tout de même une place à la réserve de loi puisque le Conseil constitutionnel sanctionnera les habilitations consenties de manière trop large, ou trop « laxiste »[620], pour reprendre l'expression de M.Oulb Bouboutt. La jurisprudence du Conseil constitutionnel[621] impose en effet au législateur l'obligation de définir précisément le domaine de la délégation[622] dans le cadre des lois d'habilitation. Nous retrouvons un système analogue dans la Constitution espagnole. Cette dernière impose au législateur de déterminer précisément les matières concernées par les lois d'habilitation. Ainsi, « lorsque la délégation a pour objet d'habiliter le gouvernement à édicter des dispositions nouvelles, elle doit déterminer « avec précision l'objet et la portée de la délégation législative et les principes et critères qui doivent inspirer son exercice »[623]. Cette dernière obligation « implique que la loi de délégation … doit également poser des règles générales de fond qui s'imposent au gouvernement lorsqu'il agit dans le cadre de la délégation … »[624].

En France, la Constitution de 1958 se contentant de prévoir la possibilité pour le Parlement de déléguer sa compétence[625], les premières lois d'habilitation furent caractérisées « par la brièveté et la concision elliptique de leurs dispositions »[626]. Le Conseil constitutionnel a néanmoins fini par imposer des exigences analogues à celle de la Constitution espagnole. Dans sa décision du 12 janvier 1977, le Conseil constitutionnel explique que « s'il est spécifié à l'alinéa premier de l'article 38 de la Constitution que c'est pour l'exécution de son programme que le Gouvernement se voit attribuer la possibilité de légiférer par voie d'ordonnance (…), ce texte doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement

---

à prendre, sous les conditions qu'il indique, des mesures relevant du domaine de la loi. Il permet ainsi au Parlement de ne pas utiliser la compétence que lui impartit le bloc de constitutionnalité…Il semble alors que l'on aboutisse à une paralysie des effets de la réserve… : la loi renonce à sa propre compétence, dans une matière qui lui appartient pourtant en vertu de la Constitution, au profit du pouvoir réglementaire. », J.TREMEAU, *La réserve de loi,* op. cit., pp.288-289.

[620] M.OULD BOUBOUTT, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, op. cit. p.137.

[621] Il est à noter que la singularité du système français tient au fait que la Constitution ne prescrit pas cette obligation de précision. C'est en effet le Conseil constitutionnel qui a posé jurisprudentiellement les règles relatives à la forme des délégations. La Constitution espagnole pose elle-même cette obligation. Voir P.BON, « Les délégations législatives en droit comparé franco-espagnol », *Mélanges Auby*, Dalloz, 1992, pp.463-492

[622] Pour P. Bon, « le domaine de la délégation doit être défini très précisément ». P.BON, art. cit., p.472. Voir aussi, MM.FAVOREU et PHILIP qui considèrent que « du point de vue du contenu (de la loi d'habilitation), le contrôle du Conseil constitutionnel va porter surtout sur le degré de précision des diverses dispositions autorisant le Gouvernement à intervenir par ordonnance », GDCC n°39, cité par J.TREMEAU, *La réserve de loi,* op. cit. p.291.

[623] P. BON, « Les délégations législatives en droit comparé franco-espagnol », art.cit., p.473.

[624] *Ibid*.

[625] L'article 38 de la Constitution se borne à prévoir que « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. »

[626] FAVOREU, « Ordonnance ou règlement d'administration publique ?, *RFDA*, 1987, p.692.

d'indiquer avec précision au Parlement, lors du dépôt d'un projet de loi d'habilitation et pour la justification de la demande présentée par lui, quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre »[627]. Resserrant davantage la contrainte pesant sur le gouvernement dans le cadre de ces délégations de compétence, le Conseil constitutionnel considérera quelques années plus tard que l'article 38 al.1er**,** « doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre et leurs domaines d'intervention »[628]. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel est donc conduit à contrôler les lois d'habilitation et ainsi à sanctionner les « délégations ouvertes »[629] conduisant à laisser un véritable « blanc-seing »[630] au Gouvernement. Ce contrôle est directement lié à l'incompétence négative puisque l'on peut considérer que la censure vise à sanctionner un abandon trop important de sa compétence par le législateur. Ainsi, le législateur serait-il autorisé à déléguer ses compétences, dans le cadre d'une loi d'habilitation suffisamment précise, limitant ainsi les pouvoirs du Gouvernement[631]. Certes, la Constitution autorise le Parlement à déléguer sa compétence, mais il ne peut l'abandonner totalement et négliger ce qui constitue le cœur de sa fonction.

B/ La notion constitutionnelle de loi : noyau dur de la compétence législative

Le maintien du contrôle de l'incompétence négative dans le cadre des lois d'habilitation permet de mettre en exergue l'existence d'un noyau dur de la compétence législative. Nous pourrons alors constater que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est révélatrice d'un idéal législatif qui définit la loi dans son rapport d'articulation avec la Constitution.

---

[627] Décision n° 76-72 DC - 12 janvier 1977. *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas*. Recueil, p. 31

[628] Décision n° 86-207 DC - *26 juin 1986. Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*. Recueil, p. 61 (Grande décision n° 39 - "*Privatisations*"). Décision n° 86-208 DC - 2 juillet 1986 -. *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*. Recueil, p. 78 (Grande décision n° 40 - "*Découpage électoral*").

[629] Expression empruntée à M. OULD BOUBOUTT, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif,* op. cit., p.137.

[630] Voir J.TREMEAU, *La réserve de loi,* op. cit. p.290, qui s'interroge : « est-ce à dire que la loi peut conférer aux autorités exécutives un pouvoir sans limites, sorte de blanc-seing… ? »

[631] Le Conseil constitutionnel censurera donc « toute loi d'habilitation trop large, le législateur commettant alors une incompétence négative ». J.TREMEAU, *La réserve de loi,* op. cit., p.291.

Cette jurisprudence révèle l'existence d'un « noyau dur irréductible »[632] qui a trait à la « répartition de type vertical »[633] entre la loi d'habilitation et l'ordonnance. Tout l'intérêt de cette jurisprudence, censurant pour incompétence négative des lois d'habilitation, est de révéler ce qui ne peut faire l'objet d'une délégation de compétence. Un premier postulat nous conduit à considérer que le Gouvernement disposera d'un champ normatif d'intervention plus étendu dans le cadre des ordonnances que dans le cadre de règlements d'application[634]. En effet, sauf à considérer que la procédure de l'article 38 est dénuée de tout intérêt, ce qui aurait pu être sanctionné (pour incompétence négative) dans le cadre de loi ordinaire ne le sera pas dans le cadre d'une loi d'habilitation. Autrement dit, les matières régulièrement transférables dans le cadre de l'article 38 de la Constitution n'auraient pas pu l'être dans celui d'une loi ordinaire. Réciproquement, l'on doit postuler que ce qui est ici sanctionné dans le cadre des lois d'habilitation par le Conseil constitutionnel l'aurait été *a fortiori* dans le cadre d'une loi ordinaire. Il existe donc entre ces deux sphères – les délégations de compétence sanctionnées dans le cadre des lois ordinaires et celles sanctionnées dans le cadre des lois d'habilitation – une zone de recoupement. Certains abandons de compétence sanctionnés pour incompétence négative dans le cadre d'une loi ordinaire n'auraient pu être valablement consentis même dans le cadre d'une loi d'habilitation. Ce noyau dur forme ainsi un dénominateur commun entre les censures pour incompétence négative des lois ordinaires et des lois d'habilitation.

Il est à cet égard frappant de constater la ressemblance des griefs adressés au législateur dans ces deux cas de censure d'incompétence négative. En effet, le Conseil constitutionnel impose à la loi d'habilitation comme à toute loi, de remplir sa fonction essentielle qui consiste à définir des garanties qui sont la condition d'effectivité des droits et libertés constitutionnels. À cet égard, les réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle des lois d'habilitation sont particulièrement révélatrices dans la mesure où elles concernent le respect d'autres règles constitutionnelles que celles organisant la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Ainsi en est-il de la décision des 25 et 26 juin 1986 dans laquelle le Conseil constitutionnel n'admet la conformité à la Constitution de la loi d'habilitation « que sous l'expresse condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution ». Ainsi énumère-t-il les règles constitutionnelles qui s'imposeront au Gouvernement dans le cadre de la mise en œuvre

[632] Expression empruntée à J.TREMEAU, *La réserve de loi,* op. cit.
[633] J.TREMEAU, *La réserve de loi,* op. cit., p.291.
[634] J.Tremeau considère que l'ordonnance emprunte beaucoup des traits du règlement d'application mais ne manque pas de tempérer cette affirmation en constatant qu' « il est incontestable que le recours aux ordonnances laisse au Gouvernement une marge de manœuvre plus large… », J.TREMEAU, *La réserve de loi*, op. cit., p292.

de l'habilitation. Comme le soulignent MM. L.Favoreu et L. Philip[635], le Conseil constitutionnel impose au Gouvernement de respecter «les principes et règles de valeur constitutionnelle » et « en particulier celles relatives au contrôle juridictionnel et les droits de la défense » ; l'article 55 de la Constitution et les obligations internationales de la France ; « l'indépendance nationale » ; l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et la nécessité d'évaluer les entreprises cédées au prix juste ; l'article 72 de la Constitution… ; l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 »[636]. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel rappelle la loi à sa fonction essentielle qui consiste à conditionner l'effectivité des droits et libertés. En tant qu'elle faillit à cette mission, la loi ne peut être jugée digne de ce nom.

Certaines décisions « incompétence négative » sanctionnent le législateur pour détournement de procédure : dérogeant aux règles de répartition des compétences, le législateur aurait dû passer par l'article 38 de la Constitution. D'autres décisions incompétences négatives sanctionnent des délégations de compétence qui n'auraient pas été autorisées, même par la voie dérogatoire de l'article 38 de la Constitution. Cette jurisprudence passe par le truchement de la compétence législative, mais transcende largement la répartition des compétences entre la loi et le règlement. En effet, la Constitution prévoit que l'on peut déroger à la répartition des compétences établie par ses articles 34 et 37 en empruntant la procédure de l'article 38. Nous devons dès lors en conclure que la particularité des règles de répartition des compétences est d'être dérogeables. Dès lors que le Conseil constitutionnel censure le législateur dans le cadre d'une loi d'habilitation, l'on doit en conclure que les règles constitutionnelles en cause ne relèvent pas de la catégorie des règles de répartition des compétences[637]. Il s'agit dans un cas de règles de répartition des compétences auxquelles la Constitution permet de déroger et dans l'autre, de règles constitutionnelles dont la singularité par rapport aux précédentes est justement d'être indérogeables. En ne mettant pas en œuvre sa compétence le législateur porte potentiellement atteinte aux droits et libertés constitutionnels. Ce qui est indisponible dans la compétence législative touche à la notion même de loi dans son rapport avec ces droits et libertés.

La fonction incompressible de l'incompétence négative consiste à mettre à la charge du législateur la mise en œuvre des droits et libertés. Ce moyen de constitutionnalité externe

[635] *GDCC*, Sirey, 1989, 5è édition, p.674.
[636] Décision 86-207 DC (précitée).
[637] Nous en revenons à la dissociation envisagée plus haut entre les censures pour incompétence négative qui sanctionnent un détournement de procédure (le législateur aurait dû emprunter la voie de l'article 38) et les censures pour incompétence négative qui sanctionnent l'atteinte au noyau dur, auquel on ne peut déroger.

est donc au service de la protection des droits et libertés constitutionnels. Ces constatations permettent ainsi d'éclairer le débat concernant la classification de ce moyen contentieux. L'incompétence négative oscille en effet entre la classification de moyen d'ouverture interne et externe ; certains auteurs y voient une incompétence d'un type particulier, les autres une erreur de droit. Les débats relatifs à la classification de l'incompétence sont révélateurs d'une incertitude relative à la fonction de l'incompétence négative. En démontrant que sa fonction essentielle est la mise en œuvre des libertés, nous montrerons qu'elle constitue un moyen de constitutionnalité externe au service de la protection des droits et libertés.

Section 4 Un moyen de constitutionnalité externe au service de la protection des droits et libertés

L'incompétence négative est une incompétence car tout est incompétence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel[638]. Cette position fait écho à l'explication donnée par le Doyen Vedel : « le juge constitutionnel… n'est donc pas un censeur mais un aiguilleur »[639]. C'est aussi un moyen d'ordre public car « tous les moyens tirés de l'inconstitutionnalité d'une loi sont d'ordre public[640]. Mais il reste difficile de savoir si cette technique doit être rangée dans la catégorie des moyens de « légalité interne » ou plutôt dans celle des moyens de « légalité externe ». Cette question a suscité de nombreuses et durables controverses doctrinales tant en droit administratif qu'en droit constitutionnel[641]. Le rattachement de l'incompétence négative à la catégorie des moyens contentieux sanctionnant une incompétence provoque, ainsi que nous le verrons, l'hostilité d'une partie de la doctrine. Peut-on en effet parler d'incompétence lorsque l'auteur de l'acte sanctionné était justement compétent. Une partie des auteurs refuse ainsi de rattacher ce moyen contentieux à la notion d'incompétence, préférant y voir une « erreur sur les motifs ». Une autre partie de la doctrine considère que cela se rattache à l'incompétence mais l'oppose à l'incompétence positive. Nous pourrons constater que ces deux thèses ont ceci de commun qu'elles mettent en avant la spécificité de l'incompétence négative face à l'incompétence positive, soit en rattachant cette dernière à la notion d'incompétence, soit en l'excluant de la catégorie de moyens d'annulation externe. Analysant les tenants et aboutissants de cette querelle, nous pourrons constater que

---

[638] F.Luchaire explique à cet égard : « les vices d'incompétence et de violation de la loi se confondent, en droit constitutionnel, car c'est le législateur constituant ou organique qui a compétence pour prendre un texte contraire à la Constitution ou à la loi organique ». F. LUCHAIRE, « Introduction du Colloque», *Conseil constitutionnel Conseil d'Etat*, Paris, *LGDJ*, 1988, p. 50. Voir aussi la position de M. DUBUISSON : « la compétence d'un organe, en effet, peut-être définie très généralement comme le pouvoir qui est reconnu à cet organe d'édicter certains actes déterminés. La compétence, c'est donc tout le pouvoir de l'organe. Par la suite, la réglementation toute entière, à laquelle sont soumis les actes d'un organe et qui organise les pouvoirs de cet organe, se situe nécessairement à l'intérieur même de la notion de compétence », cité *in* M.GUEDON, «La classification des moyens d'annulation des actes administratifs : réflexion sur l'état des travaux, *AJDA*, 1978.

[639] George VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n°45, p.151.

[640] Pour MM. Auby et Drago, « tous les moyens tirés de l'inconstitutionnalité d'une loi sont d'ordre public et peuvent être soulevés d'office par lui ». J-M. AUBY et R.DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 1975, tome II, p.247.

[641] La question se pose au préalable de savoir si les notions administratives et constitutionnelles d'incompétence négative sont comparables. Si l'on adopte le point de vue de la jurisprudence, force est de constater les disparités entre les deux notions d'incompétence négative. F.Priet met en avant la thèse de l'originalité de la notion d'incompétence négative en droit constitutionnel. F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., pp.59-85. Néanmoins, on constate parallèlement que le débat sur le rapprochement de ces moyens d'incompétence négative de la notion de compétence du législateur a donné lieu dans la doctrine constitutionnelle aux mêmes débats qu'en droit administratif, les arguments étant à cet égard identiques. Le débat concernant la classification de ce moyen a été similaire sans que les réalités jurisprudentielles soient véritablement comparables.

l'incompétence négative sanctionne bien une forme d'incompétence mais que celle-ci procède d'un empiétement du législateur sur le domaine constitutionnel. Elle constitue ainsi ni plus ni moins qu'une forme d'incompétence positive. L'incompétence négative se situe à l'intersection des moyens de constitutionnalité interne et externe. Elle constitue en effet un moyen de constitutionnalité externe au service de la protection des droits et libertés.

Après avoir rappelé les thèses de la spécificité de l'incompétence négative (§1), nous nous efforcerons de démontrer que ce motif doit être rattaché aux moyens sanctionnant une incompétence positive (§2).

§1 La dissociation des notions d'incompétence négative et d'incompétence positive

Au-delà de la querelle concernant la classification de ce moyen contentieux, force est de constater qu'un dénominateur commun existe entre ces positions présentées comme antagonistes. Les uns considèrent que l'incompétence négative doit être rattachée à la notion d'incompétence (A) et les autres refusent ce rattachement (B), mais les uns et les autres présentent l'incompétence négative comme un moyen spécifique devant être distingué de l'incompétence entendu classiquement : l'incompétence positive.

A/ L'invention de la notion : la singularisation de l'incompétence négative

M.Laferrière est réputé être le premier à mettre en évidence la notion d'incompétence négative. Celui-ci remarque en effet la singularité des cas dans lesquels « une autorité au lieu de franchir les limites de sa compétence, reste en deçà, et refuse de faire un acte de son ressort en déclarant qu'elle n'a pas qualité pour l'accomplir… »[642]. Appuyant son analyse sur la jurisprudence administrative[643], il a été suivi par un certain nombre d'auteurs. Leur analyse se fonde sur un constat qui est exposé par M.Alibert et qui consiste à remarquer que l'incompétence négative « est absolument semblable à l'incompétence positive, et se trouve régie, *mutatis mutandis*, par les mêmes principes et les mêmes règles »[644]. Ainsi, pour

[642] LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, Berger-Levrault, Paris, 2è ed., 1896, tome 2, p.519.
[643] Il s'agissait en l'occurrence des arrêts rendus par le Conseil d'État, le 1er mai 1874, Lezeret de la Maurinie, et le 23 novembre 1883, Société des mines d'or de Guyane française.
[644] M.Alibert, explique ainsi : « un agent administratif méconnaît sa propre compétence lorsqu'il refuse de prendre une décision en alléguant à tort son incompétence. Cette incompétence négative constitue un excès de pouvoir… ». M.ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, Paris, 1926, p.217.

M.Laferrière « s'il n'est pas permis à une autorité d'étendre le cercle de ses pouvoirs, il ne lui est pas permis non plus de le restreindre »[645]. En opposant l'incompétence positive, qui sanctionne l'extension d'un champ de compétence et l'incompétence négative, qui sanctionne la rétention de sa compétence par une autorité, M.Laferrière distingue de manière évidente deux formes d'incompétence. Cette distinction est ainsi à la base de la création de cette catégorie juridique dont la dénomination a bien pour effet de la singulariser. L'on peut ainsi remarquer que ces auteurs, tout en établissant un parallèle entre les notions d'incompétence positive et d'incompétence négative, les opposent en les distinguant l'une de l'autre. C'est absolument semblable mais c'est le contraire. Laferrière invente en effet la notion d'incompétence négative « par opposition à l'incompétence positive »[646].

Il convient à cet égard de s'interroger sur les motivations du juge comme de la doctrine lorsqu'ils rapprochent ce motif d'annulation de la notion d'incompétence. Certains auteurs ont ainsi considéré que ce rapprochement en droit administratif se fonde sur les conséquences contentieuses qui résultent de l'utilisation de ce motif[647]. En effet, puisque les moyens d'incompétence sont d'ordre public, il apparaît logique de classer parmi ces derniers le moyen d'incompétence négative que le juge soulève d'office. Récusant ainsi l'analyse d'une partie de la doctrine qui rattachait l'incompétence négative à la notion d'erreur de droit, C.Debouy[648] rétorque que ce moyen (erreur de droit) n'intègre pas la catégorie des moyens d'ordre public[649]. Le même auteur, allant plus loin dans ce raisonnement estime qu' « il est certainement plus bénéfique pour les requérants de qualifier d'incompétence l'irrégularité commise car le juge aura la possibilité et même l'obligation de la relever d'office »[650]. Cette analyse consistant à rattacher ce moyen à la notion d'incompétence en raison du caractère d'ordre public qui lui est attaché a fait l'objet de vives critiques au sein de la doctrine[651]. Notons dès à présent qu'elle ne nous sera d'aucune utilité en contentieux constitutionnel dans

---

[645] LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux* , op. cit., p.519.
[646] *Ibid.*
[647] Le commissaire du gouvernement ROUGEVIN-BAVILLE considère ainsi que l'autorité alléguant à tort de son incompétence commet « plus qu'une erreur de droit ». Conclusions sous l'arrêt du 19 novembre 1971, Ministre de la Santé publique et de la Sécurité sociale contre demoiselle Bruguière. Cité par G. SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AIJC*, Vol.V, 1989, p142.
[648] La notion d'erreur de droit est proposée par une partie de la doctrine comme classification de substitution de ce moyen d'annulation. (voir infra)
[649] C.DEBOUY, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980, p.44.
[650] *Ibid*.
[651] Voir à cet égard, l'article précité de G.SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », p. 144. Cet auteur commence par relever que « l'opinion exprimée par M.DEBOUY semble, pour le moins, surprenante » qualifiant cet argument de « fallacieux ». M.AUBY considérant que l'analyse de M.DEBOUY semble contestable « au plan de la théorie générale ». Voir J-M.AUBY et R.DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, tome 2, LGDJ, 1984, p.250, note 10.

la mesure où l'ensemble des moyens tirés de l'inconstitutionnalité d'une loi est d'ordre public[652].

M.Rivero est semble-t-il le premier à importer la notion d'incompétence négative du contentieux administratif au contentieux constitutionnel[653]. Le rattachement de ce moyen à la notion d'incompétence est soutenu par une grande partie de la doctrine. Ainsi en est-il de J.Tremeau dans sa thèse relative à la réserve de loi[654], dans laquelle il traite du motif de l'incompétence négative comme d'un moyen utilisé par le Conseil constitutionnel pour imposer au législateur d'exercer sa compétence[655]. L'importation de la dénomination «incompétence négative » marque la volonté des constitutionnalistes de distinguer cette notion de l'incompétence entendue classiquement[656].

Une autre partie de la doctrine considère que l'incompétence négative doit être distinguée de la notion d'incompétence.

B/ Le refus du rattachement de l'incompétence négative à un vice de compétence

Il conviendra ici de relater la position de ces auteurs, récusant la notion d'incompétence et lui substituant les notions d'erreur dans les motifs et/ou d'erreur de droit. Cette position se rapproche de la précédente dans la mesure où elle marque la volonté de distinguer ce moyen contentieux de la notion classique d'incompétence.

Une partie de la doctrine administrativiste récuse en effet l'analyse des précédents auteurs en considérant que l'on ne peut logiquement invoquer la notion d'incompétence lorsque l'autorité visée est justement compétente. Ils relèvent ainsi l'impossibilité logique de l'existence d'une telle forme d'incompétence puisque « dans un cas, l'acte émane d'une autorité incompétente (cas de l'incompétence positive) dans l'autre, c'est l'autorité compétente qui prend la décision (cas de l'incompétence négative) »[657]. Rejetant la

[652] Voir à cet égard, T.DI MANNO, *Les moyens et conclusions soulevés d'office par le Conseil constitutionnel,* Mémoire du DEA de Droit public, Aix-Marseille, 1990, p.111, Et JACQUINOT, *Ordre public et Constitution*, thèse Aix-Marseille, 2000.
[653] J.RIVERO, *AJDA,* 1976, p.44, cité par F. PRIET, art. cit., p.59.
[654] J.TREMEAU, *La réserve de loi*, op. cit.
[655] *Ibid.* p.266. J. TREMEAU évacue assez rapidement cette querelle doctrinale
[656] B.PACTEAU : Ce vice d'incompétence fonctionne « comme une sorte d'incompétence à l'envers qui a consisté pour l'agent public à réduire le domaine de sa compétence au lieu de l'étendre comme dans le cas ordinaire de l'incompétence. ». B.PACTEAU, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, 1997, p.181.
[657] Voir par exemple KERNINON, « L'obligation pour l'autorité administrative de prendre réellement ses décisions », *RA*, 1981, p.480

dénomination même d'incompétence négative, ces auteurs[658] considèrent qu'il convient de rattacher ce moyen contentieux à l'erreur sur les motifs ou à l'erreur de droit. Telle est la position de M.Auby considérant que « l'illégalité n'était pas relative à l'auteur de l'acte qui était bien compétent mais au motif illégal sur lequel cette autorité s'était fondée en appliquant faussement la règle de compétence »[659]. Adoptant une position semblable, B. Pacteau, explique : « ce qui est reproché à l'acte, c'est juridiquement davantage les conditions de son élaboration lorsque le signataire s'en est en fait remis à l'opinion d'un autre organe, ou, dans le cas du motif d'incompétence allégué à tort, les fondements même de l'acte, le raisonnement juridique par lequel l'auteur de la décision s'est déterminé, c'est à dire ses motifs »[660]. Ces auteurs récusent l'appellation « incompétence négative » » et trouvent ainsi le biais permettant de rattacher ce moyen à la compétence des autorités visées sans pour autant se référer à la notion d'incompétence. Plutôt que de recourir à la notion d'incompétence, ils considèrent que la sanction du juge administratif vise l'erreur concernant l'étendue de leur compétence commise par les autorités concernées[661].

Ces raisonnements ont trouvé un écho dans la doctrine constitutionnelle. Certains auteurs vont considérer que l'incompétence négative ne peut logiquement être rattachée à la notion de compétence. Ainsi F. Priet considère-t-il que « l'incompétence doit être réservée aux hypothèses où une autorité sort de ses attributions, où elle agit dans le champ de compétences d'une autre. Or il est manifeste que dans tous les cas dit « d'incompétence négative », le législateur est parfaitement compétent »[662]. Poursuivant l'analyse des auteurs précédemment évoqués, F. Priet estime que « c'est bien plutôt…l'erreur de droit qu'il convient d'invoquer, tant en droit administratif que constitutionnel… » puisqu' « il s'agit pour le juge d'apprécier si le législateur …a fait une interprétation correcte de sa compétence telle qu'elle est déterminée par les textes »[663]. C'est alors la dénomination même d'incompétence négative qui semble être mise en cause.

---

[658] Sur cette même ligne de raisonnement, on peut citer M. de SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Paris, 1941, p.129. Cité par G. SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », art. cit., p. 142.

[659] J-M. AUBY et R.DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 1975, tome II, p.247.

[660] B.PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif* , travaux de L'université de la faculté de droit et de science politique de l'Université de Clermont I, 1977, p.183. Cité par G. SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », art. cit., p139.

[661] F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., p.71 : « Il est donc clair que la censure des délégations, directes ou indirectes consenties par le Parlement, ne relève pas de l'incompétence au sens où ce terme doit – et doit seulement – être entendu. »

[662] F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., p.70.

[663] F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., p. 70.

Qu'il s'agisse des promoteurs de la notion « d'incompétence négative » ou des auteurs récusant cette dénomination, ces thèses divergentes traduisent la volonté de distinguer ce moyen contentieux de l'incompétence entendu classiquement. La nécessité de cette distinction mérite dès lors d'être évaluée.

§2 L'homogénéité des formes d'incompétence : l'incompétence négative, une forme d'incompétence positive

Nous nous attacherons à démontrer que le rattachement de l'incompétence négative à la notion d'erreur de droit n'est pas convaincant (A), pour ensuite constater qu'il n'y a pas lieu de distinguer les notions d'incompétence positive et négative (B).

A/ Critique du refus du rattachement à la notion d'incompétence

Rappelons que les tenants de cette thèse considèrent qu'il y a erreur de droit car l'auteur de l'acte a commis une erreur d'interprétation sur le champ de sa propre compétence. Cette démonstration est renversée par M. Debouy [664] qui considère que pareil raisonnement devrait alors s'appliquer de la même manière à l'incompétence positive : « Ce raisonnement ne serait-il pas également applicable aux cas d'incompétences positives … ? L'illégalité serait certes relative à l'auteur de l'acte qui n'était pas compétent mais également au motif illégal sur lequel cette autorité s'était fondée pour se reconnaître compétente, en appliquant faussement la règle de compétence… »[665]. Au-delà de cette querelle de classification, on perçoit l'importance que revêt la définition préalable de la notion d'incompétence[666]. En effet, les tenants de cette analyse mettent en exergue le délitement de la notion même d'incompétence. Préférant préserver une certaine homogénéité de la catégorie des « incompétences », ils ont recours à l'extension de la catégorie « erreur de droit ». Ce qu'ils craignent pour la catégorie de l'incompétence (la catégorie ainsi distendue aurait vocation à absorber l'ensemble des moyens d'annulation) est également à craindre s'agissant de la

[664] Répondant ainsi à M.AUBY qui considère que « l'illégalité n'était pas relative à l'auteur de l'acte qui était bien compétent mais au motif illégal sur lequel cette autorité s'était fondée en appliquant faussement la règle de compétence », J-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 1975, tome II, p.247.
[665] C.DEBOUY, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse* , op. cit. p.45,.
[666] A cet égard, la position de J.-M.Auby peut paraître surprenante dans la mesure où sa définition de l'incompétence est pour le moins extensive puisqu'il l'a définit comme « la violation d'une règle fixant la compétence de l'auteur d'un acte ». J-M.AUBY et R. DRAGO, le *Traité de contentieux administratif*, op. cit., tome II, p.249.

catégorie erreur de droit. On pourrait en effet tout aussi bien considérer que toute annulation procède d'une « erreur » de l'autorité sanctionnée, quelle qu'elle soit. Cette thèse apparaît aussi peu convaincante que ne l'est celle qui consiste à distinguer deux formes d'incompétence.

B/ Critique de la distinction : incompétence négative / incompétence positive

La distinction opérée entre les notions d'incompétence négative et d'incompétence positive ne nous paraît pas utile. Dans les deux cas, le législateur fait quelque chose qu'il ne pouvait pas faire. La Constitution opère une répartition des compétences qui n'est pas à la disposition du législateur. Dans un cas comme dans l'autre le législateur méconnaît la règle constitutionnelle de répartition des compétences, et empiète ainsi sur le domaine réservé au pouvoir constituant. Le domaine législatif étant protégé par la Constitution, c'est toujours le domaine constitutionnel en ce qu'il répartit les compétences qui se trouve empiété. Nous en déduisons le caractère homogène de la notion d'incompétence, tant en droit administratif qu'en droit constitutionnel. Lorsque M.Laferrière considère que « s'il n'est pas permis à une autorité d'étendre le cercle de ses pouvoirs, il ne lui est pas permis non plus de le restreindre »[667], l'on doit rappeler que dans le deuxième cas, comme dans le premier, l'autorité sanctionnée fait quelque chose qui ne relevait pas de sa compétence. En effet, en n'exerçant pas sa compétence le législateur étend le cercle de ses pouvoirs puisqu'il fait quelque chose que la Constitution ne lui a pas permis de faire. Tout est ici question de point de vue : on peut considérer que l'autorité est sanctionnée pour n'avoir pas fait quelque chose qu'elle aurait dû faire, mais l'on peut aussi considérer qu'elle est sanctionnée pour avoir fait quelque chose qui consiste à ne pas faire ce qu'elle aurait dû faire. Force est de constater que cela relève dans tous les cas d'une volonté et que c'est bien celle-ci qui est sanctionnée. Une autorité peut bien choisir de se taire, mais cela reste un choix[668].

Ainsi, l'analyse de F.Priet nous semble contestable lorsque cet auteur récuse la référence à la notion d'incompétence alors que, selon lui, l'autorité est justement compétente. Comme le relève Debouy, « il est faux de dire que l'auteur de l'acte était compétent car… l'agent n'était pas habilité à bouleverser ainsi l'ordre des compétences, il n'en possédait pas le

[667] LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux* , op. cit. p.519.
[668] Dans le même sens, voir A.VIDAL-NAQUET qui écrit « …l'abstention, par sa nature volontaire, relève du même pouvoir que l'action », Thèse précitée, p.57.

libre exercice »[669]. La thèse de la négation de l'incompétence négative néglige en effet le rôle d'aiguilleur du Conseil constitutionnel[670] : si le Conseil censure le législateur pour avoir renvoyé à une autorité le soin de faire ce qui relève de la compétence de la loi, c'est que cette faculté ne lui est pas reconnue et donc que cela sort de son champ de compétence. Ainsi, seul le pouvoir constituant aurait pu faire ce pour quoi le législateur a été censuré. L'incompétence n'est pas négative mais positive. Cet argument n'a pas échappé à M.Debouy, qui constate lui-même que « …la nature de la compétence s'oppose à ce que l'autorité administrative en modifie l'exercice. La compétence n'est pas un droit à la libre disposition de l'agent de l'administration, mais une charge qui s'impose à lui »[671]. Cette analyse est parfaitement transposable en contentieux constitutionnel. En n'exerçant pas sa compétence, le législateur « tend à bouleverser l'ordre des compétences… »[672] alors que cela ne relève pas de sa compétence. L'incompétence négative n'a vocation à être singularisée qu'en tant qu'elle décrit le processus particulier qui conduit à la sanction pour incompétence ; en tant qu'elle sanctionne une abstention du législateur. Mais l'incompétence en elle-même n'est pas d'une nature différente. Elle reste la sanction de l'empiétement d'une autorité sur le champ de compétence d'une autre autorité.

Certains auteurs jugent inopportun de rattacher à l'article 34 la protection des droits et libertés en raison du caractère de cette règle. MM. Favoreu et Philip contestent ainsi ce rattachement en arguant du fait que l'incompétence négative constitue un vice d'incompétence[673]. En réalité cette technique a toujours eu cette fonction de protection des droits et libertés constitutionnels[674] puisqu'elle en constitue le noyau. Le Doyen Vedel expliquait à cet égard que l'incompétence est commandée par la nécessité de protéger les droits fondamentaux[675].

---

[669] DEBOUY, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse* , op. cit. p.45.
[670] Voir l'analyse précédemment évoquée de George VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n°45, p.151.
[671] DEBOUY, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse* , op. cit., p.44.
[672] *Ibid.*, p.45.
[673] Note de MM. FAVOREU et PHILIP sous décision 90-277DC, *RFDC* n°6-1990, p.729. Pour O.PFERSMANN, « les règles de procédure ou de compétence législative ne relèvent ni des objectifs constitutionnels, ni des déclarations d'intention, ni des droits fondamentaux », in L.FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, Droit public, 3ème éd. 2003, p.107.
[674] Rappelons que la première décision sanctionnant une incompétence négative date de 1967 et traduit un souci évident de préserver le principe fondamental d'inamovibilité des magistrats. Voir décision 67-31 DC (décision précitée).
[675] G.VEDEL, « La place de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la Jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p.63.

Conclusion du chapitre 1

À travers l'utilisation du motif d'incompétence négative le Conseil constitutionnel emprunte la voie du volontarisme en imposant une obligation de légiférer. Par le jeu de cette obligation le Conseil constitutionnel canalise la compétence législative dans le sens de l'effectivité des droits et libertés de valeur constitutionnelle. À ce titre, son interprétation de l'article 34 de la Constitution est plus téléologique que littérale. A.Vidal-Naquet, considère que la jurisprudence du Conseil constitutionnel témoigne d'une « interprétation particulièrement exigeante de l'article 34 de la Constitution : il constitue non seulement un titre attributif de compétence, qui conduit à reconnaître au législateur une compétence de principe dans l'attribution des garanties légales, mais également un article prescripteur d'obligations sur le fond, puisque le législateur doit mettre en application le contenu des exigences constitutionnelles en établissant des garanties légales suffisantes[676]. Le domaine législatif acquiert les caractères d'un parcours fléché. Le Conseil constitutionnel se fonde sur une certaine conception de la loi. Cette conception traduit une certaine continuité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au regard de la tradition constitutionnelle française. Le légicentrisme acquiert dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois la valeur d'un impératif juridique. La loi, placée au centre de l'ordonnancement normatif, se voit imposer une fonction de pivot, une fonction de courroie de transmission des valeurs constitutionnelles.

L'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet de constater que d'autres techniques et motifs convergent pour imposer au législateur cette même exigence. Qu'il s'agisse de la jurisprudence dite « cliquet », des réserves interprétatives, ou des objectifs de valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel vise à imposer au législateur une obligation de légiférer afin de servir l'exigence d'effectivité des droits et libertés de valeur constitutionnelle.

[676] A.VIDAL-NAQUET, Thèse précitée, p.83.

Chapitre 2

Les autres moyens destinés à assurer ce rapport d'articulation

D'autres moyens et techniques convergent pour imposer ce rapport d'articulation entre la Constitution et la loi. Il s'agira ainsi de démontrer qu'au-delà de leur singularité respective ces moyens et techniques permettent au Conseil constitutionnel d'imposer au législateur une obligation de légiférer pour assurer la mise en œuvre des valeurs constitutionnelles. Le souci d'effectivité des droits et libertés de valeur constitutionnelle, parfois implicite, est toujours sous-jacent. Il s'agit en effet pour le Conseil constitutionnel d'imposer à la loi des qualités matérielles, c'est-à-dire des critères touchant au contenu normatif de l'acte : la loi devra prescrire des qualités légales, jugées par le Conseil, nécessaires au respect des droits et libertés[677].

Ainsi, la technique du cliquet ou la notion de « garanties légales des exigences de valeurs constitutionnelles » permettent au Conseil constitutionnel de censurer des dispositions législatives qui n'offrent pas suffisamment de garanties propres à assurer l'effectivité de droits ou de libertés de valeur constitutionnelle. De la même manière, la création des objectifs de valeur constitutionnelle a ouvert la possibilité pour le Conseil de censurer des lois ne permettant pas la réalisation desdits objectifs. Selon un schéma quelque peu différent, les réserves d'interprétation permettent à la Haute juridiction de combler elle-même les lacunes de la loi, et de remédier ainsi directement à ces omissions, à dessein d'assurer le respect des droits et libertés de valeur constitutionnelle. La singularité de chacune de ces techniques ne fait que révéler leur complémentarité au regard de la finalité qu'elles partagent.

Nous pourrons ainsi constater la convergence d'autres techniques et motifs contentieux pour assurer ce rapport d'articulation entre la Constitution et la loi, en envisageant successivement la technique du cliquet ou les garanties légales des exigences de

[677] À cet égard, nous pourrons constater que la distinction entre les qualités touchant au fond et à la forme se brouille puisque que la notion de garanties légales renvoie souvent à la clarté et à la précision de la loi. Les qualités formelles de la loi sont le soutien nécessaire de ses qualités relatives au fond. L'exigence d'effectivité reste dépendante des qualités formelles de la loi. Le maintien de cette dichotomie reste néanmoins justifiée dans la mesure où les qualités formelles de la loi ne sont pas autonomes, elles viennent ici au soutien de l'exigence d'effectivité. Ce n'est qu'en tant que les défaillances formelles de la loi sont susceptibles d'affecter la réalisation d'un droit ou d'une liberté qu'elles sont sanctionnées.

valeur constitutionnelle (section 1), les objectifs de valeur constitutionnelle (section 2) les réserves d'interprétation (section 3).

Section 1 Le Cliquet ou les garanties légales des exigences constitutionnelles

Quelle que soit la dénomination adoptée, « cliquet » ou « garanties légales des exigences constitutionnelles», le Conseil constitutionnel a élaboré un régime juridique de l'abrogation et de la modification des lois antérieures. Ce régime se traduit globalement par le souci d'assurer l'effectivité des droits et libertés constitutionnels en maintenant le niveau de garanties légales préexistant. En effet, le Conseil constitutionnel va imposer au législateur, lorsqu'il abroge, modifie ou complète une législation antérieurement promulguée, de ne pas porter atteinte à des droits ou des libertés constitutionnels légalement garantis.

Le succès de la notion de « cliquet »[678], ne doit pas masquer les ambiguïtés qui la caractérisent et qui ont révélé un malentendu entre le juge et la doctrine[679]. La doctrine a forgé cette notion à partir de décisions du Conseil constitutionnel qui pouvaient être interprétées comme imposant au législateur de n'intervenir que pour renforcer ou rendre plus effectifs les droits et libertés légalement protégés[680]. Cette interprétation doit aujourd'hui être regardée comme excessive. En réalité, les exigences du Conseil constitutionnel en la matière sont variables ou susceptibles de degrés. À la notion doctrinale du « cliquet » doit se substituer la catégorie jurisprudentielle de « garanties légales des exigences constitutionnelles ». Sans assurer le principe de non-régression, cette notion contentieuse permet néanmoins au Conseil constitutionnel de censurer toute loi qui priverait de garanties une exigence constitutionnelle. Elle constitue à cet égard un ersatz du cliquet pour imposer l'exigence d'effectivité.

Nous envisagerons successivement la technique du cliquet (§1) et les garanties légales des exigences constitutionnelles (§2).

---

[678] La notion de « cliquet » est présente dans les index dans de nombreux manuels de droit constitutionnel. Voir notamment les *GDCC* 12ème éd., p.593, B.MATHIEU et M.VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p.429.

[679] Voir à cet égard, D.CHAGNOLLAUD, « Sherlock Holmes et le mystère de l'effet cliquet », *LPA*, 23 février 2004, n°38, p.3.

[680] Voir à cet égard MM.FAVOREU et PHILIP, *GDCC*, 12ème ed., p.593. Le législateur « ne peut intervenir que pour renforcer ces garanties. En d'autres termes, le législateur ne peut diminuer les garanties qu'il a déjà édictées au profit d'une liberté fondamentale, soit en abrogeant ces garanties sans les remplacer, soit en remplaçant ces garanties par des garanties moins fortes. ».

§1 La technique du cliquet : une notion doctrinale partiellement consacrée

Si la technique du cliquet n'a jamais existé en tant que création jurisprudentielle, elle constitue *a minima* une « création doctrinale »[681]. Cette interprétation par la doctrine de la jurisprudence constitutionnelle apparaissait justifiée au regard des termes utilisés par le Conseil constitutionnel (A), mais elle a été largement relativisée par ce dernier (B).

A/ Les fondements de la construction doctrinale du cliquet

Quelques décisions du Conseil constitutionnel traduisent assez nettement cette idée selon laquelle, le législateur a l'obligation de prescrire au moins autant de garanties d'un droit ou d'une liberté que celles établies dans la législation antérieure. C'est dans sa décision 165 DC du 20 janvier 1984 que le Conseil constitutionnel aurait pour la première fois utilisé la « technique du cliquet »[682]. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel va considérer que « l'abrogation totale de la loi d'orientation du 12 novembre 1968, dont certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles, qui n'ont pas été remplacées dans la présente loi par des garanties équivalentes n'est pas conforme à la Constitution »[683]. Cette jurisprudence a été abondamment commentée par la doctrine[684] qui en a déduit l'existence d'un effet cliquet anti-retour interdisant toute régression du niveau de protection des droits fondamentaux[685]. L'image du cliquet rend alors compte d'une jurisprudence interdisant tout recul au regard de l'œuvre législative en matière de garantie des droits et libertés. Les termes employés par le Conseil constitutionnel et notamment l'expression « garanties équivalentes » pouvait effectivement traduire cette idée. MM.Favoreu

---

[681] Pour A.VIDAL-NAQUET, « cet « effet cliquet » est essentiellement une construction doctrinale. Le Conseil constitutionnel n'y a jamais fait référence. Cette discordance entre la réalité jurisprudentielle et le construit doctrinal incite à voir dans ce « cliquet » une véritable légende». Cette auteur relève ainsi que le cliquet est « tenu pour un acquis de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et figure à ce titre dans la quasi-totalité des manuels de droit et de contentieux constitutionnels ou de libertés publiques ». A.VIDAL-NAQUET, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse Paris II, 2004, p.4.

[682] Pour MM. FAVOREU et PHILIP, cette décision constitue « la première manifestation de la jurisprudence dite du « cliquet ». *GDCC,* 12ème ed. p.593.

[683] Cons. 42.

[684] Voir les notes de M.J.BOULOUIS, *AJDA*, 1984, n°3, p.163. L.FAVOREU, *RDP*, 1984, n°2, p.702. Y.GAUDEMET, *D*., 1984, Chron., p.125. F.LUCHAIRE, *D.* 1984, p.593.

[685] A.VIDAL-NAQUET explique que la notion de garanties légales des exigences constitutionnelles traduit « l'irréversibilité des conquêtes législatives… relevant d'une vision évolutionniste du droit, il l'empêcherait de revenir en arrière et assurerait de la sorte l'intangibilité des acquis législatifs », Thèse précitée, 2004, Paris II, p.3. La même auteur présente le cliquet comme « l'image d'une roue comportant un cliquet qui l'empêche d'aller en sens inverse : les garanties accordées en matière de libertés publiques ne peuvent plus être remises en cause par le législateur, qui ne saurait qu'aller de l'avant », *ibid.* p.4.

et Philip expliquent en effet que « certaines libertés fondamentales ne sont susceptibles d'être réglementées par le législateur que si celui-ci s'emploie à renforcer leurs garanties »[686]. Le cliquet est alors interprété comme un principe en vertu duquel, l'obligation de maintenir le niveau de garanties existantes se traduit par la réduction de la marge d'action normative du législateur qui, s'il souhaite modifier le régime antérieur, ne pourra le faire que dans le sens d'un renforcement du niveau de protection existant. Pour B.Mathieu et M.Verpeaux, « c'est l'exigence du « toujours mieux » »[687]. Cette interprétation ne sera pas démentie par le Conseil constitutionnel dans les décisions postérieures. Ainsi dans sa décision des 10-11 octobre 1984, le Conseil constitutionnel considère que « s'agissant d'une liberté fondamentale…la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif…»[688].

Pourtant, le Conseil constitutionnel a par la suite largement relativisé la notion doctrinale de l'effet cliquet.

B/ La relativisation de la notion de cliquet par le Conseil constitutionnel

On a parfois présenté la jurisprudence du Conseil constitutionnel de manière extensive comme imposant l'obligation au législateur de ne réglementer l'exercice d'un droit ou d'une liberté que dans le sens d'une protection accrue ou « en vue de le rendre plus effectif ». Cette interprétation a fait long feu. Si le terme « cliquet » continue d'apparaître dans les saisines[689], le Conseil constitutionnel ne l'a jamais reprise, lui préférant celle de « garanties légales des exigences constitutionnelles ». Au demeurant, les services du Conseil constitutionnel ont fermement marqué que « le Conseil constitutionnel n'a jamais institué une sorte d' « effet cliquet » qui interdirait au législateur de revenir sur ce qu'il a antérieurement décidé en faveur d'une liberté, sauf à ajouter une protection supplémentaire. Le principe est, au contraire, que le législateur peut toujours modifier ou abroger des textes antérieurs. Il peut, en particulier, définir des règles nouvelles en supprimant des dispositions qui ne lui paraissent plus utiles. Sa seule obligation est de ne pas « priver de garanties légales des exigences

[686] *GDCC*, 12ème ed., p.593.Les mêmes auteurs poursuivent en expliquant que le législateur «ne peut abroger les dispositions législatives garantissant ces libertés sans les remplacer par d'autres, d'efficacité équivalente ; il ne peut intervenir que pour renforcer ces garanties. En d'autres termes, le législateur ne peut diminuer les garanties qu'il a déjà édictées au profit d'une liberté fondamentale, soit en abrogeant ces garanties sans les remplacer, soit en remplaçant ces garanties par des garanties moins fortes. »

[687] B.MATHIEU et M.VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p.497.

[688] Décision 84-181 DC (cons.37).

[689] Voir par exemple la décision 2004-499 DC du 29 juillet 2004 - *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* - Recueil, p. 126.

constitutionnelles » »[690]. La jurisprudence des « garanties légales des exigences constitutionnelles » ne coïncide donc pas totalement avec la notion de cliquet[691]. Il n'y a pas eu remplacement de l'une par l'autre ou abandon de l'une au profit de l'autre puisque ces deux « choses » n'en forment qu'une : Le cliquet est la construction idéale de la doctrine alors que « les garanties légales des exigences constitutionnelles » constituent la réalité jurisprudentielle.

En effet, le Conseil constitutionnel a entrepris d'introduire davantage de nuances dans le régime de l'abrogation et de la modification des lois antérieurement promulguées. Avec la notion de « garanties légales des exigences constitutionnelles » le Conseil dispose d'une technique dont l'application est susceptible de degré[692]. Cette notion lui permet de disposer d'une marge de manœuvre plus importante puisqu'elle lui permet d'autoriser une régression dans la mesure où celle-ci ne conduit pas à « priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »[693]. C'est ici l'image d'un effet de seuil[694] qui doit se substituer à celle du cliquet. Même si elle reste largement inspirée de l'exigence d'effectivité des droits et libertés, cette notion va moins loin que celle du cliquet. La réalité contentieuse (« garanties légales des exigences constitutionnelles ») constitue ainsi une version édulcorée de l'idéal doctrinal (« cliquet »).

Les formules vont varier avant de se stabiliser à partir de la décision 86-210 DC[695]. Le Conseil commence par rappeler le principe de la liberté du législateur en considérant « qu'il

---

[690] Note sous décision n°2000-433 DC (décision précitée), 27 juillet 2000, *CCC* n°9, p.15.

[691] Laurence GAY explique : « le rappel, par le Conseil, de la nécessité de ne pas « priver de garanties légales des exigences constitutionnelles » ne coïncident pas systématiquement avec un contrôle de l'effet cliquet. », L. GAY, « « L'effet cliquet » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ». *Association française des constitutionnalistes et Université d'Aix-Marseille III, IVè congrès français de droit constitutionnel*, Aix-en-Provence, 10, 11,12 juin 1999, Atelier 6-11, p.15. Voir également sur cette question G.MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, n°62, 2005.

[692] Voir notamment, G.MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », art. cit., p.266

[693] On peut citer à titre d'exemple la décision 2000-433 DC (précitée). Le Conseil constitutionnel est très explicite dans sa décision 92-316 DC du 20 janvier 1993, dans laquelle il considère que le fait que la disposition législative soit « plus rigoureuse que les dispositions présentement en vigueur, ne saurait, par lui-même être constitutif d'une inconstitutionnalité », (*Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*. Recueil, p. 14). Cette décision reprend ainsi la formulation utilisée dans la décision 86-210 DC (*infra*). Sur ce point, voir G.MOLLION qui explique que la notion de garantie légale autorise « une régression mesurée ».« Les garanties légales des exigences constitutionnelles », art. cit., p.262-263. C.TEITGEN-COLLY et J.-F.LAFERRIÈRE écriront : « on peut s'étonner que le Conseil constitutionnel n'ait pas censuré, en application de sa jurisprudence « cliquet » rappelée en matière d'asile dans sa décision du 13 août 1993, cette disposition nouvelle qui ne vise pas à « rendre plus effectif » le droit d'asile, mais au contraire limite son exercice, sans que le législateur puisse justifier cette limitation par la nécessité de concilier le droit d'asile avec des règles ou principe de valeur constitutionnelle », « Commentaires de la loi n°98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile », *AJDA*, 1998, p.1004

[694] Cette notion de « seuil » est notamment utiliséé par B.MATHIEU et M.VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p.498.

[695] Décision 86-210 DC du 29 juillet 1986. *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*. Recueil, p. 110, (cons. 17). Depuis cette décision, la position du Conseil constitutionnel n'a pas varié. Il considère « qu'il est à

est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, les cas échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles »[696]. Le Conseil constitutionnel affirme la liberté du législateur et se conforme, au moins partiellement, au principe en vertu duquel « une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures »[697]. Le principe de la liberté étant exposé, le Conseil constitutionnel pose ensuite les limites de son exercice en expliquant que « cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ». Cette formule se rapproche davantage de celle, utilisée dans la décision 185 DC du 18 janvier 1985, dans laquelle le Conseil constitutionnel rappelle que le législateur a la faculté d'abroger des lois « sauf si cette abrogation avait pour effet de porter atteinte à l'exercice d'un droit ou d'une liberté ayant valeur constitutionnelle »[698]. Elle tempère largement l'affirmation d'un principe de non-régression impliqué par la technique du cliquet, dans la mesure où elle semble ne viser que des cas où la législation nouvelle aboutirait à porter atteinte à la substance même des droits et libertés.

En dépit de cette atténuation jurisprudentielle, les garanties légales des exigences constitutionnelles restent inspirées par l'exigence d'effectivité des droits et libertés de valeur constitutionnelle.

---

tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles ; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel », (cons.2). Note de Genevois, *AIJC*, 1986, pp.432-439. Ce considérant est intégralement repris dans la décision 86-217 DC, puis, comme l'indiquent MM.FAVOREU et PHILIP, légèrement raccourci dans la décision 98-259 DC. Dans le même sens, voir les décisions 89-265 DC et 98-404 DC.

[696] Le Conseil constitutionnel avait déjà reconnu cette liberté, notamment dans sa décision 82-142 DC du 27 juillet 1982 dans laquelle il considère qu' « une loi peut toujours et sans condition, fût-ce implicitement, abroger ou modifier une loi antérieure ou y déroger » (*Loi portant réforme de la planification*. Recueil, p. 52). Dans le même sens voir également les décisions 82-155 DC et 83-160 DC.

[697] Article 28 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793. Sur la liberté du législateur d'abroger des lois anciennes, voir G.JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, 3ème éd., t.1, p.112. J-J. ROUSSEAU expose ce principe dans son ouvrage relatif au contrat social : « D'ailleurs, en tout état de cause, un peuple est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleurs… », *Du contrat social*, Livre II, Chapitre XII.

[698] Le Conseil constitutionnel commence par poser le principe de la liberté du législateur en expliquant que « les lois ordinaires ayant toutes la même valeur juridique, aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une loi abroge des dispositions législatives antérieures ».

§2 Les garanties légales des exigences constitutionnelles : un ersatz permettant d'imposer à la loi l'exigence d'effectivité des droits et libertés constitutionnels

Si l'on doit reconnaître la spécificité de ce moyen contentieux (B), il convient de constater sa convergence avec d'autres moyens pour imposer la fonction législative de mise en œuvre des valeurs constitutionnelles (A).

A/ Un moyen contentieux soutenant l'exigence d'effectivité

Même si elle fait figure de version édulcorée de la technique du cliquet, on peut considérer que la notion de garanties légales des exigences constitutionnelles semble pareillement inspirée du souci d'effectivité des droits et libertés de valeur constitutionnelle[699]. Elle permet au Conseil constitutionnel d'imposer au législateur une obligation de légiférer pour mettre en œuvre les valeurs consacrées par la Constitution[700]. Cette exigence d'effectivité apparaît de manière explicite dans les décisions du Conseil constitutionnel et dans les commentaires de la doctrine. Cette jurisprudence traduit alors une certaine conception des droits et libertés et corrélativement une certaine conception de la loi.

Dans la décision 86-210 DC le Conseil constitutionnel évoque explicitement les insuffisances du dispositif légal ne permettant pas d'assurer au pluralisme de la presse « un caractère effectif »[701]. La logique de mise en œuvre est également explicitée par le Conseil constitutionnel puisque la formulation négative « ne pas priver de garanties légales… » renvoie à une obligation positive pesant sur le législateur : il lui revient de mettre en œuvre les droits et libertés de valeur constitutionnelle[702]. Dans sa décision 2003-483 DC, le Conseil constitutionnel considère en effet que « du point de vue de son économie générale, la loi déférée a mis en œuvre l'exigence constitutionnelle précitée sans la priver de garantie

---

[699] Voir à cet égard, A.VIDAL-NAQUET, Thèse précitée, Paris II, 2004, et spécialement la première partie. Cette thèse tend à confirmer l'analyse selon laquelle le « souci d'effectivité [des libertés publiques] anime l'émergence des garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence constitutionnelle… », *ibid*., p.7. « Les garanties légales des exigences constitutionnelles doivent être comprises comme un mécanisme contentieux destiné à produire l'effectivité des libertés publiques », *ibid*.p.15. Pour G.MOLLION, « Il est constant que la jurisprudence relative aux garanties légales des exigences constitutionnelles a pour but de vérifier que la loi rend une liberté fondamentale effective, c'est-à-dire, susceptible de produire des effets de droit », « Les garanties légales des exigences constitutionnelles » art. cit., p.266.

[700] Dans les *GDCC*, 12ème éd., sous la décision du 20 janvier 1984 (liberté universitaire, 83-165 DC), on trouve comme code référenciel : « obligations du législateur en matière de libertés fondamentales », p.579.

[701] Décision 86-210 DC, précitée.

[702] Voir notamment la décision 2003-485 DC, précitée.

légale »[703]. L'exigence d'effectivité est soulignée par la doctrine eu égard à cette jurisprudence. Pour Laurence Gay, cette jurisprudence constitue une « directive à l'adresse du législateur, dont le contenu est le suivant : il se doit d'adopter des dispositions propres à assurer l'exercice effectif d'un droit fondamental dans le champ imparti à celui-ci. »[704]. Cette auteur met ainsi en évidence « l'obligation faite au législateur par le Conseil constitutionnel d'établir ou de préserver un niveau de garantie suffisant à l'effectivité des droits fondamentaux »[705]. De son côté G. Mollion explique ainsi que « les garanties légales sont établies « au service » des exigences constitutionnelles en tant que moyen de les mettre en œuvre. »[706].

Cette jurisprudence a pu être analysée comme fondant le régime constitutionnel des libertés fondamentales[707]. Adoptant un point de vue différent, on peut réciproquement l'envisager sous l'angle de la loi. Elle traduit en effet corrélativement une certaine conception de la loi au regard des droits fondamentaux. En effet, cette jurisprudence emporte une conséquence du point de vue de la compétence législative[708]. Celle-ci n'est pas seulement limitée par le Conseil constitutionnel, mais « canalisée »[709] par ce dernier. L'idée de canalisation permet de rendre compte du pouvoir que s'arroge le Conseil constitutionnel et qui ne consiste pas seulement à délimiter et donc limiter la compétence législative, mais qui consiste à imposer une finalité à l'action du législateur[710]. Le législateur peut exercer sa

---

[703] Il s'agissait en l'occurrence de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 qui dispose que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs… » ainsi que « le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence »Décision 2003-483 DC, cons. 8. Voir note de B. MATHIEU, *LPA*, 6juillet 2004, pp.19-22.

[704] Laurence GAY, « « L'effet cliquet » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p.23.

[705] *Ibid.* p.23.

[706] G. MOLLION, art. cit. p.261.

[707] Dans leur ouvrage commun, MM. FAVOREU et PHILIP développent l'idée selon laquelle, le Conseil constitutionnel pose, dans sa décision des 10 et 11 octobre 1984, le socle d'une « théorie générale des libertés fondamentales ». Voir *GDCC*, 12ème ed. p.609.

[708] C'est ce qu'expliquent MM. Favoreu et Philip lorsqu'ils considèrent, à propos de la technique du cliquet anti retour que « « La constitutionnalisation des libertés universitaires produit (ou devrait produire, à terme) un double effet apparemment contradictoire sur la compétence du législateur en provoquant tout à la fois son extension et sa limitation », *GDCC*, 12ème ed. p.592.

[709] L.FAVOREU, *RDP* 1983, p 387 : « le législateur doit mettre en œuvre les droits et libertés constitutionnels ; ceux-ci ne sauraient exister sans que le législateur les ait concrétisés, actualisés, ait prévu leur condition d'application ; avec comme limite à son pouvoir, la mise en cause du principe constitutionnel ».

[710] L'invention de la théorie du canal revient à FAVOREU qui l'expose à propos de la décision 82-141 DC (précitée) : « il est difficile d'y voir des droits véritables… compte tenu d'ailleurs du terme employé … On peut penser qu'il y a là l'énoncé de directives générales susceptibles de canaliser l'exercice d'un droit constitutionnellement protégé », *RDP,* 1983, p. 389. Cette expression se retrouvera dans les *GDCC* : « la liberté de la presse exige la réalisation de l'objectif de pluralisme lequel, à son tour, exige que soit atteint l'objectif de transparence et le législateur est tenu de suivre ce canal ou de respecter ce cadre finalement assez contraignant lorsqu'il intervient. », *GDCC*, 12ème ed. p.608. Pour A.VIDAL-NAQUET, en vertu de cette jurisprudence, « la compétence législative est encadrée dans l'espace normatif et dans l'ordre chronologique », Thèse précitée, p.22. Dans la même thèse, cette auteur affirme que « la notion de garantie légale repose en premier lieu sur une interprétation finalisée de la compétence législative …», *ibid*, p.22.

compétence, mais il devra le faire dans un sens bien précis : il devra être guidé par le souci d'effectivité des droits et libertés de rang constitutionnel. Cette technique permet en effet au Conseil constitutionnel de « définir les conditions d'exercice de la compétence législative en matière d'aménagement d'une liberté fondamentale de premier rang »[711]. La compétence du législateur est à cet égard moins limitée que canalisée : elle est rendue plus dense par l'application de la jurisprudence de l'effet cliquet[712]. C'est la fonction législative qui est ici déterminée par le Conseil constitutionnel : c'est à la loi que revient la fonction de « positivation » des droits et libertés constitutionnels[713]. On retrouve la conception d'un ordonnancement normatif cohérent dans la mesure où les garanties légales apparaissent comme le « prolongement des dispositions constitutionnelles »[714].

Cette conception de la fonction législative est le pendant d'une certaine conception des droits fondamentaux en vertu de laquelle, ceux-là n'exigeraient pas simplement une abstention de l'État, mais au contraire une intervention positive destinée à les concrétiser. Comme l'expliquent MM. P.Avril et J.Gicquel à propos de la décision des 10-11 octobre 1984, « le Conseil constitutionnel consacre, sur le plan des principes, la conception interventionniste du législateur, pour lequel la liberté de la presse ne se définit pas exclusivement par l'absence d'empêchement mais exige une action positive. C'est ici la philosophie du Préambule de 1946 qui vient compléter le libéralisme de 1789»[715]. Au demeurant, cette jurisprudence a vocation à couvrir tout le champ des droits fondamentaux. Le Conseil constitutionnel impose cette même exigence, qu'il s'agisse des droits et libertés issus de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou des droits économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946. Ainsi, les garanties légales sont destinées à servir les exigences constitutionnelles telles que, la liberté individuelle[716], la liberté d'expression[717] ou le droit de propriété[718]. S'agissant des droits-créances, D.Rousseau explique : « dans sa décision du 19 janvier 1995, le Conseil constitutionnel a étendu aux droits créances la jurisprudence dite de l'effet cliquet en jugeant que le législateur pouvait modifier,

---

[711] *GDCC*, 12ème éd., p.584.
[712] *GDCC*, 12ème ed. p. 593 : « Une compétence plus dense : la première manifestation de la jurisprudence dite du « cliquet ». « Plus étendue, la compétence du législateur a, en même temps une densité plus grande …», ibid.
[713] Selon G.PECES-BARBA MARTINEZ, cette conception est celle du « modèle français des droits fondamentaux » consacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Ces droits sont présentés comme naturels, mais, pour les rendre effectifs et entiers, ils doivent faire l'objet d'une indispensable positivation », G.PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux,* LGDJ, Série Droit, Coll. Droit et société, Paris, 2004, pp.138-139.
[714] Selon A.VIDAL-NAQUET, Thèse précitée p.56.
[715] P.AVRIL et J.GICQUEL, *Pouvoirs,* n°33, p.163.
[716] Voir notamment les décisions 93-323 DC, 93-325 DC, 97-389 DC, 99-416 DC, 2001-446 DC.
[717] Voir les décisions 89-259 DC, 2004-497 DC et 2000-433DC.
[718] Voir notamment la décision 94-347 DC.

compléter ou abroger des dispositions mettant en cause l'objectif constitutionnel de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent « à la condition que la nouvelle disposition ne le prive pas de garantie légale »[719]. Le juge constitutionnel comble ici la lacune du contrôle assuré par le Conseil d'Ètat qui refuse de faire application de dispositions constitutionnelles trop vagues, fixant de simples objectifs[720]. Le Conseil constitutionnel a ainsi notamment fait application de cette jurisprudence aux alinéas 10[721], 11[722] du Préambule alors que ces dispositions ont longtemps été considérées comme étant purement recommandatoires.

En définitive, il ne s'agit pas de constitutionnaliser le contenu de certaines lois[723], mais de constitutionnaliser une notion de la loi en vertu de laquelle il revient à cette dernière de mettre en œuvre les droits et libertés de valeur constitutionnelle[724]. Cette jurisprudence s'ajoute à celle de l'incompétence négative pour faire de la loi une norme d'application de la Constitution[725]. Si cette notion de garanties légales recoupe largement la technique de

---

[719] D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p.405. Cette jurisprudence couvre ainsi les droits économiques et sociaux, de la protection de la santé (Décision 90-287 DC) au pluralisme syndical (91-296 DC).

[720] L'arrêt du Conseil d'État de 1962 « société indochinoise de construction électrique » fournit une illustration de cette retenue du juge administratif. Le Conseil d'État va juger que le 12ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (« égalité de tous les français devant les charges résultant d'une calamité nationale ») n'est pas directement invocable par les justiciables dans la mesure où il s'agit d'un objectif adressé au législateur. Il revient à ce dernier de le mettre en œuvre.

[721] « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Voir à cet égard les décisions 97-393 DC et 2001-451 DC

[722] « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de sa situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Voir les décisions 90-287 DC, 91-296 DC, 97-393 DC, 99-416 DC, 2001-446 DC, 2001-455 DC, 2003-483 DC, 2003-488 DC, 2004-494 DC.

[723] « La question qui se pose évidemment est de savoir si l'on aboutit pas ainsi à « constitutionnaliser » le contenu de certaines lois de la Vème République. Mais, en fait, les décisions précitées du Conseil constitutionnel n'interdisent pas de modifier ou d'abroger des lois existantes dès lors que la nouvelle loi prend des dispositions – qui peuvent être d'une nature et d'une portée différentes – pour protéger les libertés. », *GDCC*, 12ème éd., p.594. Ainsi cette jurisprudence affirme la marge de manœuvre du législateur. Le Conseil constitutionnel rappelle qu'il peut adopter pour permettre la mise en œuvre des droits et libertés constitutionnels, des «modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification… de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles ». Voir à cet égard la décision 2003-483 DC du *14 août 2003 -Loi portant réforme des retraites.* Recueil, p. 430. Note de B.MATHIEU, *LPA*, 6 juillet 2004, pp.19 –22.

[724] A.VIDAL-NAQUET explique à cet égard : « Délimitant l'étendue de la compétence législative, les garanties légales des exigences constitutionnelles appellent alors une analyse du rôle de la loi par rapport à la Constitution. Elles renouvellent la conception de la fonction législative, en révélant la nature de la mission d'application et de réalisation des dispositions constitutionnelles impartie au législateur. », A.VIDAL NAQUET, thèse précitée, p.42. On retrouve ainsi la même conception d'un système cohérent. À partir du principe de la hiérarchie des normes, le Conseil constitutionnel déduit la finalité de la loi vis-à-vis de la Constitution Pour la même auteur, « A partir du moment où la suprématie de la Constitution est affirmée et surtout protégée par le Conseil constitutionnel, la primauté des dispositions constitutionnelles se révèle également dans la conception de la place accordée à la loi. Celle-ci doit s'insérer dans un corps de normes existant dont elle tire sa validité », *ibid.*

[725] Selon ce même auteur ces garanties constituent « des normes législatives d'application de principes constitutionnels ». Au-delà, « elles sont, également, un instrument de canalisation de l'action du législateur »… « A l'inverse d'un contrôle de conformité d'une loi à la Constitution, qui manifeste un lien hiérarchique entre

l'incompétence négative, il convient de cerner les rapports entre ces deux moyens contentieux.

B/ La spécificité des « garanties légales des exigences constitutionnelles »

Si ces « garanties légales des exigences constitutionnelles » partagent avec l'incompétence négative un fondement commun (1), et que ces deux moyens peuvent parfois être assimilés (2), la spécificité de cette notion contentieuse est révélée par sa complémentarité vis-à-vis de l'incompétence négative (3).

1) Le fondement des « garanties légales des exigences constitutionnelles » : l'article 34 de la Constitution ou une certaine conception de la compétence législative

La création par le Conseil constitutionnel des « garanties légales » pose la question de leur fondement textuel. À cet égard, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a pu paraître « intrigante »[726] à certains auteurs ne percevant aucune évocation explicite d'une norme constitutionnelle à l'appui de cette création. Pourtant, il est frappant de constater que le Conseil constitutionnel entame ses considérants, lorsqu'il utilise la notion de « garanties légales », par une référence à l'article 34 de la Constitution[727]. Cet article apparaît alors comme un fondement possible de l'exigence en question[728].

---

deux normes, le contrôle des garanties légales a pour effet de créer un cadre d'intervention du législateur ». «La spécificité de cette jurisprudence réside donc dans la relation établie entre le législateur et la Constitution… » « Par les garanties légales des exigences de valeur constitutionnelle, une disposition législative a pour fonction, non plus seulement de se conformer à la Loi fondamentale, mais aussi de la servir en tant qu'instrument de garantie et d'effectivité. » « le rôle du législateur est donc enrichi, bien que contrôler. », G.MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », art. cit. p.261.

[726] A.VIDAL-NAQUET considère que « cette référence aux « garanties légales des exigences constitutionnelles » est d'autant plus intrigante que le juge s'abstient de dénommer expressément le fondement d'une telle règle…. Thèse précitée, p.6. A.VIDAL-NAQUET constate néanmoins que « Seul est évoqué le pouvoir du législateur intervenant « dans le domaine de sa compétence », le juge se référant parfois explicitement à l'article 34 de la Constitution. », *ibid*., p.6. La même auteur constate ainsi que « ces garanties … ne surgissent pas ne manière aléatoire dans la décision du juge. Elles sont quasi-systématiquement insérées dans un considérant plus général, énonçant que s'il est loisible au législateur, dans le cadre de sa compétence, de modifier, d'abroger ou de compléter des dispositions législatives antérieurement promulguées, il ne saurait dans l'exercice de ce pouvoir… »**,** *ibid.*, p.5.

[727] Si les formulations varient, le rattachement à l'article 34 est constant. Voir pour les variations de considérant, les décisions 86-210 DC («dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution », cons.2), 91-296 DC (« statuant dans le domaine de sa compétence », cons.13), 94-348 DC (« dans le domaine qui est le sien », cons. 4), et 98-401 DC (« dans le domaine qui lui est assigné », cons. 9).

[728] Dans sa décision 93-322 DC du 28 juillet 1993, le Conseil constitutionnel considère que le législateur a méconnu sa compétence puisqu'il n'a « pas assorti de garanties légales les principes de caractère constitutionnel que constituent la liberté et l'indépendance des enseignants-chercheurs ». *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*. Recueil, p. 204

Pourtant, certains auteurs refusent d'établir le lien entre la compétence législative définie à l'article 34 de la Constitution et la nécessité juridique de prescrire les garanties légales des exigences constitutionnelles[729]. Selon ces auteurs, alors que ces dernières imposent une limite à la compétence du Parlement, les garanties fondamentales de l'article 34 constituent le fondement de la compétence du Parlement. Dans sa thèse, A.Vidal-Naquet commence par considérer, à propos de l'article 34, que « cet article constitue essentiellement un titre attributif de compétence… »[730]. Puis son cheminement l'amène à concevoir ce même article d'une façon plus dynamique en l'envisageant comme une disposition imposant au législateur l'exercice d'une fonction. En s'appuyant sur l'alinéa 2 de l'article 34 qui impose au législateur de fixer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, cet auteur considère que cet article « indique que le législateur assure l'exercice des libertés publiques et que, ce faisant, il s'en porte garant et les donne pour vraies. De fait, ces garanties ne sont pas dissociables du rôle imparti au législateur : il est à la fois celui qui préserve et celui qui réalise. L'article 34 ne réserve pas seulement une compétence au législateur, mais lui donne la responsabilité d'authentifier et d'avaliser les libertés publiques proclamées par les textes de valeur constitutionnelle. En même temps qu'une habilitation, désignant celui qui a le pouvoir de poser ces garanties fondamentales, cet article exprime un commandement, un ordre de contrainte dont le fondement réside dans l'effectivité des libertés publiques »[731].

Il est vrai que cette interprétation extensive de cet article 34[732] peut paraître convaincante. Après tout, l'article 34 n'est-il pas suffisamment clair lorsqu'il dispose que la loi « fixe les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés

---

[729] Voir dans ce sens, G.MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », art. cit., p.259. Cet auteur commence par reconnaître que « le fondement constitutionnel direct de cette compétence figure dans l'article 34 de la Constitution qui dispose que « la loi fixe les règles…concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Ensuite, il explique que « toutefois, si les « garanties fondamentales » inscrites à l'article 34 constituent le fondement de la compétence du Parlement en la matière, elles ne se confondent pas avec les garanties légales : tandis que les premières ont pour objet de constituer la source de l'action du Parlement, les secondes en sont une limite ».

[730] A.VIDAL-NAQUET, Thèse précitée, p.6.

[731] *Ibid.,* p.7. Elle présente les garanties légales comme une technique destinée à « assurer la densité de la compétence législative, appréciée du point de vue de la satisfaction des libertés publiques… », *ibid.* p.71. Rapprochant les « garanties légales » de la compétence législative, A.VIDAL-NAQUET estime que « en indiquant que, dans l'exercice du pouvoir qui lui est reconnu par l'article 34, le législateur ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles, le Conseil constitutionnel suggère que, si la loi prive de garanties légales des exigences constitutionnelles, c'est qu'elle est sortie du domaine et de la fonction qui lui sont assignés. ». Elle conclut ainsi logiquement son analyse en expliquant que les garanties légales des exigences constititutionnelles marquent « l'indisponibilité de la compétence législative », *ibid.* p.57.

[732] A.VIDAL-NAQUET évoque à cet égard l'« interprétation particulièrement exigeante » de l'article 34 de la Constitution puisque « la compétence exercée par le législateur a pour finalité l'exercice des libertés publiques, dont l'effectivité suppose une protection par le pouvoir législatif », *ibid.,* p.22.

publiques ». En outre, cette interprétation est compatible avec la jurisprudence de l'incompétence négative qui marque nettement l'existence d'une «réserve générale de loi relative aux droits fondamentaux » permettant au Conseil constitutionnel de sanctionner une abstention législative et d'imposer un exercice de la compétence législative propre à assurer la mise en œuvre des valeurs constitutionnelles (voir *supra*, Chapitre 1). L'article 34 de la Constitution qui fonde la compétence du Parlement apparaît en effet dans le même temps comme une limite de sa compétence. Cet article révèle ainsi, à travers l'interprétation du juge constitutionnel, toute son ambivalence[733]. À partir de ce constat il apparaît délicat de distinguer entre les règles établissant « la source de l'action législative » et celles établissant « une limite »[734].

Selon nous, cette interprétation extensive ou « particulièrement exigeante » de l'article 34 de la Constitution est le résultat d'une interprétation combinée de cet article et des normes constitutionnelles consacrant les droits et libertés. Ce n'est pas l'article 34 seul qui sert de fondement à la notion jurisprudentielle des garanties légales des exigences constitutionnelles. Les garanties légales sont le corollaire de la consécration des exigences constitutionnelles. Elles sont dépendantes des droits et libertés de valeur constitutionnelle qu'elles soutiennent. Comme les cas d'incompétence négative qui sanctionnent des omissions législatives mettant en péril des droits et libertés, il y a une combinaison de l'article 34 et d'autres dispositions constitutionnelles consacrant des droits et libertés. Autrement dit, la profondeur de la compétence législative (interprétation extensive de l'article 34) est la résultante de l'existence de règles supérieures consacrant les droits et libertés. Cette combinaison est l'expression de la conception du système adopté par le Conseil constitutionnel en vertu de laquelle la loi est l'instrument de la positivation des valeurs constitutionnelles.

La communauté de fondement de ces deux moyens a conduit à leur assimilation par une partie de la doctrine.

2) L'assimilation des garanties légales aux cas d'incompétence négative

[733] A.VIDAL-NAQUET évoque ainsi « l'ambivalence de l'article 34, perçu à la fois comme une règle de répartition des compétences mais aussi comme une règle de fond », *ibid.*, p.22.

[734] Voir G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », art. cit., p.259. Pourtant il convient de remarquer que dans son article, cet auteur commence par considérer que « le fondement constitutionnel direct de cette compétence législative figure dans l'article 34 de la Constitution… ».

Les garanties légales des exigences constitutionnelles partagent non seulement avec la technique de l'incompétence négative un fondement commun[735], mais leur utilisation respective traduit en outre leur très grande proximité[736]. Dans les causes présidant à leur mobilisation contentieuse comme dans les effets recherchés par leur utilisation, ces deux moyens sont marqués par leur « gémellité »[737].

Il faut convenir que les causes justifiant une censure[738] pour privation de garanties légales d'une exigence constitutionnelle apparaissent relativement semblables à celles justifiant une incompétence négative. En effet, ces deux moyens se recoupent en tant qu'ils sanctionnent une abstention du législateur, une carence en garantie affectant la loi, mettant en péril un droit ou une liberté[739]. Cette proximité des deux techniques a conduit à une assimilation consistant à considérer la privation de « garanties légales des exigences constitutionnelles » comme une forme d'incompétence négative[740]. La première application de la technique des « garanties légales », dans la décision 83-165 DC, a pu d'ailleurs être interprétée comme la sanction d'une incompétence négative[741]. À cet égard, certains auteurs estiment que ces techniques sont si proches que le Conseil constitutionnel pourrait n'en utiliser qu'une[742].

Pourtant, A.Vidal-Naquet condamne cette « confusion de deux jurisprudences qui ne se situent pourtant pas sur le même plan»[743]. Selon l'auteur, l'incompétence négative renvoie à

---

[735] Ce fondement commun ne fait que renforcer l'enchevêtrement des techniques d'incompétence négative et de garantie légale. « Aux garanties légales est systématiquement accolée la compétence du législateur… »A.VIDAL-NAQUET, Thèse précitée, p.32.

[736] Sur la comparaison de l'incompétence négative et des garanties légales, voir l'article de L.GAY, « L'effet cliquet dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Acte du IVè congrés français de droit constitutionnel, 1999, art. cit., p.21.

[737] A.VIDAL-NAQUET utilise ce terme pour qualifier la proximité de ces deux notions. Thèse précitée, p.79.

[738] S'agissant des censures : voir notamment les décisions 92-316 DC, 93-322 DC, 93-325 DC, 94-352 DC, 97-389 DC, 98-404 DC, 2001-453 DC.

[739] À cet égard, G.MOLLION, reconnaît que « en contrôlant la nature appropriée d'une garantie légale, le Conseil constitutionnel engage le législateur à exercer pleinement sa compétence. Ainsi, la jurisprudence relative aux garanties légales des exigences constitutionnelles rejoint celle ayant pour objet de sanctionner les incompétences négatives », « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », art. cit., p.269.

[740] A.VIDAL-NAQUET reconnaît elle-même que « la position du Conseil constitutionnel exigeant que le législateur, dans l'exercice de sa compétence, ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles a pu être analysée comme une forme spécifique de l'incompétence négative », Thèse précitée, p.71.

[741] M.de VILLIERS écrira : « Le Conseil constitutionnel condamne la carence du législateur qui a méconnu sa compétence. L'article 34 de la Constitution place au premier rang des matières dont la loi fixe les règles « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Le législateur est donc constitutionnellement tenu de donner ces garanties. Or, dans le cas d'espèce, il adopte un texte qui en supprime sans les remplacer par d'autres, équivalentes », note sous Décision 83-165 DC, « La décision Enseignement supérieur du 20 janvier 1984 », *RA*, 1984, p.261.

[742] Voir L.GAY, « « L'effet cliquet » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p.18.

[743] A.VIDAL-NAQUET, thèse précitée, p.73. L'auteur reconnaît que ces « deux techniques présentent une parenté incontestable par leur fondement, la détermination des garanties accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, et par leur objet, qui est de contraindre l'exercice du pouvoir législatif… », *ibid.* p.75-76.

« l'impossibilité pour le législateur de déléguer sa compétence, et concerne donc la totalité de l'exercice du pouvoir législatif » alors que « la notion de garanties légales se rapporte essentiellement à la densité de cette compétence »[744]. L'établissement de cette distinction traduit une conception extensive des « garanties légales des exigences constitutionnelles » et a pour effet de réduire corrélativement le champ de l'incompétence négative[745]. L'établissement de cette frontière aboutit en effet à absorber presque totalement la jurisprudence des incompétences négatives. Or, le critère de distinction utilisé par l'auteur néglige le fait que le Conseil constitutionnel sanctionne pour incompétence négative l'absence des garanties légales nécessaires à l'effectivité des droits et libertés. C'est donc bien « le contenu des règles en elles-mêmes » qui est visé par cette technique[746], qui a donc bien vocation à imposer « le bon exercice » de sa compétence par le législateur. Ce n'est donc pas la densité de la compétence législative qui permet de distinguer ces deux moyens.

Pourtant, nous rejoignons la conclusion selon laquelle ces deux techniques ne doivent pas être assimilées.

3) La complémentarité avec l'incompétence négative

Nous adhérons sans réserve à l'analyse d'A.Vidal-Naquet lorsqu'elle met en lumière « la complémentarité des garanties légales et de l'incompétence négative »[747]. Selon nous, tout en partageant un fondement commun et une finalité commune, ces deux techniques ont un champ d'application distinct qui assure leur complémentarité.

En effet, les garanties légales sont destinées à fixer le régime d'abrogation et de modification des législations antérieurement promulguées. C'est le pouvoir d'abrogation ou de modification d'une loi antérieure qui se trouve limité. D'ailleurs, selon A.Vidal-Naquet, ces garanties concernent « l'exercice de la compétence législative dans le temps »[748]. Les garanties légales des exigences constitutionnelles constituent le versant négatif de l'obligation

---

[744] « il ne s'agit pas de préserver la compétence du pouvoir législatif mais d'en assurer le bon exercice… », thèse précitée, p.76. Poursuivant dans cette analyse, elle considère que « ce n'est pas tant la délégation de compétence à une autre autorité que l'appréciation du contenu des règles en elles-mêmes que traduit la jurisprudence des garanties légales », *ibid.* p.76. A.VIDAL-NAQUET explique : « on pourrait conclure que le contrôle de l'incompétence négative porte sur l'autorité compétente pour assurer l'effectivité d'un principe constitutionnel tandis que la jurisprudence des garanties légales se rapporte à la manière d'assurer cette effectivité. », *ibid.* p.79.

[745] Ainsi, pour cet auteur, la décision 86-217 DC constitue une application de la jurisprudence des « garanties légales » et non un cas d'incompétence négative (décision précitée).

[746] Voir notamment le premier cas d'incompétence négative sanctionné par le Conseil constitutionnel. Décision 67-31 DC (précitée). Dans cette décision, c'est précisément l'absence de garanties destinées à assurer le principe d'inamovibilité des magistrats du siège qui justifie la censure prononcée.

[747] A.VIDAL-NAQUET, Thèse précitée, p.80.

[748] *Ibid.,* p.6.

qui s'impose au législateur d'assurer l'effectivité des droits et libertés : le législateur ne peut pas priver de garanties légales des exigences de valeur constitutionnelle. Il faut donc que ces garanties aient été préalablement établies pour que la jurisprudence des « garanties légales » puisse s'appliquer. C'est pourquoi ces garanties légales n'interviennent que dans le cas d'abrogation ou de modification des législations antérieurement adoptées. Le critère permettant d'identifier la lacune, est l'existence d'une législation antérieure : les dispositions de la loi «ont même pour effet, par leur combinaison avec l'abrogation de la législation antérieure, de priver de protection légale un principe de valeur constitutionnelle »[749]. Inversement les cas d'incompétence négative concernent plus généralement l'exercice initial de la compétence législative. Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » constituent de ce point de vue un cas particulier d'application de la logique générale (la loi est une courroie de transmission des valeurs constitutionnelles) qui commande l'utilisation de l'incompétence négative. La complémentarité avec l'incompétence négative est alors tout à fait remarquable : tout en poursuivant les mêmes finalités, ces deux techniques ont un champ d'application différent. L'impact singulier des garanties légales se situe sur le plan de la chronologie. Si la loi est le vecteur de réalisation des valeurs constitutionnelles, les lois antérieurement promulguées garantissant les droits et libertés constituent une amorce de concrétisation de ces valeurs. L'œuvre législative doit ainsi s'analyser à travers le temps. Il est intéressant de constater que le Conseil constitutionnel a parfois reconnu que les règles posées par la législation dans le domaine de la bioéthique et de l'informatique conditionnaient le respect de principes de valeur constitutionnelle[750]. La canalisation de la compétence législative intègre une dimension chronologique.

L'exigence d'effectivité des valeurs constitutionnelles est également soutenue par la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux garanties légales des exigences constitutionnelle. L'utilisation de ce moyen contentieux révèle une commune conception du système juridique qui fondait la jurisprudence des incompétences négatives. Pourtant, ce

---

[749] Décision 86-210 DC (précitée), (cons.23).

[750] À cet égard, le Conseil va considérer, au regard des lois bioéthiques : « qu'elles énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figure la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine »… « les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ». Décision 94-343-344 DC, 27 juillet 1994. *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*. Recueil, p. 100. Dans le même sens, le Conseil constitutionnel considère que la loi de 1978 relative à l'informatique et aux libertés consacre des règles dont le respect est une condition de la constitutionnalité des lois postérieures. Voir à cet égard, les décisions 91-294 DC, 92-316 DC, 93-325 DC, et notamment la décision 97-389 DC du 22 avril 1997 dans laquelle le Conseil constitutionnel censure la loi sur le fondement de ce principe. *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*. Recueil, p. 45.

moyen se distingue de l'incompétence négative par son champ d'application limité aux lois abrogeant ou modifiant des législations antérieures concrétisant des droits ou des libertés constitutionnel. Notons à cet égard qu'un tel régime de l'abrogation des lois antérieures est présent dans d'autres ordres juridiques, notamment italien[751] et portugais[752].

Comme l'incompétence négative et les garanties légales des exigences constitutionnelles, les objectifs de valeur constitutionnelle s'inscrivent dans le cadre de l'exigence d'effectivité des droits et libertés constitutionnels.

[751] Ainsi, la Cour constitutionnelle italienne, dans un arrêt rendu en 1978, a considéré irrecevable la proposition de référendum visant à abroger des dispositions législatives garantissant un principe constitutionnel. Voir à cet égard l'arrêt n°16 du 2 février 1978, *Documents d'études sur le contrôle de constitutionnalité*, La Documentation française, t.II, p.42, cité par B.GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, éd. STH, Paris, 1988, p.289. Voir également du même auteur, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1986 », *AIJC*, II-1986, p.432-433.

[752] Le Tribunal constitutionnel portugais dispose également dans son arsenal juridique du moyen d'entraver l'abrogation d'une loi garantissant un principe de valeur constitutionnelle Voir à cet égard J.CASALTA NABAIS, « Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel », *in* P.BON, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 1989, p.243. Cet auteur relève ainsi une décision (décision n°39/1984 du 19 avril 1984) rendue par ce Tribunal qui déclare inconstitutionnelle la décision d'abroger une loi mettant en œuvre le droit à la santé.

Section 2 Les objectifs de valeur constitutionnelle

Les objectifs de valeur constitutionnelle s'inscrivent également dans une logique d'effectivité des droits et libertés. Leur création par le Conseil constitutionnel est sous-tendue par la perspective d'assurer le respect, la conciliation ou la concrétisation des droits et libertés. Parce que le législateur devra œuvrer en faveur de leur réalisation, les objectifs de valeur constitutionnelle portent en germe l'idée d'une obligation de légiférer. Ils apparaissent en effet dans les motivations du Conseil constitutionnel comme les maillons intermédiaires entre la loi et la Constitution : l'effectivité des droits et libertés dépendra alors de la réalisation (ou *a minima* de la poursuite) de ces objectifs par la loi. Après avoir envisagé le rôle des objectifs de valeur constitutionnelle dans la positivation législative des droits et libertés de valeur constitutionnelle, nous pourrons déterminer les liens étroits qu'entretiennent ces objectifs avec les autres moyens concurrents pour assurer l'exigence d'effectivité. Il ne s'agira pas dans le cadre de cette étude d'envisager l'ensemble des objectifs de valeur constitutionnelle[753], ni même d'affirmer que tous ceux-là convergent harmonieusement pour assurer l'exigence d'effectivité des valeurs constitutionnelles[754]. Il nous suffira ici de démontrer que l'utilisation contentieuse des objectifs est un des moyens à la disposition du Conseil constitutionnel pour mettre en œuvre sa conception rationnelle du système normatif.
Après avoir démontré la logique d'effectivité qui sous-tend la création des objectifs de valeur constitutionnelle (§1), nous envisagerons la spécificité des objectifs face aux moyens précédemment évoqués (§2).

§1 La logique d'effectivité sous-tendant la création et l'utilisation des objectifs de valeur constitutionnelle

[753] Selon P.de MONTALIVET, on dénombre douze objectifs de valeur constitutionnelle : la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, le pluralisme, la transparence financière des entreprises de presse, la protection de la santé publique, la recherche des auteurs d'infraction, la lutte contre la fraude fiscale, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, l'équilibre financier de la sécurité sociale, l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives et l'égalité entre les collectivités territoriales, *Les objectifs de valeur constitutionnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Paris II, 2004, p.26.

[754] Pourtant, il convient de reconnaître que tous les objectifs de valeur constitutionnelle n'emportent pas « obligation de légiférer ». En effet comme le remarque P. de Montalivet, « il n'est pas certain que les objectifs de valeur constitutionnelle les plus récents, ceux dont l'énoncé est explicite, aient une fonction d'obligation ». P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.397. Cet auteur évoque à cet égard l'objectif d'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi que l'objectif d'égalité entre les collectivités territoriales. Selon cet auteur, ces objectifs n'auraient qu'une fonction de « permission », *ibid*.

La doctrine a mis en lumière cette finalité des objectifs de valeur constitutionnelle en considérant qu'ils étaient « des conditions d'effectivité des droits et libertés constitutionnels »[755]. La thèse de P. de Montalivet met d'ailleurs très nettement en exergue le rôle des objectifs de valeur constitutionnelle au regard de l'exigence d'effectivité de la Constitution[756]. Au demeurant, cette logique d'effectivité est explicitement mentionnée par le Conseil constitutionnel dans ses motivations. Ainsi dans sa décision *Entreprise de presse* de 1984, le Conseil constitutionnel explique que « la libre communication des pensées et des opinions garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas *effective* si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents…»[757]. On retrouvera une telle formulation dans la décision 86-217 DC[758].

Cette exigence d'effectivité transparaît au regard de l'obligation de légiférer imposée par le Conseil constitutionnel sur le fondement des objectifs (A), mais également au regard de leur fonction de limitation et de conciliation des droits et libertés (B).

A/ L'obligation de légiférer induite par les objectifs

L'exigence d'effectivité, qui sous-tend la création et l'utilisation contentieuse des objectifs, apparaît tout d'abord à travers l'obligation de légiférer qu'ils induisent en faveur des droits et libertés.

---

[755] Pour P.JAN, « Les objectifs de valeur constitutionnelle et le contentieux administratif : de beaux principes, seulement (Conseil d'État, ord. réf. 3 mai 2002) », *LPA* n°193, 26 septembre 2002, p.18.

[756] P. de MONTALIVET présente les objectifs comme « des conditions objectives d'effectivité » des droits et libertés constitutionnels. Thèse précitée, p.33. Le même auteur définit les objectifs comme des « buts constitutionnels opérationnels vers lesquels doit ou peut tendre l'action du législateur » en vue d'une plus grande effectivité des droits et libertés constitutionnels , *ibid.*p.23. Dans une partie intitulée « la fonction d'obligation » des objectifs de valeur constitutionnelle, cet auteur explique que ces derniers permettent au Conseil constitutionnel de sanctionner des insuffisances de la loi nuisant à l'effectivité d'un droit ou d'une liberté. P. de Montalivet explique : « En permettant aux droits constitutionnellement garantis de produire des effets réels, notamment par le biais d'effets positifs, les objectifs garantissent leur effectivité … », *ibid,* p.32. Poursuivant son analyse, cet auteur écrit : « Les objectifs tendent à faire en sorte que les libertés qui ont pu apparaître comme des « libertés formelles » … deviennent des « libertés réelles ». *Ibid.*

[757] Souligné par nous. Décision 84-181 DC (précitée), (cons. 38).

[758] Décision 86-217 DC (précitée) : « considérant que le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; que le respect de ce pluralisme est une des conditions de la démocratie ; que, la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information ; qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les auditeurs et téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions, ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché ; » (cons. 11). Dans le même sens, voir la décision 93-333 DC (précitée), (cons. 26).

Pierre de Montalivet reconnaît aux objectifs de valeur constitutionnelle une « fonction d'obligation »[759]. En effet, leur dénomination permet de rendre compte qu'ils sont le support contentieux d'une obligation de légiférer. Comme l'explique P.Jan, « c'est notamment le souci d'assurer l'effectivité du droit constitutionnel en général et des droits constitutionnels en particulier qui justifie les obligations positives mises à la charge du législateur par les objectifs de valeur constitutionnelle »[760]. Pour B.Mathieu, ces objectifs sont « assimilables à des directives constitutionnelles que le législateur doit mettre en œuvre »[761]. M. Ribes explique à cet égard que « les objectifs de valeur constitutionnelle constituent des normes impératives, dans la mesure où ils impliquent l'adoption d'autres normes de rang inférieur, pour produire pleinement leurs effets »[762]. Si tous les objectifs de valeur constitutionnelle ne partagent pas cette fonction d'obligation[763], force est de reconnaître que les objectifs de valeur constitutionnelle sont au nombre des leviers contentieux permettant d'imposer une obligation de légiférer. Si cette obligation n'existe pas en contentieux administratif[764] lorsqu'il s'agit des objectifs posés par la loi, elle s'est nettement concrétisée en contentieux constitutionnel. L'obligation de légiférer se traduit par les termes récurrents employés par le Conseil constitutionnel en matière d'objectifs de valeur constitutionnelle. Ainsi le Conseil évoque

---

[759] Cet auteur considère que « contrairement à certaines affirmations doctrinales, les objectifs ne sont pas de simples techniques d'interprétation mais de véritables normes juridiques. Ils déterminent en effet la conduite du législateur non seulement en lui accordant des permissions mais aussi en faisant peser sur lui des interdictions et des obligations ». P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.30. Voir à cet égard, le Chapitre 2 de sa thèse : « selon le Conseil constitutionnel, le législateur est soumis à l'obligation de mettre en œuvre les objectifs de valeur constitutionnelle et ces derniers impliquent certaines obligations positives. Les objectifs ne se contentent pas d'ordonner l'abstention du législateur mais lui commandent d'agir dans un sens déterminé. Ils déterminent non seulement négativement mais encore positivement la « conduite » du législateur. », *ibid.,* p.391. « L'inconstitutionnalité d'une loi peut en effet être provoquée par l'absence de mise en œuvre de l'objectif. Cette violation résulte non d'une action … mais d'une abstention de celui-ci. Il ne s'agit plus ici du commandement de ne pas faire qu'est l'interdiction mais d'un commandement de faire. », *ibid*. p.393.

[760] P.JAN, « Les objectifs de valeur constitutionnelle et le contentieux administratif : de beaux principes, seulement (Conseil d'État, ord. réf. 3 mai 2002) », art. cit. p.18.

[761] B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D*. 1995, Chron. p.211. B.MATHIEU et M.VERPEAUX «Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°10, Décembre 1994-Janvier 1995 », *LPA* n°68, 7 juin 1995.

[762] D.RIBES, « Existe t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *RBDC*, 1999, p.237.

[763] P. de MONTALIVET explique que l'obligation de légiférer est « une fonction appartenant à la quasi-totalité des objectifs de valeur constitutionnelle », thèse précitée, p.393. Pour cet auteur, « il n'est pas certain que les objectifs de valeur constitutionnelle les plus récents, ceux dont l'énoncé est explicite, aient une fonction d'obligation ». P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.397. Cet auteur évoque à cet égard l'objectif d'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi que l'objectif d'égalité entre les collectivités territoriales. Selon cet auteur, ces objectifs n'auraient qu'une fonction de « permission », *ibid.*

[764] J-B. Auby s'interroge sur le point « de savoir si l'assujettissement de l'application des textes aux objectifs de ces derniers pourrait se traduire dans une obligation de mise en œuvre, c'est-à-dire l'obligation qui serait faite aux organes d'application de prendre les actes juridiques nécessaires pour la réalisation des objectifs des textes appliqués. » avant de conclure : « à vrai dire, il ne le semble pas. » J-B. AUBY « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*,1991p.330.

dans ses considérants « la réalisation des objectifs de valeur constitutionnelle »[765], « l'objectif à réaliser »[766], « les modalités de mise en œuvre »[767] des objectifs. Ces expressions traduisent une obligation de faire car « réaliser les objectifs signifie concrétiser le contenu de chaque objectif »[768]. Dans sa décision 2001-456 DC le Conseil constitutionnel évoque le « pluralisme des quotidiens d'information politique et générale, dont le maintien et le développement sont nécessaires à l'exercice effectif de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »[769]. Comme le souligne P. de Montalivet, « par les mots « maintien » et « développement », le Conseil constitutionnel indique que la tâche du législateur n'est pas seulement de ne pas porter atteinte à un objectif, mais consiste également à agir en poursuivant cet objectif »[770]. Le contenu de cette obligation se rapproche étonnamment de celui que véhiculent les autres techniques contentieuses précédemment évoquées : il s'agit en effet pour le législateur de prescrire les « modalités concrètes » ou de « fixer les règles appropriées » afin « d'assurer la garantie des objectifs de valeur constitutionnelle… »[771]. Le contrôle du Conseil constitutionnel va s'orienter alors sur le contenu normatif de la loi afin de vérifier que les dispositions législatives permettent d'assurer la garantie de l'objectif ainsi constitutionnalisé. Ainsi jugera-t-il que « le législateur a fixé lui-

[765] Selon un considérant de principe récurrent, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il est loisible au législateur « d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle… ». Voir les décisions 86-210 DC, (cons. 2), 86-217 DC (cons.4), 97-393 DC (cons.32), 99-416 DC (cons. 6), 2001-451 DC (cons.20), 2002-461 DC (cons. 67). Dans un autre considérant de principe, le Conseil constitutionnel explique que le législateur « ne peut, s'agissant de situations existantes intéressant une liberté publique, les remettre en cause que dans deux hypothèses : celle où ces situations auraient été illégalement acquises ; celle où leur remise en cause serait réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi ». Voir à cet égard la décision 84-181 DC (précitée), (cons.48). L'expression « réalisation » se retrouve dans les décisions 2000-436 DC (cons.50), et 88-248 DC (cons. 27).

[766] Voir les décisions précitées 84-181 DC (cons. 38) et 86-217 DC (cons. 11).

[767] Voir notamment les décisions 94-359 DC et décision 97-393 DC dans laquelle il complète la formule : « modalités concrètes de leur mise en œuvre ».

[768] P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.396. « Chaque objectif implique lui-même certaines obligations à la charge du législateur » ; « l'objectif de sauvegarde de l'ordre public « implique notamment que soit assurée la protection des personnes » (voir notamment la décision 91-294 DC, cons. 17) ; « le principe de clarté de la loi …et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi …lui imposent …d'adopter des dispositions suffisament précises et des formules non équivoques » (Voir à cet égard la décision 2001-455 DC (cons.9) et 2003-475 DC (cons. 20). L'auteur poursuit en expliquant que « l'objectif de protection de la santé publique impose logiquement d'instaurer un régime d'assurance maladie et d'assurance maternité et que l'équilibre financier de la sécurité sociale implique la maîtrise des dépenses de santé ». *Ibid.* p.396.

[769] Décision 2001-456 DC du 27 décembre 2001. *Loi de finances pour 2002*. Recueil, p. 180, (cons.37).

[770] P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.413. L'auteur poursuit : « … « le développement du pluralisme ne peut être opéré que par l'adoption de mesures allant dans ce sens. » « ce maintien et ce développement du pluralisme, qui constituent une obligation positive incombant au législateur, découlent de la nécessaire protection de la liberté de communication. », *ibid.*

[771] Voir la décision 86-217 DC, précitée, (cons.9)

même certaines règles destinées à garantir le pluralisme… »[772]. Le Conseil constitutionnel ouvre une nouvelle voie d'inconstitutionnalité visant les cas où le dispositif législatif n'apparaît pas suffisant pour garantir l'un ou l'autre de ces objectifs. Cette voie sera notamment utilisée dans la décision 86-217 DC, puisque le Conseil constitutionnel va sanctionner le législateur en considérant que « les dispositions des articles 39 et 41 de la loi ne satisfont pas, à elles seules, à l'exigence constitutionnelle de préservation du pluralisme… »[773]. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel met en exergue la lacune du législateur puisqu'il sanctionne les « insuffisances des dispositions de la loi relatives au contrôle des concentrations »[774].

Avec les objectifs de valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel franchit une étape supplémentaire en matière de canalisation de la compétence législative. C'est en l'occurrence, la création prétorienne des objectifs de valeur constitutionnelle qui va inspirer à Favoreu cette théorie de la canalisation. Suite à la décision 141 DC, il écrira dans la Revue du droit public : « il est difficile d'y voir des droits véritables… compte tenu d'ailleurs du terme employé … On peut penser qu'il y a là l'énoncé de directives générales susceptibles de canaliser l'exercice d'un droit constitutionnellement protégé »[775]. Cette analyse sera très nettement confirmée par la jurisprudence ultérieure du Conseil constitutionnel. Dans sa décision précitée des 10 et 11 octobre 1984, le Conseil constitutionnel met en place un jeu de corollaires : l'effectivité de la norme constitutionnelle (article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) exige la réalisation d'un objectif de valeur constitutionnelle (le pluralisme), lequel implique que soit atteint un simple objectif législatif (transparence financière)[776], ce dernier justifiant certaines dispositions de la loi[777]. MM.Favoreu et Philip commentent : « La liberté de la presse exige la réalisation de l'objectif de pluralisme lequel, à son tour, exige que soit atteint l'objectif de transparence et le législateur est tenu de suivre ce

[772] Dans le considérant 13 de la décision 86-217 DC, le Conseil constitutionnel constate, s'agissant du secteur public que «le législateur a fixé lui-même certaines règles destinées à garantir le pluralisme des courants de pensée socioculturels ; », *ibid.*
[773] *Ibid.,* cons. 36.
[774] *Ibid.,* cons. 37.
[775] *RDP,* 1983 p. 389.
[776] Dans sa décision « entreprise de presse », 84-181DC (précitée), le Conseil constitutionnel considère que « loin de s'opposer à la liberté de la presse ou de la limiter, la mise en œuvre de l'objectif de transparence financière tend à renforcer un exercice effectif de cette liberté. ». Il poursuit : « en effet, en exigeant que soient connus du public les dirigeants réels des entreprises de presse, les conditions de financement des journaux, les transactions financières dont ceux-ci peuvent être l'objet, les intérêts de tous ordres qui peuvent s'y trouver engagés, le législateur met les lecteurs à même d'exercer leur choix de façon vraiment libre et l'opinion à même de porter un jugement éclairé sur les moyens d'information qui lui sont offerts par la presse écrite. » (cons. 16)
[777] Dans la même décision 84-181 DC le Conseil constitutionnel explique au considérant 34 : « ces dispositions qui se justifient par l'objectif de transparence ne méconnaissent aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle… ».

canal ou de respecter ce cadre finalement assez contraignant lorsqu'il intervient… »[778]. Commentant cette même décision des 10 et 11 octobre 1984 relative aux entreprises de presse, M. de Villliers, considère que « prendre les mesures permettant d'assurer cette transparence est accomplir les virtualités du texte constitutionnel »[779]. S'il est vrai que cette logique de canalisation de la compétence législative était présente avant la consécration de la catégorie des objectifs de valeurs constitutionnelle (voir *Supra*, Chapitre 1, Section 2 et Chapitre 2, Section 1 et), il convient de reconnaître qu'avec ces derniers le Conseil constitutionnel va plus loin dans l'édification de ce « canal ». Le législateur n'est plus seulement tenu de prescrire les garanties légales nécessaires à l'effectivité des droits et des libertés, il se voit imposer la poursuite d'une finalité normative intermédiaire déterminée par le Conseil lui-même. L'objectif de valeur constitutionnelle constitue une borne supplémentaire pour guider le législateur sur le chemin de l'effectivité des droits et libertés.

L'exigence d'effectivité sous-tendue par la création et l'utilisation des objectifs se traduit également par leur fonction de limitation des droits et des libertés.

B/ La fonction de limitation des droits et libertés

Cette logique d'effectivité ne doit pas masquer le rôle des objectifs dans la limitation des droits et libertés[780]. À cet égard, ces objectifs apparaissent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel à travers l'exigence de conciliation bien avant que soit explicitée l'exigence d'effectivité[781]. En effet, ils ont « pour fonction d'éviter de conférer un caractère absolu aux principes de valeur constitutionnelle »[782] et servent ainsi à « tempérer la force d'un principe à valeur constitutionnelle sans toutefois s'opposer à lui et le neutraliser »[783]. Ainsi,

---

[778] *GDCC* 12ème ed. p.608.

[779] M. de VILLIER, « La décision du Conseil constitutionnel des 10 et 11 octobre 1984 sur les entreprises de presse », *RA*, 1984, p.580.

[780] Sur cette dimension des objectifs de valeurs constitutionnelle, voir spécialement F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 64, 2005, p.680.

[781] Dans sa décision 84-141 DC le Conseil constitutionnel explique qu'« il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte ». On retrouve le même considérant dans la décision 86-217 DC, précitée (cons.8).

[782] *GDCC*, 12ème éd., p.608, Voir également « Le contrôle de constitutionnalité des normes juridiques par le Conseil constitutionnel », Rapport présenté par la délégation française à la VIIè Conférence des Cours constitutionnelles européennes, *AIJC*, 1987, p.851.

[783] *GDCC* 12ème ed. p.608.

sous couvert de garantir l'effectivité de la liberté de communication, le Conseil constitutionnel dans sa décision 86-217 DC limite le droit de propriété en interdisant les concentrations. Ce contre-point permet ainsi de cerner la nature duale des objectifs de valeur constitutionnelle[784]. Ces deux facettes ne sont pas présentées comme antagoniste mais comme complémentaire. La limitation d'un droit par un objectif ne sera justifiée qu'au regard d'un souci de conciliation des différents éléments du bloc de constitutionnalité[785]. Ces limitations ne sont justifiées que par le jeu d'une conciliation des droits et libertés, nécessaire à leur effectivité globale[786]. Ce serait ainsi pour protéger harmonieusement l'ensemble de ces droits et libertés que les objectifs permettraient de limiter l'exercice de certains d'entre eux.

La création par le Conseil constitutionnel des objectifs de valeur constitutionnelle apparaît comme la traduction d'une certaine conception du bloc de constitutionnalité. En vertu de cette conception, les normes d'un même niveau hiérarchique constituent un ensemble solidaire, chacun de ces éléments permettant aux autres de se maintenir[787]. Dans la décision 86-217 DC, le Conseil explique ainsi « que le respect de ce pluralisme est une des conditions de la démocratie »[788]. Les objectifs de valeur constitutionnelle sont présentés par le Conseil constitutionnel comme nécessaires à la cohérence de l'édifice constitutionnel. Dans la mesure où ils sont destinés à solidariser cet ensemble de normes hétérogènes et antagonistes, ils

---

[784] P. de MONTALIVET explique : « d'un côté, ils ont pour fonction de permettre au législateur de limiter l'exercice des droits et libertés constitutionnels. Ils servent à atténuer la portée d'un droit, afin d'éviter de lui conférer un caractère absolu. De l'autre, la plupart des objectifs découlent des dispositions garantissant des droits et libertés constitutionnels, à tel point qu'ils semblent être des corollaires de ces derniers, contribuant à assurer leur effectivité. », Thèse précitée, p.28.

[785] On doit constater que cette analyse est loin d'être partagée dans la doctrine. Certains auteurs considérant que la seule conséquence normative qu'emportent ces objectifs est de limiter des droits et libertés explicitement consacrés. Voir à cet égard N.MOLFESSIS qui considère : « Les objectifs de valeur constitutionnelle sont un instrument façonné de toutes pièces par le Conseil constitutionnel pour justifier l'atteinte qu'une loi visant à protéger l'intérêt général pourrait porter à un droit constitutionnel… Ni droits, ni principes, ces objectifs sont donc la subtile marque du rôle que le Conseil entend jouer dans la défense de l'intérêt général, au mépris de droits constitutionnels qui, eux, sont énoncés sans ambiguïté dans les textes dont le Conseil est censé assurer le respect. », N.MOLFESSIS, « Remarques sur les objectifs de valeur constitutionnelle », in G. Drago et N. Molfessis, « Chronique de justice constitutionnelle », *Justice*s, n°3, 1996, p.330. Dans le même sens, C.GREWE et H.RUIZE-FABRI estiment que ces objectifs « ont moins servi à enrichir les droits fondamentaux qu'à les restreindre », *Droits constitutionnels européens*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris, 1995, p.155.

[786] La conciliation opère ici comme une condition d'effectivité de la pluralité des droits et libertés. Cette fonction duale des objectifs est également mise en avant au sein de la doctrine B.GENEVOIS : « l'objectif de valeur constitutionnelle apparaît comme le corollaire nécessaire à la mise en œuvre d'un droit constitutionnellement reconnu. Au titre de la recherche d'une plus grande effectivité des droits fondamentaux, c'est en fait une habilitation qui est donné au législateur pour leur apporter certaines limitations afin de les concilier entre eux ». *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, op. cit. n°342. Pour B. Faure, « ce sont des modes de corrélation entre principes constitutionnels différents », B.FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 1995, p.47.

[787] Cette conception du système normatif transparaît lorsque le Conseil constitutionnel considère à propos de la liberté d'expression qu'elle est « une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son existence est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale… ». Décision 84-181 DC, précitée, cons. 37.

[788] Décision 86-217 DC, précitée, cons. 26.

constituent le ciment du bloc de constitutionnalité. Cette logique est tout à fait apparente dans la décision 99-421 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel crée l'objectif d'intelligibilité de la loi. Le juge explique alors que, « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la « garantie des droits » requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de borne que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » »[789]. Autrement dit, c'est l'ensemble de l'édifice constitutionnel, chacun des droits, chacune des libertés, qui dépendent de la réalisation de cet objectif de valeur constitutionnelle.

Envisagés de la sorte, les objectifs apparaissent tout à la fois comme des éléments normatifs intégrant le bloc de constitutionnalité et comme des procédés de conciliation destinés à conditionner l'effectivité des droits et libertés. Tout en servant une finalité commune, les objectifs de valeur constitutionnelle jouent un rôle complémentaire vis-à-vis des autres moyens contentieux envisagés. À cet égard, il convient de mettre en exergue la singularité des objectifs et d'envisager ces techniques en parallèle.

§2 La spécificité des objectifs de valeur constitutionnelle

Les auteurs traitant de cette nouvelle catégorie mettent bien souvent en avant sa spécificité. Celle-ci est particulièrement mise en valeur sous l'angle de la dénomination « objectifs » qui les distingue au sein du bloc de constitutionnalité des autres principes, droits et libertés[790]. Les définitions données à cette catégorie traduisent leur singularité normative : Thierry S. Renoux et Michel de Villiers définissent un objectif de valeur constitutionnelle comme étant « une finalité vers laquelle la législation doit tendre en édictant des prescriptions

[789] Décision 99-421 DC du 16 décembre 1999. *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*. Recueil, p. 136

[790] B. MATHIEU considère que « la notion d'objectif constitutionnel renvoie non pas directement à des droits ou des libertés constitutionnels mais, pour l'essentiel, à des principes directeurs qui doivent guider le législateur et sont utilisés par le juge comme norme de référence pour apprécier la constitutionnalité des dispositions prises »V. B.MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°21, Janvier-juin 1999 (suite et fin) », *LPA*, n°188, 21 septembre 1999, p.13 et B.MATHIEU Chron. de jurisprudence constitutionnelle n°15, juillet 1996 », *LPA* n°144, 29 novembre 1996, p.9. Pour le même auteur, « l'objectif à valeur constitutionnelle n'exprime pas un droit à proprement parler, mais un but que le législateur doit poursuivre et au regard duquel le juge constitutionnel apprécie l'effectivité de la loi et donc sa constitutionnalité ». *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p.541.

positives et protectrices, conciliatrices de droits fondamentaux antagonistes »[791]. P. de Montalivet définit ainsi les objectifs de valeur constitutionnelle comme des « buts constitutionnels opérationnels vers lesquels doit ou peut tendre l'action du législateur »[792]. La dénomination d'objectif inspire à cet égard un certain nombre d'interrogations relatives à leur nature juridique[793] : ni droits, ni libertés, ils constituent une catégorie à part au sein du bloc de constitutionnalité. La dénomination d'objectif est le point d'appui d'une partie de la doctrine pour leur dénier un caractère normatif. Pourtant, la norme constitutionnelle n'est pas exclusive de la notion d'objectif. On pourrait même affirmer que la catégorie des normes constitutionnelles relève globalement de la notion d'objectif. Ce n'est donc pas ce caractère qui marque la spécificité des objectifs de valeur constitutionnelle. Si l'on peut exclure les objectifs de la catégorie des normes, c'est en raison de leur dépendance vis-à-vis d'autres normes explicitement consacrées, dont ils sont les corollaires. Ils apparaissent à cet égard plus proches de la catégorie « technique contentieuse » de conciliation et d'harmonisation que de la catégorie « norme constitutionnelle ». De ce point de vue, les objectifs se distinguent des autres moyens contentieux précédemment évoqués par leur complémentarité pour servir la même exigence d'effectivité.

Après avoir envisagé l'hypothèse de la singularité normative des objectifs de valeur constitutionnelle (A), nous pourrons constater leur complémentarité vis-à-vis des moyens précédemment évoqués (B).

A/ La singularité normative des objectifs

La singularité des objectifs de valeur constitutionnelle conduit une partie de la doctrine à douter de leur nature normative[794]. Un objectif de valeur constitutionnelle, en raison même de sa nature d'objectif ne pourrait appartenir à la catégorie des normes constitutionnelles. À tout le moins, les objectifs de valeur constitutionnelle seraient ainsi caractérisés par une

---

[791] Th. S. RENOUX et M. de VILLIERS, *Code constitutionnel commenté et annoté*, Paris, litec, 2è ed., 2000, p.158. Dans le même sens B.Mathieu les assimile « à des directives constitutionnelles que le législateur doit mettre en œuvre », B.MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D*.1995, Chron. p.211.

[792] P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, 2004, Paris II, p.23.

[793] M-A. FRISON-ROCHE et W.BARANES considèrent ainsi que « le sens même de ce qu'est un objectif à valeur constitutionnelle prête à confusion », « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, *D*.2000, Chron., p.362. P. de MONTALIVET explique dans sa thèse : « la doctrine ne s'accorde pas sur les points de savoir s'ils bénéficient d'une force impérative, s'ils sont applicables directement et donc s'ils doivent être distingués des droits fondamentaux. ». Thèse précitée, p.28.

[794] P. de Montalivet reconnaît à cet égard que « l'incertitude affecte aussi la fonction des objectifs de valeur constitutionnelle et, partant, leur normativité. »P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.28.

normativité limitée[795]. Nous pourrons envisager et évaluer les arguments refusant aux objectifs de valeur constitutionnelle la qualité de norme constitutionnelle en raison de leurs qualités d'objectifs (1) puis les arguments relativisant les effets normatifs de ces objectifs en raison de leur très grande généralité (2).

1) Norme et objectif

On peut en effet remarquer qu'il résulte de cette dénomination d'objectifs une interrogation, voire un sérieux doute, concernant leur nature normative[796]. Pourtant, il convient de constater que les objectifs se rapprochent étonnement d'autres dispositions constitutionnelles, explicitement consacrées, qui sont souvent assimilées à des objectifs, et nettement distinguées des autres droits et libertés de « première génération ». Les objectifs de valeur constitutionnelle peuvent ainsi être rapprochés des « dispositions programmatiques »[797]. Celles-ci sont définies par G.Burdeau. Il s'agit de « dispositions-programmes » qui « tout en ayant la nature de règle de droit, sont dépourvues de la force obligatoire propre au droit positif ». Elles constituent selon le même auteur des « prescriptions qui, déterminant le finalisme de l'institution étatique, fixent un programme au législateur ». Enfin, ces dispositions « se réfèrent, non pas directement à l'organisation des pouvoirs publics, mais à la structure économique ou à la philosophie sociale et politique du régime »[798]. À cet égard, certaines dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 pourraient aisément entrer dans la catégorie des « dispositions programmatiques ». Ce texte qui est très nettement inspiré d'une telle philosophie politique, économique et sociale marque l'avènement de l'État providence et traduit à ce titre, tout comme les objectifs de valeur constitutionnelle[799], une conception interventionniste de l'État. Ce rapprochement avec certaines dispositions du Préambule de 1946 est d'autant plus justifiée que le Conseil

[795] F.Luchaire, explique « L'objectif n'a donc pas lui-même force contraignante mais il se peut qu'il soit inséparable de la norme ; c'est le cas pour le pluralisme des moyens d'information, qui, condition de la démocratie, est impérativement lié au principe de la libre communication des pensées et des opinions… ». F.LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », art. cit. p.682-683.
[796] Pour F.Luchaire, « un objectif n'est pas une norme, c'est une orientation assignée à des normes. Si cette assignation peut être obligatoire, elle ne constitue pas elle-même une norme ; il est donc difficile de la placer dans la hiérarchie des normes ». F.LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », art. cit., p.681.
[797] P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.407.
[798] G.BURDEAU, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, t.4, 2ème ed., 1969, p.131.
[799] P. de MONTALIVET « D'une manière générale, l'obligation de mise en œuvre des objectifs traduit une vision interventionniste de l'Etat. Les objectifs apparaissent ainsi pour certains auteurs comme des normes caractéristiques de l'Etat providence. », Thèse précitée, p.412, note 217.

constitutionnel évoque quelquefois à leur égard la notion d' « objectif »[800]. Le caractère d'objectif n'exclut donc pas leur appartenance à la catégorie des normes constitutionnelles.

2) Généralité et norme

Les objectifs de valeur constitutionnelle peuvent également être présentés comme souffrant d'une carence en normativité[801]. Énoncés de manière trop générale, ils ne pourraient produire d'effets contraignants. Le parallèle avec les dispositions programmatiques semble également pertinent pour évaluer cette argumentation.

S'agissant de ces dispositions programmatiques, certains auteurs en ont déduit leur incapacité à produire des effets juridiques dans la mesure où il leur manquerait un caractère de précision[802] qui fonderait la « nature » normative. Cette conception ne semble pas fondée selon d'autres auteurs. Pour le Doyen Vedel, « l'imprécision de la prescription n'en supprime pas le caractère normatif »[803]. Il faut en effet constater que les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme celles du Préambule de 1946 sont caractérisées par leur très grande généralité. Or, ce caractère n'empêche nullement le Conseil constitutionnel de leur faire produire des effets normatifs. Au regard de ces textes de

---

[800] Ainsi dans la décision 89-269 DC, le Conseil constitutionnel considère qu'« il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire selon leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par le onzième alinéa du Préambule, leurs modalités concrètes d'application…il leur appartient en particulier de fixer les règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini par le Préambule ». Décision 89-269 DC du 22 janvier 1990. *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé.* Recueil, p. 33, (cons.26).

[801] F.LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », art. cit. p.682-683.

[802] P. de MONTALIVET expliquent : « Pour une partie de la doctrine, il n'existe pas d'obligation de mise en œuvre des objectifs de valeur constitutionnelle », thèse, p.391. Le même auteur poursuit « Certains auteurs, voire certaines juridictions, estiment en effet qu'une norme juridique ne peut être énoncée qu'en des termes suffisamment précis », *ibid.* p.405. Dans ce sens voir M.WALINE qui estime que « les dispositions du Préambule ont une valeur juridique de droit positif, pourvu seulement qu'elles aient une précision suffisante pour pouvoir être appliquées sans intervention préalable d'une disposition législative ou réglementaire d'application. En cas contraire, elles n'auraient plus immédiatement et directement valeur de droit positif, mais simplement celle purement morale ou politique d'un conseil donné à l'autorité législative », M.WALINE, note sous CE, Ass., Dehaene, 7 juillet 1950, *RDP*, 1950, p.691. D.-G LAVROFF considère que l'imprécision d'un texte rend plus difficile son application, « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur G.PEISER*, Grenoble, PUG, 1995, p.358.

[803] G.VEDEL, « La place de la Déclaration de de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25-26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, p.55. Cette position n'a pas toujours été celle du Doyen. Dans son Cour de droit constitutionnel publié en 1949, il met en doute la valeur juridique de certaines dispositions du Préambule de 1946 (notamment l'alinéa 10 en vertu duquel « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement »), qui souffrent, selon l'auteur, d'une trop grande imprécision pour prétendre à la qualité de règle de droit. G.VEDEL, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p.326.

référence, on pourrait même affirmer que ce qui caractérise une disposition constitutionnelle est cette très grande généralité.

Il est vrai que ces dispositions de nature programmatique ont longtemps été caractérisées par leur insignifiance juridique. Elles constituaient alors des « recommandations » définies par P.Amselek comme des normes « dont l'observance est conçue comme souhaitable mais non pas obligatoire »[804]. Leur statut de norme constitutionnelle n'avait que la force symbolique de la proclamation. Le Conseil d'État s'est d'ailleurs montré très prudent, en refusant aux « droits-créances » l'invocabilité directe par les justiciables. Le doute relatif à leur nature normative (et leur caractère contraignant) vient de l'absence longtemps constatée d'un mécanisme de contrôle permettant de leur faire produire des effets contraignants. L'émergence d'un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois a offert à ces nouveaux droits un espace juridictionnel que la juridiction administrative n'a jamais souhaité investir. À cet égard, le contentieux constitutionnel se distingue du contentieux administratif au regard de l'objet du contrôle exercé respectivement par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Parce qu'il contrôle la loi, ce dernier a été en mesure de faire peser sur le législateur des obligations corrélatives aux droits-créances consacrés par la Constitution. Si la nature de ces droits fait obstacle à leur invocabilité directe, leur vocation est peut-être de contraindre le législateur (et non l'administration) au moment de l'élaboration de la loi. Lorsque la Haute juridiction administrative considère qu'elle ne peut faire produire d'effet direct à des dispositions trop générales en l'absence de législation précise[805], elle renvoie au législateur le soin d'assurer leur mise en œuvre et fait peser du même coup sur le Conseil constitutionnel la mission de vérifier le caractère adéquat ou effectif de cette mise en œuvre. Cette division du travail juridictionnel entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel se retrouve avec les objectifs de valeur constitutionnelle. S'ils bénéficient en contentieux constitutionnel d'une force juridique obligatoire[806], ils n'en disposent pas dans le cadre du contentieux administratif[807].

---

[804] P.AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p.285.

[805] L'arrêt du Conseil d'État de 1962 « société indochinoise de construction électrique » fournit une illustration de cette retenue du juge administratif. Le Conseil d'État va juger que le 12ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (« égalité de tous les français devant les charges résultant d'une calamité nationale ») n'est pas directement invocable par les justiciables dans la mesure où il s'agit d'un objectif adressé au législateur. Il revient à ce dernier de le mettre en œuvre.

[806] Selon P. de MONTALIVET, les objectifs de valeur constitutionnelle se distinguent « des déclarations d'intentions en forme constitutionnelle », Thèse précitée, p.405. L'auteur cite O.PFERSMANN, in L.FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p.106. P. de MONTALIVET explique ainsi : « le contrôle de la mise en œuvre des objectifs n'est pas théorique, puisque le Conseil constitutionnel sanctionne le non respect de l'obligation de réalisation des objectifs », *Ibid.,* p.425. Cet auteur met en avant les décisions 86-210 et 86-217

Les objectifs ne se distinguent nullement d'autres dispositions constitutionnelles, ni du point de vue de leur caractère d'objectifs, ni du point de vue de leur généralité. La dimension programmatique ou la très grande généralité d'une disposition constitutionnelle ne constituent donc pas, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un obstacle rédhibitoire à leur normativité. Si l'on doit reconnaître à cette catégorie une certaine singularité, celle-ci n'implique pas pour autant un déficit de normativité. La spécificité des objectifs implique néanmoins un régime particulier dans la mesure où ils n'impliquent pas seulement une interdiction de les mettre en cause mais, au-delà, une obligation de les mettre en œuvre (voir *supra,* §1). Ils constituent ainsi des normes-objectifs ou des « mandats constitutionnels» à l'adresse du législateur[808]. Selon cette définition, la Constitution invite la loi à faire quelque chose en son nom. Les objectifs de valeur constitutionnelle, pas plus que les droits créances proclamés par le Préambule de 1946, ne souffrent donc d'aucune « infirmité normative » en raison de leur singularité commune. Il faudrait au contraire reconnaître que ces objectifs, comme les droits-créances, sont dotés d'une normativité renforcée[809]. En effet, ils impliquent une obligation d'agir, ils conduisent à orienter les finalités poursuivies par le législateur[810] et réduisent ainsi le pouvoir discrétionnaire du législateur[811]. La jurisprudence du Conseil

---

DC à l'appui de sa position : Dans ces deux cas, le Conseil constitutionnel a effectivement sanctionné le législateur en raison de l'insuffisante réalisation de l'objectif de pluralisme.

[807] Voir à cet égard l'ordonnance du juge des référés du 2 mai 2002. Note de P.JAN, *LPA*, 26 sept. 2002 : le juge administratif affirme à cette occasion que le Conseil constitutionnel a certes reconnu la qualité d'objectif de valeur constitutionnelle à « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent », mais considère qu' « il n'a pas consacré l'existence d'un droit au logement ayant rang de principe constitutionnel» ; Le juge des référés en tire la conclusion qu'en s'abstenant de prendre les mesures nécessaires à l'hébergement des personnes réfugiées, « le préfet n'a pas porté atteinte à une liberté fondamentale ». Il est assez intéressant de constater que cette position du Conseil d'État joue ainsi comme une invitation implicite à l'adresse du Conseil constitutionnel. Puisqu'il s'agit d'objectifs qu'il appartient au législateur de mettre en œuvre, qui pourra contrôler cette mise en œuvre ?

[808] J.TREMEAU analyse le cas des « principes directeurs de la politique sociale et économique » fixés par la Constitution espagnole. Il estime qu'ils « constituent une sorte de mandat adressé au législateur, qui se doit d'orienter la fonction législative dans le sens indiqué par ces principes »(V. J.TREMEAU in L.FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, p.125). P de Montalivet fait alors le lien avec « certains droits fondamentaux de la seconde et de la troisième génération, qui « apparaissent plutôt comme des mandats adressés au législateur, chargé de les mettre en œuvre ». P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.402. S'agissant du cas allemand, O.JOUANJAN estime que la disposition de la loi fondamentale qui garantit que « toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté » se traduit juridiquement « comme un mandat constitutionnel obligatoire à l'égard du législateur. O. JONANJAN, « la théorie allemande des droits fondamentaux » *AJDA* 1998 n°special p.47.

[809] Selon P. de MONTALIVET « Le degré de normativité des objectifs atteint ici son sommet. Cette normativité trouve sa justification… dans le fait que les objectifs constituent des conditions d'effectivité des droits et libertés constitutionnels. Tandis que la fonction d'interdiction amenait le Conseil constitutionnel à contrôler une commission, la fonction d'obligation le conduit à contrôler une omission », Thèse précitée, pp.391-392.

[810] Pour P. de MONTALIVET « Les objectifs de valeur constitutionnelle obligent le législateur « à poursuivre une finalité déterminée », *Ibid.*, p.397.

[811] Martine CLIQUENNOIS explique : « le Conseil constitutionnel rappelle les objectifs à atteindre, les principes directeurs, dont le législateur doit s'inspirer lorsqu'il fait usage de son pouvoir d'appréciation lors du vote des lois. Le pouvoir discrétionnaire du législateur, qui lui est inhérent du fait de la souveraineté nationale

constitutionnel témoigne ainsi du souci d'assurer le respect et l'effectivité de ces normes. S'il y a eu quelque doute à ce sujet[812], force est de constater qu'ils ont été levés par le Conseil constitutionnel lui-même[813]. Dans plusieurs décisions, le Conseil constitutionnel rappelle, s'agissant du onzième alinéa du Préambule de 1946, que cette exigence « implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités »[814]. Le Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse des dispositions du Préambule de 1946 ou des objectifs de valeur constitutionnelle, invoque toujours la responsabilité du législateur pour les mettre en œuvre. À cet égard, l'expression selon laquelle « il incombe au législateur » d'adopter les mesures propres à assurer la réalisation des valeurs constitutionnelles est récurrente dans un cas[815] comme dans l'autre[816]. Il convient néanmoins de relativiser la singularité des objectifs comme des droits-créances qui impliquent, tout comme les droits et libertés de première génération, une intervention législative.

La singularité des objectifs apparaît au regard de leur complémentarité vis-à-vis des moyens précédemment évoqués.

B/ La complémentarité des objectifs vis-à-vis des moyens précédemment évoqués

Nous nous intéresserons aux objectifs en tant que moyens contentieux. Les objectifs de valeur constitutionnelle sont dépendants d'autres normes constitutionnelles et ne seraient donc que des moyens contentieux au service de l'effectivité des droits et libertés explicitement consacrés. Nous adhérons de ce point de vue à l'analyse de F. Luchaire qui considère que ces objectifs ne sont pas des normes constitutionnelles. Selon cet auteur, ils ont certes une valeur

---

qu'il représente, est guidé et orienté par ce protecteur de la Constitution qu'est le Conseil constitutionnel. Cette « canalisation » du législateur dans un cadre « finalement assez contraignant » limite la compétence du législateur, invité à renforcer les objectifs constitutionnels ». « Que reste-t-il des directives ? » *AJDA* 1992, p.13.

[812] Sur l'effectivité des droits créances voir : L.PHILIP, « La valeur juridique du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Pelloux*, 1980,p.265.

[813] On renvoie à cet égard au considérant de principe en vertu duquel : « il incombe au législateur , dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946. ». Décision 2001-455 DC, précitée.

[814] Voir la décision 2003-483 DC du 14 août 2003 -*Loi portant réforme des retraites.* Recueil, p. 430 (cons.7). Dans le même sens, le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision 97-393 DC du 18 décembre 1997, que « l'exigence constitutionnelle résultant des dispositions … des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur de la famille». *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998.* Recueil, p. 320 (cons.31).

[815] S'agissant des objectifs de valeur constitutionnelle, « il incombe au législateur » de concrétiser la possibilité pour toute personne de pouvoir disposer d'un logement décent. Voir la décision 94-359 DC du 19 janvier 1995. *Loi relative à la diversité de l'habitat*. Recueil, p. 176 (cons. 27).

[816] Pour les dispositions du Préambule de 1946, voir par exemple les décisions 89-269 DC (cons.26) ou la décision 93-329 (cons.26 et 27).

constitutionnelle, mais celle-ci découle d'autres normes constitutionnelles[817]. Il est en effet constant que les objectifs se fondent sur des droits et des libertés explicitement consacrés par la Constitution. Ils sont attachés à des droits, des libertés ou des principes, parce qu'ils sont impliqués par eux. Quelquefois, ce lien est tellement évident que le Conseil constitutionnel se dispense de l'établir : ainsi F.Luchaire estime-t-il que « la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui résultent à l'évidence de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; elle place la sûreté et la liberté parmi les droits imprescriptibles de l'homme (articles 2 et 4) ». Dans les autres cas, le Conseil constitutionnel établit explicitement le lien au sein de la motivation de sa décision : tel est le cas de la lutte contre la fraude fiscale qu'il rattache à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[818], de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent qu'il rattache à l'alinéa premier du Préambule de 1946[819], du pluralisme qui découle de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[820], de l'équilibre financier de la sécurité sociale qui se rattache au droit à la protection de la santé[821], enfin de l'intelligibilité et de l'accessibilité de la loi desquelles dépend l'effectivité des articles 6, 16, 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[822]. Les objectifs apparaissent ainsi interdépendants des principes, droits et libertés reconnus explicitement par la Constitution. Selon P. de Montalivet, « Les objectifs de valeur constitutionnelle apparaissent ainsi comme des moyens de réaliser l'effectivité de la Constitution »[823].

Comme pour l'incompétence négative ou les garanties légales, le Conseil constitutionnel utilise ces moyens en combinaison avec des principes, droits et libertés de valeur constitutionnelle[824]. Comme pour l'incompétence négative ou les garanties légales, le

---

[817] Pour F.Luchaire, « leur valeur constitutionnelle s'explique parce qu'ils mettent en œuvre des principes constitutionnels ». F.LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », art. cit., p.677.

[818] Voir décision 99-424 DC du 19 janvier 1995. *Loi relative à la diversité de l'habitat*. Recueil, p. 176.

[819] Voir décision 94-359 DC, précitée.

[820] Voir les décisions précitées 84-181 DC, 86-217 DC, 93-333 DC.

[821] Voir décision 2004-504 DC du 12 août 2004. *Loi relative à l'assurance maladie*. Recueil, p. 153.

[822] Voir la décision 99-421 DC, précitée.

[823] P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.413. Ce même auteur poursuit : « Ils ne constituent pas des fins en eux même mais des moyens. Ils sont des objectifs « secondaires » par rapport à celui de l'effectivité des droits et libertés constitutionnels, but consacré à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». Le même auteur explique : « l'effectivité des droits et libertés constitutionnellement garantis rend nécessaire l'effectivité des objectifs. », *ibid.* p.411. « chaque objectif n'est qu'un moyen en vue de la réalisation d'un autre objectif ou but, qui lui même est un moyen au service de la mise en œuvre d'une autre finalité. La transparence financière est un objectif permettant d'assurer l'effectivité du pluralisme qui lui-même est un objectif permettant d'assurer l'effectivité de la liberté de communication. », *ibid,* p.413.

[824] L'utilisation des objectifs de valeur constitutionnelle peut conduire à une censure de la loi comme l'illustre la décision 86-217 DC (précitée). Mais dans ce cas, ce n'est pas l'objectif du pluralisme qui constitue la norme

Conseil constitutionnel use des objectifs indistinctement selon qu'ils soutiennent des droits de première génération ou des droits créances. Loin d'être des moyens concurrents (1), nous pourrons constater que leur utilisation respective est marquée par une logique de complémentarité (2).

1) Des moyens concurrents ?

S'agissant de l'incompétence négative, ce rapprochement est en effet commandé par les termes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui établit un lien entre l'article 34 de la Constitution et les objectifs de valeur constitutionnelle. Ce constat doit nous amener à interroger la nature du lien existant entre cet article et ces objectifs. L'article 34 est-il le fondement de la consécration des objectifs[825] ? Dans sa décision n° 88-248 DC, le Conseil constitutionnel établit un lien explicite entre la compétence du parlement et la réalisation d'un objectif : « Considérant qu'il appartient au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication… avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels…. »[826]. Le lien entre la compétence du Parlement et les objectifs de valeur constitutionnelle va se retrouver dans d'autres décisions[827]. À cet égard, P. de Montalivet considère « opportun de se demander si les objectifs de valeur constitutionnelle ne peuvent pas être rattachés aux dispositions de l'article 34 de la Constitution énonçant que la loi fixe les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »[828]. Rappelant que les objectifs « sont des conditions d'effectivité des droits et libertés », cet auteur constate qu'ils constituent « des garanties de certaines libertés publiques protégées par l'article 34 » et qu' « à ce titre, ils pourraient être considérés comme

---

méconnue par le législateur, mais la liberté de communication consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui est mise en cause par la loi.

[825] Cette question est posée par P. de MONTALIVET dans sa thèse. Après avoir constaté qu' «il n'y a pas d'inscription générique explicite des objectifs de valeur constitutionnelle dans le texte constitutionnel » il s'interroge sur le point de savoir si l'article 34 de la Constitution peut fournir le fondement de leur consécration. Thèse précitée, p.48 et s.

[826] Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précitée (Cons. 26.).

[827] Voir la décision 96-378 DC, précitée, qui reprend le même considérant (cons. 27).

[828] P. de MONTALIVET, *ibid.*, p.51.

des (ou les) garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »[829]. Si ce rapprochement est jugé « légitime »[830] par cet auteur, la conclusion à laquelle il parvient, écarte l'idée d'une filiation entre les objectifs et cet article. Pour cet auteur, l'article 34 « ne peut constituer le fondement des normes de fond que constituent les objectifs de valeur constitutionnelle puisque « l'alinéa de l'article 34 relatif aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques n'est pas une règle de fond consacrant les libertés publiques et leurs garanties, mais une règle relative à la répartition des compétences »[831]. Cet argument que nous avons déjà rencontré (voir *supra* Chapitre 1 et Section 1 de ce Chapitre) semble être en contradiction avec l'interprétation de l'article 34 par le Conseil constitutionnel qui opère une délimitation du domaine législatif en considération de la fonction de la loi au regard des droits fondamentaux[832]. L'argument de P. de Montalivet doit ainsi être renversé si l'on considère l'incompétence négative comme une technique permettant d'imposer à la loi d'assurer l'effectivité des droits et libertés de valeur constitutionnelle. Si le Conseil constitutionnel déduit cette fonction de la loi sur le fondement de l'article 34 de la Constitution[833], il faut convenir que les objectifs apparaissent comme des moyens d'imposer cette même conception de la notion de loi. Selon nous, l'utilisation des objectifs de valeur constitutionnelle procède d'une logique qui préexiste à leur création et qui découle de l'interprétation de la notion constitutionnelle de loi. Cette logique, forgée

---

[829] *Ibid,* p.52.

[830] *Ibid.* p.51.

[831] Pour reprendre sa formule « c'est une norme de compétence », P. de MONTALIVET, *ibid.*p.52. Cet auteur poursuit en expliquant : « Certes, on verra plus loin que la mise en œuvre des objectifs constitue une réserve de loi, c'est-à-dire une compétence législative obligatoire et indisponible. Mais cela n'est le cas que parce que les objectifs sont des conditions d'effectivité des droits et libertés constitutionnels. Ainsi, si les objectifs sont liés à l'article 34, ce n'est pas celui-ci qui en constitue le fondement textuel. », P. de MONTALIVET, *ibid.* p.52. L'argument est emprunté à Michel Verpeaux , « La liberté », *AJDA*, 1998, p.147. P. de MONTALIVET ajoute « L'article 34 détermine, à travers le domaine de compétence du législateur, des règles de valeur législative. Ainsi, la valeur constitutionnelle des objectifs interdit qu'ils puissent être considérés comme constituant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques à propos desquelles le législateur fixerait les règles », *ibid*, p.53. Dans un sens opposé Luchaire considère que le principe de l'indépendance de la juridiction administrative constitue une garantie fondamentale accordée aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. ». F.LUCHAIRE, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP* 1981, p.294.

[832] MONTALIVET évoquant la controverse doctrinale relative à la classification de l'incompétence négative estime que « le lien entre la jurisprudence relative à l'incompétence négative du législateur et l'absence de réalisation d'un objectif de valeur constitutionnelle conduit à estimer que cette absence s'analyse en une incompétence, un cas d'inconstitutionnalité externe. Sous cet angle, les objectifs de valeur constitutionnelle pourraient apparaître comme des normes de compétence. », thèse précitée, p.430. Notons que cette conception fait écho à celle de J.TREMEAU qui considère les objectifs comme des principes constitutionnels d'encadrement de la compétence législative, J.TREMEAU, « Note sous Décision 98-403 DC, 29 juillet 1998 », *RFDC* n°36, 1998, p.767.

[833] « il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946. ». Décision 2001-455 DC, précitée.

initialement à partir de l'article 34 et de l'incompétence négative, se trouve prolongée (ou complétée) par la création et l'utilisation des objectifs.

De ce point de vue, les deux techniques sont loin d'être interchangeables, puisqu'elles sont mobilisées de manière combinée et complémentaire.

2) Des moyens complémentaires

Si l'on choisit d'envisager les objectifs de valeur constitutionnelle comme des moyens contentieux, il paraît néanmoins difficile de les placer sur un même plan que les techniques précédemment envisagées (l'incompétence négative ou les garanties légales des exigences constitutionnelles). En effet, la sanction juridictionnelle de l'obligation de mettre en œuvre les objectifs transite précisément par ces mêmes techniques. Les objectifs de valeur constitutionnelle sont ainsi utilisés en combinaison avec ces techniques. Leur rapport mutuel traduit leur complémentarité. Ainsi P. de Montalivet, évoquant l'incompétence négative et les garanties légales des exigences constitutionnelles, explique que « le contrôle de la réalisation des objectifs de valeur constitutionnelle se rattache à ces deux types de raisonnement »[834].

La sanction résultant de l'insuffisante réalisation des objectifs constitue une incompétence négative. L'obligation de réaliser les objectifs semble en effet être fondée sur l'alinéa de l'article 34 qui impose au Législateur d'édicter « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »[835]. Ainsi pour imposer au législateur la réalisation « de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent », le Conseil constitutionnel va-t-il se fonder sur l'alinéa de l'article 34 imposant au législateur de déterminer « les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels, et des obligations civiles et commerciales »[836]. L'identification d'un objectif entraîne la détermination de la compétence législative afin de le mettre en œuvre[837]. Dans sa thèse, P. de

---

[834] P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.426.

[835] P. de MONTALIVET considère à cet égard que « cette réserve est fondée sur l'article 34 de la Constitution, qui, en énonçant que « la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », institue une réserve de loi générale relative aux droits fondamentaux… ». Le même auteur, constatant que l'article 34 vise par ailleurs d'autres droits fondamentaux de manière isolée (droit de propriété) en déduit qu' « il existe une réserve de loi générale concernant l'ensemble des droits fondamentaux et une réserve de loi relative seulement à certain droits fondamentaux », Thèse précitée, p.428-429.

[836] Décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998. *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*. Recueil, p. 276 (cons.6 et 7). P. de MONTALIVET considère à cet égard que l'objectif de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent se conjugue avec la réserve de loi fondée sur l'article 34 relative au régime de la propriété, aux droits réels et aux obligations civiles et commerciales.Thèse précitée, p.429.

[837] Sans faire référence à l'article 34, voir la décision 94-359 DC (précitée).

Montalivet développe une analyse en ce sens[838]. Selon cet auteur, « l'insuffisante réalisation d'un objectif de valeur constitutionnelle s'analyse donc en une certaine forme d'incompétence négative. Le législateur, afin d'épuiser sa compétence, doit adopter des dispositions suffisamment précises. La mise en œuvre des objectifs de valeur constitutionnelle semble devoir être opérée par l'adoption de telles dispositions. »[839]. Ainsi, tout en refusant de considérer l'article 34 comme le fondement textuel des objectifs, cet auteur reconnaît que la réalisation des objectifs constitue une réserve de loi[840]. Rejoignant cette analyse, A.Levade considère que « la consécration d'objectifs de valeur constitutionnelle n'a pas abouti à la mise en place d'un véritable contrôle des carences ou omissions du législateur, même s'ils y participent à travers la sanction de son incompétence négative »[841]. Pour reprendre la formule mise au jour par J.Tremeau, le Conseil constitutionnel consacre ainsi *une réserve de loi renforcée*[842] : « Ce type de réserve de loi ne se limite pas à imposer au législateur l'exercice effectif d'une compétence normative, il conditionne l'utilisation de cette compétence en définissant des objectifs à satisfaire »[843]. Non seulement, l'utilisation de ces deux moyens contentieux est sous-tendue par une même logique, mais en plus elles se combinent de manière complémentaire pour servir la même fin. En effet, dans la décision 86-217 DC, il est intéressant de constater que le Conseil constitutionnel utilise un objectif lié à une liberté constitutionnelle en combinaison avec la technique de l'incompétence négative. Il considère « Qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi fixe les règles concernant : … les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ; qu'en raison de l'insuffisance des règles énoncées par les articles 39 et 41 de la loi pour

---

[838] « En citant l'article 34 de la Constitution, le Conseil constitutionnel montre bien qu'il s'agit ici d'un cas d'incompétence négative, fondée sur ces insuffisances de la loi. En faisant également référence à l'objectif de pluralisme, le Conseil constitutionnel souligne le lien entre la réalisation d'un objectif de valeur constitutionnelle et l'incompétence négative du législateur. », P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.427.

[839] P. de MONTALIVET, Thèse précitée, pp.427-428. A propos de la décision 86-217 DC, P. de MONTALIVET explique, « en citant l'article 34, le Conseil constitutionnel montre bien qu'il s'agit ici d'un cas d'incompétence négative, fondé sur les insuffisances de la loi. En faisant également référence à l'objectif de pluralisme, le Conseil constitutionnel souligne le lien entre la réalisation d'un objectif de valeur constitutionnelle et l'incompétence négative du législateur. L'insuffisante réalisation d'un objectif de valeur constitutionnelle s'analyse donc en une certaine forme d'incompétence négative. », *ibid,* p.427.

[840] P. de MONTALIVET, *ibid.* p.428 : « La mise en œuvre des objectifs de valeur constitutionnelle constitue une réserve de loi »… Cet auteur considère que « c'est…sur l'article 34 qu'est fondée la compétence concernant la mise en œuvre des objectifs, et non sur les objectifs en eux-mêmes », ibid p.430. Cet auteur en conclue ainsi que « L'important tient plutôt à ce que le contrôle de l'incompétence négative montre de manière éclatante l'existence d'une obligation de réalisation des objectifs de valeur constitutionnelle et le lien entre cette existence et les droits et libertés. », *ibid.*, p.431.

[841] A.LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnel, vingt ans après. Réflexion sur une catégorie juridique introuvable », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p.698.

[842] V. J.TREMEAU, in L.FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p.134.

[843] J.TREMEAU, « Note sous 98-403 DC, 29 juillet 1998 », *RFDC* n°36, 1998, p.767.

limiter les concentrations susceptibles de porter atteinte au pluralisme, le législateur a méconnu sa compétence au regard de l'article 34 de la Constitution ; qu'au demeurant, du fait des lacunes de la loi, risquent de se développer, en particulier dans une même zone géographique, des situations caractérisées par des concentrations, non seulement dans le domaine de l'audiovisuel, mais également au regard de l'ensemble des moyens de communication … »[844]. Lorsque F.Luchaire affirme que « le Conseil constitutionnel n'a jamais utilisé un objectif de valeur constitutionnelle pour censurer une disposition législative »[845], on peut nuancer son analyse en estimant que dans cette décision 86-217 DC, le juge constitutionnel a utilisé l'objectif du pluralisme en combinaison avec l'incompétence négative pour assurer l'effectivité de la liberté de communication des pensées et des opinions consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Cette logique combinatoire peut être transposée au cas des garanties légales des exigences constitutionnelles. En effet, si l'on considère que les objectifs intègrent la catégorie des « exigences constitutionnelles », le Conseil constitutionnel aura la charge de veiller à ce que la loi ne les prive pas de garanties légales. Ainsi, MM. Favoreu et Philip considèrent qu' « une loi qui met en œuvre un objectif de valeur constitutionnelle, ne pourrait être abrogée sans que soient accordées des garanties équivalentes »[846]. La décision 86-210 DC[847] offre une première illustration de cette possibilité. Le lien entre les objectifs de valeur constitutionnelle et les garanties légales des exigences constitutionnelles est d'ailleurs explicitement établi par le Conseil constitutionnel. Dans la décision 86-217 DC, le Conseil constitutionnel considère : « qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions législatives qu'il estime inutile ». Le juge constitutionnel achève ce considérant par la formule rituelle : « l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »[848].

---

[844] Décision 86-217 DC, précitée, (cons. 35).

[845] F.LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », art. cit., p.680

[846] *GDCC* 12ème ed. p.608.

[847] Décision précitée 86-210 DC. Voir B.GENEVOIS, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1986 », *AIJC*, II-1986, p.439.

[848] Décision 86-217 DC, précitée, (cons.4). S'agissant de cette même décision, il convient de souligner que le Conseil constitutionnel va utiliser d'une part l'incompétence négative (supra) d'autre part les garanties légales pour aboutir à la même conclusion. Cette accumulation s'explique par la finalité commune de deux techniques

Dans la décision 94-359 DC, le Conseil constitutionnel utilise une formule équivalente à propos de l'objectif « logement décent »[849]. D.Rousseau en déduira que le Conseil constitutionnel fait « jouer la jurisprudence « cliquet » en faveur du nouvel objectif »[850]. Plus récemment, le Conseil constitutionnel a été amené à rappeler les lignes de cette jurisprudence à l'occasion de l'examen de la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audio-visuelle. Dans sa décision 2004-497 DC, le Conseil constitutionnel juge que « le législateur a usé de son pouvoir d'appréciation sans priver de garanties légales l'objectif constitutionnel du pluralisme des courants de pensées et d'opinions »[851]. On peut déduire de cette jurisprudence que les objectifs « sont inclus dans les « exigences de caractère constitutionnel » »[852].

Les objectifs de valeur constitutionnelle devant se combiner avec l'un ou l'autre de ces moyens contentieux, on doit bien reconnaître qu'ils sont d'une nature différente de ces derniers. Ces différents moyens ne sont donc pas interchangeables. Les objectifs constituent une catégorie jurisprudentielle à part, entre la norme et le moyen contentieux. Ils apparaissent comme le prolongement des normes constitutionnelles, des corollaires nécessaires à leur effectivité. Ils sont l'expression d'une conception du système normatif adoptée et mise en œuvre par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence. On retrouve à cet égard la logique qui préside à l'utilisation de l'incompétence négative et des garanties légales des exigences constitutionnelles : il appartient à la norme inférieure de conditionner l'effectivité de la norme supérieure. Cette conception rationnelle se rattache à un considérant classique du contentieux constitutionnel selon lequel : « Il appartient au législateur d'assurer la sauvegarde des droits et des libertés constitutionnellement garantis »[853]. Cette fonction de positivation des droits et libertés constitue une des facettes de l'idéal législatif du Conseil constitutionnel.

---

qui ne sont pas tout à fait interchangeables puisque les « garanties légales des exigences constitutionnelles » ont un champ d'application plus restreint concernant essentiellement le régime d'abrogation ou de modification d'une loi antérieure (voir supra, section 1, §2). Voir les cons. 23 et 24 dans lesquels le Conseil constitutionnel analyse les dispositions de l'article 11 de la loi déférée au regard de « leur combinaison avec l'abrogation de la législation antérieure » avant d'en conclure que cet article « doit être déclaré non conforme à la Constitution ».

[849] Il rappelle que le législateur peut librement « modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées *à la seule condition* de ne pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre ». Décision 94-359 DC, précitée, (cons.8). Souligné par nous.

[850] D.ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1994-1995 », *RDP*, 1996, p.41. Ainsi Pour B.JORION, le défaut de mise en œuvre de l'objectif d'un logement décent ne peut être sanctionné par le Conseil constitutionnel, B.JORION, « Note sous Conseil constitutionnel, n°94-359 DC, 19 janvier 1995 », *AJDA* 1995, p.462. Sur l'objectif d'un logement décent : « E-P. GUISELIN, « L'accès à un logement décent et le droit de propriété : ni vainqueur, ni vaincu », *LPA* n°51, 13 mars 2000, p.6 et s.

[851] Décision 2004-497 DC du 1 juillet 2004. *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*. Recueil, p. 107, (cons. 24).

[852] P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.433.

[853] Voir notamment la décision 96-378 DC, précitée.

L'utilisation par le Conseil constitutionnel des réserves d'interprétation soutient cette même exigence d'effectivité.

Section 3 Les réserves d'interprétation

Parmi l'ensemble des techniques contentieuses destinées à servir l'exigence d'effectivité, les réserves interprétatives présentent un caractère atypique. En effet, contrairement aux autres moyens évoqués, les réserves n'aboutissent pas à une censure de la disposition législative visée. Elles permettent au Conseil constitutionnel de sauver les dispositions de la loi d'une censure en y ajoutant les précisions nécessaires à leur constitutionnalité. Atypiques, les réserves interprétatives peuvent se substituer à l'ensemble des moyens précédemment envisagés. Cette « troisième voie », entre la censure et la conformité, permet alors de mieux cerner ce qui est exigé de la loi par le Conseil constitutionnel : à travers leur émission le Conseil constitutionnel prescrit lui-même les garanties de nature à satisfaire l'exigence d'effectivité des principes, droits et libertés de valeur constitutionnelle. Cette finalité des réserves rejoint ainsi l'exigence d'effectivité (§1). La singularité de cette technique contentieuse permet alors de mettre en exergue la complémentarité de ces différents moyens contentieux pour satisfaire cette même exigence (§2).

§1 Une finalité commune

S'agissant des réserves interprétatives, il convient de se ranger à la conclusion de M. A.Viala lorsqu'il considère qu'elles « traduisent la finalité qu'inspire toujours le Conseil lorsqu'il conditionne la constitutionnalité des lois : imposer des garanties afin d'accroître la protection d'une liberté »[854]. Les réserves d'interprétation sont destinées à combler les lacunes de la loi desquelles pourrait naître une inconstitutionnalité. En émettant une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel lèvera ce doute en ajoutant lui-même la part de texte manquant. Qu'elles soient directives, neutralisantes ou constructives, les réserves permettent au Conseil constitutionnel de poser des garanties supplémentaires afin d'éviter la violation d'une règle constitutionnelle.

Tel est le sens de la réserve émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision 248 DC qui prescrivait à l'autorité de régulation de prononcer une mise en demeure préalablement

[854] A.VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 92, 1999, p.103. Dans sa thèse, M.VIALA confirme globalement l'analyse selon laquelle les réserves sont destinées à combler les lacunes de la loi nuisant à l'effectivité de droits ou de libertés. Voir particulièrement le chapitre consacré au « resserrement de la contrainte de constitutionnalité », *Ibid.,* p.95 et s. Voir également T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica, Coll. Droit public positif, 1997.

à toute sanction[855]. Les réserves constructives de ce type ont directement comme objectifs d'instituer des garanties supplémentaires[856]. Le Conseil d'État, dans l'arrêt « la 5 » considère, eu égard à cette décision 248 DC, « que c'est sous réserve de cette interprétation que les articles en cause ont été déclarés conformes à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et à l'article 34 de la Constitution »[857]. La décision 84-184 DC offre une illustration concordante d'une réserve destinée à poser une garantie. En effet, le Conseil constitutionnel sauve la disposition législative en expliquant qu'elle « n'a pas pour effet de conférer à l'autorité ministérielle le pouvoir … de déterminer le champ d'application de l'avantage fiscal… ». En ajoutant cette précision, le Conseil constitutionnel va restreindre le pouvoir des autorités d'application[858]. Cette réserve, que l'on peut qualifier de neutralisante, permet au Conseil constitutionnel de poser des garanties destinées à border l'interprétation et donc l'application de la loi. En précisant les limites qui s'imposeront au pouvoir des ministres, elle permet d'éviter des débordements du pouvoir exécutif[859]. A.Viala résume cette finalité de l'émission des réserves interprétatives : « en complétant la loi à l'aide des réserves interprétatives, le Conseil constitutionnel enrichit celle-ci en même temps qu'il impose des garde-fous constitutionnels à ses organes d'application »[860].

Il est à cet égard frappant de constater que l'émission des réserves par le Conseil constitutionnel dépend précisément de l'implication des droits et libertés de valeur constitutionnelle. En effet, comme le remarque A.Viala, « une étude thématique des réserves interprétatives permet d'affirmer que leur domaine de prédilection sont les lois touchant aux libertés publiques »[861]. On peut ainsi constater que les réserves interprétatives, comme l'incompétence négative, les objectifs ou les garanties légales des exigences constitutionnelles, sont toujours utilisées en combinaison avec des dispositions constitutionnelles dont elles sont dépendantes. Les réserves d'interprétation, au regard de cette finalité, se rattachent à une conception de la loi, proche de celle que sous-tend l'utilisation de l'incompétence négative. En effet, comme le souligne Viala, « ce resserrement de la contrainte de constitutionnalité est en même temps le signe d'une marque de respect du

[855] Voir décision 88-248 DC et l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 11 mars 1994, « SA La Cinq ».
[856] Voir par exemple la décision 80-117 DC du 22 juillet 1980. *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires.* Recueil, p. 42.
[857] Voir les *GDCC,* 12ème éd. p.165.
[858] Voir décision 84-184 DC du 29 décembre 1984. *Loi de finances pour 1985*. Recueil, p. 94. Le Conseil constitutionnel précise alors que la loi « doit être interprétée comme conférant seulement aux ministres qu'elle désigne le pouvoir de vérifier si la fondation ou l'association … présente un intérêt général à caractère culturel… »
[859] Voir notamment dans le même sens, les décisions 80-115 DC, 82-145 DC, 83-167 DC, 85-189 DC.
[860] A.VIALA, Thèse précitée, p.98.
[861] *Ibid.,*p.113.

Conseil à l'égard de la loi et de son statut… »[862]. Poursuivant son analyse il estime que « le Conseil s'est également manifesté et continue de se montrer aussi préoccupé par les menaces contemporaines auxquelles sont exposés le statut et la place de la loi dans l'ordonnancement juridique. »[863]. Ainsi, le Conseil a-t-il une idée préalable de ce que doit faire la loi avant d'émettre une réserve d'interprétation. Il s'impose dans le champ de la rédaction de la loi pour exiger de cette dernière ce qu'il considère comme essentiel au regard de sa qualité de norme. Il n'ajoute à la loi par le biais de cette technique, que lorsque la réserve est porteuse d'une garantie destinée à renforcer l'effectivité d'un droit ou d'une liberté de valeur constitutionnelle. C'est la fonction sous-jacente qu'il attache à la notion de loi qui prédétermine l'utilisation de réserves interprétatives.

S'inscrivant dans le cadre de l'exigence d'effectivité les réserves se distinguent très nettement des moyens précédemment évoqués.

§2 Singularité et complémentarité des réserves d'interprétation

Ce qui marque le plus nettement la singularité des réserves d'interprétation au regard de l'exigence d'effectivité tient à leur complémentarité vis-à-vis des autres moyens contentieux convergents sur cette exigence d'effectivité. Tout en poursuivant cette finalité commune, les réserves se distinguent dans la mesure où elles sont un biais concurrent des autres moyens contentieux. Elles peuvent ainsi être mobilisées pour éviter une censure pour incompétence négative ou pour privation de garanties légales d'une exigence constitutionnelle.

De nombreux auteurs ont permis d'établir un lien entre l'incompétence négative et les réserves d'interprétation. En effet, l'une et l'autre de ces techniques sont souvent mobilisées par le Conseil constitutionnel concomitamment et dans une logique de complémentarité. Le scénario est très clairement exposé par Viala : « une disposition législative confie au pouvoir réglementaire la mise en œuvre de principes qu'elle a posé au préalable. Les requérants contestent cette habilitation au motif qu'elle serait contraire à l'article 34 dans la mesure où le législateur se serait dépouillé de ses compétences. Le Conseil constitutionnel écarte le moyen tiré de l'incompétence négative et sauve la disposition au moyen d'une réserve qui consiste à imposer à l'autorité réglementaire des contraintes »[864]. Le parallèle entre ces deux techniques

[862] *Ibid.,*, p.96.
[863] *Ibid.*, p.96.
[864] *Ibid.,*p.101-102.

et leur lien d'articulation est mis en évidence par d'autres auteurs[865]. On constate ainsi que le Conseil constitutionnel émet des réserves « destinées à éviter l'inconstitutionnalité pour incompétence négative »[866]. La décision 84-184 DC, précédemment évoquée (supra, §1), en fournit une illustration. En expliquant que la disposition législative n'avait pas comme effet de conférer aux ministres le pouvoir de déterminer le champ d'application d'un avantage fiscal, le Conseil constitutionnel évite une censure pour incompétence négative. En neutralisant ainsi la disposition législative litigieuse, le Conseil constitutionnel limite le pouvoir ministériel qui se voit interdire d'empiéter sur le domaine législatif. Le Conseil constitutionnel aurait pu censurer pour incompétence négative, mais il sauve la disposition en émettant une réserve.

L'existence de cette alternative : « incompétence négative ou réserve », conduit à rechercher un lien de filiation entre ces deux techniques contentieuses. Si ces deux techniques partagent une finalité commune sont-elles destinées à combattre les mêmes défaillances législatives ? Dans quelle mesure sont-elles alors substituables ? Si l'on postule que l'existence de ces deux techniques suppose qu'elles remplissent des offices différents, qu'est-ce qui permettra de déterminer l'emploi de l'une au lieu de l'autre ? La nature des défaillances sanctionnées par l'une et sauvées par l'autre ne permet pas de les distinguer. En effet, les réserves d'interprétation sont destinées à suppléer l'imprécision du législateur ou à combler un vide législatif, une carence dans la loi. Pour A.Viala, « le Conseil constitutionnel use de déclarations sous réserve pour intervenir en renfort, et assister un législateur défectueux dont il comble les lacunes »[867]. Ainsi que nous l'avons précédemment constaté, le Conseil constitutionnel émet ces réserves afin de prescrire les garanties sans lesquelles des droits et libertés se trouveraient menacés. Cette carence de la loi en garantie se traduit, comme pour l'incompétence négative, par des défaillances formelles de la loi, rédigée en termes imprécis,

---

[865] F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit. p.82. « le renvoi à un décret du soin de déterminer les conditions d'application de telle orientation peut alors faire craindre une délégation du pouvoir législatif tant il est vrai que la matière en question est susceptible de toucher à des domaines expressément réservés à la loi par l'article 34….le haut Conseil se contente alors d'interpréter la loi comme n'ayant pas pour objet d'autoriser le pouvoir réglementaire à agir dans des matières législatives. Plus classiquement le vice d'incompétence négative allégué sera écarté en obligeant l'autorité réglementaire à appliquer de manière restrictive le texte… » Dans le même sens, G.SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », art. cit., p.149, présente les réserves interprétatives comme une technique destinée à éviter l'annulation de la disposition en cause sur le fondement de l'incompétence négative.

[866] A. VIALA évoque à cet égard « Les déclarations de conformité sous réserve destinées à éviter l'inconstitutionnalité pour incompétence négative », Thèse précitée, p.101. Dans le même sens G.Schmitter explique « la technique de base adoptée par le juge est simple : la disposition contestée ne sera pas annulée ; toutefois le juge l'entourera d'un certain nombre de précisions formant un tout avec la disposition initiale. ». G. SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », art. cit. p.150

[867] A.VIALA, Thèse précitée, p.97.

flous ou ambigus[868]. De ce point de vue, les réserves apparaissent comme destinées à remédier à des défaillances législatives de même nature que l'incompétence négative. Pourtant, il faut convenir que ces deux techniques ne sont pas absolument interchangeables. En effet, l'émission d'une réserve suppose que la défaillance législative soit rattrapable. *A contrario*, le choix d'une censure pour incompétence négative suppose que la défaillance législative soit à ce point caractérisée qu'une réserve ne suffirait pas à la réparer. Ainsi, la censure pure et simple pour incompétence négative viendrait sanctionner une démission trop flagrante, trop importante du législateur, alors que la déclaration de conformité sous réserve viendrait, de son côté, éviter une telle censure dans des cas où la méconnaissance de la compétence législative ne serait que légère, en tout cas rattrapable[869]. C'est alors le degré de défaillance qui permet de trancher l'alternative « incompétence négative ou réserve ». Le Conseil constitutionnel reste seul juge de la gravité de la défaillance législative. Il apprécie lui-même s'il peut sauver la disposition litigieuse par une réserve ou la censurer en raison de son caractère irrattrapable. Il reste maître de la substituabilité de ces différentes techniques. Les réserves d'interprétation traduisent une intervention du Conseil constitutionnel qui va beaucoup plus loin que dans les cas d'une simple censure. Lorsqu'il émet une réserve d'interprétation, il emprunte la plume du législateur pour surmonter les ambiguïtés résultant des imprécisions du législateur. Son appréciation de la gravité de la défaillance est ainsi fonction de la marge d'intervention qui lui semble convenir à sa mission de juge constitutionnel. Plus le seuil de gravité en deçà duquel la disposition sera jugée rattrapable est élevé, plus sa marge d'intervention est large.

Dans le même sens, il convient de remarquer que, par le biais de réserves d'interprétation, le Conseil constitutionnel peut être amené à sauver une disposition législative d'une censure pour privation de garanties légales d'une exigence constitutionnelle[870]. La loi relative aux contrôles et vérifications d'identité aboutissait à durcir le régime du contrôle d'identité. Dans sa décision 93-323 DC, le Conseil constitutionnel va émettre une réserve en

---

[868] Voir dans la thèse de VIALA la section consacrée à « l'attitude du Conseil constitutionnel face à l'imprécision normative du législateur », Thèse précitée, p.113 et s. Également dans la même thèse, voir le chapitre consacré à « l'adaptation du contrôle de constitutionnalité aux mutations juridiques contemporaines ».

[869] C'est la thèse que semble défendre F.Miatti. Il estime que les réserves d'interprétation ne permettent d'éviter la censure pour incompétence négative que si le contenu de la disposition législative en cause peut « encore être conformé aux normes supérieures par un travail d'interprétation ». F.MIATTI, « Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur », *LPA*, Avril, 1996, n°52, p.7. Dans le même sens, J.TREMEAU estime que «si l'imprécision du texte peut éventuellement être palliée par l'interprétation (…), il n'en est pas de même lorsque la loi s'est abstenue d'édicter certaines normes nécessaires à la complétude de sa réglementation, le reliquat de compétence non exercée étant trop important pour que le Conseil constitutionnel s'autorise à le combler. », *La réserve de loi,* op. cit., p.267.

[870] G. Mollion évoque à cet égard les décisions 93-323 DC, 97-393 DC, 98-401 DC, 2003-473 DC, 2003-485 DC. G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », art. cit.

expliquant que l'autorité de contrôle devait toujours pouvoir justifier d'un risque d'atteinte à l'ordre public ayant motivé le contrôle d'identité. Le Conseil conclut que, sous cette réserve, le législateur n'avait pas « privé de garanties légales l'existence de libertés constitutionnellement garanties »[871].

Il est enfin intéressant de remarquer avec P. de Montalivet que, « dans le cas d'une carence de la loi concernant la réalisation d'un objectif de valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel peut parfois remédier à celle-ci par l'emploi de réserve d'interprétation »[872]. A.Viala évoque à cet égard la décision du 18 septembre 1986 dans laquelle le Conseil constitutionnel juge que les articles 28 à 31 de la loi, « doivent être interprétés à la lumière des principes posés par la loi en ses articles 1er et 3 qui font obligation à la Commission nationale de la communication et des libertés de préserver, par priorité, « l'expression pluraliste des courants d'opinion… »[873]. Cette constatation achève de démontrer le haut degré de substituabilité des réserves interprétatives.

L'utilisation des réserves d'interprétation par le Conseil constitutionnel converge avec les autres moyens précédemment évoqués pour imposer au législateur un idéal de loi. A.Viala évoque à cet égard, « une loi d'un modèle particulier… dans laquelle sont projetées certaines exigences constitutionnelles, une loi qui sert de relais solide à la Constitution… »[874]

[871] Décision 93-323 DC du 5 août 1993. *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*. Recueil, p. 213

[872] P. de MONTALIVET évoque cette hypothèse sans indiquer de décision du Conseil constitutionnel. Thèse précitée, p.426.

[873] Il s'agit de la décision précitée n°86-217 DC. Voir A.VIALA, Thèse précitée, pp.117-118.

[874] À propos des réserves cet auteur évoque « La finalité est que la loi ne fasse plus écran entre le règlement et la Constitution, mais qu'elle serve au contraire de support d'adaptation de celle-ci à la réalité, qu'elle reproduise ses exigences, qu'elle lui serve de « porte-parole » à l'égard des autorités infra-législatives. », *ibid.*, p.96.

Conclusion du Chapitre 2

À l'aune de cette analyse, il convient de considérer l'incompétence négative, les garanties légales des exigences constitutionnelles, les objectifs de valeur constitutionnelle et les réserves interprétatives, comme des moyens distincts et complémentaires mis au service d'une même exigence : l'effectivité de la Constitution. Ces moyens tirent leur force contentieuse de leur rattachement à des normes constitutionnelles dont ils sont destinés à faire produire des effets réels. Ces différents moyens partagent une autre qualité : ce sont des créations prétoriennes. Le Conseil constitutionnel a créé les objectifs comme il a créé l'incompétence négative, les réserves ou les garanties légales des exigences constitutionnelles. Ces créations révèlent que, dans l'exercice de son contrôle, le Conseil constitutionnel met en œuvre sa conception du système normatif. En vertu de cette conception l'œuvre législative constitue le prolongement des valeurs consacrées par la Constitution. La loi est ainsi définie par le Conseil constitutionnel comme une norme d'application de la Constitution[875]. Ainsi peut-on comprendre le régime constitutionnel d'abrogation des lois antérieurement promulguées. L'ensemble des garanties posées par la loi constitue le sous-bassement des normes constitutionnelles[876]. Cette logique repose principalement sur l'idée d'une fonction législative. Ces différents moyens traduisent en effet cette idée que la loi doit assurer un rôle normatif. La fonction normative de la loi transcende et prédétermine donc la délimitation de son domaine de compétence et justifie ces autres créations prétoriennes que sont les garanties légales des exigences constitutionnelles, les objectifs de valeur constitutionnelle ou les réserves. D'autres aspects de la jurisprudence du Conseil constitutionnel auraient pu être évoqués qui semblent également traduire une telle exigence. Ainsi la lutte contre les neutrons législatifs peut être subsumée sous l'exigence d'effectivité de la Constitution. Les neutrons ne favorisent pas l'effectivité des valeurs constitutionnelles dans la mesure où par définition, ils

[875] Cette expression est empruntée à A.VIDAL-NAQUET, qui considère que « l'apparition des garanties légales … signale la fonction d'application de la Constitution dévolue à la loi. », thèse précitée, p.49. Selon A.BOCKEL, le pouvoir du législateur est dérivé puisqu'il intervient pour exécuter ou mettre en œuvre la norme constitutionnelle. Voir A.BOCKEL, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p.43.

[876] À cet égard, le Conseil va considérer, au regard des lois bioéthiques : « qu'elles énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figure la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dés le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine »… « les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine », Décision 94-343-344 DC (précitée). Dans le même sens, le Conseil constitutionnel considère que la loi de 1978 relative à l'informatique et aux libertés consacre des règles dont le respect est une condition de la constitutionnalité des lois postérieures. Voir à cet égard, les décisions 91-294 DC, 92-316 DC, 93-325 DC, et notamment la décision 97-389 DC (précitée) dans laquelle le Conseil constitutionnel censure la loi sur le fondement de ce principe.

sont dépourvus de toute portée normative : « L'acte juridique occupe une place déterminée dans la hiérarchie des normes. Il concourt à la formation du droit par degrés, en ce sens qu'il concrétise toujours une norme supérieure et fonde, le cas échéant, l'édiction de normes inférieures…Rien de tel lorsqu'il s'agit des directives inscrites au plan »[877]. D'une manière générale, l'ensemble des moyens contentieux utilisés par le Conseil constitutionnel sont placés sous le sceau de cette exigence d'effectivité de la Constitution mais également sous celui de la complémentarité. L'intérêt stratégique du Conseil constitutionnel consiste alors à conserver à chacun de ces moyens sa spécificité pour justifier leur diversité et pour leur permettre de couvrir l'espace d'influence le plus vaste.

[877] J.-L.QUERMONNE, *Cahiers FNSP*, n°140, p.111. Cité par B. BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 77, 1993, pp.121-122.

Conclusion du Titre II

L'exigence d'effectivité de la Constitution fait figure d'exigence fourre-tout dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ainsi pour Véronique Champeil-Desplats, « l'image du gardien des droits et libertés est jusqu'à cette époque restée un vecteur essentiel des décisions du Conseil constitutionnel »[878].

L'exigence d'effectivité suppose un rapport d'articulation rationnel entre la Constitution et la loi. Le Conseil constitutionnel a ainsi développé un ensemble de moyens destinés à imposer au législateur une obligation de légiférer afin de mettre en œuvre la Constitution. Cette logique mise en œuvre par le Conseil constitutionnel traduit sa conception unitaire du système normatif. Si la Constitution fixe des valeurs, la loi doit être le moyen de concrétisation de celles-ci. À cet égard, la délimitation constitutionnelle de la compétence législative a constitué un point d'appui au juge constitutionnel français. Cette délimitation matérielle réservant au législateur les matières les plus importantes a permis au Conseil d'imposer au législateur une définition fonctionnelle de la compétence législative : La loi se trouve définie comme une norme destinée à mettre en œuvre les valeurs constitutionnelles. D'autres moyens contentieux se sont ajoutés pour imposer cette fonction à la loi : les garanties légales des exigences constitutionnelles, les objectifs de valeur constitutionnelle et les réserves d'interprétation ne constituent nullement des doublons de l'incompétence négative dans la mesure où ces différents moyens contentieux coexistent dans une logique de complémentarité pour assurer l'exigence d'effectivité.

À travers sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel exerce une influence considérable sur l'ensemble du système, puisqu'il met en place une répartition rationnelle du travail normatif. Ainsi, dans certaines décisions, le Conseil constitutionnel évoque l'exercice combiné des pouvoirs législatifs et réglementaire pour mettre en œuvre les droits et libertés constitutionnels : « il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire, selon leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par le onzième alinéa du Préambule, leurs modalités concrètes d'application ; qu'il leur appartient en particulier de fixer des règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini dans le Préambule »[879]. Ainsi le Conseil constitutionnel prolonge sa conception des rapports de la

[878] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative », in Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré (textes réunis par.), *Frontières du droit, critique des droits*, *Billet d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, Coll. Droit et société, 2007, p.252.
[879] Décision 89-269 DC, précitée (cons. 25-26). Dans le même sens voir la décision 90-283 DC, 92-304, 93-325 DC, 93-330 DC, 94-346 DC, 94-359 DC, 97-393 DC et 2001-450 DC.

Constitution et de la loi sur une conception analogue entre la loi et les règlements. Dans la même décision, le Conseil constitutionnel précise ensuite la nature de la compétence réglementaire : « ressortit à la compétence du pouvoir réglementaire la détermination des modalités de mise en œuvre des principes fondamentaux posés par le législateur »[880]. Le juge administratif adopte une telle conception : le commissaire du Gouvernement Galmot explique dans ses conclusions que « l'obligation de respecter les lois comporte pour l'administration une double exigence : l'une négative consiste à ne prendre aucune décision qui lui soit contraire ; l'autre, positive, consiste à les appliquer, c'est-à-dire à prendre toutes les mesures réglementaires ou individuelles qu'implique nécessairement leur exécution. »[881]. La conception mise en œuvre par le Conseil constitutionnel a ainsi vocation à se propager au-delà des rapports entre la Constitution et la loi[882]. La technique de l'incompétence négative doit d'ailleurs être interprétée comme un moyen d'éviter une incompétence positive du pouvoir réglementaire[883].

Mais ces aspects de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne doivent pas donner l'illusion que ce rapport d'articulation transite uniquement par l'obligation de légiférer. Certes, celle-ci est un formidable révélateur de cette logique d'articulation normative. Mais cette logique reste pertinente au regard de l'ensemble de la jurisprudence du Conseil

---

[880] Décision 89-269 DC, précitée (cons. 20). On retrouve une telle logique de complémentarité des niveaux normatifs dans de nombreuses décisions. Plus récemment, le Conseil constitutionnel a rappelé ces principes de répartition en expliquant que « si la loi fixe les règles concernant … les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, la mise en œuvre des garanties déterminées par le législateur relève du pouvoir exécutif ». Décision 2003-485 DC, précitée, (cons. 31).

[881] Conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État, 27 novembre 1964, Vve Renard. Cité par A.VIDAL-NAQUET, thèse précitée, p.49. Cette analyse est confirmé par C.EISENMANN qui écrit « exiger pour les actes des organes administratifs un rapport de conformité avec la législation …c'est postuler que ces actes soient la réalisation concrète d'un schéma ou modèle prédessiné dans cette législation », C.EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, p.32.

[882] Cette exigence de cohérence du système normatif, de la Constitution à la loi, de la loi au règlement, se traduit également par le souci d'assurer la coordination de l'ordonnancement normatif national avec les traités ou convention ratifiés par la France (dans sa décision précitée 93-325 DC le Conseil constitutionnel considère à propos du droit d'asile que « si ce certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle », (cons. 81). Ainsi le Conseil constitutionnel s'attache t-il à assurer cette coordination en adaptant s'il le faut sa jurisprudence aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme interprétée par la Cour de Strasbourg. Voir à cet égard les décisions ZIELINSKY et PRADAL rendue par la CEDH le 28 octobre 1999. Pour un commentaire, voir B.MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menace pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle. À propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », *RFDA*, 2000, n°2, p.289 et s.

[883] On peut à cet égard faire référence à la thèse de Frédérique Rueda qui défend l'idée que l'incompétence négative prononcée par le Conseil constitutionnel constitue un moyen d'éviter une incompétence positive du pouvoir réglementaire. F.RUEDA, *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel. Les exemples français, allemand et espagnol*, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, T.98, Paris, 2000, spec. pp.41-46.

constitutionnel. L'ensemble des censures prononcées par le Conseil constitutionnel traduit l'obligation de mettre en œuvre les valeurs constitutionnelles. Cette exigence d'effectivité se traduit en effet globalement par l'émergence d'un critère matériel attaché à la définition de la notion constitutionnelle de loi : « elle n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». Cette logique d'articulation transparaît donc également dans les autres cas de violation de la Constitution qui, même lorsqu'ils ne procèdent pas d'une abstention du législateur, constituent une défaillance dans le rapport d'articulation des normes constitutionnelle et législative. Lorsque le Conseil constitutionnel censure le législateur au motif qu'il aurait directement violé une règle de valeur constitutionnelle, il ne fait que signifier, par un autre biais, la même exigence caractérisant son idéal de loi : la loi doit être la courroie de transmission des valeurs constitutionnelles ; à ce titre elle ne peut méconnaître un principe ou une règle de valeur constitutionnelle[884]. Le rapport hiérarchique établi entre la loi et la Constitution qui interdit à la première de violer la seconde constitue le fondement de la logique d'articulation entre ces deux normes ; logique qui commande à l'une de mettre en œuvre l'autre[885]. Si la loi doit réaliser les valeurs constitutionnelles, elle ne peut *a fortiori* méconnaître directement celles-ci.

Dans tous les cas, la loi est toujours soumise à cette fonction de courroie de transmission des valeurs constitutionnelles, même si cela doit passer par la fiction philosophico-politique en vertu de laquelle la loi est l'expression de la volonté générale et doit réaliser corrélativement l'intérêt général. Ne serait-ce qu'en raison du fait qu'elle organise la vie sociale, la loi est toujours le vecteur des valeurs définies par la loi fondamentale. La technique de conciliation des droits et libertés naturellement antagonistes procède également d'une telle logique d'articulation, car le Conseil constitutionnel n'intervient que lorsque la loi a mis en œuvre une règle au mépris d'une autre. L'exigence d'effectivité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel doit s'analyser globalement non pas comme celle d'un droit ou d'une liberté, mais comme celle de la pluralité des droits et libertés. En assurant cette conciliation, le Conseil constitutionnel œuvre sur le fondement d'une même logique d'articulation. Cela rejoint globalement la fonction idéale de la loi, de concilier, d'être

[884] Lorsque le Conseil constitutionnel censure la loi au motif qu'elle méconnaît la liberté d'association, le Conseil constitutionnel impose au législateur d'adopter des dispositions normatives compatibles avec la norme constitutionnelle. Mais cette recherche de compatibilité aboutit *in fine* à ce que la loi assure la sauvegarde de la liberté consacrée. Voir à cet égard, la fameuse décision du Conseil constitutionnel « liberté d'association ».

[885] Il n'y a pas lieu de distinguer entre le rapport de conformité hiérarchique et le rapport d'articulation. Voir sur cette question, G.MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », art. cit., p. 261.

proportionnée[886] pour assurer la paix sociale. On peut ainsi constater que le Conseil constitutionnel est en mesure de jouer de son influence sur des aspects fondamentaux de la production normative.

Mais c'est parallèlement l'importance des enjeux qui justifie les limites qui s'imposent au Conseil constitutionnel dans le contrôle de ce rapport d'articulation entre la loi et la Constitution.

[886] Thèse de X.PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administrative française*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1990.

TITRE III

LES LIMITES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FACE À CETTE EXIGENCE

L'exigence d'effectivité n'indique qu'une direction idéale qui laisse une marge considérable au législateur. Les limites du pouvoir du Conseil constitutionnel devront ainsi nous permettre de mesurer son influence réelle sur la loi. Ces limites du Conseil constitutionnel sont corrélativement liées aux pouvoirs du législateur.

En effet, la mise en œuvre des droits et des libertés procède d'une impulsion normative qui appartient en propre au législateur. Le pouvoir du Conseil constitutionnel ne pourra jouer qu'à partir seulement de l'œuvre du législateur.

En outre, la mise en œuvre des valeurs constitutionnelles implique d'opérer des arbitrages et des conciliations qui relèvent du pouvoir de décision et d'appréciation du législateur. Face à ces choix qui relèvent au premier chef de la compétence du Parlement, le Conseil constitutionnel fait preuve d'une certaine retenue. Nous pourrons ainsi constater que l'obligation de légiférer pour garantir les droits et libertés est d'intensité variable.

L'influence du Conseil constitutionnel reste dépendante d'une impulsion législative (Chapitre 1). En outre l'effectivité de la Constitution suppose une série d'arbitrage qui relève du pouvoir de décision et d'appréciation du législateur (Chapitre 2)

Chapitre 1

Le pouvoir d'impulsion du législateur

L'obligation de légiférer qu'impose le Conseil constitutionnel se limite au cadre des lois déférées à son contrôle. Le Législateur détient en effet un pouvoir discrétionnaire d'impulsion normative. Carré de Malberg résumait ainsi cette discrétion : « seul le corps législatif a la puissance de statuer d'une façon initiale, autonome, libre »[887]. Si le constituant consacre des droits et libertés, le législateur reste libre d'entamer une démarche en vue d'en assurer la réalisation. À défaut d'une telle impulsion normative, le Conseil constitutionnel sera dans l'impossibilité d'imposer la prescription de garantie de nature à assurer l'effectivité des droits et libertés ainsi proclamés. Pour imposer cette exigence d'effectivité, le Conseil constitutionnel rencontre ainsi une limite qui peut s'analyser sous deux angles : du point de vue du pouvoir discrétionnaire d'impulsion du législateur (section 1) et du point de vue de l'absence de recours en carence dans le cadre du contentieux constitutionnel français (section 2).

[887] R.CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t.I, p.361.

Section 1 Le pouvoir discrétionnaire d'impulsion du législateur

La concrétisation des droits et des libertés de valeur constitutionnelle suppose une impulsion législative, préalable d'une intervention du Conseil constitutionnel. Le juge ne pourra ainsi imposer ce rapport d'articulation qu'à partir d'une loi votée et déférée à son contrôle[888]. On peut ainsi constater une dissymétrie entre l'obligation de mettre en œuvre les valeurs constitutionnelles et l'interdiction de les mettre en cause[889]. L'interdiction de mettre en cause peut être assurée dès lors que le Conseil constitutionnel se trouve saisi d'une loi. L'obligation de mettre en œuvre suppose en outre que la loi ait entrepris de concrétiser le droit ou la liberté concernée. Il faut pour ainsi dire que le législateur ait donné un commencement d'exécution de la règle constitutionnelle.

Cette limite est particulièrement visible du point de vue des objectifs de valeur constitutionnelle. En effet, « alors que toutes les lois entrent dans le champ d'application de l'interdiction de méconnaître les objectifs…, seules certaines d'entre elles entrent dans celui de l'obligation de mettre en œuvre ces objectifs. Le champ d'application de l'obligation est donc moins large que celui d'interdiction »[890]. Dans le même sens, B.Faure explique qu'« à la différence du mécanisme du règlement d'application, il n'y a pas ici d'obligation juridique de passer à exécution. Mais si le législateur entend poursuivre un objectif constitutionnellement défendu, la Haute instance s'assurera de sa réalisation effective »[891]. P. de Montalivet constate ainsi que « l'obligation de mise en œuvre ne peut s'appliquer qu'à partir du moment où le législateur poursuit un objectif identique ou similaire à un objectif de valeur constitutionnelle ou lorsqu'il intervient dans le champ d'application d'un tel objectif »[892]. Le même auteur établit un parallèle avec les obligations naturelles qui ne sont exigibles qu'en cas de commencement d'exécution : « De même, l'objectif de valeur constitutionnelle n'oblige pas

---

[888] F.Miatti résume cette limite : « Le juge constitutionnel est donc impuissant à censurer l'abstention totale du législateur. Il s'est, en revanche, mis en mesure d'en sanctionner les abstentions partielles lorsque la loi n'épuise pas la matière qu'elle prétend régir ». F.MIATTI, « Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur », *LPA*, Avril, 1996, n°52, p.5.

[889] A. Vidal-Naquet explique à cet égard que « les caractéristiques du contrôle de constitutionnalité autorisent le juge à s'opposer à des actions du législateur lorsque celui-ci doit s'abstenir mais ne lui permettent pas d'imposer une action législative lorsque celui-ci ne doit pas s'abstenir ». A.VIDAL-NAQUET, Thèse précitée, p.57. L'auteur conclut : « l'initiative législative demeure préservée », *ibid*.

[890] P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p.401.

[891] B.FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC* n°21, 1995, p.68.

[892] P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p.401

le législateur à intervenir pour le réaliser mais une fois qu'il a décidé d'intervenir dans son domaine, il doit le réaliser suffisamment. Il faut donc une sorte de début d'exécution »[893].

Cette limite du Conseil constitutionnel, relative à l'initiative qui appartient au législateur, est transposable aux cas d'incompétence négative. Seul le législateur peut donner l'impulsion à partir de laquelle le Conseil constitutionnel pourra exercer son contrôle de la compétence. De ce point de vue, l'incompétence négative entame déjà, dans une certaine mesure, le pouvoir discrétionnaire du législateur[894]. Un député s'est ainsi offusqué d'une décision censurant le législateur pour incompétence négative en considérant que «s'il est indéniable que le Conseil constitutionnel doit assurer son rôle de gardien de la Constitution en ce qui concerne les textes, ne l'outrepasse t-il pas lorsqu'il indique au Parlement, donc aux représentants de la Nation, ce qu'ils doivent faire ou non, alors qu'ils sont législateurs »[895]. On doit constater que cette limite qui a trait à l'impulsion normative marque une frontière que le juge constitutionnel semble considérer comme infranchissable. Le franchissement de cette limite conduirait le Conseil constitutionnel à adresser des injonctions au législateur. Or, le Conseil constitutionnel a explicitement affirmé qu'il « ne saurait, sans outrepasser les limites des pouvoirs que lui a confié la Constitution, adresser une telle injonction au législateur »[896]. Comme le relève A.Bockel, « le Parlement dispose, en général, du pouvoir discrétionnaire d'apprécier s'il importe d'intervenir et de légiférer dans telle ou telle matière qui relève de sa compétence »[897]. Du point de vue de l'analyse comparatiste, on peut constater que ce « tabou juridictionnel » se retrouve dans de nombreux autres systèmes de justice constitutionnelle. Pour M.Fromont, « rares sont les juges constitutionnels qui osent censurer l'inaction du législateur, car la décision de légiférer apparaît comme une décision qui est par essence discrétionnaire »[898].

Cette limite est particulièrement visible s'agissant des « droits-créances ». Nous avons pu constater que l'obligation de légiférer imposé par le Conseil constitutionnel s'étend également à cette catégorie de droit. Néanmoins, les « droits-créances » supposent plus encore que les autres droits une intervention de l'Etat. Si le législateur ne prend pas l'initiative d'une

---

[893] *Ibid.*, p.402.

[894] En effet comme le relève François Priet, « le contrôle de l'incompétence négative amène inévitablement le juge à s'aventurer sur le terrain toujours délicat du pouvoir discrétionnaire du législateur ». F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art.cit., p.78. Voir également, G. Schmitter qui évoque la relation entre l'incompétence négative et le pouvoir discrétionnaire du législateur. G. SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », art. cit. pp.158-172.

[895] Interview de J-P.FOUCHER, *in Le Figaro* du 31 juillet 1993, cité par J.TREMEAU, Thèse précitée, p.79.

[896] Décision 2003-483 DC du *14 août 2003 -Loi portant réforme des retraites.* Recueil, p. 430 (cons. 26).

[897] A.BOCKEL, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », *Mélanges HAMON*, pp.54-55

[898] M.FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p.87.

loi destinée à les garantir, le Conseil constitutionnel ne disposera pas de l'occasion d'imposer leur mise en œuvre effective.

C'est en matière de « droits-créances » que l'absence de recours en carence apparaît le plus nettement comme une limite du Conseil constitutionnel au regard de l'exigence d'effectivité de la Constitution.

Section 2 L'absence d'un recours en carence

Face à l'inertie du législateur en matière de concrétisation des valeurs constitutionnelles, le Conseil constitutionnel se trouve désarmé. Il ne peut sanctionner l'inertie totale du législateur en raison de l'absence de recours en carence[899].

Selon J.-M. Garrigou-Lagrange, « Certes, l'article 34 détermine un champ de compétence réservé au législateur, mais il ne comporte aucune disposition l'obligeant à légiférer, par exemple au vu de certaines circonstances. Il est donc a priori loisible au législateur d'intervenir sur telle ou telle matière figurant dans une rubrique de l'article 34, ou de la laisser en friche, ou encore de maintenir en l'état la législation existante. »[900]. La limite ici évoquée tient moins à ce qu'aucune disposition constitutionnelle n'oblige le législateur à légiférer (il faudrait en outre qu'elle fixe un délai[901]), qu'à l'absence d'un recours permettant de juger cette inertie. De ce point de vue, le contentieux constitutionnel se distingue nettement du contentieux administratif dans lequel ce type de recours est possible puisque l'exercice du pouvoir réglementaire supporte l'obligation de prendre les mesures nécessaires à l'application de la loi[902]. George Vedel expliquait à cet égard : « la différence entre celle du Conseil d'État et celle du Conseil constitutionnel tient une fois de plus aux modes selon lesquels l'organe de contrôle est saisi. Le système de saisine du Conseil constitutionnel ouvre en un sens au contrôle constitutionnel un champ moins étendu que le contrôle du juge de l'excès de pouvoir administratif. En effet, il ne permet pas de sanctionner le refus du législateur de faire une loi cependant exigée par la Constitution. Le refus illégal par l'Administration de prendre un règlement ou une décision non réglementaire peut être annulé par le juge de l'excès de pouvoir administratif. Mais la carence du législateur contraire à la Constitution ne peut donner

---

[899] « Le contrôle de constitutionnalité des normes juridiques par le Conseil constitutionnel », Rapport présenté par la délégation française à la VIIème Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Lisbonne, 26-30 avril 1987, *AIJC*, 1987, p.146. L'auteur évoque toutefois l'incompétence négative et les garanties légales des exigences constitutionnelles. *Ibid.*

[900] J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, « L'obligation de légiférer », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p.305.

[901] Seuls quelques cas isolés ont vu le législateur contraint de légiférer dans un délai fixé : voir à cet égard les dispositions contenues dans le titre XVII de la Constitution. Les articles 91 et 92 imposaient que des dispositions législatives soient prises dans un délai de 4 mois à compter de la promulgation de la Constitution afin d'assurer la mise en place des nouvelles institutions. Voir GARRIGOU-LAGRANGE, « L'obligation de légiférer », art. cit.

[902] Voir à cet égard, l'arrêt rendu par le CE le 10 janvier 2001, France nature environnement. Dans le même sens voir l'arrêt rendu par le CE réuni en assemblée, le 28 juin 2002, M.Villemain : « lorsque… une loi crée une situation juridique nouvelle, il appartient au pouvoir réglementaire, afin d'assurer la pleine application de la loi, de tirer toutes les conséquences de cette situation nouvelle en apportant, dans un délai raisonnable, les modifications à la réglementation applicable qui sont rendues nécessaires par les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes ».

lieu de la part du Conseil constitutionnel à rien d'autre que des exhortations glissées à l'occasion de telle ou telle saisine faisant ressortir les inconvénients du vide législatif. Ainsi le renvoi par le Préambule aux lois qui doivent réglementer le droit de grève est-il resté très largement sans suite. De même une autre disposition du Préambule imposant la nationalisation des monopoles de fait nationaux pourrait demeurer sans effet sans que le Conseil constitutionnel puisse réagir. Il ne pourrait le faire que pour censurer une loi privatisant une entreprise publique alors que celle-ci correspond à un monopole de fait national[903].

Cette limite se retrouve dans d'autres ordres juridiques. Ainsi en Espagne, « les principes directeurs de la politique sociale et économique » souffrent d'une « infirmité normative » en raison de l'absence de recours en carence. F.Fernandez Segado explique en effet que « le principal obstacle à l'effectivité de ces principes réside dans l'absence d'inconstitutionnalité par omission… À partir du moment où ils postulent l'intervention effective du législateur pour leur mise en œuvre, la carence de ce dernier est susceptible de les priver de toute effectivité. C'est seulement à l'occasion du contrôle d'une loi déterminée que le juge constitutionnel peut vérifier que le parlement s'est conformé aux fins que lui a assigné la Constitution. Par contre, l'abstention pure et simple du législateur ne peut, elle, être sanctionnée[904].

Pourtant, l'étude comparative des systèmes de justice constitutionnelle révèle que ce type de recours reste envisageable[905].

Notons à cet égard que le système constitutionnel portugais confère au Président de la République le pouvoir de saisir le Tribunal constitutionnel afin de sanctionner l'« inobservation de la Constitution par omission de mesures législatives nécessaires à l'application de normes constitutionnelles »[906]. Néanmoins, comme c'est le cas de la Constitution brésilienne, le constituant n'a pas fixé de délai au législateur afin qu'il comble la

---

[903] G.VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », Partie II, *CCC* n°2, 1987, p86.

[904] F.FERNANDEZ SEGADO, *El sistema constitucional espanol*, Madrid, Dykinson, 1992, p.480, cité par P. de MONTALIVET, Thèse précité, p.420.

[905] Sur les systèmes constitutionnels européens, voir C.GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, op. cit. p.180.

[906] Voir à cet égard, J. MIRANDA, « L'inconstitutionnalité par omission dans le droit portugais », Revue européenne de droit public, vol.4, n°1, 1992, pp.39-59. J.CASALTA NABAIS, « Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel », in P.BON et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, Coll. « Droit public positif », 1989, p.242. Au Portugal, l'article 283 de la Constitution dispose que « le tribunal constitutionnel apprécie et constate l'inobservation de la Constitution par omission des mesures législatives nécessaires à l'application des règles constitutionnelles ».

lacune normative constatée[907]. Ainsi, le pouvoir du juge constitutionnel se réduit-il à sa dimension informative : l'article 283 de la Constitution Portugaise prévoit que « Quand le Tribunal constitutionnel constatera l'existence d'une inconstitutionnalité par omission, il en donnera connaissance à l'organe législatif compétent ». En Italie, « face à l'inertie du législateur la Cour a même, par des sentences de type « additif » ou « manipulatif », donné une protection juridictionnelle à certains droits-créances »[908]. En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale n'hésite pas à donner des injonctions au législateur. Elle a ainsi clairement décidé qu'« incombait en vertu de la Constitution au législateur l'obligation de décider, dès avant la fin de la législature en cours, d'une nouvelle délimitation des circonscriptions électorales qui permette de tenir de nouvelles élections sur des bases correctes »[909].

En contentieux communautaire, un tel recours permet à la CJCE de se prononcer sur une absence de norme dans le cadre d'une politique communautaire consacrée par les Traités. Ce sont les articles 175 et 176 du Traité sur l'Union européenne qui instituent le recours en carence en prévoyant que la Cour de justice peut constater une violation des traités résultant d'une abstention des institutions communautaires. Les requérants doivent saisir au préalable l'autorité compétente et ce n'est qu'à l'expiration d'un délai de 2 mois que la CJCE pourra être saisie si l'inaction perdure. Toujours dans le cadre du droit communautaire, on trouve dans le cas de la transposition des directives par les États membres, une véritable obligation de faire qui s'impose juridiquement[910].

L'absence d'un tel recours dans le cadre du contentieux constitutionnel français doit nous conduire à réévaluer le pouvoir du Conseil constitutionnel en matière d'obligation de légiférer. En effet, son pouvoir se borne à sanctionner, non une abstention, mais une action législative (le choix de ne pas faire).

---

[907] À cet égard, même lorsqu'un tel recours en carence existe, l'absence de délai imposé au législateur pour combler la lacune conduit à ce que la décision du juge soit purement indicative. Ainsi, la Constitution Brésilienne prévoit que le juge constitutionnel peut constater une omission inconstitutionnelle, mais l'article 103 §2, ne fixe aucun délai au législateur pour y remédier. Par contre, en cas d'omission inconstitutionnelle de la part des autorités administratives, ces dernières doivent combler le vide dans un délai de 30 jours. Voir sur cette question, F.MIATTI, « Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur », *LPA*, Avril, 1996, n°52, p.7.

[908] FAVOREUet alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit. p.248.

[909] W.ZEIDLER, « Rapport présenté à la VIIè conférence des Cours constitutionnelles européennes » (Lisbonne, 26-30 avril 1987), *AIJC*, III-1987, p.44.

[910] Voir G.ALBERTON, « L'applicabilité des normes communautaires en droit interne. Les autorités françaises : obligation de faire et de ne pas faire », *RFDA*, 2002, p.1. Pour un exemple parmi d'autres d'application contentieuse voir l'arrêt rendu par le Conseil d'État dans l'affaire Alitalia rendu le 3 février 1989.

Il est vrai que la nature d'un tel recours permet au juge d'exercer un contrôle très poussé de l'activité normative du législateur. Le juge s'exposerait ainsi à la critique du gouvernement des juges.

Chapitre 2

Le pouvoir de décision et d'appréciation du législateur

Si le Conseil constitutionnel a imposé une exigence d'effectivité de la Constitution au législateur, force est de constater qu'il rencontre une série de limites liées aux pouvoirs de décision et d'appréciation du législateur. L'exigence d'effectivité de la Constitution met en effet clairement en jeu la question des valeurs sous tendues par la loi. Or, sur le terrain des valeurs, le Conseil constitutionnel semble préférer laisser au législateur une marge d'appréciation considérable. Il s'agit de choix politiques qui ne laissent au Conseil constitutionnel qu'un pouvoir résiduel s'il ne veut pas s'exposer à la critique du « gouvernement des juges ». E. Zoller explique : « le contrôle reste sur le terrain juridique et s'interdit les appréciations de nature politique »[911]. Le Conseil constitutionnel est conduit à faire preuve d'une certaine retenue que l'on peut qualifier de politique juridictionnelle de *self restraint*[912]. Cette politique jurisprudentielle se résume par la formule consacrée par le Conseil constitutionnel selon laquelle « l'article 61 de la Constitution ne (lui) confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identiques à celui du parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité des lois déférées à son examen »[913].

La prudence du Conseil constitutionnel sur le terrain de l'exigence d'effectivité de la Constitution (Section 1) a logiquement induit des critiques doctrinales mettant en doute l'effectivité de la protection des droits et libertés constitutionnels par le Conseil constitutionnel (Section 2).

---

[911] E.ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, 2ème éd. 1999, p.255.

[912] Sur la notion de « judicial self-restraint », on peut se référer à la définition de Jean-jacques LAVENUE, in *Dictionnaire de la vie politique et du droit constitutionnel américain*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 1995, p.119 : « Doctrine de la restriction : professée par le Chief justice Rehnquist et développée par le juge Robert H. Bork, reposant sur l'idée d'une déférence due à la Constitution qui impliquerait l'interdiction de toute interprétation, autre qu'étroite, de son texte, et limiterait le rôle du juge à l'application de l'intention initiale de ses rédacteurs au cas d'espèce ».

[913] Décision 74-54 DC précitée, dite « IVG ».

Section 1 La prudence du Conseil constitutionnel

Cette autolimitation du Conseil constitutionnel se traduit par un « contrôle minimum au fond de la constitutionnalité »[914]. Comme l'explique E.Zoller, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les lois « est marqué de prudence. C'est là où il se rapproche le plus du juge administratif, notamment parce que comme lui, il se refuse à s'aventurer sur le terrain politique »[915]. L'attitude de *self restraint* du Conseil constitutionnel se manifeste particulièrement à l'égard de la matière concernée lorsqu'il s'agit de questions « politiquement sensibles » (§1). Mais elle se manifeste chaque fois qu'il s'agit pour le législateur de mettre en œuvre les grandes orientations de sa politique (§2).

§ 1 La prudence du Conseil constitutionnel face aux lois politiquement sensibles »

Cette autolimitation s'applique particulièrement aux « lois politiquement sensibles »[916]. Il n'est pas anodin que le considérant de principe en matière d'autolimitation du Conseil constitutionnel ait été rédigé à l'occasion de l'examen de la loi Veil[917].

Ainsi les choix fondamentaux concernant des questions de société appartiennent en propre au législateur qui dispose alors d'un pouvoir quasi-discrétionnaire. Tel est par exemple le cas des législations relatives à la bioéthique. Les décisions Bioéthiques 94-343-344 DC ont marqué, selon la doctrine, une retenue certaine du juge constitutionnel[918]. Le Haut Conseil a choisi, comme en 1975, de se retrancher derrière la position du Parlement. Celui-ci décidant de ne pas considérer l'embryon comme une personne, celui-là ne leur applique pas le principe d'égalité. Cette position évite au Conseil constitutionnel l'inconfort de se prononcer au fond pour trancher de véritable dilemme. Comme l'explique Dokhan, « ne se considérant ni comme un arbitre, ni comme un organe de décision politique le Conseil constitutionnel adopte un

---

[914] David DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 103, LGDJ, Paris, 2001.
[915] E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 1ère éd., PUF, 1998, p.249
[916] D.DOKHAN définit cette notion comme regroupant l'« ensemble des textes législatifs qui traduisent une option essentielle du programme gouvernemental et révèlent un choix politique majeur présenté comme tel par le gouvernement », *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs,* op. cit., p. 453.
[917] A.GROSSER « Cours constitutionnelles et valeur de référence, A propos des décisions sur l'avortement », *Pouvoirs*, Le Conseil constitutionnel,1986, p.130.
[918] D.DOKHAN considère ainsi que « le juge constitutionnel marque avec une certaine modestie les limites de son contrôle en considérant « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur », *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs,* op. cit. p.455.

profil bas lui permettant de ne pas statuer sur le fond d'un débat fondé davantage sur des considérations éthiques que juridiques »[919]. Le Conseil constitutionnel se retrouve face à une alternative à deux branches : « botter en touche » en proclamant le pouvoir discrétionnaire du législateur ou se prononcer et donner ainsi du crédit aux menaces annoncées d'un gouvernement des juges[920].

Cette position du Conseil constitutionnel s'est concrètement traduit en matière de nationalisation et de privation. Dans ce domaine, le Conseil constitutionnel « n'a jamais remis en cause les objectifs politiques législatifs des gouvernements successifs. »[921]. Il a admis le principe des nationalisations en 1982[922], et n'a exercé son contrôle qu'au regard des modalités choisies pour opérer celles-ci. La retenue du Conseil constitutionnel se manifeste ainsi par l'exercice d'un contrôle restreint que traduit l'expression « erreur manifeste ». Pour de nombreux auteurs, cette autolimitation s'explique largement par le fait que le contrôle de l'opération en question plaçait le juge sur le terrain d'une question politiquement sensible. Pour M. de Villiers, ce contrôle restreint s'explique par la « densité politique particulière »[923] d'une telle décision de nationalisation. L'examen des lois de nationalisation et de privatisation supposait ainsi une interprétation du Préambule de 1946 qui proclame que « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité » (alinéa 9). Il supposait également de déterminer les conditions de la conciliation entre l'alinéa 9 du Préambule de 1946 et l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (droit de propriété). Dans sa décision 86-207 DC le Conseil constitutionnel considère ainsi que l'article 34 de la Constitution « laisse au législateur l'appréciation de l'opportunité des transferts du secteur public au secteur privé et la détermination des biens ou des entreprises sur lesquels ces

---

[919] D.DOKHAN poursuit « Le Conseil constitutionnel, organe de nature juridictionnelle, chargé donc de dire le droit, épouse les limites de l'objet de son contrôle. C'est parce qu'il n'existe pas de définition juridique du commencement de la vie dans la Constitution…que le Conseil constitutionnel, par la force des choses, ne peut vérifier le respect de cette définition et l'opposer au législateur. », *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs,* op. cit., p.454

[920] C'est la thèse du professeur J.RIVERO : « écarter le spectre du Gouvernement des juges , pourrait bien être l'explication dernière de la décision du 15 janvier et de la prudence qui la caractérise », « Des juges qui ne veulent pas gouverner », in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2ème ed. , Economica, 1987, p.53. Voir également, *AJDA*, 1975, p.134.

[921] D.DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs,* op. cit., p.452.

[922] Décision 81-132 DC du 16 janvier 1982. *Loi de nationalisation.* Recueil, p. 18. ZAGREBELSKY à propos de la décision Nationalisation I explique que le Conseil constitutionnel a agi « avec beaucoup de prudence, en adoptant une attitude respectueuse de la liberté de décision politique du Parlement », in *Nationalisation et Constitution*, L. favoreu (dir.) , Economica, PUAM, 1982, p.89.

[923] M. de VILLIERS, « Du principe des nationalisations. Contrôle minimal de constitutionnalité et erreur manifeste », *RA*, 1982, p.156.

transferts doivent porter ». Il juge ainsi que « la détermination de (certaines) activités qui doivent être érigées en service public national, est laissé à l'appréciation du législateur… ». Face à un texte clair et postérieur à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel a tout simplement évité de trancher. Comme l'explique le professeur S.Rials : le « prudent Conseil constitutionnel français n'a pu faire autrement que poser, que les principes de 1946 avaient un caractère simplement « complémentaire » par rapport à ceux de 1789 »[924].

On pourrait ainsi en déduire que l'autolimitation du Conseil constitutionnel est fonction de la matière concernée par la loi[925]. Mais d'une manière générale, la retenue du Conseil constitutionnel se manifeste face aux grandes orientations politiques déterminées par le législateur.

§2 La prudence du Conseil constitutionnel face aux grandes orientations de la politique du législateur

Soucieux de ne pas se voir reprocher de verser dans le gouvernement des juges, le Conseil constitutionnel s'attache à permettre à chaque Gouvernement de mettre en œuvre les grandes orientations de sa politique.

Une telle retenue se retrouve dans le domaine de la conciliation des droits et libertés opérée par le législateur lorsqu'elle traduit une orientation politique. La conciliation des droits et libertés constitue le pouvoir le plus significatif du législateur puisqu'il revient à choisir de privilégier une liberté sur un droit ou un droit sur une liberté. En effet, le choix de conditionner l'effectivité de tel droit plutôt que telle liberté repose nécessairement sur une orientation philosophique ou idéologique. Face à ce pouvoir, le Conseil constitutionnel voit sa marge d'appréciation limitée. Son pouvoir s'exercera alors de manière négative puisqu'il s'agira pour lui de vérifier que, dans le cadre de cette conciliation, le législateur n'a pas sacrifié un droit au profit d'une liberté ou une liberté au profit d'un droit. Négatif, le pouvoir du Conseil constitutionnel se résume à juger que la loi n'a pas méconnu telle ou telle exigence constitutionnelle. Il s'agit alors d'un contrôle de la disproportion. Il vérifie que les atteintes

[924] S. RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », in *Le système juridique*, *Arch. de philo. du droit*, Tome 31, Sirey , 1986, p.67.
[925] D.DOKHAN explique : « Les limites sont d'une double nature : le respect de la volonté du législateur et les contraintes inhérentes à la matière traitée par la loi déférée qui ne saurait être discutées sur un plan constitutionnel », *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs,* op. cit., p.455.

portées à tel droit ou telle liberté ne sont pas disproportionnées[926]. Cette marge d'appréciation se traduit par le caractère éminemment souple de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Si le Conseil constitutionnel utilise la notion d'intérêt général à l'occasion de son contrôle de constitutionnalité, force est de reconnaître qu'il laisse au législateur une marge de manœuvre considérable. En effet, l'intérêt général est utilisé de manière négative, dans la mesure où le Conseil constitutionnel se contente de vérifier que la loi ne méconnaît pas cette exigence lorsqu'elle restreint certains principes. G.Merland distingue à cet égard « deux catégories de principes »[927] susceptibles d'être limités au nom de l'intérêt général : D'une part, ceux qui sans être explicitement reconnus bénéficient d'une protection en tant que « sentinelles »[928] de principes constitutionnels. Il s'agit du principe de non-rétroactivité des lois non pénales ou encore de la liberté contractuelle (avant sa consécration constitutionnelle en 1998). D'autre part, « les droits et libertés clairement identifiés » tels que le droit de propriété, la liberté d'entreprendre, le principe d'égalité ou encore le principe de la libre administration des collectivités territoriales . La politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel consiste à laisser au législateur une certaine marge de manœuvre dans l'aménagement de ces principes. Il se contente de vérifier que les restrictions législatives prennent appui sur des justifications légitimes. Donc, si l'intérêt général permet au législateur de limiter certains principes constitutionnels, le rôle du Conseil constitutionnel est réduit à vérifier que cette limitation n'est pas excessive. Son contrôle est alors axée sur la proportionnalité[929] c'est-à-dire qu'il ne sera porté à censurer la loi que si les restrictions apparaissent disproportionnées au regard des finalités poursuivies. L'expression employée par le Conseil constitutionnel résume bien cette position jurisprudentielle puisqu'il vérifie que la disposition législative soit « justifiée par un motif d'intérêt général suffisant »[930].

---

[926] « L'autolimitation se manifeste également lorsque le juge, par hypothèse compétent pour se prononcer, cherche à réduire l'étendue de son contrôle pour ne censurer que les seules violations suffisamment caractérisées des normes de valeur constitutionnelle. Pour y parvenir, le juge constitutionnel exerce un contrôle minimum de constitutionnalité de nature à s'imposer des limites dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité , tant externe qu'interne, des actes législatifs. », D.DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs,* op. cit. p.355.

[927] Voir G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle,* op. cit., p. 36.

[928] L'auteur fait ici référence à l'article de B.MATHIEU, « Pour une reconnaissance des principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*1995, Chron., p.211.

[929] Sur cette question voir la thèse de G.MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* , Thèse précitée. G.XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995. Dans le même sens, voir X.PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises,* Économica-PUAM, 1990.

[930] Voir par exemple la décision 2004-509 DC.

L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel est donc bien plus le point d'appui de la reconnaissance d'une marge de liberté au législateur : « Le juge constitutionnel reconnaît, en effet, à l'auteur de la loi la liberté d'apprécier ce qui, selon lui, relève de l'intérêt général. »[931]. Corrélativement, le Conseil constitutionnel s'abstient de juger de l'opportunité des objectifs poursuivis par le législateur pour réaliser l'intérêt général. Le juge ne s'aventure pas sur le terrain de la définition d'une notion « indéfinissable en ce sens que selon les temps, les lieux et les opinions, elle reçoit des contenus forts variables »[932]. L'attitude de *self restraint* du Conseil constitutionnel recouvre ici des considérations stratégiques[933] puisque « cette prudence est guidée par le souci du Conseil de préserver sa légitimité et celle du législateur. »[934]. La retenue du Conseil constitutionnel dessine les frontières des compétences respectives du législateur et du juge constitutionnel en matière de protection des droits et des libertés. C'est ainsi au législateur que revient pour une grande part le soin d'assurer leur effectivité.

Si le Conseil constitutionnel semble éviter de s'opposer aux grandes orientations de la politique poursuivie par le législateur, il ne s'interdit nullement de censurer certaines dispositions législatives s'inscrivant dans ces orientations, même lorsqu'elles sont la concrétisation de promesse électorale[935].

---

[931] G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p.37

[932] G.VEDEL, Préface, in F.RANGEONS, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986, p.3. On peut retrouver dans l'ancien régime, l'embryon d'un tel contrôle. La satifaction du bien commun est considérée alors comme un « impératif absolu quant à la validité substantielle de la loi ». F. SAINT BONNET, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle,* op.cit., p.12. Cela se traduit concrètement dans la législation royale « en particulier dans les préambules …». Voir F.SEIGNALET-MAUHOURAT, « La valeur juridique des préambules des ordonnances et des édits sous l'ancien régime », *Revue historique du droit français et étranger*, Paris, Dalloz, n°2, avril-juin 2006, pp.229-258. Cité par F. SAINT BONNET, art. cit., p.12. Cet impératif ne répond pas uniquement à une logique de justification mais également à une nécessité juridique puisque l'application de la loi en dépend. F. SAINT BONNET explique en effet que « si la satisfaction de l'intérêt de l'ensemble des sujets conçu comme une communauté venait à manquer, alors la loi du roi serait tout simplement ignorée par ceux qui sont chargés de l'appliquer. ». *Ibid.,* p.13. La poursuite de cette finalité est une condition d'une intervention législative du roi à l'époque féodale. Avec l'avènement de la monarchie absolue, les parlements vont continuer de poser cette condition pour l'enregistrement.

[933] Pour une analyse sur cette question, voir J.MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique.*Bruylant-LGDJ, Paris, 1994.

[934] G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit. p.37.

[935] La recente décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat* permet d'illustrer cette idée puisque le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif qui permettait la déduction des intérêts d'emprunt de prêts immobiliers contractés depuis cinq ans (cons.20 et 21). Pour une opinion opposée, voir D. DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs,* op. cit. , p.453. L'auteur considère que l'autolimitation du Conseil constitutionnel concerne particulièrement « les lois (…) prises pour l'application d'un projet politique majeur qui est souvent la traduction législative d'un engagement électoral… », *Ibid.*

Le contrôle des lois de finance traduit également une retenue du Conseil constitutionnel qui lui évite de se prononcer sur les grandes orientations de la politique budgétaire. Le Conseil constitutionnel respecte ainsi par principe les « objectifs économiques et financiers » poursuivis par le législateur[936]. Cette limite apparaît comme étant le corollaire de la retenue du Conseil constitutionnel face aux grandes orientations de la politique du législateur puisque celles-ci traduisent celles-là. En effet, la dépense publique est le nerf des politiques publiques. Pour reprendre la formule de René Stourm : « Gouverner c'est dépenser »[937]. Le budget de l'État devient le biais incontournable de l'interventionnisme[938]. Dans cette mesure, la loi de finance détermine les grandes orientations opérées par le législateur. Sébastien Kott explique ainsi : « Après la seconde guerre mondiale…le budget n'est plus seulement un compte aux règles particulières… Il décrit les ressources et les charges de l'État avec toutes les conséquences politiques et économiques que cela peut impliquer. Les finances publiques se teintent effectivement de politique, elles ne sont plus seulement camouflées pour des raisons politiques. »[939]. Cette analyse justifie que l'on considère le budget comme «la loi par excellence »[940]. Si l'effectivité des droits et des libertés – et plus particulièrement encore lorsqu'ils impliquent une prestation de l'État - passe nécessairement par leur financement, on doit alors reconnaître que le Conseil constitutionnel rencontre une limite substantielle dans son pouvoir d'imposer cette exigence au législateur. L'effectivité des droits-créances suppose un coût pour la collectivité qui tempère les ardeurs du juge constitutionnel. Le contrôle du respect de ces droits serait ainsi plus souple que celui des droits classiques. Michel Borgetto considère à cet égard que « le contrôle du respect de l'égalité se révélant de toute évidence beaucoup plus souple et relâché lorsque sont en cause des droits ou des principes sociaux que lorsque sont en cause d'autres droits et principes de

---

[936] D. DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs,* op. cit., p.455. Le Conseil constitutionnel estime qu'il ne lui appartient pas « d'examiner la régularité constitutionnelle » des ordonnancements de dépenses et les encaissements de recettes constatés dans les lois portant règlement définitif du budget annuel et qui procèdent d'actes administratifs ou comptables dès lors que la loi de règlement « correspond à l'exercice du pouvoir général de décision qui appartient au Parlement en matière financière ».*Ibid.,* p.456. Voir la décision 91-300 DC. En matière financière toujours, le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas compétent pour se prononcer sur « l'importance des risques encourus » dans le cadre d'une législation ayant pour objet de prévenir le développement des contentieux de nature à provoquer la rupture d'équilibre financier du système bancaire et partant « de l'activité économique générale ». Décision 96-375 DC

[937] Le budget, 1896, p.483. Cité par S.KOTT, « Les prescriptions budgétaires et comptables dans les textes financiers », *RFFP*, n°86, avril 2004,p.59.

[938] L.TALLINEAU, « L'inspiration keynésienne du décret de juin 1956 », *La direction du budget face aux grandes mutations des années cinquante, acteurs…ou témoin ?*, *CHEFF*, 1998, pp.163-186, cité par S.KOTT, « Les prescriptions budgétaires et comptables dans les textes financiers », art. cit. p.65.

[939] S.KOTT, « Les prescriptions budgétaires et comptables dans les textes financiers », art. cit. p.67.

[940] J.JOSAT, *Le ministère des finances, son fonctionnement*, Paris, Berger-Levrault et cie, 1882, p.50., cité par S.KOTT, « Les prescriptions budgétaires et comptables dans les textes financiers »,art. cit., p.59

valeur constitutionnelle. »[941]. L'auteur illustre son jugement par la décision 99-416 DC relative à la CMU. La loi prévoyait l'instauration d'un seuil couperet au dessus duquel les personnes étaient exclues de la protection complémentaire en matière de soins. Selon l'auteur, un tel dispositif était susceptible de porter atteinte au principe d'égalité dans la mesure où « il était plus que probable – pour ne pas dire certain – que l'institution d'un tel seuil couperet aurait pour effet d'interdire à certaines personnes disposant de ressources supérieures au plafond mais néanmoins insuffisantes pour supporter le coût d'une protection complémentaire d'accéder effectivement aux soins…»[942]. Aller à l'encontre de ce choix aurait conduit le Conseil constitutionnel à se placer sur un terrain « éminemment politique » puisque la solution alternative (« mettre en place une allocation personnalisée de santé dont le montant aurait été d'autant plus élevé que les ressources de l'intéressé se seraient trouvées proches du seuil couperet et d'autant plus faible qu'elles auraient été proches d'un plafond ») avait un coût plus élevé. Le Conseil constitutionnel « s'exposait ainsi au reproche de vouloir instaurer un « gouvernement des juges » puisque sa position l'aurait conduit à remettre en cause les options prises par le législateur et, au-delà, à augmenter sensiblement le coût financier du nouveau dispositif »[943]. S'agissant du principe d'égalité, de son coût et de la retenue du Conseil constitutionnel, on peut également évoquer le considérant de principe de cette même décision 99-416 DC : « le principe d'égalité ne saurait imposer au législateur, lorsqu'il s'efforce (…) de réduire les disparités de traitement en matière de protection sociale, de remédier concomitamment à l'ensemble des disparités existantes ».

La substance de l'obligation de légiférer subit le contrecoup de cette politique de *judicial self restraint*. Le Conseil constitutionnel estime ainsi, qu'il revient au législateur de « déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires ». Le choix des « modalités concrètes d'application »[944] des valeurs constitutionnelles reste libre. Seule la finalité de ces garanties est imposée par le Conseil constitutionnel puisqu'il indique que les garanties doivent tendre « à la réalisation de l'objectif défini par le Préambule »[945] ou de « permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre»[946], enfin globalement « d'assurer la sauvegarde des droits et des

[941] M.BORGETTO, « Le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité et les droits sociaux », in Textes réunis par Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré, *Frontières du droit, critique des droits. Billet d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, Recherches et travaux du Réseau européen Droit & Société à la Maison de sciences de l'homme, Vol. 14, 2007, p.243.
[942] *Ibid.*
[943] *Ibid.* p.243-244.
[944] 89-269 DC, précitée, (cons. 26)
[945] *Ibid.*
[946] 83-156 DC, précitée, (cons. 4)

libertés constitutionnellement garantis »[947]. La marge d'appréciation du législateur reste très largement préservée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui ne sanctionne ces « abstentions » que lorsque le législateur a manifestement méconnu le sens de sa fonction en matière de droits et de libertés. Danièle Lochak remarque ainsi que face à certains principes constitutionnels dont « le contenu intrinsèque demeure indéterminé », le Conseil constitutionnel laisse « au législateur le soin de déterminer les conditions de leur mise en œuvre. »[948]. D'ailleurs, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est toute en nuance dans la mesure où il n'exige pas que le législateur fixe lui-même l'ensemble du dispositif normatif propre à assurer l'effectivité des droits et libertés. Dans la décision 96-378 DC, le Conseil constitutionnel considère que le législateur peut déléguer au pouvoir réglementaire la mise en œuvre de la sauvegarde des droits et libertés de valeur constitutionnelle, mais qu'« il doit toutefois déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires » (cons.27). On voit bien ici la marge de manœuvre laissé au législateur dans l'exercice de sa compétence. Quant au choix des garanties propres à assurer la réalisation de ces valeurs constitutionnelles, il convient de remarquer que le Conseil constitutionnel exige que les règles fixées par le législateur soient « appropriées » afin de tendre à la «réalisation de l'objectif défini»[949]. L'affichage des intentions du législateur donne lieu à un contrôle de la part du juge qui vérifie que la loi fixe effectivement des garanties propres à assurer la réalisation de ces droits et libertés. Certains auteurs ont pu constater que le Conseil constitutionnel privilégiait « des libertés de premier rang » au dépend d'autres « moins importantes »[950]. À cet égard, les droits-créances sont identifiés comme appartenant à la deuxième catégorie : ainsi, Xavier Prétot remarque-t-il que « lorsque le principe constitutionnel se rapporte à une liberté individuelle ou collective de type classique, la compétence du législateur est étroitement liée (…). Lorsque le principe se rapporte au contraire à un véritable droit social, à un droit créance, le Conseil constitutionnel s'il en reconnaît le caractère éminent sur le fondement du Préambule de 1946, n'en admet pas moins, quant à sa mise en œuvre, un large pouvoir d'appréciation au Parlement et au gouvernement dans l'exercice de leurs compétences respectives »[951]. La retenue du juge constitutionnel en matière d'obligation de légiférer apparaît également en comparaison avec la jurisprudence d'autres Cours constitutionnelles. À cet égard, la Cour constitutionnelle

[947] 96-378 DC, précitée, (cons. 27)
[948] D.LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n°13, 1991, p.44.
[949] 89-269 DC, précitée, (cons.26)
[950] G.VEDEL, « La place de la Déclaration des droits de l'homme dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et la jurisprudence*, PUF, 1989, p.61. Dans le même sens, D.TURPIN, « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, n°2, 1985, p.87.
[951] X.PRÉTOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Droit social*, 1991, p.187.

d'Afrique du Sud s'est montrée particulièrement audacieuse dans une décision rendue en 1999. Il s'agit pour les juges d'apprécier la constitutionnalité d'une loi prévoyant la possibilité pour l'époux ou l'épouse d'un résident permanent sud-africain de bénéficier automatiquement d'un permis de résidence. La Cour constitutionnelle de Johannesburg va estimer que cette disposition constituait une discrimination injustifiée à l'égard des couples homosexuels. Elle décide alors de compléter l'article 25 de la loi en y intégrant après les termes époux, les mots « ou partenaires de même sexe dans une relation stable »[952]. Outre le comblement de la lacune, une telle position relève de ce que certains auteurs peuvent qualifier de « politiquement sensible ».

D'une manière générale, les limites que se fixe le juge constitutionnel en matière d'effectivité des droits fondamentaux contrastent avec la liberté d'interprétation théorique qui est la sienne. Si, comme nous l'avons constaté, l'imprécision, l'ambiguïté et le flou des dispositions constitutionnelles ne constituent aucunement des obstacles à leur valeur juridique, ces propriétés des dispositions constitutionnelles conduisent à laisser une marge d'appréciation importante quant aux conséquences normatives que l'on doit en tirer[953] : « Principes introuvables, principes à géométrie variable, principes au contenu élastique ou aux effets aléatoires… : la souplesse et la flexibilité des normes applicables découlent inexorablement de la subjectivité de l'interprétation par le juge des dispositions constitutionnelles »[954]. Plus ces termes sont généraux plus ils sont censés offrir au Conseil constitutionnel une large marge d'appréciation. Mais c'est en réalité le contraire que l'on constate : Plus les termes de la Constitution sont généraux, flou, ambigus et plus ils sont affectés d'une charge politique importante qui conduit le Conseil constitutionnel à se placer en retrait. De ce point de vue, l'imprécision, l'ambiguïté et le flou des dispositions constitutionnelles semblent profiter au législateur qui dispose d'une grande marge d'appréciation. Ainsi, « l'étendue des pouvoirs dont dispose le Conseil constitutionnel pour appliquer des textes vagues, ambigus et contradictoires est contrebalancée par la prudence, le tact avec lesquels il les utilise »[955]. Cette retenue a été à l'origine de critique doctrinale.

---

[952] Voir sur cette décision, l'article de D.RIBES, « Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1999 », *CCC*, n°9.
[953] D.Lochak explique à cet égard : « tout a été dit sur la liberté que laissent parfois au Conseil constitutionnel des dispositions ambiguës, vague, parfois contradictoires, dont il détermine discrétionnairement la valeur juridique et les conditions d'application ». D.LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n°13, 1991, p.43.
[954] *Ibid.*, p.43.
[955] *Ibid.*, p.41.

Section 2 Les critiques doctrinales suscitées par la « prudence » du Conseil constitutionnel

La figure du juge constitutionnel protecteur des libertés a naturellement conduit une partie doctrine à mener des analyses critiques pour évaluer la réalité de cette image (§1). Cette évaluation a conduit à l'énonciation de critiques dont nous pourrons dresser une typologie (§2).

§1 L'image du juge protecteur et le miroir de la doctrine

La mise en exergue de cette exigence d'effectivité de la Constitution (et donc des droits et libertés) constitue une justification formelle s'inscrivant dans « la construction de sa légitimité »[956]. Il s'agit ainsi pour le juge constitutionnel français de travailler son « image du juge protecteur des droits et libertés »[957]. Dans le cadre de cette entreprise de légitimation, la doctrine a joué le rôle de chambre d'écho[958]. Certains auteurs ont pu en déduire que « le Conseil constitutionnel est devenu un protecteur très efficace des droits et libertés des citoyens et des étrangers qui vivent en France »[959]. Dans le même sens, Robert Badinter avait présenté l'œuvre du Conseil constitutionnel en ces termes : « Du droit d'association au droit d'asile, il a toujours veillé au respect des libertés publiques et des droits fondamentaux de l'homme et du citoyen »[960]. Ces jugements présentant « un bilan globalement positif »[961] s'appuient sur un certain nombre de décisions ayant censuré des atteintes à des droits ou des libertés. On souligne alors « l'audace » du juge constitutionnel en matière de protection des

[956] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative », art. cit., p.252.
[957] *Ibid.*p.252.
[958] Yves Poirmeur rappelle que l'image d'un juge constitutionnel protecteur des libertés « est une représentation élaborée par les juristes d'État ». Il explique à cet égard que ces juristes « sont spécialisés dans le travail de légitimation » et que « sous couvert de neutralité scientifique, ils servent les intérêts des divers acteurs politiques en présence en leur fournissant des arguments et des justifications mis en forme juridiquement. » Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in Guillaume Drago, Bastien François et Nicolas Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Économica, Coll. Études juridiques, 1999, p.297. Sur cette question voir, Y.POIRMEUR et D.ROSENBERG, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in Danièle Lochak (Dir.), *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p.237-238.
[959] D.G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la Vè République*, Dalloz, 1995, p.208. Dans le même sens voir B.CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique,* Armand Colin, 1991, p.591.
[960] R.BADINTER, Le Monde, 23 novembre 1993, p.1. Cité par V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative », art. cit., p.252.
[961] D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n°13, 1991, p.41.

libertés[962]. Ainsi Jean Rivero évoque-t-il pêle-mêle, la décision du 16 juillet 1971 par laquelle le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle de la liberté d'association et censure le législateur sur ce fondement, la décision du 23 juillet 1975 qui constate l'atteinte au principe d'égalité résultant du pouvoir conféré au Président du tribunal de confier à un juge unique le cas de certains délinquants, la décision du 12 janvier 1977 par laquelle le Conseil constitutionnel censure les atteintes à la sûreté résultant de la disposition qui autorisait la fouille inconditionnelle des véhicules, et enfin, la décision du 9 juillet 1980 par laquelle le Conseil constitutionnel censure la disposition de la loi qui prévoyait le maintien en détention durant sept jours des étrangers menacés d'expulsion sans intervention de l'autorité judiciaire.

Parallèlement, la critique doctrinale, bien que subjective était inévitable dès lors que le Conseil constitutionnel mettait lui-même en exergue son rôle de protecteur des libertés. Un certain nombre d'auteurs a mis en doute la réalité matérielle de cette justification : « une controverse s'est donc ouverte autour de l'accomplissement par le Conseil constitutionnel de la performance qu'on lui prête »[963]. Ainsi Danièle Lochak formula-t-elle sa critique sous la forme d'une question : « le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? »[964]. Comme le relève Véronique Champeil-Desplat, la réponse à une telle question suppose de recourir à un ressort subjectif qui conduit « à évaluer les choix interprétatifs du Conseil constitutionnel, en prenant appui sur une conception exigeante de la protection des droits et libertés »[965]. À l'aune d'une telle conception, on pourra alors juger cette exigence en recul dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il s'agit d'envisager le contenu des décisions afin de ne pas se contenter des justifications explicites avancées par le juge ou de sa seule existence dans le système institutionnel. L'analyse se déplace puisqu'à partir de l'exigence d'effectivité de la Constitution assurée par le Conseil constitutionnel, la doctrine envisage l'efficacité du juge constitutionnel dans sa mission de gardien des droits et libertés constitutionnels[966]. L'image renvoyée par le miroir de la doctrine est ainsi beaucoup moins flatteuse.

---

[962] Pour Jean Rivero, « c'est au service des droits de l'homme que s'affirme l'audace » du Conseil constitutionnel, J.RIVERO, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n°13, 1991, p.13.

[963] Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in Guillaume Drago, Bastien François et Nicolas Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Économica, Coll. Études juridiques, 1999, pp.295-343.

[964] D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », Pouvoirs, n°13, 1991, p.48. On peut également évoquer dans le même sens l'article de Y.POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in Guillaume Drago, Bastien François et Nicolas Molfessis (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Économica, Coll. Études juridiques, 1999, pp.295-343.

[965] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative », art. cit., p.251.

[966] Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », art. cit., notamment p.304.

§2 Typologie des critiques doctrinales

Dans son analyse, Danièle Lochak constate que « l'opportunité de la plupart des invalidations prononcées par le Conseil constitutionnel n'est guère contestable »[967] mais estime que ce constat n'exclu pas la nécessité de porter « un regard un tant soit peu critique »[968] sur sa jurisprudence. Les critiques peuvent tout d'abord se ranger dans deux catégories : les critiques qui visent les censures et celles qui visent les non-censures.

C'est du côté de la non-censure que les critiques se font souvent les plus acerbes. Danièle Lochak expliquait lors d'un colloque : « un juge qu'on pourrait saisir très facilement et sur tout, mais qui n'invaliderait ni n'annulerait jamais, ne serait quand même pas un défenseur très efficace des libertés ! »[969]. Poursuivant cette logique, l'auteur interroge : « la différence de traitement entre les condamnés à la même peine qui peuvent subir des conditions libérales ou strictes de détention n'était-elle pas critiquable, bien qu'elle ait échappé à la censure du Conseil (27 juillet 1978) ? »[970]. Véronique Champeil-Desplats et Patrick Wachsmann renouvellent la critique dans leurs billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak. La première évoque la « baisse tendancielle du nombre de censures fondées sur les droits et libertés »[971] et estime que « certaines « non censures » ou timides réserves d'interprétation en ont laissé beaucoup dubitatifs »[972]. Pour le second, « à lire la jurisprudence récente, ce ne sont que procédures dérogatoires, restrictions croissantes aux libertés constitutionnelles, création de nouveaux fichiers qui se trouvent soumises à un examen sommaire qui s'achève invariablement par la constatation que les dispositions critiquées ne

---

[967] D.LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », art. cit., p.41.
[968] *Ibid.*,p.42.
[969] Danièle Lochak conclut en estimant : « Donc, il faut bien tenir compte du contenu des décisions ». Intervention de D.LOCHAK, *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, LGDJ-Montchrestien, 1988, pp.453-454. Cité par P.WACHSMANN, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », in Textes réunis par Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré, *Frontières du droit, critique des droits. Billet d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, Recherches et travaux du Réseau européen Droit & Société à la Maison de sciences de l'homme, Vol. 14, 2007, p.281.
[970] D.LOCHAK, Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ?, *Pouvoirs*, n°13, 1991, p.45, note 4. L'auteur s'interroge également sur le fondement de « la discrimination résultant de l'application de la loi sur l'emploi des jeunes quant à la mise en œuvre des procédures de participation entre des entreprises occupant le même nombre de salariés… », *ibid.*
[971] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative », art. cit., p.252-254.
[972] V.CHAMPEILS-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ou cerbère de la production législative », art. cit. p.253. L'auteur évoque alors les décisions 2003-467 DC relative à la loi pour la sécurité intérieure, la décision 2004-492 DC relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, la décision 2004-494 DC rendue sur la loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, la décision 2005-527 DC relative à la loi sur le traitement de la récidive des infractions pénales, la décision 2005-532 DC sur la lutte contre le terrorisme.

sont pas contraires à la Constitution »[973]. Lorsqu'il ne censure pas, les critiques visent un Conseil constitutionnel jugé trop timide[974] admettant trop facilement les justifications avancées par le législateur pour limiter les droits et libertés. Moins nourries[975], les critiques visent également les censures prononcées par le juge constitutionnel. Lorsqu'il censure, le Conseil constitutionnel est parfois jugé partial puisqu'il fait nécessairement prévaloir un droit ou une liberté sur un ou une autre. (ainsi de la décision loi de modernisation sociale 2001). Les critiques visant les censures sont souvent liées aux non-censures, c'est alors d'un filtrage déficient dont il est question.

Les critiques visant les non-censures et celles visant les censures peuvent se combiner pour aboutir à une critique relative à la défaillance du filtrage assuré par le juge constitutionnel. Cette critique fait écho à la fameuse formule de Jean Rivero qui évoquait le rôle du Conseil constitutionnel en ces termes : « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau »[976]. Danièle Lochak évoque de son côté « une vigilance à éclipses »[977] : «l'invalidation des dispositions les plus choquantes de certains textes peut servir de paravent au maintien d'autres dispositions dont les dangers, pour être moins évidents, n'en sont pas moins réels »[978]. C'est également le filtrage qui est mis en cause par Véronique Champeil-Desplats à propos de la décision 2005-532 DC[979]. L'auteur constate que « la censure de quelques mots est fondée sur la séparation des pouvoirs. Pour le reste, le Conseil n'y a rien vu à redire, pas même sur la mise en place du dispositif automatique de lecture des plaques minéralogiques et de photographies des passagers du véhicule au sujet duquel l'avis du 26 octobre 2005 de la Commission Nationale Informatique et Libertés avait été très réservée. »[980]. La critique est transversale enfin lorsqu'elle vise un effet de légitimation des

[973] En ce sens, Patrick Wachsmann estime qu' « il est possible de constater, sur le terrain des libertés, un recul du contrôle exercé sous les présidences d'Yves Guéna et surtout de Pierre Mazeaud. ». P.WACHSMANN, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », art. cit., p.281.
[974] Véronique Champeil-Desplats évoque la « timidité » du juge constitutionnel français. V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative », art. cit., p.253. Le même terme est utilisé par P.WACHSMANN, « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », art. cit., p.282.
[975] Nous excluons en effet du champ de l'analyse des critiques celles émanant des auteurs ou co-auteurs des lois censurées.
[976] J.RIVERO, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981 », *AJDA*, 1981.
[977] D.LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », art. cit., p.48.
[978] *Ibid.,* p.49.
[979] Décision 2005-532 DC du 19 janvier 2006. *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*. Recueil, p. 31
[980] V.CHAMPEILS-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ou cerbère de la production législative », art. cit. p.253.

lois non censurées par le Conseil constitutionnel qui bénéficient alors du « label constitutionnel du respect de ces droits »[981].

Les critiques visent également la politique jurisprudentielle de conciliation du Conseil constitutionnel qui place les droits fondamentaux sous le signe du relativisme et la jurisprudence du Conseil constitutionnel sous celui de l'imprévisibilité.

Cette politique de conciliation a permis au Conseil constitutionnel d'admettre des limitations aux droits et libertés explicitement consacrés par les textes constitutionnels au nom de principes créés « *ex nihilo* » par le juge constitutionnel[982]. Ainsi du droit de grève limité au nom du principe de continuité des services publics[983]. Véronique Champeil-Desplats remarque à cet égard, la « systématisation de la nécessité de concilier » les droits et libertés avec d'autres exigences constitutionnelles[984] : « Le Conseil constitutionnel rappelle dorénavant de façon quasi-systématique la nécessité de procéder à une conciliation des droits et libertés (et donc d'en restreindre la portée) avec d'autre exigence constitutionnelle, souvent d'ailleurs non expressément écrite dans le texte constitutionnel. »[985]. Ainsi de l'ordre public qui « autorise toutes les dérives sécuritaires »[986]. Ainsi de l'intérêt général qui constitue un fondement privilégié de la limitation des droits et libertés. Cette politique juridictionnelle de conciliation est alors perçue comme plaçant « l'ensemble des libertés constitutionnelles sous le signe du relativisme… »[987].

En matière de conciliation, le Conseil constitutionnel se voit également reprocher le caractère imprévisible de sa jurisprudence : « un fort coefficient d'incertitude s'attache aussi aux principes dont le contenu est plus ou moins précis, mais dont les effets, eux, sont aléatoires, soit que l'application du principe demande à être modulée en fonction des circonstances concrètes, soit qu'il doive se concilier avec un autre principe de valeur analogue »[988]. Cette marge d'appréciation rend d'une part imprévisible la jurisprudence du

---

[981] Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in Guillaume Drago, Bastien François et Nicolas Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Économica, Coll. Études juridiques, 1999, p.298.

[982] D.LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n°13, 1991, p.43-44.

[983] *Ibid.*, p.44. L'auteur fait référence à la décision du 25 juillet 1979.

[984] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative », art. cit., p.252-254.

[985] *Ibid.,* p.254.

[986] Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », art. cit. p.329.

[987] P.WACHSMANN, « Note sous la décision du 25 janvier 1985, État d'urgence en Nouvelle Calédonie », *AJDA*, 1985, p.362.

[988] D.LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », art. cit., p.44-45 et 48.

Conseil constitutionnel mais tend « à substituer l'arbitraire du juge à celui du législateur »[989]. Y.Poirmeur constate que « le premier reproche tient aux effets de la méthode du Conseil consistant à concilier des droits ou des libertés entre eux, qui l'amène à multiplier les jugements de valeur discutables… »[990]. Anne-Marie Le Bos-Le Pourhiet conteste le fait que le Conseil constitutionnel ne se demande pas si « éventuellement l'un de ces droits n'aurait pas une valeur morale et sociale éminemment supérieure à l'autre méritant que ce dernier soit sacrifié »[991].

La critique vise également les créations prétoriennes et les non-créations. Du côté des créations prétoriennes, nous avons pu relever la critique relative à l'apparition dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel de principes créés *ex nihilo* par le juge et qui lui permettent de limiter les droits et libertés explicitement consacrés : Ainsi de l'intérêt général[992] duquel le Conseil constitutionnel a déduit le principe de continuité des services publics et le principe d'ordre public. En outre, la critique vise l'arbitraire du juge dans la reconnaissance de certains principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Comme a pu le faire remarquer Véronique Champeil-Desplats, c'est le participe « reconnus » qui a le moins été analysé alors qu'il est le plus significatif[993]. De là cette question : qui reconnaît ? Sont-ce les lois de la République (donc le législateur passé) ou le Conseil constitutionnel lui-même ? « L'arbitraire du juge »[994] est alors au cœur de la critique : « L'acteur se trouve en effet toujours libre de consacrer ou non un PFRLR »[995]. Néanmoins, force est de constater que ces critiques s'appuient souvent sur les non-créations du Conseil constitutionnel. Parallèlement donc, la doctrine a pu émettre des critiques sur certaines non-créations du juge. Ainsi Danièle Lochak évoque-t-elle le principe de la gratuité de la circulation sur les voies publiques qui aurait pu être consacré comme PFRLR au regard des

---

[989] D.LOCHAK, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », in D.Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et droits de l'homme*, STH, 1990, p.18.

[990] Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », art.cit., p.326.

[991] A.-M. LE BOS-LE POURHIET, « À propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce-Pilate », *Pouvoirs*, n°59, 1991, p.165.

[992] Le secrétaire général du Conseil constitutionnel a pu faire remarquer que la notion d'intérêt générale était absente des textes constitutionnels. J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », *EDCE* n°50, 1999, p.375 et s.

[993] V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Économica-PUAM, Coll. Droit public positif, 2001, p.89.

[994] D.LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », art. cit., p.43. L'auteur fait notamment référence à « la transmutation d'exigences éthiques en règle de droit positif à la portée aussi incertaine que les principes moraux qui les inspirent – tel le « respect de tout être humain dès le commencement de la vie » … », *ibid.*

[995] V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République,* op. cit., p.128.

critères utilisés par le Conseil constitutionnel[996]. Véronique Champeil-Desplats évoque dans son billet d'humeur : « très faible nombre de consécrations de nouveaux droits et libertés constitutionnels »[997], bien qu'elle salue la récente création d'un PFRLR. En matière de création prétorienne, le Conseil constitutionnel se trouve confronté à ce dilemme stratégique : créer pour étendre son influence ou se retenir pour ne pas que soit instruit son procès en illégitimité[998].

[996] D.LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », art. cit., p.46. L'auteur fait référence à la décision du 12 juillet 1979. Elle constate que ce principe, « s'il n'a pas la noblesse des précédents (liberté d'association et liberté d'enseignement), il découle néanmoins aussi d'une loi de la République, voté de surcroît en 1880, soit à la même époque que les plus grandes lois républicaines ». *Ibid.*

[997] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative », art. cit., p.252-254.

[998] Sur ces questions, voir V.CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République,* op. cit. spécialement pp.241-249. Section 2 : Les limites de l'action du juge protecteur des libertés.

Conclusion du Titre III

Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel est placée sous le sceau de l'exigence d'effectivité de la Constitution, on peut constater qu'un certain nombre de limites s'impose au juge constitutionnel dans la mise en œuvre de cette exigence. Les valeurs constitutionnelles, énoncées de manière générale et abstraite tendent à favoriser le pouvoir du juge constitutionnel mais constituent dans le même temps un vecteur d'inhibition. La conciliation des droits et libertés antagonistes, la réalisation de l'intérêt général semblent en effet perçues par le juge constitutionnel comme relevant, dans une large mesure, du pouvoir d'appréciation du législateur. Stratégiquement, il est apparu nécessaire au Conseil constitutionnel de contrebalancer son « image du juge protecteur des droits et libertés » par l'image « du juge non maître du bloc de constitutionnalité »[999]. À travers les critiques formulées par une partie de la doctrine, on peut constater que l'exigence d'effectivité de la Constitution, explicitement imposée par le Conseil constitutionnel au législateur, n'est pas unanimement jugée atteinte. À cet égard, ces critiques se placent sur le terrain de l'évaluation de l'efficacité et/ou de l'effectivité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans son rôle de protecteur des libertés. Ce décalage apparaissait inévitable tant l'interprétation des valeurs constitutionnelles repose sur des conceptions subjectives. Il ne peut y avoir de « consensus sur ce que sont les droits de l'homme…»[1000]. Relevant entièrement de question de valeur, cette exigence apparaît comme étant insusceptible d'évaluation.

[999] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative »,art. cit., p.252.
[1000] Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », art. cit. p.318.

Conclusion de la Sous-partie I : Effet utile de la Constitution et obligation de légiférer :

> « Politique par la force des choses, mais se refusant à l'être pleinement, la jurisprudence du Conseil constitutionnel donne l'impression d'osciller continuellement entre l'audace et la prudence… » (D.Lochak)[1001]

L'effectivité de la Constitution renvoie à une certaine conception de la loi et de sa fonction dans le système normatif. On conçoit tout d'abord cette fonction de manière négative en ce sens que la loi doit empêcher. Elle est alors un « bouclier » ou un rempart contre l'arbitraire. Cette conception va, par la suite, se renouveler avec l'avènement de l'État providence. Cette évolution ne fera que souligner une fonction déjà présente dès 1789 et qui renvoie à la dimension active de la protection des droits et des libertés. Puisque la loi doit garantir les droits et les libertés, il lui revient de les concrétiser. La réalisation du « bonheur de tous », but ultime fixé par la Déclaration de 1789, passe ainsi par la garantie des droits-créances, énoncés par le Préambule de 1946. Le fondement de l'exigence d'effectivité repose ainsi sur une conception classique de la loi à laquelle se superpose une conception contemporaine. L'une et l'autre supposent d'envisager la loi comme une norme au service de la Constitution. Cette obligation peut être envisagée sous forme négative (la loi ne doit pas violer la Constitution) ou sous une forme positive (la loi doit assurer la réalisation des valeurs constitutionnelles). Néanmoins, cette distinction ne paraît pas satisfaisante dans la mesure où si l'on sanctionne la loi en raison d'une omission, on sanctionne une violation. Inversement, lorsqu'on sanctionne la loi pour une violation, on peut considérer qu'elle n'a pas réalisé les valeurs constitutionnelles. La distinction entre la violation par action et la violation par omission doit corrélativement être abandonnée.

L'effectivité de la Constitution apparaît clairement comme étant une exigence fondamentale imposée par le Conseil constitutionnel aux lois soumises à son contrôle. La loi doit ainsi être une courroie de transmission des valeurs proclamées par la Constitution.

Si l'effectivité de la Constitution implique une obligation de légiférer, comment justifier cette exigence ?

L'obligation de légiférer pour mettre en œuvre ces valeurs constitutionnelles peut-elle résulter de l'article 34 de la Constitution ? Dans la mesure où cette disposition est envisagée comme

[1001] D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », art. cit. p.47.

porteuse d'une norme attributive de compétence, il paraît difficile de la considérer comme le fondement d'une obligation de légiférer[1002]. L'article 34 prescrit à la loi d'intervenir dans certains domaines mais ne dit pas dans quel sens. L'obligation de légiférer afin de mettre en œuvre les valeurs constitutionnelles peut être déduite de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dont la logique repose sur l'intervention législative nécessaire à la sauvegarde et à la réalisation des valeurs qu'elle proclame[1003]. De même, certaines dispositions du Préambule de 1946 ouvrent la voie d'une telle interprétation puisque par définition, les droits-créances impliquent une intervention positive de l'État. L'obligation de légiférer résulterait ainsi du principe d'effet utile. Il nous semble que le fondement de cette obligation réside plutôt dans le croisement de l'article 34 de la Constitution et d'autres dispositions de valeur constitutionnelle contenues dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le Préambule de 1946. Cette obligation nous semble découler d'une logique de fonctionnement du système normatif dans son ensemble. Prises isolément, aucune de ces dispositions ne suffit à fonder une telle obligation. Cette dernière ne peut résulter que d'une lecture combinée de ces différents éléments du bloc de constitutionnalité. La consécration des droits et libertés de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel a joué comme l'élément déclencheur d'une réaction en chaîne. La reconnaissance de leur valeur constitutionnelle supposait nécessairement que ces droits et libertés soient effectifs (effet utile). C'est la combinaison de ces dispositions constitutionnelles qui ouvre la voie d'une obligation de légiférer. Celle-ci résulte ainsi d'une construction dogmatique opérée par le juge. La manifestation la plus saisissante du pouvoir du Conseil constitutionnel se traduit par sa faculté d'adopter une telle conception de l'ordonnancement normatif. Ce pouvoir est d'autant plus important qu'il s'appuie sur un critère pour le moins solide : celui de la cohérence du système normatif[1004].

[1002] Selon J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, « Certes, l'article 34 détermine un champ de compétence réservé au législateur, mais il ne comporte aucune disposition l'obligeant à légiférer, par exemple au vu de certaines circonstances. Il est donc a priori loisible au législateur d'intervenir sur telle ou telle matière figurant dans une rubrique de l'article 34, ou de la laisser en friche, ou encore de maintenir en l'état la législation existante. », J.-M. GARRIGOU-LAGRANGE, « L'obligation de légiférer », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p.305. Sur les autres articles de la Constitution pouvant être interprétés comme posant une obligation de légiférer (article 47 et 47-1 relatifs aux lois de finance et aux lois de financement de la sécurité sociale) voir GARRIGOU-LAGRANGE, *ibid*. Plus récemment, la loi constitutionnelle n°99-569 du 8 juillet 1999 relative à la « parité », a conduit à une interrogation sur le point de savoir si elle induisait une obligation de légiférer afin de favoriser «l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ». Le Conseil constitutionnel a tranché cette question en y répondant par l'affirmative. Voir sa décision 2000-429 DC 30 mai 2000. *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*. Recueil, p. 84 , (cons. 7).

[1003] Voir Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op.cit., p.139.

[1004] A.VIDAL-NAQUET estime que « sans l'intervention du pouvoir d'application législatif, le mécanisme global, voulu par le constituant, serait défectueux. », thèse précitée, p.49.

L'exigence d'effectivité permet d'envisager la loi au regard de son rapport avec la Constitution, norme qui lui est supérieure et dont elle doit assurer le respect. Néanmoins, ce rapport internormatif est purement abstrait. Les valeurs constitutionnelles sont respectées « sur le papier ». L'appréciation du contenu de la loi conduit alors à s'interroger sur le rapport qu'entretient la loi avec la réalité. C'est alors l'exigence d'efficacité dont il est question. La recherche d'efficacité succède logiquement à la recherche d'effectivité.

SOUS PARTIE II

L'EXIGENCE D'EFFICACITE DE LA LÉGISLATION

> « Et si l'on se mettait à rêver ! Le législateur n'aurait ni foucades, ni saccades. Il ne connaîtrait ni tergiversations, ni résignation. La loi serait toujours utile, adaptée et efficace. Le législateur n'agirait ni à la légère, ni à l'aveuglette. Il se soucierait de l'opportunité et de la qualité des mesures qu'il édicte. Puis, il en analyserait les effets et pallierait leurs insuffisances. Il ne légiférerait pas sans « études d'impact », sans évaluation rétrospective du droit existant et sans appréciation prospective de celui qu'il prépare. Dans le doute, il procéderait par expérimentations. Pour étayer ses décisions, il recourrait à des experts et s'appuierait sur leurs expertises. Ce législateur éclairé sculpterait des lois parfaites… » (Jean-Louis Bergel)[1005]

L'efficacité d'un outil s'entend « de son aptitude à procurer le résultat en vue duquel il a été conçu »[1006]. L'exigence d'efficacité impose à la loi de s'inscrire dans le réel lorsque la Constitution fixe l'horizon à atteindre : l'idéal. La qualité de la loi s'appréciera ici au regard de sa rationalité interne[1007], c'est-à-dire de son agencement intrinsèque, du réalisme des objectifs fixés, de l'adéquation des moyens mis en œuvre pour les réaliser.

L'efficacité s'intéresse de manière pragmatique à la capacité de la loi à produire dans la réalité les effets recherchés[1008]. L'émergence de cette exigence est présentée comme le symptôme d'une évolution de la conception du droit. Alors que la loi était présumée rationnelle[1009], elle s'est vue soumise « à l'épreuve du jugement critique »[1010]. Cette évolution

---

[1005] J.-L.BERGEL, Préface, in C.-A. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993, p.9.

[1006] A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », *D.* 1992, p.265.

[1007] Rappelons que la cohérence externe visait l'adéquation de la loi au regard de son environnement normatif, c'est-à-dire en tant que pièce de l'édifice de la pyramide des normes.

[1008] « Dans le domaine qui nous occupe ici, il est plutôt question d'efficacité extra-juridique, socioéconomique. Cette qualité doit s'entendre, s'agissant de l'ordre juridique considéré dans son ensemble, de sa réussite dans les missions sociétales générales qu'on lui assigne : il s'avère efficace s'il réalise la justice, assure l'ordre et la sécurité, rend prévisibles les actions et leurs résultats , etc. S'il est question d'une norme singulière ou d'un corps particulier de règles, cette efficacité réside dans l'obtention du résultat recherché par l'autorité qui l'a édicté : la délinquance baisse, la situation de l'emploi ou l'état de l'environnement s'améliore, le flux d'affaires portées devant les tribunaux diminue, le traitement de dossiers ou de litiges s'accélère, l'état de surendettement des particuliers diminue, etc.». A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », art. cit., p.265.

[1009] « Incarnation de la Vérité, de la Raison, de la Justice, la loi apparaît comme un acte incontestable et sacré, dont le bien fondé ne peut être mis en doute ; elle ne saurait être soumise à l'épreuve du réel. ». J.

est elle-même liée à l'émergence de l'État providence qui a conduit à une évaluation des performances du droit. Dès lors que la loi est envisagée comme un instrument de régulation et/ou de transformation de la société, elle appelle une évaluation de son efficacité. La légistique matérielle, comme discipline spécifique, s'inscrit dans cette perspective en proposant une méthode d'élaboration de la loi dont l'objectif est la recherche d'une plus grande efficacité de la norme[1011].

Si la légistique fournit des solutions pour une plus grande efficacité de la loi, la question se pose de savoir comment sont réceptionnés ces principes et préceptes méthodologiques dans le contentieux constitutionnel. À cet égard, il convient de constater que ces principes méthodologiques n'ont pas acquis la valeur de principes constitutionnels. S'ils sont partiellement consacrés dans la pratique, ils demeurent relégués au rang de préceptes méthodologiques sans force juridique.

Des quatre exigences identifiées comme composantes de l'idéal législatif du Conseil constitutionnel, celle-ci constitue une « anomalie ». Il serait malhonnête de prétendre que la lecture des décisions du Conseil constitutionnel a révélé une telle exigence d'efficacité. En effet, au regard de cette exigence, le Conseil constitutionnel se voit imposer davantage de limites qu'il ne dispose de pouvoir. La raison se situe ici dans l'absence de règles constitutionnelles qui imposeraient explicitement une telle exigence d'efficacité. La raison se situe également dans les caractères du contrôle de constitutionnalité des lois en France qui ne semble laisser place qu'à un contrôle de conformité abstrait entre les normes constitutionnelle et législative[1012].

Néanmoins, cette exigence apparaît comme un corollaire de celle ayant trait à l'effectivité des valeurs constitutionnelles. À défaut d'efficacité, les lois ne pourraient être effectivement le vecteur des valeurs constitutionnelles. J. Bentham associe à cet égard les lois inefficaces à la tyrannie[1013]. Cette exigence se déduit implicitement du caractère rationnel du

---

CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français. », in C.-A. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales,* op. cit., p.122.

[1010] J.CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? », art. cit., p.668.

[1011] C-A. Morand considère que la légistique « énonce des règles pragmatiques d'expérience destinées à renforcer l'efficacité de la législation ». C-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », in C.-A. Morand (dir.), *Légistique matérielle et légistique formelle*, op. cit., p.33

[1012] Le doyen Vedel rappelle à cet égard qu'il ne faut pas oublier « qu'il s'agit d'un contrôle abstrait et *a priori* qui, sauf rares exceptions, ne comporte pas d'examen de fait ». G. VEDEL, « Réflexion sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R.Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p.537. Dans le même sens, G.Drago explique que « le contrôle abstrait est par nature plus éloigné des éléments de fait, surtout lorsqu'il est exercé *a priori* », G.DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF-Thémis, Paris, 1998, p.35.

[1013] J. Bentham évoque largement la question de l'inefficacité de la législation : « Un système juridique qui se compose de lois mal connues, aux interprétations controversées et à l'application hasardeuse, est en tant que tel

système normatif : on peut raisonnablement postuler que la détermination des objectifs par constituants renvoie à une loi conçue de manière à les atteindre[1014]. À cet égard, la doctrine a largement contribué à faire de l'efficacité de la loi une exigence fondamentale déterminant sa qualité[1015]. En outre et paradoxalement, ce sont les initiatives du législateur qui ont ouvert la brèche d'un contrôle de constitutionnalité relatif à cette exigence. En effet, alors que les pratiques législatives évoluent en laissant notamment une place grandissante à l'expérimentation et l'évaluation, le Conseil constitutionnel se trouve être en mesure d'exercer un droit de regard sur ces nouvelles méthodes d'élaboration de la loi. L'influence du Conseil constitutionnel sur l'exigence d'efficacité de la loi transite par son pouvoir de faire respecter la Constitution. Les ressorts lui permettant d'imposer cette exigence se trouvent en effet subsumés par ceux qu'il mobilise pour imposer l'effectivité des normes constitutionnelles. L'exigence d'efficacité est non seulement déduite de l'exigence d'effectivité, mais elle apparaît de surcroît subordonnée à cette exigence première.

Il s'agira donc dans cette sous partie de cerner les caractéristiques de cette exigence et d'identifier dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel les indices de sa prise en compte sur un plan juridictionnel. La singularité de cette exigence dans le cadre de la jurisprudence du Conseil explique ainsi le découpage particulier de cette sous partie puisque les pouvoirs et les limites du Conseil constitutionnel seront envisagés dans un seul et même développement (Titre II, Les pouvoirs limités du Conseil constitutionnel). Nous pourrons constater que les limites du Conseil constitutionnel pour imposer cette exigence l'emportent largement sur son pouvoir. Si le Conseil constitutionnel ne semble pas hermétique par principe à une telle logique d'efficacité, force est de constater sa retenue dans ce domaine. La définition des objectifs, la détermination des moyens, l'évaluation et l'expérimentation ; chacune des étapes d'une « élaboration méthodique de la loi » révèle les limites du pouvoir du Conseil constitutionnel et/ou sa retenue.

---

tyrannique… ». Bentham engage les dirigeants à prendre la responsabilité d'établir des lois claires et de les faire appliquer à coup sûr, sans retard, vexations, ni dépense publiques excédant ce qui est strictement nécessaire » M.-L. LEROY, *Jeremy Bentham. Garanties contre l'abus de pouvoir et autres écrits sur la liberté politique.* Éd. ENS Rue d'Ulm, Coll. Versions françaises, Paris, 2001, p. 215.

[1014] Implicitement, l'efficacité de la loi est déductible de la Constitution incluant la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du Préambule de 1946. Les auteurs d'un texte ne peuvent fixer des objectifs sans souhaiter que l'on fasse en sorte de les atteindre. Le caractère rationnel de la loi suffit à déduire cette exigence.

[1015] Le terme doctrine s'entend ici comme dépassant la seule communauté d'auteur se rattachant à la légistique. On peut à cet égard renvoyer à l'article de Guy Carcassonne intitulé « penser la loi », qui sans évoquer les notions de « technique législative » ou de « légistique », fait largement référence à l'exigence d'efficacité de la loi. G. CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n°114, *La loi*, 2005.

Nous pourrons donc envisager les fondements de l'exigence d'efficacité (Titre I), pour ensuite étudier les moyens limités développés par le Conseil constitutionnel pour la réaliser (Titre II).

TITRE I

LES FONDEMENTS DE L'EXIGENCE D'EFFICACITÉ

Auparavant, l'efficacité de la loi était présumée en raison justement de son caractère rationnel. Cette conception reposait « sur une confiance absolue placée dans le droit, qui conduit au fétichisme de la règle : la norme juridique tend à être prise pour la réalité même, capable de faire advenir ce qu'elle énonce… »[1016]. L'époque contemporaine a vu cette logique poussée à son terme par la « doctrine légistique ». La loi se trouve désormais sujette à une appréciation relative à ses performances sur le réel. Si la loi est un acte de raison, elle doit se confronter à une évaluation selon des méthodes scientifiques. La perception d'une crise de la loi à l'époque contemporaine trouve ses fondements dans une analyse qui ne situe plus la loi sur un piédestal, mais qui au contraire soumet cet acte au jugement critique. Dans le même temps, on peut constater que cette exigence se raccroche à la tradition constitutionnelle française qui envisage la loi comme un acte rationnel. La loi étant un acte rationnel par nature, elle doit donc être élaborée rationnellement. Ainsi, entre la modernité (qui postule la rationalité de la loi) et la post-modernité (qui soumet ce postulat à l'épreuve d'une analyse scientifique), il n'y a pas rupture mais prolongement[1017] puisque l'on passe d'une « raison postulée » à une « raison éprouvée » : « La rationalité du droit ne se présume plus : la norme est désormais passée au crible de l'efficacité, qui devient la condition et la caution de sa légitimité. »[1018].

Cette évolution est due à une pluralité de facteurs. L'évolution du droit comme instrument de l'État providence a conduit à faire peser sur la loi une obligation de résultat (Chapitre 1). Parallèlement, le développement des sciences sociales a largement alimenté la recherche d'efficacité de la loi (Chapitre 2). Ces deux facteurs imbriqués expliquent ainsi que la recherche d'efficacité se soit superposée à la recherche d'effectivité.

[1016] J.CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne », art. cit., p.668.
[1017] *Ibid*.
[1018] *Ibid.* p.669.

Chapitre 1

Les évolutions contemporaines du droit et l'émergence d'une culture du résultat

Les évolutions contemporaines du droit ont conduit à déplacer l'analyse juridique sur le terrain de la recherche d'efficacité[1019]. Les objectifs ambitieux fixés au législateur dans le cadre de l'État providence ont en effet amené les légistes à penser la loi au regard de sa capacité à réaliser de telles ambitions. Les nouvelles ambitions de la loi (Section 1) se traduisent par l'émergence d'une culture de résultat (Section 2).

[1019] Voir F.RANGEON, « Réflexion sur l'effectivité du droit », *in Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, p.130. L'efficacité, notion d'origine économique renvoie « au caractère d'un acte ou d'une décision qui produit l'effet recherché par son auteur ».« l'efficacité mesure un résultat en fonction d'un objectif et dans des conditions données. Elle suppose ainsi des critères d'appréciation tels que le bilan du coût et des avantages d'une législation », *ibid*.p.131.

Section 1 Les nouvelles ambitions de la loi

Avec l'émergence de l'État providence, la loi a investi de nouveaux territoires normatifs. La diffusion ou propagation des règles de droit dans tous les secteurs de l'activité humaine a induit une mutation de la norme (§1). Cela s'est traduit par l'émergence de nouveaux types de législation (§2).

§1 Propagation du droit et mutation normative

Les nouveaux défis adressés au législateur ont fait de la loi un instrument de réalisation des politiques publiques. Les finalités de l'action étatique définies en 1946 se superposent à celles définies par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Réaliser « le bonheur de tous » à travers les politiques de santé publique, d'environnement, d'éducation, de culture et même de loisir, telle est désormais la fonction du droit, et donc de la loi. Le droit envahit l'ensemble des secteurs des activités humaines[1020]. L'acte normatif est toujours associé à la poursuite d'objectifs mais les buts du droit se sont diversifiés. On peut à cet égard parler de « transformation du rôle de l'État dans la société et du rôle du droit – et de la loi en particulier – en tant que moyen d'action ou d'instrument de la régulation étatique »[1021]. Le législateur doit ainsi s'adapter à de nouveaux champs d'intervention normative[1022] quitte à faire évoluer la notion même de norme[1023].

L'évolution des missions du législateur a en effet conduit à une mutation de la norme législative qui s'adapte à ces nouveaux domaines. Cette mutation s'est en effet traduite par le recours systématique (parfois présenté comme abusif) aux objectifs au sein des législations :

[1020] Ce constat est notamment établi par le rapport final du programme national de recherche n°6 mené en Suisse. Les auteurs constatent : « Au cours des dernières décennies, la capacité d'action de l'État a été soumise à des exigences accrues, à la suite de l'augmentation des tâches confiées à l'État social et à la diversification des valeurs. Les nouvelles politiques globales (construction des routes nationales, politique énergétique, protection de l'environnement), tout comme la complexité croissante des domaines classiques d'intervention (agriculture, logement) illustrent bien les transformations qu'a subies le processus de décision. », *La décision politique en Suisse. Genèse et mise en œuvre de la législation*, éd. Réalités sociales, Trad. J.-D. DELLEY, Avant propos, p.9.

[1021] L.MADER, « La législation : une science en devenir ? », in *La science de la législation*, Travaux du centre de philosophie du droit, Paris II, 1988, p.12.

[1022] Le droit administratif a connu une profonde évolution en s'efforçant « de maîtriser des réalités extrêmement rebelles au contrôle public : l'aménagement rural, l'environnement, l'urbanisme en sont des exemples typiques. » Ce recours incontournable aux objectifs a conduit le droit administratif à devenir un « un droit finaliste… ». J-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991, p.336-337.

[1023] Sur ces évolutions, voir particulièrement l'article de P.AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p.275 et s. Voir également, A. HOLLEAUX, « La fin des règles générales », *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, n°39, Juillet/Septembre 1976, p.7 et s.

« La question des objectifs recèle bien une évolution historique. La fréquence de plus en plus grande de déclaration d'objectifs dans les textes, notamment législatif, ressortit à la technologie juridique de l'Etat providence, qui, comme l'écrit Charles-Albert Morand, « consiste à trouver des finalités et à mettre en place une panoplie d'instruments juridiques ou non considérés comme aptes à provoquer des changements, dans les systèmes sociaux dans lesquels on se propose d'intervenir (…) alors que la technique juridique issue des Lumières et de la Révolution française s'exprimait dans une structure conditionnelle permettant au juge de trouver la solution d'un litige à partir d'une règle générale et abstraite, grâce au syllogisme juridique. »[1024].

Cette évolution des missions de l'État a en effet induit une mutation du procédé normatif. Hier, cantonnée à la permission, l'interdiction et la sanction, la loi emprunte désormais d'autres voies que celle de la contrainte pour s'adapter à la réalisation de programmes politique en incitant, encourageant, favorisant[1025]. Cette constatation est récurrente dans la doctrine. Le droit changerait de nature et la notion de norme tendrait corrélativement à se diluer. J.B Auby évoque ainsi la « …tendance qu'a le législateur contemporain à faire précéder, ou à entourer les normes contraignantes qu'il pose de déclarations de principe, de programme politique spéciaux, d'affirmation concernant les fins dernières de l'action étatique dans le domaine considéré. »[1026].

Ces nouveaux procédés normatifs se superposent aux procédés classiques (permission/ interdiction) pour conduire à un éclatement de la notion de loi. On distingue à cet égard, à notre époque, différents types de législation. J-D. Delley et A. Fluckiger[1027], évoquent ainsi la distinction opérée par Luhmann entre les «programmes finalisés » et les « réglementations conditionnelles », ou celle utilisée par Hayek qui oppose les législations « plan de bataille » (taxis) aux « réglementations faites de règles générales et impersonnelles » (Kosmos)[1028]. Ces

---

[1024] J-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991, pp.336-337.

[1025] Paul Amselek estime à cet égard qu' « il conviendrait de rompre avec nos habitudes de pensée héritées du passé et de mettre résolument nos idées en accord avec les faits : il n'est plus possible aujourd'hui d'identifier le droit seulement à un ensemble de commandements ; même si ces derniers restent quantitativement largement dominants, on ne peut plus fermer les yeux sur ces autres instruments juridiques que sont les recommandations des pouvoirs publics. ». P.AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », art. cit. p.289.

[1026] J-B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, n°3, p.674.

[1027] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », *in* R.Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit., p.88.

[1028] Sur cette distinction, v. N.LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 2è ed., 1983, p.88. Voir également : H.WIILKE, « Trois type de structures juridiques : programmes conditionnels, programmes finalisés et programmes relationnels », *in* C-A. MORAND (ed.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, Coll. Droit public et institutions politiques, 1991, p.65.

distinctions ont ceci en commun qu'elles opposent les législations de type classique aux législations qui seraient caractéristiques d'un « droit post-moderne ». Cette évolution des procédés normatifs est devenue relativement commune, comme en témoigne l'émergence des normes communautaires telles que les directives[1029]. En droit interne, cela s'est traduit par l'avènement des lois de plan, des lois de programmes et des lois d'orientation.

§2 Les nouveaux types de législation

Dès lors qu'il s'est agi pour le législateur de conquérir de nouveaux territoires normatifs, il a été amené à faire évoluer la technique législative. Plusieurs types de lois traduisent la prise en considération d'une méthodologie destinée à assurer l'efficacité de la loi. Ces différentes lois traduisent ainsi la volonté politique de changer une situation de fait jugée indésirable[1030]. Elles définissent des objectifs et mettent en place des moyens destinés à les atteindre.

La planification traduit cette exigence d'efficacité de la loi[1031] : « Dans les années d'après guerre où la planification était à la mode, on rêvait de la constitution d'un immense état major qui aurait eu pour fonction de déceler assez tôt les grands problèmes sociétaux et de planifier dans le temps l'adoption des lois susceptibles de les résoudre. L'idée était de favoriser l'avènement d'un État actif et non réactif… »[1032]. S'agissant de « la loi de plan », on peut à cet égard mentionner la loi du 29 juillet 1982 qui prévoit une succession de deux lois, la première définissant « les choix stratégiques et les objectifs ainsi que les grandes actions proposées pour parvenir aux résultats attendus », et la deuxième définissant « les mesures juridiques, financières et administratives à mettre en œuvre pour atteindre les objectifs de la première loi de plan »[1033]. Il est à cet égard délicat de distinguer les lois de plan et les lois de programme du point de vue de leur mode opératoire : Un ministre de l'éducation nationale déclarait en 1959 : « On a trop souvent critiqué l'État en disant que s'il agissait d'une manière plus coordonnée,

---

[1029] J-B. Auby explique : « il y a d'abord, le cas assez particulier, des directives communautaires, qui, par essence, assujettissent ceux qui ont à les appliquer à des normes d'objectifs, car elles ont précisément pour fonction de fixer des objectifs en laissant aux Etats le soin de déterminer les moyens. La jurisprudence administrative vérifie que l'administration s'est bien tenue aux buts qu'elle fixe ». J-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991, p.329.

[1030] « Beaucoup de loi d'orientation ont été votées en période de crises socio-économiques ou de crise politique ». A.H. MESNARD, « La notion de loi d'orientation sous la Vè République », *RDP*, 1977, p.11

[1031] Voir A. FLUCKIGER, « La planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique ? », in C.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, op. cit., pp. 117-138.

[1032] C.-A.MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit., p.21. Sur cette question voir, H.MINZBERG, *Grandeur et décadence de la planification stratégique*, Paris, Dunod, 1994.

[1033] Cité par B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 77, 1993, p.131.

plus suivie, plus rationnelle, il tirerait un bien meilleur rendement de l'argent qu'il dépense… C'est pour répondre à ce genre de critique que nous déposons aujourd'hui cette loi de programme »[1034].

Les lois d'orientation traduisent également une démarche législative emprunte d'une recherche d'efficacité. En effet, ces lois comprennent généralement une première partie consacrée à la définition des « principes généraux ». La loi d'orientation du 12 novembre 1968 relative à l'enseignement supérieur dispose dans son article 1er alinéa 1er : « Les universités (…) ont pour mission fondamentale l'élaboration et la transmission de la connaissance, le développement de la recherche et la formation des hommes ». Pourtant, les lois d'orientation ne se résument pas à ces dispositions parfois jugées par la doctrine comme étant dénuées de portée normative[1035]. Elles contiennent en outre un dispositif plus ou moins développé pouvant contenir des dispositions assez hétérogènes et liées aux modalités concrètes de réalisation des objectifs qu'elles se fixent. Bien souvent, ces lois adressent des injonctions au Gouvernement. Ces injonctions peuvent viser le dépôt par le Gouvernement, dans un délai déterminé, d'un projet de loi ou plus spécifiquement de mener des actions économiques et sociales dans le sens déterminé par la loi. Ainsi la loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980 comprend de nombreuses dispositions visant à fixer un cap pour le Gouvernement dans le domaine envisagé. Son article 3 dispose ainsi : « le Gouvernement s'attache à obtenir de la Communauté économique européenne la prise en compte des objectifs de la présente loi dans ses décisions »[1036]. En dehors des déclarations d'intention et des injonctions, ces lois peuvent développer dans leurs dispositifs de véritables instruments de réalisation des objectifs fixés. Les lois d'orientation sont souvent à l'origine de la création d'organismes destinés à concrétiser les objectifs définis par la loi. On peut à cet égard la Commission nationale des cumuls des terres agricoles créée par la loi du 8 août 1962, le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche crée par la loi du 12 novembre 1968, le Conseil supérieur de l'éducation, le Conseil national des programmes et le Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel crée par la loi du 10 juillet 1989. En outre, ces lois sont bien souvent conçues

[1034] Loi n°59-913 du 31 juillet 1959 relative à l'équipement scolaire et universitaire. Cité par B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 77, 1993, p.13

[1035] Cette caractéristique fonde ainsi une grande partie des critiques adressées à ce type de loi présentées comme des catalogues de déclaration d'intention sans portée normative (voir *infra*, Deuxième Partie, Sous partie I, Titre I).

[1036] Voir également les articles 5, 6, 18, 19, 26, 72 et 73 de la même loi. Cité par B.BAUFUMÉ, Thèse précitée, p.152.

pour permettre une association des acteurs concernés. A.H. Mesnard constate ainsi que « l'étude de l'élaboration et de la mise en œuvre des lois d'orientation démontre amplement qu'au-delà d'une très large participation parlementaire, c'est un consensus avec les intéressés sociaux concernés que cherche à obtenir le Gouvernement »[1037]. Dans cette perspective, les lois d'orientation peuvent être à l'origine de la création de structures destinées à associer les professionnels concernés et les pouvoirs publics dans la gestion des politiques publiques. La loi d'orientation du 12 novembre 1968 a ainsi créé les Conseils régionaux de l'enseignement supérieur et de la recherche. Celle du 30 décembre 1982 a créé les Comités régionaux et départementaux des transports.

Si ces lois traduisent une recherche d'efficacité, on peut néanmoins et curieusement constater que ces lois sont l'objet de critiques récurrentes qui les associent au verbiage du législateur, à l'énoncé de déclaration d'intention dépourvue de valeur normative. Ces critiques adressées aux lois d'orientation, aux lois de programme ou aux lois de plan s'appuient sur la disproportion entre les intentions affichées par le législateur et les moyens mis en œuvre pour les concrétiser. Ces critiques visent alors davantage le fond (l'inefficacité de la loi) que la forme (l'épaississement de la loi par la présence de neutron).

Ces nouveaux types de législation comme les critiques qui les visent traduisent d'une manière générale l'émergence d'une culture du résultat.

[1037] A.H. MESNARD, « La notion de loi d'orientation sous la Vè République », *RDP*, 1977, p.1177.

Section 2 L'émergence d'une culture de résultat. La recherche d'efficacité de la loi

Ces nouveaux procédés d'intervention normative sont particulièrement adaptés à une évaluation de leur efficacité. En effet, lorsque la loi prétend changer les relations au sein des entreprises, gérer le marché de l'emploi, réduire l'exclusion sociale, elle se situe elle-même sur le terrain de l'efficacité : « En se fixant des buts ambitieux de régulation et même de transformations sociales, l'État instrumentalise le droit en vue d'obtenir des résultats »[1038]. Il s'agit de savoir si la loi parvient à ses fins… si elle atteint ses objectifs en tant qu' « instrument du changement social » ou comme « technique de gestion »[1039]. On peut en effet constater que les évolutions du droit consécutives à l'avènement de l'État providence[1040] ont conduit assez logiquement à l'émergence d'une culture du résultat qui affecte « toutes les branches du droit… »[1041]. Dès lors que le droit prétend « procurer, ou au moins favoriser, certains changements dans l'état de la société ou les pratiques des membres du corps social (…) n'est-il pas logique, sinon nécessaire, que l'on s'attache à apprécier les effets concrets ou l'efficience de ces instruments juridiques de changement ou d'amélioration des données socio-économiques ? »[1042]. Pour J.Chevallier, « l'État, en s'immisçant directement dans le jeu social, en descendant dans l'arène, a perdu le privilège de la transcendance : la légitimité ne lui est plus acquise de plein droit mais au vu de la pertinence des actions engagées ; l'instrumentalisation croissante du droit, conçu au stade de l'État providence comme un moyen d'action au service de l'État, ne le place plus de plein pied dans l'ordre du rationnel… »[1043].

Dès lors que la loi devient l'instrument des politiques publiques, destinées à changer la réalité sociale, le mode de raisonnement juridique s'en trouve affecté. Mme Loschak et M. Chevallier présentent ainsi une évolution qui a conduit à une mutation du raisonnement juridique : « au mode de raisonnement analytique, linéaire et déductif caractéristique de la logique juridique…s'oppose un raisonnement synthétique, systémique et téléologique, qui

---

[1038] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER , « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.83.
[1039] Voir F.RANGEON, « Réflexion sur l'effectivité du droit », *in Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, p.127.
[1040] Sur l'État providence, on peut se reporter à l'ouvrage de P.ROSANVALLON, *La crise de l'État providence*, Paris, 1981.
[1041] A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », *D.* 1992, p.264.
[1042] *Ibid.*, p.264.
[1043] J.CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? », art. cit. p.669.

permet de mieux appréhender la complexité du réel, donc favorise l'efficacité de l'action »[1044]. Le critère de l'efficacité est l'expression d'un glissement de la notion de légitimité. On n'obéit plus à la loi parce qu'elle est loi, expression de la volonté générale, on obéit à la loi parce qu'elle est efficace. L'efficacité se substitue au critère organique de la loi pour la légitimer : « Il faut par ailleurs constater que l'efficacité – la « performance » - tend à prédominer parmi les critères de légitimité des « œuvres de civilisation » et des actions publiques. Au point de rivaliser avec la conformité aux valeurs ou avec la régularité formelle pour assurer la légitimité des règles de droit »[1045]. Dans le même sens, J.Chevallier et D.Lochak décrivent ce glissement : « à « une légitimité fondée sur la régularité des procédures mises en œuvre sur la conformité à la loi des conduites et des comportements, se substitue une régularité fondée sur l'efficacité des actions entreprises, sur la capacité d'atteindre des objectifs préalablement fixés »[1046]. Dans le rapport du Conseil d'État pour 1996, on peut lire : « l'approfondissement de la démocratie a rendu les citoyens méfiant à l'égard des décisions imposées d'en haut sans concertation préalable. Les pouvoirs publics se doivent aujourd'hui davantage qu'hier, de convaincre de la nécessité des réformes et, dans ce but, d'en démontrer concrètement la pertinence avant de les traduire par la règle de droit »[1047]. Pour C.Mamontoff, « il s'agit pour l'État d'être efficace sans quoi c'est la légitimité même de son action et de sa gestion qui risque d'être remise en cause »[1048]. L'efficacité prouvée d'une législation apparaît alors comme un moyen d'emporter l'adhésion des citoyens. À cet égard, l'évaluation des lois constitue un procédé de légitimation de l'action des pouvoirs publics[1049]. On comprend dès lors le rôle essentiel que jouent les procédés d'évaluation de la norme et la raison pour laquelle des autorités normatives comme le Parlement acceptent de s'y soumettre.

L'auteur de la loi ne peut échapper à l'évaluation de la loi qui sera entreprise par lui ou par d'autres[1050]. La production normative fait aujourd'hui l'objet d'études sociologiques et

---

[1044] J.CHEVALLIER et D.LOSCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *Revue française d'administration publique*, n°24, oct. Déc. 1982, p.58.
[1045] A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », *D.* 1992, p.264.
[1046] J.CHEVALLIER et D.LOSCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *Revue française d'administration publique*, n°24, oct. Déc. 1982, p.58. Pour J.CHEVALLIER, « le droit n'est plus qu'un instrument, qui n'a pas de valeur en soi, mais seulement en fonction des résultats qu'il permet d'obtenir : l'efficacité devient la condition et la caution de sa légitimité ». J.CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », in C.-A.MORAND (dir.), *L'État propulsif*, Paris, Publisud, 1989, p.19.
[1047] *Le principe d'égalité*, Rapport public 1996 du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 1998, p.47.
[1048] C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », *RDP* n°2, 1998, p.352.
[1049] « L'expérimentation permet par ailleurs aux pouvoirs publics de prouver l'intérêt d'une réforme avant que la norme ne soit prise de façon définitive, ce qui peut être à l'origine d'une plus grande adhésion des citoyens, entraînant plus d'efficacité de la norme et constituant un approfondissement de la démocratie. ». *Ibid.*, p.365.
[1050] L'auteur de la norme n'a t-il pas alors intérêt à définir lui-même les modalités d'une telle évaluation ?

économiques destinées à cerner les effets de la loi dans la réalité. La loi est placée sous le microscope des sciences sociales.

Chapitre 2

Développement des sciences sociales et recherche d'efficacité de la loi

Les fondements de l'exigence d'efficacité trouvent également leur origine dans le critère essentiel de la loi : la rationalité. Si, dans notre tradition constitutionnelle, cette qualité était présumée[1051], l'évolution qui consiste à mettre en doute, à éprouver, à tester ou à expérimenter rejoint cette exigence. En définitive, la post-modernité apparaît davantage comme le prolongement à l'extrême des croyances qui fondaient la modernité : une « hypermodernité »[1052]. Cette évolution se caractérise par la volonté de mettre tous les moyens scientifiques et méthodologiques en œuvre pour que cet idéal de rationalité devienne réalité. La légistique matérielle s'inscrit largement dans cette perspective lorsqu'elle se définit comme « science-carrefour »[1053]. L'émergence des sciences sociales apparaît alors comme un des leviers de l'évolution de la production normative et de sa soumission à l'exigence d'efficacité. Dans l'idéal, les sciences seront mobilisées au service de l'élaboration de la loi (Section 1). Dans la réalité, le recours à l'expertise scientifique pourra constituer un camouflage des idéologies véhiculées par la loi. À ce titre, la science peut devenir un simple procédé de légitimation du droit (Section 2).

[1051] Telle ne semblait pas être la position de Condorcet. Évoquant la Constitution française, il écrit : « Elle n'a donné à aucune loi une irrévocabilité de plus de dix années. Elle a donc voulu que les principes de toutes les lois fussent discutées, que toutes les théories politiques pussent être enseignées et combattues, qu'aucun système d'organisation sociale ne fût ouvert à l'enthousiasme ni aux préjugés, comme l'objet d'un culte superstitieux, mais que tous fussent présentés à la raison, comme des combinaisons diverses entre lesquelles elle a le droit de choisir ». *Premier mémoire sur l'instruction publique*, éd. Ch.Coutel et C. Kintzler, GF-Flammarion, Paris, 1994, p.93.

[1052] J.CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne », art. cit, p.682.

[1053] L.Mader évoque la science de la législation en ces termes : « ne pouvant se développer que sur la base d'un dialogue intense entre plusieurs branches du savoir, celle-ci est appelée à devenir une « science-carrefour ». L.MADER, « La législation : une science en devenir », in *La science de la législation*, Travaux du centre de philosophie du droit, Paris II, 1988, p.12. Dans le même sens, voir C.-A.MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit. p.27.

Section 1 Les sciences au service de l'élaboration de la loi : la légistique comme « science-carrefour ».

Les sciences sociales peuvent éclairer le législateur en participant à la détermination des buts et du contenu de la législation. Sociologie, économie, psychologie permettent en outre l'évaluation de la loi et deviennent incontournables dans le cadre de l'expérimentation normative. Pour C.-A. Morand, la légistique constitue une « science-carrefour »[1054] qui a vocation à mobiliser au service de la législation l'ensemble des sciences de l'homme. Telle est l'ambition de la légistique : constituer « une source inépuisable de connaissance utile au légiste »[1055]. Pour cela, elle puise dans l'ensemble des sciences humaines pour contribuer à la recherche d'une bonne loi.

Les auteurs de cette discipline évoquent ainsi le rôle de la sociologie[1056]. C.-A.Morand distingue deux branches de la sociologie législative : la génétique législative qui « consiste à utiliser les méthodes de la recherche sociologique en vue, d'une part, d'étudier la réalité sociale sur laquelle on souhaite agir et de l'autre, d'analyser la demande de réglementation qui peut s'y faire jour » et l'étude des impacts de la législation qui « vise à prévoir les changements de comportements qu'une législation peut susciter ou qu'elle provoque réellement »[1057]. A.Jeammaud et E.Serverin mettent l'accent sur ce dernier aspect en expliquant que la sociologie du droit est placée en première ligne puisqu'elle se trouve confrontée au défi de cerner, d'évaluer le« degré de correspondance des faits au droit »[1058].

La science politique est également présentée comme une source d'informations utiles pour le législateur. C.-A.Morand explique qu'en décryptant le processus législatif, le rôle des groupes d'intérêt, cette discipline « a contribué à désacraliser la conception idéaliste des juristes, qui voyaient dans la loi un acte de volonté présumé raisonnable, incontestable,

---

[1054] C.-A.MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit. p.27. L'expression de science-carrefour est également utilisée, à propos de la science administrative, par J.CHEVALLIER et D.LOCHAK, *La science administrative,* vol.1, 1978, Paris, p.66.

[1055] Pour J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « l'observation empirique du droit en action met en évidence toutes les erreurs et lacunes des concepteurs de la loi. A ce titre, elle reste une source inépuisable de connaissance utiles au légiste. ». J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.83.

[1056] Notons à cet égard que L.Duguit évoquait la nécessité de recourir à la sociologie afin que les décisions politiques soient en adéquation avec les « nécessités sociales ». L.DUGUIT, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement*, T.18, Paris, Armand Colin, p.502.

[1057] C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit. p.28.

[1058] A.JEAMMAUD et E. SERVERIN, « Evaluer le droit », *D.* 1992, p.264. En ce sens, P.Raynaud considère que la discipline juridique « ne peut ignorer les critiques qui, depuis Marx, insistent sur l'écart entre le fait et le droit ou entre les buts visés par le législateur et la fonction sociale qu'acquièrent effectivement les normes juridiques ». P.RAYNAUD, Préface de *La sociologie du droit de M.Weber*, trad. J.Grosclaude, PUF, 1986, p.9.

émanant d'une autorité abstraite »[1059]. En outre, le même auteur évoque le rôle particulier que joue, au sein des sciences politiques, «la science des politiques publiques, qui est conçue comme une aide à la décision politique et cherche à optimiser les résultats de l'action publique. Comme la légistique, la science des politiques publiques cherche à améliorer la rationalité des décisions. Elle s'intéresse à l'État au concret, à l'État en action…»[1060].

Les sciences économiques apparaissent comme un élément incontournable pour mesurer l'efficacité des lois[1061]. C'est dans une dimension d'évaluation prospective et rétrospective des effets économiques des lois qu'elles seront mobilisées. A.VIANDIER, évoque les sciences économiques pour la mesure « des coûts de la législation future »[1062].

L'informatique[1063] est présentée par C.-A. Morand comme « une science qui peut être mise au service de la genèse et de la mise en œuvre des lois. Elle permet de stocker toutes les informations disponibles sur la réalité sociale que les pouvoirs publics cherchent à influencer et sur la mise en œuvre des lois »[1064]. Cette perspective connaît un début de concrétisation en France. Le projet S.O.L.O.N (Système d'Organisation en Ligne des Opérations Normatives) vise en effet à organiser la production normative autour d'un système informatique permettant notamment la diffusion des textes préparatoires.

Les sciences de la communication peuvent également être mises au service de l'élaboration de la législation. La loi étant un acte de communication[1065], la linguistique (et notamment la socio-linguistique) permettront à l'émetteur-législateur d'élaborer un message susceptible d'être effectivement reçu par les récepteurs (autorités d'application et sujets de droit).

D'autres sciences sociales peuvent être mobilisées au service de l'élaboration de la loi. On peut encore évoquer la psychologie[1066], la psychanalyse[1067], l'ethnologie[1068],

---

[1059] C.-A.MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit., p.28-29.

[1060] *Ibid.* Sur la question de la science des politiques publiques, voir, Y.MÉNY et J.-C. THOENIG, *Politiques publiques*, Paris, PUF, 1989.

[1061] Selon C.-A. Morand, « la légistique emprunte à l'économie des préoccupations de rationalité et d'efficacité ». C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit., p.29. Voir également G.CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M.KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, Droit & Économie, Paris, 2005.

[1062] A.VIANDIER *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.28.

[1063] Voir l'article de J.-L.BERGEL, « Informatique et légistique », *D.*, 1987, Chron. p.171. Voir également D. BOURCIER, « Les technologie de l'information peuvent-elle améliorer le processus normatif ? », in *Les déréglementations*, Économica, 1988, p.357. De la même auteur, « L'écriture de la loi : de la codification à l'informatisation », in C.-A. Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, op. cit., p.263.

[1064] C.-A.MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit. p.29.

[1065] Pour C.-A. Morand, comme pour de nombreux auteurs de légistique, « l'adoption d'une loi peut être conçue comme un acte de communication… », C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit., p.28-29. Sur cette question voir *infra* Deuxième Partie, Sous partie II, L'exigence de lisibilité.

[1066] A.VIANDIER relève que le recours à la psychologie peut être pertinent… « celle du rédacteur, autant que celle du juge ou du sujet de droit », *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.28.

l'anthropologie (« Quel est l'homme auquel notre droit contemporain s'adresse ? »[1069]) et enfin la philosophie. A. Viandier remarque à cet égard : « quant à la philosophie, elle est fâcheusement absente des calculs du législateur moderne ; il faut y voir l'une des causes du déclin de la loi. L'œuvre législative qui n'est pas irradiée par une réflexion sur l'idée de justice n'est que l'instrument d'une politique, la réponse à une préoccupation fugace, vite caduque »[1070].

La science du droit ne peut être oubliée. Cette discipline a évidemment vocation à éclairer le législateur. Même cantonnée à un rôle descriptif, elle pourra fournir les connaissances sur l'état du droit positif, tel qu'il est posé par les textes et tel qu'il est appliqué par les autorités d'application comme l'administration ou le juge. Or, c'est dans ce cadre que la nouvelle législation aura vocation à s'intégrer en respectant notamment la hiérarchie des normes. Les analyses de droit comparé sont également une source de connaissance utile pour le législateur dans la mesure où elles peuvent l'éclairer sur les effets d'une mesure déjà appliquée à l'étranger et qu'il envisage de prendre[1071]. M.Ducos rapporte la légende selon laquelle, les Romains, souhaitant élaborer un droit nouveau, envoyèrent trois ambassadeurs à Athène, chargés d'étudier les lois du pays. Leur voyage aurait ainsi inspiré la rédaction de la loi des XII Tables[1072]. On peut à notre tour en déduire que l'histoire du droit comme l'histoire en générale constituent également des points d'appuis envisageables pour le législateur.

Cette énumération, qui n'est pas exhaustive, rend compte de la pluralité des sciences sociales qui peuvent éclairer le législateur dans ses choix. Cette énumération ne peut d'ailleurs pas se réduire aux sciences sociales. D'une manière générale, le recours à l'expertise est censé éclairer le législateur sur les choix à opérer. Le législateur devra alors s'appuyer sur l'analyse scientifique pour fonder l'œuvre législative sur des bases solides. Ce recours est d'autant plus nécessaire s'agissant de certaines lois dont l'élaboration suppose des connaissances techniques : « il est des textes qui exigent de telles sources ; ainsi la loi belge

---

[1067] On peut penser aux travaux à la frontière du droit et de la psychanalyse de P.LEGENDRE. Voir notamment, *L'inestimable objet de la transmission, Étude sur le principe généalogique en occident*, Leçon IV, Fayard, 1985.

[1068] Selon C.-A.Morand, cette science « peut servir à mieux comprendre les formes de régulation », C.-A.MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit., p30. Voir notamment, G.NICOLAU, G. PIGNARRE et R.LAFARGUE, *Ethnologie juridique*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 2007.

[1069] Jan M.BROEKMAN, *Droit et anthropologie*, LGDJ, La pensée juridique moderne, Paris, 1993, p.11. Voir également, E. LE ROY, *Le jeu des lois. Une anthropologie « dynamique » du droit*, LGDJ, Droit et société, Paris, 1999 et N.ROULAND, *L'anthropologie juridique*, PUF, Que sais-je ?, 1995.

[1070] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.28.

[1071] Pour J-D. Delley et A. Fluckiger, « le droit comparé… fournit des informations sur les expériences faites dans d'autres pays et donne une première indication sur l'utilité des mesures mises en œuvre… ». J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.93. Dans le même temps, les auteurs ne cachent pas « les limites d'une telle approche, notamment les difficultés inhérentes à la transposition d'un modèle d'action dans un contexte sociojuridique différent », *ibid*. p.93.

[1072] M.DUCOS, *L'influence grecque sur la loi des Douze Tables*, Paris, PUF, 1978, p.14.

sur le remembrement rural a été élaborée par le ministère de l'agriculture, qui a bénéficié des données fournies par les économistes, les agronomes et les remembreurs de la Société nationale terrienne. De même une loi de protection de l'environnement commande des informations préalables en provenance des géologues, des chimistes, voire des météorologues… »[1073].

Certaines de ces disciplines sont incontournables quel que soit l'objet de la loi (c'est le cas des sciences de la communication puisque dans tous les cas la loi a vocation à être lue et comprise par ses destinataires) alors que d'autres ne seront pertinentes que dans le cadre de l'élaboration de certaines législations (l'économie, la géologie ne seront pertinentes que lorsque la loi est susceptible de produire des effets dans les domaines concernés). Ce que préconisent les auteurs de la légistique consiste en une rencontre de ces différentes sciences sociales et autres « sciences dures », permettant d'éclairer les différents aspects de la loi envisagée. Cette spécificité de « science-carrefour » explique, dans une certaine mesure, le retard de développement de la légistique en France. Pour C.-A. Morand, « la légistique est victime du découpage des disciplines universitaires et de l'absence presque complète de structures transversales »[1074]. Ainsi s'explique le fait qu' « il n'existe pas dans les Universités françaises de cours de légistique »[1075].

Si les sciences sociales peuvent être mises au service de l'élaboration de la législation, elles peuvent également être mises au service de la légitimation des lois.

[1073] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.27.
[1074] C.-A.MORAND, Préface, *Légistique formelle et matérielle*, op. cit.
[1075] C.BERGEAL explique : « l'enseignement de la légistique dans les Universités est limité à l'Allemagne, la Suisse et, dans une moindre mesure aux Pays-Bas et à l'Italie », *Rédiger un texte normatif*, Berger-Levrault, 5ème éd., p.14. note 2. C'est en Suisse que cette discipline semble la mieux installée. Voir notamment à cet égard, W.LINDER, *La décision politique en Suisse. Genèse et mise en œuvre de la législation*. Trad. J.-D. DELLEY, éd. Réalités sociales, 1987.

Section 2 La science au service de la légitimation des lois

L'utilité de la mobilisation des sciences dans le cadre de l'élaboration de la législation connaît un revers qui ne peut être négligé. Le recours à l'expertise scientifique peut en effet constituer un vecteur de légitimation de la décision politique. La démarche qui consiste à recourir à l'expertise soulève ainsi de nombreuses difficultés.

Une première dérive consiste à détourner l'expertise. On affiche alors des données scientifiques sans mobiliser la rigueur scientifique appropriée pour les interpréter. À cet égard, les recours à la sociologie ne sont pas toujours exempts de critiques. L'invocation de données sociologiques dissimule quelquefois une absence de rigueur scientifique. Ainsi pour M.Atias, « ce sont des pratiques connues ou dénoncées empiriquement qui sont le plus souvent visées dans les projets. Il s'agit de satisfaire des revendications savamment orchestrées par la presse sur le fondement de connaissances invérifiées. Par exemple, les chiffres utiles relatifs au nombre des propriétaires qui imposaient à leurs locataires des baux d'un an avant 1982 n'ont jamais été avancés. De même, aucune comparaison sérieuse entre les chiffres relatifs à la stabilité des mariages et à celle des concubinages n'a été établie. Le monde politique répercute un amalgame de données idéologiques et de données sociales non vérifiées »[1076]. Dans le même sens les professeurs Négri et Gambaro constatent : « En général, des matériaux extra-juridiques de type sociologique ou bien psychologique sont utilisés dans la mesure où ils mettent en évidence l'existence d'un problème auquel on décide de donner une solution législative. En tout cas, leur utilisation reste enfermée dans l' «interna corporis » de l'institution ou du groupe parlementaire proposant. Le contrôle sur ces données est toutefois inexistant : chacun cite ses propres données et évaluations, sans les soumettre à aucune vérification critique digne de ce nom »[1077]. A. Viandier conclut à partir de ces critiques à la nécessité de créer des « observatoires sociologiques indépendants propre à accompagner le processus législatif sans être les otages des instances politiques »[1078].

De la même manière, la mobilisation du droit comparé peut dissimuler une absence de rigueur scientifique. Jean Carbonnier évoque à cet égard les risques de détournement

[1076] Rapport pour la France du professeur ATIAS, dans le cadre de la recherche de légistique comparée, A. VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit. p.28.
[1077] Rapport pour l'Italie des professeurs GAMBARO et NÉGRI, dans le cadre de la recherche de légistique comparée, A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* op. cit. p.28.
[1078] *ibid.,* p.28.

d'expertise : « Entre les mains d'un gouvernement – ou de son opposition, tout aussi bien – l'invocation à la législation comparée n'est souvent qu'un instrument de propagande. Des statistiques fragmentaires, isolées, ininterprétées ; une sociologie de tourisme ; une psychologie par impression – il n'en faut pas davantage pour accréditer les miracles du parangon lointain que l'on désire promouvoir. Et l'opinion publique de suivre. »[1079].

Là encore, on doit constater que la science et le recours à l'expertise scientifique peuvent se réduire à un rôle de légitimation du droit : « Un des enjeux de l'expertise et de l'enquête à son sujet tient à son autorité, c'est-à-dire à la question de savoir dans quelle mesure l'avis de l'expert lie l'instance chargée de prendre la décision ultime. En ce sens, l'expertise est productrice de normes, que ce soit en appoint au processus décisionnel ou au fondement même de celui-ci »[1080]. Lorsque la science est appelée au secours du droit, le risque est grand de voir le droit détourner la science pour en faire l'instrument d'une légitimation d'une politique[1081]. Le détournement d'expertise par le politique n'est pas la seule dérive possible de l'introduction des sciences dans la production normative.

Une autre dérive envisageable consisterait à fonder une décision politique sur un seul type d'analyse. Dans la pratique, on peut constater que, même lorsqu'elles sont directement pertinentes, le législateur n'a pas nécessairement recours à certaines expertises, ou qu'il fait appel de manière privilégiée à l'une plutôt qu'à d'autres de ces disciplines. On peut formuler l'hypothèse d'un législateur qui choisirait de restreindre son appui scientifique à une seule discipline, comme l'économie, pour fonder une législation environnementale. Dans un tel cas de figure, ce n'est qu'une parcelle de la vérité que l'on mettra en exergue. En effet, dès lors qu'il est acquis que la légistique est une « discipline carrefour », on peut en déduire que l'intérêt du recours à l'expertise scientifique qu'elle préconise repose sur la pluralité des disciplines mobilisées, qui pourront éclairer chacune, un aspect particulier de la législation. Le pluralisme scientifique jouerait comme une condition de crédibilité du recours à l'expertise. En outre, ce pluralisme implique le pouvoir d'arbitrage du législateur qui devra par exemple mesurer les avantages économiques au regard des inconvénients mis en lumière par d'autres

[1079] J.CARBONNIER, « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger », *in Essais sur les lois*, Paris, Dufrénois, 1979, p.201.

[1080] B.DUPRET, « Droit et expertise dans une perspective praxéologique », *Droit et société* n°61, 2005, Présentation, p.619. L'auteur fait référence à l'article de R.CASTEL, qui « fait aussi allusion au fait que l'expertise peut être à la base d'un texte législatif dont l'application procède dès lors de l'autorité de celle-ci. »… R. CASTEL, « Savoirs d'expertise et production de normes », *in* F.CHAZEL, et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale* , Paris, LGDJ, 1991.

[1081] Voir à cet égard l'article de R.-E. GERMANN et A. FRUTIGER, « Les experts et la politique », *Revue suisse de sociologie*, 1978, n°2, pp.99-127.

disciplines. À défaut de pluralisme scientifique, il résulterait d'une telle restriction du champ disciplinaire de l'expertise, l'abandon par le législateur de son pouvoir d'opérer un choix, en s'en remettant aux conclusions des experts du domaine considéré. Si C.-A. Morand met en avant le rôle que peuvent jouer les sciences économiques, l'auteur précise immédiatement que « contrairement pourtant à la théorie économique du droit, la légistique ne cherche pas à apprécier l'efficacité selon le seul critère économique du rentable et du non rentable. Elle est respectueuse de tous les objectifs que le droit peut poursuivre et apprécie l'efficacité dans la réalisation de ces objectifs. »[1082].

Or, la limite la plus manifeste du recours à la science dans la prise de décision politique a trait à la détermination du but du législateur. Puisque le droit est toujours l'instrument au service d'un but, il convient de déterminer celui-ci. Si la légistique peut proposer des solutions pour atteindre les objectifs fixés par le législateur, ce dernier ne peut pas faire l'économie du choix[1083]. C'est dans ces choix que se situent les orientations idéologiques sur lesquelles le législateur ne peut faire l'impasse. On pouvait imaginer *a priori* que l'apport essentiel des sciences sociales et de la science en générale était d'introduire une certaine objectivité dans la production normative. Il est à cet égard intéressant de constater que, dans le domaine des sciences, comme dans celui de la politique, les clivages existent et aucune vérité n'apparaît sous une forme absolue ou indiscutable. En effet, comme le révèlent les recherches de M.Germann, « le rôle d'arbitre qu'on attribue à l'homme de science est mis en question lorsque les opinions scientifiques dans différents domaines sont elles-mêmes controversées. »[1084]. Ainsi lorsque le politique, fait appel à la science, dans sa mission de production de norme, il lui revient toujours de trancher entre différentes branches d'une alternative. La science n'introduit ainsi aucune certitude mais repousse un peu plus loin la nécessité pour le législateur de trancher. Des illustrations nous sont offertes en matière de bioéthique. Si le Comité national d'éthique a comme vocation de donner son avis éclairé sur les grands choix dans le domaine des biotechnologies, nombreuses de ses positions suscitent des débats dans le monde scientifique et révèlent ainsi que les questions ne peuvent être tranchées « objectivement »[1085].

[1082] C.-A..MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit., p.29

[1083] Au mieux la légistique prescira au législateur d'être au clair avec les objectifs qu'il poursuit (infra).

[1084] R.GERMANN, « Les commissions extra-parlementaires. L'administration fédérale de milice », *in La décision politique en Suisse, Genèse et mise en œuvre*, op. cit., p.27.

[1085] L'exemple du clonage thérapeutique est à cet égard évocateur. Les experts en la matière ont exprimé des positions antagonistes sur la question. Voir à cet égard l'avis n°67 rendu le 18 janvier 2001 par le Comité consultatif national d'éthique qui rend compte de cette opposition.

Enfin, ce recours à l'expertise pose la question du choix de l'expert. Cette question revêt un intérêt fondamental, précisément parce que les questions scientifiques sont rarement tranchées de manière unanime par la communauté scientifique. Les différentes « écoles » ou « courants de pensées » se trouvent placés dans un espace concurrentiel. Cet aspect a été étudié par S. Enguéléguélé dans le cadre d'un article intitulé « Les communautés épistémiques pénales et la production législative en matière criminelle »[1086]. On définit les communautés épistémiques comme « un réseau de professionnels disposant d'une compétence reconnue dans un domaine particulier et qui revendiquent avec autorité leur connaissance politique dans ce domaine »[1087]. Il s'agit de groupes d'experts scientifiques chargés d'assister et d'éclairer les décideurs en produisant des analyses scientifiques. Ces experts font alors figure de « réducteurs d'incertitude »[1088] en produisant de l'information nécessaire aux acteurs politiques. Ce faisant, ce rôle place les experts dans une « position stratégique »[1089] qui induit assez logiquement « une concurrence entre les différentes communautés pour le monopole des positions de conseillers des gouvernants »[1090]. L'analyse de S. Enguéléguélé, qui consiste à transposer ce concept dans le domaine du droit pénal, peut également être suivie de manière plus générale à l'ensemble de la production normative de l'État. On s'aperçoit alors que la collaboration de la science et de la politique donne lieu à un « affrontement de communautés épistémiques opposées, dont les membres rivalisent pour définir les principes qui orienteront les choix des décideurs politiques… »[1091]. La décision politique peut consister, pour le législateur à choisir ses experts.

Globalement, lorsqu'il s'agit pour le législateur de s'en remettre à l'analyse scientifique, il lui revient toujours *in fine* le devoir de prendre position. Les rapports entre le

---

[1086] S. ENGUÉLÉGUÉLÉ, « Les communautés épistémiques pénales et la production législative en matière criminelle », Dossier « Produire la loi », *Droit et société* n°40, 1998, p.563-581. Selon l'auteur, le concept de communauté épistémique aurait son origine « dans l'analyse des relations et de la coopération internationale. ».

[1087] P.HAAS, « Introduction : Epistemic Communities and international Policy Coordination », *International Organisation*, Vol. 49, n°1, 1992, p.1-35. art. cit., p.3. Cité par, S.ENGUÉLÉGUÉLÉ, art. cit., p.567.

[1088] P.HASS, « Introduction : Epistemic Communities and international Policy Coordination », *International Organisation*, Vol. 49, n°1, 1992, p.1-35.

[1089] S. ENGUÉLÉGUÉLÉ, art. cit. p.567.

[1090] *Ibid.*p.567.

[1091] *Ibid.* p.568. Dans le domaine pénal S.ENGUÉLÉGUÉLÉ expose les nombreuses « controverses qui opposent les communautés épistémiques pénales pour la construction des matrices nouvelles qui structureront la pensée et l'action en matière pénale ». *ibid.*p.572. Cet auteur présente à cet égard une illustration en matière de pénologie : « il existe en France, au moins depuis 1945, deux grandes communautés épistémiques dont les thèses sont fortement enracinées dans le débat pénal. La première communauté est de tendance humaniste… Ils considèrent que la répression traditionnelle ayant échoué, il convient de rétrécir le domaine des solutions classiques (…) et d'inventer des procédés nouveaux de réaction pénale, susceptibles de contribuer au reclassement des délinquants. ». Face à cette première « école » s'oppose celle qui « préconise, à l'inverse de la précédente, le renforcement de la répression et la systématisation du recours à la prison ».

droit et la science sont anciens. Le recours à l'expertise dans le cadre des tribunaux est fréquent[1092], qu'il s'agisse d'expertises psychologique[1093] ou psychiatrique, historique[1094] ou proprement technique. Dans le cadre judiciaire, comme dans le cadre législatif, les scientifiques éclairent celui qui va décider. Mais il revient toujours à ce dernier de trancher. La répartition des rôles est simplement présentée par S.Jasanoff : « la science est descriptive, mais le droit est prescriptif »[1095]. J.-F. Perrin présente à cet égard la principale limite de la légistique en tant que science de la législation en expliquant que « la décision restera toujours fonction d'un choix déterminé par un jugement de valeur »[1096] qu'il appartient au législateur d'opérer[1097].

[1092] Sur cette question, voir E.JEULAND, « Expertise », *in* Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

[1093] C.-A.MORAND évoque à cet égard l'arrêt Brown v Topeka Board of Education, 347U.S.483 1954. Dans cet arrêt, « La Cour suprême des Etats Unis s'est fondée sur des études psychologiques montrant les effets néfastes que la ségrégation raciale peut produire. », C.-A.MORAND, « Élément de légistique formelle et matérielle », art. cit., p.40.

[1094] On peut se référer notamment au procès « Papon » durant lequel de nombreux historiens, parmi lesquels R.PAXTON, ont été appelés à témoigner.

[1095] S.JASANOFF met en lumière les différences entre droit et science : « La science cherche la vérité, tandis que le droit réalise la justice ; la science est descriptive, mais le droit est prescriptif ; la science met l'accent sur le progrès, alors que le droit le met sur le procès ». S.JASANOFF, *Science at the Bar : Law, Science, and Technology in america*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 1995, p.7. Cité par J.COMMAILLE, in *Droit et société* n°61, 2005.

[1096] J.-F. PERRIN, « Possibilité et limites d'une « science de la législation », *in Sciences de la législation*, Travaux du centre de philosophie du droit, Paris, PUF, 1988, p.28. L'auteur pose la question : « existe-t-il une science des choix législatifs ? » et répond « l'idée d'une telle science est impossible à penser. La science suggère probablement de meilleurs choix. En aucune manière elle ne peut se substituer au décideur. », *ibid.,* p.24.

[1097] Jean-Louis Bergel procède à une analyse nuancée en expliquant que le recours à l'expertise scientifique peut conduire à réduire le libre arbitre du législateur. J.-L.BERGEL, Préface, in C.-A.Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales,* op. cit., p.10. Pour une position radicale, on peut se reporter à l'ouvrage de J.HABERMAS, *La technique et la science comme « idéologie »*, Trad. J.R. Ladmiral, Paris, 1973, Gallimard. L'auteur évoque la « scientificisation » des choix politiques. *Ibid.* p.24.

Conclusion du Titre I : L'émergence progressive de l'exigence d'efficacité et le recours croissant aux méthodes de la légistique

L'exigence d'efficacité est inhérente à la production normative. Pourtant, cette exigence s'est largement renouvelée avec l'émergence de l'État providence et le développement des sciences sociales. La recherche d'efficacité est largement partagée dans le monde. Les expériences étrangères fournissent à cet égard une illustration de l'émergence de cette exigence dans le monde du droit. Josseline de Clausade, rapporteur général de la section du rapport et des études du Conseil d'État, dresse à cet égard un inventaire des expériences étrangères illustrant cette quête d'efficacité[1098]. Elle relève ainsi que « le Canada a lancé, en 1995, une réforme fondamentale de ses méthodes de travail gouvernementales sous l'impulsion de son Premier ministre ». Ce programme de modernisation des activités de l'État intitulé « La Relève », « s'appuie notamment sur une règle fondamentale : toute décision de principe sur la réforme est prise en comité interministériel, composé de ministres, au regard d'une évaluation administrative et financière elle-même interministérielle, et souvent contre-expertisée ». Elle constate que ce type de démarche se développe également au Royaume-Uni[1099], aux Etats-Unis[1100], en Espagne[1101] et en Allemagne[1102]. En dépit de l'obstacle de la

[1098] J. de CLAUSADE, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *La Semaine Juridique* Edition Générale n° 12, 22 Mars 2006, I 121. Cet entretien résume les grandes lignes du rapport public du Conseil d'État pour 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit,* op. cit., pp.305-313.

[1099] Le Royaume-Uni. En 1997, lors de l'arrivée au pouvoir de Tony Blair, s'est engagée une démarche comparable. L'évaluation de la décision de principe sur la forme la plus appropriée d'action publique et la rédaction des textes sont centralisées auprès du Premier ministre. Qu'il s'agisse des textes nationaux ou des propositions de directive communautaire, les Britanniques procèdent à des études d'impact. Toute soumission de proposition de texte communautaire au Parlement britannique est accompagnée de l'évaluation partielle ou intégrale. Ces évaluations se fondent en partie sur des consultations préalables avec des contraintes précises de délai, de durée et de restitution des résultats, fixées par un texte du Premier ministre. Pour tout projet de texte, cette consultation ne peut être inférieure à douze semaines. L'Administration est en outre tenue d'expliquer comment elle modifie sa proposition en fonction des avis recueillis. Les résultats de cette consultation sont examinés par le Parlement en même temps que les projets de loi, ainsi que l'a décidé en octobre 2004 la commission spéciale de la Chambre des Lords chargée de réfléchir à l'amélioration de la procédure législative. Les réformes du Gouvernement peuvent être suivies « en ligne » par les citoyens britanniques sur les sites *Policy Hub* et *Strategy Unit*. Rapporté par J. de CLAUSADE, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *ibid.*.

[1100] Aux États-Unis, les deux principales initiatives d'amélioration de la qualité de la réglementation sont prises par le président lui-même, Ronald Reagan en 1981 et Bill Clinton en 1993. En 1981, l'équipe spéciale du Président sur la simplification de la réglementation, présidée par le vice-président des États-Unis définit, avec les ministres, un programme d'allègement de la réglementation, ainsi que les événements devant figurer dans les études d'impact préalables à toute réforme, rendues obligatoires par un décret du Président. Dès le début de sa présidence, en 1993, Bill Clinton renforce ces mécanismes, en lançant l'« Examen national de la performance ». Chaque département ministériel présente notamment la mission assignée, les objectifs de long terme, les moyens déployés pour les atteindre, et les principales difficultés de gestion rencontrées. Deux ans plus tard, en 1995, un décret du Président des États-Unis impose aux ministres de procéder à un examen approfondi de l'ensemble des réglementations en vue de supprimer 16 000 des 140 000 pages que comportait le Code des réglementations

transdisciplinarité, la discipline a donc connu un développement progressif en France. À l'instar d'autres pays, la France a commencé à prendre en considération cette recherche d'efficacité de l'action normative. À cet égard, l'évaluation et l'expérimentation législatives ont fait leur apparition en France même si ces méthodes ne se sont pas généralisées. Ce faisant, la France a suivi les nombreux exemples étrangers dans ce domaine.

C'est dans le cadre de ces évolutions que la légistique matérielle a pu se développer[1103]. Cette discipline semble en effet orientée par le souci d'ancrer l'action politique dans un cadre rationnel et ainsi la détacher de considérations purement idéologiques[1104]. Son ambition est d'introduire de la rationalité dans la prise de décision politique : « Cette discipline participe du mouvement de rationalisation de la production législative qui s'impose dans le cadre de l'État interventionniste »[1105]. Elle induit une forme d'objectivité dans l'action des pouvoirs publics. D'une manière générale, elle constitue une méthodologie de l'action législative puisqu'elle identifie les différents problèmes à résoudre à chacune des différentes étapes de la production normative : Du moment de son élaboration jusqu'à son application, la légistique propose un « parcours qui permet de concevoir une intervention législative en tenant compte des caractéristiques du problème à résoudre et des buts à atteindre »[1106]. Elle propose en effet une démarche méthodique, un parcours pour une élaboration rationnelle de la

---

fédérales, soit plus de 10 % de son contenu. En complément, la loi sur les responsabilités extrabudgétaires confère aux études d'impact une portée accrue. Rapporté par J. de CLAUSADE, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *ibid.*

[1101] L'Espagne a engagé une réforme fondamentale de ses méthodes de travail gouvernementales, inscrite dans la loi n° 50-1997 du 27 novembre 1997 relative au Gouvernement, « *ley del Gobierno* », notamment ses articles 22.2 et 24.1 b. En application de ce texte, tous les projets de loi et de règlement doivent être accompagnés d'une analyse sur la nécessité et l'opportunité de la mesure, complétée par une présentation économique contenant une estimation des coûts et les évaluations complémentaires jugées indispensables. Les citoyens et les entreprises dont les intérêts seront affectés par la réglementation en préparation doivent être obligatoirement consultés. Rapporté par J. de CLAUSADE, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *ibid.*

[1102] En Allemagne, la procédure d'élaboration des textes est caractérisée par des consultations informelles très en amont et par l'échange d'un volume d'informations considérable avec les milieux intéressés, les universitaires, les groupes d'intérêt constitués, les Länder et les autorités locales. En outre, aux termes de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, l'évaluation des effets de la législation relève de la protection des droits fondamentaux de la personne. Rapporté par J. de CLAUSADE, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *ibid*.

[1103] Au XXème siècle, la légistique s'est particulièrement développée à partir des travaux du pénaliste suisse P.Noll. Voir P.NOLL, *Gesetzgebunglehre,* 1973, Reinbek. Selon L.MADER, la publication de cet ouvrage « a déclenché une foison impressionnante de travaux de toutes sortes consacrés à la législation ». L.MADER, « La législation : une science en devenir », art. cit. ,p.10.

[1104] Il s'agit de savoir « comment des situations sociales peuvent être influencées dans le sens voulu au moyen de normes légales. Ceci dans le but pratique de parvenir à des critères et des directives permettant d'arriver à la fois à une législation rationnelle et juste ». L.Mader présente ainsi les perspectives de Noll. *Ibid.*, p.11.

[1105] Pour J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER , « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », *in* R.Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit., p.83

[1106] Pour ces auteurs, cela « implique que les instruments soient adéquats aux objectifs visés. J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, *ibid.* p.83.

loi et se propose de fournir des solutions pragmatiques pour renforcer l'efficacité des législations.

La légistique se caractérise en tant que discipline prescriptive et s'oppose au caractère descriptif de la science du droit. Néanmoins, si les règles posées par cette discipline ne sont pas juridiques, elle « peuvent le devenir, si le droit prescrit de les respecter. »[1107]. Dans l'ensemble, les principes développés par la légistique matérielle constituent une méthodologie qui ne s'impose nullement au législateur. L'exigence d'efficacité poursuivie par la légistique pose ainsi le problème délicat de sa juridicité. Le rôle du juge est à cet égard évidemment problématique. Si les exigences de la légistique peuvent parfois bénéficier d'une juridicisation[1108], force est de constater que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est marquée par une prudence caractérisée dans ce domaine.

[1107] C.-A.MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art.cit., p.33. Cet auteur donne l'exemple d'un arrêt de la Cour constitutionnelle allemande qui avait prescrit au législateur l'utilisation des méthodes des sciences sociales. »

[1108] Les principes de la légistique matérielle ont vocation à devenir des exigences juridique ainsi qu'en témoigne la jurisprudence de la Cour de Karlsrühe. Cité par C-A.Morand, « Éléments de légistique formelle et matérielle, in C-A MORAND, *Légistique formelle et matérielle*, op. cit. p.33.

TITRE II

LES MOYENS LIMITÉS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FACE À CETTE EXIGENCE

> « Une question à toujours se poser avant d'appliquer quoi que ce soit est « Est-ce que je réponds à un vrai besoin ? Est-ce la solution la mieux adaptée et la plus efficace ? » (C.Doucet)[1109]

« Penser la loi » est le dogme de la légistique[1110]. Cette discipline propose ainsi une méthodologie pour une élaboration rationnelle de la loi. Elle soumet ainsi l'élaboration des lois à l'analyse scientifique destinée à servir leur efficacité. La loi devient l'objet d'une expérimentation. L'intérêt de cette démarche est de soumettre l'élaboration de la loi à des critères objectifs, répondant aux exigences rigoureuses des sciences sociales.

Cette expérimentation se déroule en plusieurs étapes. Partant du postulat que la loi a vocation à résoudre des problèmes divers et variés, la légistique pose en premier lieu la question de l'existence du problème. Une plus grande connaissance du problème permet d'en saisir les différentes facettes, de cerner ses causes possibles et de répondre à la question : la loi est-elle le moyen pertinent pour y remédier ? En second lieu, il s'agira de déterminer les objectifs de la loi puis de recenser les moyens pertinents pour les atteindre. Une fois élaborée, la loi sera mise en vigueur, c'est-à-dire introduite en tant que variable sur le terrain de l'expérience : le réel. Il s'agira alors d'en mesurer les effets, d'évaluer la norme pour corriger ensuite ses insuffisances. Une fois la boucle bouclée, le cercle vertueux remet sa dynamique en marche : quels sont les problèmes qui subsistent ? La loi a-t-elle vocation à les résoudre. Au vu de la première expérience, quels moyens ont démontré leur efficacité ? Quel a été leur coût respectif ? etc… L'objectif de cette méthodologie est d'entraîner la loi sur la voie du progrès, d'une amélioration continue, pour lui permettre de répondre aux défis qui s'imposent à elle.

J-D. Delley et A. Fluckiger présentent ainsi une démarche en étapes dans le cadre d'un « processus itératif »[1111]. Chacune des étapes est en elle-même essentielle pour celles qui

---

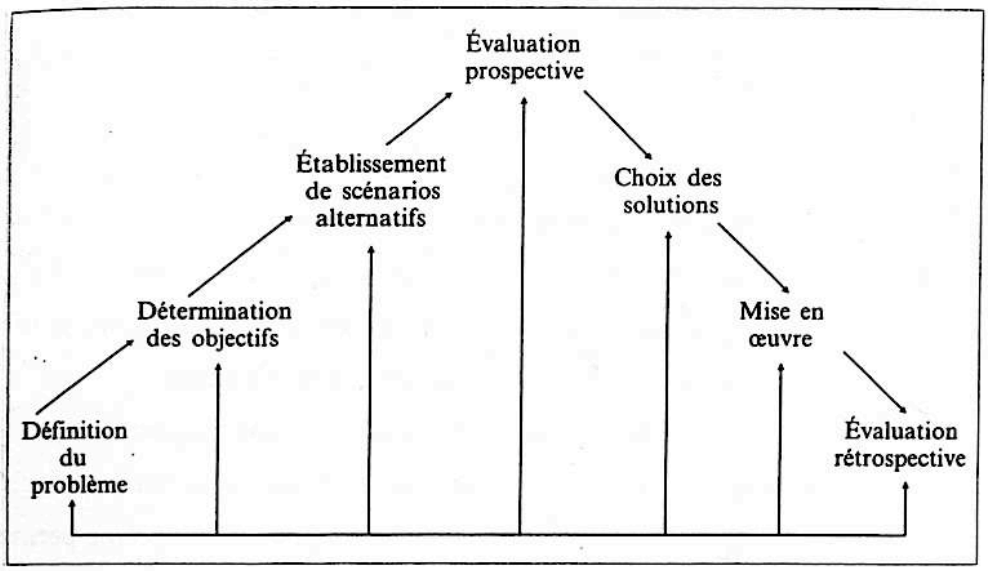
[1109] C.DOUCET, *La qualité*, op.cit., p.39.

[1110] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « avant de rédiger la loi, il importe de la penser », « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », *in* R.Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit. p.84.

[1111] Pour ces mêmes auteurs, « chacune des phases ne peut être considérée pour elle-même, isolée des autres phases et achevée une fois pour toute. », *Ibid.*, p.84.

suivent. Chacune d'elle est entourée de précautions méthodologiques relevant du « bon sens »[1112]. Ce type de méthode a comme finalité affichée l'efficacité de la législation[1113].

Schéma de la légistique



Ce schéma présentant les différentes phases de l'élaboration de la loi (« démarche itérative ») établi par la légistique est alors très proche de « la roue de Deming »[1114] issue des recherches en « qualitique »[1115]. La roue de Deming se définit ainsi par quatre étapes : Plan, do, check, act. Il s'agit premièrement de définir les objectifs et les moyens destinés à les atteindre et l'échéancier (Plan). Il s'agit deuxièmement de mettre le plan à exécution (Do). Il s'agit troisièmement d'évaluer l'écart entre l'objectif fixé et sa réalisation (Check). Il s'agit quatrièmement de « prendre les mesures correctives pour arriver au résultat »[1116]. Enfin, la roue peut faire un second tour en cas de survenance d'un nouveau problème.

[1112] L'expression traduit le souci manifesté de manière récurrente dans la doctrine d'une recherche de cohérence dans l'élaboration. Voir notamment, G.CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs* n°114, art. cit. p.39.
[1113] C-A. Morand considère que la légistique « énnonce des règles pragmatiques d'expérience destinées à renforcer l'efficacité de la législation ». C-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle »,art. cit., p.33.
[1114] Du nom de son concepteur, cette méthodologie est introduite et développée au Japon à partir de 1950. Voir C. DOUCET, *La qualité*, op.cit, p.31.
[1115] C. DOUCET, *La qualité*, op.cit, p.37.
[1116] *Ibid.*p.37.

Schéma de la qualitique (la roue de Deming)

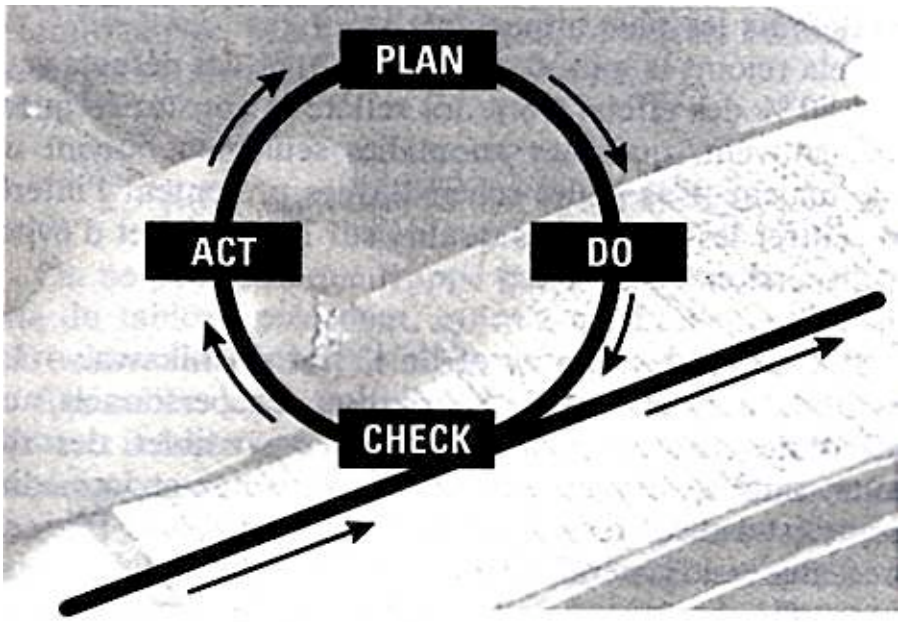


Fig. 3. – La roue de Deming

La démarche en étapes présentée par la légistique couvre ainsi l'ensemble du processus législatif. On peut la décomposer en deux temps : en amont, l'élaboration de la loi, en aval, l'évaluation de la loi. Il s'agira de superposer les préceptes méthodologiques de la légistique sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour repérer des zones de recoupement entre ces deux sphères : celle de l'idéal défini par la légistique et celle de la réalité jurisprudentielle. La méthode proposée par la légistique offre une grille d'analyse permettant d'identifier les pouvoirs et les limites du Conseil constitutionnel au regard de cette exigence d'efficacité. En l'occurrence, chacune des étapes d'une élaboration rationnelle de la loi révèle les limites qui s'imposent au Conseil constitutionnel pour imposer cette exigence. Si le juge constitutionnel français ne dispose pas d'appui explicite dans la Constitution pour imposer l'exigence d'efficacité de la loi, il a été conduit à s'immiscer dans le contrôle de cette exigence. À cet égard, nous pourrons constater que certains des moyens contentieux utilisés par le Conseil constitutionnel peuvent servir incidemment à assurer cette exigence d'efficacité. En effet, l'influence du Conseil constitutionnel sur l'exigence d'efficacité transite par son pouvoir de faire respecter la Constitution et emprunte ainsi la voie de l'exigence d'effectivité. Globalement, cette exigence rend compte des limites du Conseil constitutionnel dans l'exercice de son contrôle sur la qualité des lois.

Son pouvoir sur la loi au regard de l'exigence d'efficacité est limité tant au niveau de son élaboration, en amont (Chapitre 1) qu'à celui de son évaluation, en aval (Chapitre 2).

Chapitre 1

En amont : Limites et pouvoirs du Conseil constitutionnel relatifs à l'élaboration de la loi

> « Tu respecteras la cohérence, les caractéristiques fondamentales et les finalités des législations que tu as toi-même bâties. » (Solon)[1117]

Évaluer la nécessité de la loi, déterminer des objectifs, choisir les moyens appropriés pour les atteindre… Ces différentes étapes d'une élaboration rationnelle sont destinées à assurer l'efficacité de la loi. Dans le même temps, l'évocation de ce cheminement suffit à prendre conscience des limites s'imposant au Conseil constitutionnel pour en contrôler la rigueur. Qu'il s'agisse de la détermination d'un problème ou de la détermination des objectifs poursuivis par le législateur, les recommandations de la légistique font figure de simples souhaits difficilement transformables en prescriptions juridiques. Les limites du pouvoir du Conseil constitutionnel sur la loi, son élaboration et *in fine* sa qualité apparaissent dès cette étape. En effet, le pouvoir de faire la loi est avant tout celui du législateur sur lequel pèse alors principalement la responsabilité de la méthode. Les conseils prodigués par la légistique[1118] s'adressent ainsi essentiellement au législateur dans la mesure où ils sont relatifs à la pratique du pouvoir[1119]. Pourtant, certains des moyens développés par le Conseil constitutionnel, peuvent servir incidemment à assurer un contrôle minimum relatif à l'élaboration rationnelle de la loi.

Nous envisagerons successivement les limites s'imposant au Conseil constitutionnel avant d'étudier les moyens à sa disposition pour s'immiscer dans le contrôle de cette exigence sous l'angle de l'évaluation du besoin de loi (section 1), de la détermination des objectifs (section 2) et du choix des moyens destinés à les réaliser (section 3).

[1117] SOLON, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2000 : un décalogue à l'usage du législateur ? », *LPA*, 10 janvier 2001, n°7.

[1118] Les principes essentiels de cette méthodologie sont posés par P.NOLL en 1973 dans son ouvrage précité *Gesetzgebungslehre*.

[1119] Ces conseils relèvent du registre de la « bonne gouvernance ». J-D. Delley et A. Fluckiger s'inscrivent très nettement dans ce registre lorsqu'ils expliquent : « Le législateur doit être autonome et ne pas simplement relayer « les demandes émanant du corps social… ». Il ne doit pas les ignorer, « il les prend en compte comme partie intégrante du problème à résoudre ». J.-D.ELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », *in* Roland Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit., p.86.

Section 1 L'évaluation du besoin de loi : une étape préalable

Alors que le constat de l'inflation législative fait l'unanimité[1120], la question préalable à toute démarche législative devrait concerner la nécessité de la loi[1121] : Faut-il ou non légiférer sur ce problème ? Avant même de s'interroger sur la détermination des objectifs poursuivis par le législateur, il convient donc d'identifier un problème susceptible de motiver, ou non, une intervention législative[1122]. Bien évidemment, la réalité du problème lui-même ne motivera une intervention législative que si la solution normative semble pertinente. Cette démarche peut conduire à la conclusion de la nécessité de nouvelles lois, et dans tous les cas, elle permettra de lutter contre le phénomène des lois inutiles[1123].

Après avoir envisagé la méthodologie d'évaluation du besoin de loi (§1), nous pourrons envisager les limites s'imposant au Conseil constitutionnel en la matière (§2).

§1 Méthodologie pour l'évaluation du besoin de loi

L'intervention législative suppose l'existence avérée d'un problème (A). De plus, même si cette condition est établie, il restera à s'interroger sur la pertinence d'une intervention normative (B).

A/ L'existence avérée d'un problème

[1120] Voir les références nombreuses relatives à l'inflation normative (supra introduction). Notons à cet égard que les qualités touchant au fond (en l'occurrence, la nécessité de la loi), servent du même coup, les qualités touchant à la forme des lois (l'inflation).

[1121] C.BERGEAL pose cette question « un texte est-il nécessaire ? » dans le chapitre 1er de son manuel, *Rédiger un texte normatif*, Berger-Levrault, 5ème éd., p.17.

[1122] Ces deux questions sont clairement distinguées par les auteurs de la légistique. Cette distinction recoupe celle établie par N.Bobbio qui distingue deux significations de la *ratio legis*. Dans un cas, il s'agit du « fondement de la norme » ou de « la vérité de fait que le législateur a pris en considération et que la norme même suppose ». Dans l'autre cas, la *ratio legis* désigne « la fin que la norme doit, comme moyen, atteindre » ce qui peut s'assimiler aux objectifs du législateur. Voir N.BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Turin, Instituto giuridico della Università, 1938, pp.106-108. Cité par J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France,* op. cit., p.100.

[1123] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « L'impulsion qui motive l'intérêt du législateur pour un problème donné doit être relativisée tout au long du travail d'analyse de la situation et de définition du problème. Cette relativisation laisse ouverte l'option de la non-existence du problème ou de sa solution par d'autres voies que la voie législative, et donc du renoncement à intervenir normativement. ». « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.86.

« Penser la loi » suppose d'envisager en premier lieu sa nécessité. Dans le cadre d'une élaboration méthodique de la législation, la première étape consistera donc à « identifier le problème qui motive une demande d'intervention législative »[1124]. Dès cette étape, la mobilisation d'une méthodologie apparaît nécessaire. Plusieurs questions doivent être résolues : comment identifier un problème ? Quelles sont les causes de ce problème ?

Comment identifier un problème ? Selon J-D. Delley et A. Fluckiger, la première condition nécessaire à l'existence d'un problème est « la présence d'un état de tension, la perception d'une distance entre une situation présente et une situation désirée. Le problème naît de la confrontation entre un « être » et un « devoir être »[1125]. On retrouve ici la finalité du droit qui a vocation à transformer la réalité. Ainsi peut-on envisager la loi comme l'acte intercalé entre un état de fait et un état désiré[1126].

Quelles sont les causes de ce problème ? La seconde condition nécessaire à l'existence d'un problème est « une imputation de causalité » c'est-à-dire « la mise en évidence des causes responsables du problème »[1127]. Ces mêmes auteurs remarquent à cet égard que « des erreurs d'appréciation peuvent se produire… et conduire à se préoccuper d'un faux problème… »[1128]. Dans la réalité, « la perception du problème qui motive la demande de légiférer tient lieu de définition du problème »[1129]. Autrement dit, « l'impulsion qui pousse le légiste à agir se substitue à un examen objectif de la situation »[1130]. Cette confusion - entre la perception d'un problème et sa définition - contribue largement au phénomène d'inflation législative. On peut en effet constater que cette dérive est fustigée par la doctrine[1131]. Outre les

---

[1124] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation »,art. cit., p.84

[1125] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.85.

[1126] Pour J.Rivero, « au point de départ de toute activité d'édiction d'une norme juridique, il y a une situation de fait. Mis en présence d'un ensemble de données concrètes, celui qui est investi du pouvoir normatif porte sur elles un jugement, et décide qu'il y a lieu de leur substituer un état de chose différent. La règle qu'il formule, c'est le résultat de cette réflexion sur le fait tel qu'il est , de cet effort pour projeter dans l'avenir le fait tel qu'on voudrait qu'il fût ». J.RIVERO, « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français », in Ch. Perelman (dir.), *Le fait et le droit*, Études de logique juridique, Travaux du Centre national de recherche de logique, Bruxelles, Bruylant, 1961, p.130.

[1127] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit. p.86.

[1128] *Ibid.*

[1129] *Ibid.*

[1130] *Ibid.*

[1131] Dans son article « penser la loi », G.Carcassonne explique : « Légiférer est devenu un réflexe, souvent conditionné par la télévision. Tout sujet d'un « vingt heures » est virtuellement une loi. Un fait divers, une émotion quelconque, mais aussi un problème tangible provoquent une démangeaison législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution.», Guy CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n°114, p.40. Dans le même sens P.MAZEAUD expliquait « Nous sommes aujourd'hui dans une période où la médiatisation l'emporte sur tout, d'où l'inflation législative. »Pierre Mazeaud, *in* C. PUIGELIER (dir.),*La loi. Bilan et perspectives*, op. cit., p.XXIII.

conséquences inflationnistes de ce phénomène, les causes de celui-ci sont assez précisément identifiées. Celles-ci relèvent de la pratique du pouvoir et résument les traits principaux d'une mauvaise gouvernance. La doctrine évoque ainsi les lois qui constituent bien souvent des « techniques d'affichage » destinées à rassurer l'opinion publique sur la prise en considération d'un problème de société[1132]. L'effet symbolique d'une loi est bien souvent recherché en lui-même, sans que le dispositif de la loi ne change réellement l'ordonnancement juridique[1133]. Dans ce contexte médiatique, une loi pourra être adoptée, non pas en raison de l'existence d'un problème avéré mais en raison d'un mouvement d'opinion[1134]. Il s'agit en outre d'un effet de l'émergence des lobbies qui sont une source de pression pesant sur le législateur. C. Bergeal évoque à cet égard « l'effet Assiduis »[1135] pour décrire l'influence de ces groupes de pression. S'il est légitime que les préoccupations de certaines catégories de citoyens conduisent à attirer l'attention du législateur sur l'existence d'un problème, le législateur devra évaluer celui-ci et ne pas se contenter de postuler sa réalité[1136]. L'évaluation de la réalité de ce dernier suppose le recours à « une analyse serrée de la situation de fait »[1137].

J.-D. Delley propose ainsi d' « interroger l'impulsion » en posant une série de questions relatives à la nature (« en quoi consiste le problème ? »), aux causes (« à quoi faut-il attribuer le problème ? Dans quelles conditions est-il apparu et quelles en sont les causes ? »), à la durée (« le problème est-il durable ou temporaire ?»), à la dynamique (« peut-on observer une évolution du problème ? »), aux milieux touchés (« qui est touché par le problème et de quelle manière, directement ou indirectement ? ») et aux conséquences (« que se passerait-il

---

[1132] Le titre de la loi, comme l'explique N.MOLFESSIS, assure ainsi l'effet principal de celle-ci.Cet auteur explique : « Transformé en technique d'affichage, le titre vise alors davantage à mettre en avant la finalité du texte que son objet. C'est l'action de la loi qui est alors exprimée, ce qui ne permet plus de savoir sur quoi porte le texte », Nicolas MOLFESSIS, « Le titre des lois », *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 61.

[1133] Pour G. CARCASSONNE, « La loi est une réponse, à défaut d'être une solution », « Penser la loi », art.cit., p.40.

[1134] J.-D. DELLEY constate à cet égard : « En 1961, lorsqu'il adopte par voie d'urgence une législation limitant l'acquisition d'immeubles par des étrangers, le Parlement Suisse ne se base pas sur une analyse objective des faits ; il serait d'ailleurs bien en peine de faire cette analyse puisque les données statistiques font défaut. En réalité, il réagit à un fort mouvement d'opinion qui, pour des raisons diverses, craint la mainmise étrangère sur le territoire national, et en légiférant, il envoie un message signalant que l'État est conscient du problème et cherche à maîtriser la situation. J.D. DELLEY et al., *Le droit en action*, éd. Saint-Saphorin, 1986, pp.26 et s.

[1135] C. BERGEAL définit l'effet Assidui comme « le phénomène par lequel le législateur est porté à légiférer sous l'aiguillon des réclamations dont les catégories intéressées l'assaillent ». C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit., p.20.

[1136] Comme l'explique J.-D. DELLEY, le législateur doit affirmer son autonomie face aux demandes émanant du corps social. « L'autonomie du législateur ne signifie pas que ce dernier doive purement et simplement ignorer les représentations et les attentes des groupes sociaux demandeurs. Il les prend en compte comme partie intégrante du problème à résoudre. », « Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique », *in Légistique formelle et matérielle,* op. cit., p.90.

[1137] J.-D. DELLEY évoque à cet égard « les mesures de contrainte à l'égard des étrangers , adoptées en toute hâte par le Parlement Suisse en 1994, (qui) répondent plus à un sentiment diffus d'insécurité de l'opinion, motivé par le trafic de drogue dans la région zurichoise, qu'à une analyse serrée de la situation de fait. », J.-D. DELLEY, « Penser la loi… », art. cit., p.85.

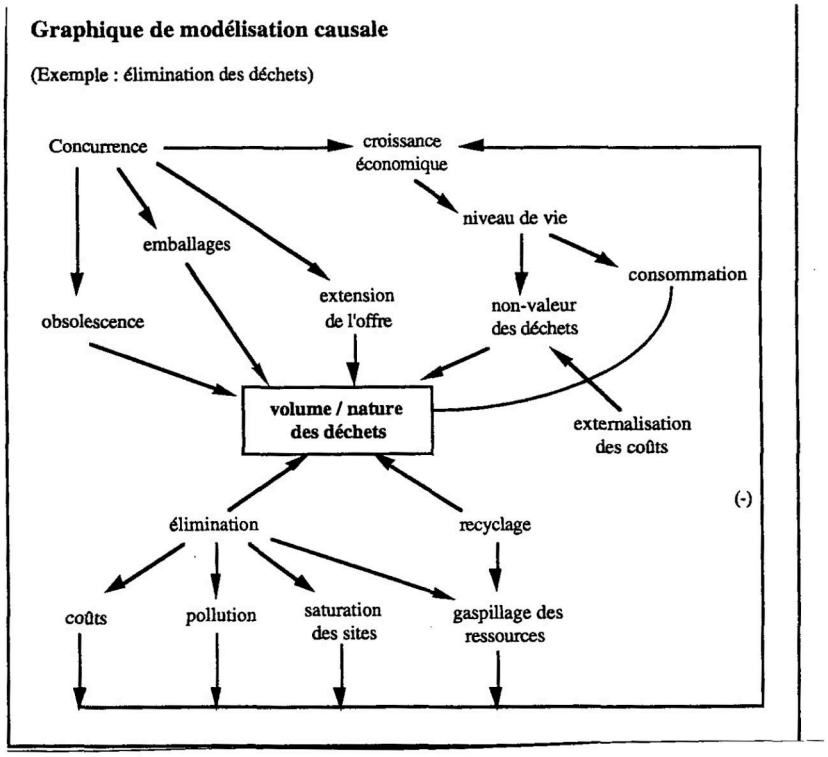
en cas de non-intervention pour les milieux directement touchés et pour les autres ? »)[1138]. L'intérêt principal de cette étape résiderait dans l'anticipation des étapes suivantes de la démarche. En effet, l'évaluation du besoin de loi doit conduire le législateur à considérer le problème qui motive son intervention, à « en connaître ses causes et ses caractéristiques. »[1139]. Le problème étant mieux connu, l'action normative sera d'autant plus pertinente pour le résoudre. C'est l'objectif principal de cette première étape qui doit permettre « d'acquérir une bonne connaissance du domaine en cause, à recueillir des données fiables qui permettront de préciser la situation à l'origine de la demande d'intervention. Par exemple, affirmer qu'il existe une crise du logement ne constitue pas une base suffisante pour décider de légiférer et pour concevoir une législation efficace ; encore faut-il connaître la nature de l'inadéquation entre l'offre et la demande de logements (taille, niveau des loyers par exemple) et les raisons de cette inadéquation »[1140]. Dès cette étape, on peut concevoir l'intérêt du recours à l'analyse scientifique : la sociologie, l'économie, la statistique offriront les clefs du décryptage de la réalité en cernant rigoureusement l'existence du problème et ses causes réelles.

Les auteurs présentent ainsi un « graphique de modélisation causale » qui est une « technique de représentation du problème » permettant de « visualiser le problème en le décomposant en différents facteurs, en établissant les liens (rapports de cause à effet) entre ces facteurs et la nature de ces liens (renforcement ou affaiblissement)[1141].

[1138] J.-D. DELLEY, « Penser la loi… », art. cit., p.88.
[1139] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « Cette étape analytique permet de décider de la nécessité de légiférer et, si oui, de délimiter le champ de l'intervention et les moyens à engager.». « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.85.
[1140] *Ibid.*, p.86.
[1141] *Ibid.*, p.87.

Graphique de modélisation causale appliquée à l'élimination des déchets[1142]

Graphique de modélisation causale appliquée à l'élimination des déchets[786]



Une fois résolue la question qui consiste à savoir s'il existe un problème, il conviendra de s'interroger sur la pertinence d'une intervention normative.

B/ La nécessité d'une intervention normative

Même si le problème est avéré, l'intervention normative n'est pas automatiquement impliquée. Dans son rapport pour 1983, le Conseil d'État avait déjà manifesté cette opinion : « L'édiction de textes nouveaux devrait s'accompagner d'une vérification très attentive de la réalité des besoins auxquels ils sont censés correspondre »[1143]. En effet, il convient dès cette étape de s'interroger sur les diverses possibilités de résoudre un état de fait jugé indésirable.

À cet égard, l'analyse du droit en vigueur pourra conduire à la constatation que la législation existe mais n'est pas ou mal appliquée[1144]. En outre, l'analyse des législations préexistantes peut amener à constater l'insuffisance d'une action normative dans un cas

[1142] J.-D. DELLEY, « Penser la loi… », in *Légistique formelle et matérielle*, op. cit. p.91.
[1143] Rapport du Conseil d'État pour 1983 cité par C. BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit., p.34.
[1144] Dans la circulaire du Premier ministre du 25 mai 1988, on peut lire « Une interrogation doit rester présente en permanence dans notre esprit : les dispositions existantes ne constituent-elles pas un cadre juridique suffisant ? ». Plus récemment, la circulaire du Premier ministre du 26 août 2003 dispose : « La loi ne peut et ne doit pas être le seul outil de notre politique. Il convient, avant toute proposition nouvelle, de vérifier qu'une plus grande attention à l'application effective des textes en vigueur ne répond pas aux besoins identifiés. »

déterminé. Ainsi, cette première étape doit logiquement conduire le législateur à établir un bilan de la législation préexistante dans le domaine considéré. À partir d'une connaissance précise des textes existants, il sera possible de mettre en exergue leurs insuffisances[1145]. Il est à noter qu'une telle analyse est aujourd'hui pratiquée par les assemblées qui disposent des informations nécessaires. La pratique n'est pourtant pas consacrée par le droit, c'est-à-dire qu'elle n'est pas considérée comme une étape obligatoire de l'action normative. En outre, pour consacrée qu'elle soit, cette pratique n'aboutit pas, loin s'en faut, à ce que le législateur tire les conclusions de cette évaluation rétrospective des lois antérieurement promulguées. Il s'agit d'une consécration partielle dans la pratique de ces préceptes méthodologiques.

L'intervention normative peut tout simplement s'avérer non pertinente pour régler le problème envisagé. En effet, si toute intervention législative suppose l'existence d'un problème, tout problème ne nécessite pas une intervention normative. La tendance à considérer le droit comme la solution à tous les maux de la société contemporaine conduit naturellement à la multiplication des lois et à leur dévaluation relative[1146]. Chargée de régler des problèmes qui ne relèvent pas de son espace de possibilité, la loi est réduite à une impuissance qui la dévalue aux yeux des citoyens. Là encore, il s'agit de préceptes relevant du bon sens destinés à lutter contre l'inflation législative, mais qui sont dépourvus de valeur normative.

Outre la lutte contre l'inflation législative, cette étape doit être mise en perspective au regard des suivantes. Une bonne connaissance du problème permet un meilleur choix des instruments d'action. Elle permettra en outre une évaluation rétrospective de la loi fondée sur des critères pertinents c'est-à-dire à partir de la connaissance du problème avant l'intervention de la loi[1147]. La consécration partielle dans la pratique de ces principes méthodologiques ne leur confère aucunement un caractère impératif. S'agissant de leur respect, le Conseil constitutionnel se trouve presque totalement désarmé.

[1145] Dans le cas « le plus fréquent » où le problème envisagé a déjà fait l'objet d'un traitement normatif, il convient d'analyser cette législation et d'établir « les causes possibles » de son inefficacité : « lacunes dans la mise en œuvre de la législation » (qui n'est pas ou mal appliquée), « inadéquation des moyens choisis par rapport au problème à résoudre » ; « définition imprécise du problème », « évolution du problème », J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.87.

[1146] Pour une telle critique, voir les articles précités de G.CARCASSONNE, « Penser la loi » et « Société de droit contre État de droit ».

[1147] Insistant sur l'importance de cette étape, les auteurs la mettent en perspective au regard des suivantes : « choix des instruments d'action », « évaluation législative qui procède par comparaison d'un avant et d'un après de la législation». J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.88.

§2 Les limites du Conseil constitutionnel

Le contrôle de la réalité du problème à l'origine de la loi est présenté comme incontournable par Jean-Jacques Pardini : « si l'on considère (…) que les normes sont vouées à immerger dans le « monde des faits », on doit (…) accepter l'existence d'un examen du « fait » que le juge constitutionnel opère à l'occasion de son contrôle afin de vérifier le « pourquoi » de la loi »[1148]. Pourtant, à cette étape c'est le pouvoir discrétionnaire du législateur qui l'emporte. Il lui appartient de décider s'il est pertinent de légiférer. D'une part, le Conseil constitutionnel refuse de se prononcer sur l'opportunité des lois soumises à son contrôle (A), d'autre part, l'évaluation de la réalité du problème motivant l'élaboration de la loi relève d'un contrôle minimum (B). Enfin, le législateur est libre de hiérarchiser les problèmes sur lesquels il souhaite légiférer (C).

A/ Le Conseil constitutionnel ne contrôle pas l'opportunité des lois

L'opportunité de la loi est hors du champ de contrôle des « sages » de la rue Montpensier. Parmi les conclusions et moyens voués au rejet, ceux tirés de l'opportunité de la loi sont considérés comme irrecevables par le Conseil constitutionnel. D.Dokhan évoque à cet égard la décision 84-179 DC[1149] dans laquelle « le Conseil constitutionnel refuse de se prononcer sur un moyen d'annulation fondé sur le caractère pernicieux des effets de la loi en estimant que cette critique « porte en réalité sur l'opportunité de la loi »[1150]. Dans ses décisions successives, le Conseil constitutionnel a confirmé cette jurisprudence. Ainsi en est-il de la décision 89-261 DC dans laquelle le Conseil décide « qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'opportunité de dispositions législatives »[1151].

Cette limite que le Conseil constitutionnel s'impose à lui-même est caractéristique de la prudence de cette juridiction[1152]. En effet, au-delà des finalités poursuivies par le législateur

---

[1148] J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France,* op. cit., p.100.

[1149] Décision n°84-179 du 12 septembre 1984. *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*. Recueil, p. 73.

[1150] David DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 103, LGDJ, Paris, 2001, p.437.

[1151] Décision 89-261 DC du 28 juillet 1989. *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*. Recueil, p. 81 (cons. 15). Dans le même sens voir les décisions 89-268 DC 83-162 DC 94-351 DC.

[1152] Force est de constater que le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires « est marqué de prudence » caractérisée « par le refus de contrôler les finalités poursuivies par le législateur… ». E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 1ère éd., PUF, 1998, p.249. Or, en acceptant d'apprécier les motifs de fait, le juge constitutionnel

(voir *infra*, Section 2, La détermination des objectifs), il s'agirait pour le Conseil constitutionnel de s'immiscer dans des choix relevant de la méthode de gouvernance. Cette attitude juridictionnelle est stratégiquement cohérente dans la mesure où elle est destinée à ne pas alimenter les accusations de « gouvernement des juges ». Le choix de légiférer sur tel ou tel sujet relèverait ainsi du pouvoir discrétionnaire du législateur. Cette jurisprudence du Conseil constitutionnel doit se rattacher à la formule bien connue selon laquelle le Conseil constitutionnel ne détient pas un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement[1153]. Cette limite du Conseil constitutionnel apparaît à cet égard comme le pendant de l'absence de recours en carence car si le Conseil constitutionnel n'est pas en mesure d'imposer au législateur de légiférer lorsqu'une loi serait constitutionnellement nécessaire, il ne peut censurer une loi qui lui apparaîtrait inopportune.

Cette retenue se traduit également par un contrôle minimum exercé par le Conseil constitutionnel sur la réalité des faits motivant son intervention normative.

B/ Le contrôle minimum exercé par le Conseil constitutionnel sur la réalité du problème ayant motivé l'intervention du législateur

Si toute intervention normative est motivée par l'existence d'un problème (situation de fait jugée indésirable)[1154], la question consiste à savoir si le Conseil constitutionnel est en mesure d'apprécier la réalité des faits justifiant une intervention normative. On peut constater d'une part que l'évaluation de la réalité du problème n'est soumise qu'au contrôle minimum de l'erreur manifeste (1) et d'autre part que le Conseil constitutionnel n'est pas en mesure d'exiger du législateur qu'il fonde son intervention normative sur une analyse scientifique établissant cette réalité (2).

1) L'évaluation de la réalité du problème soumise au contrôle de l'erreur manifeste

---

se trouve en position de juger les objectifs du législateur dans la mesure ces motifs prédéterminent les objectifs poursuivis. Voir J.-J.PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France,* op. cit., p.101.

[1153] Voir la décision 74-54 DC, précitée.

[1154] J.Rivero explique en effet qu'« au point de départ de toute activité d'édiction d'une norme juridique, il y a une situation de fait. Mis en présence d'un ensemble de données concrètes, celui qui est investi du pouvoir normatif porte sur elles un jugement, et décide qu'il y a lieu de leur substituer un état de chose différent. La règle qu'il formule, c'est le résultat de cette réflexion sur le fait tel qu'il est , de cet effort pour projeter dans l'avenir le fait tel qu'on voudrait qu'il fût ». J.RIVERO, « La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français », art. cit. p.130.

L'évaluation de la réalité des faits ayant motivé l'intervention du législateur se trouve soumise au contrôle de l'erreur manifeste exercé par le Conseil constitutionnel[1155]. Dans ces cas, le juge constitutionnel français « réévalue les choix faits par le législateur aux fins de déceler, le cas échéant, une erreur manifeste d'appréciation »[1156]. On doit à cet égard reconnaître avec F. Luchaire que le contrôle que le Conseil constitutionnel exercera sur la réalité des faits avancée par le législateur est un contrôle minimum[1157]. Néanmoins, même limité, ce contrôle de la réalité des faits est exercé par le Conseil constitutionnel ainsi que le révèle *a contrario* la décision 81-132 DC relative à une loi de nationalisation. Le Haut Conseil estime ainsi que « l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi (…) ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée… »[1158]. En l'espèce, l'exposé des motifs de la loi évoquait ces nationalisations comme une réaction à la crise économique. C'est cette réalité que le Conseil constitutionnel n'a pas jugé manifestement erronée. La réalité des faits avancée par le législateur pour justifier la loi apparaît centrale dans plusieurs autres décisions du Conseil constitutionnel. Ainsi, dans la décision « *Entreprise de presse* » de 1984, la volonté du législateur de restreindre la concentration de groupe de presse n'a pu être appréciée par le Conseil constitutionnel qu'au regard d'une situation de fait dans ce domaine justifiant la poursuite de l'objectif du pluralisme : « en ce qui concerne les quotidiens nationaux, (…) il ne peut être valablement soutenu que le nombre, la variété de caractères et de tendances, les conditions de diffusion de ces quotidiens méconnaîtraient actuellement l'exigence de pluralisme… »[1159]. Cette évaluation minimale de la réalité des faits motivant l'intervention du législateur était en outre incontournable dans les décisions relatives aux lois de découpage des circonscriptions électorales[1160].

S'il s'agit d'un contrôle minimum, on doit donc néanmoins constater que le Conseil constitutionnel évalue la réalité de la situation de fait justifiant la décision de légiférer. La potentialité de ce contrôle est extrêmement limitée dans la mesure où l' « on imagine mal, en effet, qu'après une discussion publique, des parlementaires aient pu se fourvoyer sur les faits qui justifient les choix de la loi qu'ils viennent de voter »[1161]. En effet, la notion d'erreur

---

[1155] Voir l'article de L.HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1986, pp.695-730 (spec. p.107 et s.)
[1156] J.-J.PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France,* op. cit., p.122.
[1157] F.LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel,* Tome 1, Organisation et attributions, 2ème éd. refondue, Économica, Paris, 1997.
[1158] Décision 81-132 DC, rendue le 16 janvier 1982, *Nationalisation*.
[1159] Décision 84-181 DC, rendue les 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, (cons. 49)
[1160] Voir par exemple la décision 86-218 DC du 18 novembre 1986, *Découpage électoral II*.
[1161] J.-J.PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France,* op. cit., p.123.

manifeste renvoie à une erreur grossière et non à une simple distorsion entre la réalité affichée par le législateur et celle relevant, par exemple, d'une étude scientifique. À cet égard, le Conseil constitutionnel n'a pas la possibilité d'exiger du législateur qu'il fonde son intervention normative sur une étude rigoureuse établissant la réalité du problème.

2) L'impossibilité d'exiger du législateur qu'il fonde son intervention sur étude établissant la réalité des faits qui ont motivé sa décision de légiférer

L'intervention du législateur trouve parfois son origine dans un rapport d'expert établissant la réalité d'un problème[1162], mais on doit constater que le Conseil constitutionnel n'est pas en mesure d'exiger du législateur qu'il fonde son action sur de telles analyses. Toutefois, dès lors qu'une consultation est prévue par la Constitution, le Conseil constitutionnel veillera à ce qu'elle ait eu lieu. Ainsi, l'article 70 de la Constitution prévoit la consultation obligatoire du Conseil économique et social pour les projets de loi de programme et de plan à caractère économique et social. À cet égard, il convient de remarquer que c'est le contenu du texte qui permet la qualification de « projet de loi et de plan à caractère économique et social » et non la dénomination explicite du texte[1163]. En outre, en vertu de l'article 39 de la Constitution, les projets de loi doivent obligatoirement être soumis pour avis au Conseil d'État qui « participe à la confection des lois… »[1164]. Dans ce cadre, la Haute juridiction administrative éclaire le Gouvernement-législateur en énonçant des « considérations d'opportunité sur le bien fondé du texte… »[1165]. Le Conseil constitutionnel veille donc à ce que les consultations imposées par la Constitution aient effectivement lieu[1166].

[1162] A.VIANDIER relève ainsi que « M.Tunc a animé récemment une commission chargée de proposer des améliorations à la situation des victimes des accidents de la circulation, des travaux de laquelle est issue une loi du 5 janvier 1985 ; plusieurs années avant, M.Carbonnier avait entrepris une vaste réforme du droit de la famille, rédigeant lui-même la plupart des dispositions des nouveaux textes ». A.VIANDIER, *Recherches de légistique comparée*, op. cit., p.21.

[1163] C'est le sens de la décision 2005-512 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel examine l'article 12 de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, qui approuvait un rapport annexé à la loi. Ce rapport fixait des objectifs à l'action de l'État dans le domaine de l'enseignement des premier et second degrés. Le Conseil a jugé en l'espèce que les dispositions de ce rapport sont de celles qui peuvent trouver leur place dans la catégorie des lois de programme à caractère économique ou social… » « que dès lors il aurait dû être soumis pour avis au Conseil économique et social. ». Décision rendue le 21 avril 2005. *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*. Recueil, p. 72 (Cons. 12, 13 et 14.).

[1164] L'alinéa 1er de l'article L.112-1 du Code de justice administrative dispose que : « Le Conseil d'État participe à la confection des lois et ordonnances. Il est saisi par le Premier ministre des projets établis par le Gouvernement. »

[1165] Voir à cet égard, G.DRAGO, « Fonction du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans la confection de la loi » *in* Roland Drago (dir), *La Confection de la loi*, op. cit., p.70. L'auteur explique à cet égard que le Conseil d'État « doit prémunir contre les éléments d'inconstitutionnalité (que le texte) pourrait contenir, mais il

La possibilité pour le juge constitutionnel d'exiger du législateur qu'il fonde sa législation sur des études rigoureuses relève d'un contrôle très poussé de la constitutionnalité des lois. On peut néanmoins constater que d'autres Cours constitutionnelles n'ont pas hésité à exiger une telle rationalité du travail législatif. En Allemagne, le juge constitutionnel se montre plus intrusif dans le domaine de l'opportunité de la loi. La Cour constitutionnelle allemande a en effet exigé du législateur qu'il produise une « étude sérieuse de la réalité sociale qui est à la base de la loi »[1167]. Cette incursion du juge allemand se fonde en effet sur des présupposés méthodologiques jugés suffisamment objectifs. En Italie, la mobilisation par le législateur d'une telle étude ne suffira pourtant pas à présumer de manière irréfragable le caractère fondé de la réalité des faits ainsi établie. Le juge se réserve ainsi le pouvoir d'apprécier si les informations fournies par le législateur sont sérieuses[1168].

Enfin, les pouvoirs du juge constitutionnel au regard de l'opportunité des lois sont en outre et surtout marqués par une limite qui est relative à la liberté du législateur de hiérarchiser les problèmes sur lesquels il souhaite légiférer.

C/ La liberté du législateur de hiérarchiser les problèmes

La question de la détermination des problèmes se double d'une question relative à leur priorité respective. Partant du constat que le législateur se focalise sur des problèmes d'importance mineure au détriment des problèmes fondamentaux, P. Noll[1169] a proposé l'institution d'un organe de planification qui aurait la charge d'établir les priorités de l'action normative du Parlement. Destiné à permettre une meilleure sélection des problèmes suscitant une intervention du législateur, cet organe serait chargé d'inventorier et de hiérarchiser les problèmes en fonction de leur importance. L'idée consiste ainsi à « rationaliser l'établissement de l'agenda parlementaire »[1170]. À cet égard, le Conseil constitutionnel ne

---

énonce aussi des considérations d'opportunité, sur le bien fondé du texte, et de forme, rédactionnelle par exemple, redondance, rédaction inadéquate, etc… », *ibid*.

[1166] En 2003, le Conseil constitutionnel a jugé pour la première fois une loi contraire à la Constitution au motif que le texte présenté pour avis au Conseil d'État était différent de celui soumis au Parlement et fait ainsi jouer le principe de l'effet utile à cette consultation. Voir la décision 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*. Recueil, p. 325. Le projet de loi soumis au Conseil d'État prévoyait initialement un seuil de 10 % des électeurs inscrit pour se maintenir au second tour des élections régionales. Le projet de loi soumis au Parlement avait retenu le seuil de 10 % des suffrages exprimés.

[1167] C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit., p.36.

[1168] Voir J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, op. cit., pp.105 et s.

[1169] P.NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Rheinbeck bei Hamburg, 1973, p.75.

[1170] J.-D. DELLEY, « Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique », in C.-A. MORAND (Dir.), *Légistique formelle et matérielle*, op. cité p.84.

dispose d'aucun pouvoir sur le législateur qui définit librement ses priorités et partant l'agenda de sa production normative. C'est dans cette hiérarchisation que réside l'essentiel du pouvoir discrétionnaire du législateur en la matière qui pourra choisir de focaliser son attention sur tel problème plutôt qu'un autre. À travers cette hiérarchisation se jouent des choix en termes de valeurs dans lesquels le juge constitutionnel ne se risque pas à s'immiscer.

La question de l'opportunité des lois est présentée, dans le cadre de la légistique comme une question préalable. Si la loi est destinée à remédier à un problème donné, il convient d'identifier et d'analyser ce problème et de se demander si la solution législative est opportune. À cet égard, certains auteurs ont émis le souhait que le juge constitutionnel contrôle « avec plus d'acuité les bases matérielles (« la réalité ») des interventions législatives, et vérifie que « les choix législatifs soient fondés sur des éléments matériels certains et convenablement considéré par le législateur »[1171]. La force de ces principes repose ainsi uniquement sur le « bon sens » qui les inspire. Cette étape place le juge sur « un des terrains les plus délicats du contrôle de constitutionnalité des lois »[1172] et marque largement les limites du juge constitutionnel.

À cette première étape, succède celle de la détermination des objectifs. Si le Conseil constitutionnel a réduit au minimum l'espace du contrôle de l'opportunité des lois, il a progressivement introduit un contrôle relatif aux objectifs du législateur.

[1171] M.LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padoue, Cedam, 1983. Cité par J.-J.PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France,* op. cit. p.105. Dans le même sens C. Atias et D. Linotte considèrent que « le juriste ne peut se dérober à l'obligation de prendre parti sur le fait qui a provoqué ou provoque l'intervention de la loi. C.ATIAS et D.LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* chron, 1977. p.251.

[1172] R.BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milan, Giuffré, 1988, p.328. Cité par J.-J.PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France,* op. cit. p.105

Section 2 – La détermination des objectifs

La définition des objectifs est la seconde étape du processus législatif idéal décrit par la légistique. Le législateur devra exposer ses ambitions, et donc choisir entre plusieurs orientations politiques. Cette étape qui renvoie au pouvoir discrétionnaire du législateur laisse néanmoins une place pour le contrôle du Conseil constitutionnel. Nous pourrons ainsi constater que cette étape suppose de respecter quelques précautions méthodologiques qui ne sont pas toujours suivies dans la pratique. Après avoir envisagé la méthodologie préconisée par la légistique (§1), nous pourrons constater la relative impuissance du Conseil constitutionnel en matière de détermination des objectifs (§2).

§1 La méthodologie préconisée par la légistique

La détermination des objectifs est une étape fondamentale dans le cadre de l'action législative[1173]. Si le droit est toujours au service d'un but[1174], il appartient au législateur de définir les objectifs vers lesquels tend sa législation. En outre, le recours aux objectifs traduit aujourd'hui l'évolution d'une législation contemporaine finaliste et au service de politiques publiques. Face à cette évolution, on peut constater les dérives de la pratique : si la définition des objectifs est nécessaire, elle doit répondre à des exigences méthodologiques qui sont souvent ignorées. En effet, l' « étape nécessaire » est détournée pour aboutir à des « pratiques abusives ». La loi est jugée de manière récurrente comme étant encombrée d'objectifs.

Si cette étape est nécessaire (A), force est de constater les dérives auxquelles elle donne lieu dans la pratique (B).

A/ Une étape nécessaire

Dans le cadre d'une élaboration méthodologique de la législation, le législateur doit déterminer les buts et les objectifs de la loi. En effet, « pour être en mesure de prendre les

[1173] Sur la détermination des objectifs, voir C-A. MORAND, « les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires », *RRJ, Cahiers de méthodologie juridique* n°4, « Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs », 1989-4, p.853. Également, du même auteur, C-A.MORAND, « Buts et objectifs dans l'application et la mise en œuvre du droit public », in *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, vol.2, Association internationale de méthodologie juridique, Actes du congrès des 10-12 septembre 1990 à Louvain-la-Neuve, Bruxelles, Ed. Story-Scienta, 1992, p.75.

[1174] Pour J.-D. DELLEY, « toute loi vise à réaliser des buts ou des objectifs », J.-D. DELLEY, « Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique », in C.-A.MORAND, *Légistique formelle et matérielle*, op. cit. p.94.

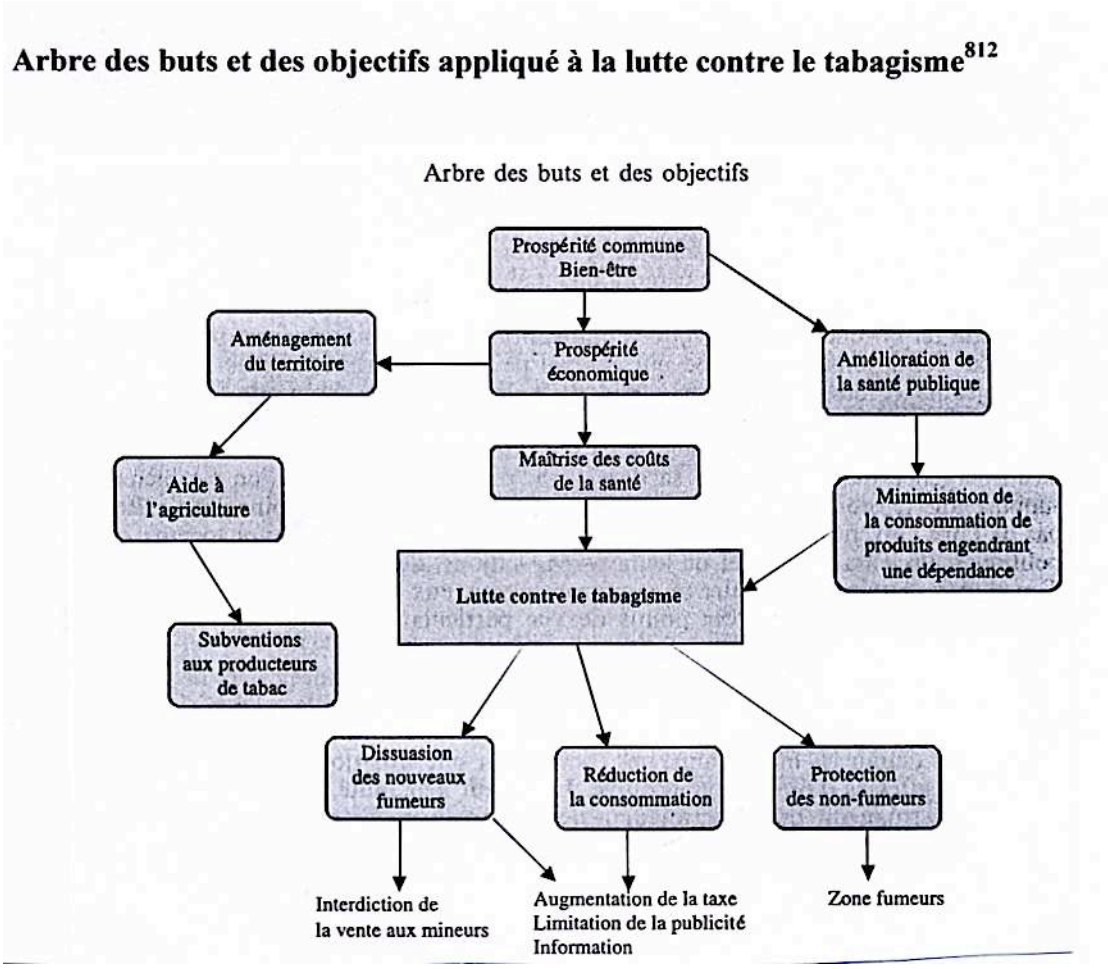
mesures susceptibles de modifier la situation de fait, le législateur doit être au clair sur la situation désirable à promouvoir »[1175].

On retrouve à cet égard, les présupposés relatifs à la fonction du droit. Rejoignant la position de Jehring[1176], la légistique envisage le droit comme n'existant pas en soi mais « en fonction de la poursuite de certaines finalités »[1177]. La loi gagnera ainsi en efficacité à établir précisément les buts et les objectifs qu'elle poursuit. Ici encore, il convient de préciser le sens du terme « objectif ». Il ne s'agit pas seulement des intentions du législateur, ni même des finalités qu'il poursuit[1178]. La détermination des objectifs par le législateur doit l'amener à aller plus loin que la simple dénonciation d'une situation de fait. Cette étape suppose une formulation positive des buts de la loi[1179].

Nos auteurs proposent ici une méthodologie de la détermination des buts et des objectifs : « On peut définir les buts comme des énoncés sur une situation ou un comportement futur affectés d'une valeur positive. Dans leur généralité, les buts indiquent une tâche permanente qui ne sera jamais définitivement réalisée. Ils montrent plus une direction, une tâche à accomplir qu'un état définitif. Ce but régulatif doit être concrétisé par des buts opérationnels qu'on appelle « objectifs ». On parle de buts opérationnels parce qu'ils sont en principe atteignables par des mesures appropriées. En réalité c'est la réalisation de ces objectifs qui est visée et ce sont ces objectifs qui servent de référence à l'évaluation du but recherché (…). La démarche consiste à établir un système de buts et d'objectifs hiérarchisés (…) des finalités les plus abstraites aux objectifs très précis et aux mesures concrètes qui permettront de les réaliser (…) en posant la question du pourquoi et du comment »[1180]. Cette démarche peut donner lieu à une modélisation graphique ainsi que l'illustre « l'arbre des buts et des objectifs appliqué à la lutte contre le tabagisme ».

[1175] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.88.
[1176] Le droit « n'est que le moyen de réaliser un but », *L'évolution du droit*, paris, 1901.
[1177] « Toute loi vise à réaliser des buts ou des objectifs ». J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.88.
[1178] « par objectif, nous entendons quelque chose de plus précis que l'intention de l'auteur, qui à la fois n'a pas nécessairement trait aux finalités à poursuivre (…) en revanche, il nous apparaît difficile de distinguer la notion d'objectif de celle de but… », J-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991, p.327.
[1179] En effet, « la simple négation de la situation de fait, perçue comme indésirable, ne suffit pas ; il faut au contraire définir une situation nouvelle, préférable à l'état de fait. La détermination des buts et des objectifs implique une formulation positive. » J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., pp.88-89.
[1180] *Ibid.,* p.89.

Arbre des buts et des objectifs appliqué à la lutte contre le tabagisme[1181]



La formulation de ces principes accroît le constat de décalage avec la réalité. Ces préceptes sont bien souvent détournés dans la pratique. La doctrine met en effet en exergue une dérive récurrente de la législation actuelle qui consiste à réagir à un problème jugé inacceptable (« l'être ») sans véritablement élaborer la situation désirée (ce qui « doit-être »)[1182].

B/ Des pratiques jugées abusives

On constate dans la pratique, une dérive qui se traduit par un « trop plein » d'objectif. Dans le cadre de l'État providence, les ambitions du législateur se développent dans tous les domaines de l'activité humaine[1183]. Ce déploiement de l'activité normative donne lieu à un

[1181] *Ibid.*, p.90.
[1182] « de manière générale, le législateur a plus tendance à réagir à une situation de fait jugée inacceptable qu'il ne met en œuvre des moyens au service d'un projet clairement identifiable… », *ibid.*, pp.88-89.
[1183] Certains domaines tels que l'urbanisme ou l'éducation sont particulièrement riches en objectifs.

phénomène d'inflation des intentions[1184]. Les dérives en matière de détermination de buts et d'objectifs consistent souvent en un recours abusif de l'expression des finalités des lois. Autrement dit, on constate une hypertrophie des motifs de la loi et une prolifération des déclarations d'objectifs par le législateur. Ainsi le « phénomène contemporain (…) de dilution des prescriptions juridiques dans la production juridique » ou du « reflux des prescriptions juridiques » tient en partie au « fait que, dans les textes juridiques de toutes sortes, les commandements assortis d'une menace de sanction, les prescriptions donc, tendent à céder la place de plus en plus fréquemment à des déclarations d'objectifs, des normes d'orientation, des programmes d'action, soit à un ensemble varié de « normes non prescriptives »[1185]. Les lois d'orientation traduisent cette nouvelle réalité normative puisqu'elles se définissent essentiellement comme des normes déterminant des objectifs à poursuivre[1186]. Le trop plein d'objectifs traduit également la pratique de définition d'objectifs flous et consensuels[1187]. Une partie de la doctrine en a déduit que la loi est réduite à sa portée symbolique : son affichage est le réel prétexte de sa promulgation[1188]. Certains auteurs mettent en avant le caractère irrationnel de ces procédés normatifs : les objectifs se substituent aux moyens mis en œuvre et il devient parfois difficile de distinguer les uns des autres.[1189]. Le dispositif de la loi se trouve ainsi encombré d'exposé des motifs. Or, l' « exposé des motifs » est la « partie d'un projet ou d'une proposition de loi qui en expose les raisons et précède le dispositif »[1190].

La description par la loi d'une situation idéale soutenue par des objectifs et principes généraux et parfaitement contradictoires conduirait ainsi à une décrédibilisation de l'acte législatif. L'article L.121-10 du code de l'urbanisme fournit un exemple caractéristique : « les

---

[1184] Pour un recensement des objectifs dans les lois, voir J-L. BERGEL, *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 1989, n°4.

[1185] J-B.AUBY, « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, n°3 p.673-685.

[1186] L'expression « loi d'orientation », ne dispose d'aucune base constitutionnelle et a comme but « d'attribuer une certaine solennité aux intentions que le gouvernement entend exprimer dans une loi arrêtant les principes qu'il veut mettre en œuvre avec l'accord du législateur sur plusieurs années. La loi d'orientation se distingue de la loi de programmation par le fait qu'à la différence de cette dernière elle ne comporte pas d'engagements financiers. », O.DUHAMEL et Y.MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p.603.

[1187] Voir J.-D. DELLEY, « Penser la loi… », art. cit., p.97. L'auteur évoque l'article 24 septie de la Constitution fédérale helvétique qui dispose que l'État « protège l'homme et son milieu naturel ». Cela paraît davantage problématique lorsque ce sont les lois qui affichent de tels objectifs. Voir à cet égard G.CARCASSONNE, « Penser la loi », art. cit. spéc. p.42.

[1188] « …il n'est pas sans intérêt de se dire que les déclarations d'objectifs que l'on trouve de plus en plus fréquemment dans les lois modernes s'adressent tout autant aux citoyens que l'on veut faire adhérer, qu'aux autorités chargées de l'application ». J-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991, p.328. Voir également, N.MOLFESSIS sur les lois d'affichage dont le titre suffit à épuiser l'intention du législateur. « Le titre des lois » art. cit., in *Mélanges Catala*.

[1189] « En sens contraire, il sera nécessaire, bien que, dans certaines hypothèses, cela puisse se révéler délicat car les textes les entremêlent parfois, de distinguer le registre des objectifs du registre des moyens. ». J-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991, p.327.

[1190] M. de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin, 5ème éd., p.114.

documents d'urbanisme déterminent les conditions permettant d'une part, de limiter l'utilisation de l'espace, de préserver les activités agricoles, de protéger les espaces forestiers, les sites et les paysages, de prévenir les risques naturels prévisibles et les risques technologiques et, d'autre part, de prévoir suffisamment de zones réservées aux activités économiques et d'intérêt général, et de terrains constructibles pour la satisfaction des besoins présents et futurs en matière de logement »[1191].

Cet abus de déclaration d'objectif pose nécessairement la question de leur caractère réaliste. Le législateur ne distingue nullement le but objectif, des buts opérationnels. Cette absence de distinction conduit à donner l'impression de lois chargées d'objectifs démesurés. La légistique n'a pas vocation à s'immiscer dans le choix des orientations politiques du législateur mais davantage à proposer une méthodologie destinée à mettre au clair les ambitions poursuivies par le législateur. La détermination des objectifs est une étape sensible du processus législatif parce qu'elle suppose d'opérer des choix fondamentaux fondés sur des valeurs. Pour cette raison, « on a prétendu que la légistique ne pourrait pas constituer une science »[1192]. En proposant d'établir une science pure du droit, Kelsen part du constat qu' « il est impossible de procéder à un choix rationnel entre des valeurs opposées »[1193]. Pourtant, s'il est naïf de penser que la science permettra de découvrir le fond des bonnes lois, on peut raisonnablement considérer que « la science permet d'éclairer les choix de valeurs et même de prendre conscience des valeurs en cause »[1194]. L'évocation de cette étape amène à poser une question qui se situe au cœur de la production normative : le législateur est-il mû par de véritables objectifs ? Si la définition des objectifs ne renvoie pas seulement à la dénonciation d'une situation de fait jugée inacceptable, cela suppose positivement d'avoir un véritable projet politique.

Au regard de ces préceptes méthodologiques et face à ces dérives constatées dans la pratique, les pouvoirs du Conseil constitutionnel apparaissent largement limités.

[1191] Voir P.HOCREITERE, « Le principe d'équilibre ou l'article L.121-10 du Code de l'urbanisme face au juge administratif », *LPA*, 23 nov. 1988.
[1192] C.-A.MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit., p.31.
[1193] H.KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, p.48.
[1194] C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit., p.31. Les études d'impacts offrent une illustration saisissante puisqu'elles n'ont pas vocation à imposer une décision, mais à en prévoir les effets positifs et négatifs et donc à éclairer les choix des décideurs.

§ 2 Les pouvoirs limités du Conseil constitutionnel

L'influence du Conseil constitutionnel en matière de détermination des objectifs est largement limitée. Là encore, la politique de *self-restraint* marque la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui considère cette question comme relevant essentiellement du pouvoir discrétionnaire du législateur. Néanmoins, s'il se refuse à contrôler les finalités poursuivies par le législateur, le Conseil a été amené à jouer un rôle en matière de détermination des objectifs. Son rôle dans ce domaine emprunte des voies différentes qui traduisent les différents degrés de son implication. Nous les envisagerons successivement pour marquer le dégradé de ces possibilités d'agir. Après avoir envisagé les limites du contrôle de constitutionnalité des lois (A), nous pourrons étudier les moyens lui permettant de jouer une influence sur la détermination des objectifs législatifs (B).

A/ Les limites du Conseil constitutionnel face à la détermination des objectifs législatifs

Face aux dérives précédemment évoquées, le Conseil constitutionnel est largement réduit à un rôle de spectateur. La détermination des objectifs se situe en effet au cœur du pouvoir discrétionnaire du législateur. Le choix des orientations politiques laisse alors peu de place au contrôle exercé par le Conseil constitutionnel.

Il revient au législateur de choisir les orientations de la politique nationale. Comme l'explique E.Zoller, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les lois « est marqué de prudence. C'est là où il se rapproche le plus du juge administratif, notamment parce que comme lui, il se refuse à s'aventurer sur le terrain politique. Ceci se manifeste de deux manières : par le refus de contrôler les finalités poursuivies par le législateur et par un contrôle limité aux moyens employés pour les atteindre »[1195]. Les intentions du législateur seraient ainsi placées en dehors du champ d'appréciation du Conseil constitutionnel dans la mesure où elles feraient figure d'éléments « méta-juridiques » pour reprendre l'expression utilisée par C. Eisenmann[1196]. Alors que la loi se voit assigner une finalité absolue qui se résume par la poursuite de l'intérêt général ou du « bien commun », on constate que le contrôle des objectifs de la loi est caractérisé par la prudence du Conseil constitutionnel. G. Merland met ainsi en évidence le refus du juge constitutionnel de contrôler la pertinence des

[1195] E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 1ère éd., PUF, 1998, p.249.
[1196] C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Tome 2, LGDJ, 1983, p.271.

objectifs du législateur[1197]. La décision 83-162 DC offre une illustration saisissante de cette prudence du Conseil constitutionnel lorsqu'il s'agit d'apprécier les objectifs poursuivis par le législateur. Alors que les auteurs de la saisine estimaient que la violation du principe d'égalité n'était justifiée par aucun motif d'intérêt général, le Conseil constitutionnel considère que « l'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur »[1198]. Cette autolimitation du juge constitutionnel se traduit ainsi par une identification entre l'objectif poursuivi par le législateur et l'intérêt général[1199].

S'agissant de la méthodologie préconisée pour la détermination des objectifs, les pouvoirs du Conseil constitutionnel sont inexistants. Il ne peut sanctionner le législateur qui aurait déterminé un objectif hors de portée sans avoir défini des « buts opérationnels ». Sa récente jurisprudence en matière de neutron (voir *infra*, Deuxième Partie) semble à cet égard viser le caractère a-normatif de certaines dispositions législatives. Lorsque le Conseil censure la disposition en vertu de laquelle « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves »[1200], il ne sanctionne pas la détermination d'un but hors de portée, mais l'inconséquence d'une telle disposition, insérée dans le dispositif même de la loi.

Néanmoins, le juge constitutionnel a développé quelques moyens contentieux lui permettant de jouer une influence en matière de détermination des objectifs législatifs.

B/ Les moyens permettant au Conseil constitutionnel de jouer une influence sur la détermination des objectifs de la loi.

Le Conseil constitutionnel dispose de deux moyens pour influer sur la détermination des objectifs poursuivis par le législateur. Il s'agit tout d'abord de son pouvoir de reconnaître la valeur constitutionnelle de certains objectifs poursuivis par le législateur (1) et ensuite de son pouvoir de vérifier l'existence d'objectifs d'intérêt général justifiant des restrictions à certains principes (2).

1) La reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à certains objectifs législatifs

[1197] G.MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 121, LGDJ, 2004, pp.217-234.
[1198] Décision 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, Rec. p.49. Dans le même sens, voir les décisions 86-209 DC du 3 juillet 1986, 87-232 DC du 7 janvier 1988 et 93-322 DC du 28 juillet 1993.
[1199] Voir à cet égard, G.MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 225. L'auteur évoque les décisions 93-332 DC du 13 janvier 1994 et 97-388 DC du 10 mars 1997.
[1200] Voir la décision précitée, 2005-512 DC. *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école,* (cons.17 et 18).

La création des objectifs de valeur constitutionnelle offre au Conseil constitutionnel la possibilité de jouer une influence importante en matière de détermination des objectifs poursuivis par le législateur.

A minima, les objectifs de valeur constitutionnelle permettent au Conseil constitutionnel de soutenir les finalités choisies par le législateur. Le rôle joué par le Conseil constitutionnel est alors résiduel : il soutient le législateur en conférant valeur constitutionnelle aux objectifs qu'il poursuit.

Néanmoins, les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas seulement destinés à conforter les choix du législateur. Ces objectifs peuvent également s'imposer au législateur (voir *supra*, Sous Partie I, Titre II, Chapitre 2, Les autres moyens contentieux mis au service de l'exigence d'effectivité de la Constitution). Les objectifs de valeur constitutionnelle offrent en effet au Conseil constitutionnel une emprise sur la détermination des objectifs législatifs. D'une part, dès lors qu'il légifère dans le champ d'un objectif consacré par le juge constitutionnel, le législateur devra définir des objectifs compatibles avec les objectifs de valeur constitutionnelle, voire utile à ces derniers. Ce contrôle des objectifs du législateur apparaît dans la décision 84-181 DC relative à la loi dite « Hersant »[1201]. MM.Favoreu et Philip commenteront cette décision en expliquant : « La liberté de la presse exige la réalisation de l'objectif de pluralisme lequel, à son tour, exige que soit atteint l'objectif de transparence et le législateur est tenu de suivre ce canal ou de respecter ce cadre finalement assez contraignant lorsqu'il intervient… »[1202]. On retrouve l'obligation de légiférer envisagée dans la première sous-partie, dans la mesure où il s'agit pour le Conseil constitutionnel d'imposer un sens précis à la législation. Pour reprendre l'image de la « canalisation », le législateur devra poursuivre des objectifs de nature à permettre la réalisation de ceux auquel il a reconnu une valeur constitutionnelle. D'autre part, et *a fortiori* le Conseil est en mesure de sanctionner un législateur qui poursuivrait des objectifs contraires à ceux auxquels il confère valeur constitutionnelle.

En outre, lorsque la législation tend à limiter un droit, une liberté ou un principe de valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel se montre plus exigeant en matière de détermination des objectifs législatifs.

[1201] Décision 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*. Recueil, p. 78

[1202] *GDCC* 12ème ed. p.608.

2) La vérification par le juge de l'existence d'objectifs d'intérêt général poursuivis par le législateur en cas de limitation de droit, libertés ou principes constitutionnels

Dans certains cas, le Conseil constitutionnel peut être amené à contrôler l'existence d' objectifs d'intérêt général poursuivis par le législateur. En effet, dans la mesure où les objectifs poursuivis par le législateur peuvent constituer une justification à la limitation de certains droits, libertés ou principes[1203], le Conseil peut censurer l'absence ou l'insuffisance d'objectifs susceptibles de justifier ces atteintes. L'appréciation par le Conseil constitutionnel du caractère d'intérêt général des objectifs poursuivis par le législateur le place dans une position délicate qui tient à la définition de cette notion « plus politique que juridique »[1204]. Il convient de noter que, de son côté, le juge administratif s'est très tôt immiscé dans le contrôle des objectifs de l'administration au regard de l'intérêt général. En 1901, le Conseil d'État va juger que « l'administration ne doit se décider que pour des motifs d'intérêt général »[1205]. Mais ce contrôle exercé par le juge administratif est essentiellement négatif puisque le juge se contente de vérifier que l'administration « n'agit pas pour des fins étrangères à l'intérêt général »[1206]. Une évolution sensible semble avoir marqué la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En matière d'existence d'objectifs d'intérêt général le législateur n'est plus soumis à obligation formelle (a) mais à une obligation matérielle (b).

a) D'une obligation formelle…

Par obligation formelle, nous entendons que le Conseil constitutionnel se contente de vérifier l'existence d'un objectif poursuivi par le législateur sans porter de jugement relatif à la substance de celui-ci, c'est-à-dire sans se prononcer sur ce qui relève ou non de la notion d'intérêt général.

Lorsque le législateur n'expose pas les objectifs qu'il poursuit, le Conseil constitutionnel peut juger que « faute d'avoir énoncé l'objectif poursuivi, l'atteinte causée à

[1203] B.Mathieu note ainsi que « traditionnellement, l'intérêt général est utilisé par le juge constitutionnel pour justifier de la limitation apportée à certains droits fondamentaux individuels… ». B.MATHIEU, « Propos introductifs », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle,* op. cit., p.6.
[1204] « …la notion d'intérêt général est plus politique que juridique... ». Rapport public du Conseil d'État, *Le principe d'égalité,* La documentation française, Paris, 1998, p.40.
[1205] CE, 22 janvier 1901, Pagès. Arrêt cité par G.PELLISSIER, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, Thèse Paris I, 1995, p.101.
[1206] Conseil d'État, *Le principe d'égalité*, Rapport public 1996, La documentation française, Paris, 1998, p.40.

un droit ou une liberté n'est pas justifiée par un objectif d'intérêt général »[1207]. On trouve une illustration de cette position dans la décision 2000-434 DC relative à la loi sur la chasse. La loi prévoyait d'accorder au Préfet le pouvoir de choisir un autre jour que le mercredi pour interdire la chasse. Le Conseil constate que si l'interdiction de chasser le mercredi présentait un intérêt lié à la protection des promeneurs et des enfants scolarisés, aucun objectif d'intérêt général ne justifiait ce pouvoir accordé au Préfet[1208]. L'application de cette jurisprudence est courante s'agissant du principe d'égalité. Ce sont en effet les finalités poursuivies par le législateur qui justifient pour le juge constitutionnel des différences de traitement organisées par la loi[1209]. L'obligation pèse sur le législateur d'énoncer les objectifs propres à justifier des différences de traitement. De la même manière, la pratique des validations législatives est soumise à ce contrôle des finalités poursuivies par le législateur. En effet, cette pratique « vise à modifier la légalité d'un acte, postérieurement à un recours contentieux et est susceptible de porter atteinte au principe d'égalité »[1210]. Ainsi, le juge constitutionnel s'attachera à vérifier que le législateur entendait poursuivre un intérêt général[1211].

Deux remarques doivent être faites à l'égard de cette jurisprudence. D'une part, il convient de relever que le Conseil constitutionnel n'exige aucunement du législateur la formulation des objectifs dans le cadre de la loi, mais seulement que les mesures législatives envisagées puissent être rattachées à un objectif. Ainsi, le Conseil constitutionnel se fonde-t-il à la fois sur le texte qui lui est soumis et sur les débats parlementaires[1212]. La loi doit donc être rationnellement fondée sur des objectifs mais cette exigence n'est pas formelle puisque ceux-là pourront être trouvés en dehors du texte législatif. Le Conseil constitutionnel reconstitue les

---

[1207] G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p.40

[1208] Décision 2000-434 DC du 20 juillet 2000. *Loi relative à la chasse*. Recueil, p. 107

[1209] Le Conseil peut, dans une perspective de conciliation, admettre des différences de traitement, en l'absence de différence de situation, lorsque ces différences de traitement sont justifiées par les objectifs d'intérêt général, voir B.GENEVOIS, *La Jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Ed. STH, 1988, p.233. Voir à cet égard la décision 2004-511 DC du 29 décembre 2004, *Loi de finances pour 2005*, Recueil, p. 236.

[1210] Voir à cet égard, B.MATHIEU, *Les validations législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Économica, Coll. Droit public positif, Paris, 1987, p.203.

[1211] *Ibid.*, pp.202-204. L'auteur évoque la décision 86-223 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel met en exergue l'objectif poursuivi qui consistait à « éviter à l'État et aux collectivités territoriales les conséquences dommageables » de l'annulation des impositions en cause. *Ibid.,* p.203.

[1212] Dans sa décision 2004-511 DC, précitée, le Conseil constitutionnel explique qu'« il ressort des travaux parlementaires que les dispositions de l'article 22 ont pour objet de favoriser le rapatriement d'emplois et d'investissements précédemment transférés hors de France, afin d'en faire profiter l'économie nationale et de lutter contre le chômage ». Dans le même sens voir la décision 2005-530 DC du 29 décembre 2005. *Loi de finances pour 2006*. Recueil, p. 168. Dans le même sens, B.MATHIEU explique : « à partir des dispositions de la loi ou des travaux préparatoires, le juge se pose la question la question de savoir quelle est la finalité de la loi ». B.MATHIEU, *Les validations législatives…,* op.cit., p.202.

motifs de la loi[1213]. D'autre part, il est difficile d'inférer de cette jurisprudence, une obligation générale pour le législateur de poursuivre des objectifs d'intérêt général. En effet, cette exigence n'est posée par le Conseil constitutionnel que dans les cas où la loi poserait des restrictions à des principes constitutionnels.

En outre, le contrôle exercé par le juge constitutionnel est peu contraignant dans la mesure où il exige seulement que l'objectif existe réellement[1214]. En la matière, le Conseil constitutionnel fait jouer une présomption favorable au législateur qui est censé par principe poursuivre des objectifs d'intérêt général[1215]. La prudence du Conseil constitutionnel apparaît nettement lorsqu'il considère qu'il peut être dérogé au principe d'égalité que « pour des motifs d'intérêt général qu'il appartient au législateur d'apprécier »[1216]. Les considérations stratégiques du Conseil constitutionnel face au législateur expliquent largement ce positionnement. Il permet d'une part, au Conseil de « réactiver la symbolique de la loi »[1217] tout en évitant « d'infliger un camouflet à la représentation nationale qui serait accusée d'avoir poursuivi un but autre que l'intérêt général »[1218]. Si l'objectif d'intérêt général peut parfois être jugé « insuffisant » par le Conseil au regard de l'atteinte portée à un principe, l'objectif poursuivi par le législateur demeure d'intérêt général. Ce faisant, le Conseil esquive le risque d'une accusation de gouvernement des juges. En effet, l'appréciation de ce qui relève de l'intérêt général ou de ce qui n'en relève pas est délicate puisque la notion « est plus politique que juridique » et qu'elle est susceptible d'évoluer en fonction des contextes[1219] :

[1213] Dans ses décisions 88-244 DC (20 juillet 1988. *Loi portant amnistie.* Recueil, p. 119) et 89-271 (11 janvier 1990. *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*. Recueil, p. 21), le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité de lois d'amnistie. Dans l'une et l'autre de ces décisions, le Conseil évoque le but ou l'objectif « d'apaisement politique ou social » et laisse à penser que le juge impose au législateur de poursuivre un but d'intérêt général. Le parallèle peut à cet égard être établi avec les décisions dans lesquelles le Conseil contrôle la constitutionnalité des dérogations au principe fondamental reconnu par les lois de la République qui confère aux juridictions administratives la compétence en matière d'annulation et de réformation des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Dans ces décisions, le Conseil constitutionnel considère que de telles dérogations ne peuvent se justifier que par « le souci d'une bonne administration de la justice ». Dans le même sens, voir les décisions 86-224, 89-261 DC, 96-378 DC, 98-399 DC.

[1214] G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit. p.41. « lors du contrôle du caractère d'intérêt général des objectifs du législateur, le Conseil constitutionnel n'est guère exigeant »

[1215] Si la présomption peut être qualifiée de favorable, « il n'y a pas une présomption irréfragable selon laquelle toute loi vise un but d'intérêt général ». B.MATHIEU, *Les validations législatives…,* op.cit., p.202.

[1216] Voir à cet égard la décision 86-207 DC du *26 juin 1986.Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*. Recueil, p. 61.

[1217] Pour G. MERLAND, « demander à l'auteur de la loi de justifier son action par la poursuite de l'intérêt général et conclure, en toutes circonstances, que l'appréciation portée par le législateur est exacte, permet au Conseil de réactiver la symbolique de la loi », G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p.38.

[1218] *Ibid.*, p.41.

[1219] Dans son rapport public pour 1996, le Conseil d'État présente cette notion en expliquant que : « L'intérêt général exprime en effet les valeurs ou les grands objectifs d'une collectivité » (…) « …la notion d'intérêt

« ce qui n'est pas jugé indispensable aujourd'hui pourra l'être demain »[1220]. Tout cela « explique que le juge en fasse usage avec une certaine distance tout en reconnaissant sa nécessité »[1221].

Pourtant, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est marquée par une évolution qui s'est caractérisée par le caractère substantiel qu'a acquis cette obligation de justifier par la poursuite d'objectifs d'intérêt général les atteintes portées aux droits, libertés et principes constitutionnels.

b) … à une obligation matérielle

Par obligation substantielle, nous entendons que le Conseil constitutionnel contrôle la nature de l'objectif poursuivi, c'est-à-dire que le juge se prononce sur le point de savoir si l'objectif est ou non d'intérêt général.

La jurisprudence du Conseil ne peut se résumer à une attitude de *self restraint*. En effet, certains auteurs ont pu déduire de sa jurisprudence récente qu'elle traduisait une évolution du niveau d'exigence imposé au législateur en la matière. Dans sa décision 2005-530 DC, le Conseil constitutionnel constate l'extrême complexité du dispositif de plafonnement de certains avantages fiscaux. Ces mesures étaient présentées par le législateur comme nécessaires à la réalisation d'économie. Il considère à cet égard que cette « complexité nouvelle imposée aux contribuables ne trouve sa contrepartie dans aucun motif d'intérêt général véritable »[1222]. L'évolution de la formule est très nette puisque le Conseil constitutionnel n'exige plus que les restrictions soient motivées par un « objectif d'intérêt général suffisant » mais par un « objectif d'intérêt général véritable ». Pour G.Merland, le Conseil constitutionnel semble se livrer « à une appréciation substantielle de l'objectif avancé… »[1223]. Le législateur pourrait ainsi se tromper, s'égarer dans la recherche de l'intérêt général. Ce glissement sémantique traduit une immixtion du Conseil constitutionnel dans le contrôle des objectifs du législateur qui doivent *véritablement* être d'intérêt général.

---

général est plus politique que juridique... », Conseil d'État, *Le principe d'égalité*, Rapport public 1996, La documentation française, Paris, 1998, p.40.

[1220] Conclusions Josse sur CE Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers. Cité par G.PELLISSIER, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, Thèse Paris I, 1995, p.77.

[1221] Conseil d'État, *Le principe d'égalité*, Rapport public 1996, La documentation française, Paris, 1998, p.40.

[1222] Décision 2005-530 DC du 29 décembre 2005. *Loi de finances pour 2006*. Recueil, p. 168. (Cons.68 à 89).

[1223] G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p.42. Pour cet auteur, « il y aurait derrière la notion d'intérêt général, l'idée de vérité, de réalité… », *ibid.* Mais cet auteur ne voit dans ce considérant qu'une « rédaction involontaire, destinée avant tout à insister sur l'insuffisance du motif allégué à l'appui du dispositif incriminé », *ibid.*

Le contrôle des lois de validation permet également au juge constitutionnel d'évaluer la pertinence de l'objectif poursuivi par le législateur. L'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme a eu à cet égard un impact significatif sur la jurisprudence du juge constitutionnel français[1224]. Si le législateur « bénéficie d'une prééminence dans la fixation des choix qui s'imposent au regard des exigences d'intérêt général qu'il détermine »[1225], ce pouvoir discrétionnaire ne s'impose que s'agissant des dispositions législatives qui disposent pour l'avenir. Dès lors que ces dispositions ont un effet rétroactif, « le juge dispose d'un pouvoir de décision éminent »[1226] puisqu'il est chargé d'apprécier l'existence d'un but d'intérêt général impérieux poursuivi par le législateur. Le caractère impérieux de l'objectif législatif susceptible de justifier des mesures rétroactives semble nécessiter une appréciation relative à la substance de l'objectif poursuivi. Il ne suffit pas que le législateur poursuive un objectif qu'il qualifie d'intérêt général, encore faut-il qu'il soit « impérieux ».

Cette appréciation sur la nature des objectifs poursuivis était inévitable même lorsque le Conseil constitutionnel se contentait de censurer le « caractère insuffisant » des objectifs d'intérêt général poursuivis. En effet, l'évaluation du caractère suffisant de l'objectif est fonction d'une appréciation tenant à la pertinence de l'objectif lui-même. En exigeant que l'objectif d'intérêt général soit « suffisant », il met en balance les avantages présentés par les dispositions de la loi et leurs inconvénients. Dans la balance, le poids de l'objectif poursuivi joue un rôle déterminant. Sous ce prisme, le Conseil est en mesure de juger de la pertinence de l'objectif poursuivi[1227]. Dans sa décision 2001-453 DC, le Conseil estime que l'annulation rétroactive d'une dette de 16 milliards de francs n'apparaissait pas justifiée par un objectif

---

[1224] En 1999, la Cour européenne condamne la validation qui avait été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision 93-322 DC. Voir à cet égard, l'affaire Zielinsky du 28 octobre 1999. La Cour européenne exige que le législateur poursuive un but d'intérêt général impérieux. Il convient de remarquer que cette question se trouve placé sur le terrain du contrôle de conventionalité, ce qui permet aux juridictions judiciaires et administratives de contrôler les lois de validations. La Cour de cassation vérifie l'existence d'un tel intérêt. Voir à cet égard l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 24 janvier 2003, *RFDA* 2003 p.470. Le contrôle de la Cour de cassation s'étend aux lois rétroactives. Voir l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004, *RFDA* 2004, p.224. À la suite de cette décision de la Cour de Strasbourg, le Conseil constitutionnel a fait évoluer sa jurisprudence en matière de validations législatives en exigeant du législateur qu'il se fonde sur un motif d'intérêt général suffisant. Voir les décisions 99-422 DC, 99-425 DC, 2005-531 DC.

[1225] B.MATHIEU, *La loi*, op. cit. p.109.

[1226] *Ibid.,*p.109. Le même auteur explique : « Ainsi le juge peut interpréter comme il l'entend la règle de droit, modifier, selon l'idée qu'il se fait de l'intérêt général… », *ibid.*

[1227] G.MERLAND considère à cet égard que « au-delà d'une simple mise en balance entre le dispositif législatif examiné et l'importance de l'objectif d'intérêt général, le contrôle de proportionnalité permet au Conseil de porter une appréciation sur l'objectif d'intérêt général poursuivi… ». « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit. p.45.

d'intérêt général suffisant[1228]. Cette position résulte d'une appréciation relative à l'objectif poursuivi. En l'occurrence la réalisation d'économie ne semble pas revêtir pour le Conseil constitutionnel une importance suffisante. Ce contrôle de proportionnalité camouffle ici le pouvoir que s'arroge le Conseil constitutionnel de juger du caractère d'intérêt général des objectifs législatifs[1229]. On peut ainsi constater « la fragilité de la frontière entre le contrôle de la proportionnalité et le contrôle de l'appréciation du caractère d'intérêt général poursuivi »[1230]. Ce pouvoir d'apprécier ce qui relève de l'intérêt général ou non apparaît implicitement dans sa jurisprudence.

Les logiques mobilisées dans le cadre de ce contrôle ne sont pas très éloignées de celles du détournement de pouvoir. Pourtant, le juge constitutionnel s'est toujours défendu d'exercer un tel contrôle. G. Vedel explique en effet que « l'allégation du détournement de pouvoir à l'encontre d'une loi implique que le Parlement ait usé d'un pouvoir législatif en vue d'un but qui n'était pas celui qu'il aurait dû poursuivre. »[1231]. Une censure pour détournement de pouvoir prononcée par le Conseil constitutionnel constituerait « une condamnation morale du Parlement accusé de légiférer dans un but autre que l'intérêt du pays »[1232]. Pourtant, il apparaît que le contrôle des objectifs poursuivis par le législateur est lié au contrôle juridictionnel du détournement de pouvoir. F.Luchaire considère que « déterminer le but que doit avoir la loi, c'est annoncer la sanction d'un éventuel détournement de pouvoir »[1233]. Un tel contrôle du détournement de pouvoir apparaît lorsque le Conseil prend en compte les « intentions inavouées du législateur »[1234]. Tel semble être le cas dans la décision 84-181 DC[1235]. Certes, le Conseil constitutionnel n'évoque nullement les intentions du législateur pour justifier la censure prononcée, mais « si ce dernier ne parvient pas à justifier d'un lien de cohérence entre les finalités avancées et les moyens utilisés, n'est-ce pas parce que le dispositif mis en place est en réalité destiné à satisfaire d'autres buts ? »[1236]. G.Merland

---

[1228] Décision 2001-453 DC du 8 décembre 2001. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*. Recueil, p. 164.

[1229] Voir V.GOESEL-Le BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°30, 1997. Ainsi, dans sa décision 93-320 DC, le Conseil constitutionnel fait mention de l'intérêt général à propos du soutien à l'activité du bâtiment, dans sa décision 90-280 DC il reconnaît l'intérêt général qui s'attache à la lutte contre l'abstentionnisme.

[1230] G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art.cit., p.46.

[1231] G.VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *CCC*, n°2, 1997, p.85.

[1232] D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Précis Domat Droit Public, 2001, p. 141.

[1233] F. LUCHAIRE, *D*.1989, p.272.

[1234] Voir la thèse de G.MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p.234.

[1235] Décision 84-181 DC du 10 et 11 octobre 1984. *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*. Recueil, p. 78

[1236] G.MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p.234.

conclut ainsi que « le contrôle de la cohérence de la loi peut ainsi servir de substitut au détournement de pouvoir »[1237]. Dans le même sens, V.Goesel-Le Bihan explique que « si le détournement de pouvoir a pu être le vecteur d'un contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative, le contrôle de l'adéquation pourrait bien être l'un des vecteurs du contrôle du détournement de pouvoir dans la jurisprudence constitutionnelle »[1238].

Cette interprétation de la jurisprudence du Conseil pose de nombreuses questions, notamment parce qu'elle présuppose que l'intérêt général revêt une certaine objectivité et qu'il est possible de le découvrir. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel traduit en effet une certaine assimilation de la notion d'intérêt général au caractère sérieux ou pertinent des objectifs poursuivis par le législateur[1239]. Le développement de son influence sur les objectifs législatifs transite par une « objectivation »[1240] de la notion d'intérêt général. Lorsque le Conseil constitutionnel fait référence à un « motif d'intérêt général véritable »[1241], il laisse à penser qu'« il y aurait derrière la notion d'intérêt général, l'idée de vérité, de réalité… »[1242]. Guidé par l'intérêt général, « les raisons qui animent le prince sont supposées objectives et de nature quasi scientifiques. »[1243]. Dès lors que l'intérêt général est susceptible de recouvrir des critères objectifs, il constitue pour le juge un point d'appui pour contrôler la loi. Lorsque le Conseil envisage la pertinence des objectifs poursuivis par le législateur, son discours s'appuie sur des critères empreints de rationalité : l'intérêt général c'est la cohérence de la loi, son adéquation avec la réalité[1244]. L'art de gouverner cède du terrain aux sciences politiques et l'intérêt général accède au rang de critère objectivement déterminable.

Là encore, l'identification de cette étape du processus d'élaboration des lois est destinée à mieux cerner les défis auxquels on va confronter la loi, et ainsi à apprécier la pertinence du choix de légiférer. En outre, la détermination des buts et des objectifs est un

---

[1237] *Ibid*, p.235.

[1238] V.GOESEL-LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°30, 1997, p.237. En ce sens, B.Mathieu estime que « le juge se réserve le droit de censurer un éventuel détournement de pouvoir commis par le législateur ; le détournement de pouvoir résultant d'une discordance entre les fins que le législateur devrait constitutionnellement poursuivre et celles qu'il a effectivement poursuivies ». B.MATHIEU, *Les validations législatives*…, op.cit., p.202.

[1239] B.Mathieu estime qu' « il ne s'agit pas seulement d'une notion abstraite (…) mais d'une notion concrète qui prend en considération le rapport entre les buts du législateur (…), les mesures prises (…) et les principes mis en cause… ». B.MATHIEU, *Les validations législatives*, op. cit., p.208.

[1240] F. SAINT BONNET, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit. p.13.

[1241] Décision 2005-530 DC du 29 décembre 2005. *Loi de finance pour 2006*, précitée.

[1242] G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p.42.

[1243] F. SAINT BONNET, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », art. cit. p.13.

[1244] G.Merland met très clairement en exergue l'assimilation de l'intérêt général à la cohérence. « Le contrôle de la cohérence de la loi peut ainsi servir de substitut au détournement de pouvoir. ». Voir la thèse de G.MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit. p.235.

préalable à la détermination des moyens à employer pour les atteindre. Les objectifs déterminés devront en effet être soutenus par le choix des moyens propres à les réaliser.

Section 3 La détermination des moyens

L'élaboration rationnelle de la loi suppose une corrélation entre les objectifs et les moyens juridiques envisagés pour les atteindre. Ici encore, la légistique propose une méthodologie permettant de déterminer les moyens les plus adaptés à la réalisation des objectifs poursuivis par la loi. Sans recouvrir la totalité des exigences posées par cette discipline, la jurisprudence du Conseil constitutionnel marque de son influence la détermination des moyens mis en œuvre par la loi. Nous pourrons envisager successivement, les principes préconisés par la légistique (§1) avant d'envisager les pouvoirs du Conseil constitutionnel pour les faire respecter (§2).

§1 Les principes préconisés par la légistique

S'agissant du choix des moyens à mettre en œuvre, les auteurs de la discipline préconisent une véritable « stratégie d'action ». Après l'inventaire des moyens envisageables (A), il convient de faire le choix des plus pertinents (B).

A/ L'inventaire des moyens

Une des singularités de la législation contemporaine réside dans son caractère finaliste. Les moyens choisis par le législateur sont mis au service d'une finalité déterminée ou d'une politique publique[1245]. La détermination des objectifs permet de sélectionner les moyens les plus adaptés pour produire les effets recherchés[1246]. Cette étape débute par « l'inventaire des moyens susceptibles de provoquer ces effets et donc de mettre en œuvre les objectifs visés »[1247].

[1245] « Avec l'avènement de l'Etat interventionniste moderne et le développement des politiques publiques, apparaît un autre modèle d'action, de type finalisé, basé sur l'articulation des moyens , juridique ou non et d'objectifs à réaliser : le moyen – prescription ou incitation -, même s'il y a conformité des comportements, n'est plus la garantie que les objectifs visés seront atteints. Le moyen n'est qu'un instrument au service des objectifs. », J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.91.

[1246] « Pour réaliser ces objectifs… l'Etat doit agir sur les comportements ou les représentations des acteurs sociaux ; de façon directe ou indirecte, il cherche à influencer le choix de ces derniers entre différentes possibilités d'action qui leur sont offertes, en favorisant certaines alternatives et en défavorisant, voire en en excluant d'autres », J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.90.

[1247] *Ibid.,* p.90.

Comme nous avons pu le constater, les évolutions qui ont marqué l'avènement de l' « État post-moderne »[1248] ont conduit à un éclatement des voies et moyens de l'intervention normative. L'arsenal normatif s'est considérablement enrichi. Parallèlement, la diversification des moyens juridiques s'est traduite une diminution corrélative de leur force contraignante. Le droit ne se réduit plus à poser le permis et l'interdit[1249] : « Si l'État interventionniste a accru de manière importante son action sur la société, il a également élargi de manière sensible l'éventail de ses moyens : à la contrainte se sont ajoutées – voire substituer – l'incitation, la persuasion, la concertation. L'intervention de l'État devient toujours plus sophistiquée – insidieuse et subtile, diront certains. Mais simultanément elle fait de plus en plus appel à la coopération avec des personnes et des groupes sur lesquels elle s'exerce : plus elle s'étend moins elle se fait vigoureuse.»[1250]. L'évolution des missions de l'État a conduit à une évolution des procédés d'intervention normative. Ce constat récurrent est partagé par C. Bergeal qui tout en critiquant la législation déclamatoire, considère qu' « on ne peut plus toutefois considérer, tel Portalis rédigeant le Code civil que la loi ne fait qu'ordonner, permettre ou interdire. Les nouvelles formes d'intervention de l'État, la complexité des sociétés industrialisées modernes exigent des modalités d'intervention normative plus souples et sans doute plus complexes…La loi peut inciter, offrir des alternatives, distinguer entre conformité et compatibilité, programmer, s'appuyer pour partie sur des dispositifs conventionnels. »[1251]. La liste des types de mesures envisageables s'est considérablement allongée. On peut dresser une liste de ces moyens. Il y a les moyens juridiques classiques, « de type prescriptif ou coercitif auxquels sont associées des sanctions», les moyens juridiques à visée incitative qui vont chercher à « susciter » certains comportements, les moyens de coordination, « la prestation de biens et de services », la mise en place de procédures et les « instruments partenariaux »[1252].

[1248] J.CHEVALLIER, *L'État post-moderne,* LGDJ, Coll. Droit et société, 2ème éd., Paris, 2004.

[1249] « Traditionnellement, le droit exprime des valeurs qui sont censées se réaliser par l'application des normes édictées. L'Etat de police du XIXè et du début du XXè siècle agit peu mais de manière contraignante… », J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.91.

[1250] *Ibid.*,p.91.

[1251] C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif,* op. cit. p.126.

[1252] Les auteurs distinguent « les différents types de mesures (instrument d'action) selon leur mode de fonctionnement » : les instruments de type prescriptif ou coercitif auxquels sont associées des sanctions (obligation, interdiction, autorisation) ; ils imposent des comportements dont le non respect est passible de sanctions ; les instruments de type incitatif : ils n'imposent pas un comportement mais visent à le susciter, notamment grâce à des stimulants financiers positifs ou négatifs, à l'information et à la formation, voire à la pression réglementaire ; les instruments de coordination ; la fourniture de biens et de services (prestations) par l'Etat ; La mise à disposition de procédures qui règlent les rapports entre différents groupes sociaux ou qui garantissent à des groupes déterminés la participation à certaines décisions ; Les instruments partenariaux. ». J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., pp.91-92.

Il s'agira dans un premier temps de dresser la liste des moyens disponibles avant d'opérer une sélection sur le fondement d'un critère d'adéquation aux finalités poursuivies[1253]. En effet pour « choisir entre les différentes mesures inventoriées… le premier critère à prendre en compte, c'est, bien sûr, l'adéquation des mesures aux objectifs visés : leur efficacité. »[1254]

B/ Le choix des moyens les plus pertinents

À cet égard, nos auteurs proposent de prendre en considération « toute une série de contraintes telles que le coût des mesures, leur insertion dans l'ordre juridique, leur acceptabilité politique, la faisabilité de leur mise en œuvre, le temps à disposition pour atteindre les objectifs… ». Cette prise en considération permettrait en effet de réaliser une évaluation prospective de la loi. Dans son rapport pour 1991, le Conseil d'État suggère une évaluation prospective en recommandant qu' « un rapport de faisabilité »[1255] soit établi pour chaque projet de loi et s'ajoute à l'exposé des motifs. Il s'agira d'évaluer « l'impact prévisible » des mesures envisagées, « l'ensemble des effets possibles sur les destinataires directement visés et sur d'autres publics », mais aussi « l'impact du projet sur d'autres politiques publiques… »[1256]. Le choix des « moyens pertinents » supposerait ainsi de déterminer au préalable le type d'efficacité recherché : s'agit-il de l'efficacité absolue pour parvenir au résultat souhaité quel qu'en soit le prix ou s'agit-il de l'efficience définie comme l'efficacité au moindre coût. Les auteurs mettent ici en exergue les difficultés méthodologiques de cette évaluation prospective et proposent des méthodes d'analyse. Parmi celles-ci, on doit relever « le droit comparé »[1257], les recherches relatives à la « sociologie

---

[1253] « A ce stade, la démarche consiste à établir la liste la plus complète possible des instruments d'action disponibles et qui peuvent contribuer à la solution du problème en cause. C'est ensuite seulement, sur la base du critère de l'adéquation aux buts visés, de la faisabilité juridique, politique et financière, qu'interviendra le choix. », *ibid.* p.92.

[1254] *Ibid.* p.92.

[1255] Le rapport vise explicitement à lutter contre « l'inefficacité » des lois. Rapport public annuel du Conseil d'État pour 1991, *EDCE*, n°43, op. cit., p.35 et 47.

[1256] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.92.

[1257] « Le droit comparé constitue la méthode la plus simple et la plus fréquemment utilisée. Il fournit des informations sur les expériences faites dans d'autres pays et donne une première indication sur l'utilité des mesures mises en œuvre… », *ibid.* p.93. Dans le même temps, les auteurs ne cachent pas « les limites d'une telle approche, notamment les difficultés inhérentes à la transposition d'un modèle d'action dans un contexte socio-juridique différent », *ibid.* p.93. Sur cette question voir J.CARBONNIER, « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger », in *Essai sur les lois*, Paris, Dufrénois, 1979, p.191. R.RODIÈRE, « Approche d'un phénomène, les émigrations de systèmes juridiques », in *Mélanges Marty*, 1978, p.947. Pour A.Viandier, le droit comparé remplit une fonction technique : « le droit étranger est un réservoir de concepts, de procédés, de solutions, d'imagination ; il enseigne les pièges à éviter, les effets à craindre », A.VIANDIER, *Recherches de*

législative »[1258] ou encore l'outil statistique[1259]. La légistique a également vocation à créer ses propres instruments d'analyse. Ainsi, nos auteurs présentent « l'arbre de décision » qui est destiné à comparer les différentes mesures[1260].

L'arbre de décision[1261]

L'arbre de décision[861]

L'arbre de décision

	Adéquation au but (sur 100)	*Effectivité probable (sur 1)*	*Utilité*
Mesure 1	80	0,8	64
Mesure 2	60	0,5	30
Mesure 3	40	0,9	36
Mesure 4	70	0,6	42

On doit constater que les gouvernants tiennent de plus en plus compte de ce type de méthodologie. Il y a ainsi un phénomène de réception dans la pratique normative des préceptes de la légistique. La démarche de l'évaluation prospective se traduit aujourd'hui par le recours de plus en plus fréquent aux études d'impact. Ces études d'impact sont destinées à apprécier les effets prévisibles des mesures envisagées. J.Chevallier évoque à cet égard la notion « d'enquêtes préalables, visant à réduire la part d'incertitude et à atténuer les réactions éventuelles de résistance ou de rejet de la part des destinataires »[1262] et la notion de

légistique comparée, op. cit. p.31. Selon M.ALBANESE, il convient de prendre la mesure des difficultés inhérente de l'exercice qui impose de « déterminer si le problème se pose à tous les États et dans quels termes… », *ibid.*, p.29.

[1258] J.-D. DELLEY et F. FLUCKIGER expliquent : « Le légiste peut également s'appuyer sur les résultats des recherches de sociologie législative, y compris ceux que fournissent les évaluations rétrospectives. Ces travaux inventorient toute une série de problèmes et d'effets liés à des législations en vigueur. ». « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.93.

[1259] « Pour prévoir de manière plus précise l'intensité et les modalités des effets attendus, il faut recourir à des méthodes statistiques plus sophistiquées telles que, par exemple, l'extrapolation, l'analyse d'interdépendance, la modélisation ou l'analyse coût-bénéfice. »… Ces méthodes sont jugées particulièrement adaptées aux domaines de la « fiscalité » et de « la politique économique », *ibid.,* p.93.

[1260] L'arbre de décision est défini comme « une technique simple et utile pour comparer l'utilité des différentes mesures envisagées et faciliter ainsi le choix du légiste. Sur la base d'enquête, de données fournies éventuellement par des études de sociologie législative ou de droit comparé ou encore d'avis d'experts, il s'agit de combiner le degré d'adéquation de chaque mesure au but visé (efficacité théorique) et la probabilité d'apparition du comportement attendu (effectivité) de manière à élucider leur efficacité réelle (utilité) », *ibid.* p.93.

[1261] *Ibid.* p.94.

[1262] L'auteur explique que cette notion renvoie à ce que J. Carbonnier qualifiait de « sociologie pré-législative, la sociologie du droit ne devant pas hésiter, selon lui, à venir en aide aux législateurs, par des enquêtes

« simulation, visant à mesurer l'effet prévisible d'une législation – soit par le recours à des indicateurs chiffrés, comme en matière de fiscalité, soit par un travail sur les comportements… »[1263]. On peut grâce à ces procédés éviter des incohérences internes de la loi qui rendent son dispositif inapplicable. C. Bergeal évoque à cet égard l'exemple de la loi de finance rectificative pour 1996 qui avait prévu une extension de la faculté de perception de la taxe sur la fourniture d'électricité aux Communautés de ville. Cette mesure était, dans la réalité inapplicable « en raison de l'inadaptation du critère retenu pour (sa) mise en œuvre »[1264]. L'étude d'impact a précisément comme vocation d'analyser prospectivement les effets d'un texte. La circulaire du Premier ministre daté du 21 novembre 1995[1265] rend compte de cette évolution. En effet, ce texte pose le principe de la réalisation d'étude d'impact pour les projets de loi et de décret en Conseil d'État. La circulaire précise à cet égard le contenu de l'étude d'impact : « document distinct annexé à l'exposé des motifs ou au rapport de présentation, l'étude d'impact doit comporter une analyse précise de l'état du droit et de la situation de fait existants et de leurs insuffisances ». L'étude devra en outre préciser les « avantages attendus mais aussi les multiples incidences prévisibles du fait du nouveau texte. Ce document doit établir – sur le plan théorique évidemment – l'impact sur l'emploi, sur d'autres intérêts généraux (environnement, etc.), l'impact en termes de formalités administratives, les conséquences en termes de complexité sur l'ordonnancement juridique, les incidences financières, mais aussi les effets involontaires et indirects, positifs mais aussi négatifs (ou pervers du texte)… Il s'agirait donc d'un document de travail de base, comprenant de façon systématique certaines rubriques, préalables évidemment à l'expérimentation, posant clairement des hypothèses de travail. »[1266]. Ce texte pris à titre expérimental a été généralisé en 1996 par une autre circulaire du 18 mars : elle impose le principe d'une étude d'impact pour tous les projets de loi et les décrets en Conseil d'État[1267].

---

sociologiques destinées à préparer le terrain législatif ». Selon Jean Carbonnier, de telles études auraient précédé la réforme des régimes matrimoniaux de 1965 et la réforme des successions et de l'obligation alimentaire en 1969. Enfin, J. Chevallier évoque les enquêtes préalables ayant précédé les lois relatives à la procréation artificielle. J.CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », in C.-A. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales,* op. cit. p.120. L'auteur fait référence à l'article de D. MEMMI, « Experts et fabrique de la norme », in CURAPP, *Bio-éthique et droit*, PUF, 1982, p.262 et s.

[1263] *Ibid.*, p.120. Jacques Chevallier renvoie à l'article d'A. de LAUBADÈRE, « Une nouvelle méthode législative : la simulation », *AJDA,* 1979, p.33.

[1264] C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif,* op. cit. p.127. L'auteur renvoie au rapport 1997 de la Commission des finances sur l'application des dispositions fiscales contenues dans la loi de finances.

[1265] JO, 1er décembre 1995, p.17566.

[1266] C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », *RDP* n°2, 1998, p. 367.

[1267] Voir également la circulaire du 26 janvier 1998 relative aux études d'impact. « L'objet de l'étude d'impact est en effet d'évaluer a priori les effets administratifs, juridiques, sociaux, économiques et budgétaires des mesures envisagées et de s'assurer, de manière probante, que la totalité de leurs conséquences a été appréciée

Si le bilan de l'évaluation d'un tel dispositif a abouti à des « conclusions mitigées »[1268], il restait «cependant favorable à l'étude d'impact »[1269]. Néanmoins, les circulaires du 26 août 2003 et du 30 septembre de la même année ont abandonné le principe de systématicité de telles études pour les réserver aux projets de lois et de décrets les plus importants.

La légistique fournit ainsi une méthodologie destinée à guider les choix du législateur sur les moyens à mettre en œuvre. L'efficacité se situe au cœur de cette stratégie d'action. À cet égard, on peut constater qu'elle s'inspire globalement du principe de recours aux sciences sociales. En mobilisant ces sciences, la légistique vise à éclairer les choix politiques sur la base d'études scientifiques. Là encore, la légistique s'immisce largement dans la pratique du pouvoir. Cette méthodologie s'inscrit en opposition avec la pratique devenue courante des lois d'affichage, qui affichent la prise en considération des problèmes sans contenir de véritables dispositifs normatifs propres à les solutionner[1270].

Si les circulaires précédemment évoquées traduisent une certaine réception dans la pratique de ces préceptes méthodologiques, il reste à évaluer les moyens du Conseil constitutionnel en la matière.

§2 Les pouvoirs du Conseil constitutionnel s'agissant du choix des moyens législatifs

« Toute la question de la constitutionnalité se joue sur les moyens, (…) c'est au niveau du choix des moyens retenus par le législateur que se pose concrètement la question d'une possible violation des droits constitutionnels, et c'est là, en conséquence, que le contrôle de constitutionnalité prend son véritable sens »[1271]. Le véritable espace d'influence du Conseil constitutionnel se situe donc au niveau des moyens législatifs[1272]. En effet, les censures qu'il prononce visent précisément les moyens mis en œuvre par le législateur. À cet égard, il est

---

préalablement à la décision publique. Il s'agit ainsi d'obtenir une meilleure adéquation des mesures proposées aux objectifs poursuivis pour une plus grande efficacité de l'action de l'État…»

[1268] L'évaluation du dispositif mis en place a été réalisée en 1997 par le Conseil d'État et le Comité centrale d'évaluation du coût et du rendement des services publics. Voir C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit. p.36.

[1269] C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit. p.36.

[1270] « Beaucoup plus grave encore : à travers ces intitulés, Gouvernement et Parlement ont, en vérité, formulé un simple vœu, auquel ils ont tenté ensuite, avec plus ou moins de bonheur, de trouver un contenu normatif pouvant justifier la démarche. S'il y a une pensée – ce sur quoi le pari serait souvent aventureux – elle est médiatique, politique, électorale, compassionnelle mais pas législative et à peine juridique. ». G.CARCASSONNE, « Penser la loi », art. cit., p.49.

[1271] D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Domat droit public, Montchestien, 1995, p.135.

[1272] E.Zoller évoque la prudence du Conseil constitutionnel qui « refuse de s'aventurer sur le terrain politique » en contrôlant « les finalités poursuivies par le législateur » et qui se cantonne à « un contrôle limité aux moyens employés pour les atteindre », E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 1ère éd., PUF, 1998, p.249.

intéressant de constater que son pouvoir d'assurer un rapport de conformité de la loi à la Constitution ouvre au juge constitutionnel la possibilité de veiller à l'adéquation entre les objectifs poursuivis par la loi et les moyens mobilisés pour les atteindre. L'influence du Conseil constitutionnel dépasse l'exigence de cohérence externe de la loi et s'étend dans une certaine mesure à la cohérence interne de la loi. Sa jurisprudence en la matière est marquée par une sensible inflexion traduisant le passage d'un contrôle minimum à un contrôle plus poussé. On pourra ainsi constater que le Conseil constitutionnel est passé du contrôle minimum de l'adéquation à un contrôle de l'efficience (A). D'autres moyens contentieux convergent pour assurer cette exigence d'adéquation ou de cohérence interne (B).

A/ Du contrôle minimum de l'adéquation au contrôle de l'efficience

Le contrôle du Conseil constitutionnel relatif aux choix des moyens au regard des objectifs a progressivement évolué. Son contrôle s'est limité dans un premier temps à la vérification que les moyens mis en œuvre n'étaient pas manifestement inappropriés au regard des objectifs poursuivis (1). Plus récemment, la jurisprudence du juge constitutionnel semble s'orienter vers un contrôle de la pertinence et de l'efficience (2).

1) Les moyens mis en œuvre ne doivent pas être manifestement inappropriés au regard des objectifs poursuivis par le législateur

Si le législateur reste par principe libre du choix des moyens législatifs destinés à atteindre les objectifs qu'il poursuit, le Conseil constitutionnel impose une exigence minimale en vertu de laquelle les moyens choisis ne doivent pas être manifestement inappropriés pour atteindre l'objectif affiché. Le juge constitutionnel peut en effet contrôler l'adéquation des moyens choisis aux objectifs déterminés, même si ce contrôle ne lui permet de sanctionner que les erreurs manifestes du législateur. En limitant une distorsion trop grande entre les objectifs de la loi et les moyens qu'elle met en œuvre afin de les réaliser, le Conseil constitutionnel se trouve en mesure, au moins en partie, d'imposer une exigence de cohérence interne de la norme législative. Cette exigence ne se réduit plus seulement à l'articulation des objectifs constitutionnels et des moyens législatifs (a) mais s'étend à l'articulation entre les objectifs législatifs d'intérêt général poursuivis et les moyens législatifs mobilisés (b).

a) L'exigence d'adéquation pour la mise en œuvre des objectifs constitutionnels. Objectifs constitutionnels et moyens législatifs

On retrouve cette même exigence de cohérence lorsqu'il s'agit pour la loi de déterminer les moyens propres à assurer la réalisation des « objectifs définis par la Constitution ». Dans sa décision 89-269 DC le Conseil constitutionnel considère qu'« il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire, selon leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par le onzième alinéa du Préambule, leurs modalités concrètes d'application ; qu'il leur appartient en particulier de fixer des règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini dans le Préambule »[1273]. C'est l'adjectif qualificatif « appropriées » qui doit attirer l'attention. Le choix de ce terme indique clairement que le Conseil constitutionnel se place en position de contrôler la « pertinence »[1274] des mesures législatives retenues pour assurer la mise en œuvre de l'objectif défini par la Constitution.

Cette exigence va naturellement s'étendre aux objectifs de valeur constitutionnelle. La création de ces objectifs par le Conseil conduit ce dernier à contrôler d'une part que les moyens choisis ne méconnaissent pas ledit objectif et d'autre part, que les moyens retenus sont appropriés pour poursuivre l'objectif en cause[1275]. Il faut voir à travers l'émergence des objectifs de valeur constitutionnelle une timide incursion du Conseil constitutionnel dans le contrôle de la cohérence interne de la loi et donc de son efficacité. Selon P. de Montalivet, « le Conseil ne semble consacrer que l'obligation de réalisation suffisante de l'objectif. Mais cette obligation comprend celle d'utilité. En réalité, elle la dépasse. La loi doit non seulement aller dans le sens de la réalisation de l'objectif (utilité) mais encore aller suffisamment loin dans cette réalisation (suffisance) »[1276]. Cet aspect de la jurisprudence du Conseil

[1273] Décision 89-269 DC du 22 janvier 1990. *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*. Recueil, p. 33, (cons. 25-26). Dans le même sens voir les décisions 93-325 DC, 93-330 DC, 94-359 DC, 97-393 DC.

[1274] P. de MONTALIVET explique : « le Conseil constitutionnel est amené à apprécier la pertinence des moyens retenus par le législateur pour mettre en œuvre un objectif. Cette appréciation entraîne nécessairement celle de l'efficacité des mesures adoptées. », Thèse précitée, p.403

[1275] B. FAURE a démontré que la création des objectifs impliquait l'obligation pour le législateur de légiférer afin de réaliser l'objectif en cause. Voir à cet égard, B.FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *RFDC*, n°21, 1995, p.69. Confirmant cette analyse P. de MONTALIVET explique que « l'obligation de réaliser les objectifs comporte, selon une partie de la doctrine, deux degrés : l'obligation pour le législateur de faire une loi utile à l'objectif poursuivi et l'obligation de faire une loi réalisant suffisamment l'objectif. ». P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.403.

[1276] P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.403.

constitutionnel a conduit à évoquer à l'égard des objectifs de valeur constitutionnelle une « obligation d'efficacité »[1277].

Néanmoins, qu'il s'agisse des objectifs définis par la Constitution ou des objectifs de valeur constitutionnelle, il convient de constater que le Conseil constitutionnel se maintient dans le cadre d'une exigence de cohérence externe de la loi, c'est-à-dire dans son rapport avec la norme constitutionnelle : il s'agit davantage d'une logique d'effectivité que d'efficacité. La question qui se pose consiste à savoir si cette obligation de cohérence interne subsiste lorsque les objectifs poursuivis par le législateur ne sont pas de valeur constitutionnelle. De ce point de vue, cette exigence semble aller plus loin lorsque le Conseil constitutionnel l'impose aux objectifs que poursuit le législateur même s'ils n'ont pas valeur constitutionnelle. Il s'agit alors véritablement d'une exigence de rationalité interne puisqu'il impose à la loi d'être cohérente en elle-même.

b) L'exigence d'adéquation en cas de mise en cause d'un principe constitutionnel. Objectifs législatifs d'intérêt général et moyens législatifs

Ce contrôle de l'adéquation a dans un premier temps transité par la notion d'intérêt général qui permet au Conseil constitutionnel d'assurer un contrôle de l'adéquation des moyens législatifs au regard des objectifs poursuivis. Lorsque le législateur justifie des atteintes à des principes constitutionnels par des objectifs d'intérêt général, le Conseil constitutionnel est en mesure de contrôler l'adéquation entre lesdites atteintes et l'objectif poursuivi. Le Conseil constitutionnel ne s'arrête pas à la constatation que l'atteinte portée à un droit, une liberté ou un principe est justifiée par un objectif d'intérêt général[1278]. Après avoir vérifié l'existence d'un objectif « d'intérêt général suffisant » ou « véritable » (voir *Supra*, Section 2, §1), le Conseil recourt dans un second temps à un contrôle de la proportionnalité et de l'« adéquation de l'objectif avancé avec les mesures adoptées »[1279]. Pour B.Mathieu, « les mesures prises par le législateur vont être confrontées à l'intérêt général qu'il est censé poursuivre ; ce qui pourra conduire le Conseil constitutionnel, tout en laissant une latitude de choix au législateur (…), à censurer certaines dispositions jugées manifestement déplacées

[1277] Voir B.FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », art. cit., p.53 et 68.
[1278] G.Merland explique que « l'invocation d'un objectif d'intérêt général ne suffit jamais pour qu'on puisse conclure à la constitutionnalité de la restriction législative. Il faut en outre que l'atteinte ne soit pas excessive. ». G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit. p.38.
[1279] G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p.43.

quant au but poursuivi »[1280]. L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est marquée par une sévérité accrue en la matière[1281].

Cette exigence est particulièrement claire dans le cadre du contrôle des différences de traitement opérées par la loi : « L'application de règles différentes à des situations semblables ne se justifie, aux yeux de la jurisprudence, que par une considération externe : la prééminence de l'intérêt général »[1282]. Dans ces cas, le contrôle est davantage axé sur la pertinence puisqu'il s'agira de vérifier que les différences de traitement sont en « rapport direct avec l'objet ou le but de la loi »[1283]. Le Conseil « subordonne la constitutionnalité du dispositif discriminatoire à un lien de cohérence de celui-ci avec l'intérêt général poursuivi par le législateur »[1284]. Lorsque le Conseil constitutionnel constate une incohérence entre l'objectif affiché et les modalités retenues pour l'atteindre, il censure la loi. La loi de finance pour 1992 prévoyait de favoriser la transmission du patrimoine du vivant de leur détenteur. Pour se faire, la loi établissait une différence de traitement entre les donations selon qu'elles ont été effectuées par acte notarié ou par un acte sous seing privé, en privilégiant les premières. Cette différence était justifiée par le souci de lutter contre la fraude fiscale. Néanmoins le Conseil va constater que pour éviter les fraudes fiscales, la distinction pertinente aurait dû consister à distinguer « les dons occultes » et « les dons officiellement déclarés ». Il conclut alors que « la discrimination opérée n'est pas justifiée par des motifs d'intérêt général qui soient en rapport avec la loi… »[1285]. De même, J.-J. Pardini évoque les décisions par lesquelles, le Conseil constitutionnel apprécie le « caractère raisonnable du seuil fixé par le législateur »[1286]. Ainsi décide-t-il dans sa décision 82-152 DC[1287] que « le critère tiré de la quantité d'alcool présente dans les boissons alcoolisées (25%) pour déterminer le versement d'une cotisation constitue un motif pertinent de traitement différencié »[1288]. D'une

---

[1280] B.MATHIEU, *Les validations législatives,* op. cit., p.205.

[1281] Voir à cet égard la thèse de G.MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 300.

[1282] Conseil d'État, *Le principe d'égalité*, Rapport public 1996, La documentation française, Paris, 1998, p.39.

[1283] Dans sa décision 81-132 DC, précitée, le Conseil considère que « le principe d'égalité ne fait pas obstacleà ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais qu'il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi », (cons.30). Depuis, le considérant de principe est ainsi rédigé : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct à l'objet de la loi qui l'établit ». Ce considérant sera notamment repris dans les décisions 87-232 DC, 96-375 DC et 2006-540 DC.

[1284] G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit. p.43.

[1285] Décision 91-302 DC du 30 décembre 1991. *Loi de finances pour 1992*. Recueil, p. 137.

[1286] J.-J.PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France,* op. cit., p.115, note 451.

[1287] Décision 82-152 DC rendue le 14 janvier 1983, *Taxe sur les tabacs et alcools*, Rec. p.31. Dans le même sens, voir également les décisions 83-164 DC et 89-268 DC.

[1288] J.-J.PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France,* op. cit., p.115, note 451.

manière générale, en matière de différence de traitement, le Conseil constitutionnel s'attache à vérifier que la différence est « fondée sur des critères objectifs et rationnels, en rapport avec les buts que s'est fixé le législateur »[1289].

Cette exigence d'adéquation se retrouve dans le cas des lois des validations. Même lorsque le caractère d'intérêt général de l'objectif poursuivi par le législateur n'est pas mis en doute (explicitement) par le Conseil constitutionnel, ce dernier peut « censurer certaines mesures législatives qui ne sont pas proportionnelles au but que le législateur s'est assigné…»[1290].

On pourrait rapprocher de ces jurisprudences les décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel juge disproportionnés les moyens législatifs mobilisés au regard des objectifs poursuivis par le législateur. Dans ces cas, le juge constitutionnel s'immisce dans une certaine mesure dans l'évaluation de la pertinence des moyens choisis par le législateur[1291]. Il met alors en balance les avantages et les inconvénients du dispositif envisagé. Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel traduit alors un souci de cohérence et d'efficacité. Ainsi, dans sa décision « Maîtrise de l'immigration »[1292], le juge constate que « qu'en vertu des dispositions contestées, tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction du territoire pour une durée d'un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé, ni même d'en faire varier la durée » et censure la loi sur la base de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui proclame le principe de la proportionnalité des peines. Cette logique apparaît clairement dans la décision 93-321 DC[1293] dans laquelle le Conseil constitutionnel juge « manifestement disproportionnée » la sanction prévue (perte de la nationalité française) « par rapport aux faits susceptibles de motiver de telles mesures…» (arrêté de reconduite à la frontière et arrêt d'assignation à résidence). En matière pénale, Portalis rappelle le lien entre la proportionnalité et l'efficacité de la législation : « Il n'y a que

[1289] Décision 97-393 DC. Consid. 16.
[1290] B.MATHIEU, *Les validations législatives,* op. cit., p.207.
[1291] En outre, il est intéressant de constater que cette évaluation suppose une appréciation relative aux faits ayant motivé l'intervention normative. En ce sens, G.Xynopoulos, il est « clair (…) que le juge n'effectue pas, et ne peut effectuer, son contrôle éloigné de toute considération factuelle ». G.XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris, LGDJ, 1995, p.368. Dans le même sens, voir X.PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises,* Économica-PUAM, 1990, p.178.
[1292] Décision 93-325 DC rendue les 12 et 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, Rec.,p.224.
[1293] Décision 93-321 DC rendue le 20 juillet 1993, *Code de la nationalité*, Rec. p.196 et s.

la douceur des peines qui puisse en garantir l'exécution. Quand la sévérité est immodérée, on ne trouve plus ni accusateurs, ni juges, et l'impunité devient la jurisprudence du jour »[1294].

Sa jurisprudence relative à la notion de l'intérêt général conduit ainsi le Conseil constitutionnel sur le terrain de l'appréciation de la pertinence des mesures envisagées au regard des objectifs fixés. Il est en mesure de censurer « l'inadéquation des moyens aux fins »[1295]. Sous cet angle, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel conduit à assimiler l'efficacité de la loi et l'intérêt général. On peut constater qu'*a minima*, la référence à l'intérêt général permet au Conseil constitutionnel d'imposer au législateur qu'il « fasse preuve de cohérence »[1296]. Néanmoins, cette exigence de cohérence n'est imposée au législateur que lorsque la loi prévoit des restrictions à des principes constitutionnels.

2) Du contrôle de la pertinence au contrôle de l'efficience

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est marquée par une évolution puisque le contrôle a dépassé celui de l'erreur manifeste et vise la pertinence, voir l'efficience[1297] des mesures envisagées par le législateur.

Dans sa décision 99-416 DC, le Conseil constitutionnel considère qu'« il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur aurait pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi »[1298]. Le Conseil constitutionnel pose le principe de la liberté du législateur qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant au choix des moyens pour atteindre l'objectif. À cet égard, les pouvoirs du Conseil constitutionnel sont inexistants. Même si les moyens retenus ne sont pas les plus efficaces, la loi ne risque pas la censure du juge constitutionnel. Néanmoins, le Conseil fixe une limite puisqu'il se charge de vérifier que les moyens ont, au moins, vocation à assurer la réalisation de l'objectif. Ces moyens doivent ainsi figurer dans l'inventaire des moyens envisageables pour réaliser les

[1294] Opinion de Portalis sur la résolution du 30 pluviose an V sur les délits de la presse, p.29. Le même auteur considère : « en général, il faut être sobre d'emprisonnement et de détention ; car par sa nature, la prison est plutôt une garde qu'une peine ». Cité par Marceau LONG et Jean-Claude MONIER, *Portalis, L'esprit de justice*, op. cit., p.99

[1295] *Ibid.,* p.208.

[1296] G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p.43.

[1297] Rappelons que l'efficience se définit comme : l'efficacité au meilleur coût. Voir *supra,* §1.

[1298] Décision 99-416 DC du 23 juillet 1999. *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*. Recueil, p. 100. On peut à cet égard citer la décision 96-372 DC (cons.3). Voir à cet égard la décision 93-325 DC (cons.2)

ambitions législatives. Néanmoins, par l'utilisation de l'adverbe « *manifestement* », le Conseil constitutionnel marque ici l'existence d'un contrôle minimum[1299].

On peut constater dans un premier temps que le juge n'utilise plus l'adverbe « manifestement », laissant ainsi à penser que son contrôle sera plus poussé. Dans sa décision 2000-441 DC[1300], le Conseil est conduit à examiner la disposition prévoyant l'élargissement de l'assiette de la taxe générale sur les activités polluantes à l'électricité, au charbon, au pétrole et au gaz. Le Conseil constitutionnel a jugé que pour lutter contre l'effet de serre, la mesure ne semblait pas appropriée puisque l'électricité était à 95 % d'origine nucléaire et que cette énergie ne participe pas à la propagation de l'effet de serre. Il censure la loi et remet en cause « toute l'argumentation du législateur »[1301]. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel traduit très nettement une appréciation relative à l'adéquation de la mesure envisagée au regard de l'objectif visé. Le Conseil contrôle alors la pertinence des mesures législatives.

Mais le Conseil constitutionnel semble aller plus loin lorsqu'il tient compte du coût de la mesure envisagée au regard de l'objectif poursuivi. La décision relative au « Paquet fiscal »[1302] est à cet égard révélatrice puisque le Conseil constitutionnel évoque explicitement le coût de la disposition censurée. L'article 5 de la loi déférée prévoyait la création d'un « crédit d'impôt sur le revenu à raison des intérêts payés au titre des cinq premières annuités de remboursement des prêts contractés pour l'acquisition ou la construction d'un logement affecté à l'habitation principale du contribuable ». Le Conseil constitutionnel relève que l'objectif de la loi consiste à « favoriser l'accession à la propriété » et juge que cette finalité « répond ainsi à un but d'intérêt général »[1303]. De ce point de vue, la création de ce crédit d'impôt constitue un moyen adéquat pour réaliser l'objectif défini[1304]. À l'inverse s'agissant

---

[1299] Pour DOKHAN, « Ce considérant traduit l'existence d'une gradation dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité : un refus de contrôler les objectifs, un contrôle minimum des moyens. », Thèse précitée, p.452.

[1300] Décision 2000-441 DC du 28 décembre 2000. *Loi de finances rectificative pour 2000*. Recueil, p. 201.

[1301] G.MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p.44. L'auteur estime que « la véritable raison » de la mesure envisagée « était sans doute à rechercher ailleurs que dans des préoccupations environnementales : le gouvernement était à la recherche de nouveaux moyens pour pouvoir financer la mise en place des 35 heures… ». *Ibid.*

[1302] Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007. *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat,* Journal officiel du 22 août 2007, p. 13959.

[1303] Il constate en outre eu égard au crédit d'impôt, « que son objet, sa nature, sa durée ainsi que les conditions mises à son octroi constituent des critères objectifs et rationnels au regard du but poursuivi par le législateur ; que son montant ne représente pas un avantage fiscal manifestement disproportionné par rapport à cet objectif » (cons.19).

[1304] Le Conseil constitutionnel relève que l'article « fixe le montant du crédit d'impôt à 20 % des intérêts dans la limite d'un plafond de 3 750 € pour une personne célibataire, veuve ou divorcée et de 7 500 € pour un couple soumis à imposition commune ; que ces plafonds sont majorés de 500 € par personne à charge » (cons.18).

du crédit d'impôt applicable aux prêts contractés « antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi », le Conseil constitutionnel constate que la disposition instaure une différence de traitement entre les contribuables injustifiée au regard de l'objectif poursuivi. En effet, les bénéficiaires étant déjà propriétaires, la disposition ne s'inscrira pas dans le cadre de la poursuite de l'objectif qui consiste « à favoriser l'accession à la propriété ». La dernière étape du raisonnement du Conseil constitutionnel est particulièrement intéressante puisqu'il relève « que cet avantage fiscal fait supporter à l'État des charges manifestement hors de proportion avec l'effet incitatif attendu »[1305]. Ici, le raisonnement du Conseil constitutionnel s'inscrit dans une analyse prospective puisqu'il se fonde sur une évaluation *ex ante* des « effets attendus » de la loi. En outre et surtout en mettant en balance cet effet attendu et le coût de la mesure, le Conseil constitutionnel s'inscrit explicitement dans la perspective de l'exigence d'efficience.

Pour restreint qu'il soit, ce contrôle existe et suffit à démontrer que le Conseil constitutionnel fait peser sur la loi une exigence de cohérence interne[1306]. Comme le remarque P. de Montalivet, « il en résulte que pèse sur le législateur une obligation qui lui assigne d'être en cohérence avec les objectifs qu'il poursuit (…). Les objectifs poursuivis par le législateur ne font pas peser directement d'obligation sur le législateur puisqu'ils sont, en eux-mêmes, de valeur législative. En revanche, la Constitution impose une obligation de cohérence de la loi par rapport aux objectifs poursuivis par le législateur, y compris quand ceux-ci correspondent à des objectifs de valeur constitutionnelle. »[1307].

Parallèlement à ce moyen, d'autres voies contentieuses conduisent incidemment à imposer une exigence équivalente.

B/ Les autres voies du contrôle de la rationalité interne de la loi. Les perspectives nouvelles de l'exigence d'efficacité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

D'autres moyens permettent au Conseil constitutionnel de jouer une influence sur la cohérence interne de la loi, – entendue comme l'adéquation des moyens mis en œuvre avec les fins poursuivies par la loi – et donc sur l'exigence d'efficacité de la législation. Ces

[1305] (cons. 20).

[1306] P. de Montalivet explique : « Tout en affirmant que la Constitution ne lui confère pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, le Conseil déclare qu'il lui appartient néanmoins de rechercher si les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées aux objectifs que s'est assignés le législateur. Il en résulte que pèse sur le législateur une obligation qui lui assigne d'être en cohérence avec les objectifs qu'il poursuit. ». P. de MONTALIVET, Thèse précitée, pp.395-396. « La constitution impose une obligation de cohérence de la loi par rapport aux objectifs poursuivis par le législateur », *ibid.*, p.396.

[1307] *Ibid.* p.396. Cet auteur semble ainsi (« y compris ») considérer que l'obligation de cohérence s'impose au législateur même lorsqu'il ne s'agit pas d'objectif de valeur constitutionnelle.

différents moyens permettent inégalement au Conseil constitutionnel d'imposer une rationalité à l'action normative du législateur. Nous pourrons successivement envisager les exigences formelles imposées par le Conseil constitutionnel et leur impact sur la cohérence interne des lois (1), le contrôle des lois de finance (2) et les études d'impact devant le Conseil constitutionnel (3).

1) Exigences formelles et cohérence interne

Les exigences formelles imposées au législateur par le Conseil constitutionnel ont un impact sur le contenu de la loi et visent bien souvent à garantir une plus grande cohérence et partant, une plus grande efficacité des lois. Cela se vérifie s'agissant de la lutte contre les neutrons législatifs (a) mais également s'agissant du principe de clarté et de l'objectif d'intelligibilité (b) Enfin, la lutte contre les cavaliers s'inscrit dans le cadre de l'exigence de cohérence interne de la loi (c).

a) La lutte contre les neutrons législatifs

La lutte contre les neutrons peut être rangée dans la catégorie des moyens permettant d'imposer au législateur une exigence d'efficacité. La loi qui se contente de brasser des intentions s'expose à la critique principale en vertu de laquelle elle n'est pas susceptible de produire des effets et donc d'atteindre les buts que se fixe le législateur. Si la loi doit déterminer les moyens destinés à permettre la réalisation de ses propres objectifs, elle ne doit pas tomber dans un registre purement déclamatoire[1308]. Lorsque le Conseil constitutionnel sanctionne les neutrons[1309], définis comme des dispositions dénuées de portée normative, il impose corrélativement à la loi qu'elle pourvoie les moyens concrets nécessaires à la réalisation des objectifs qu'elle se fixe. J.-L.Debré expliquait à cet égard dans le journal Le Monde : « affirmer que l'air doit être pur et l'eau limpide, c'est bien, mais cela ne suffit pas à rendre l'air pur et l'eau limpide. Cela relève de déclarations politiques et non de dispositions législatives. La loi doit seulement dire concrètement comment, par quelles règles juridiques,

[1308] On peut notamment évoquer l'exemple de l'article 1er de la loi du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur qui dispose : « Les Universités doivent s'attacher à porter au plus haut niveau et au meilleur rythme de progrès les formes supérieures de la culture », ou encore la loi du 3 janvier 1977 relative à l'architecture qui dispose en son article 1er : «L'architecture est une expression de la culture ». Plus récemment, la loi d'orientation pour l'avenir de l'école prévoyait à son article 7, II : « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves ».

[1309] Voir particulièrement la décision précitée 2005-512 DC (cons. 16 et 17) dans laquelle le Conseil constitutionnel juge l'article 7 II de la loi dénuée de toute portée normative et censure pour ce motif la disposition.

on arrive au but recherché »[1310]. La loi est un acte de langage spécifique. Elle appartient à l'ordre juridique qui lui imprime ses propres valeurs, ses propres canons ou exigences. Ainsi, on attend du droit un effet, une conséquence. Sauf à n'être que de la poésie, la loi doit posséder des caractères normatifs qui justifient son appartenance à l'ordre juridique. La cohérence vise ici la loi dans le cadre de son système : le droit. Pour reprendre la formule bien connue de Portalis : les lois sont des volontés. En luttant contre l'insertion de telles dispositions législatives, le Conseil constitutionnel prend parti dans le cadre d'un débat sur la nature de l'acte législatif. La loi n'est pas un simple acte de langage, elle est un acte juridique qui doit produire les effets qui s'attachent à cette catégorie : produire des conséquences. G.Cornu explique ainsi : « en droit, l'acte de langage, devient, positivement, acte de législation, acte de justice, acte d'engagement. Ce qui spécifie l'effet performatif en action dans le droit, c'est que son effet actif est un effet de droit. Haut le corps ! Il parle et c'est la loi ; tu parles et je suis condamné ; je parle ou nous parlons et me voilà ou nous voilà juridiquement liés. Je prends et je suis pris au mot, dans le réseau des effets de droit. Tout est dans la conséquence. »[1311]. Le fondement qui appuie la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière se situe à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La loi est l'expression de la volonté générale ». Selon le Conseil constitutionnel, en vertu de cet article, « la loi a vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative »[1312].

b) Le principe de clarté, l'objectif d'intelligibilité et la cohérence interne globale de la législation

La recherche de cohérence interne passe également par sa compatibilité avec la législation en vigueur. Il s'agit là encore d'un des principes méthodologiques de la légistique matérielle : on ne peut penser une loi sans envisager son environnement normatif, sa compatibilité avec d'autres règles en vigueur. Cette exigence est énoncée de manière récurrente dans la doctrine : l' « insertion »[1313] de la norme au sein de l'ordonnancement

[1310] J.-L. DEBRÉ, Entretien, *Le Monde* du 22 juin 2004.
[1311] G.CORNU, « Théorie des actes de langage et théorie du droit », *L'art du droit en quête de sagesse*, chap.19 « L'acte de langage (réflexions finales sur le modèle juridique) », Communication au Colloque du Centre de philosophie du droit, Paris, janvier 1985, p.244.
[1312] Décision 2005-512 DC, précitée.
[1313] Voir C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit., p.180. « Insérer ».

normatif est conçue comme une exigence de « cohérence » ou « d'harmonie »[1314]. On peut à cet égard évoquer une cohérence interne globale[1315], c'est-à-dire envisageant la nouvelle norme au regard de l'ordonnancement existant dans lequel elle aura vocation à s'intégrer. Ici, les limites s'imposant au Conseil sont nombreuses, mais le principe de clarté et l'objectif d'intelligibilité ont ouvert des brèches permettant au Conseil constitutionnel d'œuvrer en faveur de cette cohérence.

Parmi les moyens voués à être rejetés comme irrecevables par le juge constitutionnel figurent les « conclusions tirées de l'incohérence du droit positif provoquée par l'entrée en vigueur de la loi déférée »[1316]. En effet, dès sa décision 83-166 DC[1317], il affirme qu'il ne censurera pas une disposition législative « de nature à compromettre l'application d'autres dispositions législatives » déjà en vigueur[1318]. Cette limite apparaît importante en raison des pratiques d'accumulation de textes qui aboutissent à une certaine confusion de l'état de la législation. Dans certains domaines, les lois s'entassent sans que le législateur abroge les dispositions devenues obsolètes. Il en résulte de nombreuses contradictions portant atteinte à la cohérence de l'édifice normatif dans son ensemble.

En se fondant sur le principe de clarté, les saisines du Conseil constitutionnel développent leur grief sur le manque de cohérence globale des lois. Ainsi, s'agissant de la loi relative à la réduction négociée du temps de travail, les auteurs de la saisine invoquaient une méconnaissance du principe de clarté à partir du constat que des dispositions de cette loi entraient en contradiction avec des dispositions en vigueur du code du travail. Si le Conseil constitutionnel rejette cette argumentation dans sa décision 99-423 DC[1319], on peut constater qu'il ne décline pas l'invitation à assurer un tel contrôle puisqu'il fonde ce rejet en considérant que le moyen manque en fait. On peut ainsi considérer que le contrôle de la clarté

[1314] Voir à cet égard, G.CARCASSONNE, pour lequel penser la loi induit la nécessité de se soucier « de la place harmonieuse à lui donner dans l'ensemble plus vaste où il lui faudra s'insérer, en traquant les frottements éventuels avec d'autres textes en vigueur ou en préparation ; », « Penser la loi », art. cit., p.49.

[1315] La cohérence interne peut également s'entendre comme la capacité d'une norme à s'insérer dans son espace normatif. Il s'agit alors de savoir si la loi envisagée n'est pas en contradiction avec d'autres dispositions législatives existantes. Il s'agit là encore d'un des principes méthodologiques de la légistique matérielle : on ne peut penser une loi sans envisager son environnement normatif, c'est-à-dire sa compatibilité avec d'autres règles en vigueur qui forment un ensemble dont il convient de préserver la cohérence globale. La cohérence interne globale se distinguerait ainsi de la cohérence interne restreinte visant l'agencement interne de la loi.

[1316] D.DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, op. cit., p.440. Cet auteur explique : « le juge constitutionnel estime donc qu'une conclusion fondée sur le caractère incompatible de deux textes législatifs successifs dont l'un est en vigueur et l'autre soumis à son appréciation, est irrecevable. Il refuse ainsi de censurer une disposition législative au motif qu'elle porterait atteinte à la cohérence de la législation positive », *ibid.*

[1317] Décision 83-166 DC du 29 décembre 1983. *Loi relative au prix de l'eau en 1984*. Recueil, p. 77.

[1318] Cité par D.DOKHAN, *ibid.*, p.440. Dans le même sens, voir également la décision 86-207 DC.

[1319] Décision 99-423 DC du 13 janvier 2000. *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*. Recueil, p. 33.

des lois est susceptible de fonder une appréciation sur la cohérence interne globale. En outre la codification apparaît comme un moyen permettant de favoriser cette cohérence interne globale. Ainsi l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité des lois permet au Conseil constitutionnel de promouvoir cette exigence de cohérence de l'édifice législatif.

Dans le registre des exigences formelles servant l'exigence de cohérence interne de la loi, on peut ainsi mentionner la codification et la simplification du droit. Dans le souci d'élaborer rationnellement la loi, il convient d'envisager les autres textes de valeur législative qui relèvent du secteur considéré afin d'éviter des chevauchements, redites ou redondances, et d'éventuelles contradictions. De ce point de vue, la méthode de la codification apparaît comme une solution adéquate dans la mesure où la loi est conçue comme un ensemble de textes et que l'exercice consiste à les agencer rationnellement. En la matière, les pouvoirs du Conseil constitutionnel ne sont pas nuls même si son influence reste très limitée. Il dispose d'un pouvoir incitatif comme l'a révélée sa décision 99-421 DC dans laquelle il consacre l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi[1320]. De ce point de vue également, les lois dites de simplification du droit sont destinées à mettre de l'ordre dans la législation en vigueur notamment en abrogeant des textes obsolètes[1321]. À cet égard encore, les pouvoirs du Conseil constitutionnel sont limités et se résument à leur valeur incitative.

c) La lutte contre les cavaliers

La recherche de cohérence des lois se traduit également par le contrôle des amendements lorsque le Conseil constitutionnel censure les dispositions dénuées de lien avec le texte en discussion[1322] : « Il est bien évident qu'en organisant une sélection des amendements parlementaires en fonction de leur lien plus ou moins direct avec le texte en discussion, le Conseil constitutionnel contribue à assurer une meilleure cohérence et une meilleure compréhensibilité des lois, qui sont effectivement parfois mises à mal par l'exercice parlementaire du droit d'amendement »[1323]. Le critère permettant au Conseil constitutionnel d'apprécier ce lien entre la disposition contestée et l'objet du texte dans lequel elle se trouve insérée est fonction de la cohérence du dispositif[1324].

[1320] Décision précitée 99-421 DC.
[1321] Voir infra, Deuxième partie, Sous partie II, Titre II, Chapitre 2.
[1322] Voir *infra*, partie II, Sous-partie 2, Titre II, Chapitre 2. Pour les nombreuses décisions illustrant cette jurisprudence du Conseil constitutionnel nous renvoyons à la section qui traite spécifiquement de cette question.
[1323] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, op. cit., pp.262-263.
[1324] Voir la décision 80-117 DC du 22 juillet 1980. *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires.* Recueil, p. 42. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel examine une loi relative à la protection et au

Outre les exigences formelles imposées au législateur par le Conseil constitutionnel, d'autres moyens permettent à ce dernier d'œuvrer en faveur de la cohérence interne des lois.

2) Le contrôle des lois de finances et le principe de sincérité

Dans le cadre de la question du choix des moyens nécessaires à la réalisation des objectifs, une place particulière doit être réservée à la loi de finance. Ainsi, parmi l'ensemble des moyens à disposition du législateur pour concrétiser les objectifs affichés par la loi, le moyen financier[1325] apparaît de loin comme le plus efficace. La loi de finance constitue la clef de voûte de l'efficacité de la législation et des politiques publiques en générale. Lorsqu'il s'agit, pour la loi de réaliser des objectifs économiques ou sociaux, lorsqu'on fait peser sur elle la réalisation des droits-créances, c'est en définitive la loi de finance qui conditionne très largement l'efficacité de la législation. La réalisation des objectifs déclarés par le législateur dépend donc de la concrétisation budgétaire de ces politiques publiques. Dans son rapport public pour 1983-1984, le Conseil d'État constate que « nombreux sont les textes, surtout parmi ceux qui créent des droits ou des garanties nouvelles, dont l'application nécessite la mise en œuvre de moyens pratiques supplémentaires – en personnel ou en argent. Or trop souvent, le Conseil d'État constate que ces moyens font défaut et qu'ainsi des textes soigneusement élaborés ne peuvent être adoptés, ou même, ce qui est beaucoup plus critiquable, restent lettre morte, parfois pendant de longues années »[1326]. C. Bergeal explique à cet égard que « l'impossibilité pratique d'application d'une législation est parfois due à l'insuffisance de l'analyse préalable de son coût financier qui s'avère trop élevé. »[1327]. Sur ce moyen, le Conseil constitutionnel reste en position de retrait puisqu'il refuse de contrôler les finalités budgétaires du législateur[1328]. Seul le principe de sincérité budgétaire permet au Conseil constitutionnel de s'immiscer dans cette cohérence financière de l'édifice normatif. Il

---

contrôle des matières nucléaires. Cette loi fixait des règles dans ce domaine et prévoyait des sanctions en cas de violation desdites règles. L'amendement contesté prévoyait des sanctions en cas de «violation intentionnelle » caractérisée par la faute lourde pour les personnels concernés. Le Conseil constitutionnel juge en l'espèce que ces dispositions « ne sont pas étrangères à la protection et au contrôle des matières nucléaires ». B.Baufumé estime à cet égard que « l'amendement apporte en réalité un complément nécessaire à la cohérence du projet de loi… ». B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 77, Paris, 1993, p.266.

[1325] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER évoquent « la fourniture de biens et de services (prestations) par l'Etat ». « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.92.

[1326] Rapport public du Conseil d'État pour les années 1983-1984. Cité par C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit. p.126.

[1327] *Ibid.* L'auteur évoque à cet égard l'exemple de la loi Le Pors du 11 juin 1983 qui prévoyait la titularisation de contractuels de catégorie A et dont les «décrets d'application ont attendu quinze ans.. pour être pris. », *ibid.*

[1328] Voir *supra*, Sous partie I, Titre III, Chapitre 2.

est à cet égard intéressant de constater que ce principe résulte d'une création prétorienne du Conseil constitutionnel qui été par la suite consacré par la loi organique du 1er août 2001[1329]. L'article 32 de cette loi relative aux lois de finances prévoit que la sincérité « s'apprécie compte tenu des informations disponibles et des prévisions qui peuvent raisonnablement en découler. ». La sincérité impose une corrélation minimale entre les ambitions affichées du législateur et la réalité économique[1330]. Ce principe est en effet destiné à sanctionner « l'intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre déterminé par la loi de finances »[1331]. D. Ribes en a déduit que « le contrôle juridictionnel porte tout d'abord sur la crédibilité des évaluations et l'exactitude des informations », ensuite sur « la cohérence des opérations financières » et la « coordination entre la loi de financement de la sécurité sociale et les lois de finances »[1332]. Bien que la loi organique du 22 juillet 1996 n'évoque pas ce principe de sincérité, le Conseil constitutionnel considère qu'il est néanmoins applicable aux lois de financement de la Sécurité sociale[1333]. Néanmoins, force est de constater que le contrôle du Conseil constitutionnel se limite à un contrôle minimum de l'erreur manifeste d'appréciation[1334]. Cette position de *self restraint* s'explique sans doute par les limites objectives qui s'imposent au juge constitutionnel dans ce domaine et qui tiennent à la difficulté de vérifier l'exactitude des données présentées par le Parlement. J.-E. Schoettl explique à cet égard que « le Conseil constitutionnel n'est ni la direction de la prévision du ministère des finances, ni l'Institut national de la statistique et des études économiques »[1335].

Le Conseil constitutionnel apparaît beaucoup moins engagé s'agissant des études d'impact.

[1329] Sur le principe de sincérité budgétaire, voir notamment, J.-P. CAMBY, « La jurisprudence constitutionnelle en matière de sincérité de la présentation budgétaire », in L.Philip (dir.), *L'exercice du pouvoir financier du Parlement. Théorie, pratique et évolution*, Économica-PUAM, 1996. Sur le même sujet, voir également, J.LAUZE, « Les grands principes du droit budgétaire d'une loi organique à l'autre », *RDP*, 2001, n°6.

[1330] Hélène Manciaux définit en ces termes le principe de sincérité : il « signifie que les données contenues dans les lois de finances ou dans les lois de financement de la Sécurité sociale (…) doivent être conformes à la réalité et que les prévisions faites doivent être raisonnables… ». H.MANCIAUX, « De l'origine du principe de sincérité des lois de finances et des lois de financement de la Sécurité sociale », *RDP*, n°4, 2005, p.982.

[1331] Décision 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, Recueil, p. 99, (Cons. 60).

[1332] D. RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel, 1er janvier-31 mars 2002 », *RFDC*, 50, 2002, p.405.

[1333] Décision 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2000*, Recueil, p. 143, (Cons. 22 à 31).

[1334] Voir notamment la décision 2002-463 DC du 12 décembre 2002. *Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2003*. Recueil, p. 540. Alors que les auteurs de la saisine jugeaient que les dispositions de la loi étaient fondées sur des « prévisions irréalistes », le Conseil constitutionnel considère qu' « il n'apparaît pas , au regard des informations disponibles à la date du dépôt du projet dont est issue la loi déférée, comme lors de son adoption, et compte tenu des aléas inhérents aux prévisions de recettes figurant aux articles 20 et 21, que ces prévisions soient entâchées d'une erreur manifeste. ». (Consid. 4). D. Ribes considère à cet égard que « le Conseil constitutionnel exerce en la matière un contrôle minimum », D. RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel, 1er janvier-31 mars 2002 », *RFDC*, 50, 2002, p.405.

[1335] J.-E. SCHOETTL, *AJDA*, 2000, p.37.

3) Les études d'impact dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

En matière d'étude d'impact et d'évaluation prospective des effets des lois, le Conseil constitutionnel se situe largement en retrait.

Son attitude se distingue nettement de celles adoptées par d'autres Cours constitutionnelles. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande exige du législateur qu'il établisse les « différentes variantes de législation de façon à minimiser les atteintes à des valeurs constitutionnelles et enfin l'évaluation prospective des effets pertinents pour le respect des droits fondamentaux »[1336]. S'agissant des études d'impact, le Conseil constitutionnel n'impose nullement au législateur qu'il fonde sa législation sur de telles analyses. En outre, lorsque le législateur y a recourt, il ne s'autorise pas à censurer la loi au motif qu'une telle étude ne serait pas rigoureuse. Dans sa décision 2000-436 DC[1337], le Conseil constitutionnel est appelé par les requérants à se prononcer sur l'étude d'impact annexé à l'exposé des motifs du projet de loi. Les parlementaires auteurs de la saisine contestaient « les nombreuses erreurs et imprécisions matérielles » de ce rapport. Le Conseil constitutionnel va de manière laconique rejeter le moyen en considérant que « si l'étude d'impact (…) a pour vocation de contribuer à la bonne information du Parlement sur les incidences du texte qui lui est soumis, ses éventuelles imperfections sont sans incidence sur la conformité à la Constitution de la loi définitivement votée ».

Une telle attitude se vérifie lorsque les études d'impact et les évaluations prospectives émanent de l'opposition à l'origine de la saisine du juge constitutionnel. La récente décision 2007-554 DC[1338] est particulièrement intéressante de ce point de vue. En effet, cette question s'est posée avec acuité s'agissant de l'établissement de peines plancher dans les cas de multi-récidives afin de renforcer la fonction dissuasive de la loi pénale. Dans cette décision, l'audace de l'argumentation développée par les auteurs de la saisine contraste avec la retenue du Conseil constitutionnel.

Dans leur saisine, les députés commencent par reconnaître le bien fondé de l'objectif poursuivi par le législateur et précisent qu'ils ne contestent la loi qu'en tant qu'elle ne met pas

[1336] C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit. p.36.
[1337] Décision 2000-436 DC du 7 décembre 2000. *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains.* Recueil, p. 176.
[1338] Décision 2007-554 DC du 9 août 2007, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*.

en œuvre les moyens propres à atteindre cet objectif[1339]. Les auteurs de la saisine développent alors une argumentation fondée sur l'inadéquation entre les fins poursuivis et les moyens employés. Ils se fondent à cet égard explicitement « la disproportion entre le mécanisme mis en place et le but de la loi ». Cette argumentation se fonde notamment sur des expériences étrangères[1340] et sur des études scientifiques[1341] qui ont révélé l'inefficacité des peines plancher en matière de dissuasion des délinquants. Ils concluent : « Au final, ni la répression efficace ni l'apaisement de la société n'y trouvera son compte ». La stratégie des députés de l'opposition est clairement de placer leurs arguments sur le terrain de l'efficacité en ayant recours, non pas à un discours sur les valeurs en utilisant des arguments « politiques », mais plutôt à des arguments de type scientifique[1342].

[1339] **« A titre liminaire**, et afin d'éviter toute exploitation politique malicieuse de leur saisine, ses auteurs entendent rappeler leur engagement constant en matière de lutte contre la délinquance des majeurs et des mineurs. Les signataires du présent recours considèrent, cependant, que la préservation de l'ordre public ne peut se construire utilement et durablement si une réelle conciliation entre les principes constitutionnels de protection des libertés et droits fondamentaux et le droit à la sécurité de tous n'est pas garanti. Qu'en particulier, la multiplication en quelques mois, des textes modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale modifie les équilibres de notre droit par touches successives et risque davantage de produire de l'insécurité juridique qu'une réponse réellement efficace aux attentes des citoyens. ». On notera que ce passage de la saisine établit un lien direct entre l'inefficacité et l'instabilité de la règle (voir *infra*, Partie II, Les fondements de l'exigence de lisibilité). »

[1340] Cette partie du texte de la saisine mérite d'être reproduit : « La finalité du texte soumis à votre examen réside dans la prétendue mise en œuvre d'un principe de dissuasion. Or, à ce jour, la valeur dissuasive des peines minimales obligatoires n'a jamais été démontrée. Bien au contraire ! Dans un rapport sur la récidive, la commission d'analyse et de suivi de la récidive, présidée par Monsieur le professeur Jacques-Henri Robert, a relevé que les « peines-planchers » instaurées aux Etats-Unis n'ont pas eu les effets initialement escomptés. Il note en effet : *« Pour les mineurs et majeurs les études sur la sévérité des peines mesurées par la longueur de l'incarcération montrent que cette dernière ne permet pas de diminuer la récidive en moyenne. »* Pour sa part, l'étude de législation comparée n°165 réalisée et publiée par le Service des études juridiques du Sénat souligne que l'Australie, Etat ayant institué en 1996 des peines minimales d'emprisonnement pour sanctionner les auteurs de certaines infractions contre les biens, a abandonné ces dispositions dès 2001. Dans ce pays, le bureau de prévention de la criminalité du Territoire du Nord a publié en 2003 un rapport qui concluait que ces peines minimales obligatoires avaient « *touché de façon disproportionnée les délinquants autochtones, abouti à une modification significative des jugements prononcés à l'encontre des primo-délinquants et augmenté la population carcérale, sans pour autant constituer un moyen efficace de dissuasion* ». Il est d'ailleurs intéressant de relever que ce même Territoire du Nord a abrogé, dès 2001, les peines minimales obligatoires qui avaient été instituées en 1996 pour sanctionner les auteurs de certaines infractions contre les biens, telles la violation intentionnelle du domicile, l'utilisation illicite de véhicules à moteur, le vol ou le recel. La durée minimale de la peine d'emprisonnement était de 14 jours pour la première infraction, de 90 jours pour la deuxième, et de 12 mois pour les récidives ultérieures. »

[1341] Les auteurs de la saisine rapportent qu' « en France, les études menées par Monsieur Pierre-Victor Tournier, chercheur au CNRS, font apparaître que les libérés conditionnels ont des taux de récidive plus faibles que ceux qui sortent en fin de peine. De manière générale, les peines alternatives à l'incarcération sont plus efficaces que la prison pour prévenir la récidive. Ce même chercheur estime, dans une étude publiée le 5 juin 2007, que la mise en œuvre des dispositions de ce texte pourrait entraîner une augmentation de plus de 10.000 détenus par an sans bénéfice avéré pour la répression efficace de la délinquance. »

[1342] Rappelons à cet égard le constat établi au Titre I de cette Sous-partie : l'appel à l'expertise scientifique ne suffit jamais à dégager « La » solution mais repousse plus loin la nécessité pour le législateur de choisir entre des expertises scientifiques aux conclusions antagonistes. Voir notamment, l'étude de R.GERMANN, « Les commissions extra-parlementaires. L'administration fédérale de milice », *in La décision politique en Suisse, Genèse et mise en œuvre*, op. cit., p.27. M.Germann explique en effet que « le rôle d'arbitre qu'on attribue à

Cette décision est d'autant plus intéressante que le Conseil constitutionnel ne répond pas explicitement à l'argument fondé sur l'inefficacité de la législation. Il se contente d'exercer un contrôle de proportionnalité fondé sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il commence par rappeler « que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen » et se contente de vérifier qu'il n'y a pas, en l'espèce, « de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ». En définitive, le Conseil constitutionnel « botte en touche » en refusant de se placer sur le terrain de l'évaluation scientifique *ex ante* de l'efficacité de la loi.

l'homme de science est mis en question lorsque les opinions scientifiques dans différents domaines sont elles-mêmes controversées. », *ibid*.

Conclusion du Chapitre 1 Du temps et de la concertation

D'une manière générale, les exigences posées par la légistique dans la méthodologie d'élaboration de la loi, sont loin d'être recouvertes par les exigences imposées par le Conseil constitutionnel. Si la cohérence interne de la loi peut recouper certaines exigences constitutionnelles[1343], le Conseil constitutionnel n'exerce à cet égard qu'un contrôle restreint. À l'étape de l'élaboration de la loi, la juridicisation de l'exigence d'efficacité apparaît comme extrêmement partielle.

Cette constatation se confirme au regard de deux préconisations formulées par les auteurs de la légistique et directement liées à cette même exigence : L'efficacité suppose du temps et de la concertation. Globalement, penser la loi exige du temps[1344]. Or, la pratique de l'urgence[1345] quasi-systématique[1346] renvoie à une forme de précipitation[1347] qui exclut

[1343] L'exigence de cohérence interne de la loi se traduit également par l'application de la théorie de l'inséparabilité qui permet au Conseil constitutionnel de permettre ou non la promulgation de la loi sans les articles jugés contraires à la Constitution. Cet examen amène le juge à s'interroger sur la cohérence du texte sans les articles incriminés en cas de promulgation. Voir à cet égard l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : article 22, Chapitre II, Titre II.

[1344] G.Carcassonne évoque à cet égard le modèle de « quelques grands textes anciens » qui « sont toujours en vigueur. ». L'auteur explique qu' « ils naquirent fréquemment d'un processus patient qui leur avait permis de mûrir, de sorte que les évolutions ultérieures les ont complétés sans les remettre en cause. ». Sont évoquées à ce titre « La loi du 29 juin 1881 sur la liberté de réunion, la loi de juillet 1881 sur la liberté de la presse, la loi relative à la liberté d'association du 28 juin 1901 et la loi relative à la séparation des églises et de l'Etat du 11 décembre 1905. G.CARCASSONNE, « Penser la loi » », art. cit. p.43. Dans le même sens, il convient de citer les conclusions de Josseline de Clausade : « il n'est pas possible de faire une bonne loi en quinze jours. C'est-à-dire dans l'urgence, sans évaluation ni étude d'impact. Une bonne loi demande du temps. En Grande-Bretagne, est désormais prévu un minimum de douze semaines de consultation pour tout projet de réforme, qui fait l'objet de livre vert ou de livre blanc, à l'instar de ce que pratique la Commission européenne. L'urgence oblige à revenir constamment sur les textes pour en corriger les imperfections, les oublis ou les incohérences. Il ne faut alors pas s'étonner de l'instabilité des règles... ». J. de CLAUSADE, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », Entretien par Josseline de Clausade, conseiller d'État, rapporteur général de la section du rapport et des études du Conseil d'État, *La Semaine Juridique* Edition Générale n° 12, 22 Mars 2006, I 121. À cet égard, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 fournit un contre exemple assez intéressant d'un texte élaboré en un peu moins de trois mois.

[1345] L'urgence qui est déclarée par le Gouvernement conduit à limiter le temps de l'élaboration parlementaire de la loi. En vertu de l'article 45 de la Constitution, la déclaration d'urgence limite la navette à une lecture (au lieu de deux) dans chaque assemblée avant la saisine d'une Commission mixte paritaire.

[1346] Selon le même auteur « Hors les lois autorisant la ratification d'engagements internationaux, plus du tiers (13) des projets adoptés en 2004 avaient fait l'objet d'une déclaration d'urgence. », G.CARCASSONNE, « Penser la loi », art. cit., p.44, note 7. Le Président du Sénat interpella un Ministre sur cette question lors de la séance du 11 octobre 2005 après que le Gouvernement déclare l'urgence du projet de loi relatif à la sécurité et au développement des transports : «M. le Ministre délégué, je vous demande de bien vouloir sensibiliser M. le Premier ministre au fait que le Sénat n'apprécie pas ces déclarations d'urgence à répétition. Si certains projets de loi doivent, c'est vrai, être discutés en urgence, nous comprenons moins bien une telle nécessité pour d'autres textes ». Cité par D. CHAMUSSY, « Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitutionnel à la sécurité juridique », *EDCE,* n°57, p.367.

[1347] G.CARCASSONNE fait ce constat : « Aujourd'hui, la conjugaison entre l'impact médiatique, l'impatience gouvernementale et la concordance majoritaire ne laisse plus à quiconque le temps de réfléchir, à supposer que

tendanciellement la qualité de la loi[1348]. Pour Damien Chamussy, « en toute hypothèse, le temps reste la variable clé pour espérer améliorer la qualité de la législation »[1349]. Ce dernier auteur cite à cet égard le Président du Sénat qui s'exprimait en ces termes lors de la séance du 5 octobre 2005 : « Puisse le Gouvernement nous laisser le temps de la réflexion, indispensable pour faire de bonnes lois, comme l'avait dit mon illustre prédécesseur Jules Ferry »[1350]. À cet égard, le Conseil constitutionnel ne dispose d'aucune arme lui permettant de jouer une influence sur le temps parlementaire, qu'il subit plus qu'autre chose.

En outre, l'efficacité de la législation suppose pour le législateur de procéder à des concertations (ce qui exige également du temps). La légistique a tout d'abord été définie comme « science-carrefour » dans la mesure où elle préconise de mobiliser l'ensemble des sciences pertinentes pour éclairer le législateur afin que la décision politique soit fondée le plus rationnellement possible et *in fine* qu'elle soit efficace. D'une manière générale, la légistique apparaît également comme une méthodologie de l'association de l'ensemble des acteurs compétents. Elle peut alors être définie comme science de la concertation. La concertation présente un intérêt en termes d'efficacité dans la mesure où la loi, produit de l'association entre le législateur et les destinataires de celle-ci (les autorités d'application et les sujets de droit), sera davantage susceptible d'être acceptée et donc d'être efficace (sur cette question voir *infra*, Deuxième Partie, Sous Partie II, L'exigence de lisibilité des lois). L'organisation du système de la production des lois doit normalement permettre une élaboration rationnelle des lois grâce à l'association d'une pluralité d'acteurs[1351]. De l'initiative à la conception, le législateur peut consulter des autorités extérieures compétentes, qu'il s'agisse des juges, de la doctrine, ou des experts[1352]. En ce sens, Guy Carcassonne évoque le rôle de quelques grands juristes dans l'élaboration de grandes lois : « l'on ose à

---

quelqu'un souhaite le faire. ». « Penser la loi », art.cit., p.44, Les causes de cette précipitation sont évoquées : « Dans le même contexte, il n'y a pas lieu de s'étonner que les gouvernements, obsédés de leur précarité, abusent de l'urgence, qui est la leur bien plus que celle des textes auxquels ils l'appliquent. Craignant de n'être plus ministres avant que la loi soit, le temps parlementaire a cessé d'être pour eux celui du dialogue, mais une perte sèche qui, différant désagréablement le moment de la promulgation, doit être réduite au minimum. L'on ne prouve pas son efficacité par de bonnes lois, mais par des lois rapides. Ailleurs, cela s'appellerait précipitation. Ici, l'on parle de réactivité. », *ibid.*, p.44.

[1348] « La hâte avec laquelle sont préparés et examinés certains textes contribue elle aussi à la dégradation de la norme juridique ». Rapport public du Conseil d'État pour 1991, *EDCE,* n°43, op. cit., p.41.

[1349] D.CHAMUSSY, « Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitutionnel à la sécurité juridique », *EDCE,* n°57, p.366.

[1350] Cité par D. CHAMUSSY, *Ibid.,* p.367.

[1351] Pour une étude relative aux « participants à la rédaction du projet, voir A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., pp. 13-25.

[1352] A.VIANDIER cite l'exemple de la loi du 5 janvier1985 relative aux accidents de la circulation. Il évoque « une large consultation » de la doctrine. Le même auteur évoque les travaux du Doyen Carbonnier dans la réforme du droit de la famille, *Recherche de légistique comparée*, op. cit. p.21.

peine évoquer le temps heureux où un Garde des Sceaux, Jean Foyer, imité en cela par plusieurs de ses successeurs, confia à un rédacteur unique – mais à la compétence également unique, il est vrai, puisqu'il s'agissait de Jean Carbonnier – le soin de préparer les projets qui réformèrent profondément le régime des incapacités ainsi que des pans majeurs du droit de la famille »[1353]. Certes, au sein même du Parlement, les Commissions composées de parlementaires parfois spécialistes, sont destinées à assurer un filtre aux propositions de lois et de manière générale à en assurer la cohérence[1354]. Mais en outre, placés aux côtés du Parlement et du Gouvernement, le Comité économique et social, la Cour des comptes, le Conseil d'analyse stratégique, la Commission nationale consultative des droits de l'homme, le Comité national d'éthique constituent des institutions destinées à éclairer le législateur. Les pouvoirs du Conseil constitutionnel se résument alors, à imposer au législateur d'exercer la consultation pertinente… lorsque la Constitution le prévoit[1355].

L'exigence d'efficacité suppose également une évaluation des effets de la loi pour mesurer le degré de réalisation des objectifs. Il reste alors à s'interroger sur le rôle du Conseil constitutionnel en matière d'évaluation et d'expérimentation des lois.

[1353] G.CARCASSONNE, « Penser la loi », art. cit., p.47. L'auteur fait ainsi référence respectivement aux lois du 14 décembre 1964 sur la tutelle des mineurs et du 3 janvier 1968 sur les majeurs protégés et aux lois du 13 juillet 1965 sur le régime des biens entre époux, du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, du 3 janvier 1972 sur la filiation et du 11 juillet 1975 sur le divorce.

[1354] A cette étape, le système parlementaire français a posé le filtre des Commissions pour les propositions de loi : « il est vrai que pour être inscrite à l'ordre du jour complémentaire une proposition de loi doit avoir, au préalable, fait l'objet d'un rapport en Commission (…) or il y a très peu de propositions de loi rapportées. La majorité d'entre elles ne font jamais l'objet d'un rapport », J.-C.MASCLET, *Un député, pour quoi faire ?*, PUF, 1981, p.182-183.

[1355] Le Conseil constitutionnel s'est montré à cet égard particulièrement exigeant s'agissant des consultations du Conseil d'État pour les projets de loi (Voir à cet égard la décision précitée 2003-468 DC) et de celles du Conseil économique et social (Voir à cet égard la décision précitée 2005-512 DC)

Chapitre 2

En aval : Pouvoirs et limites du Conseil constitutionnel en matière d'évaluation législative.

L'évaluation peut être définie en ces termes : « évaluer une politique, c'est rechercher si les moyens juridiques, administratifs ou financiers mis en œuvre permettent de reproduire les effets attendus de cette politique et d'atteindre les objectifs qui lui sont fixés»[1356]. L'évaluation de la norme joue un rôle croissant dans notre système juridique. Cette pratique traduit la fin du postulat de l'efficacité de la loi[1357], l'émergence du doute et d'une forme d'objectivation de la politique comme art de gouverner la cité : « L'introduction de l'évaluation législative et de lois expérimentales dans le processus législatif le transforme en un phénomène empirique fondé sur une politique expérimentale »[1358]. Dans le cadre d'une recherche d'efficacité, l'évaluation présente un intérêt qui n'est plus à démontrer. La loi a-t-elle répondu aux besoins qu'elle était destinée à satisfaire ? Quels ont été ses impacts positifs et négatifs ? En posant la question du résultat, l'évaluation permettrait de remédier aux défaillances constatées et d'améliorer de manière continue la qualité des lois. L'évaluation de la loi pose cependant de nombreuses questions : quelles sont les méthodes retenues pour évaluer la loi, c'est-à-dire calculer ou mesurer ses effets ? Quelles seront les suites de cette évaluation ? Si la légistique considère l'évaluation des lois comme un élément incontournable de la méthode d'élaboration des lois, force est de constater que cette pratique ne correspond à aucun impératif juridique. Pourtant, l'évaluation de la loi, lorsqu'elle est décidée par le législateur (comme c'est le cas des lois expérimentales), peut se voir imposer le respect des exigences constitutionnelles. L'expérimentation constitue à cet égard une technique sous contrôle. Les pouvoirs du Conseil constitutionnel apparaissent de prime abord sous un aspect purement négatif puisqu'il sera chargé de vérifier que les procédés d'évaluation ne méconnaissent aucune exigence de valeur constitutionnelle. Pourtant, l'exercice de ce contrôle, a permis au Conseil de s'immiscer dans le contrôle de l'efficacité de la loi en vérifiant le caractère pertinent des expérimentations décidées par le législateur.

[1356] A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », *D.* 1992, p.263.

[1357] Voir notamment B.MATHIEU, *La loi*, op. cit., p. 126. « La loi ne dispose plus du seul fait de son existence d'un postulat d'efficacité. Dans le même sens, voir J.CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne », art. cit., p.668.

[1358] J.-L.BERGEL, Préface, in C.-A.Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales,* op.cit., p.10.

Après avoir questionné l'utilité du procédé d'évaluation pour satisfaire à l'exigence d'efficacité (Section 1), nous pourrons étudier les pouvoirs du Conseil constitutionnel en matière d'expérimentation législative (Section 2).

Section 1 Un moyen au service de l'efficacité ?

L'évaluation de la loi est présentée comme un des moyens destinés à permettre une plus grande efficacité de la loi. L'utilité de l'évaluation au regard de cette exigence d'efficacité (§1), explique l'engouement suscité par ce procédé (§2) et la diversité des formes qu'il emprunte (§3).

§1 L'utilité de l'évaluation au regard de l'exigence d'efficacité

Dans la perspective d'une recherche d'efficacité, l'évaluation occupe une place fondamentale. Le rôle de l'évaluation est d'autant plus important lorsque la loi assure la mise en œuvre de politiques publiques : « les trois concepts de politiques publiques, efficacité, évaluation semblant être de plus en plus indissociables »[1359]. En effet, une des caractéristiques contemporaines de la production normative est de s'insérer dans le cadre de politiques publiques. La fixation d'objectifs à atteindre inhérente à ce type de démarche normative rend alors possible et nécessaire une évaluation : dans quelle mesure les objectifs sont-ils atteints ? L'intérêt de l'évaluation serait ainsi de mettre la norme à l'épreuve de la réalité[1360] et de l'adapter à cette réalité qu'elle prétend régir ou encadrer[1361].

Une des principales caractéristiques de l'évaluation est « d'aborder le droit en tant que science, en tant que « connaissance approfondie et méthodique » » [1362]. On va ainsi observer le phénomène juridique sous l'angle d'autres sciences sociales pour mesurer ses effets sur la réalité sociale ou économique. Le droit échappe alors à un postulat de rationalité pour être confronté à l'analyse rationnelle. L'intérêt consiste alors à utiliser les sciences sociales au soutien de l'action normative, pour en éclairer les fondements, les fonctions et les procédés. En effet, l'évaluation rétrospective se distingue « par l'utilisation de méthodes et d'outils issus des sciences sociales et économiques »[1363]. La sociologie du droit se situe en première ligne

---

[1359] C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », *RDP* n°2, 1998, p.352.

[1360] Pour C.MAMONTOFF, l'apport essentiel de l'expérimentation est de conférer à « la norme… un caractère de plus en plus empirique : elle s'appuierait sur l'expérience et l'observation et non plus sur la seule théorie. », *ibid.*, p.353.

[1361] J.-L. BERGEL constate à cet égard que « l'évaluation législative devrait aussi garantir une meilleure adéquation de la loi au milieu auquel elle s'applique. », Préface, in C.-A.Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales,* op. cit., p.12.

[1362] MAMONTOFF : « L'expérimentation du droit présente incontestablement des avantages, dont certains ont été signalés dans le rapport public du Conseil d'Etat de 1996… Elle permet d'aborder le droit en tant que science, en tant que « connaissance approfondie et méthodique », art. cit., p.365.

[1363] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.95.

s'agissant de l'observation des effets du droit, des usages multiples qu'il permet, de ses effets pervers[1364] et enfin de son degré de réception par ses destinataires[1365]. A.Jeammaud et E. Serverin évoquent ainsi la nécessité de combiner les analyses juridiques et sociologiques[1366]. En ce sens, l'évaluation « permet de déterminer et d'apprécier les effets d'une loi ou d'une politique publique… »[1367]. En outre, l'évaluation ne permet pas seulement de mesurer l'efficacité des politiques publiques ; puisqu'elle est destinée à tirer les leçons d'une expérience normative, l'évaluation permettra des ajustements de la norme pour lui permettre de mieux atteindre ses objectifs : « L'évaluation a partie liée avec une profonde confiance dans la raison humaine (…). L'évaluation des politiques ou des actions publiques repose sur l'idée que les efforts de la raison peuvent aider à corriger le choix et la conduite des actions collectives, et que l'observation systématique de leurs effets permettra de les conduire à l'avenir avec une plus grande efficacité en sachant mieux réfléchir aux rapports entre objectifs, moyens, résultats »[1368]. L'évaluation normative peut alors permettre de prouver aux destinataires de la norme l'intérêt qu'elle présente. L'évaluation, dès lors qu'elle aboutit au constat de l'efficacité de la loi constitue à cet égard, un procédé de légitimation de l'action des pouvoirs publics[1369].

[1364] Les juristes peuvent s'intéresser à l'effectivité sous l'angle « « des effets pervers », ou prétendus tels, d'innovations normatives animées des meilleurs intentions ». A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », *D.* 1992, p.264. Sur cet angle d'approche du droit, on peut également renvoyer aux écrits du Doyen Carbonnier. J.CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur,* LGDJ, 10ème éd., 2001, spec. pp.136-148. L'auteur utilise les notions d'effectivité et d'ineffectivité du droit.

[1365] A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Les investigations de ce type procèdent de cette manière d'aborder l'ordre juridique que Max Weber qualifiait de « sociologique » et qui consiste à le considérer comme « un complexe de motif agissant sur l'activité réelle de l'homme » plutôt que comme un « cosmos de normes » (point de vue « juridique »). ». Les auteurs citent *Economie et société*, Plon, 1971, p.321 et s. Ce qui apparaît comme le plus utile dans l'évaluation passera par « la description de ce que les règles constituent, de ce qu'elles rendent possible ou probable, l'observation et l'analyse des manières dont elles sont utilisées dans des interactions entre des « applicateurs » et des « destinataires », ou entre « destinataires ». Les postulats seront ceux de la variété des usages dont elles font l'objet et du caractère non dramatique des « phénomènes » d'apparente ineffectivité. »« Cette dédramatisation suppose que l'on prenne une distance critique à l'égard de la thèse d'un « déclin du droit »… Mais cette prise de distance requiert à son tour une fine estimation de ce que sont les objectifs pratiques et symboliques de l'édiction des normes juridiques… » « Evaluer le droit », *D.* 1992, art. cit. p.268.

[1366] *Ibid.,* p.268. Ainsi, croyons-nous, sera féconde « la tentation de plus en plus éprouvée par la sociologie » - mais que pourraient partager les juristes – « de mettre le droit en perspective » en appréhendant social et juridique « dans un continuum ». Les auteurs citent J.COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ 1991, p.14.

[1367] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.94.

[1368] M.CONAN, *L'évaluation constructive. Théorie, principes et éléments de méthode*, éd. de l'aube, coll. Société, 1995, p.25.

[1369] « L'expérimentation permet par ailleurs aux pouvoirs publics de prouver l'intérêt d'une réforme avant que la norme ne soit prise de façon définitive, ce qui peut être à l'origine d'une plus grande adhésion des citoyens, entraînant plus d'efficacité de la norme et constituant un approfondissement de la démocratie. », C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.365.

Ces raisons expliquent dans une large mesure l'engouement suscité ces dernières années par le procédé d'évaluation.

§2 L'engouement récent suscité par l'évaluation

Les nombreux avantages de l'évaluation des normes expliquent l'émergence de cette pratique. Les pouvoirs publics semblent avoir intégré les intérêts de l'évaluation qui a connu un développement certain ces dernières décennies[1370]. Cet engouement se traduit par des encouragements à avoir recours à l'évaluation normative (A), par le développement de l'évaluation dans la pratique (B) et par l'émergence de structures et de méthode d'évaluation (C).

A/ Les encouragements à l'évaluation normative

Dans son rapport pour l'année 1988, le Conseil d'État avait estimé « opportun que puisse être dans certains cas prévue une procédure d'évaluation permettant, au terme d'un certain délai, de vérifier les conditions dans lesquelles ont été mises en œuvre les dispositions des lois et par là même de mieux mesurer les obstacles juridiques ou pratiques auxquels s'est heurtée ou se heurte leur application »[1371]. De son côté, le Comité consultatif pour la révision de la Constitution avait suggéré une nouvelle rédaction de l'article 34 de la Constitution : « Le Parlement vote la loi. Il en évalue les résultats »[1372]. Jacques Chevallier rapporte que le rapport Viveret de mai 1989[1373] préconise la création d'un dispositif national d'évaluation des politiques publiques[1374]. La prise en compte croissante de cette question par la doctrine constitue sans doute un facteur de développement des évaluations[1375]. En matière d'encouragement, les circulaires des Premiers ministres abondent qui déclarent la nécessité de soumettre l'action normative à des évaluations. La circulaire du 26 juillet 1995 dispose ainsi :

[1370] L'engouement pour l'évaluation se traduit en outre par l'organisation de journées d'étude. Voir *Contrôle parlementaire et évaluation*, Journée d'étude organisée en 1994, La documentation française, 1995.
[1371] Cité par C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif,* op. cit., p.30.
[1372] Cité par B.MATHIEU, *La loi*, op. cit. p.127. Il s'agissait de l'article 24 du projet de révision.
[1373] Patrick VIVERET, Rapport pour le Premier ministre, *L'évaluation des politiques et des actions publiques,* 1989.
[1374] Ce rapport aurait « inspiré » le dispositif mis en place par le décret n°90-82 du 22 janvier 1990. Voir J.CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », in C.-A. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales,* op. cit., p.124.
[1375] En 1984 sera publié le livre dirigé par Jean-Pierre NIOCHE et R. POINSARD, *L'évaluation des politiques publiques,* Économica.

« L'État central doit…fonder ses analyses sur une appréciation plus complète et plus précise des réalités. Il doit prolonger son action par l'évaluation systématique des résultats de ce qu'il entreprend »[1376]. L'évaluation semble ainsi acquérir une dimension systématique : « Il existe aujourd'hui un large consensus pour reconnaître à l'évaluation des politiques ou des actions publiques le statut d'ardente obligation qui fut, un temps, celui du Plan »[1377]. Cet engouement se traduit dans la pratique normative. En effet, alors que l'évaluation ne répond à aucune nécessité juridique ou constitutionnelle, l'initiative consistant à soumettre la production normative à des critères d'efficacité revient aux pouvoirs publics. Les auteurs de la norme choisissent ainsi parfois de soumettre leur production à une évaluation.

B/ Le développement de l'évaluation dans la pratique

D'une manière générale, les politiques publiques menées au sein des grands ministères sont aujourd'hui soumises à l'évaluation qu'il s'agisse de l'Agriculture, des Affaires étrangères, des Affaires sociales, de l'Écologie, de la Justice ou de l'Éducation nationale[1378].

Le législateur se trouve également soumis à la tentation de mettre à l'épreuve son œuvre normative. Loi du 1er décembre 1988 relative au RMI[1379] constitue un tournant majeur de cette évolution (sur le développement de l'expérimentation législative, voir *infra,* §3). Depuis, plusieurs lois ont emprunté cette voie : on peut notamment se référer à la loi du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme. Cette dernière, dite « loi Évin », avait prévu elle-même son évaluation dans son article 13 qui a pris la forme d'un rapport d'évaluation[1380]. On peut également se référer à la loi du 20 décembre 1993,

[1376] Circulaire du Premier ministre relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et de ses services publics. JORF du 28 juillet 1995. Les circulaires évoquées dans le présent chapitre sont tirées de l'ouvrage précité de C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif.* Les plus récentes d'entre-elles sont reproduit en annexe du même ouvrage.

[1377] Rapport d'information n°392 présenté au Sénat pour la session ordinaire 2003-2004 sur « l'évaluation des politiques publiques en France », Introduction.

[1378] Pour un bilan de l'évaluation de ces différentes politiques publiques, voir le Rapport d'information n°392 présenté au Sénat pour la session ordinaire 2003-2004 sur « l'évaluation des politiques publiques en France ». Annexe n°2, L'évaluation des politiques publiques dans les ministères.

[1379] C'est l'article 52 de cette loi du 1er décembre 1988, qui prévoyait le dépôt d'un rapport d'évaluation quatre ans après l'entrée en vigueur de la loi. Le décret n°89-646 du 6 septembre 1989 a mis en place la Commission nationale d'évaluation relative au RMI. Voir, C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif,* op. cit. p.30.

[1380] *La loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, Rapport d'évaluation*, Conseil national de l'évaluation, Commissariat général au plan, La documentation française, Paris, 2000.

relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle qui a également fait l'objet d'une évaluation à mi-parcours décidée par le législateur lui-même[1381].

Ce développement dans la pratique a rendu nécessaire l'émergence de structures et de méthodes d'évaluation.

C/ L'émergence des structures et des méthodes d'évaluation

L'engouement pour l'évaluation normative s'est enfin traduit par l'émergence de structures ou d'instance chargées de l'évaluation (1) et de méthodes d'évaluation (2).

1) Les structures

« On observe une tendance à institutionnaliser l'évaluation législative. Les gouvernements – plus rarement les Parlements – se dotent de services chargés de concevoir, de piloter et parfois même de réaliser des évaluations »[1382].

Au sein du Parlement, plusieurs structures peuvent entreprendre une évaluation législative. Auparavant, l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques[1383] ou encore plus spécifiquement, l'Office parlementaire d'évaluation de la législation[1384] et l'Office parlementaire d'évaluation des politiques publiques[1385] avaient cette fonction. Ces deux dernières instances d'évaluation parlementaires ont révélé leurs limites, faute de moyens et de méthodologie[1386] et la loi de finance pour 2001 les a supprimées. L'Assemblée nationale a créé en 1999, une Mission d'évaluation et de contrôle placée au sein de la Commission des finances et dont la compétence se limite à l'utilisation de la dépense publique. En complémentarité avec la Cour des Comptes, la compétence de cette Mission d'évaluation et de contrôle est de « promouvoir « une véritable culture de l'efficience de la

---

[1381] *La loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle*, *Rapport d'évaluation,*Comité interministériel de l'évaluation des politiques publiques, Premier ministre, Commissariat général au plan, La documentation française, Paris, 1997.

[1382] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.95.

[1383] Créé par une loi du 8 juillet 1983.

[1384] Créé par une loi du 14 juin 1996. Cet office est chargé de « rassembler des informations et de procéder à des études pour évaluer l'adéquation de la législation aux situations qu'elle régit » et de simplifier la législation. Il était composé à parité de députés et de sénateurs. Il n'a rendu que deux rapports : le premier datant de 1999 concerne *L'exercice de l'action civile par les associations* (Rapport du député Pierre Albertini, 6 mai 1999), le second datant de 2001 porte sur La législation applicable en matière de prévention et le traitement des difficultés des entreprises » (Rapport du sénateur Jean-Jacques Hyest, 5 décembre 2001).

[1385] Créé par une loi du 14 juin 1996.

[1386] Voir le bilan dressé par C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif,* op. cit., p.31.

dépense publique »[1387]. La loi organique du 1er août 2001[1388] devrait, selon C. Bergeal, donner une nouvelle impulsion à cette instance[1389].

Parallèlement à ces initiatives, un dispositif national d'évaluation a vu le jour[1390]. Ainsi, le décret n°90-82 du 22 janvier 1990, relatif à l'évaluation des politiques publiques a mis en place un Comité interministériel en charge du développement et de la coordination des initiatives gouvernementales en matière d'évaluation des politiques publiques. Ce décret a également permis la création d'un fond national de développement de l'évaluation et surtout la mise en place d'un Conseil scientifique, « chargé de favoriser le développement des méthodes d'évaluation et de définir une déontologie en la matière »[1391] et donc « garant de la qualité des travaux »[1392]. Ce conseil scientifique était composé de onze personnalités nommées par arrêté du Président de la République pour une durée de six ans non renouvelable.

Un décret de 1998[1393] est venu abroger celui de 1990 et le Conseil national de l'évaluation (CNE) a remplacé le Conseil scientifique de l'évaluation. La composition de cette nouvelle instance[1394] est présentée comme garantissant « son objectivité, son indépendance et par là même la crédibilité de la procédure tant aux yeux des citoyens que des fonctionnaires et des élus »[1395]. Le CNE est chargé de proposer au Premier ministre un programme annuel d'évaluation et d'en suivre la réalisation. Le rôle du Commissariat général au Plan a été renforcé puisqu'il assure la fonction de secrétariat[1396]. Cette réforme est destinée à remédier

---

[1387] Cité par C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit., p.31.

[1388] L'article 1er de la Loi organique relative aux lois de finance dispose : « Dans les conditions et sous les réserves prévues par la présente loi organique, les lois de finances déterminent, pour un exercice, la nature, le montant et l'affectation des ressources et des charges de l'État, ainsi que l'équilibre budgétaire et financier qui en résulte. Elles tiennent compte d'un équilibre économique défini, ainsi que des objectifs et des résultats des programmes qu'elles déterminent ».

[1389] C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit., p.31.

[1390] Jacques Chevallier rapporte que ce dispositif a été largement inspiré des conclusions du rapport Viveret de mai 1989. J.CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », art, cit., p.124.

[1391] Décret n°90-82 du 22 janvier 1990.

[1392] J.CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », p.124.

[1393] Décret n°98-1048 du 18 novembre 1998. Décret relatif à l'évaluation des politiques publiques.

[1394] L'article 3 du décret fixe les principes de la composition du Conseil national de l'évaluation. « Le Conseil national de l'évaluation est composé de quatorze membres nommés pour trois ans par décret dans les conditions suivantes :- six personnalités qualifiées choisies en raison de leurs compétences en matière d'évaluation et dans le domaine des sciences économiques, sociales ou administratives ;- un membre du Conseil d'Etat désigné par celui-ci ;- un membre de la Cour des comptes désigné par celle-ci ;- trois membres du Conseil économique et social désignés par celui-ci ;- un maire, un conseiller général et un conseiller régional désignés au vu des propositions faites par une association représentative, respectivement, des maires, des présidents de conseil général et des présidents de conseil regional.Le mandat des membres est renouvelable une fois. »

[1395] Circulaire du 28 décembre 1998 relative à l'évaluation des politiques publiques.

[1396] L'article 8 du décret n°98-1048 du 18 novembre 1998 prévoit que « Le Commissariat général du Plan assure le secrétariat du Conseil national de l'évaluation. Il est chargé par celui-ci de mettre en place les instances d'évaluation, de suivre les travaux d'évaluation et d'en assurer la publication. Il propose au Premier ministre les suites à donner aux évaluations en ce qui concerne l'Etat. »

aux carences du précédent système[1397] pour rendre la procédure d'évaluation « plus simple, plus efficace et plus rapide »[1398]. La circulaire du Premier ministre en date du 28 décembre 1998 définit les règles méthodologiques de l'évaluation[1399].

L'émergence de telles règles méthodologiques est symptomatique de l'engouement suscité par l'évaluation normative.

2) L'émergence des méthodes d'évaluation. Du Conseil scientifique de l'évaluation au Conseil national de l'évaluation

Les méthodes d'évaluation revêtent un aspect fondamental puisqu'en dépend la qualité scientifique des évaluations. Les décrets de 1990 et de 1998[1400] s'inspirent en la matière d'une « déontologie de l'évaluation »[1401].

C'est le décret du 22 décembre 1990 qui a posé le cadre scientifique des évaluations législatives. Le contrôle exercé par le Conseil scientifique de l'évaluation s'effectue en deux temps : tout d'abord, c'est le projet d'évaluation qui donne lieu à un avis rendu *a priori*, avant que le rapport d'évaluation soit soumis à un examen *a posteriori*.

En effet, l'article 6 du décret du 22 janvier 1990, prescrit l'établissement préalable d'un « projet d'évaluation de la loi » qui doit présenter le contexte d'adoption de la loi, ses objectifs ainsi que les finalités et les procédés de l'évaluation. Ce projet doit ainsi évoquer les difficultés de l'évaluation et les lignes directrices de la stratégie d'évaluation[1402]. Ce texte prévoit que le « projet d'évaluation de la loi » est soumis pour avis au Conseil scientifique de l'évaluation qui émet des observations relatives à la méthodologie adoptée, sur les difficultés en présence. Ainsi, dans l'avis du Conseil scientifique de l'évaluation rendu sur l'évaluation de la loi Évin[1403], on peut lire : « apprécier les effets propres de la loi à partir des impacts que celle-ci aurait sur les comportements en matière de consommation d'alcool ou de tabac peut poser de redoutables problèmes de rigueur méthodologique. En particulier, comme le montre l'expérience de l'évaluation, l'établissement de chaînes de causalité – ou l'exclusion de

---

[1397] Un site officiel du Gouvernement évoque ces insuffisances : « Importance inégale des thèmes finalement retenus, mauvais cadrage avec le temps politique, faible qualité opérationnelle de nombreux rapports, difficultés méthodologiques, mauvaise coordination entre administrations et désintérêt progressif du gouvernement. ». http://evaluation.gouv.fr

[1398] *Ibid.*

[1399] Circulaire du 28 décembre 1998, relative à l'évaluation des politiques publiques.

[1400] Décret n°90-82 du 22 janvier 1990 remplacé par le décret n°98-1048 du 18 novembre 1998.

[1401] Voir à cet égard le rapport d'information n°392 présenté au Sénat pour la session ordinaire 2003-2004 sur « l'évaluation des politiques publiques en France ».

[1402] Voir par exemple le « projet d'évaluation de la loi n°91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

[1403] La loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, Rapport d'évaluation, Conseil national de l'évaluation. Commissariat général du plan, oct. 1999, La documentation française, annexe 7.

certaines d'entre elles – représente un travail complexe qui exige une prudence explicite de tous les instants. De plus, la mesure de l'impact d'un dispositif suppose que l'on puisse comparer les effets repérés que l'on attribue à celui-ci à la situation antérieure : on éprouvera quelques difficultés à isoler les effets de la loi Évin des effets de textes pris depuis l'année 1976 ou l'on devra à tout le moins se poser la question des effets cumulatifs des différents textes qui se sont succédés. Se pose également une question de temporalité : combien de temps faut-il pour qu'une loi dont l'un des objectifs est de concourir à l'amélioration de la santé de la population influe sur les comportements des individus… »[1404]. L'évocation des difficultés d'évaluation de la loi joue le rôle d'une mise en garde, destinée à cantonner l'évaluation dans le domaine du raisonnable. On peut ainsi constater que cette autorité balise le projet d'évaluation et veille à éviter que le procédé soit mené comme un procédé d'auto-justification dénué de rigueur scientifique. Lors de l'examen du projet d'évaluation de la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle[1405], le Conseil scientifique a jugé « particulièrement délicate » l'ambition visant à cerner les effets de la loi sur le marché de l'emploi. Il a formulé le souhait que le travail d'évaluation « s'appuie sur un cadre méthodologique plus précisément défini »[1406]. S'il émet un avis favorable sur le projet d'évaluation, force est de constater que celui-ci est rendu « sous réserve ». En effet, le Conseil scientifique assortit son avis de recommandations qui visent essentiellement à restreindre l'ambition de l'évaluation. Celle-ci devra éviter « le risque de juxtaposer des éléments d'évaluation trop disparates » ou « tenir compte de la faisabilité des investigations nécessaires » et enfin, « lever toutes les ambiguïtés sur l'identité des actions évaluées. »[1407].

Dans un second temps, le Conseil scientifique de l'évaluation sera amené à rendre un avis sur le rapport d'évaluation. Le Conseil revient sur la question de « l'évaluabilité de la loi » pour contenir l'interprétation du rapport. Dans son avis rendu sur l'évaluation de la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle[1408], le Conseil scientifique précise l'apport de l'évaluation en relativisant l'apport de celle-ci. Il pose comme un préalable le principe de « l'impossible évaluation de l'effet sur l'emploi ». Ici, cette institution joue le rôle de garde fou en évitant que les conclusions de l'évaluation débordent le

[1404] Conseil scientifique de l'évaluation, Avis n°40 rendu le 18 juillet 1997.

[1405] La loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, Rapport d'évaluation, Comité interministériel de l'évaluation des politiques publiques, Commissariat général du plan, la documentation française, Janvier 1997, annexe 10.

[1406] Conseil scientifique de l'évaluation, Avis n°34 rendu le 4 janvier 1995.

[1407] Avis du Conseil scientifique de l'évaluation sur le projet d'évaluation de la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, précité.

[1408] Avis du Conseil scientifique de l'évaluation sur l'évaluation de la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, avis n° 38 rendu le 26 novembre 1996.

cadre des prétentions mesurées. En amont et en aval, le contrôle exercé par le Conseil scientifique de l'évaluation était destiné à apporter une caution scientifique à l'évaluation de la loi. Si les avis de cette institution ne sont pas contraignants, leur publication obligatoire leur confère une certaine force qui tient à la crédibilité de l'évaluation menée.

À partir de 1998, c'est la circulaire du 28 décembre 1998 qui fixe les principes méthodologiques des évaluations[1409]. L'essentiel du dispositif mis en place en 1990 demeure s'agissant du contrôle du sérieux des évaluations. Est ainsi maintenu le principe de « la publication systématique des rapports d'évaluation, assortis de l'avis du Conseil national de l'évaluation sur la qualité des travaux réalisés… »[1410]. En outre, « le rapport annuel du Conseil national de l'évaluation est rendu public. Il permet à cette instance de rendre compte de l'efficacité de la procédure interministérielle et de donner son avis sur le choix des thèmes d'évaluation à privilégier du point de vue de leur faisabilité et de leur utilité et en vue d'un développement cohérent des connaissances et des pratiques »[1411].

Pourtant, ces règles méthodologiques ne sont pas nécessairement mobilisées dans la mesure où l'évaluation déborde souvent le cadre des décrets de 1990 et de 1998. En effet, si l'intérêt que présente le procédé de l'évaluation a conduit à un engouement ces dernières années, on doit constater que l'évaluation renvoie à des réalités hétérogènes.

§3 La diversité des modes d'évaluation

Le terme « évaluation » est ici entendu dans son sens rétrospectif[1412]. C'est la mesure à l'instant T1 d'une politique adoptée à l'instant T. Ainsi définie, l'évaluation renvoie à différentes réalités qu'il convient de présenter. On peut à cet égard distinguer les évaluations décidées *a posteriori* (A) et celles décidées *ab initio* (B).

A/ Les évaluations décidées *a posteriori*

Les évaluations décidées *a posteriori* sont les plus courantes. Elles soulèvent un problème méthodologique dans la mesure où l'évaluation ne pourra pas être fondée sur des

[1409] Circulaire du 28 décembre 1998 relative à l'évaluation des politiques publiques.
[1410] *Ibid.*
[1411] *Ibid.*
[1412] L'évaluation prospective caractérise une démarche qui s'exerce a priori et qui envisage les effets potentiels de la loi. A l'inverse, l'évaluation rétrospective envisage la loi a posteriori en mesurant ses effets constatés. Sur cette distinction voir J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.91.

critères fixés au moment de l'application de la loi. Néanmoins, il reste possible d'entreprendre de telles évaluations de manière rigoureuse en se fondant sur les objectifs poursuivis par le législateur et les résultats observés après un temps d'application de la loi. On peut distinguer les évaluations opérées en dehors du cadre des Institutions publiques (1) et celles se situant dans ce cadre (2).

1) Les évaluations opérées en dehors du cadre des Institutions publiques

Ces évaluations sont extrêmement hétérogènes puisqu'elles comprennent d'une part ce que l'on pourrait qualifier « d'évaluations citoyennes » et d'autre part ce que l'on pourrait qualifier « d'évaluation scientifique ».

Tout d'abord, l'évaluation des lois renvoie à un impératif démocratique lorsqu'elle est pratiquée non pas sous la forme d'une auto-évaluation des pouvoirs publics, émetteurs de norme, mais sous la forme d'un contrôle exercé par les citoyens, récepteurs de la norme, sur l'action des pouvoirs publics. À cet égard, le système démocratique suppose l'évaluation des politiques menées pour juger les représentants et donc procéder à leur désignation sur le fondement de leur bilan. Le rôle des médias à cet égard n'est pas négligeable et l'on peut considérer que l'évaluation citoyenne des lois se nourrit dans une certaine mesure de l'évaluation médiatique des lois[1413].

L'évaluation peut également prendre une forme scientifique dès lors qu'il s'agit de mener des études sur le degré d'adhésion des citoyens à certaines lois. En effet, l'évaluation de la loi est une entreprise qui peut être menée par des experts et praticiens sans que les pouvoirs publics, auteurs des normes, l'aient demandé. Dans leur rapport d'information relatif à l'évaluation des politiques publiques[1414], Joël Bourdin, Pierre André et Jean-Pierre Plancade évoquent différents organismes de recherches indépendants[1415] chargés de conduire des études relatives à l'évaluation des politiques publiques : l'institut de recherches économiques et sociales (IRES), l'Observatoire français des conjonctures économiques (OFCE), l'institut

[1413] À titre d'exemple, en mars 2007, un mois après l'adoption de la loi relative à l'interdiction de fumer dans tous les lieux publics, la chaine d'information LCI se proposait de faire le bilan de son application. Plus récemment, le journal *Le Monde* titrait à la Une « La loi sur la récidive révèle ses effets pervers ». *Le Monde*, samedi 13 octobre 2007. Les journalistes font le « premier bilan » de la loi après son entrée en vigueur : « Un parapluie volé dans une voiture ? deux ans de prison ferme. L'achat de deux barrettes de cannabis ? Quatre ans fermes… », *ibid.*, p.22.

[1414] Rapport d'information n°392 présenté au Sénat pour la session ordinaire 2003-2004 sur « l'évaluation des politiques publiques en France ».

[1415] Les auteurs du rapport prennent soin de noter qu'une partie de ces instituts bénéficie de subvention publique directe. C'est le cas de l'IRES et de l'OFCE, *Ibid.,*p.169.

REXECODE, le Centre d'observations économiques (COE), le Centre de Recherche pour l'Étude et l'Observation des Conditions de Vie (CRÉDOC)[1416]. L'évaluation peut ainsi avoir lieu en dehors du cadre des institutions publiques, lorsqu'elle est menée par des laboratoires de science juridique ou de sociologie juridique[1417].

Le plus souvent, l'évaluation des lois est entreprise dans le cadre des Institutions publiques.

2) L'évaluation dans le cadre des Institutions publiques

C.Bergeal cite à cet égard le Conseil d'État, la Cour des comptes, le Conseil économique et social et le Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics[1418]. Nous nous intéresserons aux évaluations menées et/ou décidées par le Parlement et le Gouvernement.

On peut considérer que l'évaluation, même lorsqu'elle n'est pas explicitement prévue par le législateur, est toujours présente dans l'action normative. Elle correspond à ce que C.Mamontoff qualifie d'évaluation traditionnelle : « Dans le système d'évaluation traditionnelle la méthode employée est celle de l'évaluation *a posteriori* : la norme prise pour régler un problème de société a un caractère durable, c'est-à-dire qu'elle n'a pas de limitation dans le temps ; elle s'applique à tous sur l'ensemble du territoire de façon générale et impersonnelle ; puis on l'évalue afin de mesurer si les objectifs recherchés ont été atteints et s'il y a eu éventuellement l'apparition d'effets non attendus. Soit alors on conserve le texte, soit on l'abroge, soit encore on le modifie. »[1419]. L'évaluation sous cette forme a toujours existé et constitue une pratique systématique. Jacques Chevallier explique, qu' « au sens le plus large, toute loi présente en effet les caractères d'une expérimentation »[1420]. En effet, l'élaboration d'une nouvelle loi est, le plus souvent, motivée par le constat de l'insuffisance des législations antérieurement promulguées. Les modifications ainsi apportées traduisent

[1416] *Ibid.*, pp.165-171.

[1417] Sur ce type d'évaluation, on peut notamment se référer à l'article de O.ZDRAVOMYSLOVA-STOYUNINA, « L'usage du droit dans la vie quotidienne en Russie : une analyse comparée d'interviews recueillies à Moscou et Ivanovo », in *Utiliser le droit : variations culturelles*, Droit et cultures n°46, éd. L'Harmattan, 2003, pp.191-204. Et également, dans le même numéro de cette revue, M.ARUTIUNYAN, « « Lutte ou fuite ». Ou comment les gens ordinaires parlent de leur expérience face au droit ou à leurs droits », *ibid.*, pp.205-216. Plusieurs études comparables ont été publiées dans la même revue, « Image et usages du droit chez les gens ordinaires », *Droit et culture* n°43, 2002.

[1418] C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif,* op. cit. p.30.

[1419] C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.353.

[1420] L'auteur explique : « visant à atteindre certains objectifs, à obtenir certains résultats, elle constitue toujours un pari sur l'avenir ; et si les résultats escomptés ne sont pas atteints, elle est éventuellement remise en cause. J.CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », art. cit., p.119.

alors le souci d'adaptation du droit[1421]. Cette forme d'évaluation est alors implicite. Dénuée de toute scientificité, ne renvoyant à aucune démarche préétablie, cette forme d'évaluation est alors uniquement effectuée sur la base de la comparaison avant/ après. Il n'y aura donc pas, comme c'est le cas dans le cadre de l'expérimentation, deux groupes, le groupe test et le groupe témoin. Une telle démarche est problématique dans la mesure où elle ne permet pas de tenir compte des évolutions de la société à de multiples niveaux pendant la durée de l'expérience. De ce fait elle ne répond à aucune exigence de type méthodologique, mais renvoie évidemment à la perception d'un problème qui demeure en dépit de l'existence de lois, jugées de ce fait insuffisantes. L'évaluation ne renvoie donc pas nécessairement à une démarche prévue initialement par la loi. Globalement la démarche d'évaluation renvoie à « l'obligation générale de surveillance de l'exécution des lois (…) qui incombe aussi bien au pouvoir exécutif qu'à un Parlement »[1422]. La pratique de l'évaluation au Parlement s'est considérablement développée ainsi qu'en témoigne la volonté affichée par les parlementaires de pratiquer l'auto-évaluation. Outre les structures parlementaires destinées à l'évaluation (voir *supra*), B.Mathieu relève l'adoption le 18 mai 1990 d'une résolution modifiant l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale destinée à « permettre aux commissions permanentes de confier à leurs membres une mission d'information temporaire portant notamment sur les conditions d'application d'une législation »[1423]. L'évaluation parlementaire de la loi peut également résulter du rapport d'une Commission d'enquête parlementaire. En effet, les enquêtes parlementaires, quelqu'en soit l'objet, conduisent inévitablement à soulever les insuffisances d'une législation donnée et donc à poser la question de l'efficacité de la législation en vigueur. L'exemple de la Commission d'enquête parlementaire sur l'affaire d'Outreau, a conduit les membres de cette commission à dresser un tableau des défaillances du système instauré par la législation en vigueur. Les propositions de cette Commission

[1421] « …pris théoriquement pour durer, on ne compte plus les textes définitifs qui sont rapidement modifiés ou abrogés et qui en fin de compte ne durent pas plus que le temps d'une expérience… », C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », *RDP*, n°2, 1998, p.371. L'auteur ajoute une référence au rapport du Conseil d'État de 1991 : « les modifications en cascade d'un texte, rendant en fin de compte celui-ci illisible. Le Conseil d'Etat, dans son rapport public de 1991, note par exemple qu'en matière de loyer les textes ont été modifiés tous les six mois au cours des dix-sept dernières années et que seize textes législatifs ont modifié le régime de l'audiovisuel depuis 1982…», *ibid*, p.353.

[1422] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.95.

[1423] B.MATHIEU, *La loi*, op. cit. p.126. Pour J.CHEVALLIER, « cette réforme (…) a pour but essentiel d'identifier les difficultés rencontrées dans l'application d'une législation et de proposer des solutions à ces difficultés. Cette procédure est destinée à améliorer l'exécution des lois, non à entraîner leur remise en cause éventuelle ». J.CHEVALLIER, « L'expérimentation législative. Le cas français », art. cit., p.124. Le même auteur note qu'en application de cette procédure, « la Conférence des Présidents a décidé le 16 mai 1990 la création d'une mission d'information de vingt membres, chargée de l'évaluation de la législation concernant le logement et l'urbanisme (rapport Guyard déposé le 23 avril 1991)… », *ibid.,* p.150.

traduisent très concrètement la volonté de remédier à des carences de la loi pour assurer une meilleure efficacité du système judiciaire[1424].

Le Gouvernement peut également être à l'origine d'une évaluation. Dans ces cas, même si la loi n'a pas prévu son évaluation, l'autorité ministérielle va commander un rapport destiné à établir les performances ou les insuffisances de la législation. Ainsi, huit années après son adoption, la loi du 31 mai 1990 visant à mettre en œuvre le droit au logement a fait l'objet d'une évaluation commandée par L.Besson, secrétaire d'État au logement[1425]. Le bilan de cette évaluation a servi à alimenter « la réflexion du gouvernement sur la préparation de la loi d'orientation relative à la lutte contre l'exclusion »[1426]. Il convient de noter que les évaluations décidées par le Gouvernement sont extrêmement hétérogènes. Le gouvernement désireux de procéder à une telle évaluation normative pourra librement décider de faire appel au Conseil national de l'évaluation ou à toute autre autorité qu'il jugera compétente. Les méthodes d'évaluation seront corrélativement variables.

Un autre procédé d'évaluation est apparu ; il s'agit de l'expérimentation législative. L'expérimentation constitue la démarche d'évaluation rétrospective la plus poussée. Néanmoins, l'évaluation peut très bien avoir lieu sans expérimentation : « il y a en France déconnection entre les idées d'évaluation et d'expérimentation »[1427]. Si l'évaluation ne suppose pas nécessairement l'expérimentation, cette dernière inclut par définition l'évaluation.

B/ Les évaluations décidées *a priori* : le procédé des lois expérimentales

Après avoir présenté les principes du procédé de l'expérimentation législative (1), nous pourrons constater l'hétérogénéité de ce procédé dans la pratique (2). Enfin, il conviendra de constater que ce procédé a fait l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle (3).

1) Les principes de l'expérimentation législative

[1424] Rapport n°3125, AN, 6 juin 2006.
[1425] *Promouvoir le droit au logement, Contribution à l'évaluation de la loi du 31 mai 1990*, Ouvrage réalisé à l'initiative de la Direction générale de l'urbanisme, de l'habitat et de la construction du Ministère de l'équipement, des transports et du logement, La documentation française, Paris, 1998.
[1426] *Ibid*.p.5, Avant propos de L.BESSON.
[1427] J.CHEVALLIER, « L'expérimentation législative. Le cas français », art. cit., p.123.

L'expérimentation législative « représente la forme la plus poussée du test législatif. Mais, contrairement à ce dernier, il s'agit d'un acte étatique obligatoire qui contient des règles de droit – à savoir, des normes générales et abstraites. La loi expérimentale est limitée dans le temps et prévoit parfois un champ d'application définitif. Par ailleurs, elle contient un dispositif d'évaluation qui permet de récolter les informations pertinentes quant aux effets qu'elle déploie et d'apprécier l'opportunité de l'édicter de manière définitive »[1428]. Ce procédé normatif « est indiquée lorsque les résultats de l'évaluation prospective se révèlent par trop incertains ». Dans le cadre de l'expérimentation, on fait un essai avant de généraliser la norme[1429]. Elle implique ainsi une phase d'observation[1430] et suppose globalement une méthodologie adaptée au monde du droit[1431]. La valeur ajoutée de cette technique d'évaluation résiderait dans l'existence d'une véritable démarche scientifique puisqu'il s'agira de poser *a priori* des critères pertinents et de fixer un protocole de suivi de l'application de la loi. L'expérimentation constitue le procédé le plus abouti de l'évaluation. Là encore, la notion de lois expérimentales renvoie à des réalités assez diverses.

2) Hétérogénéité des lois expérimentales dans la pratique

Il convient tout d'abord d'isoler le cas des lois présentées comme expérimentales mais qui ne donneront pas lieu à une évaluation. La loi peut mettre en place un système d'évaluation de façade : la loi, adoptée pour une durée limitée, doit faire l'objet d'une évaluation qui n'a jamais lieu. Elle bénéficie alors d'un renouvellement illimité sur la base d'une évaluation fantôme. C. Bergeal cite l'exemple de l'ordonnance du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité, dont le « dispositif « provisoire » a été reconduit de 1982 à 1998 d'année en année. »[1432].

[1428] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.94. Pour Jacques Chevallier, « c'est la conjonction du caractère temporaire et de l'existence d'un engagement d'évaluation qui constitue la spécificité des lois expérimentales ». J.CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », art. cit., p.121.

[1429] C.MAMONTOFF explique : « Dans le système d'expérimentation, il y a un essai avant la généralisation de la norme. De façon inverse, l'expérimentation permet une évaluation a priori, c'est-à-dire avant la généralisation éventuelle du texte. ». « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.353. « L'expérimentation instaure un droit particulier, un droit expérimental, un droit à l'essai… », *ibid.* p.355.

[1430] C.MAMONTOFF, « l'expérimentation est l'épreuve, l'essai effectué pour étudier un phénomène. Parler d'expérimentation c'est faire référence à la connaissance acquise par la pratique de l'observation ». *ibid.,* p.354.

[1431] C.MAMONTOFF explique que « l'expérimentation est en elle-même une méthode de recherche ». Or « il faut poser les bases méthodologiques de l'expérimentation du droit, chaque matière ayant une méthodologie particulière, adaptée à la spécificité de la discipline. », *ibid.*, p.354.

[1432] C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit., p.27, note 1.

En dehors de ce cas, on peut distinguer deux formes d'expérimentation, «d'un côté, la loi expérimentale a une validité limitée dans le temps, d'un autre côté, la loi expérimentée a une validité limitée dans l'espace. »[1433]

Initialement, l'expérimentation est conçue comme l'application d'une nouvelle norme sur l'ensemble du territoire mais pour une durée déterminée. Cette période devra alors permettre de procéder à une évaluation des effets de la loi. Aux Etats-Unis, cette variante de l'expérimentation prend la forme de « Sunset laws » qui « établissent un lien nécessaire entre l'évaluation de la loi et sa survie »[1434]. En France, l'utilisation de ce procédé a été dans un premier temps réservé « à des problèmes politiques délicats »[1435]. Selon Jacques Chevallier, c'est la loi Debré du 31 décembre 1959 sur l'enseignement privé qui constitue le premier exemple d'une expérimentation législative globale. Il s'agissait d'établir un nouveau régime contractuel au bénéfice des Établissements d'enseignements privés pour une durée de 9 ans, de l'évaluer avant de le prolonger. La loi de 1974 relative à l'IVG constitue un exemple de cette forme d'expérimentation[1436]. Cette loi est présentée comme une loi à durée limitée puisqu'elle devait donner lieu à une évaluation de 1975 à 1980 avant d'être prorogée[1437]. D'autres lois expérimentales ont suivi comme la loi du 3 janvier 1979 sur la réforme de la fiscalité locale[1438], la loi du 4 août 1982 dite loi Auroux relative à la liberté des travailleurs dans l'entreprise[1439], la loi du 1er décembre 1988 relative au RMI[1440] et aussi la loi relative à la bioéthique de 1994, qui entrent également dans cette catégorie[1441].

L'expérimentation législative peut aussi conduire à une application de la norme pendant une durée limitée et sur une partie du territoire déterminée. Ce type d'expérimentation est destiné à tester la norme dans un champ géographique limité avant de généraliser ou d'abandonner le dispositif. On peut à cet égard évoquer l'exemple de la loi du 11 octobre 1985 relative à la prise en charge par l'État, les départements et les régions, des dépenses de personnel, de fonctionnement et d'équipement des services placés sous leur

---

[1433] A.VIANDIER, *Recherches de légistique comparée*, op. cit., p.34.
[1434] J.-L.BERGEL, Préface, in C.-A. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales »*, op. cit., p.10.
[1435] C. BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit., p.27.
[1436] On peut également citer la loi du 3 janvier 1979 sur la réforme de la fiscalité locale, la loi du 4 aout 1982 relative au droit d'expression des salariés (dite loi Auroux).
[1437] Évoquant le cas de la loi de 1974 relative à l'IVG, M.ATIAS constate que « la loi sur l'avortement a connu une telle expérimentation entre 1975 et 1980, mais il s'agissait d'un faux-semblant puisque toutes les données qui avaient été considérées en 1975 comme ayant valeur de tests ont été méconnues en 1980… », Cité par A.VIANDIER, *Recherches de légistique comparée*, op. cit. p.34.
[1438] Voir J.CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », art. cit. , p.129.
[1439] *Ibid.*
[1440] *Ibid.*
[1441] Cette loi contient des dispositions à caractère expérimentales. Ainsi les recherches sur l'embryon humain autorisées par la loi du 6 août 2004 l'ont été provisoirement.

autorité n'a été appliquée que dans six départements ». Dans le même sens, La loi n°86-17 a ainsi autorisé une expérimentation en matière de tarification sanitaire et sociale « dans une ou plusieurs régions ». La loi n°90-86 du 23 janvier 1990 a par la suite étendu le dispositif expérimental. D'autres variantes sont possibles comme celle introduite par la loi n°78-11 du 4 janvier 1978 qui permet au gouvernement de tester simultanément sur une période limitée à deux ans deux réglementations différentes[1442].

La loi du 1er décembre 1988 instituant le RMI marque une évolution de l'expérimentation. L'innovation de cette loi résulte du dispositif prévu à son article 52 qui prévoit le dépôt d'un rapport d'évaluation de la loi à l'issu d'une période de quatre ans. La loi du 29 juillet 1992 reconduit le dispositif qui a été enrichi et amélioré grâce à l'évaluation de la loi de 1988. Cette loi constitue un point de départ en matière d'évaluation des lois car il a fallu élaborer pour son application un dispositif d'évaluation. C'est un décret en date du 6 septembre 1989 qui met en place la Commission nationale d'évaluation de la loi du 1er décembre 1988. À cet égard, il convient de remarquer que les procédés d'évaluation des lois expérimentales sont variables puisqu'elles ne renvoient ni à une méthodologie déterminée, ni à une autorité unique d'évaluation (voir *infra,* Section 2).

Si l'évaluation occupe une place croissante dans la sphère de la production normative, « le procédé de l'expérimentation ne semble pas nouveau dans la pratique administrative »[1443]. Le développement plus précoce des méthodes expérimentales au niveau réglementaire s'explique aisément par la plus grande souplesse qu'offre cet échelon normatif. En effet, les expérimentations normatives à l'échelle réglementaire sont « autorisées par décret en Conseil d'État, tout comme les suites qui seront données à ces expérimentations »[1444]. Le développement du procédé concerne au départ, essentiellement le fonctionnement des administrations et des services publics[1445].

Au niveau législatif, les expérimentations bénéficient depuis 2003 d'un statut constitutionnel.

[1442] Ces réglementations concernaient les modalités d'élaboration et d'exécution des budgets des établissements hospitaliers. À la suite de cette expérience, la loi n°83-25 du 19 janvier 1983 adopte le système du budget global.

[1443] CMAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », *RDP* n°2, 1998, p.354. « M. Burdeau fait référence dans ce sens à des expériences inédites ou des innovations avant la première guerre mondiale dont l'objet est l'amélioration de l'efficacité de l'administration au moindre coût ». L'auteur se réfère à G.BURDEAU, *Histoire de l'administration française du 18è au 20è siècle*, Montchrestien, 1989, p.342 et s.

[1444] N.KADA, *Lexique de droit constitutionnel*, Ellipses, 2004, p.49.

[1445] Voir à cet égard la circulaire du 1er min du 23 fev 1989, JO du 24 fev. P.2526. Voir le décret du 23 août 1995 relatif aux modalités d'expérimentation de l'annualisation du service à temps partiel dans la fonction publique hospitalière. La circulaire du 21 novembre 1995 du Premier ministre (JO, 1er décembre 1995, p.17566) prise à titre expérimentale.Voir à cet égard la thèse de Lucie CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006. Voir également, V.POTIER et M.BENCIVENGA, *Évaluation des politiques locales*, Ed. Le moniteur, coll. Guides juridiques, 2005.

3) La reconnaissance constitutionnelle de l'expérimentation législative

La révision constitutionnelle du 17 mars 2003 constitue un tournant en matière d'expérimentation. Le nouvel article 37-1 de la Constitution permet explicitement à la loi de « comporter, pour un objet, une durée limitée, des dispositions à caractère expérimental »[1446]. Le Constituant permet au législateur d'offrir aux collectivités territoriales et à leurs groupements, la possibilité « de déroger, à titre expérimental, et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences »[1447]. B. Mathieu déduit de cette réforme que le constituant a « tiré les conséquences du fait que la loi ne pouvait être toujours la même pour tous (…). L'efficacité l'emporte alors sur le respect de l'égalité abstraite et sur le mythe de la vérité législative à portée générale »[1448]. Ce type d'expérimentation qui permet aux autorités locales de déroger au droit commun en adoptant des dispositifs singuliers avait déjà eu lieu. Ainsi, la loi du 25 juillet 1994 avait-elle autorisé des dérogations par décret aux dispositions de la loi du 26 janvier 1984 relative à l'enseignement supérieur. Ce système organisait ainsi la possibilité d'expérimenter de nouveaux modes d'organisation et d'administration dans les établissements[1449]. Toutefois le Conseil constitutionnel avait censuré l'expérimentation législative permettant de conférer à une collectivité territoriale un pouvoir législatif[1450]. Désormais, l'uniformité n'est plus une règle indérogeable et l'expérimentation a acquis une dimension constitutionnelle.

[1446] L'article 37-1 dispose en effet que « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limitée, des dispositions à caractère expérimental ». Corrélativement, il a été ajouté un quatrième alinéa à l'article 72 qui dispose : « dans les conditions prévues par une loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leur groupement peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger à titre expérimental et pour un objet et une durée limitée, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ».

[1447] N.KADA, *Lexique de droit constitutionnel*, Ellipses, 2004, pp.48-49. « Une évaluation émanant du Gouvernement devrait avoir lieu avant le terme de l'expérimentation, en se penchant notamment sur le coût et la qualité des services rendus aux usagers, l'organisation des collectivités territoriales et des services de l'État et la dimension financière de l'expérimentation. Avant que l'expérimentation s'achève, le législateur peut prolonger ou modifier l'expérimentation pour une durée qui ne peut excéder trois ans, maintenir et généraliser les mesures prises à titre expérimental ou abandonner l'expérimentation. », *ibid.* p.49.

[1448] B.MATHIEU, *La loi*, op. cit., p.129. Le même auteur estime que le constituant a tiré les conséquences du fait que la loi « ne pouvait en certain domaine prétendre fixer dans la durée des règles générales dans une société de plus en plus complexe et évolutive, marquée par l'éclatement des groupes qui la composent. », ibid.

[1449] Dans le même sens, deux ordonnances du 24 avril 1996, n°96-345 et n°96-346 permettaient pendant une période limitée à cinq années, de déroger au Code de la sécurité sociale et de la santé publique.

[1450] Voir la décision 2001-454 DC du 17 janvier 2002. Voir l'article de T.GRÜNDLER, « La République, une et indivisible ? », *RDP*, n°2, 2007, pp.445-478.

Malgré le développement dans la pratique et cette reconnaissance constitutionnelle, il est frappant de constater que l'émergence des lois expérimentales n'a pas suscité un grand intérêt dans la doctrine. Peu d'ouvrages relatifs au contentieux constitutionnel comportent dans leur index une entrée « loi expérimentale » ou « expérimentation »[1451].

Le développement de la pratique d'évaluation des lois permet de constater qu'elle recouvre des réalités très différentes. Il y aurait alors deux grands modèles d'évaluation : l'évaluation chaotique (l'évaluation sans méthode) et l'évaluation scientifique (qui suppose une méthodologie adaptée, qu'elle soit décidée *a priori* ou *a posteriori*). Entre ces deux pôles, il y a tout un dégradé de types d'évaluations envisageables. Enfin, si l'utilité potentielle de ce procédé a été largement soulignée dans cette section, il convient de souligner les limites et les dangers que présente cette pratique.

La question qu'il convient de se poser eu égard à notre sujet concerne l'attitude jurisprudentielle du Conseil constitutionnel face au développement du phénomène d'évaluation. À cet égard, dans la mesure où le Conseil exerce un contrôle *a priori*, il ne sera susceptible de contrôler que les lois expérimentales.

[1451] L'ouvrage de MM.MATHIEU et VERPEAUX comporte une entrée « loi expérimentale » dans son index. *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p.772. Par contre, une telle référence est absente de l'ouvrage de MM.FAVOREU et PHILIP, *Les GDCC*, et de celui de D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Domat droit public, 6ème éd. L'entrée « expérimentation législative » ou « loi expérimentale » est absente dans le *Dictionnaire du droit constitutionnel* de M. de VILLIERS, Armand Colin, 5ème éd. et de celui de MM.O.DUHAMEL et Y.MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992. On trouve une entrée « expérimentation » dans le *lexique de droit constitutionnel* de M.N.KADA, Ellipses, 2004, pp.48-49 ; dans celui de P.AVRIL et J.GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 2003, p.52. Dans ces deux derniers ouvrages, l'expérimentation est présentée sous le prisme de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003.

Section 2 L'expérimentation législative : une pratique sous contrôle

Si l'évaluation présente des avantages qui expliquent l'intérêt que les décideurs ont pu lui porter ces dernières années, le procédé d'évaluation pose néanmoins de nombreuses questions : Qui procédera à l'évaluation ? Quelles seront les modalités de l'expérimentation ? Selon quels critères pourra-t-on mesurer l'efficacité d'une loi ? Quelles garanties d'objectivité offrent les évaluations législatives ? L'évaluation ne risque-t-elle pas d'être instrumentalisée par les décideurs ? Si l'utilité de l'évaluation paraît évidente, l'utilisation de ce procédé doit ainsi être questionnée au regard des limites et des dangers qu'elle présente en termes de respect des principes, droits et libertés de valeur constitutionnelle. La question se pose alors de savoir quelle influence le Conseil constitutionnel pourra exercer à cet égard. En matière d'évaluation rétrospective, les pouvoirs du Conseil constitutionnel sont *a priori* inexistants. En effet, l'évaluation a lieu postérieurement à l'application de la loi alors que le Conseil constitutionnel exerce exclusivement un contrôle *a priori*. Néanmoins, sous sa forme la plus élaborée, lorsqu'elle renvoie à l'expérimentation législative, l'évaluation, dans son principe et ses modalités, est décidée *a priori* par la loi. C'est à ce niveau que le Conseil constitutionnel se trouvera en mesure d'exercer son influence. L'émergence de l'évaluation législative dans le cadre du contentieux constitutionnel est ainsi consécutive à l'initiative du législateur de soumettre sa production normative à des critères d'efficacité. Ainsi, le contrôle du Conseil constitutionnel sur l'évaluation n'est possible que lorsqu'elle est décidée *a priori* par le législateur. Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les méthodes de l'évaluation emprunte deux voies différentes : il s'agira très classiquement pour le Conseil de vérifier que les modalités de l'expérimentation ne portent pas atteinte à des exigences constitutionnelles. Ce faisant, son contrôle se situera dans le cadre de l'exigence d'effectivité de la Constitution. Néanmoins, les expérimentations décidées par le législateur vont ouvrir une brèche permettant au Conseil constitutionnel de s'immiscer dans le contrôle des modalités de l'expérimentation et partant de fonder son appréciation au regard de l'exigence d'efficacité de la législation.

En s'attachant à contenir les dangers de l'expérimentation législative, le contrôle des lois expérimentales exercé par le Conseil constitutionnel s'inscrit globalement dans le cadre de l'exigence de l'effectivité de la Constitution (§1). Néanmoins, sa jurisprudence traduit une immixtion dans les choix des modalités de l'expérimentation et semble s'inscrire timidement dans le cadre de l'exigence d'efficacité de la législation (§2).

§1 Le contrôle du Conseil constitutionnel face aux dangers des expérimentations

La décision du législateur de soumettre sa législation à une évaluation dans le cadre d'une expérimentation normative offre au Conseil constitutionnel la possibilité d'exercer son contrôle. Le Conseil pourra alors s'attacher à vérifier que les modalités retenues ne sont pas contraires aux principes constitutionnels. L'exigence d'efficacité se voit alors imposer une limite tenant au respect de la Constitution. Or, l'expérimentation présente dans son principe même des risques de violation de certains principes constitutionnels. En effet deux éléments caractérisent le droit expérimental : « il est un droit applicable à un échantillon et à un champ expérimental » et « il est un droit à durée déterminée »[1452]. L'expérimentation affecte les caractères idéaux de la norme et n'est pas sans présenter des risques de violation de certains principes constitutionnels. Les manifestations du Conseil constitutionnel en matière d'expérimentation traduisent une méfiance manifeste à l'égard de ce procédé potentiellement attentatoire aux principes, droits et libertés de valeur constitutionnelle. Si le Conseil constitutionnel ne s'oppose pas par principe aux expérimentations[1453], il manifeste à leur égard une certaine méfiance[1454].

Celle-ci se traduit par l'exercice d'un contrôle sourcilleux (B) destiné à faire face aux dangers que présente, par nature, ce type de législation (A).

A/ Les dangers de l'expérimentation : le double visage d'une pratique normative

Parce que l'expérimentation affecte les caractères idéaux de la norme[1455], elle est susceptible de porter atteinte à des valeurs fondamentales[1456]. Il n'est pas inutile de constater que ces risques étaient présents à l'esprit du constituant au moment de la révision du 28 mars 2003, qui a fixé aux expérimentations une limite tenant aux « conditions essentielles

[1452] C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », *RDP* n°2, 1998, p.355.

[1453] Le Conseil constitutionnel considère « …qu'il est même loisible au législateur de prévoir la possibilité d'expériences comportant des dérogations… de nature à lui permettre d'adopter par la suite, au vu des résultats de celles-ci, des règles nouvelles… ».Voir la décision 93-322 DC du 28 juillet 1993, Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

[1454] « Le Conseil constitutionnel admet le principe des règles à caractère expérimental, mais avec une certaine prudence. », C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.361.

[1455] Selon Jacques Chevallier, « l'expérimentation législative porte atteinte à la conception traditionnelle de la loi, fondée sur les idées de généralité et de stabilité… ». J.CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », art. cit., p.122.

[1456] B.Mathieu constate ainsi que « si l'évaluation législative est une nécessité, l'engouement pour ces techniques nouvelles ne doit pas faire oublier qu'elles représentent également une menace pour la loi. On relèvera seulement, et à titre d'exemple que la loi expérimentale peut conduire à une dévaluation globale de la norme législative et créer un climat d'insécurité juridique. Par ailleurs, la soumission de la décision politique à des méthodes scientifiques ne produit pas toujours les effets attendus ». B.MATHIEU, *La loi*, op. cit., p. 129.

d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti »[1457]. On peut ainsi constater que l'expérimentation se caractérise pas ses deux facettes littéralement opposées. L'expérimentation présente des risques liés à l'insécurité juridique et au respect du principe d'égalité en portant atteinte au caractère stable de la norme et à son caractère général (1). Dans le même temps, l'expérimentation est justifiée par le souci d'une plus grande stabilité du droit et d'une meilleure sécurité juridique (2).

1) L'expérimentation législative ou les risques d'instabilité et d'inégalité

Alors que la loi est idéalement définie comme un acte général s'appliquant à tous et caractérisé par sa stabilité, l'expérimentation fait de la loi un acte pouvant s'appliquer à un échantillon de citoyens et dont la durée est limitée.

Cette pratique porte donc par principe atteinte à la stabilité du droit. L'expérimentation fait de la loi un acte juridique « à durée déterminée »[1458]. Dans notre tradition constitutionnelle, « la loi s'inscrit dans la durée et dans la permanence car elle est censée être la traduction des principes « immuables » qui imposent sa stabilité »[1459]. Dans le cadre d'une expérimentation, la loi sera mise en vigueur durant une période test qui permettra d'évaluer ses effets[1460]. À l'issue de cette période, la loi sera maintenue, modifiée ou abandonnée. Dans son principe même, l'expérimentation suppose donc une certaine instabilité de la norme. Elle consacre la « précarité normative » et l'incertitude relative aux effets de la norme[1461]. Or, le

---

[1457] Voir l'article 72 de la Constitution.

[1458] C.MAMONTOFF explique : « La loi s'inscrit dans la durée et dans la permanence car elle est censée être la traduction des principes « immuables » qui imposent sa stabilité. La loi est l'incarnation de la raison universelle (...). Avec l'expérimentation, cette conception prend un sérieux coup, puisque non seulement la norme expérimentale est à l'origine d'un texte à durée déterminée, d'application limitée, mais de plus la norme définitive est le fruit du résultat du test sur un échantillon et constitue de ce fait un aveu d'ignorance de la part de ceux qui font la règle. », C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.371.

[1459] C. MAMONTOFF, *ibid.,*p.371

[1460] C.MAMONTOFF cite à cet égard « La loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, expérimentale, était provisoire – elle fut prise initialement pour cinq ans…(il faut d'ailleurs noter que ce caractère particulier de durée de validité déterminée d'un texte en raison d'un essai, fut accueilli comme étant un fait exceptionnel dans l'histoire constitutionnelle française) (cite AN, rapport J.Delaneau n°1308, 1979-1980, p.8)». Ce texte est une législation d'exception, une législation provisoire, qui doit s'éteindre d'elle-même dans un délai maximum de huit ans (cite AN, avis présenté par R. Salles, n°2502, 1996, p.22 et s., ibid. p.358.) Loi du 10 avril 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information. Les travaux préparatoires « qui font clairement état qu'il s'agit là d'un droit expérimental, exceptionnel, réservé à un petit nombre, avec un régime de licence expérimentale, d'application limitée dans le temps », *ibid.* p359. Loi référendaire du 8 novembre 1988 portant disposition statutaire et préparatoire à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie. Essai de 10 ans à l'issu duquel il est prévu que les populations décideront du sort de leur territoire.

[1461] Selon C-A.Morand, ces lois qui s'inscrivent « dans un contexte d'incertitude structurelle sur la réalisation de grands principes constitutionnels qui sont censés guider l'action de l'État constituent donc un danger latent pour les libertés qui ne peut être surmonté que grâce à l'analyse constante de leurs effets et à une adaptabilité de tous

critère de stabilité qui caractérise l'idéal législatif est lié à la sécurité juridique des citoyens qui peuvent d'autant plus aisément connaître le droit applicable que celui-ci est stable[1462].

En outre, en perdant son caractère de règle générale, la loi expérimentale porte potentiellement atteinte au principe d'égalité. Alors que l'idéal législatif renvoie à une norme caractérisée par sa généralité, s'appliquant à tous, indistinctement et uniformément, la loi expérimentale peut être caractérisée par un champ d'application limité[1463]. Carré de Malberg rend compte de cette tradition idéale en expliquant que la loi est couramment définie par la doctrine comme un acte s'appliquant « à tous les cas et à toutes les personnes entrant dans les prévisions abstraites des textes régulateurs »[1464]. Or, les caractères de généralité et d'abstraction de la loi ne se fondent pas uniquement sur une exigence formelle mais principalement sur une exigence touchant au fond. Le principe d'égalité et le principe d'indivisibilité de la République se rattachent directement à cette conception idéale de la loi. Le principe posé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« la loi est la même pour tous ») se trouve ainsi relativisé par cette pratique : « L'expérimentation du droit pose juridiquement le problème de l'atteinte au principe d'égalité puisque par définition l'essai implique la création d'un régime juridique d'exception applicable à un groupe restreint sur un territoire limité »[1465]. C'est la limitation de l'expérience à un échantillon de personnes

---

instants ». C-A.MORAND, « L'obligation d'évaluer les effets des lois », in C-A. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993, p111.

[1462] A.-L.Valembois considère à cet égard que « la rigueur dont témoigne le juge constitutionnel à l'égard de ces lois semble notamment s'expliquer par le fait qu'elles représentent certains dangers pour la sécurité juridique. Elles sont en effet instables par nature(…). L'encadrement constitutionnel des lois expérimentales répond donc incidemment au souci de préserver la sécurité juridique et par delà, les autres droits et libertés ». A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 122, p. 274-275.

[1463] C.MAMONTOFF évoque à cet égard le droit de la fonction publique qui offre plusieurs illustrations d'expérimentation normative caractérisée par « une application limitée » : « Ainsi, la loi du 19 juin 1970 instaure l'expérimentation de l'activité professionnelle à mi-temps… l'échantillon fut particulièrement restreint : il s'agissait des fonctionnaires titulaires en position d'activité ou de détachement, à l'exclusion des non titulaires, remplissant par ailleurs des conditions supplémentaires, à caractère social (élever un ou plusieurs enfants de moins de douze ans, soigner un conjoint, un enfant, etc.). Quant au champ expérimental ou espace géographique du test, il était constitué de certaines administrations seulement. ». « Réflexion sur l'expérimentation du droit » art. cit. p.356. Voir également la loi du 23 décembre 1980 relative au travail à temps partiel dans la fonction publique et celle du 25 juillet 1994 relative à l'organisation du temps de travail, aux recrutements et mutations dans la fonction publique. En dehors de la fonction publique, on peut se référer à la loi quinquennale du 20 décembre 1993 dont l'article 5 institue le chèque service, à la loi de programme relative à la justice de Fev. 1995 et à la loi de programme pour l'emploi (article 79), à la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et l'entreprise individuelle.

[1464] CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, p.4. Pourtant l'auteur part de ce constat pour constater le décalage avec la réalité du droit positif. *Ibid.*

[1465] C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit. p.361. « le droit expérimental annoncé comme tel crée en principe un droit dérogatoire, qui cohabite dans l'Etat avec un texte de droit commun qui n'est pas abrogé, instituant de ce fait deux régimes juridiques différents applicables au même type de situation. » (…) « à un moment donné, un même type de situation pourra relever d'un droit ou d'un autre selon qu'il relève du cadre dérogatoire ou du cadre de droit commun », C.MAMONTOFF, *ibid.* p.355.

ou à un territoire restreint qui pose évidemment le plus de problèmes[1466] : « … toute procédure expérimentale ou dérogatoire pose par définition un problème de compatibilité avec le principe d'égalité des citoyens devant la loi (…). On comprend en effet qu'une règle qui, sans justifier d'aucune circonstance particulière ni fixer aucune limite, ne s'appliquerait pas de manière égale à l'ensemble des citoyens, serait, par construction, contraire au principe d'égalité »[1467].

Le procédé de l'expérimentation heurte ainsi de front les canons de l'idéal législatif classique[1468]. Paradoxalement, la pratique de l'expérimentation législative est justifiée par la nécessité de rapprocher la législation contemporaine de cet idéal classique. En effet, l'expérimentation est destinée *in fine* à assurer la stabilité de la norme et à garantir la sécurité juridique du citoyen.

2) L'expérimentation vecteur de stabilité et de sécurité juridique

Nous pourrons constater que l'expérimentation législative vise à garantir une plus grande stabilité des lois et également à assurer une meilleure sécurité juridique des sujets de droit.

Parce qu'elle permet de constater les défaillances éventuelles (ou effets pervers) de la législation, l'évaluation conduit théoriquement à une amélioration continue de la qualité de la norme. En effet, cette pratique permet de rendre compte des effets négatifs[1469] d'une législation et constitue ainsi un ressort qui permettra d'ajuster la norme au regard de ses effets constatés sur la réalité. Si l'évaluation suppose une remise en question des lois et donc leur

---

[1466] Si le Conseil constitutionnel admet le principe des expérimentations, il admet dans le même temps que celles-là ne conduisent pas systématiquement à une violation du principe d'égalité. Il rejoint à cet égard la position du Conseil d'État. C.MAMONTOFF explique : « le Conseil d'État établit la légalité de l'arrêté du ministre de PTT dont l'article premier instaurait à titre expérimental pour une période de deux ans la commercialisation des codes d'accès aux services « Teletel »… L'expérimentation avait pour échantillon les sujets qui demandaient à accéder aux nouveaux services et créaient deux groupes d'usagers. Le juge décide que « cette disposition n'est pas de nature à porter atteinte au principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques dès lors que ces bénéficiaires se trouvaient dans une situation différente de celle des nouveaux utilisateurs » (CE 27 janvier 1989, Alain Meyet). « Autrement dit, pour le juge administratif, l'expérimentation qui crée par définition deux groupes ne porte pas atteinte au principe d'égalité lorsque les bénéficiaires sont objectivement dans des situations différentes ». *Ibid.,* p.363.

[1467] *Le principe d'égalité*, Rapport public 1996 du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 1998, pp.47-48.

[1468] « L'idée de droit expérimental a longtemps paru incongrue. L'assimilation de la loi à l'intérêt général et la correspondance de celui-ci à l'unité du peuple interdisait que la loi ne fût pas universelle et immédiate ». *Le principe d'égalité*, Rapport public 1996 du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 1998, p.47.

[1469] « Elle peut éviter la généralisation d'erreurs à l'ensemble du pays ; de ce fait, elle peut apparaître d'ailleurs comme étant d'intérêt général ». C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.365.

adaptation, elle est supposée induire une plus grande stabilité des lois[1470]. À cet égard, dans son rapport public de 1996, le Conseil d'État évoque le cas de la loi du 10 avril 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information[1471]. Les auteurs expliquent que « plutôt que de modifier une fois encore la loi du 30 septembre 1986 qui avait déjà été modifiée dix fois en dix ans », le législateur a préféré recourir à l'expérimentation en matière de réseaux et de nouvelles techniques de câblage[1472]. Le recours à l'expérimentation est ainsi présenté comme étant destiné d'une part à assumer le caractère provisoire des normes et d'autre part à permettre leur adaptation progressive afin de construire les bases de sa stabilité.

En outre, lorsqu'il s'agit d'évaluer la loi à partir d'une expérimentation, l'intérêt de la démarche consiste à tester la loi et les innovations qu'elle comporte dans un champ restreint avant de généraliser[1473]. L'expérimentation agit alors comme un « filet de protection »[1474] : « la prudence face aux effets indéterminés d'une modification de la règle de droit incite à expérimenter, en amont de la loi, une solution sur une échelle modeste avant de la généraliser. (…) Il peut donc être sage, avant de généraliser une réforme à toute la population, de s'assurer par une expérience restreinte, que toutes les données d'un problème et toutes les conséquences d'une réforme ont bien été prises en compte. L'expérimentation permet d'ajuster le droit à la réalité complexe des faits et, partant, de mieux le faire accepter »[1475].

Lorsque l'expérimentation limite la durée d'application de la loi à une période test, elle sera en principe destinée à remettre en cause une mesure dont les effets n'auront pas démontré leur efficacité mais également à écarter les dispositions qui auraient révélé des effets pervers. L'expérimentation est par définition destinée à tester des mesures inédites dont on ne cerne pas *a priori* tous les effets potentiels. Cette présentation idyllique peut encore une

---

[1470] « Et l'expérimentation permettra certainement que les textes définitifs aient une durée d'application plus longue puisque l'expérimentation implique qu'ils aient fait préalablement leurs preuves. En effet, pris théoriquement pour durer, on ne compte plus les textes définitifs qui sont rapidement modifiés ou abrogés et qui en fin de compte ne durent pas plus que le temps d'une expérience, problème abordé par le Conseil d'Etat dans son rapport de 1991, dans lequel sont vivement critiqués la fréquence des changements des textes, le raccourcissement de la durée de vie des lois, la précarité croissante de la règle, devenue » lois jetable » à chaque saison. » *Ibid.*, p.371.

[1471] Loi n°96-299 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information.

[1472] Rapport public 1996 du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 1998, p.49.

[1473] « Plus le droit est innovant – transformant de ce fait profondément le droit existant – plus on a intérêt à avoir recours à l'expérimentation, car il s'agit là d'une mesure de prudence », C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.365.

[1474] Selon l'expression d'A.VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse précitée, p.138.

[1475] *Le principe d'égalité*, Rapport public 1996 du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 1998, p.47.

fois être renversée. En effet, le caractère « innovant »[1476] de certaines mesures envisagées peut aussi constituer un euphémisme pour définir des dispositions marquées du sceau de l'incertitude quant au respect des droits et des libertés fondamentaux. Cette limitation de durée peut ainsi être destinée à faire passer une mesure sensible[1477], voire éthiquement contestée par une partie de l'opinion publique[1478], en prétextant de sa précarité. M.Atias constate en ce sens que « l'expérimentation est utilisée pour rendre moins apparents les problèmes cruciaux, notamment les problèmes de conscience… » et de conclure, « l'expérimentation n'est qu'un procédé pour faire accepter ce qui est d'abord refuser »[1479]. Encore une fois, on retrouve les deux visages de l'expérimentation.

Parce que l'expérimentation présente des avantages, le Conseil constitutionnel en admet l'utilisation. Néanmoins, compte tenu des risques présentés par ce procédé il exerce sur les lois expérimentales un contrôle sourcilleux.

B/ Le contrôle sourcilleux du Conseil constitutionnel

Contrairement à d'autres juges constitutionnels[1480], et en dépit de l'utilité que peut présenter l'évaluation des lois, le Conseil constitutionnel n'est pas en mesure d'exiger du législateur qu'il procède à une évaluation des lois qu'il produit. L'attitude du Conseil constitutionnel face aux expérimentations peut être caractérisée par les silences dans sa jurisprudence. On peut déduire de ces silences une position en creux : il tolère sans enthousiasme. Dans sa décision 93-322 DC[1481], le Conseil constitutionnel avait admis le principe d'une évaluation rétrospective en considérant qu' « il est loisible au législateur de

---

[1476] Pour J.Chevallier, « les lois expérimentales sont donc utilisées pour le moment en France dans le cadre d'une stratégie d'innovation : elles visent à surmonter les difficultés techniques et à emporter l'adhésion de ceux qui s'opposent au changement ; l'expérimentation sert à faciliter le recours à une méthode progressive, d'inspiration « incrémentale » ». J.CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », art. cit., p.142.

[1477] L'utilisation de ce procédé a été dans un premier temps réservé « à des problèmes politiques délicats ». C. BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit., p.27.

[1478] On pense ici au projet de loi « Hortefeux » relative à la maîtrise de l'immigration actuellement discutée au Parlement et qui prévoit, de manière expérimentale, la pratique de test ADN pour justifier de la filiation dans le cadre du regroupement familial. Voir à cet égard l'analyse de Jean-Yves NAU, « L'ADN, la biologie et l'éthique », *Le Monde*, Mercredi 3 octobre, p.2.

[1479] Rapport de M.ATIAS, cité par A.VIANDIER, *Recherches de légistique comparée*, op. cit., p.34.

[1480] C.-A.MORAND évoque à cet égard le cas de la Cour constitutionnelle allemande. Cette dernière se montre plus intrusive que son homologue français puisqu'elle a été amenée à exiger du législateur qu'il procède à une observation constante des effets produits par la loi et précisant qu'il devra alors « la réviser si l'évaluation rétrospective des effets révèle que des valeurs constitutionnelles sont mises en dangers. ». La doctrine évoque à cet égard « une obligation d'observation et de correction ». La Cour « précise même les méthodes qu'il doit utiliser. Le législateur doit réunir et exploiter les données nécessaires à l'évaluation des effets produits par la loi », « Élément de légistique formelle et matérielle », art. cit. p.36 et 42.

[1481] Décision 93-322 DC du 28 juillet 1993. *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.* Recueil, p. 204

prévoir la possibilité d'expérimentation comportant des dérogations aux règles qu'il définit, de nature à lui permettre d'adopter, par la suite, au vu des résultats de celle-ci, des règles nouvelles »[1482]. Néanmoins, s'il est « loisible » au législateur de procéder à de telles expérimentations, celles-ci ne répondent à aucun impératif constitutionnel et ne répondent pas non plus à la satisfaction d'un objectif de valeur constitutionnelle lié à l'exigence d'efficacité de la législation. Le Conseil constitutionnel dispose néanmoins des moyens de s'assurer que l'évaluation décidée par le législateur ne porte pas atteinte à des principes de valeur constitutionnelle. Compte tenu des risques présentés par les lois expérimentales en termes de violation des droits, le Conseil constitutionnel va exercer un contrôle sourcilleux[1483] en posant les conditions juridiques à l'expérimentation législative : « un encadrement de l'expérimentation du droit est donc nécessaire et celui-ci a été fixé, sur le plan constitutionnel… »[1484]. C'est donc « sous réserve du respect de certaines conditions »[1485] que le Conseil constitutionnel admet le principe de l'expérimentation[1486]. En l'occurrence, il est intéressant de constater que les moyens contentieux mobilisés par le Conseil constitutionnel (1) et les qualités qu'ils sous-tendent (2) sont relativement classiques, mais que leur utilisation traduit globalement un niveau d'exigence accru ou une vigilance particulière du Conseil constitutionnel.

1) Les moyens contentieux mobilisés : L'incompétence négative et les réserves d'interprétation

L'incompétence négative et les réserves d'interprétation sont les deux techniques principales utilisées par le Conseil dans le cadre du contrôle des lois expérimentales. Elles sont particulièrement adaptées aux risques que présentent ces lois.

Comme le remarque le Conseil d'État dans son rapport de 1996, « le Conseil constitutionnel fixe ainsi des exigences dont l'inobservation exposerait le législateur au grief

---

[1482] Sur cette décision, voir les notes de X.PHILIPPE, *RFDC*, 1993, p.830 et s. et de M.VERPEAUX, *LPA* n°27, 1994.

[1483] A-L.Valembois évoque s'agissant des lois expérimentales « la rigueur dont témoigne le juge constitutionnel… ». A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 122, p.274.

[1484] Rapport public 1996 du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 1998, p. 48.

[1485] C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.361. « Pour le Conseil constitutionnel il s'agit du respect du caractère explicite de l'expérimentation, de la réalisation d'un bilan et de la limitation dans le temps de l'expérimentation », *ibid.*, p.361.

[1486] Dans sa décision 93-322 DC, le Conseil constitutionnel avait estimé qu' « il est loisible au législateur de prévoir la possibilité d'expérimentation comportant des dérogations aux règles qu'il définit, de nature à lui permettre d'adopter, par la suite, au vu des résultats de celle-ci, des règles nouvelles ».

d'incompétence négative »[1487]. Tel est le cas de la décision 93-322 DC dans laquelle il censure le législateur qui avait prévu des expérimentations sans les avoir « assorties, quant à leur contenu, d'aucune précision ni d'aucune limite »[1488].

Ce contrôle peut classiquement conduire à la censure[1489] ou à l'émission de réserves d'interprétation[1490]. En effet, les réserves d'interprétation sont « assimilables à des verrous de sécurité que fixe le Conseil »[1491] pour éviter tout détournement de l'expérience conduisant à la violation de principes de valeur constitutionnelle : « Le seul rôle opportun – et nécessaire – qui lui incombe est de prévoir les garanties qui permettent à l'expérience de se réaliser dans des conditions de sécurité minimale »[1492]. A.Viala remarque à cet égard que les lois expérimentales font partie de celles suscitant chez le Conseil constitutionnel « une forte production de réserves interprétatives »[1493]. En outre, selon le même auteur, les réserves émises par le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle de ces lois expérimentales offrent des perspectives très intéressantes au regard du contrôle à « double détente ». En effet, le Conseil constitutionnel est en mesure d'émettre des réserves dans un premier temps sur la loi décidant l'expérimentation. Dans un second temps et dès lors que le législateur décide de généraliser le test, le Conseil constitutionnel se trouve en position de vérifier, les effets de l'expérimentation et le respect de ses réserves interprétatives[1494].

Ces deux moyens contentieux sont mobilisés par le Conseil constitutionnel afin de soutenir des qualités de clarté et de précision. Les exigences du juge constitutionnel seront alors particulièrement accrues.

[1487] Rapport public 1996 du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 1998, p. 48.
[1488] Décision 93-322 précitée.
[1489] *Ibid.*
[1490] Sur le contrôle de constitutionnalité de la législation expérimentale, voir la thèse de VIALA, thèse précitée, pp.138-142.
[1491] A.VIALA, Thèse précitée, p. 140.
[1492] Pour A.VIALA, « Ces garanties sont formulées dans les réserves. », Thèse précitée, p.140.
[1493] A.VIALA, Thèse précitée, p.140.
[1494] « il est possible d'imaginer que l'utilité des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel destinées à servir de référence au contrôle ultérieur de cette application : lorsque le Parlement entérinera la réforme expérimentée une première fois ou adoptera des règles nouvelles et complémentaires au terme de la durée d'expérimentation et après une évaluation des pratiques qui en seront résultées, il pourra aisément le faire à la lumière des réserves d'interprétation en retenant les exemples d'application qui auront été conformes à ces dernières. Le Conseil aura lui-même l'occasion, s'il est à nouveau saisi, de contrôler la fidélité aux enseignements professés par ses réserves d'interprétation, tant des acteurs sociaux que du Parlement réinvesti pour confirmer ou modifier l'expérience. Refermant la boucle d'un contrôle de constitutionnalité « à double détente » rendu sur une réforme expérimentale, le Conseil aura ainsi enrichi son contrôle en ayant dans un premier temps posé, par ses réserves, les jalons d'un contrôle de constitutionnalité des conditions d'application d'une loi, qui compte tenu de la phase de vérification impartie au Parlement, pourra être effectué à nouveau de façon a posteriori… », A.VIALA, Thèse précitée, p.140.

2) Les qualités exigées : La précision et la clarté

Les exigences imposées par le Conseil constitutionnel aux expérimentations législatives renvoient principalement à la clarté et à la précision. Ces deux qualités formelles sont consubstantiellement liées à la notion de garantie puisqu'il s'agira de vérifier que le législateur a suffisamment encadré les pouvoirs des autorités d'application. C'est le degré de précision qui permet de caractériser ou non une incompétence négative[1495]. Le surcroît de texte imposé par le Conseil constitutionnel est en effet destiné à offrir un complément de garantie en encadrant davantage l'expérimentation législative. Les mêmes logiques sont à l'œuvre s'agissant des réserves d'interprétation (voir *supra*).

Dans la décision 93-322 DC le Conseil constitutionnel pose des conditions assez restrictives s'imposant au législateur lorsqu'il souhaite procéder à des expérimentations[1496]. Ainsi, le juge constitutionnel exige qu'il incombe au législateur « de définir précisément la nature et la portée de ces expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises… ». En l'espèce, le Conseil constitutionnel a considéré que « la marge de manœuvre laissée au pouvoir réglementaire et aux établissements publics était trop large »[1497]. Les exigences de précision quant à la nature et la portée de l'expérience ne sont pas sans rappeler les exigences classiques qu'il impose à toute loi. Mais il faut ici constater qu'elles sont d'autant plus impérieuses dans le cas d'une loi expérimentale : « En effet, une possibilité d'expérimentation trop floue pourrait donner lieu à des abus, voire à un certain arbitraire. Et il est clair que le juge constitutionnel encadre étroitement et progressivement l'expérience juridique, dans le but de prévenir des dérapages »[1498]. Bien que les mêmes qualités soient exigées de manière générale par le Conseil constitutionnel, le caractère expérimental et donc incertain de la loi ne fait qu'accroître sa vigilance.

En dépit de cette vigilance particulière, la question s'est posée de savoir si « le caractère expérimental d'une loi lui permettrait de déroger à la Constitution »[1499]. En admettant le principe des expérimentations législatives, le Conseil constitutionnel autorise une

---

[1495] *A contrario*, le Conseil ne censurera pas l'expérimentation législative dans sa décision 93-333 DC en raison des précisions suffisantes de la loi. Décision 93-333 DC du 21 janvier 1994. *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 32. Dans ce sens voir également la décision 96-383 DC.

[1496] Sur cette décision, voir les notes de X.PHILIPPE, *RFDC*, 1993, p.830 et s. et de M.VERPEAUX, *LPA* n°27, 1994.

[1497] B.MATHIEU et M.VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p.638.

[1498] C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit. p.362.

[1499] B.MATHIEU et M.VERPEAUX émettent des « réserves » face à cette idée, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p.638.

dérogation au droit commun, dès lors que les conditions sont précisément fixées par la loi et que la durée en est limitée. Tel est le sens de la décision 96-383 DC[1500] dans laquelle le Conseil constitutionnel autorise une dérogation aux règles fixant les rapports entre la loi et les conventions collectives[1501]. Cette décision montre que le Conseil constitutionnel reconnaît l'intérêt de l'expérimentation pour assurer la qualité de la norme puisque cet avantage permet de justifier une dérogation à l'article 34 de la Constitution. Selon le Conseil, « eu égard à ses conséquences sur le champ d'application des procédures de conclusion d'accords collectifs de travail, (cette détermination) relève en principe de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution en matière de principes fondamentaux du droit du travail ». Néanmoins, il admet ce procédé « dès lors que la latitude laissée aux acteurs de la négociation collective devrait permettre (au Parlement) d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation et d'une évaluation des pratiques qui en sont résultées »[1502]. Pourtant, si le juge admet que la loi expérimentale déroge à l'article 34 de la Constitution, il s'attache à maintenir une position de principe en veillant à ce que certaines règles soient respectées par le législateur. C'est le cas du principe d'égalité puisque c'est précisément à dessein d'éviter toute atteinte potentielle à ce principe que le Conseil constitutionnel va poser ces exigences aux lois expérimentales. Le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision 2004-503 DC[1503] que la loi devait respecter le principe d'égalité et de manière générale les exigences de valeur constitutionnelle.

Il convient d'ajouter que le contrôle du Conseil constitutionnel s'exerce sur les expérimentations qu'elles soient explicites[1504] ou implicites[1505]. Peu importe que

---

[1500] Décision 96-383 DC du 6 novembre 1996. *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*. Recueil, p. 128.

[1501] Le I de l'article 6 de la loi déférée, prévoyait la négociation et la conclusion d'accord de branche entre partenaires sociaux avant le 31 octobre 1998 et pour une durée n'excédant pas trois ans. En outre la loi prévoyait l'évaluation de l'expérience en précisant que le Gouvernement présenterait au Parlement, avant le 31 décembre 1998 un rapport sur l'application de cet article 6.Voir à cet égard B.MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, Chron. p.152.

[1502] Cette jurisprudence suit celle du juge administratif qui considère que « les difficultés techniques, matérielles, d'application d'une règle nouvelle justifiaient qu'elle soit mise en œuvre progressivement sans porter une atteinte illégale au principe d'égalité ». Rapport public du Conseil d'État, 1996, op. cit., p.49. Voir les arrêts, Conseil d'État, Section du13 octobre 1967, Peny et Conseil d'État du 15 mai 1995, Syndicat des pharmaciens de Guyane. Conseil d'État, 4 juin 1975, Bouvet de la Maisonneuve et Millet à propos du port de la ceinture de sécurité.

[1503]

[1504] Parmi les exemples d'expérimentation explicite, on peut notamment citer la loi du 19 juin 1970, celle du 23 décembre 1980 relative au travail à temps partiel dans la fonction publique, celle du 25 juillet 1994 relative à l'organisation du temps de travail, aux recrutements et mutations dans la fonction publique.

[1505] « C'est le cas par exemple de certains textes qui vont instaurer une mesure applicable uniquement aux collectivités locales à l'exclusion de l'Etat ou inversement à l'Etat à l'exclusion des collectivités locales. », C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.360. On peut notamment citer la loi

l'expérimentation soit « annoncée clairement comme telle » par le texte lui-même ou qu'elle soit « dissimulée »[1506], le contrôle du Conseil constitutionnel s'exercera dans tous les cas avec une vigilance toute particulière. Il est indifférent au Conseil constitutionnel que la loi ait prévu explicitement ou implicitement une telle expérimentation. Dès lors que la loi contient dans ses dispositions le principe d'une expérimentation, le Conseil constitutionnel mobilisera toute son attention[1507].

Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel renvoie à ses fonctions ordinaires puisqu'il n'est pas le juge de l'efficacité de la législation mais le juge de l'effectivité de la Constitution. Au regard du contrôle relatif aux modalités de l'expérimentation cette distinction tend néanmoins à s'estomper légèrement.

§ 2 L'immixtion du juge constitutionnel dans le choix des modalités de l'expérimentation : Le principe de l'effet utile de l'expérimentation

Si le principe de l'utilité de l'évaluation ne fait pas de doute dans son principe, reste à questionner les méthodes de cette évaluation. Celles-ci posent de nombreuses questions et permettent de rendre compte du degré d'incertitude susceptible d'affecter les lois expérimentales. À l'issu d'une expérience - de quelle durée ? -, la législation sera t-elle

---

du 25 juillet 1994 qui permet la création de droits réels sur le domaine de l'Etat et de ses établissements publics et celle du 8 janvier 1988 qui « admet la création d'un bail emphytéotique sur le domaine public des collectivités locales, de leurs établissements publics et de leurs groupement uniquement »…« ces textes ne se réfèrent pas à une expérience. Cependant, leurs travaux parlementaires laissent penser qu'en cas de résultats satisfaisants, les mesures seront étendues aux autres domaines publics. », *ibid.*, p.360. « Une autre façon de permettre une expérimentation bien que celle-ci ne soit pas clairement exprimée, provient dans certains cas de la rédaction de certains type de normes instaurant un pouvoir discrétionnaire de l'administration. C'est le cas des textes qui stipulent que l'administration « peut » réaliser telle ou telle opération innovante ce qui lui permet alors d'expérimenter certaines situations. Ainsi la loi dite « Chalandon » du 22 juin 1987, relative au service public pénitentiaire, instaure que « l'Etat peut confier à une personne de droit public ou privé… une mission portant à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements publics pénitentiaires…, les fonctions autres que celle de direction… peuvent être confiées à des personnes de droit public ou privé…» (N°87-432, JO, 23 juin 1987, p.6775, article 2, alinéas 1 et 3), *ibid.*, p.360. « dans la pratique, le texte précité a donné lieu véritablement d'une part à l'expérimentation de la conception, la construction et l'aménagement d'une vingtaine d'établissements pénitentiaires par des groupes privés, d'autre part à l'expérimentation de la réalisation de certaines prestations par ces mêmes groupements privés à l'intérieur de ces établissements ainsi construits, pour une durée qui fut fixée initialement à dix ans », *ibid*, p.360.

[1506] L'expérimentation « n'est pas annoncée comme telle ; mais la rédaction du texte permet indirectement un essai du droit », *ibid.,* p.355.

[1507] « …il convient alors peut-être de s'interroger sur la conformité à la Constitution, dans une optique de l'expérimentation, des textes qui permettent indirectement une telle expérimentation sans pour autant établir clairement celle-ci. C'est le cas des lois d'application limitée à une partie du territoire (par exemple, les lois relatives à la constitution de baux emphytéotiques ou de droits réels sur le domaine public…). C'est encore le cas des textes qui établissent que l'administration « peut » réaliser telle ou telle opération innovante (par exemple, la loi « Chalandon »…). En effet, aucune référence à une limitation de durée de l'expérience n'est prévue par ces textes, pas plus que les conditions de leur évaluation, ce qui peut alors imprimer un certain flou à l'expérience, en opposition aux décisions du juge constitutionnel. ». C.MAMONTOFF, *ibid.,* p.355.

maintenue à l'état expérimental ou généralisée à l'ensemble du territoire ? En amont de l'expérience, quels sont les critères fixés pour déterminer l'échec ou la réussite de l'expérience ? Quelle sera l'autorité chargée de cette expérimentation ? L'expérimentation normative, telle que la conçoivent les auteurs de la légistique, répond à toute une série d'exigences méthodologiques.

Face à de telles exigences, les pouvoirs du Conseil constitutionnel apparaissent limités (A), même si sa jurisprudence marque une timide immixtion dans ces choix de méthodes en imposant aux lois expérimentales le principe de l'effet utile (B).

A/ Méthodologie de l'expérimentation : les limites du Conseil constitutionnel

Parce que l'évaluation de la loi peut être réduite à un instrument de légitimation de l'action normative des pouvoirs publics, elle présente des dangers évidents face auxquels la méthodologie gage de la scientificité de la démarche constituerait un rempart[1508]. Cette problématique apparaît d'autant plus fondamentale que ce sont les lois elles-mêmes qui vont fixer les principes et modalités de leur évaluation[1509]. La question devra alors se poser de savoir si l'évaluation répond à une simple logique d'autojustification ou si elle est véritablement soumise à des critères objectifs et à des exigences scientifiques ? Ainsi, l'évaluation elle-même n'échappe pas à une appréciation qualitative : il y aurait de « mauvaises évaluations »[1510] et corrélativement « de bonnes évaluation » : ces dernières sont définies comme « des études méthodologiquement sérieuses, menées dans les règles de l'art »[1511]. Nous pourrons envisager les différentes étapes du processus d'évaluation (1), avant

---

[1508] Pour C.MAMONTOFF, « L'expérimentation peut faire l'objet d'une dérive : celle d'avoir en réalité un autre but que celui d'expérimenter une mesure, ce qui fausserait alors totalement l'opération. »« …l'expérimentation peut être simulée et ceci pour différente raison…elle peut occulter le manque de courage des pouvoirs publics à prendre franchement une mesure. Elle peut être aussi un procédé pour gagner du temps sans prendre réellement position. Elle peut être encore un moyen de favoriser un groupe pendant un certain temps. Ou elle peut constituer un alibi pour faire passer pendant un certain temps une mesure et la supprimer facilement ensuite… Elle peut correspondre à une démarche « d'expérimentation spectacle » sans lendemain, faite dans le cadre de lois-spectacles. L'auteur évoque les lois donnant l'impression au citoyen que l'on fait quelque chose sur un sujet d'actualité, alors que le gouvernement est impuissant à régler la question ». « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.370. « L'expérimentation peut encore être une tactique pour faire passer petit à petit une réforme qui donne lieu à des prises de position contrastée. », *ibid.*,p.370-371.

[1509] « La difficulté principale résulte de ce que l'observation porte en vérité sur une reconstruction du phénomène visé, réalisé par le texte même soumis à évaluation. Mesurer les effets d'un dispositif implique donc de faire l'analyse de ses objets, de ses définitions, de ses procédures, et de rapporter les observations empiriques aux caractéristiques de ce cadre. », A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Évaluer le droit », art. cit., *D.*1992, p.265.

[1510] Dieter Freiburghaus considère qu' « il existe de nombreuses études d'évaluation que l'on peut considérer comme mauvaises ». D.FREIBURGHAUS, « De l'efficacité des évaluations. Un discours en trois étapes », in C.-A. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales »,* op. cit. p.51.

[1511] *Ibid.*, p.52.

de s'attarder sur les étapes des critères de l'évaluation (2) et de l'analyse des résultats (3). Nous pourrons ensuite questionner l'hypothèse de la nécessité de la réduction du champ des expérimentations à certaines lois (4). Il conviendra enfin de constater la variété des procédés d'expérimentation en France (5).

1) Les étapes du processus d'expérimentation : observation, formulation d'hypothèse, analyse des résultats

L'expérimentation se distingue d'autres procédés d'évaluation par sa complétude. Appliquée à la loi, elle influe sur chaque étape du processus normatif, en amont et en aval. C.Mamontoff résume les étapes de cette méthodologie : « Schématiquement, dans les sciences sociales on distingue une série d'étapes dans l'expérimentation à caractère scientifique… Il s'agit de l'observation d'un phénomène et de la formulation des hypothèses, de l'expérimentation à proprement parler ou contrôle des hypothèses, enfin, de l'analyse des résultats. »[1512]. Sous le terme d'expérimentation, se trouve ainsi résumé l'ensemble de la méthode d'élaboration des lois proposées par J.-D. Delley et Fluckiger. Toute production normative devrait alors se soumettre à un tel protocole : quel est le problème ? quels en sont les causes ? Quels sont les défaillances normatives constatées ? À partir de l'analyse du problème, c'est-à-dire de cette phase d'observation[1513], le législateur pourra poser des hypothèses, c'est-à-dire envisager l'éventail des moyens à sa disposition pour atteindre ses objectifs. La détermination des objectifs et des moyens relève en effet de l'étape de l'hypothèse puisqu'on induit d'un problème constaté, les objectifs à poursuivre et les moyens à mettre en œuvre pour le solutionner[1514]. On conçoit dès cette étape les difficultés que

[1512] C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.365.

[1513] L'évaluation des lois suppose donc au préalable une démarche d'observation des effets réels de celles-ci. S'agissant du droit, cette étape n'est pas sans poser de nombreuses difficultés. Pour A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, Les limites de l'évaluation tiennent à la difficulté inhérente à «l'observation empirique de l'application des règles de droit… qu'il s'agisse d'accéder aux « terrains », de réaliser des observations significatives, d'interpréter les résultats de ces enquêtes ». « Evaluer le droit », D. 1992, p.265. C.MAMONTOFF rend compte de ces difficultés : « Toute science commence par l'observation dont le droit ne doit pas être exclu. Que doit-on observer dans la science juridique ? D'abord l'émergence d'une question, d'un problème de société qui appelle une réponse. Ensuite, il est nécessaire de situer ce problème dans son contexte socio-économique, politique, psychologique, etc. et de l'évolution de la société qui a favorisé l'apparition de ce phénomène, ainsi que l'insuffisance ou la défaillance des normes existantes pour le régler. ». « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.366. On peut à cet égard constater que cette analyse est très proche de celle de Delley et Fluckiger, qui commencent par évoquer le préalable de la connaissance du problème, de ses causes multiples, de la réglementation existante, J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit.

[1514] C. MAMONTOFF écrit à cet égard : « A partir de l'observation, naît alors l'hypothèse… ». L'auteur définit l'hypothèse comme « une possibilité de réponse à une question ou à un problème… ». Elle évoque ainsi C.Bernard qui « définissait l'hypothèse comme « une interprétation anticipée et rationnelle des phénomènes » ».

présente ce type de méthode appliqué au droit. L'emprunt d'une méthodologie propre aux sciences sociales apparaît à cet égard pertinent, mais suppose une adaptation rigoureuse à l'objet juridique[1515]. En effet, « en droit, l'hypothèse première pourrait être constituée par la proposition de réponse que tel problème de société est dû à telle cause ou que tel phénomène implique certains effets »[1516]. La formulation d'hypothèses en droit procède d'un parti pris politique et se trouve donc sujet à caution eu égard à sa scientificité. Ainsi C.Mamontoff évoque un exemple d'hypothèse volontairement provocateur : « l'élévation du nombre de chômeurs est due en partie à l'octroi d'aides économiques, ce qui est une incitation à la non recherche d'emploi. »[1517]. On conçoit à travers un tel exemple la difficulté d'imprimer à l'action normative une véritable scientificité. À partir de l'observation, de l'émission d'hypothèses, il reste à introduire la « variable » pour tester la solidité de l'hypothèse. Cette variable sera le dispositif législatif testé en condition réelle « afin d'étudier les résultats obtenus »[1518]. C'est à partir de cette étape que se situe l'expérimentation : « L'expérimentation est une opération de vérification des hypothèses émises. La vérification va consister dans la confrontation des idées à la réalité…En droit, on va expérimenter l'effet induit par l'introduction de la norme – variable artificielle – sur une situation donnée. »[1519]. Une fois la norme entrée en vigueur, il restera à étudier ses effets et ainsi de mesurer son efficacité. Pour acquérir une dimension véritablement scientifique, cette étape de l'analyse des résultats doit conduire à une véritable remise en question des *a prioris* sur lesquels s'est fondée la formulation des hypothèses. Il s'agit à ce moment de reposer, à la lumière des résultats, la question de l'existence d'un problème, celle de la nécessité de la loi. On en revient au point de départ. Ce modèle apparaît ainsi comme celui d'un cercle perpétuel destiné à l'amélioration continue des lois.

Se référant au dictionnaire encyclopédique Larousse, l'hypothèse se définit « comme la supposition destinée à prévoir ou à expliquer des faits ». « Réflexion sur l'expérimentation du droit », p.366.

[1515] Sur la méthode de l'expérimentation en sciences sociales : voir Mme M. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, 9ème éd., 1993, Précis Dalloz, p.340. Voir également J.L. LOUBET Del BAYLE, *Introduction aux sciences sociales*, Privat, 1991, p.158.

[1516] C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.366.

[1517] C. MAMONTOFF ajoute : « Il y a ici tentative d'explication d'un problème de société par l'émission d'une supposition »., *ibid.,*p.366. Le problème de la formulation d'hypothèses de ce type c'est qu'elles impliquent une focalisation sur une des causes possibles d'un problème de société et donc une occultation des autres. Il est évident qu'une telle hypothèse, pour être scientifiquement valide supposerait au préalable d'avoir étudié le phénomène du chômage pour être déjà sûr que l'élévation du nombre de chômeurs ne résulte pas avant tout d'un manque de poste à pourvoir (manque de croissance) que du manque de volonté des chômeurs à retrouver du travail.

[1518] C.MAMONTOFF, « Parallèlement, l'introduction d'une variable est au cœur de la recherche scientifique et de la formulation des hypothèses… En matière juridique, nous considérons que la règle de droit expérimentale (texte à caractère législatif ou réglementaire) va constituer la variable artificielle, qui sera introduite délibérément afin d'étudier les résultats obtenus ». *Ibid.,* p.366.

[1519] *Ibid.,*p.367.

La question relative aux critères d'évaluation de cette efficacité est ainsi incontournable.

2)Les critères de l'évaluation

Quels seront les critères retenus pour mesurer l'efficacité des lois de manière pertinente[1520] ? D'une manière générale, les critères de l'évaluation des lois sont fonctions des objectifs poursuivis par le législateur et sont donc susceptibles de varier selon la loi considérée[1521]. Pour que l'évaluation soit rigoureuse, il convient de fixer clairement les ambitions législatives qu'il s'agira de mesurer.

Ainsi, pour évaluer une loi relative à la lutte contre la délinquance, l'objectif de référence devra être clairement affiché. Or, un tel objectif de « lutte contre la délinquance apparaît dans toute son ambiguïté : s'agit-il de lutter contre les délinquants et donc de disposer d'instruments performants au niveau policier ou judiciaire pour mieux entraver les pratiques délinquantes. Ou s'agit-il de lutter contre la délinquance, c'est-à-dire de mener une politique destinée à faire diminuer le nombre d'actes délictueux. Dans le premier cas, l'efficacité de la loi sera fonction du nombre de procédures engagées, du nombre de condamnations prononcées, dans le second, le critère de l'efficacité sera celui de l'augmentation ou de diminution des faits de délinquance »[1522]. L'exemple de la lutte contre l'insécurité est particulièrement intéressant, puisque l'objectif du législateur peut parfois se rapporter à la lutte contre le sentiment d'insécurité. La définition claire de son objectif par le législateur est alors fondamentale puisque les chiffres de la délinquance peuvent effectivement être en baisse alors que le sentiment d'insécurité est en hausse[1523].

[1520] Si on évoque la question de l'évaluation, il convient de s'interroger sur le mode de cette évaluation du droit. C'est la question de la méthode qui est alors posée : « de manière plus générale, on peut se demander en quel sens le droit en vigueur est justiciable d'un examen de ce type et à quelles exigences doivent satisfaire les méthodes employées à cette fin pour procurer des résultats pertinents. ». A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », D. 1992, p.263.

[1521] S'il s'agit de fixer les critères de l'évaluation, cette étape recoupe alors celle de la détermination des objectifs poursuivis par la loi. A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », D. 1992. « L'appréciation de l'efficacité d'un texte particulier, quant à elle, requiert l'indentification préalable du ou des résultats recherchés à travers son édiction… faut-il rappeler que l'intention de ce personnage de fiction que l'on nomme « le législateur » est rarement claire ou univoque à cet égard ? Et à quels faits ou données empiriques se mesure l'obtention du résultat censément souhaité par lui ? », *ibid.,* p.266.

[1522] Pour J.-D. Delley, l'évaluation « se heurte à des limites qui tiennent notamment à la multifonctionnalité de la législation : La loi n'est pas seulement un instrument au service d'objectifs substantiels clairement établis. De manière plus générale, elle contribue également à renforcer la confiance des individus dans les institutions et tient lieu de réponse symbolique à des attentes, quelles que soient son effectivité et son efficacité. ». J.-D. DELLEY, « Penser la loi. Introduction à la démarche méthodique », art. cit., p.86

[1523] B.KREMS explique à cet égard : « Le sentiment de sécurité sur la voie publique n'a que peu de rapport avec la statistique de la criminalité. Car il n'y a pas de seuil naturel de probabilité en-dessous duquel on se sent en

A.Jeammaud et E.Serverin posent par exemple la question de l'évaluation des politiques de traitement du surendettement. À cet égard, ils constatent qu'une évaluation ne pourra être que partielle si elle se fonde uniquement sur les données relevées dans le cadre des procédures instituées par la loi. En effet, une telle analyse laisserait en marge les personnes victimes de surendettement et n'ayant pas eu recours à ces procédures. L'évaluation de la loi ne pourrait porter comme ambition de cerner le phénomène du surendettement dans son ensemble[1524]. Les mêmes auteurs s'interrogent à cet égard sur les critères d'appréciation de l'efficacité de la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation routière ou encore de l'ancien article L.321-7 du code du travail subordonnant tout licenciement pour motif économique à l'autorisation préalable de l'administration du travail : faut-il se référer au nombre de licenciements refusés ou à celui des ruptures autorisées expressément ou tacitement et ainsi largement soustraites à la contestation de leur motif devant la juridiction prud'homale ?[1525].

En outre, il conviendra de savoir, s'agissant des critères, sur quel type d'évaluation ils se fondent : s'agit-il de l'effectivité, de l'efficacité ou de l'efficience[1526] ?

On conçoit dans cette perspective la nécessité pour le législateur de clairement identifier les différents objectifs qu'il poursuit, au regard desquels pourra se faire l'évaluation des résultats de l'expérimentation.

3) L'évaluation des résultats

---

sécurité. Dans ce sens, si la « sécurité » n'est pas un phénomène objectivement saisissable, elle n'implique pas moins une signification importante pour les rapports du citoyen avec l'ordre juridique. Il en découle des conséquences pratiques, notamment pour l'organisation de la police. Des réformes qui consistent à augmenter la présence des agents de la force publique dans les rues visent moins à faire baisser le taux de criminalité – un effet extrêmement douteux – qu'à donner aux citoyens un sentiment de sécurité ». B.KREMS, *Grundfragen des gesetzgebung*, Berlin, 1979, p.32. Cité par J.-D. DELLEY, « Penser la loi. Introduction à la démarche méthodique », art. cit., p.86.

[1524] A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », D. 1992. « la procédure de traitement du surendettement ne permet pas de connaître dans son ensemble la population des personnes confrontées à des difficultés économiques objectives, mais seulement la fraction de celles qui se sont estimées placées dans cette situation et ont, à ce titre, sollicité le bénéfice d'un règlement amiable ou judiciaire. Il est donc particulièrement hasardeux de prétendre dresser un « profil du surendetté » car on risque de prendre pour observation du phénomène visé – pauvreté ou surendettement – celle des effets d'une construction opérée ou imposée par les dispositifs juridiques eux-mêmes », *ibid.,* p.266. Sur cette question, voir, B.MUNOZ-PÉREZ et E. SERVERIN, « Le surendettement des particuliers et des familles », *Infostat Justice*, n°21, avr.1991.

[1525] A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Évaluer le droit », art. cit., note 23 sous la page 266.

[1526] « L'appréciation des effets peut se faire selon différents critères : l'effectivité, c'est-à-dire la conformité des comportements observés aux comportements prescrits ; l'efficacité – à savoir, le degré de réalisation des objectifs visés ; l'efficience, ou le rapport coût/efficacité », J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit.,p.94. Jacques Chevallier définit en des termes très proches ces trois mêmes notions. J.CHEVALLIER, « L'expérimentation législative. Le cas français », art. cit., p.145.

L'analyse des résultats constitue la dernière étape de l'expérience. Là encore, les questions sont nombreuses[1527] : Les objectifs affichés ont-ils été atteints et dans quelle mesure ? La variable « norme » est-elle de nature à expliquer de manière exclusive les évolutions constatées ? Peut-on mesurer tous les effets produits par les lois ?

L'étude des effets des normes présente des difficultés qui tiennent, encore une fois, à la singularité de l'objet « droit ». L'évaluation pose ainsi de nouvelles questions puisqu'il s'agira de savoir « si les résultats obtenus sont dus réellement à l'introduction de la variable artificielle – en l'occurrence ici la norme… »[1528]. Pour évaluer une loi instaurant le RMI, il conviendra de se référer à l'objectif du législateur visant à permettre une réinsertion sociale d'une catégorie de la population, par le niveau de réinsertion constaté. Mais ce type d'évaluation implique l'intervention d'autres paramètres tels que l'état du marché de l'emploi pour tenir compte des variations de contexte économique durant la période d'expérience. Cette difficulté renvoie au problème de la causalité et qui consiste à déterminer dans quelle mesure la législation est à l'origine des effets constatés dans la réalité[1529] : « La société n'est pas un laboratoire que l'on peut contraindre dans des limites spatiales, temporelles et méthodologiques »[1530]. Là encore, les sciences sociales posent des principes méthodologiques destinés à éviter ce type d'écueil notamment en retenant le principe de la Constitution de deux

---

[1527] C.MAMONTOFF s'interroge : « Que doit-on analyser dans l'expérimentation en droit ? D'abord, il convient d'établir si les buts recherchés – établis dans l'hypothèse de départ – ont été en fin de compte atteints ou non et les raisons de l'échec éventuellement. Il convient également de mesurer les effets auxquels on ne s'attendait pas. Il convient aussi de rechercher si, durant le temps de l'expérience, de nouvelles circonstances socio-politiques, économiques etc. ne sont pas intervenues au sein de la société, rendant caduque l'expérience… »…« L'observation des résultats doit être faite de la façon la plus objective possible et en faisant abstraction des idées qui semblent s'imposer par la force de la répétition. »…« Dans la méthodologie de l'analyse des résultats, l'étude d'impact précitée doit être un document de base, puisqu'elle constitue le point de départ théorique, positionant clairement les hypothèses de travail, servant de référence en fin d'expérimentation pour mesurer les effets réellement atteints par la mise en pratique de l'expérience. ». « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.368.

[1528] C.MAMONTOFF, « Le problème le plus important qui se pose en sciences sociales – et que l'on retrouve dans le cadre d'une réforme juridique – est le fait de savoir si les résultats obtenus sont dus réellement à l'introduction de la variable artificielle – en l'occurrence ici la norme – ou si au contraire ils sont la conséquence d'autres facteurs non maîtrisés. La rigueur de la démonstration exigera donc la constitution de deux champs : le premier sera le groupe expérimental sur lequel on testera la norme expérimentale ; le deuxième sera le groupe de contrôle qui ne subira pas le test et qui servira de situation-témoin pour contrôler que d'autres facteurs ne sont pas modifiés parallèlement en dehors de l'intervention de la norme. Le groupe de contrôle devra ressembler autant que possible au groupe expérimental. La Constitution de ces deux groupes pour chaque expérience est une condition tenant à l'aspect scientifique de l'opération… ». *Ibid.,* pp.367-368.

[1529] Armin Höland, présente cette difficulté en expliquant : « par causalité, nous entendons ici le fait de considérer de façon scientifiquement avérée une législation comme cause des effets que l'on constate dans le domaine social cible de cette législation ». A.HÖLAND, « L'évaluation législative comme auto-observation du droit et de la société », in C.-A.Morand, (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales,* op. cit., p.36.

[1530] *Ibid.,* p.36. L'auteur conclut : « il est toujours important de garder présent à l'esprit les dangers qu'il y a à voir des fausses corrélations, des effets produits par l'interférence des influences ou par des calculs individuels, toutes choses qui peuvent faire naître l'impression après plus ample examen que l'effet prétendu de la loi est dû au hasard ou à un effet d'aubaine ».

groupes : celui sur lequel on teste la norme et celui qui demeure soumis au droit commun qui constitue le groupe « témoin »[1531]. Mais lorsqu'il s'agit d'une expérimentation normative, de telles différentiations ne vont pas sans soulever de délicates questions relatives au respect du principe d'égalité (voir *Supra*).

L'évaluation, parce qu'elle doit tenir compte des fonctions plurielles du droit[1532], est loin d'être l'objet d'un consensus. Pour J.-D. Delley, l'évaluation « se heurte à des limites qui tiennent notamment à la multifonctionnalité de la législation : La loi n'est pas seulement un instrument au service d'objectifs substantiels clairement établis. De manière plus générale, elle contribue également à renforcer la confiance des individus dans les institutions et tient lieu de réponse symbolique à des attentes, quelles que soient son effectivité et son efficacité. »[1533]. Ainsi, l'évaluation des lois reste délicate lorsqu'il s'agit d'apprécier les effets symboliques d'une législation[1534]. Pour D. Lochak, l'action pratique du droit « ne résulte pas seulement, ni même peut-être essentiellement, des effets directs, quasi mécaniques, de l'application de la règle de droit », mais « s'opère aussi à travers les effets symboliques du droit, par le biais de représentations liées à l'existence ou au contenu des règles existantes (…) enfin et surtout, à travers les usages que les acteurs font de la règle et qui ne coïncident pas nécessairement avec les objectifs poursuivis initialement par le législateur »[1535]. Une loi peut être rarement appliquée et être efficace, si, comme c'est le cas en matière pénale, elle a une vocation dissuasive. Le droit pénal constitue de ce point de vue un objet juridique dont l'évaluation est particulièrement délicate[1536]. Le niveau d'efficacité du droit pénal peut se mesurer ainsi par son inapplication. Ce constat permet de rejoindre J. Carbonnier qui écrit : « la phrase banale, que les règles de droit sont faites pour s'appliquer, quoiqu'elle ait l'air d'un truisme, n'est pas une vérité »[1537].

À cette étape de l'évaluation des résultats, le recours aux sciences sociales et à leurs méthodes apparaît incontournable puisqu'il s'agit d'envisager la loi à travers ses effets sur la

---

[1531] Sur cette question voir les avis du Conseil scientifique de l'évaluation.

[1532] A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », D. 1992. « l'appréciation de l'efficacité du droit globalement considéré suppose que l'on s'entende sur les fonctions qu'il assume afin de pouvoir vérifier s'il les remplit suffisamment ou comment. Or, il y a là place pour un interminable débat sur fond d'irréductibles divergences philosophiques. », p. 266.

[1533] J.-D. DELLEY, « Penser la loi. Introduction à la démarche méthodique », art. cit. p.86

[1534] L'exemple des lois mémorielles suffit à comprendre que certaines lois apparaissent rebelles à une évaluation en raison de leur vocation symbolique.

[1535] D.LOSCHAK, « Présentation », *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, p.6.

[1536] A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », D. 1992, « Ainsi a t-on montré que les règles pénales d'incrimination et de sanction, pourtant très immédiatement liées à l'ordre public, avaient une très inégale vocation à être « appliquées » », p.268. Les auteurs se réfèrent à M.VAN de KERCHOVE, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? » *in* F.OST et VAN de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Fac. Univ. Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p.317.

[1537] J.CARBONNIER, *Flexible droit*, op. cit., p.136.

réalité. La question consiste alors à déterminer les sciences sociales pertinentes pour cerner les effets de la loi sur cette réalité. La diversité des lois, de leur fonction et des modalités normatives qu'elles mettent en œuvre, permet de rendre compte de la difficulté d'établir des critères universels pour leur évaluation. Certaines d'entre-elles vont nécessiter une évaluation axée sur les effets économiques, d'autres supposent une évaluation prenant davantage en considération leurs effets sociologiques ou psychologiques. Ce constat permet de rendre compte du caractère nécessairement pluridisciplinaire du procédé de l'évaluation du droit. Parce qu'il s'agit d'observer les effets du droit, l'évaluation déborde la sphère juridique pour déboucher sur d'autres sciences sociales telles que l'économie ou la sociologie, mais également l'ethnologie, l'anthropologie[1538], la psychologie sociale et la psychanalyse. La légistique préconise à cet égard le recours à la pluralité des sciences de l'homme[1539]. En évoquant cette pluralité d'outils, cette discipline se veut « respectueuse de tous les objectifs que le droit peut poursuivre et apprécie l'efficacité dans la réalisation de ces objectifs »[1540].

Compte tenu de ces différentes exigences méthodologiques, certains auteurs ont estimé qu'il convenait de réduire le champ des lois susceptibles d'évaluation.

4) L'hypothèse de la nécessité d'une réduction du champ des législations susceptibles d'expérimentation

Compte tenu de certaines variables difficilement mesurables, certains auteurs ont formulé l'hypothèse de la nécessité d'une réduction du champ des expérimentations aux législations adéquates. Ainsi l'évaluation doit nécessairement prendre en considération la variété des règles juridiques, certaines législations se prêtant plus particulièrement au procédé d'évaluation. Tel est le cas de celles que J-D. Delley et A. Fluckiger qualifient de législation « plan de bataille ». À l'inverse, il y aurait des législations plus rebelles à ce type de démarche[1541] et d'autres absolument réfractaires au procédé lorsqu'il induit une différentiation

---

[1538] L'anthropologie juridique est une discipline à part entière aux Etats-Unis. Elle se caractérise par « l'attention ethnographique qu'elle porte aux contextes sociaux et aux usages qui sont faits du droit, par l'accent qu'elle place sur les recherches historiques, par la manière dont elle traite la « culture » et « l'identité » en tant que discours de contradiction et de contestation, par sa focalisation sur les normes à la fois en tant que formes de connaissance et modes de réalisation et enfin par sa focalisation sur les aspect pragmatiques du pouvoir d'État en tant que dimensions importantes de la vie sociale au niveau local. », C. J. GREENHOUSE, « Le droit, le temps et l'anthropologie : le dossier ethnographique de Sally Falk Moore », *in* L'anthropologie juridique aux Etats-Unis, *Droit et Cultures* n°40, 2000, p.9.

[1539] Voir à cet égard, C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », op. cit., pp.28-30.

[1540] *Ibid.,* p.29.

[1541] Pour C.MAMONTOFF, « Il ne s'agit pas de présenter l'expérimentation comme la solution miracle, car elle a des limites au nombre desquelles on peut citer celles tenant à la difficulté d'établir un champ expérimental dans

géographique[1542]. Pour ces auteurs, « cette démarche doit se limiter à des mesures extrêmement bien délimitées et ponctuelles dont on est sûr de pouvoir saisir l'impact sans trop de difficulté. Seules des mesures clairement évaluables attesteront le caractère véritablement expérimental de la démarche »[1543]. Dès lors que la loi fixe des objectifs destinés à remédier à un problème sociétal déterminé, qu'elle met en œuvre pour se faire une panoplie de moyens, alors l'action normative pourrait plus aisément donner lieu à une évaluation. Lorsque la loi est le support d'une politique publique, l'évaluation apparaîtrait ainsi plus évidente puisqu'il s'agira de mesurer les effets de « dispositifs organisant une institution (le RMI) ou une procédure (le traitement du surendettement des particuliers)»[1544]. Il apparaît en effet évident que les législations se fixant comme objectif la résolution d'un problème de société (consommation de tabac, réduction de la grande pauvreté ou de l'obésité) seront davantage sujettes à l'évaluation. De ce point de vue, les lois dites d'orientation apparaissent particulièrement adaptées au procédé de l'évaluation. Il n'en demeure pas moins que les législations, quelles qu'elles soient, ont toujours vocation à atteindre un objectif. Celui-ci est alors plus ou moins identifiable, quantifiable, mesurable. Ainsi, entre ces deux types de

---

certaine branche du droit, celles tenant à la difficulté d'expérimenter certaines matières »…« Il convient ici de s'interroger sur la question de savoir si la méthode expérimentale est applicable dans toutes les branches du droit », « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.368. A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », D. 1992. « la pertinence du concept (d'effectivité) devient franchement douteuse si l'on veut bien considérer que les règles juridiques ne sont pas, pour la plupart, self starting. Hormis les normes instituant les pouvoirs publics, celles qui déterminent la filiation et les statuts au sein de la famille, ou quelques autres du même genre, elles « ne font rien » si elles ne sont mobilisées par les sujets ou agents en fonction de leurs intérêts, de leurs intentions civiques ou du zèle qu'ils déploient dans l'exercice de leurs attributions. Elles ne procurent donc pas le résultat découlant de leur application si les acteurs ne jugent pas opportun de les mettre en mouvement ou s'entendent – très régulièrement en droit dans bien des cas – pour ne pas le faire. Cette reconnaissance de la variété des objets et de la singularité de la normativité juridique dans nos sociétés met en évidence des difficultés de lecture des faits observés… », *Ibid.,* p.266.

[1542] C.MAMONTOFF s'interroge : « pourrait-on imaginer par exemple dans le droit de la famille une norme à caractère expérimental, applicable dans un seul département pendant un certain temps ? » L'auteur évoque ici l'hypothèse d'un mariage homosexuel à l'essai dans un département… « …il est difficilement envisageable de constituer de tels groupes en raison de l'atteinte à l'égalité de tous devant la loi, qui serait ici très criante, dans les rapports entre personnes privées… », C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit. p.369.

[1543] J-D. DELLEY et A. FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », art. cit., p.94.

[1544] A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », D. 1992. Les auteurs distinguent ici « deux objets possibles d'évaluation » : « la mise en application de règles de droit et la mise en œuvre de dispositifs qu'instituent des corps de normes ». Si la première requiert seulement « une simple entrée en vigueur de règles » qu'il appartiendra aux intéressés de mobiliser, la seconde « suppose aussi toute une activité publique d'édification… ou de mise en mouvement de dispositif organisant une institution (le rmi) ou une procédure (le traitement du surendettement des particuliers). Celle-ci est destinée à acquérir une visibilité particulière dans la société et à fonctionner comme une machinerie traitant un problème social constitué comme tel. », p.266. « L'évaluation paraît toutefois plus naturelle ou indispensable, relativement plus aisée aussi, à l'égard de la seconde… », *ibid*. p.266-267.

législation, « la différence… n'est que de degré »[1545]. Quels que soient les objectifs poursuivis par la loi, cette dernière restera toujours susceptible d'une évaluation, mais les sciences sociales mobilisées pour cette évaluation devront être adéquates pour analyser les résultats. En définitive, si toutes les lois étaient soumises à une évaluation, celle-ci devrait évidemment dépasser les sphères de l'analyse des effets économiques du droit.

L'évaluation constitue un véritable défi scientifique contemporain qui nécessite de lourds moyens. En dépit de l'impérieuse nécessité de disposer de protocoles d'expérimentation présentant des garanties scientifiques, « le Commissariat général au plan a fait état du défaut de méthodologie pour la conduite d'évaluation rigoureuse et de la rareté d'études empiriques et théoriques sur l'expérimentation du droit »[1546]. Les conditions de l'expérimentation législatives renvoient d'une part à la méthodologie de l'évaluation et d'autre part à l'Autorité en charge de cette évaluation. Cette dernière question est évidemment centrale. En France, les conditions des expérimentations législatives sont variables.

5) Les conditions variables de l'expérimentation législative en France

Les conditions de l'évaluation des lois expérimentales sont variables en France. À cet égard, il convient de remarquer que l'évaluation de ces lois est « déconnectée du dispositif général d'évaluation institué en janvier 1990 »[1547]. Pour reprendre la typologie établie par J.Chevallier, l'évaluation de l'expérimentation peut être établie par le Gouvernement lui-même, ou par une autorité *ad hoc*[1548].

Le dispositif expérimental mis en place autour de la loi IVG offre une illustration d'une évaluation opérée par le Gouvernement sans recours à une instance spécifique. Un rapport sera en effet établi sur la base des données collectées par ses services relatives à « l'application du texte selon les départements, la part respective du secteur public et privé, le coût financier, la place des entretiens sociaux »[1549].

La loi peut également prévoir la création d'une instance spécifique chargée de réaliser l'évaluation. Tel fut le cas de la loi instituant le RMI. Le décret du 7 décembre 1988 créa une

---

[1545] « la différence entre ces deux figures polaires n'est que de degré. ». A.JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Évaluer le droit », art. cit. p.266.
[1546] C. MAMONTOFF cite *Les politiques sociales transversales : une méthodologie d'évaluation de leurs effets locaux*, La doc fr, 1986, p.8 et s. « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit. p.365.
[1547] J.CHEVALLIER, « L'expérimentation législative. Le cas français », art. cit., p.132.
[1548] *Ibid.*, pp.130-131.
[1549] *Ibid.*p.130. L'auteur évoque également l'exemple de la loi du 4 août 1982, dite loi Auroux relative aux libertés du travailleur dans l'entreprise qui prévoyait que le Gouvernement adresse au Parlement un rapport relatif à son application.

délégation interministérielle chargée de suivre l'application de la loi. Le délégué au RMI, assisté d'un « groupe interministériel de coordination », assurait une fonction essentielle dans le cadre du dispositif. Il était chargé de collecter des informations sur l'application de la loi et de formuler des propositions destinées à améliorer le fonctionnement du dispositif. Surtout, le décret du 6 septembre 1989 a créé la « Commission nationale d'évaluation relative au RMI », spécifiquement chargée de procéder à l'évaluation des effets de la loi et de présenter au Gouvernement un rapport avant le 31 janvier 1992.

Lorsqu'il est créé une Autorité ad hoc chargée de l'évaluation, la question de sa composition est évidemment essentielle dans la mesure où elle contribue à garantir l'objectivité et le sérieux de l'évaluation. À cet égard, la Commission nationale d'évaluation relative au RMI était composée de neuf membres « choisis en raison de leur compétence dans le domaine social ou en matière d'évaluation »[1550]. Enfin, cette Commission était assistée par un « groupe de coordination scientifique » émanant du Commissariat général au plan.

La question des « moyens » est également centrale dans la mesure où l'évaluation suppose le recours à du personnel qualifié et la mobilisation d'agents publics. Pour l'évaluation du RMI, Jacques Chevallier constate qu'outre les pouvoirs d'audition et d'investigation, la Commission d'évaluation « bénéficiait d'agents publics mis à sa disposition et autant que de besoin des services du Commissariat général au plan »[1551]. En outre, elle « disposait de crédits spécifiques, inscrit au budget du Premier ministre »[1552]. La question des moyens renvoie au problème du coût financier des évaluations. À cet égard, il apparaît au vue des expériences étrangères que l'utilité des expérimentations législatives est parfois mise en doute du point de vue de leur efficience, entendue comme le rapport entre ses avantages et son coût[1553].

D'une manière générale, il convient de souligner la relativité de la scientificité des expérimentations législatives. Nous avons pu constater que l'évaluation d'une loi soulevait de nombreuses difficultés et n'excluait pas le danger d'une évaluation de façade ayant une vocation essentiellement justificatrice. Nous avons également pu constater que cet écueil ne peut être contenu que par une évaluation véritablement soumise à des critères scientifiques (sous contrôle scientifique pluraliste). Jacques Chevallier expose cette limite fondamentale en ces termes : « la scientificité que la procédure d'expérimentation est susceptible de conférer à

[1550] *Ibid.*, p.131.
[1551] *Ibid.*
[1552] *Ibid.*
[1553] Dieter Freiburghaus constate que les conditions sont nombreuses pour parler d'une bonne évaluation et évoque le coût de ces bonnes évaluations. Voir D. FREIBURHAUS, « De l'efficacité des évaluations. Discours en trois étapes », art. cit., p.52.

la loi est aléatoire. Cette scientificité repose en fin de compte toute entière sur l'opération d'évaluation » mais « cette scientificité est cependant sujette à caution. D'une manière générale, la recherche évaluative est, tout au plus, de la recherche appliquée, dans la mesure où la dimension pragmatique et utilitaire est mise en avant, et non une « science », qui exige un décollage par rapport à ce type de préoccupation. Par ailleurs, la rigueur d'une évaluation est toujours aléatoire, en raison de l'enchevêtrement des facteurs, des difficultés d'appréciation des résultats (quels effets privilégier ?), de l'incertitude des objectifs, sur la nature desquels une certaine obscurité est, souvent à dessein, entretenue : la confrontation cible visée/ cible atteinte, qui est le propre de l'évaluation, ne peut jamais être effectuée de manière aussi simple, étant donné l'interférence inévitable d'autres éléments, tant au niveau des objectifs que des résultats »[1554].

Si les pouvoirs du Conseil constitutionnel sont limités à ceux qu'exige la mission d'un contrôle de constitutionnalité des lois, il sera néanmoins en mesure de vérifier la régularité des méthodes retenues à l'occasion de son contrôle. De ce point de vue, si le juge constitutionnel français ne va pas jusqu'à apprécier la scientificité de l'expérience, il impose au législateur le principe de l'effet utile de l'expérimentation.

B/ Une timide immixtion du Conseil constitutionnel : Le contrôle plus poussé du Conseil constitutionnel : le contrôle de l'effet utile de l'expérimentation

Puisque l'évaluation de la loi se détermine au moment de son élaboration, il revient au Conseil constitutionnel d'en contrôler les modalités. À cet égard, si son pouvoir apparaît limité, force a été de constater qu'il s'est engagé dans un contrôle *a minima* de l'évaluation des lois. Si, comme nous l'avons constaté, le Conseil constitutionnel exige des lois qu'elles définissent clairement et précisément le cadre de l'expérimentation, on doit constater qu'en outre, le Conseil constitutionnel impose à ces lois un principe de sincérité ou d'utilité.

Le Conseil constitutionnel fait valoir ces exigences méthodologiques en sanctionnant ce qu'il convient d'appeler les expérimentations « gadgets ». J.-D. Delley parle à cet égard d' « évaluation alibi ». Dans son rapport de 1996, le Conseil d'État souligne « l'accent mis sur le caractère par nature provisoire d'une expérimentation. Celle-ci ne doit pas constituer un subterfuge destiné à instaurer une réglementation à géométrie variable ayant pour effet de suspendre *sine die* l'égalité des citoyens devant la loi. Il convient au contraire que toute

[1554] J.CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », art. cit., pp.144-145.

expérimentation fasse l'objet d'une procédure d'évaluation qui débouche explicitement sur la poursuite ou l'abandon des innovations juridiques en cours. »[1555]. L'expérimentation doit être utile, ce qui implique un bilan et des conséquences. Le rôle du Conseil constitutionnel en matière d'expérimentation législative est d'imposer les conditions d'une expérimentation véritable puisqu'il exige le « caractère explicite de l'expérimentation, de la réalisation d'un bilan et de la limitation dans le temps de l'expérimentation »[1556]. En effet, sans ces conditions, une expérimentation ne serait pas vraiment une expérimentation. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel pose des conditions relatives à la fin de l'expérimentation[1557]. En effet, dans sa décision 93-322 DC[1558], le Conseil constitutionnel censure la loi en raison du caractère facultatif de l'évaluation instaurée. Ainsi, dans cette décision, « le juge décide que la loi déférée est contraire à la Constitution en raison du fait que l'évaluation instaurée par le législateur est une faculté et non une obligation, ce qui revient à dire que le bilan de fin d'expérience doit être impérativement effectué. En d'autres termes, pour le juge constitutionnel, l'expérimentation ne doit pas être un acte sans suite »[1559]. Il faut en déduire que le Conseil prend au sérieux le principe et l'utilité des expérimentations et impose de ce fait au législateur une obligation de sincérité, laquelle ne pourra résulter que d'une définition précise des conséquences de cette procédure. Lorsqu'il pose de telles conditions relatives à la fin des expérimentations, il impose en quelque sorte un effet utile aux lois expérimentales : « non seulement le législateur doit instaurer un bilan mais aussi les conditions et procédures du bilan aboutissant soit au maintien du test tel quel ou avec certaines adaptations… ; soit encore il doit définir les conditions et procédures aboutissant à l'extension définitive à l'ensemble du territoire de l'expérience, du fait qu'elle s'est avérée concluante ; enfin, si l'évaluation faisait apparaître que l'essai n'est pas satisfaisant, les conditions et procédures de la cessation de l'essai doivent encore être déterminées »[1560]. C.Mamontoff relève à cet égard un exemple qui montre que la Cour des comptes a posé une exigence comparable à celle imposée par le Conseil constitutionnel. Alors que la loi Chaladon offrait implicitement à

[1555] Rapport public 1996 du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 1998, p. 48.
[1556] C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit. p.361.
[1557] Pour C. Mamontoff, « En second lieu, le Conseil constitutionnel établit des conditions relatives au bilan de fin d'expérience : il incombe également au législateur de définir précisément « … les conditions et les procédures selon lesquelles (les expérimentations) doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon ». C. MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit »art. cit. p.361.
[1558] Décision précitée 93-322 DC du 28 juillet 1993.
[1559] C. MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.361.
[1560] *Ibid.*, pp.361-362.

l'administration la possibilité de procéder à des expérimentations[1561], la Cour des comptes a considéré qu'il s'agissait « d'une expérience dont il est indispensable de tirer les leçons »[1562]

C'est en ce sens que peuvent être interprétées les conditions fixées par le Conseil constitutionnel relatives au caractère limité de l'expérience dans le temps. Dans sa décision 93-333 DC[1563], c'est sous réserve que la loi expérimentale est jugée conforme à la Constitution : le juge constitutionnel n'admet le principe de règles expérimentales que s'il est entendu qu'elles ne seront pas automatiquement maintenues mais qu'elles auront un délai limité à l'issu duquel un bilan devra intervenir[1564] : « autrement dit, le législateur peut, pour réaliser des expérimentations juridiques, écarter des dispositions d'une loi jugée trop contraignantes ; cependant, l'essai du droit doit avoir un caractère temporaire, et non immédiatement renouvelable. Dès lors que ces conditions sont respectées, il n'y a pas d'atteinte aux règles et principes à valeur constitutionnelle et en conséquence il n'y a pas atteinte au principe d'égalité. »[1565]. Si le principe d'égalité constitue la base juridique de cette position jurisprudentielle, les finalités de cette dernière rejoignent celles relatives au caractère sérieux de l'expérimentation. En effet, il convient de rattacher cette condition à l'exigence de sincérité de l'expérience : en imposant cette condition d'un délai limité, le Conseil

[1561] C. Mamontoff explique qu' « Une autre façon de permettre une expérimentation bien que celle-ci ne soit pas clairement exprimée, provient dans certains cas de la rédaction de certains types de normes instaurant un pouvoir discrétionnaire de l'administration. C'est le cas des textes qui stipulent que l'administration « peut » réaliser telle ou telle opération innovante ce qui lui permet alors d'expérimenter certaines situations. Ainsi la loi dite « Chalandon » du 22 juin 1987, relative au service public pénitentiaire, instaure que « l'Etat peut confier à une personne de droit public ou privé… une mission portant à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements publics pénitentiaires…, les fonctions autres que celle de direction… peuvent être confiées à des personnes de droit public ou privé…» (N°87-432, JO, 23 juin 1987, p.6775, article 2, alinéas 1 et 3). C. MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.360. C.Mamontoff relève que « dans la pratique, le texte précité a donné lieu véritablement d'une part à l'expérimentation de la conception, la construction et l'aménagement d'une vingtaine d'établissements pénitentiaires par des groupes privés, d'autre part à l'expérimentation de la réalisation de certaines prestations par ces mêmes groupements privés à l'intérieur de ces établissements ainsi construits, pour une durée qui fut fixée initialement à dix ans. », *ibid*.

[1562] Voir le Rapport au président de la République, 1994, Cour des comptes, p.51 et 61.), cité par C.MAMONTOFF, *ibid.*, p.360.

[1563] Décision précitée 93-333 DC du 21 janvier 1994.

[1564] « Enfin, une décision de 1994 du Conseil constitutionnel apporte encore des précisions sur une autre condition que doit présenter l'expérimentation : celle de durée limitée. L'article 11 de la loi du 1er février 1994, modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, autorisait le CSA à délivrer, sans procéder à un appel à candidatures, des autorisations d'émettre à un service de télévision hertzienne pour une durée n'excédant pas six mois. ». Le Conseil constitutionnel a jugé la loi conforme à la Constitution puisque « le législateur a pu estimer que la procédure d'appel à candidatures définie aux articles 29 et 30 de la loi du 30 septembre 1986 était inadapté par sa lourdeur à des expériences occasionnelles ou saisonnières ». En outre, « une telle autorisation de caractère temporaire doit être entendue comme ne permettant pas de renouvellement immédiat au regard des règles fixées par les articles 29 et 30 de ladite loi en matière d'appel à candidatures… que sous cette réserve d'interprétation, les dispositions de l'article 11 de la loi déférée ne méconnaissent aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle ». C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p. 362.

[1565] *Ibid.*, p.362.

constitutionnel tient à s'assurer qu'il ne s'agit pas pour le législateur d'instaurer durablement un régime dérogatoire couvert par le principe d'une expérience qui n'aurait pas de terme déterminé. En outre et surtout, si le principe d'un délai limité n'est pas fixé, le bilan de l'expérience devient tout à fait incertain. À cet égard il convient de noter que la jurisprudence du Conseil d'État impose une exigence comparable s'agissant de la durée de l'expérimentation[1566].

Le contrôle du Conseil constitutionnel s'agissant de la méthodologie de l'expérimentation reste très limité. Pour l'essentiel, le Haut Conseil se borne à contrôler le caractère sincère de l'expérimentation en imposant un effet utile.

[1566] C. MAMONTOFF évoque les conditions fixées par le Conseil d'État en matière d'expérimentions. « il s'agit essentiellement du respect de la durée limitée de l'expérimentation ». C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.361. « C'est un avis d'assemblée générale du Conseil d'Etat qui vient préciser les contours que doit avoir l'expérimentation administrative » (Section des travaux publics, n°353605 du 24 juin 1993). Le ministre de l'équipement avait saisi le Conseil d'Etat d'une demande d'avis tendant à savoir si la pluralité des tarifs de base et la modulation temporelle de ces tarifs applicables au TGV Nord Europe à compter du 23 mai 1993 étaient compatibles tant avec les principes du service public qu'avec les dispositions du cahier des charges de la SNCF. », *ibid.,* pp.363-364.
L'apport le plus intéressant de cet avis, rejoignant d'ailleurs la position du Conseil constitutionnel, est relatif à la notion de durée déterminée de l'expérimentation : la rupture d'égalité qui s'instaure du fait de l'application limitée d'une mesure n'est envisageable que pour un temps limité, ou période expérimentale… ». Pour le Conseil d'État, « cette situation ne saurait se perpétuer sans créer une disparité de traitement injustifiée entre les usagers du TGV Nord et ceux d'autres lignes de la SNCF répondant aux mêmes caractéristiques ».« Pour le Conseil d'Etat, cette différence de traitement n'est concevable que pour une période expérimentale, qu'il fixe à un an dans l'affaire précitée… Cette différence de traitement ne peut être indéfinie et doit avoir obligatoirement un terme.», *ibid.*, p.364.

Conclusion du Chapitre 2

L'évaluation législative s'inscrit en totale opposition avec la tradition législative française. Elle s'oppose au postulat de la rationalité naturelle de la loi pour s'inscrire dans la perspective d'une rationalité éprouvée. La loi sacralisée en tant que produit de la raison, doit être remise perpétuellement en cause : « L'expérimentation apparaît sous cet angle comme un moyen de restauration de la symbolique de la loi, en remplaçant celle-ci sous l'empire de la rationalité »[1567]. D'un côté, elle gagne en « rationalité scientifique »[1568]. D'un autre côté, sujette à l'évaluation, la loi perd de son caractère sacré et incontestable[1569].

L'évaluation de la loi apparaît comme un procédé incontournable dans la perspective de l'exigence d'efficacité. Pourtant, cette évaluation ne va pas sans soulever de nombreuses questions relatives à ses modalités et *in fine* ses finalités. L'intérêt que présente ce procédé en termes d'efficacité n'efface pas les risques qu'il fait peser en matière de respect des valeurs constitutionnelles.

L'évaluation échappe largement au contrôle du juge constitutionnel français sauf lorsqu'elle est décidée *a priori* dans le cadre de lois expérimentales. Le Conseil constitutionnel a imposé le respect de principes permettant d'encadrer constitutionnellement la pratique de ces expérimentations. Il veille ainsi à ce que la loi expérimentale soit suffisamment claire et précise afin que l'expérience soit véritablement encadrée par le législateur. Le Conseil constitutionnel veille d'une manière générale à ce que l'expérimentation ne mette pas en cause les principes, droits et libertés de valeur constitutionnelle[1570]. En outre, dès lors que le législateur entend procéder à une telle expérimentation, le Conseil constitutionnel s'attache à vérifier le caractère sérieux de celle-ci en imposant un délai limité et une évaluation en fin d'expérience.

[1567] J.CHEVALLIER, « Les lois expérimentales. Le cas français », art. cit., p.143.

[1568] C. MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », *RDP* n°2, 1998, p.352.

[1569] « La loi est l'incarnation de la raison universelle… Avec l'expérimentation, cette conception prend un sérieux coup, puisque non seulement la norme expérimentale est à l'origine d'un texte à durée déterminée, d'application limitée, mais de plus la norme définitive est le fruit du résultat du test sur un échantillon et constitue de ce fait un aveu d'ignorance de la part de ceux qui font la règle. », C.MAMONTOFF, « Réflexion sur l'expérimentation du droit », art. cit., p.371. L'auteur poursuit : « Mais l'on connaît bien les limites de la conception dogmatique de la loi. L'expérimentation ne serait alors que l'illustration du courant selon lequel la norme n'a pas un caractère métaphysique, mais qu'elle est la réponse à un problème de société à un moment donné – aujourd'hui celui de la recherche de l'efficacité », *ibid.*

[1570] On retrouve cette condition dans le cadre de la révision constitutionnelle de 2003 relative aux expérimentations. Le nouvel alinéa 4 de l'article 72 prévoit que « dans les conditions prévues par une loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ».

Ces conditions fixées par le Conseil constitutionnel apparaissent largement limitées au regard des nombreuses exigences méthodologiques qui seront les gages d'une « bonne évaluation ». Surtout, le Conseil constitutionnel dans son contrôle des lois expérimentales reste soumis à une limite fondamentale qui consiste pour lui à être saisi. La loi du 10 avril 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information[1571], n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel « mais on peut estimer qu'elle remplit les conditions juridiques d'une expérimentation régulière au regard du principe d'égalité »[1572] : champ géographique limité, définition précise des critères d'intérêt général justifiant la dérogation, fixation d'une durée maximale d'expérimentation et organisation d'une procédure d'évaluation. De plus, la loi exigeait des bénéficiaires qu'ils respectent un cahier des charges… De même, la loi du 25 juillet 1994 qui autorise les collectivités locales et les organismes de sécurité sociale à « mettre en œuvre des dispositifs expérimentaux d'aide aux personnes âgées dépendantes » n'a pas été soumise à l'examen du Conseil constitutionnel. Cette loi dont la constitutionnalité a pu être jugée douteuse ne fixe pas de durée de l'expérience et manque de précision[1573].

[1571] Loi n°96-299.
[1572] Rapport public du Conseil d'État,1996, précité p .50.
[1573] Rapport public du Conseil d'État, 1996, précité p.50.

Conclusion de la Sous partie 2 La légistique : Recette d'une bonne loi

> « Les ingrédients sont simples qui font les bonnes recettes : identifier précisément le problème à traiter, qu'il soit vaste ou étroit ; s'interroger honnêtement, et recueillir des avis extérieurs, pour savoir si sa solution relève bien de la loi, ne fût-ce qu'en partie ; puis envisager celle qu'il faudrait faire, mais en se souciant de la place harmonieuse à lui donner dans l'ensemble plus vaste où il lui faudra s'insérer, en traquant les frottements éventuels avec d'autres textes en vigueur ou en préparation ; finalement établir une esquisse, non des articles eux-mêmes mais de ce qu'ils devront contenir. Ensuite ? Surtout ne pas rédiger, mais plutôt questionner, consulter, concerter de la manière la plus large, la plus ouverte possible ; après seulement, commencer à écrire et, de nouveau, questionner, consulter, concerter comme devant. Alors naîtra un avant-projet qui aura quelque chance d'être bon, quitte à se révéler assez éloigné de ce que le concepteur initial pouvait avoir en tête, sauf encore à ce qu'à l'inventaire le besoin de la loi se soit évanoui ». (Guy Carcassonne)[1574]

La recherche d'efficacité est devenue une préoccupation fondamentale dans de nombreuses sociétés démocratiques[1575]. Cette préoccupation apparaît légitime puisqu'il s'agit de faire en sorte que la loi produise les effets recherchés dans la réalité. La méthodologie préconisée par la légistique présente l'intérêt de couvrir l'ensemble du processus d'élaboration de la loi et de proposer à chaque étape une liste de questions à résoudre pour garantir l'efficacité de la loi. Les auteurs de cette discipline s'attachent à envisager la production normative au regard de critères scientifiques ou objectifs : il s'agit de rationaliser l'élaboration des lois[1576].

L'exigence d'efficacité de la législation ne résulte pas de l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. C'est la doctrine - et en particulier celle qui traite de la légistique - qui a le plus développé d'études sur les critères d'une loi idéale-efficace. Notre analyse a

---

[1574] G. CARCASSONNE, « Penser la loi », art. cit., pp.48-49. L'auteur utilise la figure du moule : « la fabrication en série n'est pas incompatible avec la qualité, qu'elle peut même en être le vecteur, mais à la condition que le modèle ait été soigneusement pensé… », *ibid.,* p.40.

[1575] Voir à cet égard, l'étude comparative menée lors du Séminaire en Valais organisé sous la direction de C.-A.Morand, *Évaluation législative et lois expérimentales,* op. cit.

[1576] L.MADER, « La législation : objet d'une science en devenir ? », in *Sciences de la législation*, Travaux du centre de philosophie du droit, Paris, PUF, 1988.

consisté à « faire parler la doctrine », pour mettre en contraste le rôle du juge constitutionnel. Les incursions du Conseil constitutionnel dans le domaine de l'efficacité de la loi sont encore très contenues.

Avant même d'envisager les limites du Conseil constitutionnel au regard de cette méthodologie, il convient de souligner les limites de cette méthodologie. La clarté du découpage en différentes étapes et la présentation du cercle qu'elles forment ne doit pas dissimuler le fait qu'il s'agit « de logiques générales de raisonnement »[1577]. Ces méthodes n'ont ainsi pas vocation à fournir des solutions universelles puisque chaque cas supposera d'analyser ses spécificités et de trouver des solutions adaptées. C'est alors principalement les compétences des opérateurs qui feront la qualité : « ces méthodes ne sont donc qu'une base logique et il faut largement les dépasser pour agir efficacement, en partant des réalités et en procédant de façon pragmatique et compétente »[1578].

En la matière, les limites du Conseil constitutionnel sont évidentes. Elles se traduisent par le fait qu'il n'est pas celui qui peut impulser la loi. Il ne peut qu'entériner les choix du législateur quant à l'opportunité de la loi. En outre, s'agissant de la détermination des objectifs législatifs et des moyens mis en œuvre par la loi, le juge constitutionnel exerce un contrôle relativement restreint. D'une manière générale, les leviers qui conditionnent l'efficacité de la loi échappent largement au Conseil constitutionnel puisqu'elles relèvent du pouvoir discrétionnaire du législateur. Elles ont trait à la méthode législative.

Le rôle du Conseil constitutionnel eu égard à l'exigence d'efficacité de la loi se réduit bien souvent à encadrer les pratiques législatives pour éviter des dérives susceptibles de porter atteintes aux valeurs constitutionnelles. Ce rôle est clairement établi en matière d'expérimentations législatives. Parce que les dangers d'une méconnaissance des principes constitutionnels sont bien réels, le Conseil constitutionnel va exercer une vigilance accrue sur ces dispositifs, afin de maintenir la première fonction de la loi : l'effectivité des droits et libertés fondamentaux.

Pourtant, l'étude de sa jurisprudence permet de constater que le juge constitutionnel a été conduit à imposer, peut-être implicitement, mais certainement, des exigences fondées sur la recherche d'efficacité de la loi. En contrôlant l'adéquation des moyens mis en œuvre vis-à-vis des objectifs poursuivis, le Conseil constitutionnel s'immisce dans la méthodologie législative en imposant un minimum de cohérence interne à la loi. En l'état, sa jurisprudence a ouvert des brèches dont il reste à savoir s'il les exploitera à l'avenir.

[1577] C. DOUCET, *La qualité*, op. cit., p.40.
[1578] C. DOUCET, *La qualité*, op. cit., p.40.

Les limites du Conseil constitutionnel ne résultent pas seulement de sa politique d'auto-limitation. S'agissant de l'exigence d'efficacité, les limites s'imposant au Conseil sont également exogènes. À cet égard, une des grandes limites s'imposant au Conseil réside dans l'absence d'influence sur le pouvoir réglementaire s'agissant de l'adoption des mesures d'applications permettant l'entrée en vigueur et l'application des lois[1579]. Si la loi est censée entrer en vigueur dès sa publication, il arrive que cette entrée en vigueur dépende de l'édiction de règlements d'application. Comme l'explique B.Mathieu, « si l'application d'une disposition législative est manifestement impossible sans l'intervention d'un règlement d'application, il faudra attendre que l'exécutif prenne un tel acte pour que la loi soit effective »[1580]. Cette question a été jugée suffisamment importante pour qu'une mission d'information commune soit créée. Il en est résulté un rapport intitulé « L'insoutenable application de la loi »[1581]. Il revient en fait au juge administratif de contrôler la mise en œuvre du pouvoir d'exécution des lois. Dans un arrêt rendu le 28 juillet 2000 « Association France Nature Environnement », la haute juridiction administrative considère que « l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi… »[1582]. Cette répartition des tâches juridictionnelles est corrélative d'une répartition des fonctions normatives : à la loi de mettre en œuvre la Constitution, aux textes réglementaires d'assurer l'exécution des lois[1583]. Les retards dans l'application des textes votés par le Parlement ont conduit les assemblées à exiger dans certains cas du Gouvernement qu'il lui

---

[1579] Sur ce sujet, on peut également se reporter aux données de C.MAYNARD, in A.DELCAMP, J-L. BERGEL, A.DUPRAS (dir), *Contrôle parlementaire et évaluation*, La documentation française, 1995.

[1580] B.MATHIEU, *La loi*, op. cit., p.111. Le même auteur évoque ce phénomène des lois inappliquées en présentant des données chiffrées et des graphiques. *Ibid.* pp.111-112.

[1581] « L'insoutenable application de la loi ». Rapport n°2172, juillet 1995.

[1582] C'est en 1995 que le Conseil d'État a, pour la première fois, condamné l'État à une astreinte au motif qu'il n'avait pas pris le décret d'application dans un délai raisonnable. Voir l'arrêt du 11 janvier 1995, *Soulat*. Dans le même sens voir l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 28 juin 2002, *Villemain*. Sur cette question voir J-B. AUBY, « Les délais raisonnables de l'activité réglementaire », *DA*, 2004, n°2, p.3. J-M. AUBY, « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *JCP*, 1953, I, 1080. J-M.BRETON, « L'obligation pour l'administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution des lois. A propos de quelques décisions récentes du juge administratif », *RDP*, 1993, p.1749. M.GUIBAL, « Le retard des textes d'application des lois », *RDP*, 1974, p.1039. G.LARCHER, « Du vote de la loi à son application : vers une fracture réglementaire ? », *DA*, 2004, n°2, p.5. B.SEILLER, « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », *AJDA* 2004, p.761.

[1583] Le Conseil constitutionnel veille au respect de cette répartition. Dans sa décision 2004-493 DC, le Conseil accepte que le règlement de l'Assemblée nationale prévoit que le député rapporteur d'une loi présente un rapport sur l'application de la loi à l'issue d'un délai de six mois. Le Conseil constitutionnel a néanmoins rappelé que ces « missions de suivi …revêtent un caractère temporaire et se limitent à un simple rôle d'information… ; qu'en particulier, s'agissant des Commissions d'enquête, dont les conclusions sont dépourvues de tout caractère obligatoire, le rapport présenté ne saurait en aucun cas adresser une injonction au gouvernement ».

présente un rapport relatif à l'application d'une loi. Pour B.Mathieu, ce type de procédure pose la question de leur efficacité. Celle-ci suppose que les rapports soient effectivement présentés et qu'ils soient également examinés, « ce qui ne semble pas être, jusqu'alors, véritablement le cas»[1584].

Les moyens du Conseil constitutionnel eu égard à l'exigence d'efficacité sont limités. D'une manière générale, on peut constater que le Conseil constitutionnel maintient son contrôle dans le cadre de l'exigence d'effectivité et que cette exigence première constitue un appui pour avancer sur le terrain de l'efficacité de la loi.

[1584] B.MATHIEU, *La loi*, op. cit., p. 130.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE : LE CHOC DES EXIGENCES

> « Mais ce droit aseptisé et constamment révisé n'y perdrait-il pas son âme ? La sécurité juridique ne serait-elle pas menacée par trop d'instabilité ? La loi ne serait-elle pas déshumanisée, trop scientifique pour épouser l'infinité des comportements individuels et l'imprévisibilité des évolutions sociales ? Cette rationalisation de la confection de la loi ne méconnaîtrait-elle l'irrationalité des faits ? S'accommoderait-elle des exigences des valeurs morales et sociales que doit rechercher ou protéger tout système juridique ? Sa technocratie n'éluderait-elle pas toute démocratie ? Les lois sont des règles. Ce ne sont pas des expériences. Un Parlement n'est pas un laboratoire. La règle de droit n'est pas une équation. » (Jean-Louis Bergel)[1585]

En 1789, les constituants assimilent la loi et le bien commun. Ils postulent la corrélation ou l'adéquation entre l'objectif et le moyen. L'exigence première d'effectivité de la Constitution (la loi doit concrétiser les valeurs constitutionnelles et donc réaliser le bien commun) implique une exigence corollaire d'efficacité de la loi. Les deux exigences se confondent et se fondent dans une rationalité présumée de la loi.

L'émergence des sciences sociales a permis de cerner davantage les effets des lois et leur impact à différents niveaux[1586]. Par le recours à ces sciences, on pourrait définir le bien commun et scientifiquement établir le contenu d'une bonne législation. La rationalisation de la production législative, outre qu'elle servirait l'exigence d'efficacité contribuerait également à renforcer la démocratie en plaçant la législation « sous contrôle continu », en permettant au législateur d'être constamment « inspiré et jugé de l'extérieur ». On assisterait ainsi à l'émergence d'une « démocratie permanente et directe » [1587]. De ce point de vue, le courant de la légistique matérielle tendrait à renouer avec la tradition révolutionnaire en réconciliant ces deux exigences d'effectivité et d'efficacité.

Pourtant, nous avons pu constater que cette rationalisation de la production normative n'allait pas sans soulever de délicates questions liées essentiellement au respect des droits et des libertés de valeur constitutionnelle. On a pu à cet égard constater que l'efficacité de la

[1585] J.-L.BERGEL, Préface, in C.-A. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales,* op. cit.,p.9.
[1586] « les méthodes d'élaboration de la loi peuvent profiter d'une meilleure connaissance du milieu social que permettent les techniques d'observation de l'opinion, des individus et des groupes, ainsi que des richesses documentaires actuelles ou du traitement informatique des données ». J.-L. BERGEL, *Ibid.,*p.10.
[1587] *Ibid.*, p.11.

législation constitue un nouveau biais de la justification des lois. Ce qui marche (ce qui est efficace) serait légitime. En outre, en prétendant introduire de la rationalité dans le processus de fabrication des lois, la légistique matérielle révèle de nouvelles tensions entre la loi et la démocratie. Le législateur perd-il dans ce mouvement « une partie de son libre arbitre »[1588] au profit d'une « dictature des experts »[1589] ?

Certains auteurs se sont attachés à mettre en exergue les dérives potentielles de la recherche d'efficacité en droit. Francis Caballero explique ainsi : « mais que le droit lui-même abandonne ses propres valeurs et se réduise à un simple instrument de recherche d'efficacité serait une démission, et en tout cas un recul de l'État de droit »[1590]. Dans le même sens, P.Amselek estime que « réduire le droit à une technique utilitaire de gestion des rapports sociaux visant la seule efficacité, ce serait en faire un outil aux mains de n'importe quel pouvoir. Assimiler la démarche juridique à une démarche technologique cherchant à améliorer l'outil juridique, à le rendre plus performant, ce serait transformer le juriste en ingénieur social et oublier que le droit est aussi et peut-être avant tout un système de valeurs »[1591]. Ces différentes opinions permettent ainsi de constater que les deux exigences tendent à se distinguer nettement l'une de l'autre. Elles entrent en conflit. L'efficacité de la législation menacerait l'effectivité de la Constitution.

L'utilitarisme constitue un courant philosophique orienté par le souci d'efficacité[1592]. L'adage bien connu « la fin justifie les moyens » correspond assez bien à ce courant philosophique. Néanmoins, ce n'est pas sans nuance que Jeremy Bentham entreprend de commenter cette formule : « La fin justifie les moyens. Oui, mais à trois conditions, telles que, si l'une d'elles vient à manquer, la justification se perd.

1. La première est que la fin doit être bonne.
2. La seconde que les moyens soient : ou bien purement bons, ou bien, s'ils contiennent du mal, qu'il y en ait moins dans la balance qu'il n'y a de bien réel dans la fin.

[1588] *Ibid.*, p.10.
[1589] *Ibid.*, p.12.
[1590] F. CABALLERO, « Note sous avis de la Commission de concurrence, 15 novembre 1979 », *D.*1982, p.269.
[1591] P. AMSELEK, « Les fondements ontologiques de la théorétique juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1984, p.205. Cité par F.RANGEON, « L'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, op. cit, p.132.
[1592] V.C.AUDARD, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, PUF, 1999.

3. La troisième que les moyens contiennent plus de bien ou moins de mal, quelle qu'en soit la cause, que d'autres qui auraient pu être utilisés pour atteindre la fin. »[1593]

Dans cette perspective, les deux exigences d'effectivité de la Constitution (comme fin) et d'efficacité de la législation (comme moyen) tendent à se compléter en entretenant des rapports hiérarchiques : L'exigence d'efficacité est donc non seulement déduite de l'exigence d'effectivité mais elle est également subordonnée à cette exigence première. La jurisprudence du Conseil constitutionnel semble également s'inscrire dans cette logique d'articulation des deux exigences. À cet égard, le contrôle mis en œuvre par le Conseil constitutionnel s'agissant de l'exigence d'efficacité emprunte davantage la voie du contrôle de la sécurité juridique et du respect des droits et des libertés. Ce faisant, le Conseil constitutionnel se trouve davantage dans une logique d'effectivité. Néanmoins, tout en veillant à la subordination de l'exigence d'efficacité, l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'inscrit dans un mouvement d'objectivation de la notion d'intérêt général. Ce glissement peut s'expliquer par des considérations stratégiques : l'efficacité permet au juge constitutionnel de se fonder sur des justifications rationnelles alors que l'exigence d'effectivité, même si elle se fonde sur une logique d'articulation rationnelle des domaines constitutionnel et législatif, le conduit à s'aventurer sur le terrain des valeurs.

Dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel s'appuie essentiellement sur des critères tenant à la rationalité. V. Champeil-Desplat évoquera ses deux aspects de la jurisprudence constitutionnelle en ces termes : « Le Conseil constitutionnel du nouveau millénaire a des difficultés à imposer l'image de gardien des droits et libertés à laquelle certains n'ont peut-être jamais totalement cru. Déjà écornée par sa volonté de ne pas apparaître maître du bloc de constitutionnalité, cette image est aujourd'hui brouillée par l'émergence d'une troisième voie de légitimation de l'institution : la préservation de la rationalité du travail législatif. Gageons que cette troisième tête de cerbère ne lui fasse pas totalement oublier la première »[1594].

[1593] Envisageant l'utilisation de ce « sophisme politique », J. Bentham fait preuve d'un certain réalisme : « Dans la bouche de ceux qui soutiennent le pouvoir, il servira à la fortifier dans les cruautés que les suppôts du pouvoir trouvent plaisir à commettre contre ceux qui sont sous leur joug. ». J.BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement. Manuel de sophismes politiques*, Trad. J.-P. Cléro, Bruylant-LGDJ, Coll. La pensée juridique moderne, Paris, 1996, p.343.

[1594] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ? », art. cit., p.254.

On peut aussi définir l'effectivité comme « le degré de réalisation dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »[1595]. Si l'efficacité et l'effectivité se mesurent par le degré d'acceptation de la règle dans la société, alors les qualités formelles vont tendre à réaliser cette double exigence d'efficacité et d'effectivité.

[1595] P.LASCOUME, « Effectivité », in A.J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droi*t, LGDJ et story-scientia, 1988.

DEUXIÈME PARTIE

LES EXIGENCES PORTANT SUR LA FORME

> « L'autre question est celle de savoir ce que le beau (de forme) peut apporter au droit. D'un mot, la fin qui le légitime est d'être, au service du droit, une valeur ajoutée. Dans ses discours, le droit ne cherche pas le beau pour le beau. Ce serait une dérive esthétique. Poursuivant ses propres fins qui sont la vérité (du fait), la justice, l'équité, la loyauté, la mesure, l'utilité, l'opportunité, le souhaitable et le possible, le droit cherche alliance auprès de la beauté du verbe… Il appelle la beauté à son secours, à son aide, pour être mieux compris, mieux perçu, mieux reçu, mieux retenu peut-être…En demandant au citoyen de garder ses tablettes dans son cœur, la loi doit se faire belle. Elle cultive le juste à travers le beau… ».(G.Cornu)[1596]

> « Sa pensée, toute entière à l'élaboration de l'esprit de la loi, a presque toujours laissé au hasard le soin d'en préparer la lettre, et la sagesse est trop souvent sortie contrefaite et mal armée du grand cerveau législatif. » (G.Rousset)[1597]

Les discours concernant les qualités formelles de la loi abondent dans la doctrine juridique et dans l'histoire des idées politiques. Ces qualités renvoient à la loi en tant qu'acte de langage c'est-à-dire en tant que vecteur de communication. Mais il est difficile de ne pas rapprocher ces préoccupations formelles ou « esthétiques »[1598] de la fonction normative de l'acte législatif. La loi ne doit pas être belle pour elle-même[1599], mais parce qu'elle est un moyen de gouvernance. Si la loi incarne un idéal de protection il lui faut revêtir des qualités formelles pour être accessible et donc prévisible. Si la loi incarne un idéal démocratique, elle doit pareillement « se faire belle » pour être mieux connue des citoyens.

[1596] G. CORNU, « Le juste et le beau », présentation du thème *Droit et esthétique*, au colloque de l'association française de philosophie du droit, Paris, Décembre 1994, in *L'art du droit en quête de sagesse*, coll. Doctrine juridique, PUF, 1998, Chap.10, pp.143-144

[1597] G.ROUSSET, « De la lettre des lois ou de la codification et de la rédaction rationnelle des lois », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1857, T.X, p.322.

[1598] Ce rapprochement de l'esthétique et de la fonction de la loi n'est pas sans rappeler la conception de l'esthétique comme valeur éthique défendue par Rousseau. Denis Leduc-Fayette écrit à cet égard que pour J.-J. Rousseau « la valeur éthique est la norme de la valeur esthétique. Les deux ordres sont étroitement liés : « J'ai toujours cru que le bon n'était que le beau mis en action, que l'un tenait intimement à l'autre, et qu'ils avaient tous deux une source commune dans la nature bien ordonnée. » ». D.LEDUC-FAYETTE, *J.-J. Rousseau et le mythe de l'antiquité*, Vrin, 1974, p.117.

[1599] « C'est un atout ; ce n'est qu'un appoint », G. CORNU, « Le juste et le beau », art.cit., pp.143-144.

Le même souci de rationalité du droit commande au législateur de répondre – parallèlement aux exigences touchant au fond – à des exigences touchant à la forme des lois. En effet, l'esthétique de la norme se fonde sur des critères fonctionnels. C'est en considération des fonctions présupposées de la loi qu'on lui impose des critères touchant à sa forme. La forme rejoint ainsi le fond même si la distinction reste pertinente puisqu'il s'agit moins d'associer que de réconcilier la raison et la clarté[1600], le fond et la forme, « le juste et le beau »[1601].

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les qualités formelles sont tout d'abord affectées à l'exigence de prévisibilité. Les qualités de clarté et de précision sont destinées à réduire la marge de codétermination des autorités d'application. Le Conseil constitutionnel cherche ainsi à assurer une certaine sécurité juridique à travers les qualités formelles qu'il impose à la loi. Elle doit assurer la « prévisibilité de la collaboration inter-normative »[1602] afin de « prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution »[1603]. Ce sont les administrés et les justiciables qui sont ici bénéficiaires de l'exigence de prévisibilité puisqu'il s'agit de leur permettre de régler leur comportement en considération des effets prédictibles des règles de droit. Les exigences portant sur la forme ne disposent pas d'une d'autonomie contentieuse puisqu'elles sont ainsi consubstantiellement liées à la préservation de l'ensemble des droits et des libertés de valeur constitutionnelle[1604].

En axant son contrôle sur la prévisibilité de la loi, la jurisprudence du Conseil constitutionnel portait en germe les évolutions axées sur l'impératif de lisibilité de la loi. En

---

[1600] C'est dans cette perspective que Boileau envisage l'art poétique. La formule célèbre suffit à résumer sa conception dans ce domaine : « ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement,/ Et les mots pour le dire arrivent aisément ». BOILEAU, *Art poétique*, Chant I, vers 153-154.

[1601] G.Cornu explique à cet égard : « La présence de l'esthétique à l'œuvre juridique est, à première vue, moins repérable. Elle est pourtant indéniable, soit quand elle fait cruellement défaut, soit quand elle paraît. En raisonnant sur les monuments du droit – lois, arrêts, œuvres doctrinales – il devient évident que certains spécimens – faudrait-il dire les plus nombreux ? – ne sont pas très beaux, mais que d'autres, merveilleusement, le sont »… « De quelle beauté s'agit-il ? Pour l'essentiel, celle des textes, de celle des énoncés de droit, de ses discours. C'est une beauté linguistique, ce qui embrasse non seulement l'art du mot, mais le génie de l'ordonnancement. Le droit, lorsqu'il est écrit ou lorsqu'il parle, est littéraire. »… « dans le droit aussi habite le génie de la langue », G.CORNU, « Le juste et le beau », art. cit. p.143.

[1602] Voir à cet égard G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1991.

[1603] Voir la formule élaborée par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2001-455 DC. Loi de modernisation sociale.

[1604] Ce lien est illustré par les considérants de principe du Conseil constitutionnel relatifs au principe de clarté et à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Le juge constitutionnel considère en effet que « … l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la « garantie des droits » requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel « cet exercice n'a de borne que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Décision 99-421 DC du 16 décembre 1999. *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*. Recueil, p. 136.

effet, chemin faisant, les qualités formelles tendent à s'autonomiser sur le fondement du principe démocratique. Les défaillances formelles sont alors sanctionnées en tant que telles, puisqu'elles portent atteinte à l'intelligibilité de la loi. Ce sont alors les citoyens (et non plus seulement les administrés et les justiciables) qui deviennent directement bénéficiaires des exigences esthétiques attachées à la loi. La loi doit posséder des qualités formelles permettant sa connaissance et donc sa réception par ses destinataires. On passe du souci de prévisibilité à celui de lisibilité, d'une exigence de sécurité juridique à une exigence démocratique.

On peut ainsi constater que les exigences touchant à la forme rejoignent des exigences touchant au fond : l'exigence de prévisibilité de la loi est destinée à garantir la sécurité juridique des citoyens, laquelle est consubstantielle de l'effectivité de leurs droits et libertés. L'exigence de lisibilité se rattache à l'impératif démocratique, lequel se rattache à l'efficacité de la loi.

Entre la prévisibilité et la lisibilité, la frontière apparaît naturellement poreuse. La loi ne peut être prévisible si elle n'est pas lisible. Corrélativement, les moyens destinés à servir l'une de ces exigences demeurent *a priori* pertinents pour soutenir l'autre. Néanmoins la distinction entre ces deux exigences reste pertinente[1605]. Elle repose, tout d'abord, sur l'évolution chronologique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a commencé par imposer des qualités formelles liées à l'exigence de prévisibilité avant d'amorcer un contrôle de la lisibilité de la loi. Il y a donc, entre ces deux sous parties, une distinction chronologique : la volonté du juge constitutionnel d'assurer une prévisibilité minimale de la norme législative l'a conduit à exiger une lisibilité minimale de la loi. En outre, la prévisibilité concerne avant tout le resserrement de la contrainte normative et vise donc les autorités d'application en réduisant leur marge de « codétermination » du sens de la loi. Elle renvoie ainsi à la fonction législative de distribution des compétences. Cette fonction n'est pas anodine du point de vue citoyen, puisque la prévisibilité est destinée à réduire la marge d'appréciation des autorités d'application et donc l'arbitraire de l'administration et du juge. Mais cette exigence concerne essentiellement l'administré et le justiciable dans leurs rapports avec les institutions publiques. Parallèlement, l'exigence de lisibilité concerne essentiellement le citoyen. Elle repose surtout sur l'idéal démocratique véhiculé par la loi. Cette exigence a trait au lien qui unit le citoyen à ses représentants.

[1605] A.Flückiger utilise une distinction qui recoupe largement celle proposée dans notre étude. Il distingue la « lisibilité » (clarté et concision de l'énoncé) de la « concrétisabilité » (précision de l'énoncé). Voir A.FLÜCKIGER, « Le principe de clarté ou l'ambiguïté d'un idéal », *CCC*, n°21. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

Il convient ainsi de constater que les exigences portant sur la forme des lois ont vocation à servir ces deux exigences intrinsèquement liées : la prévisibilité (Sous partie I) et la lisibilité (sous partie II).

SOUS PARTIE I

L'EXIGENCE DE PRÉVISIBILITÉ

> « Dans une démocratie, la souveraineté nationale s'exprime dans la loi. La loi donne la règle de conduite. Il faut qu'elle soit régulièrement établie, qu'elle soit connue de ceux à qui elle doit s'appliquer, qu'elle édicte des dispositions claires et précises. Si la règle imposée n'émane plus du législateur, ou si elle est impossible à connaître ou à comprendre, les hommes perdent toute direction, ne savent plus ce qui est permis ou défendu, trouvent dans leur ignorance une excuse à leur inconduite et vivent dans l'incertitude sur l'étendue de leurs droits » (Georges Ripert)[1606]

L'exigence de prévisibilité renvoie à la fonction de la loi au regard des autorités d'application. La loi constitue la pièce maîtresse de la coordination inter-normative. Ainsi envisagée, elle doit poser les principes de son application à venir. Les qualités formelles de l'acte législatif sont intrinsèquement liées à cette exigence. La loi doit être claire et précise « afin de prémunir les sujets de droit »[1607] contre une application indéterminée et donc potentiellement contraire à la Constitution. Il en va de la sécurité juridique des administrés et des justiciables, de laquelle dépend l'effectivité de l'ensemble des droits et libertés de valeur constitutionnelle. D'une manière générale, il apparaît que les exigences formelles destinées à rendre la loi compréhensible sont des corollaires du principe de légalité. Thomas More présente cette corrélation dans son Utopie : « Qu'importe à la masse, c'est-à-dire à la classe la plus nombreuse et qui a le plus grand besoin de règles, qu'il n'y ait pas de lois du tout ou que celles qui existent ne doivent un sens qu'aux interminables discussions de savants

---

[1606] G.RIPERT, *Le déclin du droit*, op. cit. p.156.

[1607] Voir à cet égard, la formule utilisée par le Conseil constitutionnel dans ses considérants de principes en matière de clarté et d'intelligibilité de la loi. Notamment la décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002. *Loi de modernisation sociale*. Recueil, p. 49. Le juge constitutionnel considère « qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soi assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi ; qu'à cet égard le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui impose, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques… ».

personnages, qui ne sauraient être intelligibles au jugement sommaire du bon peuple et encore moins à des gens dont la vie est occupée toute entière par la conquête du pain ? »[1608]

Les qualités formelles de la loi sont ainsi destinées à renforcer la prévisibilité des effets de la loi. Si l'interprète de la norme est considéré comme libre des réalistes comme Michel Troper[1609], force est de constater que le Parlement, soutenu par le Conseil constitutionnel, dispose des moyens de resserrer la contrainte normative en renforçant la « prédétermination » de la norme[1610]. Si l'on accepte le postulat de la liberté de l'interprète, nous adhérons donc à l'analyse selon laquelle la qualité de la norme a vocation à réduire l'indétermination de son interprétation à venir. La qualité rédactionnelle de la loi joue ainsi comme une contrainte sur le pouvoir d'interprétation des autorités d'application de la loi.

Le Conseil constitutionnel a très tôt manifesté son souci de prévisibilité. Il a ainsi imposé au législateur les qualités de clarté et de précision des lois. Plusieurs techniques vont ainsi converger sur cette exigence : l'incompétence négative, le principe de clarté, mais également la lutte contre les dispositions floues à la portée normative incertaine ou encore les réserves d'interprétation, permettent au Conseil constitutionnel d'œuvrer en faveur de cette exigence de prévisibilité. Reste que, dans cette perspective, les limites du Conseil constitutionnel sont intimement liées à la nature de son contrôle. Statuant *a priori* sur l'application à venir de la loi, il lui est plus difficile de s'imposer face aux autorités d'application. *In fine*, le sens de la loi au moment de son application échappe à son contrôle.

Après avoir envisagé les fondements de cette exigence (Titre I), nous pourrons mettre en exergue les moyens développés par le Conseil constitutionnel pour y satisfaire (Titre II), avant de mettre en lumière les limites intrinsèques du Conseil constitutionnel face aux autorités d'application (Titre III).

[1608] Th. MORE, *L'Utopie*, Trad. Marie Delcourt, éd. La renaissance du livre, p.116.

[1609] Voir notamment, M.TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, Paris, 1994. Voir spécialement, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *ibid*., pp.293-315.

[1610] Expression empruntée à Gérard Timsit. G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, Coll. Les voies du droit, Paris, 1991, spec. pp.57 et s. Du même auteur, voir également, *Les figures du jugement*, PUF, Coll. Les voies du droit, Paris, 1993 et *Archipel de la norme*, PUF, Coll. Les voies du droit, Paris, 1997.

TITRE I

LES FONDEMENTS DE L'EXIGENCE DE PRÉVISIBILITÉ

> « Il importe tellement à la loi qu'elle soit certaine que, sans cette condition, elle ne peut pas même être juste » (F.Bacon[1611])

La loi, en tant qu'acte de langage, se trouve confrontée au défi de la communication : il s'agit pour le législateur de transmettre aux destinataires de la loi une pensée par la voie d'un code, le langage. La linguistique expose à cet égard des théories qui sont parfaitement transposables dans le monde du droit : l'émetteur émet des signes qui doivent être reçus par un récepteur. Entre l'intention de l'émetteur et ce qui sera effectivement compris par le récepteur, il existe une « zone de flottement ». La qualité formelle d'un texte de loi est ici destinée à réduire, autant que faire se peut, cette « zone» d'indétermination. Cet espace incompressible d'indétermination d'un texte est un problème majeur en droit dans la mesure où il porte atteinte à un impératif de sécurité juridique. Il rend plus ou moins incertains les effets à venir de la règle de droit.

L'exigence de prévisibilité a toujours guidé les légistes en matière de production normative. À l'époque moderne, Beccaria systématisera cette exigence par le biais du principe de légalité des délits et des peines[1612]. L'exigence de prévisibilité étant d'autant plus impérieuse dans le domaine du droit pénal, elle n'en reste pas moins nécessaire dans les autres branches du droit. Ce faisant, on peut parler d'une généralisation du principe de légalité à l'époque contemporaine qui se traduit par l'émergence du principe de sécurité juridique. C'est en effet l'ensemble des droits et libertés reconnus constitutionnellement qui se trouvent ainsi potentiellement mis en cause. Leur effectivité est ainsi fonction du degré de réalisation de cette exigence de prévisibilité. La loi n'assure de protection que lorsqu'elle est connue des sujets de droit qui peuvent en prévoir les effets et orienter en conséquence leur comportement. À ce titre, la loi devra posséder les qualités linguistiques de précision et de clarté qui permettront de prédéterminer les effets de son application à venir.

[1611] F.BACON, *Œuvres,* Tome 1, Livre VIII, « La certitude est la première dignité des lois », éd. Charpentier, Paris, 1845, p.424.
[1612] BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991.

L'évolution contemporaine du droit, caractérisée par la « complexité » et la « flexibilité »[1613], semble contrarier cette exigence. Deux tendances parallèles cumulent leurs effets en rendant plus difficile la prédictibilité des effets de la norme. D'une part, la tendance à entrer dans toujours plus de détails contribue à un gonflement et à une complexification de la norme. D'autre part, la tendance au développement d'un « droit mou » irrigué de « notions floues »[1614] rend d'autant plus difficile la réalisation de cette exigence de prévisibilité. Face à cette évolution, cette exigence n'en devient que plus impérieuse.

Nous pourrons constater que la prévisibilité est une exigence intimement liée au phénomène juridique (chapitre 1), qu'elle constitue une exigence au service des sujets de droit (chapitre 2), et qu'elle est rendue d'autant plus nécessaire face aux évolutions contemporaines du droit (chapitre 3).

[1613] Pour J.CHEVALLIER, le passage à la post-modernité se traduit par cette évolution vers un droit caractérisé par sa complexité et sa flexibilité. « Vers un droit post-moderne », art. cit., p.671.
[1614] Voir notamment, M.DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, 1986.

Chapitre 1

Une exigence intrinsèquement liée au phénomène juridique

Le droit est un système de langage. Il n'existe que par l'intermédiaire des mots. Si le langage juridique connaît des règles spécifiques, il reste soumis aux principes de la science du langage : la linguistique[1615]. Ainsi, les limites du langage comme vecteur de communication (section 1) soulève dans le monde du droit la question centrale de l'interprétation (section 2). La légistique formelle s'inscrit dans cette perspective pour renforcer la prévisibilité des lois (section 3).

[1615] Voir à cet égard, J.PERROT, *La linguistique,* Coll. Que sais-je ?, n°570, PUF, Paris, 2007. « La linguistique a pour objet l'étude scientifique des langues ; elle saisit dans les manifestations qu'en sont les langues un phénomène aux aspects multiples, le langage. Le langage se présente à nous, extérieurement comme un instrument de communication entre les hommes ; il apparaît partout où les hommes vivent en société, et il n'existe pas de langage qui soit pratiqué sans servir de moyen de communication ». *Ibid.,* p.5.

Section 1 Les limites du langage comme vecteur de communication

« La fonction du langage est de communiquer, c'est-à-dire de transmettre une pensée d'un locuteur à un (ou des) allocuteur (s) »[1616]. Utilisant les principes de la communication télégraphique[1617], M.Guiraud explique que « toute communication repose sur ce même schéma. »

Référent
.
.
véhicule . véhicule
Émetteur …… Message …….. Récepteur
.
.
.
Code

« Dans la communication linguistique, le référent (ou contenu) est constitué par la pensée, le code par la langue, le véhicule par l'air ambiant, porteur des ondes acoustiques... »[1618]. Dans la communication juridique : le référent est constitué par la norme, le code reste le langage, et le support écrit (*instrumentum*) tient lieu de véhicule.

La zone de flottement existant entre la pensée émise par l'émetteur et celle qui sera comprise par le récepteur est liée au caractère incertain du code : le langage qui constitue selon l'expression prêtée à Saussure « une somme d'empreinte » ne peut être la source d'une interprétation univoque. En outre, l'interprétation d'un texte varie en fonction de différents paramètres : Qui est l'émetteur ? À qui s'adresse-t-il ? En quelle forme et pour dire quoi ?

« A communique à B une pensée P dans une forme F »[1619]

[1616] P.GUIRAUD, *La stylistique*, Coll. Que sais-je, n°646, PUF, Paris, 1970, p.86.
[1617] Celui-ci comprend « un émetteur et un récepteur réunis par un véhicule (la ligne télégraphique) au moyen duquel est transmis un message. Ce dernier a une certaine forme (une séquence de point et de traits dans le message en morse). Cette forme réfère à un contenu (ou référent) du message ; et elle résulte d'un codage à partir d'un ensemble de règles d'équivalence qui permettent de substituer des combinaisons de points et de traits aux différentes lettres de l'alphabet. L'accord sur les règles du code permet le codage du message à l'émission et son décodage à la réception. » *ibid.*p.86.
[1618] *Ibid.,* p.86.
[1619] *Ibid.,* p.124.

Pensée

A----------B

Forme

« Entre ces quatre termes s'institue un système d'interrelations complexes. Qui est A ? Quelle idée se fait A de lui-même ? Quelle idée se fait-il de B ? Et quels sont les rapports de A et B avec la pensée P et la forme F, avec la pensée et le langage en général ? Etc… On rentre bientôt dans un jeu de miroirs d'une complexité et d'une subtilité infinie»[1620]

La loi est donc confrontée, en tant qu'acte de langage, aux mêmes obstacles liés à la communication. À l'aune de ces principes, on doit considérer que le sens d'une prescription légale n'est jamais certain *a priori*. Paul Ricoeur formula ce principe de manière générale : « le sens d'un texte n'est pas derrière le texte, mais devant lui »[1621]. Ainsi, ces problématiques liées à l'interprétation des actes de langage sont parfaitement transposables au domaine juridique. Hart mettra en exergue la notion d' «open texture» pour désigner le caractère incertain de la règle de droit[1622]. Évoquant « l'insoutenable légèreté de l'être du droit », M.Amselek explique : « En réalité, la communication des choses de l'esprit ne peut forcément être qu'indirecte, médiatisée : pour que le contenu de pensée immanent à mon esprit puisse passer dans l'esprit d'autrui, il faut que j'émette vers autrui des signes sensibles susceptibles d'être perçus par lui, et notamment des signes tels que des paroles proférées ou écrites. À partir de ces signes qu'il perçoit, qu'il capte, autrui va se livrer à une opération d'interprétation consistant à sauter du signe ou signifiant au sens ou signifié, c'est-à-dire qu'il va reconstituer dans son propre esprit – sur son écran intérieur – le contenu de pensée qui lui a été indirectement communiqué au moyen de signes… Cette médiateté de nos communications de pensée, avec tous les risques de malentendu ou mésentente que l'on connaît, se retrouve à propos de la communication intersubjective de ces outils mentaux spécifiques que sont les

[1620] *Ibid.,* p.124.

[1621] Cité par M.VAN DE KERCHOVE, « La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, P.AMSELEK (dir.), Paris, PUF, 1986, p.240.

[1622] H.L.A HART, *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Fac. Univ. Saint-Louis, 1976, spécialement p.155-168. L'auteur explique que « l'existence de toute règle nous amène à identifier ou à qualifier des cas généraux, et chaque fois que nous sommes disposés à appeler quelque chose une règle, il est possible de distinguer des cas centraux et clairs, auxquels elle s'applique avec certitude, et d'autres pour lesquels il existe des raisons aussi bien d'affirmer que nier qu'elle s'y applique. Rien ne peut éliminer cette dualité qui existe entre un noyau de certitude et une pénombre de doute, lorsque nous sommes appelés à subsumer des situations particulières sous des règles générales. Cela aboutit à reconnaître à toutes les règles une marge d'imprécision ou « une texture ouverte ». *Ibid.,*p.153. L'auteur considère ainsi que « dans tous les champs de l'expérience, et non pas seulement dans celui des règles, il existe une limite inhérente à la nature du langage, au pouvoir de nous guider que possèdent les formes générales d'expression du langage ». *Ibid*, p.157.

normes juridiques»[1623]. Véronique Champeil-Desplats, faisant référence aux écrits de Michel Troper, écrira, « un énoncé, parce qu'il est toujours interprété et réinterprété, n'a pas de sens intrinsèque ; une notion juridique n'a pas de sens en elle-même »[1624].

C'est dans cette perspective de prévisibilité que le langage du droit a progressivement délaissé l'oral pour adopter presque totalement l'écrit. L'émergence de l'écriture explique, selon Jacqueline de Romilly, le formidable développement de la pratique législative dans la Grèce antique : « Par l'écriture, il devenait aisé de fixer, une fois pour toute et à l'usage de tous, les règles qui, jusqu'alors, ne pouvaient représenter que des traditions incertaines soumises soit au secret soit à l'arbitraire des interprétations »[1625]. Expliquant la supériorité de l'écrit sur l'oral dans le système juridique G.Cornu explique : « L'écriture procure à la société la sécurité juridique à laquelle elle aspire »[1626]. Pourtant, le recours à l'écriture est loin de garantir la prévisibilité des effets de la loi, c'est-à-dire le sens qui lui sera conféré par les autorités d'application. D'une part, on doit constater que, paradoxalement, plus il y a d'écrit fixant les détails des droits et des obligations de chacun, plus cela accroît le volume des lois et porte atteinte à la sécurité juridique. En outre, il convient de constater que l'écrit - peut-être moins que l'oral - reste néanmoins toujours soumis à une relative indétermination.

Cette limite du langage en tant que vecteur de communication pose alors la question de l'interprétation en droit.

[1623] P.AMSELEK, « La teneur indécise du droit », *RDP*, n°2, 1991, p.1202.

[1624] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, p.326. L'auteur y fait référence à l'article de M.TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », *Recueil en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, pp.142-143.

[1625] J. de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, Les belles lettres, 2ème éd., Paris, 2002, p.11.

[1626] G. CORNU, « L'écrit dans les perspectives du droit (réflexions sur un symbole et des pratiques) », Conférence donnée à Dijon en mars 1994 (autour du thème des rapports entre la justice et de l'écrit), in *L'art du droit en quête de sagesse*, chap. 20, op.cit., pp.253-254. Le même auteur poursuit : «L'apanage de l'écrit est de donner un support à l'acte, de le matérialiser ». « Pour s'en tenir aux fonctions, ce que l'on attend impérieusement de l'écrit est qu'il soit fidèle et durable », *ibid*.

Section 2 La question centrale de l'interprétation en droit

L'émetteur du message, le législateur, est-il en mesure de se faire comprendre par ceux qui sont censés l'appliquer ? Quels sont les rapports entre l'émetteur et les récepteurs du message législatif ? Qui détermine le sens des lois ? La théorie du droit a largement envisagé cette problématique à travers la question du pouvoir d'interprétation.

Pour certains auteurs, l'interprétation serait un acte de volonté. En vertu de cette conception, la détermination du sens du texte normatif appartient aux autorités chargées de l'appliquer et d'en délivrer l'interprétation « authentique », pour reprendre la formulation de Kelsen[1627]. L'interprétation ne peut ainsi, selon le maître de Vienne, se résumer à un acte de connaissance puisqu'il constitue nécessairement un acte de volonté[1628]. Cette conception part du postulat que la norme n'est pas dans le texte mais dans le sens qui lui sera donné au moment de son application[1629]. Les réalistes distinguent ainsi les mots de la loi c'est-à-dire le texte, et le sens de ces mots c'est-à-dire la norme. P. Amselek explique dans cette perspective qu' « il est bien évident que ce n'est pas le groupe de sons articulés, ni même le groupe des mots auxquels ils correspondent, qui constituent véritablement la règle : la règle ou la mesure normative est constituée par la signification dont cette séquence verbale est porteuse, le ce-qu'elle-veut-évoquer-dans-mon-esprit… »[1630]. Cette signification ne peut donc être fixée qu'*a posteriori*, c'est-à-dire au moment de l'application du texte normatif. L'émetteur est chargé d'émettre un message et les autorités d'application ont le pouvoir de l'interpréter et donc de lui conférer une signification. En dissociant la norme et le texte, cette théorie conduit à faire de l'interprète le véritable créateur de la norme. Quelle que soit la qualité formelle du texte,

---

[1627] H.KELSEN, *Théorie pure du droit*, Trad. Charles Eisenmann, LGDJ-Bruylant, Paris, 1999, spec. pp.339-341.

[1628] Kelsen considère que « dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance ». H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit. p.340.

[1629] M.Troper et R.Guastini s'appuient largement sur cette distinction. Voir notamment M.TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. cit. pp.293-315. R.Guastini explique que « les juristes ne distinguent pas entre les textes normatifs et leur contenu de sens. Ils ne distinguent pas entre les textes qui font l'objet de l'interprétation, et le sens de ces textes (…). Ils croient qu'il y a correspondance parfaite entre les énoncés du législateur et les normes (...). En d'autres termes, les juristes ne distinguent pas entre les mots et le sens des mots. ». R.GUASTINI, « Interprétation et description de normes », in P.AMSELEK (dir.), *Interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 89. Dans le même sens, P.Amselek explique : « il y a un déjà là des paroles écrites ou proférées par le législateur ; il n'y a pas de déjà là de leur sens… », P.AMSELEK, « La teneur indécise du droit », art. cit. p.1203. Sur cette distinction, voir également F.MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, trad. de O.Jouanjan, PUF, Coll. Lévianthan, 1996.

[1630] P.AMSELEK et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, coll. Question, Paris, 1989, p.37.

l'interprète reste libre. L'école des réalistes a mis en lumière la liberté de l'interprète de conférer son sens à un texte… même clair[1631].

D'autres auteurs défendent la thèse que l'interprétation serait un acte de connaissance. Dans cette perspective, l'interprète n'est plus totalement libre puisqu'il est lié et soumis au sens (prétendument objectif) du texte. Montesquieu et Bécarria[1632] peuvent être considérés comme les tenants d'une telle conception dans la mesure où, lorsqu'ils prescrivent au législateur de rédiger des lois claires et précises, ils semblent postuler que ces qualités formelles borneront le pouvoir des autorités d'application de la loi. Cette conception est fondée sur une conception classique de la séparation des pouvoirs[1633]. Le pouvoir législatif étant chargé de concevoir le texte, le pouvoir des autorités d'application consiste à exécuter la volonté du premier. À partir de cette articulation, il apparaît que l'autorité juridictionnelle est soumise à la volonté manifestée par le pouvoir législatif et que son rôle sera, dans le cadre du système institutionnel, d'appliquer le texte au regard des intentions formulées par son auteur. Montesquieu réduit ainsi le juge à être la « bouche de la loi ».

Entre ces deux conceptions, la « théorie du cadre » consiste à considérer que le texte est porteur de plusieurs sens mais qui s'inscrivent dans un cadre limitatif. La qualité rédactionnelle d'un texte exclura certaines interprétations jugées hors-cadre. Les autorités d'application disposeraient ainsi d'une liberté d'interprétation variable en fonction de la clarté de l'expression du législateur. Sans adhérer à la « théorie du cadre », puisque l'interprète pourra toujours en sortir, nous adhérons plus volontiers à la théorie des contraintes, qui, tout en postulant la liberté de l'interprète, tient compte des limites que s'imposent, eux-mêmes, les interprètes dans l'exercice de leurs pouvoirs[1634]. La théorie des contraintes ouvre une voie entre les deux conceptions antagonistes dans la mesure où elle maintient le postulat de la liberté de l'interprète mais observe dans le même temps l'existence de contraintes qui limitent l'interprète dans l'utilisation de son espace de liberté. Cette théorie des contraintes apparaît ainsi comme une précision de la théorie réaliste de l'interprétation. Si les autorités compétentes sont libres, pourquoi n'utilisent-elles pas n'importe comment leur pouvoir d'interprétation ? À cet égard, les qualités rédactionnelles du texte vont jouer le rôle de

[1631] Michel Troper explique en effet que « tout texte est affecté d'un certain degré d'indétermination et est porteur de plusieurs sens entre lesquels l'organe d'application doit choisir et c'est dans ce choix que consiste l'interprétation ». M.TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, Paris, 1994, p.295

[1632] Voir *infra*, La prévisibilité au service des sujets de droit.

[1633] Voir à cet égard la thèse de M.TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française,* LGDJ, Paris, 1980.

[1634] Voir, M.TROPER, V.CHAMPEIL-DESPLATS et C.GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, Paris, 2005.

contrainte dans la mesure où elles permettent à l'auteur du texte de manifester ses intentions quant à l'application à venir du texte. Plus précisément, les qualités formelles de la loi constituent les contraintes qui limitent le plus certainement l'interprète de la norme. Cette conception se fonde sur un rapport d'interdépendance entre le texte et le sens de celui-ci, et notamment sur l'idée selon laquelle plus le texte est clair, plus il est difficile pour l'interprète de le détourner du sens souhaité par son auteur. Face à des intentions clairement formulées, excluant explicitement telle ou telle interprétation, l'interprète se trouve confronté à une contrainte qui sera difficile à surmonter. Difficile mais pas impossible car le postulat demeure celui de la liberté. D'autant plus difficile qu'une interprétation s'écartant manifestement de l'intention de l'auteur du texte pourra susciter une réaction de ce dernier par le biais d'une loi interprétative qui fixera l'interprétation à donner[1635]. Comme le résume George Vedel, « le législateur peut d'un trait de plume (à condition de savoir s'exprimer) défaire n'importe quelle jurisprudence »[1636]. L'inscription du pouvoir des juges dans une hiérarchie des pouvoirs normatifs est ainsi un facteur d'autolimitation de ces derniers[1637]. L'affaire Perruche illustre la faculté du législateur d'intervenir pour faire échec à une interprétation contraire à ses intentions[1638]. Pour renverser une interprétation de la Cour de Cassation, le législateur a voté une loi excluant la possibilité d'une indemnisation pour « le préjudice d'être né ». Lorsque l'interprète s'écarte de la volonté de l'auteur de la norme, ce dernier est en mesure de réagir en reprenant son texte initial afin de le préciser et *in fine* d'écarter une interprétation jugée par lui déviante. L'autorité d'application reste libre dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation de la norme, mais l'espace de codétermination de la norme reste sous le contrôle du législateur. On conçoit ainsi que l'auteur du texte, le « législateur », est intellectuellement à l'origine de la norme. En vertu de cette conception, le texte est l'expression d'une intention normative ; il est porteur d'une norme potentielle. Cette dernière n'est peut-être pas dans le texte au moment de son adoption, mais elle y est présente en germe, inscrite en pointillés à travers les énoncés contenus dans le texte. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure les qualités formelles d'une loi font peser sur les autorités d'application une contrainte eu égard au sens même de ce texte ? À cet égard, la légistique

---

[1635] Voir à cet égard A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., pp.127-130. « Rédaction et interprétation ». Voir également P.-A.CÔTÉ, « Méthode législative et directives d'interprétation », in C.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, op. cit., pp.149-159.

[1636] G.VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, 1979-1980, n°31, p.37.

[1637] M.AMELLER, « Principe d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », *Rencontre d'Istanbul organisée par l'OCDE*, mai 1998.

[1638] Voir D. TRUCHET, « La jurisprudence Perruche n'est plus », *AJDA*, 2002.

prétend jouer un rôle en réduisant l'indétermination de la règle par le renforcement de ses qualités rédactionnelles.

Section 3 La légistique formelle et le renforcement de la prévisibilité des lois

La légistique vise à renforcer la prévisibilité des textes législatifs et donc à resserrer l'espace entre le texte (l'intention normative) et sa signification (la norme). Pour reprendre les notions forgées par G. Timsit[1639], les qualités formelles permettraient de renforcer la « prédétermination » du sens de la loi et de réduire corrélativement l'espace de « codétermination ».

C.-A. Morand, reprenant ces notions de prédétermination et de codétermination explique : « Dans cette perspective, le rôle de la légistique est de faire en sorte que la prédétermination soit la meilleure et la plus adéquate possible, en tenant compte du fait qu'il y a une part inévitable et nécessaire de codétermination par l'administration et le juge »[1640]. Pour Gérard Timsit la volonté de renforcer la prédétermination du texte renvoie aux questions suivantes : « Comment procéder à la rédaction du texte (…) de manière telle qu'il traduise le plus exactement possible la volonté de celui ou ceux qui l'ont rédigé ? Comment orienter, et mieux : comment obliger, par la seule rédaction du texte, son lecteur à n'y lire que ce que le sujet a effectivement voulu y inscrire de sa volonté ? Comment en un mot, procéder au codage du texte, pour que son décodage ne puisse se faire que selon la volonté du rédacteur du texte ? »[1641]. Michel Villey remarque à cet égard que les règles propres au langage conditionnent ou encadrent la liberté de l'interprète[1642]. Les exigences touchant à la forme des lois sont destinées à limiter cet espace d'indétermination de la règle de droit : Les règles du langage (le code) sont destinées à orienter le récepteur comme l'émetteur. L'interprète – interroge P.Amselek - « ne se trouve t-il pas contraint dans sa construction de leur sens par les règles et conventions du langage ? Les règles orthographiques et orthophoniques comme les règles lexicales et syntaxiques ne sont-elles pas là précisément pour prévenir les malentendus et éviter que, dans nos rapports intersubjectifs, nos communications linguistiques ne tournent au babel ?»[1643]. La liberté de l'interprète-récepteur rencontre ainsi des contraintes liées au « code » : le langage. Le premier degré de contrainte passe alors par le respect des règles élémentaire du langage. Mais au-delà du respect de ces règles (relevant notamment de la grammaire), la prévisibilité de la norme sera renforcée par des règles relevant de la stylistique

[1639] G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1991.
[1640] C.-A. MORAND, « Éléments de légistiques formelle et matérielle », art.cit., p.20. « La légistique formelle de son côté analyse le système de communication et fournit des principes destinés à améliorer la compréhension des textes législatifs… ». *Ibid.* p.19.
[1641] G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, op. cit., p.80.
[1642] M.VILLEY, « L'interprétation dans le droit. Préface », *Arch. de philosophie du droit*, 1972, t.17, p.3.
[1643] P.AMSELEK, « La teneur indécise du droit », art.cit., p.1204.

et qui préconisent les qualités relatives à la concision et à la clarté du texte de loi. Ainsi, les exigences liées à la forme de l'expression sont destinées à border l'interprétation à venir du texte de loi. La clarté et la précision sont de ce point de vue, des qualités présentées comme diminuant la capacité du juge à s'émanciper des intentions de l'auteur du texte[1644]. Au regard de cette problématique on conçoit que la prédétermination renvoie à l' « inscription du sujet dans le texte »[1645]. Ce que Francis Delpérée a qualifié de « déontologie de l'interprète »[1646] traduit une autolimitation du juge dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation et se manifeste à travers la volonté affichée par ce dernier de se conformer à la volonté de l'auteur de la norme. On peut ainsi constater que l'exigence de prévisibilité est un enjeu considérable pour le législateur dans le cadre de la séparation des pouvoirs. La prévisibilité de la loi est un indice de l'autorité du législateur puisqu'elle traduit la capacité du législateur à susciter l'obéissance des autorités d'application[1647]. Il s'agit donc de renforcer l'autorité du législateur sur les autorités d'application.

La dissociation précédemment envisagée entre le texte et la norme fait écho à la distinction opérée en linguistique entre le signifiant et le signifié. Son inventeur F. de Saussure avait exposé leur caractère indissociable, comme le recto et le verso d'une même feuille de papier : « On ne peut en découper le recto sans découper en même temps le verso »[1648]. Il semble pareillement, que même dissociés, le texte et la norme fonctionnent sur le mode de l'interdépendance. L'écart, voire la rupture entre les deux termes est toujours possible, mais n'est concevable qu'au regard de leur coexistence. De ce point de vue, il convient d'envisager le législateur et les autorités d'application chargées d'interpréter le texte, comme les co-auteurs de la norme. C'est de collaboration qu'il convient alors de parler. Th. Ivainier évoque cette collaboration en ces termes : « Dans la perspective d'une conjonction de normes légales et de règles prétoriennes, alors que le législateur agit par déduction sur une réalité théorique qu'il imagine, produit et prescrit, le juge agit par induction, à partir d'une

---

[1644] Voir à cet égard, A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.84. L'auteur fait référence à l'article de Jean BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le juge et le droit*. Mélanges offerts à Marcel Waline, LGDJ, Paris, 1974, t.1, p.150.

[1645] *Ibid.* p.73.

[1646] F.DELPÉRÉE, « Le Conseil constitutionnel, état des lieux », *Pouvoirs*, 2003, n°105, p.11.

[1647] Pour Th. IVAINIER, « L'efficacité d'une loi, voire son aptitude à résister aux interprétations du juge, est à la mesure de sa clarté ».Théodore IVAINIER, « Qu'est-ce qu'un texte clair ? Essai de mathématisation », in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983, p. 147.

[1648] Voir D. BERGEZ, V.GÉRAUD et J.-J. ROBRIEUX, *Vocabulaire de l'analyse littéraire*, Dunod, Paris, 1994, « Signifiant et Signifié », pp.194-195. Voir également, F. de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Payot.

réalité pratique, c'est-à-dire contingente, dont il décide (ou non) la sous-jacence sous un concept normatif de son cru, appelé à compléter le système conceptuel légal en vigueur. »[1649].

Si le droit se trouve soumis aux difficultés liées au langage en général, la particularité du langage juridique consiste en ses effets performatifs[1650]. Les mots dans le monde du droit ont la force de produire des effets notamment d'une nature contraignante. Cette singularité du langage juridique rend d'autant plus impérieuse l'exigence de prévisibilité qui apparaît comme étant destinée à la protection des sujets de droit.

[1649] Théodore IVAINIER, « Qu'est-ce qu'un texte clair ? Essai de mathématisation », art. cit., p. 152.

[1650] Valérie Lasserre-Kiesow explique à cet égard : « En droit, le mot est au service d'une décision. Non en linguistique. ». V.LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in R. Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit., p. 211. Dans le même sens voir G. CORNU, « L'écrit dans les perspectives du droit (réflexions sur un symbole et des pratiques) », Conférence donnée à Dijon en mars 1994 (autour du thème des rapports entre la justice et de l'écrit), in *L'art du droit en quête de sagesse*, chap. 20, op. cit., pp.253-254.

Chapitre 2

La prévisibilité au service des sujets de droit.

L'exigence de prévisibilité est intrinsèquement liée au phénomène juridique parce que le langage du droit se caractérise par ses effets « performatifs » : « en droit, l'acte de langage, devient, positivement, acte de législation, acte de justice, acte d'engagement. Ce qui spécifie l'effet performatif en action dans le droit, c'est que son effet actif est un effet de droit. Haut le corps ! Il parle et c'est la loi ; tu parles et je suis condamné ; je parle ou nous parlons et me voilà ou nous voilà juridiquement liés. Je prends et je suis pris au mot, dans le réseau des effets de droit. Tout est dans la conséquence »[1651]. Parce que les mots du droit emportent de telles conséquences, la prévisibilité des lois revêt une importance particulière. Ceci explique que certains auteurs identifient la sécurité comme la première finalité du droit[1652]. Le régime de la sécurité opposé au règne de l'arbitraire est présenté comme la raison principale de l'adhésion au pacte social. Béccaria expose cette conception en estimant que « les lois sont les conditions sous lesquelles des hommes indépendants et isolés s'unirent en société, las de vivre dans un continuel état de guerre et de jouir d'une liberté rendue inutile par l'incertitude de la conserver »[1653].

L'exigence de prévisibilité serait ainsi directement liée au souci de protection des sujets de droit. Les qualités formelles de la loi ne sont recherchées qu'au regard de ce qu'elles permettent d'obtenir *in fine* : la sécurité juridique. La « zone de flottement » entre le texte et le sens qui lui est conféré doit alors être réduite le plus possible afin d'éviter qu'une incertitude trop grande affecte la règle de droit. Il s'agit alors tout à la fois de garantir l'égalité et la liberté des sujets de droit : « Dans la mesure où le dire du législateur peut ainsi donner lieu, de la part des acteurs juridiques, à des interprétations différentes, on risque d'aboutir à une réglementation juridique à géométrie variable, aux contours fluctuants selon l'interprétation par laquelle chacun lui donne sa consistance même dans son univers intérieur. »[1654]. La marge d'interprétation laissée aux interprètes conduit en effet à mettre en péril le principe d'égalité

[1651] G.CORNU, « Théorie des actes de langage et théorie du droit », *L'art du droit en quête de sagesse*, chap.19 « L'acte de langage (réflexions finales sur le modèle juridique) », Communication au Colloque du Centre de philosophie du droit, Paris, janvier 1985, p.244.

[1652] Voir dans ce sens M.FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* n° spécial, 20 juin 1996, p.178 et J.-P. HENRY, « Vers la fin de l'État de droit ? », *RDP*, 1977, p.1208.

[1653] BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991, pp.61-62.

[1654] P.AMSELEK, « La teneur indécise du droit », art.cit., p.1203.

des citoyens devant la loi, mais également la liberté de ces derniers. En effet, on peut considérer, d'une manière générale, que la sécurité juridique est destinée à préserver de manière transversale l'ensemble des droits et libertés dans la mesure où il s'agit de permettre aux sujets de droit de savoir ce qui est permis et ce qui ne l'est pas et de régler en conséquence leurs comportements.

Le souci de prévisibilité est viscéralement attaché au domaine juridique, mais c'est particulièrement dans le domaine du droit pénal qu'il s'est originairement manifesté à travers la consécration du principe de légalité des délits et des peines. Il faut constater que cette exigence est plus impérieuse encore lorsqu'il s'agit des lois pénales : « C'est trop évident pour la catégorie de lois qui intéressent au premier chef les citoyens et sur lesquels il convient, dès lors, de faire porter en ordre principal l'effort légistique : les lois qui prescrivent, interdisent, permettent certains comportements et qui assortissent leur violation d'une sanction. »[1655]. Cette exigence s'est largement autonomisée de la sphère pénale pour connaître une généralisation et s'appliquer à l'ensemble des branches du droit. L'émergence du principe de sécurité juridique semble traduire ce phénomène de généralisation.

Si l'exigence de prévisibilité se manifeste historiquement à travers le principe de légalité des délits et des peines (Section 1), elle a connu un phénomène de généralisation en dépassant le cadre du droit pénal (Section 2).

[1655] P.DELNOY, « La communication législative », in C.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, op. cit., p.143.

Section 1 Le principe de légalité des délits et des peines, fondement symbolique de l'exigence de prévisibilité de la loi.

L'émergence de ce principe dans le domaine pénal n'a rien d'étonnant compte tenu de la dimension symbolique de ce type de législation[1656]. La loi trouve dans le domaine pénal la plénitude de son rôle protecteur : dans la perspective du contrat social, la loi pénale est celle qui garantit la paix à chaque citoyen[1657]. À elle seule, la loi pénale incarne les motifs même du contrat social[1658].

La consécration du principe de légalité des délits et des peines constitue la première traduction de l'exigence de prévisibilité en droit positif[1659]. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen consacre ce principe et constitue à ce titre le socle constitutionnel du droit pénal[1660]. Si la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fournit une base textuelle claire à l'exigence de prévisibilité, la systématisation du principe de légalité des délits et des peines conçue par Beccaria constitue le socle doctrinal de cette exigence. L'illustre fondateur de la pensée pénale moderne, auteur du traité « des délits et des peines »[1661] est en effet le « précurseur du principe »[1662].

Les bénéficiaires du principe sont donc les sujets de droit, qui selon Bécarria ont un droit à la certitude. D'une manière générale, le terme d' « incertitude » caractérise le mal que Beccaria cherche à éradiquer grâce au remède qu'il propose : le « règne paisible de la

---

[1656] Lorsqu'il s'agit du droit pénal, l'exigence de prévisibilité revêt une dimension symbolique. Voir le rapport J.-J. BRESSON, « Inflation des lois pénales et législations ou réglementations techniques », *Revue de sciences criminelles*, 1985, 241.

[1657] Beccaria met en relief l'intérêt du droit pénal dans le cadre du contrat social : Dans ce cadre, le principe de légalité doit garantir « la sécurité de ceux qui sont unis par le contrat », cité par N. CATELAN, *L'influence de Beccaria sur la matière pénale moderne*, collection du centre de recherche en matière pénale Fernand BOULAN, PUAM, 2004, p.99.

[1658] « les lois seules peuvent déterminer les peines des délits… ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social. », C.BECCARIA, *Des délits et des peines,* Flammarion, Paris, 1991, p.65.

[1659] La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen consacre ce principe. L'article 111-3 du Code pénal : « nul ne peut être puni pour un crime ou un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement ».

[1660] Voir à cet égard, L.FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », *Mélanges Vitu*, Cujas, 1989, p.169.

[1661] C.BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991.

[1662] N.Catelan explique que Montesquieu a certes devancé Beccaria dans la formulation du principe mais ce dernier « est le premier à en avoir proposé une approche systémique ». Nicolas CATELAN, *L'influence de Beccaria sur la matière pénale moderne*, collection du centre de recherche en matière pénale fernand BOULAN, PUAM, 2004, p.97. Selon J.PRADEL, Montesquieu est l'inventeur du principe de légalité. Voir, J.PRADEL, *Droit pénal général*, éd. 2000-2001, Cujas, 2000, n°82. On peut en effet rattacher certaines formulations de l'esprit des lois à ce principe : « Les juges de la nation ne sont (…) que la bouche qui prononce les paroles de la loi », MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre IX, Chap. VI.

légalité »[1663]. L'impératif de prévisibilité est présenté comme la principale justification du principe de légalité : « Je ne trouve aucune exception à cet axiome général : tout citoyen doit savoir quand il est coupable et quand il est innocent »[1664]. Les destinataires du principe sont d'une part les juges, en tant qu'autorité d'application de la loi et d'autre part le législateur qui devra rédiger des lois claires et précises, accessibles aux justiciables.

En aval, le principe de légalité vise à protéger les sujets de droit, en limitant le pouvoir discrétionnaire des autorités d'application de la loi. Beccaria met avant tout l'accent sur le pouvoir judiciaire : le principe de légalité est destiné à mettre un terme aux pouvoirs arbitraires des juges. Ainsi préconise-t-il l'interprétation littérale de la loi. Il redoute l'interprétation téléologique : « Rien n'est plus dangereux que l'axiome commun selon lequel il faut consulter l'esprit de la loi. C'est dresser une digue bientôt rompue par le torrent des opinions »[1665]. En réduisant la marge d'interprétation des juges, on réduit ainsi leur pouvoir discrétionnaire. Cette logique est corrélativement liée à la nécessité de faire respecter l'égalité de droit entre les citoyens justiciables. Béccaria constate en effet que les législations parfois lacunaires de l'ancien régime laissaient au juge une grande latitude dans la détermination des infractions et des peines. Il en déduit que l'arbitrage ainsi laissé aux juges criminels rendait le droit pénal incertain, aléatoire : « On verrait le même tribunal punir les mêmes délits différemment à des moments différents pour avoir consulté non la voix constante et précise de la loi, mais l'instabilité trompeuse des opinions »[1666]. Le principe de légalité s'appuie ainsi sur une conception de la séparation des pouvoirs puisqu'il exclut le juge de la fonction législative. Dans la même perspective, Montesquieu réduira le juge à être la « bouche de la loi ».

Cette volonté de limiter, en aval, l'arbitraire des juges criminels, implique corrélativement, en amont, que le législateur établisse des lois et que celles-ci soient claires et précises. Le principe de légalité des délits et des peines implique une première conséquence : seule la loi pénale est en mesure de poser des incriminations : « La loi seule détermine les cas où un homme peut être puni »[1667]. Le législateur devra donc fixer les règles permettant de distinguer ce qui est licite de ce qui est interdit. De cette obligation découle le principe de

---

[1663] BECCARIA, *Des délits et des peines,* op. cit., p.127.

[1664] *Ibid.,* p.85. « L'idée que chaque citoyen doit pouvoir faire tout ce qui n'est pas contraire aux lois, sans redouter d'autres inconvénients que celui qui peut résulter de l'acte lui-même, voilà le dogme politique auquel les peuples devraient croire et que les magistrats suprêmes devraient proclamer et garder avec le même soin que les lois… », *ibid.,* p.79.

[1665] *Ibid.,* p.67-68.

[1666] *Ibid.,* p.68. « On verrait donc le sort d'un citoyen changer plusieurs fois en passant devant différents tribunaux, et la vie des malheureux serait victime des faux raisonnements ou des mouvements passagers d'un juge qui prend pour une interprétation légitime le vague résultat de toute une série de notions confuses qui flottent dans son esprit ». *Ibid.*

[1667] *Ibid.,* p.136.

non-rétroactivité de la loi pénale. En effet, la finalité de l'établissement de l'incrimination par la loi est liée à la volonté de prévenir les sujets de droit des règles applicables. L'établissement d'une loi rétroactive ferait perdre tout son intérêt à cette première obligation. Mais cette première exigence implique d'autres corollaires, puisque si le législateur peut seul établir les incriminations, il doit le faire de manière claire et précise afin de border l'interprétation des autorités d'application. Ainsi, le principe de légalité vise à limiter l'arbitraire des juges mais également à guider l'exercice du pouvoir législatif qui doit adopter des lois suffisamment claires et précises. Béccaria va exposer les corollaires de son principe de légalité du point de vue de l'élaboration de la loi. Le système de l'ancien régime va jouer à cet égard le rôle de contre-modèle. Il dénonce ainsi le droit pénal à travers ses caractères incohérent, complexe, et inaccessible : « Quelques restes des lois d'un ancien peuple conquérant, compilés sur l'ordre d'un prince qui régnait à Constantinople, il y a douze siècles, mêlés ensuite avec des coutumes Lombardes, et englobés dans un volumineux fatras de commentaires privés et obscurs : voilà ce qui forme la tradition d'opinions qui, dans une grande partie de l'Europe, porte néanmoins le nom de lois »[1668]. Il dénonce ainsi le recours à des termes trop vagues, des incriminations trop larges qui laissent aux juges une trop grande marge d'interprétation et privent parallèlement les sujets de droit de toute certitude quant au droit applicable.

Beccaria assimile le principe de légalité au critère de la généralité de la loi : « Le souverain, qui représente la société même, ne peut faire que des lois générales obligeant tous les membres, mais non pas de juger que l'un d'eux a violé le contrat social »[1669]. Du principe de légalité, il déduit le principe de généralité lui-même impliqué par le principe d'égalité. L'accessibilité est le point de mire de Beccaria puisqu'il part du principe de l'utilité de la loi au regard de ses destinataires. La critique qu'il fait de l'usage du latin par les législateurs illustre cette idée : « (Le mal) sera bien plus grand si les lois sont écrites en un langage étranger au peuple et qui le met dans la dépendance d'un petit nombre d'hommes, sans qu'il puisse juger par lui-même ce qu'il adviendra de sa liberté et celle des autres »[1670].

Le principe de légalité constitue ainsi un des premiers fondements des exigences portant sur la forme des lois. Les principes de la légistique formelle recouvrent en effet une importance fondamentale dans le domaine pénal, qui est celui de la loi de tous les

[1668] *Ibid.,* p.53.
[1669] *Ibid.,* p.66.
[1670] *Ibid.,* p.70.

dangers[1671]. L'utilité des qualités formelles de la loi atteint donc ici son paroxysme. Le critère de précision supplante largement aujourd'hui le critère de la généralité. Une loi précise définit nettement ce qui est interdit ou permis. Cette exigence de précision est un moyen de lutter contre l'arbitraire. Th. S. Renoux évoque à cet égard le principe de « typificité » : « La liberté étant la règle, l'interdiction législative ne peut concerner que des situations prédéterminées avec précision… »[1672]. Les exigences de clarté et de précision de la loi sont ainsi des corollaires du principe de légalité[1673]. Les termes de clarté et de précision doivent dans cette perspective se rapporter au caractère de simplicité de la loi et *in fine* à l'accessibilité de la loi.

Si les qualités formelles de la loi sont particulièrement nécessaires dans le domaine du droit pénal, on doit constater un phénomène de généralisation du principe de légalité à travers l'exigence de sécurité juridique.

[1671] « Le concept de légalité autorise ainsi tout citoyen à concevoir la loi pénale comme une garantie de la liberté ; sa prévisibilité, sa clarté et sa stricte interprétation par le juge en font un rempart contre l'arbitraire. », Nicolas CATELAN, *L'influence de Beccaria sur la matière pénale moderne*, op. cit., p.95.

[1672] TH.S. RENOUX, « Le principe de la légalité en droit constitutionnel positif français », *LPA*, n°31, 1992, p.22. Cet auteur cite des notions comparables dans d'autres ordres juridiques : « Typicita », « typificaso », « bestimkeit », «avoid for vagueness » (nullité pour incertitude ou imprécision).

[1673] Le Conseil constitutionnel déduit de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire », Voir notamment la décision du Conseil constitutionnel, 80-127 DC.

Section 2 La généralisation du principe de légalité : l'exigence de sécurité juridique

Si l'on part du postulat que la loi détermine les droits et les obligations des sujets de droit, ces derniers doivent pouvoir être protégés par la connaissance de la loi, quel que soit le domaine qu'elle régit. Le principe de légalité trouve ainsi à s'émanciper de la sphère pénale pour se généraliser et s'appliquer dans toutes les branches du droit. L'évocation de la crise du droit, des conséquences de l'inflation législative et de la complexification des normes, vise d'une manière générale la production normative dans son ensemble et non plus seulement la loi pénale.

L'exigence de prévisibilité trouve un commencement de consécration bien avant 1789. En effet, c'est sur le fondement de cette exigence qu'a été adoptée la célèbre ordonnance Villers-Cotterêts de 1539. Il s'agissait en effet pour le roi d'abandonner le latin comme langue officielle jugée trop obscure pour la plupart de français[1674]. Un siècle auparavant, le Roi avait ordonné la rédaction officielle du droit coutumier ce qui, selon A.-L. Valembois, était destiné à « réduire l'insécurité juridique »[1675].

Néanmoins, l'idée de la fonction protectrice d'une « belle loi » trouve une base constitutionnelle dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui a voulu la loi à son image : claire, simple, accessible aux citoyens[1676]. Ceci explique que le Conseil constitutionnel ait fondé l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité sur plusieurs articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[1677]. D'une manière générale, le principe de sécurité juridique constitue une condition d'effectivité de l'ensemble

[1674] Voir à cet égard, P. ENCREVÉ, « La langue de la République », *Pouvoirs*, n°100, La République, 2002, p.135, note 16. L'auteur explique que cette mesure était destinée « à « pourvoir au soulagement de ses sujets » en adoptant une langue qu'ils puissent comprendre et qui soit proche de la leur : « maternelle », *ibid*.

[1675] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op.cit. p.11.

[1676] Si la concision de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen semble indéniable, sa clarté a été mise en doute. Voir à cet égard, P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », *Mélanges Amselek*, art. cit., p.825, note 40.

[1677] On rattache ainsi assez classiquement l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, notamment à ses articles 4, 5, 6 et 16. A cet égard voir la jurisprudence du Conseil constitutionnel et notamment sa fameuse décision 99-421 DC du 16 décembre 1999. *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*. Recueil, p. 136. Dans ce sens, voir notamment, Pierre de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique », in R.Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit., p.103.

des droits et des libertés. La compréhensibilité de la loi est un postulat sur lequel repose l'ensemble de l'édifice conçu par les constituants de 1789[1678].

Si l'on suit Rousseau dans sa conception idéalisée de la loi, on constate que son postulat de départ est la connaissance de la loi. P. de Montalivet explique en ce sens que : « Pour que ces droits puissent être protégés, il faut que ces citoyens connaissent ces droits à la fois dans leur existence et dans leurs limites. »[1679]. Elle ne peut être protectrice qu'à travers son accessibilité. La loi libère le citoyen… qui la connaît. Dès lors qu'elle n'est pas connue, elle apparaît comme injuste : « signifiée envers les individus, elle est le module de la connaissance préalable du droit applicable qui limite les actions ou activités illégales de leur part (et « nul n'est censé ignorer la loi »). La loi deviendrait un instrument d'émancipation ; « libératrice », elle affranchit l'homme de la relation de servitude. »[1680]. À l'aune de cette conception, les libertés sont une vue de l'esprit ; elles ne deviennent telles que si les contraintes de la vie collective sont comprises comme nécessaires, et pour cela d'abord connues. L'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen implique une connaissance des lois par les citoyens afin qu'ils sachent ce qui est « défendu » ou « ordonné » et qui délimite les frontières de leurs libertés.

La qualité de la loi sans laquelle, celle-ci ne pourrait être connue, participe du respect d'un des droits reconnus comme naturel par la Déclaration : la « sûreté ». On retrouve ainsi, les mêmes arguments que ceux développés par Bécarria en dehors de la sphère pénale : « L'obscurité des lois rend le droit imprévisible, en fait un instrument de l'arbitraire, indulgent envers les habiles et les puissants, impitoyable envers les faibles et les maladroits, une source permanente de conflits, de verbalismes, de procédures judiciaires interminables ; elle est un des moyens de mettre fin à l'état de droit, le plus pitoyable parce que c'est l'inintelligence qui le fait disparaître : une loi inintelligible est une mascarade juridique »[1681]. Fondement de notre ordre juridique, la sécurité juridique est ainsi devenue un principe transversal du droit. Il ne se limite plus à la sphère pénale, mais se diffuse dans l'ensemble des branches du droit.

[1678] Le Conseil constitutionnel explique ainsi « L'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et « la garantie des droits » requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicable », Décision 99-421 DC, précitée du 16 décembre 1999.
[1679] P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique », art. cit., p.104.
[1680] G. KOUBI et R. ROMI, *État, Constitution, loi,* op. cit., p.194.
[1681] P.MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n°114, La loi, 2005, p.131.

Cette exigence de prévisibilité se trouve directement menacée par les évolutions contemporaines du droit. Ces évolutions rendent alors d'autant plus impérieuse l'exigence qu'elles menacent.

Chapitre 3

Les évolutions contemporaines du droit : entre développement d'un droit mou et recherche de précision

Le droit contemporain est marqué par des évolutions contradictoires qui se conjuguent pour affecter la prévisibilité des règles de droit. D'une part, le législateur est amené de plus en plus fréquemment à recourir aux concepts flous caractérisant le développement d'un droit mou symptomatique d'une dilution normative (section 1). D'autre part, ce phénomène de dilution normative se double d'une recherche de précision qui n'évite pas toujours l'écueil de la trop grande profusion (section 2). Ces grandes mutations contemporaines sont également à l'œuvre dans d'autres systèmes juridiques. La prévisibilité des normes apparaît ainsi une exigence commune aux démocraties contemporaines (section 3).

Section 1 Le développement d'un droit mou et dilution normative

Le droit de l'époque contemporaine est présenté de manière récurrente comme étant marqué par une évolution de la technique normative vers plus de souplesse. L'évolution contemporaine serait marquée par la tendance accrue des normes à s'extraire du registre impératif pour s'engager dans la voie plus souple des recommandations, des orientations ou des incitations[1682]. C'est la conception de la loi qui évolue puisque sa « fonction promotionnelle »[1683] est davantage mise en valeur[1684]. Le développement du droit dans l'ensemble des secteurs d'activité de la société aurait rendu inéluctable cette adaptation du droit vers plus de souplesse[1685]. La recommandation aurait remplacé le commandement[1686]. Cette évolution contemporaine du droit ne se limite pas aux frontières de l'hexagone puisqu'elle affecte de nombreux autres systèmes juridiques dans le monde. Ainsi, les problématiques liées au développement d'un « droit mou », d'un « droit flou » ou d'un « droit à l'état gazeux »[1687] se sont développées dans les pays anglo-saxons. On utilise alors

---

[1682] Sur cette tendance, voir P.AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p.287 et s. L'auteur évoque la présence de recommandation, « dont l'observance est conçue comme souhaitable mais non obligatoire », au sein d'actes normatifs. Il estime à cet égard qu' « il conviendrait de rompre avec nos habitudes de pensée héritées du passé et de mettre résolument nos idées en accord avec les faits : il n'est plus possible aujourd'hui d'identifier le droit seulement à un ensemble de commandements ; même si ces derniers restent quantitativement largement dominants, on ne peut plus fermer les yeux sur ces autres instruments juridiques que sont les recommandations des pouvoirs publics. », *Ibid.,* p.289. Il explique Voir également J.-B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, n°3 p.673-685. L'auteur évoque le « phénomène contemporain… de dilution des prescriptions juridiques dans la production juridique », le « Reflux des prescriptions juridiques… ». Il explique à cet égard qu' « il s'agit du fait que, dans les textes juridiques de toutes sortes, les commandements assortis d'une menace de sanction, les prescriptions donc, tendent à céder la place de plus en plus fréquemment à des déclarations d'objectifs, des normes d'orientation, des programmes d'action, soit à un ensemble varié de « normes non prescriptives ». Cette évolution « est de nature à rendre plus difficile l'identification du droit et de la technique juridique… ». « La prescription, l'injonction d'avoir tel ou tel comportement, de ne pas avoir tel autre sont de la nature du droit… » . L'évolution est caractérisée dans la mesure où l'auteur estime qu'« en s'éloignant du registre du commandement, le droit fait autre chose que ce qu'on lui demande classiquement de faire » », p.673.

[1683] Voir B.MATHIEU, *La loi*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996, p.99.

[1684] Sur cette évolution voir l'ouvrage de J.CHEVALLIER, *L'État postmoderne*, LGDJ, 2004, 2ème éd.,p.123. Voir également son article précité, « Vers un droit post-moderne », *RDP*, 1998.

[1685] J-B. Auby révèle ainsi que « La question des objectifs recèle bien une évolution historique. La fréquence de plus en plus grande de déclaration d'objectifs dans les textes, notamment législatifs, ressortit à la technologie juridique de l'Etat providence, qui, comme l'écrit Charles-Albert Morand, « consiste à trouver des finalités et à mettre en place une panoplie d'instruments juridiques ou non considérés comme aptes à provoquer des changements, dans les systèmes sociaux dans lesquels on se propose d'intervenir…alors que la technique juridique issue des Lumières et de la Révolution française s'exprimait dans une structure conditionnelle permettant au juge de trouver la solution d'un litige à partir d'une règle générale et abstraite, grâce au syllogisme juridique. ». J.-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991, p.336-337.

[1686] B.MATHIEU, *La loi,* op.cit., p.104.

[1687] Rapport du Conseil d'État, *EDCE* n°43, 1991, p.32.

l'expression « fuzziness »[1688]. Mireille Delmas Marty y consacrera un ouvrage intitulé « le flou du droit »[1689]. Cette évolution recouvre des réalités très différentes. Elle renvoie à des procédés normatifs classiques (§1) et à de nouvelles formes d'expression normative (§2).

§1 Les procédés normatifs classiques

Qu'il s'agisse des standards ou des déclarations d'objectifs dans les textes de lois, ces pratiques normatives ne caractérisent nullement le droit contemporain.

Le recours aux notions floues ou aux standards est un phénomène ancien. Les notions d' « équité » ou de « bon père de famille » ne choquent nullement les civilistes en dépit de leur caractère flou et indéterminé. De même, les notions de « normal », de « manifeste », d' « exceptionnel », d' « imprévisible », de « sérieux » constituent des standards classiques du droit public[1690]. L'utilisation des standards en droit n'est donc pas une invention contemporaine[1691] et participe de ce qu'on appelle la « technique législative souple »[1692]. Les standards sont source d'indétermination car ils constituent des « notions à contenu variable »[1693] pour reprendre la formule de Perelman et de Vander Elst. Parce qu'elles sont susceptibles de varier en fonction du contexte, elles offrent à l'interprète, récepteur de la norme, une marge d'appréciation qui lui permet de « participer à la construction de la norme »[1694]. L'imprécision n'est plus constitutive d'une omission, elle ne traduit pas le laxisme du législateur, puisqu'elle est alors recherchée par ce dernier. C'est la recherche de souplesse qui motive le recours aux notions floues : « il se peut, en effet, que l'imprécision du

---

[1688] J. WROBLEWSKI, « Fuzzziness of legal system », in *Essays in legal theory*, in honor of Kaarle Makkonnen, XVI Oikeustiede jurisprudentia, 1983, p.319 et s.

[1689] M.DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF. Le constat du « flou » du droit s'applique également au domaine du droit constitutionnel. Daniel Amson tend à démontrer que « la France a vécu depuis 1875 dans le flou constitutionnel le plus total ». D.AMSON, *La République du flou*, Éd. Odile Jacob, Paris, 2002, p.9.

[1690] Voir à cet égard, S.RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité,*LGDJ, 1980.

[1691] Pour J.-C. Bécane et M.Couderc, « l'emploi de notion cadre, standards ou notions floues est ancien en droit français et commun à tous les systèmes de droit. ». J.-C. BÉCANE et M.COUDERC, *La loi*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, Paris, 1994, p.282.

[1692] V.LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in R. Drago (dir.), *La confection de la loi,* op. cit. spécialement pp.210-213. L'auteur présente deux modèles : les techniques législatives de précision et les techniques législatives souples : « Les premières précisent la loi de la manière la plus complète, de telle sorte que la décision du juge découle d'une application pure et simple de la lettre de la loi (les technique de la clarté, de la définition, et de l'énumération). Les secondes confèrent au juge un rôle accru, prolongeant celui du législateur (les techniques de l'énoncé général et du pouvoir modérateur du juge.) ». *Ibid*. p. 210. Voir également, V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 371,Paris, 2002.

[1693] Voir sur le sujet, Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Édition Bruylant, 1984.

[1694] J.-C. BÉCANE et M.COUDERC, *La loi*, op. cit, p.281.

législateur corresponde à une volonté implicite de sa part de laisser à ceux dont il régit la conduite un choix discrétionnaire des modalités d'application de ses prescriptions »[1695]. Le recours à ces notions floues ou standards permet au législateur d'associer davantage les autorités d'application à la détermination du contenu de la norme[1696]. L'inconvénient résulte alors de la flexibilité de ce droit[1697] qui autorise de multiples interprétations. L'avantage est celui de la stabilité de la loi qui est en mesure de s'adapter aux « ondulations, durable et simples, de la vie réelle »[1698].

Le recours aux déclarations d'objectifs dans les textes législatifs ne caractérise pas plus le droit contemporain. Selon J.-C. Bécane et M.Couderc, « la formulation dans le titre de la loi ou dans ses articles initiaux, du but que poursuit le législateur appartient à la tradition classique »[1699]. Ce qui semble davantage caractériser le droit contemporain est la recrudescence de ces déclarations d'objectifs[1700]. Ces déclarations comprennent alors des principes très généraux et parfaitement antagonistes[1701]. En dépit de leur nature d'objectif, les « normes non prescriptives » peuvent parfois trouver « le chemin de la sanction juridictionnelle. »[1702]. Le recours aux objectifs dans la loi est évidemment justifié dans la mesure où il permet de guider l'interprétation du texte. Néanmoins, de ce point de vue, leur fonction est ambivalente puisqu'ils constituent le point d'appui d'interprétations téléologiques et donc nécessairement imprévisible[1703].

[1695] AMSELEK, « La teneur indécise du droit », art. cit., p.1208.

[1696] Voir à cet égard, V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ*, 1993-3, p. 763. Dans le même sens, Véronique Champeil-Desplats explique que « l'abstraction et l'absence apparente de normativité des énoncés législatifs (…) peuvent aussi correspondre à une volonté délibérée de laisser aux diverses autorités d'application un pouvoir d'appréciation afin, par exemple, d'assurer une meilleur adaptation du texte à la diversité des circonstances et ainsi , finalement, de prévoir l'imprévu. ». V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CCC*, n°21, 2006, p.68.

[1697] Voir, J.CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 4ème éd. 1979.

[1698] J.CARBONNIER, *Essai sur les lois*, Répertoire du notariat Dufrénois, 1979, p.297.

[1699] J.-C. BÉCANE et M.COUDERC, *La loi*, op. cit, p.283.

[1700] Pour un recensement des objectifs dans les lois, voir J-L. BERGEL, « Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs », *RRJ*, 1989, n°4.

[1701] Ainsi en est-il par exemple de l'article L.121-10 du code de l'urbanisme en vertu duquel : « les documents d'urbanisme déterminent les conditions permettant d'une part, de limiter l'utilisation de l'espace, de préserver les activités agricoles, de protéger les espaces forestiers, les sites et les paysages, de prévenir les risques naturels prévisibles et les risques technologiques et, d'autre part, de prévoir suffisamment de zones réservées aux activités économiques et d'intérêt général, et de terrain constructibles pour la satisfaction des besoins présents et futurs en matière de logement »Voir P.HOCREITERE, « Le principe d'équilibre ou l'article L.121-10 du Code de l'urbanisme face au juge administratif », *LPA*, 23 nov. 1988, p.13.

[1702] J-B.AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991,p.335.

[1703] J-B. AUBY explique ainsi que « Lorsque le juge se réfère aux objectifs d'un texte pour en déterminer le sens, cela peut être naturellement pour conforter ce qui lui paraît ressortir de la lettre. Mais, ce qui est plus intéressant, cela peut être aussi pour retenir une interprétation s'écartant de la lettre du texte. » Il cite à cet égard des exemples en matière fiscale et notamment « celui d'un arrêt indiquant que, si le législateur a souhaité offrir aux agriculteurs la possibilité d'opter pour la TVA, ils doivent bénéficier de tous les droits corrélatifs, même ceux qu'un décret d'application ne prévoit, à la lettre, que pour les activités industrielles et commerciales »

Ce type d'interprétation est également favorisé par le recours aux « dispositions générales déclaratives de droits »[1704] qui constituent « une autre expression du classicisme »[1705]. L'article premier de la loi du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et bailleurs dispose ainsi : « Le droit à l'habitat est un droit fondamental… »[1706]. En dépit du caractère apparemment déclaratif, le texte n'en demeure pas moins soumis à l'appréciation du juge qui devra l'interpréter[1707]. Ces déclarations d'intention se confondent ainsi avec les objectifs et deviennent le point d'appui d'une interprétation constructive par les autorités d'application.

D'une manière générale, ces procédés normatifs induisent la généralité des prescriptions législatives[1708] et tendent ainsi à renforcer l'indétermination du texte et corrélativement à étendre l'espace de codétermination par les autorités d'application qui se voient conférer un pouvoir discrétionnaire[1709]. Pour Charles Eisenmann « la source de la discrétionnalité, c'est l'incomplète ou imparfaite détermination de la réglementation. C'en est la source et c'en est la mesure : plus la réglementation est impérative et moins il y a de place pour la discrétionnalité, moins elle est impérative et plus le degré de discrétionnalité est grand »[1710]. La conséquence de cette dilution normative serait ainsi le désaisissement d'un législateur chargé désormais de fixer les grandes lignes d'un code de conduite et laissant le soin de décider à des autorités infra-législatives. Si cette tendance à la dilution normative ne constitue pas une nouveauté caractéristique d'une post-modernité, certains auteurs mettent

---

(note : CE, 30 mai 1979, n°11196…). J-B.AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991 p.334. Pour des exemples comparables en matière fiscale voir J-P. MAUBLANC, *L'interprétation de la loi fiscale par le juge de l'impôt*, Thèse Bordeaux I, 1984, p.229 et s.). « Ajoutons que la prise en compte des objectifs d'un texte peut conduire à une interprétation évolutive, ou téléologique, dans laquelle la vision du sens du texte évolue avec les besoins auxquels son application est confrontée, plus exactement en fonction des besoins que l'auteur du texte aurait vraisemblablement en vue s'il décidait aujourd'hui. C'est dans cet esprit que le Conseil d'Etat a étendu à l'impôt sur le revenu la règle selon laquelle en matière fiscale les frais d'expertise sont avancés par le Trésor. », « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public, art. cit., p.334.

[1704] J.-C. BÉCANE et M.COUDERC, *La loi*, op. cit, p.280.

[1705] *Ibid.*

[1706] Cité par J.-C. BÉCANE et M.COUDERC, *ibid.*

[1707] Pour B.MATHIEU, « C'est alors le juge qui crée le droit, indépendamment des bavardages et des transparences de la loi », *La loi*, op. cit., p.105.

[1708] Voir également J-B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », art. cit.

[1709] Pour G. Timsit, « il y aura donc codétermination partout où il y a indétermination », G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, op. cit. p.111. L'auteur poursuit en expliquant : « la codétermination s'installe ainsi dans toute les poches d'autonomie normative que recèle le texte, chaque fois que la prédétermination produite par le texte se trouve en défaut et que le sens qu'elle porte n'est plus imposé et cesse d'être prévisible. », *ibid.* p.112.

[1710] Ch. EISENMANN, cité par G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, op.cit. p.123. En sens inverse, Stéphane Rials estime que le standard participe de la prédétermination de la norme puisqu'il « détermine un champ des possibles ». S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard,* op. cit. p.55. Cité par G.TIMSIT, Les noms de la loi, op.cit. p.127.

l'accent sur le caractère plus systématique du recours aux notions floues, aux objectifs généraux et parallèlement sur l'émergence de nouvelles autorités chargées de les interpréter[1711]. Ces nouvelles autorités entreraient ainsi en concurrence avec le législateur dans le champ de la production normative[1712]. Certains auteurs évoquent alors un phénomène de « privatisation du droit »[1713], véritablement caractéristique de la post-modernité.

La nouveauté caractéristique d'une post-modernité résulterait donc d'un recours plus systématique à ce type de procédés et à l'émergence de nouvelles autorités normatives. La question consiste alors à savoir s'il existe de nouvelles formes d'expression normative.

§2 L'émergence de nouvelles formes d'expression normative

Les nouvelles formes d'expression normative semblent résulter de l'émergence de catégories de lois qui assument explicitement leur caractère a-normatif. De nouvelles catégories de lois ont fait leur apparition. Outre les « lois de programme » explicitement prévues par la Constitution, il s'agit des lois d'approbation du plan et des lois dites « d'orientations » ou encore des lois mémorielles.

J.Molinier écrivait à propos des lois de programme : « au moment même où pour la première fois les lois de programme se trouvent pourvues d'un fondement textuel exprès, on en est revenu à une conception qui les prive de toute force juridique. »[1714]. Les débats parlementaires rapportés par B. Baufumé sont particulièrement éclairants sur la faible portée normative de ces lois : « Il s'agit simplement pour nous de donner notre approbation à l'intention qu'a le Gouvernement d'inscrire… les crédits envisagés dans les lois budgétaires des prochaines années… Notre vote n'aura donc… comme conséquence que de donner plus de solennité à la déclaration d'intention du Gouvernement puisque le Parlement l'aura approuvé. Ce sera … une déclaration d'intention commune ou partagée. »[1715] Le Premier ministre confirmait alors cette analyse en évoquant un «engagement moral » tout en précisant que « pour le Gouvernement et pour l'administration, c'est une règle qu'(ils) doivent

[1711] B.MATHIEU évoque à cet égard « la loi concurrencée ». *La loi*, op.cit., 98.
[1712] Il s'agit notamment des Autorités administratives indépendantes. *Ibid.,* p.101.
[1713] Voir à cet égard, L.PECH, *Droit et gouvernance : vers une privatisation du droit*, Document de travail de la Chaire Recherche du Canada en Mondialisation, citoyenneté et démocratie, n°2004-02, Université du Québec de Montréal. Voir également du même auteur, « Le droit à l'épreuve de la gouvernance », in R.Canet et J.Duchastel, *La régulation néolibérale : crise ou ajustement ?,* Montréal, Athéna éd., 2004.
[1714] J.MOLINIER, *RFFP*, 1987, n°17, p.158, cité par B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Vème République,* LGDJ, 1993, p.134.
[1715] Rapporteur général de la Commission de finance du Sénat, Sénat, 4 juin 1959, p.174, Cité par B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Vème République,* op. cit. p.135.

respecter » et de conclure que pour eux « c'est, au sens le plus élevé du terme, même s'il n'est pas juridique, une loi »[1716].

À côté des lois de programme, sont apparues les lois d'approbation du plan qui sont pareillement caractérisées par leur carence en normativité. Au moment de l'élaboration de la Constitution de 1958, la question a été soulevée qui consistait à savoir ce que serait le rôle du Parlement en matière économique. Un membre du Comité consultatif constitutionnel suggéra ainsi d'insérer un amendement prévoyant que « le plan économique national est approuvé par la loi ». La réaction de H.Teitgen à cette proposition est saisissante dans la mesure où elle fait écho aux dérives constatées à notre époque : « une loi ne peut pas approuver le plan parce que le plan énumère des objectifs qui ne sont pas nécessairement impératifs »[1717]. Et pourtant les lois d'approbation du plan ont réapparu sous la Vème République. Leur statut constitutionnel est flou dans la mesure où l'article 34 de la Constitution qui évoque le cas des lois de programme, ne fait nullement mention du plan. Par contre, l'article 70 de la Constitution prévoit que « tout plan ou tout projet de loi de programme à caractère économique ou social (…) est soumis pour avis » au Conseil économique et social ». B. Baufumé explique que « dans la structure la plus habituelle et la plus conforme à sa nature, la loi de plan comporte un article unique portant approbation d'un rapport annexé qui constitue le plan proprement dit »[1718]. Pour P. Delvolvé et H.Lesguillon, « le plan ne constitue qu'un engagement purement moral. Il n'oblige pas les pouvoirs publics »[1719]. B.Baufumé rapporte à cet égard que ces lois « sont apparues comme étant dépourvues de toute portée normative »[1720] et conclut en écrivant : « le plan ne s'intègre nul part dans la hiérarchie des normes : il est en apesanteur juridique. »[1721].

Enfin, les lois d'orientation[1722] sont les dernières venues dans la catégorie des lois « hypo-normatives »[1723]. Il est matériellement difficile de distinguer les lois d'orientation et les lois de programme. Certains intitulés de loi traduisent d'ailleurs cette confusion. Ainsi la

---

[1716] *Ibid.* p.175, cité par B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Vème République* op. cit. p.135.
[1717] Documents, Vol. 2, pp.271-272, cité par B. BAUFUMÉ, *ibid.,* p.119.
[1718] B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Vème République* , op. cit., p.120. Ce même auteur rapporte les propos de Pierre de Montesquiou lors des débats du 18 juin 1971 à l'Assemblée nationale : « Assorti d'un volumineux exposé des motifs, c'est au fond une proposition de résolution qui, interdite au Parlement, est devenue licite avec la marque du sceau gouvernemental », AN, p.3102, cité par B. Baufumé, *ibid.* p.120.
[1719] *Le contrôle parlementaire sur la politique économique et budgétaire*, 1964, p.90. Cité par Baufumé, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République,* op. cit. p.121.
[1720] *Ibid.*, p.119.
[1721] *Ibid.,* p.122.
[1722] A.H. MESNARD, « La notion de loi d'orientation sous la Vème République », *RDP*, 1977, p.1156.
[1723] Voir J.-C. BÉCANE et M.COUDERC, *La loi*, op. cit., p.281.

loi relative à la formation professionnelle de 1966 sera intitulée « Loi d'orientation et de programme » alors que la loi de 1982 consacrée à la recherche et au développement technologique prend le titre de « Loi d'orientation et de programmation »[1724]. Elles ont fait leur apparition dans la pratique… et n'ont aucune existence constitutionnelle ou organique, contrairement aux lois de plan et de programme. B. Baufumé rapporte que « l'appellation est née spontanément, de la pratique, avec la loi d'orientation agricole du 5 août 1960. »[1725]. Cette même année, le rapporteur de la Commission des lois du Sénat constatait que ces textes comprenaient « bien souvent… des positions de principe… qui ont leur place dans un exposé des motifs, voire dans un préambule, mais qu'il est juridiquement difficile d'admettre dans un texte de loi qui suppose des dispositions de droit positif »[1726]. Dans le même sens, Jean Foyer juge : « Certaines méthodes législatives, appréciées à l'époque contemporaine, favorisent les invasions du domaine législatif par des dispositions réglementaires ; en particulier une des inventions les plus détestables de la législation moderne, qu'on appelle les lois d'orientation. Elles se caractérisent, chacun le sait, par ce fait que leurs dispositions ne sont même pas réglementaires et contiennent plutôt des morceaux d'exposé de motifs. »[1727]. En effet, ces lois comprennent généralement une première partie consacrée à la définition des « principes généraux ». On peut citer quelques exemples. La loi d'orientation du 12 novembre 1968 relative à l'enseignement supérieur dispose dans son article 1er alinéa 1er : « Les universités (…) ont pour mission fondamentale l'élaboration et la transmission de la connaissance, le développement de la recherche et la formation des hommes ». La loi d'orientation du 30 décembre 1982 relative aux transports intérieurs énonce : « le système de transports intérieurs doit satisfaire les besoins des usagers dans les conditions économiques et sociales les plus avantageuses pour la collectivité. Il concourt à l'unité et à la solidarité nationale, à la défense du pays, au développement économique et social, à l'aménagement équilibré du territoire et à l'expansion des échanges internationaux, notamment européen… ». Bien souvent, ces lois adressent des injonctions au Gouvernement. Ces injonctions peuvent viser le dépôt par le Gouvernement, dans un délai déterminé, d'un projet de loi ou plus spécifiquement de mener des actions économiques et sociales dans le sens déterminé par la loi. Ainsi la loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980 comprend de nombreuses dispositions visant à fixer un cap pour le Gouvernement dans le domaine envisagé. Son article 3 dispose

[1724] Loi du 3 décembre 1966 et loi du 15 juillet 1982. Cité par B. BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Vème République,* op. cit. p.147.
[1725] *Ibid.,* p.147.
[1726] Sénat, 22 juin 1960, p.460. Cité par B.BAUFUMÉ, *ibid.,* p.147.
[1727] J.FOYER, « L'application des articles 34 et 37 par l'Assemblée nationale », in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit. p.91.

ainsi : « le Gouvernement s'attache à obtenir de la Communauté économique européenne la prise en compte des objectifs de la présente loi dans ses décisions »[1728]. Pourtant, les lois d'orientation ne se résument pas à ces dispositions dénuées de portée normative. Elles contiennent en outre un dispositif plus ou moins développé pouvant contenir des dispositions assez hétérogènes et liées aux modalités concrètes de réalisation des objectifs qu'elles se fixent[1729].

Une autre catégorie de loi peut également être évoquée. Il s'agit des lois mémorielles[1730]. Ces lois permettent au législateur « d'écrire l'histoire » et de « décider de quelle manière elle doit être enseignée »[1731]. Ces lois se sont multipliées ces dernières années[1732] et traduiraient la « tentation, pédagogique et moralisatrice de la loi »[1733] puisqu'il s'agit souvent de la simple énonciation d'un fait historique. Au-delà de la simple déclaration, ces lois mémorielles peuvent également créer un délit comme c'est le cas de la loi Gayssot qui institue le délit de négationnisme. L'émergence de ces nouvelles formes d'expression normative doit donc globalement être relativisée dans la mesure où elles n'excluent pas la présence de dispositions véritablement normatives.

La résurgence de l'exigence de prévisibilité n'est pas sans lien avec les évolutions contemporaines du droit caractérisées par l'émergence de notions floues, standards qui accentuent le phénomène d'indétermination de la norme. La résurgence de cette exigence n'est pas sans lien avec un autre mouvement de l'évolution contemporaine du droit : la complexification et la prolifération normative.

[1728] Voir également les articles 5, 6, 18, 19, 26, 72 et 73 de la même loi. Cité par B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Vème République,* op. cit. p.152.
[1729] Voir *supra*, Première partie, Sous-partie II, Titre I, Les fondements de l'exigence d'efficacité.
[1730] Une partie de la doctrine a manfesté son hostilité face à cette pratique dans un « Appel contre les lois mémorielles », *LPA*, 15-12. Cité par P.AVRIL et J.GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française. 1er octobre –31 décembre 2006 », *Pouvoirs*, n°121, p.156.
[1731] J.ROBERT, « L'histoire, la repentance et la loi », *RDP*, n°2, 2006, p.285. Voir également G. CARCASSONNE, « Devoir de mémoire et droit à la sensiblerie », in *Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, op. cit.
[1732] Loi Gayssot du 13 juillet 1990 créant le délit de négationnisme. Loi du 29 janvier 2001, reconnaissant le génocide arménien. Loi du 23 mai 2001, sur l'esclavage comme « crime contre l'humanité ». Loi du 23 février 2005 sur le rôle positif de la colonisation.
[1733] B.MATHIEU, *La loi*, op. cit., p.107.

Section 2 Excès de précision, complexification et prolifération normative.

Le droit est à l'époque contemporaine « victime de son succès »[1734]. Considéré comme la solution par excellence pour plus de sécurité, le recours à la règle de droit conduit à une prolifération normative (§1), à une débauche de précision et à une complexification (§2) qui nuit à l'exigence de prévisibilité de la norme.

§1 La prolifération normative

Cette évolution est évoquée de manière récurrente au sein de la doctrine qui explique cette prolifération par la volonté de répondre « à la complexité, à l'atomisation des sociétés et à l'aspiration de l'autonomie des individus »[1735]. Cette évolution ne peut se percevoir qu'au regard d'un modèle préexistant à partir duquel la distorsion face au droit contemporain devient perceptible. Georges Burdeau a largement contribué à l'étude de l'évolution de la notion de loi[1736]. L'auteur présente le modèle révolutionnaire de la loi comme se situant aux antipodes du modèle contemporain puisqu'à l'époque, l'intervention de la loi est perçue comme exceptionnelle. La rupture avec ce modèle classique est présentée comme la résultante de l'apparition de l'État providence qui conduit à assimiler progrès social et intervention de la loi[1737]. George Burdeau constate ainsi une évolution de la notion de loi qui se traduit par cette substitution de « l'idée originaire de la loi protectrice des situations régulièrement établies et gage de la sûreté des citoyens… » par « une conception qui fait de la loi le moteur d'une transformation incessante de l'ordre social… »[1738]. De son côté, Paul Amselek estime qu' « avec l'avènement (…) de l'interventionnisme et de l'État providence, le droit est devenu ce que l'on pourrait appeler une technique de gestion qui vise non plus seulement à maintenir le bon ordre dans la Cité, mais aussi à promouvoir le développement économique et social de la Cité »[1739]. L'aspiration au bonheur collectif transite alors par la production de droit, laquelle doit répondre aux attentes les plus diverses. G.Carcassonne dénonce à cet égard l'invasion par

---

[1734] A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.8.
[1735] P.ALBERTINI, « La codification et le Parlement », *AJDA*, 1997, p.661.
[1736] G.BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Arch. de phil. du droit*, 1939.
[1737] Voir à cet égard, l'article de J.CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? », art. cit., p.668. Voir également dans le même sens, B.OPPETIT, « L'hypothèse de déclin du droit », *Droits*, 1986, p.9.
[1738] G. BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », art. cit., pp.48-49.
[1739] P.AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p.279.

la loi de tous les secteurs de l'activité sociale traduisant le passage de l'État de droit à une « société de droit »[1740]. Cette dérive de l'idéal législatif est résumée par Walter Leisner : « si l'État de droit veut être parfait, il doit être partout »[1741]. L'émergence de l'État providence aurait considérablement affecté la réalité du principe d'une législation rare, simple et concise. Évoquant les pratiques du législateur sous les IIIè et IVè Républiques, M.Janot présentait le décalage entre ces pratiques et la théorie du partage des compétences entre la loi et le règlement dégagé par Romieu. Il explique : « bien entendu, il y avait à cela des raisons parfaitement valables : la société s'étant transformée – c'est une banalité – l'action des pouvoirs publics avait retrouvé un champ d'action beaucoup plus vaste : il était donc à peu près inévitable que tout ce qui au départ avait été déduit des principes, quand la société était purement individualiste et libérale, ne fut plus vrai dans une société interventionniste et dans laquelle naissaient un nombre de groupements de plus en plus importants et qui avaient une force de plus en plus contraignante ; ce qui rendait nécessaire une intervention de l'État, cette intervention étant à bien des égards la condition même du maintien des libertés »[1742]. L'extension continuelle des champs d'intervention normative est directement liée à cette conception d'un État omniprésent : tout développement d'un secteur d'activité conduit les acteurs sociaux à réclamer une intervention du législateur. La loi a vocation à intervenir dans des domaines de plus en plus variés, de plus en plus techniques. Ce faisant, l'épaississement de la loi et sa complexification sont des corollaires de l'évolution du rôle de la loi. Ces dernières décennies ont ainsi vu se développer un droit de l'informatique et des nouvelles technologies de l'information et de la communication, un droit de l'environnement sans oublier le droit de la bioéthique[1743]. Comme le résume A. Flückiger, « la complexité de la loi ne fait que refléter la complexité du monde »[1744]. Développant son emprise sur des secteurs émergents liés aux progrès techniques et scientifiques, le législateur se confronte en outre au défi de la complexité et de l'instabilité.

§2 Complexification et débauche de précision

[1740] G. CARCASSONNE, « Société de droit contre État de droit », art. cit.

[1741] W.LEISNER, « L'État de droit, une contradiction ? », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éd. Cujas, 1974, p.67.

[1742] R.JANOT, « L'origine des articles 34 et 37 », in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2ème éd. PUAM, Économica, op.cit, p.62.

[1743] J.RIVERO, « État de droit, état du droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p.610.

[1744] A.FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *CCC*, n°21. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

La loi se trouve confrontée à des défis considérables : comment concilier la complexité de la société qu'elle régit et la simplicité requise de son expression ? La loi semble se ainsi complexifiée inexorablement. Cette évolution se situe dans une opposition absolue aux caractères anciens du droit. Ce recours abusif à la règle de droit conduit à une complexification des lois car cette volonté du législateur de tout recouvrir par le droit se double de l'obsession de tout prévoir. Ainsi, l'inflation normative se traduit moins par une augmentation du nombre des lois que par une complexification de celles-ci.

Cette complexité de la règle de droit est la résultante du recours systématique aux techniques de précision[1745]. Valérie Lasserre-Kiesow identifie ces différentes techniques : « Quelles sont-elles ? C'est d'une part, la technique visant à la clarté de la règle de droit et, d'autre part, les techniques visant à la délimitation stricte du domaine de la règle de droit, c'est-à-dire la technique de la définition et la technique de l'énumération. »[1746]. L'exigence de prévisibilité implique une loi précise, mais dans le même temps, la précision conduit inévitablement à un épaississement de la loi, nuisant à l'accessibilité de la norme, et partant, à la prévisibilité. Le critère de généralité a ainsi laissé la place au critère de précision : « de là, pour protéger dans son intégrité la volonté législatrice, pour en assurer le respect et en garantir l'exécution stricte, la transformation des méthodes législatives ; au lieu de l'énoncé de ces principes très généraux comme le Code civil nous en fournit maints exemples, ces lois minutieuses où le législateur moderne, non content d'exprimer le principe général qui inspire son action, le concrétise déjà dans la loi même et s'efforce d'éviter ou de réduire l'infidélité des interprétations ultérieures en précisant lui même à l'avance les cas multiples où il prévoit que la loi pourra s'appliquer, les accommodements que chacun pourra comporter, les exceptions qui seront permises »[1747]. Le législateur contemporain veut tout prévoir, redoutant plus que tout, des interprétations contraires à sa volonté[1748] : « la généralité de la règle de droit a vécu », sacrifié sur l'autel de cette obsession[1749]. Les logiques du cercle vertueux des

[1745] Sur la technique de précision, voir V.LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in R. Drago (dir.), *La confection de la loi,* op. cit. spécialement pp.212-213. Voir également, V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, Paris, Coll. Bibliothèque de droit privé, t. 371, 2002, p.219 et s.
[1746] V. LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », art.cit, p.214.
[1747] DUPEYROUX, « Sur la généralité », art. cit., *Mélanges Carré de Malberg*, p.160.
[1748] L'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est à cet égard révélatrice dans la mesure où le constituant européen écrit un texte court qu'il accompagne d'un document explicatif qui entre dans les considérations très précises liées à l'application future de ce texte.
[1749] B.OPPETIT, « L'hypothèse de déclin du droit », *Droits*, 1986, p.16. Voir également dans ce sens, G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur*, Economica-PUAM, 2000, spec. p.38 et A.HOULLEAUX, « La fin des règles générales », *Bull. de l'institut int. d'admi. publ.*, 1976, pp.419-451.

qualités de la loi sont à cet égard réversibles[1750]. Puisque la généralité de la loi était une condition de sa stabilité dans le temps, la profusion de détails devient la cause de l'instabilité normative[1751].

Ces pathologies de la loi doivent être rattachées à l'impératif de prévisibilité du droit : les normes plus nombreuses, instables et complexes sont d'autant moins connaissables par les destinataires et donc d'autant plus imprévisibles. Ces mutations du droit contemporain n'affectent pas seulement le droit français. Ceci explique que l'exigence de prévisibilité de la norme constitue un souci qui dépasse les frontières hexagonales.

[1750] Voir *supra*, Introduction.

[1751] Cette dérive était mise en lumière par G.BURDEAU. Voir *Le déclin du droit. Étude sur la législation contemporaine*. LGDJ, 1949, p.70. Cette mécanique est parfaitement illustrée par E. DÉRIEUX, « Jeux de lois. À propos de la loi du 1er août 2000 modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication », *LPA*, 2000, n°234, p.9. Voir *supra*, Introduction.

Section 3 Une exigence commune aux démocraties contemporaines

L'exigence de prévisibilité qui se rapporte au principe de sécurité juridique s'est largement diffusée dans le monde juridique, bien au-delà de la sphère pénale. Dans les ordres juridiques étrangers, les exigences de prévisibilité, de sécurité juridique ou de confiance légitime, sont consacrées comme des valeurs fondamentales[1752]. La qualité de la législation apparaît alors comme étant prééminente au regard de cette exigence. Plusieurs Cours constitutionnelles étrangères s'appuient sur cette exigence pour censurer le législateur[1753]. Dans un arrêt rendu en 1972, la Cour suprême des Etats-Unis expliquait : « Les lois imprécises portent atteinte à plusieurs valeurs importantes. Premièrement, parce que nous tenons pour acquis que l'homme est libre d'agir légalement ou illégalement, nous tenons à ce que les lois permettent à la personne d'intelligence moyenne d'avoir une possibilité raisonnable de savoir ce qui est interdit afin d'agir en conséquence (…). Deuxièmement, si l'on veut prévenir l'application arbitraire et discriminatoire des lois, celles-ci doivent prévoir des normes explicites à l'intention de ceux qui les appliquent. Une loi imprécise délègue de façon inadmissible des questions de principe fondamentales aux policiers, aux juges et aux jurys qui y répondent de façon ponctuelle et subjective avec les risques que comporte l'application arbitraire et discriminatoire de la loi »[1754]. Au Canada, l'imprécision de la loi constitue un motif d'annulation[1755]. P.-A Côté relève à cet égard que « dans un arrêt portant sur l'imprécision comme cause de nullité de la loi, la Cour suprême du Canada, qui ne cite que rarement les philosophes, a fait référence au texte de Paul Amselek sur la teneur indécise du droit »[1756]. La Cour constitutionnelle Hongroise a rendu un arrêt qui explicite l'exigence constitutionnelle de prévisibilité. Pour les juges hongrois, « la sécurité juridique (…) exige de l'État, et en premier lieu du législateur, que l'ensemble du droit, ses domaines particuliers qui le composent et ses normes particulières soient clairs, univoques, que leurs effets soient calculables, et qu'ils soient prévisibles également pour le destinataire de la norme de droit

[1752] Sur l'exigence de sécurité juridique comme « exigence commune du droit européen, voir la thèse de A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français,* op. cit., p.135 et s.

[1753] Pour une analyse comparative, voir la thèse précitée de J.TREMEAU, *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, op. cit.

[1754] Arrêt Grayned v. City of Rockfort, 408 U.S. 104, 1972. Cité par P.GARANT, « Le contrôle juridictionnel de l'imprécision des textes législatifs au Canada », in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996.

[1755] P.GARANT, « Le contrôle juridictionnel de l'imprécision des textes législatifs au Canada », art. cit.

[1756] P-A.CÔTÉ, « Le mot « chien » n'aboie pas : réflexion sur la matérialité de la loi », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.281.

pénal. »[1757]. Outre-Rhin, la Cour constitutionnelle allemande considère très tôt que « la loi doit définir « avec une certaine précision les règles principales afin que l'habilitation consentie au pouvoir réglementaire ne soit pas un blanc-seing… »[1758]. S'agissant de la Cour constitutionnelle autrichienne, Louis Favoreu rapporte qu'elle exige depuis 1923 que « le législateur doit poser des règles précises et ne laisser au règlement (…) que le minimum de précision à apporter »[1759]. Reste que quelques juges constitutionnels refusent de considérer l'imprécision comme un motif d'inconstitutionnalité, comme c'est le cas à Monaco[1760].

Cette exigence de prévisibilité est en outre relayée aujourd'hui par le droit européen. Le droit communautaire a largement intégré cette exigence. A.-L. Valembois explique à cet égard que « le juge communautaire tient la prévisibilité pour un élément de définition du principe de sécurité juridique »[1761]. Ainsi, le tribunal de première instance a-t-il considéré que « le principe de sécurité juridique exige que la législation communautaire soit certaine et son application prévisible pour les justiciables »[1762]. De son côté, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme a imposé le principe de prévisibilité de la « loi » comme étant consubstantiel à la notion d'État de droit[1763]. La Cour de Strasbourg n'a pas hésité à tirer les conséquences nécessaires du principe. Elle considère en effet que « la garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 5 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public…. »[1764] . Selon la même juridiction, « le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné »[1765]. Dans le même arrêt, la Cour considère qu'« on ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en

---

[1757] Motifs de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle de la République de Hongrie, n°11/1992/ III.25/AB. Voir *AIJC*, 1992, pp.585-586.
[1758] M.FROMONT, *RDP*, 1982, p1062.
[1759] L.FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, PUF, 1996, 3ème éd., Coll. Que sais-je ?, n°1724, p.44.
[1760] Le tribunal suprême de la Principauté de Monaco considère que le moyen tiré du manque de clarté et d'intelligibilité de la loi est inopérant. 3 décembre 2002, Gindeno, Nigioni et Rapaire c. SE M. le Ministre d'État T.S., 2002, 8.
[1761] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.201.
[1762] TPI, 22 janvier 1997, Opel Austria c/ Conseil, T-115/94, rec. p.II-39. Cité par A.-L.VALEMBOIS, *ibid.,* p.201.
[1763] V. J.-C. SOYER, « La loi nationale et la Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges Foyer*, PUF, 1996, p.125. En outre, de nombreuses autres conventions internationales consacrent ce principe : ainsi en est-il de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.
[1764] CEDH, S.W. et C.R. c/ RU, 22 novembre 1995, série A n°335-B et 336-C.
[1765] CEDH, 26 avril 1979, Sunday Times c/ RU, §49.

s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »[1766]. P.Wachsmann en déduit que la loi doit, en vertu de la Cour de Strasbourg, « être un instrument fiable d'orientation des conduites »[1767]. La Cour européenne impose ainsi aux lois d'être suffisamment claires et précises[1768]. À ce titre, la France a été condamnée plusieurs fois par la Cour européenne pour des législations ne respectant pas ces critères qualitatifs[1769]. La Cour européenne des droits de l'homme a bien perçu que la prévisibilité absolue est une chimère, un idéal impossible à atteindre : « Aussi clairement que soit rédigée une disposition juridique, il y a toujours inévitablement une part d'interprétation des tribunaux. Il demeura toujours nécessaire d'élucider des point obscurs et d'adapter le libellé en fonction de l'évolution des circonstances »[1770]. Cette position traduit la prudence de la Cour européenne qui applique ce principe de manière relativement souple. Cette souplesse ne semble pas incompatible avec une certaine rigueur puisque la Cour européenne utilise le principe de prévisibilité en allant au bout de sa logique. Ainsi, dans un arrêt de 1995, la Cour devait se prononcer sur la conventionalité de la condamnation d'un homme pour le viol de son épouse, alors que la loi consacrait encore une immunité pénale dans un tel cas. Mettant en avant l'article 7 de la Convention, le mari condamné considérait sa condamnation comme une violation de la règle : « pas de peine sans texte ». La Cour a jugé dans cette affaire qu'il n'y avait pas violation de l'article 7 de la Convention puisque « cette évolution était telle que la reconnaissance judiciaire de l'absence d'immunité constituait désormais une étape raisonnablement prévisible de la loi. »[1771]

[1766] *Ibid*. Sur la Cour européenne des droits de l'homme, voir P.WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil d'étude à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruylant, 1997. Du même auteur, voir, « Étude sur la qualité de la loi », *Mélanges offert à Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004. Sur cette question, voir également F. SUDRE, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, pp.363-384.

[1767] L'auteur précise le contenu de cette exigence : « L'individu – et plus généralement, toute personne – doit être à même de prévoir sans de trop grands risques d'erreur si l'acte qu'il envisage d'accomplir est ou non susceptible d'être considéré comme illicite. ». P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », *Mélanges Amselek*, p.810.

[1768] CEDH, 13 juin 1979, Marchx, série A, n°31, §58 ou encore CEDH, 2 avril 1979, Sunday Times c/ RU, série A, n°30, §49 et 50.

[1769] Dans l'arrêt Kruslin c/ France, la Cour condamne la France au motif que sa réglementation relative aux écoutes téléphoniques n'est pas suffisamment claire et prévisible. « La loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte secrète, et virtuellement dangereuse, au droit au respect de la vie privée et de la correspondance. ». CEDH, 24 avril 1990, Huvig et Kruslin c/ France. Voir également, CEDH, 16 décembre 1992, G. de la Pradelle c/ France. CEDH, 30 octobre 1998, FE c/ France.

[1770] CEDH, Arrêt Basakaya et Okcuoglu c/ Turquie, 8 juillet 1999.

[1771] CEDH, Arrêt S.W. c/ RU, du 22 novembre 1995.

L'applicabilité directe de la Convention européenne offre un potentiel intéressant pour les juges du fond. Notons que dans le domaine réglementaire, les juges du fond n'hésitent pas à écarter l'application d'un article ne mettant pas « le juge pénal en mesure de s'assurer que les faits poursuivis sont ceux que l'autorité réglementaire a entendu réprimer »[1772]. Ce principe permet de sanctionner certaines pratiques comme celles des renvois qui nuisent à l'accessibilité des textes. Comme l'écrit Nicolas Catelan « Puisque la chambre criminelle déclare illégaux des textes réglementaires recourant à une telle méthode, il n'est pas exclu que les textes législatifs soient soumis au même régime sur la base de la Convention européenne malgré les réticences actuelles de la chambre »[1773]. Les juges disposent – à défaut de la Constitution - des conventions internationales pour écarter l'application de la loi. La Cour de cassation a jugé contraire au principe de légalité une disposition de la loi du 29 juillet 1881 interdisant la publication ou la reproduction de « tout ou partie des circonstances d'un crime » compte tenu du caractère flou de cette formule[1774]. Notons, enfin que, de son côté, la Cour de justice des communautés européennes a consacré l'exigence de clarté et de précision de la réglementation[1775] après avoir consacré le principe de sécurité juridique[1776].

Nous avons pu constater que l'exigence de prévisibilité était inextricablement liée au phénomène juridique, qu'elle était destinée à assurer la protection des sujets de droit et que les évolutions contemporaines du droit la rendaient d'autant plus impérieuse. L'ensemble de ces éléments constitue une assise à la juridicisation des qualités formelles de la loi qui contribuent à assurer la prévisibilité des lois. Reste dès lors à savoir par quels moyens le Conseil constitutionnel est parvenu à imposer le respect de ces qualités formelles dans la perspective de garantir une relative prévisibilité des lois.

[1772] Crim. 1er fev. 1990, Droit pénal 1990

[1773] N.CATELAN, *L'influence de Beccaria sur la matière pénale moderne*, op. cit., p.103.

[1774] Crim. 20 février 2001, *D.* 2001 p.908. Voir aussi dans le même sens : crim. 16 janvier 2002, *Droit pénal* 2002.

[1775] Voir CJCE, 9 juillet 1981, *Administration des douanes c/ SA Gontrand Frères et SA Grancini*, aff.169/80, Rec. p.1931.

[1776] Voir CJCE, 14 juillet 1972, *Azienda colori nazionali c/ Commission*, Aff.57-69, Rec. p.933.

TITRE II

LES MOYENS MIS AU SERVICE DE L'EXIGENCE DE PRÉVISIBILITÉ

« Tu seras clair »[1777]

Le Conseil constitutionnel a développé une panoplie d'instruments ayant vocation à renforcer la prévisibilité de la loi. Le souci de sécurité juridique apparaît très tôt dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel à travers les exigences de précision et de clarté de la loi. La mobilisation par le juge constitutionnel d'exigences issues de la légistique formelle est directement liée à la volonté d'assurer une certaine sécurité juridique[1778]

Le juge constitutionnel va en effet développer des moyens destinés à resserrer la « contrainte normative » afin de limiter l'imprévisibilité de la loi. Qualité de la loi, resserrement de la contrainte normative, prévisibilité, sont trois éléments fonctionnant sur le mode de l'interdépendance. La qualité de la loi permet le resserrement de la contrainte normative, laquelle est destinée à assurer la prévisibilité des règles de droit. Cette exigence de prévisibilité se rattache à la fonction de la loi à laquelle il revient d'assurer la coordination de la collaboration inter-normative. Ainsi, l'acte législatif doit-il fixer le cadre d'intervention des autorités infra législatives : le pouvoir judiciaire, le pouvoir réglementaire, les collectivités territoriales et les autorités administratives indépendantes ne pourront exercer leurs fonctions que dans le cadre des limites fixées par le législateur. La loi doit être un trait d'union entre la Constitution et les autorités infra-législatives. Il s'agit ainsi pour la loi de déterminer les limites bornant l'activité de ces autorités dans l'application de la loi.

L'incompétence négative ouvre la voie en imposant au législateur les qualités de précision et de clarté. Cet instrument contentieux s'applique aux lois en général, là où l'utilisation du principe de légalité des délits et des peines concerne spécialement les lois pénales. Mais dans un cas comme dans l'autre le résultat est le même puisque le juge s'attache à garantir aux sujets de droit une prévisibilité minimale des effets de la loi en encadrant les

[1777] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production normative », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, Paris, 2006, p.267.

[1778] C.-A. Morand constate que « le juge constitutionnel, confronté toujours plus fréquemment à des lois dont les effets pour le respect des droits fondamentaux est incertain, est de plus en plus enclin à prescrire au législateur une démarche respectant des principes élémentaires de légistique afin de réduire ces incertitudes. », C.-A.MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », in C.-A.MORAND (dir), *Légistique formelle et matérielle*, op. cit., p.35.

pouvoirs des autorités d'application. À cet égard, d'autres instruments convergent pour assurer cette exigence de prévisibilité. Les réserves d'interprétation jouent à cet égard un rôle important, puisqu'elles permettent au Conseil constitutionnel d'imposer le sens de l'interprétation du texte. Par le jeu des réserves d'interprétation le Conseil constitutionnel est en mesure de canaliser le pouvoir d'interprétation des autorités infra-législatives. De même, la lutte contre les « neutrons », permet au Conseil constitutionnel de stériliser des dispositions législatives dont la portée normative est jugée incertaine. Enfin, plus récemment, la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi constitue le point d'orgue d'une jurisprudence guidée par l'exigence de prévisibilité des lois. À partir de cette consécration, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a été marquée par des évolutions notables en matière de qualité formelle des lois. Ces différents moyens permettent d'assurer à la loi les qualités de clarté et de précision requises par l'exigence de prévisibilité.

Après avoir démontré que la technique de l'incompétence négative constitue un moyen au service de l'exigence de prévisibilité, (Chapitre 1), nous pourrons constater que d'autres moyens contentieux convergent pour assurer la même exigence (Chapitre 2).

Chapitre 1
L'incompétence négative : une technique au service de la prévisibilité des lois

« Ton pouvoir pleinement exerceras » (Solon)[1779]

L'incompétence négative permet au Conseil constitutionnel de sanctionner le législateur qui n'aurait pas exercé la totalité de la compétence que lui attribue la Constitution. Comme nous avons pu le constater[1780], ce type de censure est destiné à imposer au législateur de prescrire des garanties légales nécessaires à l'effectivité des droits et libertés de valeur constitutionnelle. Parallèlement, il apparaît que les cas d'incompétence négative sont constatés par le juge constitutionnel à partir des défaillances formelles de la loi : l'imprécision, le manque de clarté, l'ambiguïté ou la lacune rendent l'application de la loi indéterminée et aboutissent à conférer aux autorités d'application une marge d'appréciation et d'interprétation jugée trop importante par le juge constitutionnel. Ces défaillances sont constitutives d'un « relâchement de la contrainte normative »[1781] et font peser un risque d'arbitraire au moment de l'application de la loi. Ces défaillances formelles constituent ainsi le critère d'identification des cas d'incompétence négative. C'est dans cette perspective que l'on peut expliquer que l'article 34 de la Constitution constitue le fondement de l'affirmation de l'exigence de précision de la loi et du principe de clarté de la loi. L'incompétence négative constitue à cet égard une technique au service de l'exigence de prévisibilité de la loi et peut être considérée comme le biais contentieux d'une généralisation du principe de légalité[1782]. Les deux moyens contentieux se fondent sur le même principe : là où il n'y a pas de loi, règne l'arbitraire. Le fait d'imposer au législateur d'exercer sa compétence est destiné à ne pas conférer un pouvoir discrétionnaire à d'autres autorités. L'incompétence négative vise ainsi à resserrer la marge d'interprétation des autorités d'application. La loi se voit ici imposer une fonction de distribution et d'encadrement des compétences des autorités infra-législatives.

Nous pourrons constater que les défaillances formelles de la loi constituent le critère des censures pour incompétence négative (section 1) ce qui explique le fait que l'article 34 de

[1779] SOLON, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2000 : un décalogue à l'usage du législateur ? », *LPA*, 10 janvier 2001, n°7.
[1780] Voir *supra*, Première partie, Sous partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2.
[1781] A. Viala, Thèse précitée.
[1782] A.-L.Valembois considère que « l'incompétence négative constitue avant tout une concrétisation du principe de légalité… ». A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.268.

la Constitution constitue le fondement de la reconnaissance du principe de clarté de la loi (section 2).

Section 1 Les défaillances formelles de la loi, critère des censures pour incompétence négative.

Les principes liés à l'exercice de la compétence législative pourraient sembler *a priori* éloignés des impératifs concernant la qualité formelle des lois. En effet, l'incompétence négative permet au Conseil constitutionnel d'imposer le respect de l'article 34 de la Constitution en interdisant les délégations irrégulières de la compétence législative vers des autorités infra-législatives. Pourtant, il apparaît que ce moyen contentieux permet au juge constitutionnel d'imposer des qualités formelles aux lois soumises à son contrôle. En effet, si toute censure pour incompétence négative sanctionne l'existence de délégation irrégulière de compétence (§1), toute délégation de compétence suppose nécessairement l'existence de défaillances formelles (§2).

§1 Toute censure pour incompétence négative sanctionne l'existence d'une délégation irrégulière de compétence.

On définit classiquement l'incompétence négative en contentieux constitutionnel comme le moyen de sanctionner les délégations irrégulières de compétence opérées par le législateur au profit d'autorités d'application de la loi[1783]. L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est traduite par une interprétation extensive de la notion de délégation de compétence. Certains auteurs en ont déduit que le critère de la délégation irrégulière de compétence n'était plus absolument pertinent pour expliquer les censures pour incompétence négative[1784]. Nous nous attacherons à démontrer que l'élasticité de cette notion impose de la maintenir comme critère des incompétences négatives du législateur. La délégation irrégulière de compétence demeure un critère pertinent pour expliquer les censures pour incompétence négative en dépit de sa dilution (A) et de sa disparition exceptionnelle (B).

A / La dilution la notion de délégation de compétence

[1783] Voir à cet égard, les articles précités de F.Priet et G.Schmitter consacrés à l'étude de l'incompétence négative. F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, 17, 1994, pp.59-85. G. SCHMITTER, « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives », *AIJC*, Vol.V, 1989, pp.137-173.

[1784] Voir en particulier la position de F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art.cit., p.70. L'auteur écrit que « le Conseil constitutionnel censure dans la quasi-totalité des cas la délégation irrégulière de compétence… ».

Il résulte de l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que la notion de délégation de compétence renvoie à différents cas assez hétérogènes[1785]. Le Conseil constitutionnel a en effet contribué à la dilution de la notion de délégation irrégulière de compétence. La doctrine a mis en évidence deux « formes d'incompétence négative »[1786] : c'est la dichotomie classique des délégations explicite (1) et implicite (2)[1787].

1) Les cas d'incompétence négative sanctionnant une délégation explicite de compétence

Dans le cas des délégations explicites de compétence, le lien entre l'incompétence négative et la notion de délégation de compétence paraît aller de soi, puisque le législateur est sanctionné pour avoir renvoyé à une autre autorité[1788] le soin d'édicter des normes qui relèvent matériellement du domaine législatif. À cet égard, F. Priet semble considérer qu'il y a délégation explicite dès lors que le législateur a confié à une autre autorité le soin d'exercer « une compétence qui n'appartient qu'à lui »[1789]. La délégation pourra être qualifiée d'explicite car l'autorité bénéficiaire de la délégation et la compétence déléguée sont identifiées par la loi[1790]. La notion de délégation est à ce point évidente dans ces cas que le Conseil constitutionnel utilise explicitement la notion de délégation[1791].

[1785] L'étude de ces délégations nous conduit à constater leur caractère hétérogène. Voir la thèse de J. TREMEAU, *La réserve de loi*, Economica, 1997, p.266 et s.

[1786] Selon F. Priet, « En réalité, l'étude de la jurisprudence permet de mettre en évidence deux formes – et deux seulement – d'incompétence négative. » F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, 17, 1994, p.67. François Luchaire sera ainsi le premier à distinguer ces deux catégories de délégation de compétence sanctionnées pour incompétence négative. F. LUCHAIRE, « Introduction du Colloque», *Conseil constitutionnel Conseil d'Etat*, Paris, *LGDJ*, 1988, p. 50.

[1787] La doctrine, tout en relevant cette distinction s'est abstenue de qualifier ces deux « formes » de délégation. La dénomination explicite / implicite n'est donc pas utilisée par la doctrine. Ainsi par exemple, F.Priet, tout en mettant en exergue la dichotomie ne s'aventure pas à la qualifier : «*La forme la plus répandue est celle où le législateur confie à une autre autorité le soin de déterminer les règles d'une certaine manière. Selon une seconde forme, le législateur méconnaît sa compétence lorsqu'il n'épuise pas celle-ci et ce alors même qu'il ne s'en serait pas remis à une tierce autorité pour régler une question.* ». François PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art.cit. p.67. Les qualificatifs ainsi choisis s'inspirent en outre d'un article de Roland Drago intitulé : « Peut-il y avoir des privatisations implicites ? », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, pp. 88-996. Cet auteur constate que le Conseil constitutionnel fait obstacle à un détournement de procédure permettant une privatisation sans que le législateur en ait décidé. La loi pourrait ainsi être porteuse d'une marge d'appréciation permettant une privatisation implicite. A.-L.Valembois distingue ces deux types de délégation en évoquant d'une part l'« invitation expresse » et d'autre part la « permission tacite ». A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.268.

[1788] Ces autorités bénéficiaires sont le plus souvent des autorités disposant du pouvoir réglementaire, mais cela n'est pas toujours le cas. Ainsi l'incompétence négative pourra t-elle concerner des autorités ne disposant pas du pouvoir réglementaire comme les « ministres » (décision 87-237 DC), ou les organes des sociétés nationalisées (décision 81-132 DC), des juges (décision 75-56 DC) ou encore des chambres de commerce et d'industrie (87-239 DC).

[1789] F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., p.67.

[1790] Cela suppose ainsi la réunion de deux éléments : l'identification d'une compétence législative et l'identification d'une autorité bénéficiaire de ladite compétence. Selon F. Luchaire, « Devant le Conseil

La décision 83-168 DC[1792] offre une illustration particulièrement nette de ce type de délégation irrégulière. Les juges constitutionnels censurent en effet la loi qui renvoyait à un décret en Conseil d'État le soin de « fixer la composition et les modalités d'élection des membres du Conseil d'administration de centre de gestion ». Le législateur confiait ici explicitement une compétence déterminée à une autorité clairement identifiée. La délégation est explicite car elle est inscrite dans le renvoi opéré par le législateur à la compétence d'une autre autorité. En outre et surtout cette compétence est jugée comme relevant du domaine législatif en vertu de l'article 34 de la Constitution qui réserve au législateur le soin de fixer « les règles concernant la création des catégories d'établissements publics ». Pour F. Priet, ce type de délégations irrégulières correspond au 2/3 des censures pour incompétence négative dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel[1793].

Le dernier tiers sanctionnerait une autre forme d'incompétence négative : les délégations implicites de compétence.

2) Les cas d'incompétence négative sanctionnant une délégation implicite de compétence

Un autre type de délégation de compétence sanctionné pour incompétence négative doit être analysé : celui des délégations implicites. À ce titre, le Conseil sanctionne les lois, qui, sans renvoyer explicitement à la compétence d'une autorité infra législative, contiennent des dispositions à ce point imprécises ou vagues qu'elles confinent à la délégation de compétence. Le législateur sera sanctionné pour incompétence négative alors même que la loi ne confère explicitement aucune compétence. Ainsi le Conseil constitutionnel sanctionne-t-il d'autres formes de délégation que l'on peut qualifier d'implicites. Ces dernières permettent au juge de qualifier virtuellement la délégation. Celles-ci n'apparaissent pas de manière évidente dans la mesure le Conseil constitutionnel déduit l'existence de ces délégations des défaillances formelles de la loi qui est jugée trop imprécise, obscure ou ambiguë ; défaillances

---

constitutionnel la méconnaissance de la compétence apparaît dans deux situations différentes. En premier lieu, la loi, au lieu de régler une question s'en remet à une autre autorité en l'investissant d'un pouvoir que le Conseil constitutionnel – faute de règles législatives – trouve arbitraire ; dans ce cas le rapprochement avec le Conseil d'État peut se poursuivre ; il y a en réalité, délégation sans texte ». F. LUCHAIRE, « Introduction du Colloque», *Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat,* op. cit., p.50.

[1791] Voir à cet égard les décisions 80-115 DC, 93-323 DC.

[1792] Décison 83-168 DC du 20 janvier 1984. *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*. Recueil, p. 38. D'autres décisions illustrent ce schéma : Voir notamment les décisions 70-40 DC, 83-162 DC, 93-323 DC, 94-353-356 DC…

[1793] Cet auteur considére que les 2/3 des décisions sanctionnant une incompétence négative correspondent à des délégations explicites. F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., p.67, note 41.

formelles qui tendent à conférer une marge d'interprétation conséquente aux autorités d'application et qui confinent, de ce fait, à une délégation de compétence[1794]. Comme l'explique F. Priet «…l'idée de délégation permet aussi de rendre compte des différentes décisions où le silence du législateur est censuré. Car il est clair que si le législateur n'a pas prévu les dispositions adéquates dans un domaine déterminé, c'est une autre autorité qui y pourvoira…Si dans ces espèces, il n'y a pas formellement de délégation, celle-ci est contenue en germe dans la loi… »[1795]. Qu'elle soit imprécise, lacunaire, ambiguë, la loi laisse aux autorités infra-législatives une telle marge d'interprétation qui fait craindre au juge constitutionnel une application « arbitraire »[1796] de la loi. La délégation présente alors cette caractéristique d'être déduite par le juge à partir des défaillances formelles de la loi. Elle permet ainsi au Conseil constitutionnel d'étendre considérablement la catégorie des délégations sanctionnées pour incompétence négative[1797]. Ainsi, par opposition aux critères dégagés pour identifier les cas de délégation explicite, on peut considérer qu'il y a délégation implicite lorsque ni la compétence déléguée, ni l'autorité bénéficiaire ne sont expressément identifiées par la loi[1798].

Selon F.Priet, « cette seconde forme « d'incompétence négative » apparaît dès la décision n°84-183 DC[1799] du 18 janvier 1985… »[1800]. On peut néanmoins trouver dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel les prémisses de la reconnaissance de cette forme d'incompétence négative. Ainsi dans sa décision 80-115 DC[1801], le Conseil finit par conclure « qu'il ne résulte pas non plus des termes même de la loi ou de ses travaux préparatoires qu'elle comporte une telle délégation de compétence ». Le juge constitutionnel reconnaît ici *a contrario* la possibilité de délégation implicite de compétence, déduite des « termes même de

---

[1794] F. Luchaire explique à cet égard, « En second lieu la méconnaissance de la compétence provient de ce que la loi n'atteint pas suffisamment l'objectif constitutionnel qu'elle se proposait d'atteindre (CC. 18 septembre 1986). Cette fois je ne vois rien dans la jurisprudence du Conseil d'État qui puisse être comparé à ce cas de méconnaissance de la compétence qui, par exemple, ne me paraît rien avoir de commun avec le détournement de pouvoir. », F.LUCHAIRE, « Introduction du colloque », *Conseil constitutionnel, Conseil d'État*, op. cit., p.50.
[1795] F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., pp.70-71.
[1796] Le juge constitutionnel utilise parfois le terme « arbitraire » comme c'est le cas dans la décision précitée 85-198 DC.
[1797] Notons dès à présent que cet élargissement de la catégorie par le Conseil constitutionnel lui permet d'étendre son champ de compétence et donc son influence sur les autorités infra-législatives.
[1798] Pour F.Priet, « le législateur méconnaît sa compétence lorsqu'il n'épuise pas celle-ci et ce alors même qu'il ne s'en serait pas remis à une tierce autorité pour régler une question. »F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit. p.71. Cet auteur précise « en l'absence de tout renvoi, le législateur est malgré tout censuré parce qu'il n'épuise pas sa compétence. ».
[1799] Décision 84-183 DC du 18 janvier 1985. *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*. Recueil, p. 32. Le même auteur évoque en outre la décision 85-198 DC, 95-191 DC, 90-282 DC, 87-233 DC, 86-217 DC. *Ibid.,* p.69.
[1800] *Ibid.*, note de bas de page 68.
[1801] Décision 80-115 DC du 1 juillet 1980. *Loi d'orientation agricole.* Recueil, p. 34.

la loi ». La décision précitée 85-198 DC offre une illustration particulièrement nette de ce type de délégation irrégulière de compétence. Le législateur avait confié à un établissement public la mission de procéder à « l'installation et l'exploitation sur les propriétés bâties de moyens de diffusion par voie hertzienne et la pose des équipements nécessaires à leur fonctionnement en vue d'améliorer la communication audiovisuelle ». Le juge constitutionnel va identifier une délégation irrégulière de compétence à partir du manque de précision de la disposition (des travaux « d'importance non précisée », « faute de précision ») ; défaillance que le Conseil estime susceptibles « d'entraîner une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis ». La délégation de compétence ne résulte pas de la faculté accordée à l'établissement public de procéder à ces travaux d'installation (on imagine mal le législateur se charger de procéder à de tels travaux), mais du fait que cette autorité exercera cette compétence sans limites suffisantes fixées par la loi. C'est ainsi la potentialité d'une délégation de compétence qui est sanctionnée.

Ce type de délégations implicites sanctionnées pour incompétence négative met en exergue le contrôle préventif du Conseil qui sanctionne en réalité une délégation potentielle. En effet, à partir des défaillances formelles de la loi, il va envisager la marge d'appréciation des autorités d'application et du même coup les risques d'atteinte à la Constitution. La censure de ces délégations apparaît logique de ce point de vue puisque ces délégations implicites sont virtuellement bien plus dangereuses pour les libertés et droits constitutionnels que ne le sont les délégations explicites. En effet, si le Conseil constitutionnel les déduit des termes de la loi, c'est qu'elles sont porteuses d'un venin qui peut passer inaperçu. Comme nous l'avons constaté, ce qui les caractérise, c'est bien l'indétermination de la compétence déléguée. Or, ce flou présente un risque de dérapage au moment de l'application de la loi, susceptible de mettre en péril les droits et libertés constitutionnels que le législateur a précisément la charge de préserver.

Pour logique qu'elle soit, la reconnaissance de ce type de délégation étend considérablement le champ des délégations irrégulières sanctionnées par le biais de l'incompétence négative et contribue du même coup à diluer la notion de délégation irrégulière de compétence. En dehors de l'extensibilité de cette notion, sa disparition exceptionnelle dans certains cas de censure pour incompétence négative doit nous amener à évaluer son caractère explicatif de l'utilisation de l'incompétence négative.

B/ La disparition exceptionnelle de la notion de délégation de compétence dans des cas de censure pour incompétence négative

L'extensibilité de la notion de délégation irrégulière impose de s'interroger sur le caractère pertinent de cette notion comme critère de l'incompétence négative[1802]. La question qui se pose est alors la suivante : lorsque le Conseil constitutionnel censure une loi pour incompétence négative, sanctionne-t-il nécessairement une délégation irrégulière de compétence ? Autrement dit, est-il possible de considérer que le Conseil sanctionne la méconnaissance de sa compétence par le législateur sans qu'il y ait de délégation de compétence ? La jurisprudence du Conseil constitutionnel invite à cette interrogation puisque dans sa décision 86-217 DC[1803], le juge constitutionnel censure pour incompétence négative le législateur dans un cas où la délégation, même implicite, ne semblait pas possible. Cet unique cas conduit à opposer la thèse de la fin de la notion de délégation irrégulière comme critère de l'incompétence (1) à celle du maintien de cette notion comme critère incontournable de l'incompétence négative (2).

1) La fin de la notion de délégation irrégulière de compétence comme critère de l'incompétence négative

La décision 86-217 DC constitue une décision atypique dans la mesure où la censure pour incompétence négative résulte du non exercice par le législateur d'une compétence que lui seul pouvait exercer : la mise en œuvre de l'objectif du pluralisme. Par cette décision, le juge constitutionnel semble désolidariser l'incompétence négative de la délégation irrégulière de compétence.

Cette thèse s'appuie sur l'argument en vertu duquel aucune autorité ne pourrait faire ce que le législateur n'a pas fait. La mise en œuvre de cet objectif suppose en effet

[1802] La remise en cause de la notion de délégation irrégulière peut être soit partielle, soit totale. Dans ce dernier cas, l'idée même de délégation législative est remise en cause au motif qu'elle serait tout simplement impossible. En vertu de cette conception, les autorités d'application ne feront qu'exercer leur pouvoir et ne disposeront pas pour autant de la compétence législative. Cette analyse procède d'une vision purement organique de ce qu'est la loi. Puisque ce n'est pas le législateur qui prend les mesures concernées, et qu'elles ne prendront pas le titre de loi, cela ne sera pas la loi. Pour autant, cette analyse néglige la portée de la délimitation d'un domaine matériel de la loi et l'effet utile qui doit en être tiré. La disposition ne sera pas loi (et en cela il n'y pas effectivement pas de délégation), mais elle s'établira sans que la loi ait couvert son domaine de compétence imposé par la Constitution. Le domaine non couvert par la loi sera rendu accessible aux autorités d'application. Dans la mesure où la loi le permet, explicitement ou implicitement, les autorités d'application bénéficient d'une autorisation de faire ce que seule la loi peut faire en vertu de la Constitution.

[1803] Décision 86-217 DC du 18 septembre1986. *Loi relative à la liberté de communication*, Recueil, p. 141.

l'établissement d'une interdiction des concentrations à partir d'un seuil jugé incompatible avec le pluralisme. Le principe de légalité qui garantit que ce que la loi n'interdit pas aucune autorité ne peut l'interdire, paraît à cet égard incontournable. F.Priet considère, à partir de cette décision 86-217 DC, que « cette idée de délégation n'a pas toutefois une portée explicative absolue. »[1804]. Selon cet auteur, le « juge constitutionnel a censuré l'insuffisance des dispositions d'une loi qui ne permettait pas de satisfaire l'objectif du pluralisme. »[1805]. Dans le cas de cette décision, « l'idée de délégation est …exclue » puisqu' « aucune autre autorité que le législateur – et certainement pas le gouvernement - n'aurait pu, voire voulu, prévoir les règles de nature à atteindre l'objectif désigné »[1806]. Dans ce cas « c'est le silence normatif absolu qu'a voulu éviter le Conseil constitutionnel. »[1807]. De la même façon, les propos de F.Luchaire ne font pas référence à la notion de délégation de compétence pour expliquer cette jurisprudence. Ce dernier constate en effet que « la méconnaissance de la compétence provient de ce que la loi n'atteint pas suffisamment l'objectif constitutionnel qu'elle se proposait d'atteindre »[1808]. Pour le Conseil constitutionnel, peu importe que la compétence non exercée par le législateur profite à une autorité infra-législative puisqu'il importe avant tout que le législateur remplisse sa mission constitutionnelle. Celle-ci se rapporte avant tout à la mise en œuvre des valeurs constitutionnelles. Les termes utilisés par le Conseil constitutionnel montrent qu'il s'agit moins pour le législateur de ne pas déléguer sa compétence mais avant tout de ne pas « méconnaître sa compétence »[1809].

Tout en reconnaissant la spécificité de cette jurisprudence, il demeure possible de maintenir la notion de délégation irrégulière de compétence comme critère de l'incompétence négative

2) La thèse du maintien de la notion de délégation de compétence comme critère incontournable de l'incompétence négative

En dépit de la singularité de la décision 86-217 DC, il semble qu'elle n'est pas incompatible avec le maintien de la notion de délégation irrégulière de compétence comme

[1804] F.PRIET, «L'incompétence négative du législateur », art.cit. p. 71. Cet auteur amorce son analyse en expliquant que « le Conseil constitutionnel censure dans la ***quasi*** totalité des cas la délégation irrégulière de compétence… »… (souligné par nous), *ibid.* p.70.
[1805] *Ibid.,* p.71.
[1806] *Ibid.*
[1807] *Ibid.*
[1808] F.LUCHAIRE, « Introduction du colloque », *Conseil constitutionnel, Conseil d'État*, op. cit. p.50.
[1809] L'expression « méconnaître sa compétence » se retrouve dans plusieurs décisions. Voir notamment les décisions 83-167 DC, 84-173 DC, 86-217 DC, 86-223 DC, 87-237 DC.

critère de l'incompétence négative. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel sanctionne une délégation irrégulière d'un type singulier. Il n'est pas contestable que la compétence non exercée par le législateur ne pouvait être exercée par des autorités d'application. Comme nous avons pu le constater le principe de légalité fait obstacle à cette possibilité. Néanmoins, la notion de délégation irrégulière nous semble incontournable à partir du principe en vertu duquel, à travers ses silences, le législateur permet toujours quelque chose. Le principe de légalité constitue ainsi le fondement de cette analyse : « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Nous appuyons notre analyse sur l'argument développé par F. Priet qui considère que « si le législateur n'a pas prévu les dispositions adéquates dans un domaine déterminé, c'est une autre autorité qui y pourvoira… »[1810].

Une première hypothèse nous conduit à envisager qu'une autorité d'application pourra bénéficier d'un tel silence législatif. En aval du système juridique, le juge sera ainsi en position de combler la lacune. F.Miatti constate à cet égard que « la carence des autorités investies du pouvoir normatif est génératrice de contentieux qui font refluer vers les tribunaux les problèmes laissés irrésolus »[1811]. Si l'article 5 du Code Civil interdit aux juridictions de se « prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leurs sont soumises », le silence du législateur peut conduire une autorité juridictionnelle « à combler, au moins provisoirement, dans l'attente d'une intervention législative, la lacune du droit positif »[1812]. Cette analyse est largement corroborée par la jurisprudence du Conseil d'État. La Haute juridiction administrative a en effet déjà « reconnu compétence au gouvernement et à d'autres autorités administratives pour se substituer au législateur défaillant »[1813]. Dans l'arrêt Dehaene, le Conseil d'État considère qu'il appartient au Gouvernement « de fixer lui-même, sous le contrôle du juge (…) la nature et l'étendue des limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public »[1814]. Le 7ème alinéa du Préambule de 1946 confie pourtant cette compétence au législateur. Dans l'arrêt Meyet, le Conseil d'État considère qu'il appartient au pouvoir réglementaire, « en l'absence de dispositions législatives (…) de fixer les modalités nécessaires à l'organisation du scrutin »[1815]. En l'espèce, l'abstention du législateur n'aurait

[1810] F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., pp.70-71.
[1811] F.MIATTI, « Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur », *LPA*, Avril, 1996, n°52, p.5.
[1812] *Ibid.* p.5
[1813] *Ibid.* p.8
[1814] CE, Ass., 7 juillet 1950.
[1815] CE, Ass, 10 septembre 1992.

nullement empêché la saisine d'un juge qui aurait eu à se prononcer dans le silence de la loi, mais nul ne sait ce qu'aurait pu être la parole du juge.

En dehors de cette première hypothèse, on peut également considérer que la délégation de compétence résulte de la faculté ainsi laissée aux opérateurs de réaliser de telles concentrations. Pour singulière qu'elle soit, il s'agissait d'une délégation de compétence dans la mesure où en ne permettant pas d'assurer suffisamment la réalisation de l'objectif du pluralisme, le législateur ouvrait la possibilité de méconnaître une norme constitutionnelle. L'absence de mise en œuvre de l'objectif du pluralisme constituait ainsi implicitement une habilitation à réaliser des concentrations contraires à l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme. Son silence normatif pouvait ne pas profiter aux autorités d'application de la loi mais il profitait néanmoins aux propriétaires et opérateurs économiques privés.

Cette interprétation se situe dans le prolongement de la conception extensive de la notion de délégation de compétence retenue par le Conseil constitutionnel. Cette notion bien que diluée demeure un critère incontournable de l'incompétence négative. Ce constat doit conduire à rechercher un autre critère pour expliquer les censures pour incompétence négative. À cet égard, force est de constater qu'au-delà de la diversité des cas d'incompétence négative sanctionnés par le Conseil constitutionnel les défaillances formelles de la loi semblent constituer un critère pertinent.

§2 Toute délégation irrégulière de compétence suppose l'identification de défaillances formelles

Qu'il s'agisse de délégation explicite, implicite ou qu'il s'agisse d'un silence législatif, les défaillances formelles de la loi constituent un critère pertinent d'identification des cas d'incompétence négative. Il existe ainsi une certaine convergence des « symptômes », et partant, une certaine homogénéité des cas d'incompétence négative. Dans chacun des cas de censure pour incompétence négative, les défaillances formelles sont en cause. Même lorsqu'elles ne sont pas explicitement relevées comme justification par le Conseil constitutionnel, elles restent un critère nécessaire. Le critère des défaillances formelles peut être implicite ou explicite mais il reste nécessaire (A), l'incompétence négative permettant de sanctionner l'imprécision, l'ambiguïté ou les lacunes de la loi (B). Néanmoins si toute censure pour incompétence négative suppose l'identification d'une défaillance formelle, toute défaillance formelle ne sera pas sanctionnée pour incompétence négative (C).

A/ Un critère parfois implicite mais qui reste nécessaire

D'un point de vue jurisprudentiel, les défaillances formelles restent un critère pertinent dans tous les cas d'incompétences négatives du législateur. Elles permettent d'une part d'identifier les délégations implicites, d'autre part de renverser la présomption d'irrégularité pesant sur les renvois explicites opérés par le législateur à la compétence d'autres autorités. Dans tous les cas, les qualités formelles imposées par le juge constitutionnel sont destinées à imposer au législateur d'exercer sa compétence en encadrant le pouvoir des autorités d'application de la loi.

Dans les cas de délégation implicite, le critère de la défaillance formelle est nécessairement explicite. Puisque la loi ne comporte aucun renvoi à la compétence d'une autorité déterminée, la charge de la preuve pèsera sur le Conseil constitutionnel (ou sur les auteurs de la saisine) qui devra lui-même établir la délégation de compétence en mettant en avant les défaillances formelles de la loi comme son imprécision, son manque de clarté ou son ambiguïté. La présomption est favorable au législateur et c'est au Conseil constitutionnel de la renverser. Ce sont les défaillances formelles qui permettent au Conseil constitutionnel de prouver l'existence d'une délégation irrégulière. Parce qu'elle est ambiguë, imprécise ou obscure, la loi tend à laisser une marge d'appréciation aux autorités d'application qui confine à la délégation de compétence.

Lorsque les délégations de compétence sont explicites, le critère qualitatif joue en creux, mais joue nécessairement. En effet, dans ces cas, parce que le renvoi est explicite, la présomption est renversée : le législateur sera présumé avoir délégué irrégulièrement sa compétence. Cette présomption ne pourra alors être renversée qu'à partir du constat d'absence de défaillances formelles imputable au législateur. Il y a certes, un renvoi explicite à une autorité, mais parce que la loi est précise et dénuée d'ambiguïté, le Conseil constitutionnel n'y voit pas de délégation irrégulière de compétence. Ce renversement de présomption se retrouve dans de nombreuses décisions[1816]. Ainsi, en dépit d'un renvoi explicite opéré par le législateur, le Conseil constitutionnel va juger dans sa décision 82-143 DC, que la loi, en raison de ses

[1816] On peut notamment citer les décisions 79-105 DC, 80-117 DC, 80-127 DC, 81-129 DC, 82-143 DC, 82-145 DC, 83-162 DC. En fait, cette justification se retrouve chaque fois que le Conseil constitutionnel rejette l'argumentation des auteurs de la saisine fondée sur une prétendue incompétence négative du législateur. Dans ces cas, le Conseil constitutionnel justifie le rejet de l'argument en mettant en avant la précision suffisante du législateur. Voir récemment, les décisions 2006-535 DC, 2006-540 DC, 2006-545 DC et 2007-548 DC.

précisions n'est pas entachée d'incompétence négative[1817]. La délégation n'était qu'apparente. On doit ainsi en déduire que, dans les cas de délégation irrégulière de type explicite, ce n'est pas tant le renvoi qui est sanctionné, mais plutôt le manque d'encadrement de celui-ci.

Ce faisant, on peut constater que les catégories de délégation sanctionnées pour incompétence négative sont beaucoup moins hermétiques. Les deux catégories de délégations « explicite » et « implicite », apparaissent à l'analyse, largement superficielles[1818]. L'étude de la jurisprudence permet au contraire de constater que les délégations sanctionnées pour incompétence négative sont bien souvent « hybrides » puisque la délégation irrégulière est le plus souvent débusquée par le Conseil constitutionnel au-delà du renvoi explicite[1819]. La délégation sanctionnée était en apparence explicite. En apparence, car la loi renvoie explicitement à la compétence d'une autre autorité et que cela entraîne une censure. Pour autant, on s'aperçoit que la censure ne vise pas tant ce qui était explicitement prévu par la loi, mais ce que cette dernière contenait en germe. La délégation pourrait alors être qualifiée d'hybride puisque que la loi identifie une autorité bénéficiaire mais c'est le Conseil constitutionnel qui identifie la compétence déléguée. À l'analyse, on constate en effet que nombre des délégations irrégulières classées par F.Priet parmi la catégorie des délégations explicites ne réunissent qu'un seul des deux critères d'appartenance à ladite catégorie (le critère de l'autorité déterminée). Dans le cas de la décision 67-31 DC[1820], la loi prévoit que « Par dérogation aux dispositions …de la présente loi, les conseillers référendaires peuvent être, à l'expiration de leurs fonctions, affectés d'office à un emploi de magistrat du siège dans les conditions qui seront fixées par le règlement d'administration publique prévu à l'article 80

[1817] Décision 82-143 DC du 30 juillet 1982. *Blocage des prix,* Recueil, p. 57: « dans le cadre des limites de temps et de procédure ainsi tracées par la loi et compte tenu des exigences propres à un système de contrôle des prix … »

[1818] Les deux formes d'incompétence négative identifiées par la doctrine n'en forment qu'une seule. Dans le même sens, P. de MONTALIVET estime qu' « on pourrait cependant penser que les deux formes n'en font qu'une, dans la mesure où cette seconde forme pourrait s'analyser comme la délégation au juge d'une compétence exclusive du législateur. En effet, l'insuffisance des dispositions législatives amène le juge à combler cette insuffisance par l'interprétation », Thèse précitée, p.426, note 285. Rappelons à cet égard, que l'incompétence négative ne sanctionne pas uniquement des délégations de compétence au profit du pouvoir réglementaire mais également du pouvoir judiciaire, ainsi qu'en témoigne la décision 75-56 DC du 23 juillet 1975*, Juge unique,* Recueil, p. 22. Pour une opinion inverse voir F. Priet qui considère que la décision 86-217 DC fait exception (voir *supra*). F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., p.70.

[1819] Force est ici de distinguer entre le renvoi explicite et la délégation sanctionnée. Un renvoi explicite ne conduit pas nécessairement à une incompétence négative (voir la décision 79-105 DC du 25 juillet 1979. *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*. Recueil, p. 33). Nous cherchons ici à démontrer qu'un renvoi explicite peut conduire à la sanction d'une délégation implicite. Il convient de distinguer dans tous les cas le renvoi et la délégation. C'est sur la base de cette distinction que la catégorie des délégations hybrides trouve son assise.

[1820] Décision 67-31 DC du 26 janvier 1967. *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.*Recueil, p. 19.

A ci-après. » Après avoir relevé une violation du principe d'inamovibilité[1821], le Conseil constitutionnel ajoute en outre : « Cons., par ailleurs, qu'un règlement d'administration publique ne peut fixer les conditions d'affectation desdits magistrats sans que la loi organique ait déterminé les garanties de nature à concilier les conséquences découlant du caractère temporaire des fonctions de conseiller référendaire à la Cour de Cassation avec le principe d'inamovibilité des magistrats du siège ». Le Conseil constitutionnel considère dans cette décision qu'un règlement d'administration publique peut fixer les conditions d'affectation desdits magistrats mais précise que la loi organique doit au préalable avoir déterminé « les garanties de nature à concilier… ». Le renvoi explicite n'est pas jugé irrégulier en tant que tel puisqu'un règlement d'administration publique peut fixer les conditions d'affectation des magistrats. Ce qui est en cause ici c'est le défaut d'encadrement légal puisque la loi n'a pas édicté les « garanties nécessaires… ». L'autorité bénéficiaire est certes identifiée par la loi, mais la compétence déléguée ne l'est que par le Conseil constitutionnel qui l'a déduit des lacunes de la loi. Dans ces cas, on constate que la délégation implicite se dissimule derrière un renvoi explicite[1822].

Délégations explicites et implicites forment un ensemble homogène. On peut en effet constater que l'obligation pesant sur le législateur d'exercer lui-même sa compétence implique, lorsqu'il l'exerce, de le faire de manière suffisamment « consistante »[1823]. L'une et l'autre de ces obligations vont de pair. Il n'y a donc pas lieu de distinguer de ce point de vue les cas où l'incompétence négative sanctionne le manque de précision et les cas où elle sanctionne une subdélégation illégale de compétence, car dans un cas comme dans l'autre c'est la défaillance formelle de la loi qui permet d'apprécier la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence. A.-L. Valembois s'appuie pourtant sur cette distinction en considérant que « la sanction pour incompétence négative apparaît surtout dictée par les exigences de la sécurité juridique lorsqu'elle sanctionne un défaut de précision d'une disposition législative », « alors que, lorsqu'elle condamne une subdélégation illégale de compétence, elle apparaît plutôt comme une spécification du principe de séparation des

[1821] « La faculté ainsi ouverte au Gouvernement par cette disposition…de pourvoir d'office à leur affectation n'est pas conforme…au principe » d'inamovibilité.

[1822] La décision 84-173 DC offre une illustration particulièrement nette de ce type de délégation. En effet, la loi censurée pour incompétence négative renvoyait à un décret « le soin de fixer les limites maximales d'un réseau câblé support de services radiotélévisés offerts au public ». Au-delà de ce qui est délégué, ce que sanctionne le Conseil constitutionnel c'est l'indétermination de ce à quoi cette compétence renvoie. Plus exactement ce qui est sanctionné a trait au risque potentiel que fait courir l'imprécision de la loi sur les libertés et droits constitutionnels qu'elle est censée protéger. Décision 84-173 DC du 26 juillet 1984. *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*. Recueil, p. 63.

[1823] A.-L. Valembois distingue « l'étendue de la compétence législative » et « sa consistance » », A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.269.

pouvoirs »[1824]. Cette distinction ne nous semble pas convaincante dans la mesure où lorsque le législateur est imprécis c'est toujours la séparation des pouvoirs qu'il met en cause en laissant une marge d'appréciation trop importante aux autorités d'application de la loi. En outre, même lorsque le législateur est sanctionné pour avoir opéré explicitement un renvoi à la compétence d'autres autorités, l'appréciation de la délégation transite nécessairement par un jugement sur la qualité formelle du renvoi et repose donc *in fine* sur l'exigence de prévisibilité. C'est pourquoi, le principe qui impose au législateur d'exercer sa compétence (et donc de ne pas la subdéléguer) et celui qui exige qu'il l'exerce de manière suffisamment substantielle, participent d'une seule et même exigence constitutionnelle.

Ainsi, le renvoi à la compétence d'une autre autorité ne pose aucun problème de constitutionnalité dès lors que la loi offre suffisamment de précision pour que cette habilitation ne conduise pas délivrer un blanc seing à l'autorité bénéficiaire de la délégation. Comme le relève M. Ould Bouboutt « la notion de délégation ne doit pas trop faire illusion : ce que le Conseil constitutionnel condamne ce n'est pas tant la délégation elle-même que celle qui confère un pouvoir discrétionnaire à l'autorité concernée »[1825]. Le Conseil constitutionnel sanctionne les lois manquant de clarté et de précision et qui, de ce fait, confèrent aux autorités d'application une marge de pouvoir risquant de conduire à l'arbitraire[1826]. Ceci explique à cet égard les censures prononcées par le Conseil constitutionnel des lois d'habilitations adoptées sur le fondement de l'article 38 de la Constitution. Dans le cadre des lois d'habilitation, le Conseil constitutionnel censure le législateur qui procède à une délégation « ouverte ». Ce qu'il sanctionne a trait à la qualité de la loi d'habilitation qui est trop générale, dénuée d'une précision suffisante et donc porteuse d'ambiguïté quant aux pouvoirs qu'elle concède au Gouvernement[1827]. Le Conseil constitutionnel n'interdit nullement les renvois à la compétence

---

[1824] *Ibid.* p.269.

[1825] A-S. OULD BOUBOUT, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif,* coll. Droit public positif, Economica-PUAM, 1987.

[1826] Ainsi, le Conseil constitutionnel établit-il un lien entre la compétence du législateur définie par l'article 34 de la Constitution et la nécessité de prescrire des limites et garanties légales censées prévenir des dérives arbitraires lors de l'application de la loi. Dans la décision 81-132 DC, le Conseil constitutionnel considère qu'en conférant ce « pouvoir discrétionnaire d'application et de décision » les dispositions de la loi « ne sauraient être regardées comme satisfaisant aux exigences de l'article 34 de la Constitution. ». Dans sa décision 82-143 DC, le Conseil constitutionnel rejette le moyen fondé sur l'incompétence négative en considérant que « dans le cadre des limites de temps et de procédure ainsi tracées par la loi et compte tenu des exigences propres à un système de contrôle des prix, les dispositions [en cause] ne sont pas contraires à l'article 34 de la Constitution ». C'est en raison des limites posées à la compétence du gouvernement que la loi est jugée conforme à l'article 34 de la Constitution.

[1827] J.Tremeau constate en effet qu' « il faut qu'une *lex previa* fixe un certain nombre de principes directeurs »; celle-ci « …doit contenir un minimum de précisions qui vont s'imposer lors de l'édiction des ordonnances. » C'est en effet parce que la délégation est opérée de manière trop ouverte qu'elle est censurée. Prolongeant son analyse, ce même auteur considère que « l'ordonnance apparaît comme un simple prolongement de la loi d'habilitation…Les ordonnances doivent se conformer aux choix opérés par le législateur. De ce point de vue, le bénéficiaire de l'ordonnance ne se voit conférer aucun pouvoir discrétionnaire. En insérant dans d'étroites

d'autres autorités, mais sanctionne ceux qui n'encadreraient pas suffisamment l'autorité bénéficiaire. Dans la décision 96-378 DC[1828], le Conseil constitutionnel considère que si le législateur peut déléguer au pouvoir réglementaire la mise en œuvre de la sauvegarde des droits et libertés de valeur constitutionnelle, « il doit toutefois déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires ». Ainsi, le Conseil constitutionnel ne juge pas contraire à la Constitution l'attribution par la loi au CSA de compétences en matière de renouvellement d'autorisation hors appel à candidature puisque le législateur détermine des garanties suffisantes en la matière. Ces garanties vont ainsi border la compétence de l'autorité chargée d'appliquer la loi : elle fixe le cadre que cette autorité devra respecter et qui lui ôte tout pouvoir arbitraire dans l'exercice de son autorité. La fonction de ces garanties est donc avant tout de fixer le cadre qui rend prévisible l'application à venir de la loi[1829]. En définitive, le Conseil constitutionnel impose au législateur d'exercer une fonction de distribution des compétences et exige corrélativement de la loi qu'elle encadre suffisamment les compétences ainsi distribuées. L'exigence de prévisibilité est ainsi essentiellement tournée vers les autorités d'application dont le Conseil constitutionnel cherche à resserrer l'espace de codétermination de la norme. C'est dans cette même perspective que s'inscrit le contrôle par le Conseil constitutionnel des lois expérimentales (*supra*). C'est également ce que tend à démontrer F. Gallet à travers son étude de l'incompétence négative du législateur. On peut ainsi constater dans un premier temps que le Conseil constitutionnel n'impose pas au législateur de tout prévoir et de rentrer dans les moindres détails de la législation. Le législateur n'est pas dans l'obligation de tout déterminer avec précision mais de fixer des principes clairs permettant d'encadrer la compétence des autorités d'application[1830]. Ainsi, F. Gallet explique-t-elle que « le Conseil constitutionnel ne sanctionne pas les dispositions litigieuses (de renvoi) si le législateur « subordonne leur élaboration au respect de garanties

---

limites le pouvoir d'édicter des ordonnances, le Conseil constitutionnel substitue le pouvoir discrétionnaire du législateur à celui du Gouvernement ». J.TREMEAU, *La réserve de loi*, op. cit., pp.290-291.

[1828] Décision 96-378 DC du 23 juillet 1996. *Loi de réglementation des télécommunications*. Recueil, p. 99.

[1829] Dans le même sens, voir la décision 85-198 DC, dans laquelle le Conseil constitutionnel que « si la mise en œuvre d'une telle sauvegarde (des droits et libertés constitutionnellement garantis) relève d'un décret d'application, il revenait au législateur de déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires ». Décision 85-198 DC du 13 décembre 1985. *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle.*Recueil, p. 78, (cons.12).

[1830] En matière de loi de finance, « certes l'article 34 attribue à la loi la fixation de règles touchant l'assiette, le taux, et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures, mais le législateur n'est pas dans l'obligation « de fixer lui-même et avec précision le contenu de chacun des éléments qui composent ces règles » ». F.GALLET, « Existe t-il une obligation de bien légiférer ? », *RFDC*, 58, 2004 (cite : *LPA* 25 septembre 2002, n°192, p.14).

essentielles »[1831] ; il n'y a pas non plus de sanction pour incompétence négative si ces garanties sont présentes et assurées avec la loi déférée… »[1832] . L'obligation imposée par le Conseil constitutionnel à travers ces exigences de clarté et de précision consiste pour le législateur « à déterminer les limites à l'intérieur desquelles le pouvoir réglementaire est habilité à arrêter le taux d'imposition d'une taxe. »[1833]. La loi ne doit pas tout prévoir, mais elle doit impérativement remplir sa fonction de « relais » vis-à-vis du pouvoir réglementaire[1834] et des autres autorités d'application de la loi : « il ne s'agit pas de dire que le Conseil constitutionnel veille au développement d'une norme législative-cadre, loi-cadre, mais de rappeler la place supérieure et la *fonction d'encadrement* de la Loi, en ne permettant la promulgation que de lois complètes, respectant les compétences parlementaires, synthétisant le projet de réforme de la société, sans exclure la précision indispensable à l'effectivité d'une loi que l'on entend faire entrer dans le corpus législatif national. »[1835]. C'est alors essentiellement l'imprécision, la lacune et l'ambiguïté qui permettent d'identifier la subdélégation illégale de compétence, car elles constituent autant de failles dans le cadre fixé par la loi.

L'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel révèle que toute censure pour incompétence négative procède d'une défaillance formelle du législateur. Dans un cas comme dans l'autre, les défaillances formelles constituent un critère d'application de l'incompétence négative. L'imprécision, l'ambiguïté et la lacune sont des indices du non exercice par le législateur de sa compétence.

B/ Les défaillances formelles sanctionnées pour l'incompétence négative : L'imprécision, l'ambiguïté et la lacune

[1831] L'auteur renvoie à la décision 88-248 DC du 17 janvier 1989. *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 18.
[1832] F.GALLET, « Existe t-il une obligation de bien légiférer ? », art.cit, p.408-409.
[1833] *Ibid.,* p.410. L'auteur évoque ici la décision du Conseil constitutionnel n°2000-442 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finance pour 2001*, Recueil, p. 211. Elle poursuit en expliquant que le Conseil constitutionnel « admet encore que le législateur renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de définir techniquement le contenu des critères d'exonération dont les catégories sont définies dans la loi » en se référant à la décision n°2001-456 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*. Recueil, p. 180.
[1834] « … l'incompétence négative se rattache à la question des rapports de complémentarité entre la Loi et le règlement… ». F.GALLET, *ibid.,* p.399.
[1835] Souligné par nous. *Ibid.,* pp.410-411. L'auteur poursuit en évoquant la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1993 relatives aux universités qui « montre un Conseil qui exige du Parlement qu'il consacre, et organise, dans la loi la diversité institutionnelle qui peut exister dans les établissements d'enseignement supérieur ; la diversité y est possible, mais toute tentative d'organisation (innovation statutaire) a à s'inscrire dans un cadre constitutionnel. »

Le motif d'incompétence négative permet au Conseil de sanctionner un ensemble de défaillances formelles. Ces différentes défaillances se recoupent largement, mais il reste possible de les distinguer. Qu'il s'agisse de l'imprécision, de l'ambiguïté ou des lacunes législatives, le Conseil constitutionnel sanctionne les dispositions affectées par un flou qui ne permet pas de prévoir à un degré raisonnable leur effet à venir.

L'imprécision est de loin la défaillance formelle la plus stigmatisée par le Conseil constitutionnel. En effet, dans de très nombreuses décisions, c'est sur le fondement d'une « précision suffisante » que la Haute juridiction va rejeter les arguments tendant à la censure pour incompétence négative. Les dispositions critiquées sont alors jugées « suffisamment claires et précises »[1836], la loi est jugée « précise et complète »[1837], le législateur détermine avec « une précision suffisante »[1838] ou « fixe de façon précise »[1839]. La précision d'une disposition constitue ainsi logiquement une justification à l'absence de censure[1840]. Dans la décision 99-423 DC[1841], relative à la réduction négociée du temps de travail, le Conseil constitutionnel censure une disposition de la loi en raison du caractère imprécis de cette disposition : « en instituant une obligation préalable à l'établissement du plan social, sans préciser les effets de son inobservation et, en particulier, en laissant aux autorités administratives et juridictionnelles le soin de déterminer si cette obligation est une condition de validité du plan social, et si son inobservation rend nulles et de nul effet les procédures de licenciement subséquentes, le législateur n'a pas pleinement exercé sa compétence…. ». Comme le fait remarquer F.Luchaire, si la loi n'est pas suffisamment précise, elle ne fixe pas de règles et ne détermine aucun principe[1842]. À cet égard, l'imprécision se distingue difficilement de l'ambiguïté, également sanctionnée pour incompétence négative.

[1836] Décision 81-132 DC, 16 janvier 1982. *Loi de nationalisation.* Recueil, p. 18.

[1837] 82-145 DC, 10 novembre 1982. *Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail*. Recueil, p. 64

[1838] Décision 83-162 DC du 20 juillet 1983. *Loi relative à la démocratisation du secteur public.* Recueil, p. 49

[1839] Décision 85-189 DC du 17 juillet 1985. *Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement*. Recueil, p. 49

[1840] La décision 83-162 DC offre un exemple de délégation implicite de compétence qui aurait pu être sanctionnée pour incompétence négative faute de précision : le Conseil constitutionnel relève en effet que le « législateur… a fixé lui-même indirectement mais certainement …la proportion minimale et la proportion maximale des représentants des salariés et a ainsi déterminé avec une précision suffisante les conditions dans lesquelles devait être mise en œuvre le principe de la participation des salariés ; ». Ainsi, en rejetant l'argument des saisissants sur le fondement de la précision suffisante, le Conseil révèle que son appréciation de l'exercice complet de sa compétence par le Parlement dépend du degré de précision de l'habilitation conférée à une autre autorité. Décision 83-162 DC, précitée.

[1841] Décision 99-423 DC du *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*. Recueil, p. 33.

[1842] F.LUCHAIRE, « Conclusion », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe*, Actes du colloque des 20-21 janvier 1989, Paris, ed. STH, 1990, p.224.

Le rapport existant entre l'imprécision et ambiguïté est assez déroutant : on pourrait penser que chacun dispose d'une autonomie par rapport à l'autre en tant que défaillance formelle ; une disposition pouvant être précise tout en étant ambiguë. L'ambiguïté renvoie alors davantage à l'incertitude ou au caractère équivoque d'une disposition. Néanmoins, à travers les imprécisions, le Conseil constitutionnel semble sanctionner l'ambiguïté. L'ambiguïté doit alors être considérée comme une résultante de l'imprécision. Dans la décision 86-210 DC[1843], les requérants mettaient en exergue le caractère « incertain » du champ des personnes considérées comme « responsables » mais cette ambiguïté ne fut pas reconnue par le Conseil constitutionnel qui considéra que les dispositions en cause définissaient « avec précision les infractions… ». Ce considérant permet ainsi de faire le lien entre l'ambiguïté et les imprécisions qui en sont à l'origine. L'ambiguïté est plus rarement sanctionnée en tant que telle, mais elle constitue également un motif de censure pour incompétence négative. La décision 85-191 DC[1844] offre une illustration de censure d'une disposition législative en raison de son ambiguïté. La disposition fiscale en cause est jugée ambiguë parce que susceptible de deux interprétations différentes. La disposition est équivoque. Cette défaillance est censurée au motif qu'elle confère une trop grande marge d'appréciation à l'autorité d'application qui pourra choisir entre deux interprétations possibles.

Certaines censures fondées sur l'incompétence négative semblent sanctionner une simple lacune. La distinction entre l'imprécision et la lacune apparaît dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel lorsqu'il distingue le fait que le législateur ait prévu et le fait que le législateur ait précisé[1845]. L'exemple de la décision 83-168 DC[1846] est assez caractéristique dans la mesure où le Conseil constitutionnel justifie sa censure sur le seul fondement du renvoi à la compétence du pouvoir réglementaire, sans mettre en exergue aucune défaillance formelle. Après avoir constaté que l'article 13 de la loi renvoyait à un décret en Conseil d'État le soin de « fixer la composition et les modalités d'élection des membres du conseil d'administration des centres de gestion », le juge conclut qu'« Il appartenait au législateur de fixer les règles relatives à la composition du Conseil d'administration de ces centres ». Cette

[1843] Décision 86-210 DC du 29 juillet 1986. *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*. Recueil, p. 110.
[1844] Décision 85-191 DC du 10 juillet 1985. *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*. Recueil, p. 46.
[1845] Décision 98-401 DC « en prévoyant » « et en précisant… le législateur n'est pas resté en deça de sa compétence » (cons.14).
[1846] Décision 83-168 DC du 20 janvier 1984. *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*. Recueil, p. 38.

constatation appelle plusieurs remarques : d'une part, cela semble confirmer notre analyse selon laquelle lorsqu'il s'agit de délégation explicite, le Conseil constitutionnel n'éprouve pas la nécessité de démontrer l'existence de la délégation au moyen d'une mise en évidence des défaillances formelles de la loi. Néanmoins, la lacune est ici évidente : le législateur aurait dû fixer les règles de composition de cet établissement public. Le renvoi à la compétence du pouvoir réglementaire suffit ici à identifier la lacune. Il y a une correspondance naturelle entre le renvoi opéré de manière trop général et la lacune. Pourtant, le lien avec le manque de précision et la lacune ressort de plusieurs décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel explique « qu'en omettant de préciser… », « en ne déterminant pas… »[1847], le législateur méconnaît sa compétence. La lacune est difficile à distinguer de la précision dans la mesure où elle constitue une absence de précision. Le Conseil constitutionnel considère dans sa décision 83-164 DC[1848] : « ainsi, pour faire pleinement droit de façon expresse tant aux exigences de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile qu'à celles de la lutte contre la fraude fiscale, les dispositions de l'article 89 auraient dû être assorties de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive ». L'omission du législateur est ainsi identifiée par le Conseil constitutionnel à partir de l'imprécision. C'est ce que semble indiquer la décision 2000-433 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel juge « qu'en omettant de préciser les conditions de forme d'une telle saisine et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution »[1849].

La convergence de ces différentes défaillances ne doit pas étonner outre mesure puisqu'il s'agit toujours pour le juge de veiller à ce que les effets de la loi soient prévisibles ; l'imprécision, l'ambiguïté et la lacune rendent d'une manière ou d'une autre incertaine la loi eu égard à ses effets à venir. Si l'incompétence négative permet au Conseil constitutionnel de sanctionner les défaillances formelles des lois soumises à son contrôle, il convient de nuancer notre analyse en constatant que toute défaillance formelle ne conduit pas à une censure pour incompétence négative.

[1847] Voir notamment la décision 2000-433 DC, du 17 juillet 2003, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.*

[1848] Décision 83-164 DC du 29 décembre 1983. *Loi de finances pour 1984*. Recueil, p. 67, (cons. 30).

[1849] Décision 2000-433 DC, du 17 juillet 2003, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Recueil, p. 121, (cons.61).

C/ Toute défaillance formelle ne conduit pas à une censure pour incompétence négative.

L'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet de constater que toute défaillance formelle n'implique pas systématiquement une censure pour incompétence négative. En effet, il apparaît d'une part que les défaillances formelles sont d'une inégale gravité et qu'elles ne disposent pas d'une autonomie en tant que moyen de censure.

On constate qu'il y a ainsi tout un dégradé de défaillances formelles, allant des plus graves jugées irrattrapables à celles qui sont jugées moins graves et rattrapables par le biais d'une réserve d'interprétation (voir *infra*, Chapitre 2). Le Conseil constitutionnel fait ainsi jouer dans son appréciation de ces défaillances formelles un effet de seuil. En deçà d'un certain niveau de gravité, le Conseil constitutionnel refuse simplement de sanctionner les défaillances formelles du législateur. Lorsque la défaillance formelle est mineure le Conseil constitutionnel a tendance à reconnaître la « généralité » des dispositions en cause tout en refusant de les censurer. Certaines défaillances formelles échappent ainsi à la censure pour incompétence négative. Ainsi considère-t-il que « la circonstance que les orientations ci-dessus mentionnées soient énoncées en des termes généraux ne saurait par elle-même conférer à l'autorité réglementaire chargée d'en déterminer les conditions d'application, le pouvoir de fixer des règles ou des principes fondamentaux que la Constitution réserve à la loi… »[1850]. Le Conseil constitutionnel pose ici clairement le principe selon lequel, il ne sanctionne les défaillances formelles que lorsqu'elles révèlent une méconnaissance par le législateur de sa compétence. Cette position est largement accréditée par la doctrine qui évoque ainsi cette limite du pouvoir du Conseil constitutionnel[1851].

Toute défaillance formelle n'est pas susceptible d'être censurée car le Conseil constitutionnel est avant tout le juge de la Constitution. Il reste donc nécessaire pour le Conseil constitutionnel de se référer à une norme constitutionnelle pour sanctionner une défaillance formelle quelle qu'elle soit. Aucune défaillance formelle, si regrettable soit-elle, ne peut être sanctionnée en tant que telle par le Conseil constitutionnel. S'il s'agit d'une lacune, le Conseil constitutionnel devra mobiliser un des alinéas de l'article 34 de la Constitution ou alors mettre en exergue le risque qu'une telle défaillance fait courir à d'autres principes et règles constitutionnels. Il est intéressant de constater que le Conseil constitutionnel ne visera pas toujours, dans tous les cas de censure pour incompétence

[1850] Décision 80-115 DC, précitée.
[1851] Voir *infra,* Sous partie II, Titre III, Chapitre 2, Section 1 Esthétique normative et *self restraint*.

négative, la méconnaissance d'un des alinéas de l'article 34[1852]. Le Conseil constitutionnel peut se contenter de viser de manière très générale cet article[1853]. Dans d'autres cas encore, le Conseil constitutionnel se fondera sur une base combinée de l'article 34 et d'un autre article de la Constitution[1854]. Mais dans la quasi-totalité des cas, le Conseil constitutionnel se référera à un fondement textuel pour censurer une défaillance formelle. Il convient cependant de remarquer que, dans de rares décisions, le Conseil constitutionnel ne se réfère explicitement à aucune disposition constitutionnelle pour fonder la censure d'une défaillance de la loi. Dans la décision 85-198 DC[1855], il se contente de relever qu'« il revenait au législateur de déterminer la nature des garanties nécessaires ». Néanmoins, s'il sanctionne la lacune[1856] sans avoir visé aucune disposition constitutionnelle, il se fonde sur la mission générale du législateur de sauvegarder les droits et libertés constitutionnelles. L'article 34 n'est pas visé, mais il constitue logiquement le fondement de la censure.

La position du Conseil se trouve résumée dans le considérant 20 de sa décision 86-216 DC[1857] : « il ne lui appartient pas de faire porter son contrôle sur des critiques d'ordre rédactionnel qui sont sans rapport avec des dispositions constitutionnelles ». Les défaillances formelles ne constituent ainsi que des indices d'un risque d'interprétation contraire à la Constitution.

Conclusion de la section 1

L'incompétence négative permet au Conseil constitutionnel d'imposer au législateur d'exercer sa compétence constitutionnelle et constitue à ce titre une technique au service de la prévisibilité. En effet, le principe de légalité qui implique l'édiction des lois implique corrélativement qu'elles soient suffisamment précises afin d'éviter que les autorités administratives et juridictionnelles ne disposent d'un pouvoir arbitraire au moment de leur application. On a pu constater que la sanction des délégations de compétence pour incompétence négative renvoyait à la prescription de qualités formelles, telles que la complétude, la précision et l'univocité. Le Conseil constitutionnel ne sanctionnera les

[1852] Voir par exemple les décisions 81-132 DC, 82-145 DC, 83-162 DC, 83-166 DC, 83-167 DC…
[1853] Voir par exemple les décisions 79-105 DC, 80-115DC, 82-143 DC, 83-160 DC, 83-162 DC…
[1854] Voir par exemple les décisions 80-127 DC, 83-166 DC, 84-176 DC, 84-183 DC…
[1855] Décision 85-198 DC du 13 décembre 1985. *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle.*Recueil, p. 78
[1856] « Faute d'avoir institué… »
[1857] Décision 86-216 DC du 3 septembre 1986. *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.* Recueil, p. 135

défaillances correspondantes (lacune, imprécision, ambiguïté) que lorsqu'elles seront susceptibles de se rattacher au risque d'une inconstitutionnalité. D'une manière générale, le Conseil constitutionnel ne sanctionne pour incompétence que les dispositions législatives susceptibles de conférer un pouvoir arbitraire aux autorités d'application. La pertinence de ce critère est reconnue par la doctrine, qui, à l'instar de F.Priet, considère que « dans toutes les décisions rendues à ce jour en matière d'incompétence négative, le juge constitutionnel entend mettre obstacle à toute imprécision des termes de la loi susceptible de déboucher sur l'arbitraire »[1858]. Lorsque le Conseil prescrit au législateur de prévoir des garanties en termes suffisamment clairs et précis, il envisage l'application future de la loi par les autorités infra-législatives. Ce qu'il exige c'est que la loi détermine avec précision qui décidera et dans quelle condition. Les compétences confiées par le constituant au législateur ne peuvent être exercées par celui-ci de manière légère ou laxiste. C'est précisément le cas lorsqu'il renvoie l'essentiel de la détermination du sens de la loi aux autorités chargées de l'appliquer. Tel est le sens de la décision 85-191 DC[1859] dans laquelle le Conseil constitutionnel sanctionne le législateur pour incompétence négative au motif qu'il a renvoyé aux autorités d'application le soin de choisir entre l'une ou l'autre des possibilités d'interprétation du texte. Ni l'une, ni l'autre de ces interprétations n'étaient inconstitutionnelles en elle-même, mais il revenait au législateur d'opérer ce choix.

Le Conseil constitutionnel a ainsi recours aux critères touchant à la qualité de l'expression législative pour identifier les délégations irrégulières de compétence. On comprend dès lors que l'article 34 de la Constitution constitue le fondement du principe de clarté de la loi.

[1858] F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit., p. 75. Ainsi F.Priet considère-t-il que l'incompétence négative crée une obligation à la charge du législateur « destinée à éviter l'arbitraire ». Cet auteur explique en effet que le terme de pouvoir discrétionnaire doit être entendu comme pouvoir arbitraire, *ibid.,* p. 74.
[1859] Décision précitée.

Section 2 L'article 34 de la Constitution, fondement du principe de clarté

Cette construction jurisprudentielle liant la compétence du législateur à la qualité formelle des lois trouve son prolongement dans la consécration de l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi sur la base de l'article 34 de la Constitution[1860]. Cette exigence est en effet présentée par le Conseil constitutionnel comme un corollaire de la compétence législative.

On peut dès lors s'interroger sur la nécessité de cette consécration. Quelle est la signification de l'exigence de clarté et qu'est-ce qui la distingue des qualités formelles imposées jusqu'alors par le biais de l'incompétence négative[1861] ? Il apparaît à cet égard que le principe de clarté impose au législateur d'être suffisamment précis afin d'encadrer les compétences des autorités d'application qui ne doivent pas disposer d'un pouvoir arbitraire. Il s'agit donc d'assurer une prévisibilité suffisante des règles afin de garantir la sécurité juridique des sujets de droit. Les obligations juridiques découlant du principe de clarté étant les mêmes que celles qui sont imposées par le Conseil constitutionnel par le biais des incompétences négatives (§1), il faut en déduire que l'utilité du principe de clarté est davantage symbolique que pratique (§2).

§1 Les obligations découlant du principe de clarté sont identiques à celles imposées par le biais des incompétences négatives

[1860] On doit à cet égard constater que la clarté fait son apparition dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel bien avant sa consécration explicite comme exigence de valeur constitutionnelle. En application du principe de légalité des délits et des peines, le Conseil constitutionnel exige du législateur qu'il définisse les infractions de manière claire et précise. Voir notamment à cet égard la décision 84-183 DC du 18 janvier 1985. *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*. Recueil, p. 32. Les mêmes qualités de clarté et de précision étaient exigées par le Conseil constitutionnel sur le fondement de la liberté individuelle. Voir la décision 92-316 DC du 20 janvier 1993. *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*. Recueil, p. 14. Dans sa décision 81-132 DC (précitée), le Conseil constitutionnel avait mentionné la nécessité pour les dispositions législatives d'être « claires et précises » pour être conformes à l'article 34 de la Constitution. En outre, le Conseil constitutionnel a consacré en 1987 l'exigence de clarté et de loyauté des consultations populaires. Voir la décision 87-226 DC du 2 juin 1987. *Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie.* Recueil, p. 34. La consécration explicite s'est également faite par étape. Dans sa décision 98-401 DC, le Conseil constitutionnel examine le grief fondé sur la méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi (10 juin 1998. *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*. Recueil, p. 258). Ce n'est qu'avec sa décision 2001-455 DC qu'il développe un considérant pour expliciter cette consécration (12 janvier 2002. *Loi de modernisation sociale*. Recueil, p. 49).

[1861] A.-L. Valembois s'interroge de la même manière : « En quoi l'obligation qui pèse sur le législateur en vertu du principe de clarté se distingue t-elle précisément de ce qui est sanctionnée par l'incompétence négative ? », A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.280.

La clarté de la loi est une des qualités classiques prêtées à la loi idéale. Bien avant sa consécration par le Conseil constitutionnel, la doctrine a tenté de répondre à cette question : « Qu'est-ce qu'un texte clair ? »[1862]. Les réponses ne varient que très peu et recoupent largement la réponse apportée par le Conseil constitutionnel : la clarté implique pour le législateur d' « adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »[1863]. Les qualités découlant de cette exigence étant destinées à permettre une évaluation des effets à venir du texte, c'est la prévisibilité qui semble être recherchée à travers la clarté. Au regard des critères d'application du principe de clarté et de la finalité qui lui est assignée, nous pourrons constater qu'il se distingue peu de l'incompétence négative. Parce qu'elle permet d'imposer au législateur d'être précis et univoque (A), l'exigence de clarté est destinée à garantir la prévisibilité du texte (B).

A/ L'exigence de clarté impose au législateur d'être précis et univoque

L'exigence constitutionnelle de clarté semble couvrir les mêmes défaillances que l'incompétence négative. On peut constater d'une part que l'exigence de clarté impose au législateur d'être précis (1) et d'autre part de ne pas utiliser de formules équivoques (2).

1) Clarté et précision

Les qualités de clarté et de précision sont souvent associées. Il est en effet fréquent de les trouver énoncées comme allant de paire : on évoque alors la nécessité d'adopter des lois « claires et précises ». Cette association de la clarté et de la précision se retrouve également dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ainsi, dans la décision 81-132 DC relative à la loi de nationalisation, le Conseil constitutionnel considère que les dispositions des articles 3, 15 et 29 de la loi déférée « sont suffisamment claires et précises et ne contreviennent en rien aux prescriptions de l'article 34 de la Constitution »[1864].

[1862] Théodore IVAINIER, « Qu'est-ce qu'un texte clair ? Essai de mathématisation », in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983, p. 147.
[1863] Voir la décision précitée 2001-455 DC.
[1864] Décision 81-132 DC, précitée. De la même façon, on trouve dans la décision 2000-435 DC une formulation identique : « les limitations ainsi apportées à la liberté d'entreprendre ne sont pas énoncées de façon claire et précise… ». Décision 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, Recueil, p. 164, (cons. 53).

Leur association récurrente permet de considérer que ces deux termes renvoient à des qualités différentes, quoique intimement liées. Sauf à constituer une redondance, l'énonciation du binôme « clarté / précision » n'a de sens que si l'une de ces qualités constitue une valeur ajoutée par rapport à l'autre. Cette analyse se confirme par les définitions que l'on donne de ces deux mots dans le vocabulaire courant. La précision renvoie à la notion de complétude. Ce terme caractérise un texte « détaillé », « développé », « explicite » et « rigoureux »[1865]. La clarté renvoie, de son côté, à la notion de transparence. Le texte clair est « aisé, facile à comprendre », « sans équivoque » par opposition à un « texte peu clair, difficile, hermétique, confus ». On conçoit d'autant mieux l'autonomie de ces deux termes que ce qui est précis n'est pas nécessairement clair. Réciproquement, Anne-Laure Valembois estime qu' « il est possible au législateur d'être très clair, tout en restant en deçà de sa compétence… ». Elle distingue ainsi l'imprécision et le manque de clarté comme étant deux défaillances devant être sanctionnées respectivement par le biais de l'incompétence négative et par celui du principe de clarté. Si nous partageons le constat d'une différence entre les termes de clarté et de précision, la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne semble pas concrétiser cette différenciation. En effet, l'analyse de ses décisions révèle, au-delà de l'association de ces deux qualités, une véritable confusion.

Cette confusion ne se traduit pas seulement par le fait que le Conseil constitutionnel examine dans un seul et même considérant « les griefs tirés de la méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi et de l'incompétence négative du législateur »[1866]. On peut en effet constater que les deux notions sont systématiquement associées : le Conseil constitutionnel utilise soit la précision seule[1867], soit la clarté combinée à la précision[1868]. Même lorsque le manque de clarté semble affecter la loi davantage que le manque de précision, le Conseil constitutionnel justifie sa décision en se fondant sur les deux qualités. Tel est le cas de la décision 2000-435 DC[1869], le Conseil constitutionnel juge que la disposition de l'article 14 méconnaît l'article 34 de la Constitution en raison de l'incertitude des limitations apportées à la liberté d'entreprendre. Si la disposition pouvait être jugée

[1865] Définition donnée par *Le petit robert de la langue française 2006*. « Précis», « Précision »
[1866] Décision 98-401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. Voir les commentaires de J.-E. SCHOETTL, *AJDA* 1998, p.495, N.MOLFESSIS, *RTD Civ*.1998, p.796, B.MATHIEU et M.VERPEAUX, *LPA*, 2 décembre 1998 n°144, p.18, P.AVRIL et J.GICQUEL, *Pouvoirs* 1998, n°87, p.196.
[1867] Voir par exemple les décisions 83-162 DC, 85-189 DC.
[1868] Voir par exemple les décisions 81-132 DC, 98-401 DC, 2000-435 DC.
[1869] Décision 2000-435 DC, précitée.

obscure[1870], on constate que le Conseil constitutionnel justifie sa censure en considérant que les limitations apportées n'étaient pas « énoncées de façon claire et précise ».

Cette confusion se traduit également par le fait que le juge constitutionnel considère « suffisamment claire » une disposition suffisamment « précise ». Si le Conseil constitutionnel prend soin de distinguer la clarté et la précision, il apparaît en effet au regard de sa jurisprudence que c'est le degré de précision qui permet d'évaluer la clarté du texte. Dans la décision 98-401 DC[1871], le Conseil constitutionnel semble pourtant distinguer ces deux qualités en considérant, d'une part, « qu'en prévoyant le principe même de la majoration de l'aide accordée par l'État aux entreprises et en précisant les catégories de bénéficiaires de la majoration, le législateur n'est pas resté en deçà de (sa) compétence… »[1872], et d'autre part, que l'article 1er de la loi qui prévoyait une entrée en vigueur variable en fonction de l'effectif des entreprises, « est définie de façon suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34 de la Constitution »[1873]. L'imprécision serait donc sanctionnée par le biais des incompétences négatives[1874] et le caractère obscur de la loi par le biais de l'exigence constitutionnelle de clarté. Pourtant il apparaît que c'est la précision suffisante de la disposition qui permet en l'espèce au Conseil constitutionnel de la juger « claire et précise ». C'est en effet parce que l'article 1er « fixe » les deux dates d'entrée en vigueur de la loi selon l'effectif des entreprises, que la disposition est jugée « claire et précise ».

Le principe de clarté impose, en outre, au législateur de ne pas édicter des dispositions équivoques.

2) Clarté précision et univocité

La consécration explicite du principe de clarté intervient avec la décision 2001-455 DC[1875]. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel va développer un considérant pour expliquer les conséquences du principe de clarté qui impose au législateur d'adopter des

---

[1870] Voir J.-E. SCHOETTL, *AJDA* 2001, p.106.
[1871] Décision 98-401 DC du 10 juin 1998. *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*. Recueil, p. 258.
[1872] *Ibid.*, (cons. 14).
[1873] *Ibid.* (cons. 10).
[1874] Dans la même décision 98-401 DC, il juge que la disposition de l'article 3 « suffisamment précise pour répondre aux exigences de l'article 34 de la Constitution » (cons. 16) et que la disposition VIII de l'article 3 « dès lors qu'elle précise la nature des organisations syndicales susceptibles de bénéficier de cette aide (…) n'est pas entachée d'incompétence négative » (cons.17)
[1875] Décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002. *Loi de modernisation sociale*. Recueil, p. 49.

dispositions suffisamment précises et non équivoques. On doit, eu égard à ce considérant, constater, d'une part, que la précision reste imbriquée à la clarté et, d'autre part, que l'univocité est distinguée des deux précédentes qualités.

Il est intéressant de constater que le Conseil constitutionnel ne se prête pas à l'exercice de définition des qualités ainsi exigées : il se contente de constater que les dispositions sont suffisamment précises, ou énoncées de façon claire et précise sans expliciter le sens respectif des termes ainsi utilisés. Le Conseil constitutionnel contourne l'épreuve (insurmontable ?) de définition de ces qualités. Lorsqu'il consacre explicitement l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi, il indique qu'elle fait obligation au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Si l'on admet que la clarté suppose davantage que la précision, il reste de cette équation que la clarté impose d'adopter des formules non équivoques. En renvoyant à cette nécessité d'adopter des formules non équivoques, le Conseil constitutionnel ne parvient pas à distinguer nettement clarté et précision dans la mesure où l'une et l'autre de ces qualités sont destinées à éviter le caractère équivoque de la loi. Au regard des motivations développées par le Conseil constitutionnel, il apparaît que le principe de clarté et l'incompétence négative impliquent pareillement pour le législateur l'obligation d'adopter des dispositions suffisamment précises afin d'éviter que ces dispositions aient un caractère équivoque[1876]. L'aporie est difficilement surmontable dans la mesure où c'est l'imprécision du législateur qui conduit à rendre la disposition équivoque. Dans la décision 98-401 DC relative à la réduction du temps de travail, les rédacteurs de la saisine estimaient que le contenu de la règle était incertain et qu'il « serait de nature à faire naître dans l'esprit des destinataires de la loi, l'idée erronée que les éléments de la loi sont d'ores et déjà fixés, ce qui contrevient… à l'exigence de clarté de la loi »[1877]. C'est l'absence d'ambiguïté qui constitue ainsi un critère pour déterminer le caractère suffisamment clair et précis des dispositions législatives : dans sa décision 98-407 DC[1878], le juge considère que le législateur n'est pas resté en deçà de sa compétence puisque « les dispositions critiquées ont fixé sans ambiguïté les règles relatives au nouveau mode du scrutin régional… »[1879]. Le Conseil constitutionnel détache certes l'imprécision de l' équivocité mais il fait, ce faisant,

[1876] Cette analyse prend le contre-pied de celle développée par A.-L. Valembois dans la mesure où cette dernière considère que là où l'incompétence négative doit sanctionner l'imprécision, le principe de clarté vise à sanctionner le caractère équivoque des dispositions législatives. A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique…,* op. cit., p.281. L'auteur considère que la censure prononcée pour incompétence négative dans la décision 85-191DC aurait dû l'être sur le fondement de l'exigence de clarté.
[1877] Décision 98-401 DC, précitée (cons 7).
[1878] Décision 98-407 DC du 14 janvier 1999. *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*. Recueil, p. 21
[1879] *Ibid.,* (cons. 5).

davantage référence à la fonction de la clarté. Clarté et précision partagent ainsi la même finalité puisqu'elles apparaissent destinées à éviter des formulations équivoques, c'est-à-dire susceptibles de plusieurs sens.

Il est difficile de distinguer les notions d'imprécision, de manque de clarté et d'équivocité dans la mesure où ces défaillances semblent étroitement imbriquées[1880]. La confusion des qualités de clarté et de précision et d'univocité est renforcée par leur finalité commune liée à l'exigence de prévisibilité.

B/ Une finalité commune : assurer la prévisibilité des lois

Les définitions des termes « clarté » et « précision » convergent dans la mesure où l'un et l'autre de ces termes renvoient à l'absence d'ambiguïté, à « ce qui ne laisse place à aucune indécision dans l'esprit »[1881]. Transposées au contentieux constitutionnel, on constate une pareille convergence des qualités de clarté et de précision imposées par le biais de l'incompétence négative et par celui de l'exigence de clarté. Qu'il sanctionne le législateur pour incompétence négative ou pour violation de l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi, le Conseil constitutionnel mobilise une même logique puisqu'il s'agit de lutter contre l'équivocité des lois, leur ambiguïté pour assurer leur prévisibilité. Dans un cas comme dans l'autre, le Conseil constitutionnel s'appuie sur une commune conception de la fonction législative, et procède ainsi à une interprétation téléologique de l'article 34 de la Constitution. Qu'il n'apporte pas suffisamment de précision ou qu'il manque de clarté, le législateur méconnaît dans un cas comme dans l'autre la compétence que lui confère la Constitution[1882].

Il semble donc qu'à travers la sanction de l'imprécision, le Conseil constitutionnel cherche à assurer un minimum de prévisibilité aux lois soumises à son contrôle. Certaines décisions interprétées *a contrario* confortent cette analyse. Ainsi, dans sa décision du 27 décembre 2002 relative à la loi de finance pour 2003[1883], le Conseil constitutionnel juge que

---

[1880] Véronique Champeil-Desplats remarque eu égard à cette qualité qu' « il est rare de trouver des précisions sur ce qu'elle implique spécifiquement. Le plus souvent, elle est définie par synonymes (précis, univoque, intelligible, évident), antonyme (vague, ambiguë, incertain, imprécis, confus, équivoque, contradictoire) ou appelle au raisonnable et à l'intelligence moyenne ». V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production normative », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper,* Économica, Paris, 2006, p.275. Dans le même sens voir de la même auteur, « Les clairs-obscurs de la clarté juridique, in *Legal langage and Search for Clarity*, A. Wagner et S. Cacciaguidi-Fahy, Bern, Peter Lang, 2006, p.35.

[1881] Le petit Robert 2006, « Clarté » et « Précision ».

[1882] Dans sa décision 2003-467 DC le Conseil considère que « le législateur a posé des règles claires et précises » et qu' « il n'est pas resté en deçà de sa compétence ».

[1883] Décision 2002-464 DC du 27 décembre 2002. *Loi de finances pour 2003*. Recueil, p. 583.

l'imprécision d'une disposition n'est pas inconstitutionnelle puisque « le législateur a entendu se référer à l'interprétation constante de l'article 289 bis du code général des impôts que l'administration a précisée dans ses instructions ». Ce type d'appréciation permet de constater que le Conseil constitutionnel admet la constitutionnalité d'une disposition caractérisée par sa généralité, en raison du fait qu'elle ait déjà donné lieu à une interprétation par les autorités d'application. La prévisibilité assurée par le précédent couvre donc la grande généralité ou l'imprécision de la disposition[1884]. On peut rapprocher la logique mise en œuvre en l'espèce par le Conseil constitutionnel de ce que G. Timsit qualifie de technique de « reproduction ». Afin de renforcer la prédétermination du texte, il s'agira pour « l'encodeur de se référer à un code – au sens linguistique – déjà existant et d'y choisir ceux des concepts dont la signification est acquise et ne donne lieu à aucune ambiguïté – ou au moins d'ambiguïtés possibles »[1885]

La doctrine analyse pareillement la clarté de la loi comme une exigence destinée à éviter l'ambiguïté ou l'équivocité des dispositions législatives et donc à assurer la prévisibilité de la norme. Pour T. Ivainier, « quels que soient le contenu et la visée d'un texte législatif, le spectre de son ambiguïté ne cesse de hanter la genèse de sa formulation. Clamée sans cesse par les parlementaires, cette clarté tant convoitée du discours législatif en gestation fascinera à son tour le juge appelé à appliquer la loi.»[1886].

La définition de la compétence législative est donc liée à une analyse de la qualité formelle des lois et se trouve tournée vers le devenir de la règle au moment de son application. Les dernières formulations utilisées par le Conseil constitutionnel dans ses considérants de principe rattachent directement la compétence du législateur à l'application à venir du texte par les autorités d'application : Dans sa décision 2001-455 DC, le Conseil constitutionnel explique : « qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement sa compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi… »[1887]. Cette jurisprudence du Conseil constitutionnel qui cherche à déceler les risques de flottement

[1884] Dans le même sens, voir notamment la décision 84-181 DC : « malgré leur généralité, les termes critiqués et qui sont d'ailleurs employés dans d'autres textes législatifs définissent de façon suffisamment précise les infractions pénales… » (cons. 22.23).
[1885] G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, op. cit. p.81. L'auteur poursuit son analyse en expliquant que « l'encodeur coule donc le texte qu'il a à rédiger dans les moules de concepts déjà existants et dont l'usage qui en est fait induit un certain nombre de conséquences juridiques précisément voulues par l'encodeur ».
[1886] Théodore IVAINIER, « Qu'est-ce qu'un texte clair ? Essai de mathématisation », in *Le droit en procès,* CURAPP, PUF, 1983, p. 147.
[1887] Décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, précitée (cons. 9).

au moment de la détermination du sens de la norme porté par le texte, est tournée vers l'avenir du texte : l'application de loi. Cette recherche de prévisibilité se traduit donc essentiellement par la volonté affichée du Conseil constitutionnel de réduire l'espace de codétermination des autorités d'application de la loi. Th. Ivainier lie ainsi intimement la fonction du législateur et le pouvoir des juges : « seul le législateur a le pouvoir de déterminer l'ampleur de la contribution normative de ces derniers. Face à une réalité complexe, leur contribution atteindra le gigantisme dès lors que la loi décide de s'en tenir aux formules lapidaires. »[1888]. Ces considérations rejoignent ainsi celle de J.Foyer qui déclarait en 1975 : « lorsque le texte d'une loi est clair, ce n'est pas au juge qu'il appartient de le réformer, mais au législateur »[1889]. Cette orientation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel traduit à cet égard une conception téléologique de la compétence législative.

Le rattachement de l'exigence de clarté à la compétence du législateur ne semble pas soulevé de difficulté sérieuse. Pour P.Wachsmann, « l'exigence de clarté doit se lire en liaison avec l'article 34 »[1890]. Selon cet auteur, la compétence du Parlement définie par l'article 34 est le fondement de cette exigence qualitative puisqu' « une disposition obscure ne pourrait être considérée comme un exercice authentique de la compétence normative que cette disposition confère au Parlement »[1891]. Dans le même sens, Laure Milano considère que « le principe de clarté fondé sur l'article 34 s'attache aux rapports entre les différents pouvoirs publics »[1892]. On comprend aisément la logique qui préside à une telle interprétation dans la mesure où l'obscurité et l'imprécision des dispositions législatives conduiraient à conférer aux autorités d'application un pouvoir normatif exorbitant. L'incompétence négative et le principe de clarté sont destinés à assurer la protection de la fonction coordinatrice de la loi. En protégeant la compétence du Parlement, le Conseil constitutionnel préserve la fonction de la loi au sein du système normatif. La fonction législative se définit ainsi par référence aux autres fonctions institutionnelles. La loi doit fixer des limites au pouvoir des autorités d'application, qui seront autant de garanties de ce que ces dernières ne disposeront pas d'un pouvoir discrétionnaire. La prévisibilité de la loi recherchée par le Conseil constitutionnel se rapporte donc à la prévisibilité de l'interprétation qu'elle suscitera.

La consécration de l'exigence de clarté se situe ainsi dans la lignée de la jurisprudence des incompétences négatives, l'une et l'autre étant fondées sur une même conception de la

---

[1888] Théodore IVAINIER, « Qu'est-ce qu'un texte clair ? Essai de mathématisation », art. cit., p. 147.
[1889] *Ibid.,* p. 149.
[1890] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., p.811.
[1891] *Ibid.* p.811.
[1892] Voir L.MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP*, n°3, 2006, p.649.

compétence législative. Ce faisant, on peut s'interroger sur la valeur ajoutée de la consécration de l'exigence de clarté.

§2 La valeur ajoutée de la consécration de l'exigence de clarté

À partir du constat que l'exigence de clarté n'implique aucune obligation qui n'était pas déjà imposée par le biais de l'incompétence négative[1893], on peut s'interroger sur les raisons de cette consécration qui n'a pourtant rien de superflue[1894]. Plusieurs hypothèses sont envisageables qui ne s'excluent pas mutuellement. On pourra ainsi distinguer la portée pratique de cette consécration (A) et sa valeur symbolique (B) et sa portée stratégique (C).

A/ La portée pratique de cette consécration

La portée pratique de cette consécration se traduit par la clarification et la consolidation des acquis jurisprudentiels en matière de qualité formelle des lois et par l'élargissement potentiel des défaillances formelles entrant dans le champ des exigences constitutionnelles.

En clarifiant les exigences formelles imposées au législateur, le Conseil constitutionnel procède à une consolidation des acquis jurisprudentiels en la matière. Si l'on part du postulat que l'incompétence négative permettait de couvrir l'ensemble des défaillances entrant dans le champ du principe de clarté, il n'en demeure pas moins que la consécration de ce dernier présente l'avantage de clarifier les exigences formelles imposées par le Conseil constitutionnel. Le juge constitutionnel affiche désormais que la clarté est un principe à part entière, qui implique davantage que la seule précision du législateur. Il distingue donc dans ces décisions, « les griefs relatifs à l'incompétence négative du législateur » et « les autres griefs tirés de la violation de l'article 34 de la Constitution » qui renvoient au principe de

[1893] L'incompétence négative permettait en effet déjà de censurer les dispositions législatives manquant de clarté. F.Luchaire considère, eu égard à la décision 81-132 DC que le Conseil constitutionnel censure désormais les lois obscures ou imprécises. Voir F.LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Économica, 1987, p.411.

[1894] Cette consécration a pu paraître « superflue dès lors que la jurisprudence de l'incompétence négative aurait permis de censurer l'imprécision des normes législatives dans l'immense majorité des cas… ». A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique…*, op. cit., p.282. L'auteur cite à cet égard B.GENEVOIS, « Table ronde internationale : Constitution et sécurité juridique – Compte rendu des débats », *AIJC*, 1999, p.302.

clarté[1895]. Cette consécration présente donc l'avantage de la « clarté » puisque le Conseil constitutionnel exprime explicitement son souci de la qualité formelle des lois. Parallèlement, il faut voir, à travers cette consécration, la volonté du Conseil constitutionnel de consolider les acquis jurisprudentiels en matière de qualité de la loi. En effet, si l'incompétence négative permettait d'imposer les mêmes exigences que le principe de clarté, la consécration de ce dernier lui permet de valider *a posteriori* l'extension du champ des défaillances formelles couvertes par l'incompétence négative (au-delà des seules imprécisions). Ainsi A.-L. Valembois remonte-t-elle à la décision 85-191 DC[1896] pour constater que l'incompétence négative permettait de sanctionner une disposition ambiguë. Selon l'auteur, cette décision « constitue une illustration de censure pour incompétence négative dans un cas où il serait plus pertinent de considérer que c'est le principe de clarté qui a été violé (…). Il s'agit donc d'une censure pour incompétence négative, dans une hypothèse où l'utilisation du principe de clarté – qui n'était pas encore clairement consacré à l'époque – aurait été plus judicieuse, car c'est avant tout le caractère équivoque de la disposition législative qui posait problème. »[1897]. Cette décision suffit ainsi à démontrer que le principe de clarté n'emporte aucune exigence qualitative qui n'était déjà imposée par le biais de l'incompétence négative. Le Conseil constitutionnel exigeait bien plus que la précision du législateur par le biais de l'incompétence négative puisque ce moyen lui permettait de couvrir également l'ambiguïté ou le caractère équivoque des dispositions législatives. De ce point de vue, la consécration de l'exigence de clarté apparaît comme une consolidation de l'acquis jurisprudentiel en matière de qualité formelle des lois. Cette volonté de distinguer la précision et la clarté ouvre alors la voie d'une différenciation des exigences portées par ces deux moyens contentieux. Cette différenciation progressive des qualités de précision et de clarté permet ainsi de constater que « la règle de l'incompétence négative et le principe de clarté se recoupent certainement, mais pas parfaitement. »[1898].

En outre, la consécration du principe de clarté ouvre de nouvelles perspectives dans le contrôle de la qualité formelle des lois par le Conseil constitutionnel. Tel est le cas de la décision 99-423 DC[1899] qui esquisse une évolution jurisprudentielle largement concrétisée

---

[1895] Voir notamment la décision 99-423 DC rendue le 13 janvier 2000. *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, précitée.
[1896] Décision 85-191 DC, précitée.
[1897] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.281.
[1898] *Ibid.,* p.281.
[1899] Décision 99-423 DC rendue le 13 janvier 2000. *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*., précitée (cons.19).

depuis l'apparition de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Cette décision semble traduire une application du principe de clarté qui dépasse la qualité de précision. Les requérants évoquaient une méconnaissance de ce principe en raison de l'incohérence des dispositions en cause au regard d'autres dispositions du code du travail. Si le Conseil constitutionnel a jugé que ce moyen manquait en fait, il a admis *a contrario* que le principe de clarté était susceptible de couvrir ce type de défaillance formelle[1900].

Enfin, la consécration du principe de clarté est loin d'être dénuée de portée pratique dans la mesure, où elle a constitué une étape, un marchepied, avant la consécration de l'objectif d'intelligibilité de la loi. La valeur ajoutée de la consécration du principe de clarté se traduit enfin par sa valeur symbolique.

B/ La valeur symbolique de cette consécration

Quelles que soient les évolutions permises depuis la consécration du principe de clarté, il convient de reconnaître que le Conseil constitutionnel aurait pu atteindre les mêmes résultats en se fondant sur l'incompétence négative. Il ne dépend en effet que du juge constitutionnel de faire évoluer la portée contentieuse des moyens à sa disposition. Pourtant, la consécration du principe de clarté présente un avantage certain dans la mesure où il permet au Conseil constitutionnel d'afficher sa volonté de lutter en faveur de la qualité formelle des lois. Le Conseil constitutionnel, en manifestant sa volonté d'être le gardien de la qualité formelle des lois s'est confronté à un défi extrêmement ambitieux qui ne pouvait, ce faisant, que révéler ses limites en la matière. On peut à cet égard constater que plus son impuissance à assurer la qualité des lois se fait jour, plus le Conseil constitutionnel exprime sa volonté d'y remédier. La consécration de l'exigence de clarté est alors destinée à jouer comme une technique d'affichage ou comme un moyen destiné à alerter le législateur. Le niveau de cette alerte monte *crescendo* des sanctions pour incompétence négative, à la consécration de l'exigence de clarté. Nous rejoignons à cet égard partiellement l'analyse d'A.-L.Valembois lorsqu'elle considère que « incompétence négative et clarté sont donc surtout destinées à se compléter autant qu'à se renforcer »[1901]. Ce déploiement des instruments contentieux destinés à lutter en faveur de la qualité des lois permet leur renforcement réciproque puisqu'il permet de porter plus haut l'alerte lancée par le Conseil constitutionnel. Dans une perspective de

[1900] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.281.
[1901] *Ibid.,* p.281.

stratégie de communication, la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité constitue l'étape ultime de cette politique jurisprudentielle. L'alerte atteint en effet son niveau maximal avec la fameuse décision 99-421 DC[1902].

L'intérêt est alors, pour le juge constitutionnel, d'offrir à la doctrine du « grain à moudre » sur la question de la qualité de la loi et de relayer ainsi les incitations du Conseil constitutionnel dans ce domaine. Dans le même temps, il est stratégiquement cohérent de penser que ce développement des moyens destinés à lutter en faveur de la qualité des lois a créé un « appel d'air » du côté des saisines du Conseil constitutionnel. L'hypothèse se vérifie à partir du constat que les parlementaires, auteurs des saisines fondent aujourd'hui quasi-systématiquement leurs critiques sur les défaillances formelles des lois. À cet égard, la consécration du principe de clarté est due dans une large mesure à la pression des parlementaires, auteurs des saisines. S'agissant de la décision 98-401 DC[1903], ces derniers ont largement fondé leur grief sur la méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi. À partir de cette décision, ce reproche est quasi systématiquement formulé dans le cadre des saisines du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel associe de cette manière la doctrine et les parlementaires, auteurs des saisines, à sa stratégie jurisprudentielle en faveur de la qualité de la loi.

Enfin, et dans une perspective de prévisibilité appliquée à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la consécration de l'exigence de clarté (comme la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité) joue le rôle d'un effet d'annonce d'une sévérité accrue du juge constitutionnel en matière de qualité des lois. En effet, cette consécration permet de penser que ces mêmes qualités esthétiques seront portées à un niveau d'exigence accru. On peut en effet, à la fois constater que le Conseil constitutionnel n'exige aucune qualité qui n'était déjà imposée sur le fondement de l'incompétence négative et, dans le même temps, observer une élévation de son niveau d'exigence eu égard à ces mêmes qualités. Cette dernière hypothèse permet alors de penser que ce niveau d'exigence n'est pas encore stabilisé et que ces consécrations successives produiront leurs effets potentiels dans un *continum* temporel. L'affichage acquiert ici une fonction dissuasive.

Ce déploiement des instruments contentieux destinés à lutter en faveur de la qualité des lois permet leur renforcement réciproque, mais n'évite pas l'effet de confusion[1904]. On

[1902] Décision 99-421 DC, précitée. Voir *infra*, Sous-partie II, Titre II, Chapitre 1.
[1903] Décision 98-401 DC, précitée.
[1904] Cette confusion se manifeste par exemple dans le dossier documentaire établit par les services du Conseil constitutionnel sous la décision 2005-512 DC. Son intitulé traduit le caractère fondamentalement imbriqué de ces trois éléments : « Clarté, accessibilité et intelligibilité, incompétence négative ».

pense à cet égard à la décision 2001-447 DC[1905] dans laquelle le Conseil constitutionnel fusionne l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité et l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi en consacrant « l'objectif de clarté et d'intelligibilité » ou à la décision 2004-494 DC[1906] dans laquelle le Conseil constitutionnel évoque « les exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi ». Dans la décision 2001-451 DC[1907], le Conseil constitutionnel répond dans le même considérant au grief tiré du « défaut de clarté et d'intelligibilité de la loi ». Dans ses décisions plus récentes, le Conseil constitutionnel mobilise dans un seul et même considérant l'incompétence négative, le principe de clarté, l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité. Ainsi, dans sa décision 2001-455 DC[1908] le Conseil constitutionnel considère « qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soi assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi ; qu'à cet égard le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui impose, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques… »[1909]. À la lecture de ce considérant, on conçoit difficilement ce qui distingue ces différents moyens contentieux poursuivant une finalité commune et imposant les mêmes exigences qualitatives.

C'est sans doute pour mettre fin à cette confusion que le Conseil constitutionnel ne fait plus référence au principe de clarté dans sa décision 2006-540 DC[1910] dans laquelle il estime que « le plein exercice de cette compétence ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle

---

[1905] Décision 2001-447 DC du 18 juillet 2001. *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*. Recueil, p. 89.

[1906] Décision 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social,* Recueil p.91, (cons. 14).

[1907] Décision 2001-451 DC du 27 novembre 2001. *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*. Recueil, p. 145.

[1908] Décision 2001-455 DC, précitée.

[1909] On retrouve une formulation équivalente dans la décision 2004-494 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel considère « qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ». Décision 2004-494 DC du 29 avril 2004. *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*. Recueil, p. 91, (cons. 10).

[1910] Décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006. *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. Recueil, p. 88.

d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (…) lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »[1911]

La consécration du principe de clarté recouvre enfin un intérêt stratégique pour le juge constitutionnel.

C/ La portée stratégique de cette consécration

Nous avons pu constater précédemment que le Conseil ne censure pas en tant que telles les défaillances formelles du législateur et que la sanction n'intervenait que lorsqu'il apparaissait que de telles défaillances étaient susceptibles de donner lieu à une interprétation contraire à la Constitution. Dès lors, la question se pose de savoir pourquoi le juge préfère-t-il pas avoir directement recours aux principes, droits et libertés constitutionnels ainsi menacés ? Le recours à de tels critères formels permettrait au juge de prononcer des censures sans afficher la violation par le législateur des valeurs explicitement consacrées par la Constitution. Le juge maintiendrait son influence tout en ménageant la susceptibilité du législateur. Il estomperait le spectre du gouvernement des juges en déportant son analyse des valeurs fondamentales vers des exigences liées à la qualités formelles des lois. Une autre question se pose alors et qui consiste à savoir pourquoi préfère-t-il avoir recours à des exigences qualitatives dont le sens et la portée restent largement indéterminés, voire indéterminables[1912] ? Il apparaît en effet que cette position conduit le Conseil constitutionnel à créer de nouveaux principes, à faire émerger de nouvelles exigences au contenu flou dont il lui appartient de définir les contours. Ces consécrations permettent ainsi au juge d'accroître le stock des notions sur lesquelles il fonde son appréciation et qu'il peut éventuellement faire évoluer à sa guise. En définitive, le juge constitutionnel ménage sa liberté d'interprétation[1913] et de codétermination de la Constitution.

Dans tous les cas, l'incompétence négative, le principe de clarté et l'objectif d'intelligibilité sont ainsi présentés par le Conseil constitutionnel comme servant une commune finalité : la prévisibilité de la loi.

[1911] P.Avril et J. Gicquel y voient l'abandon « d'un principe imprécis, celui de la clarté de la loi ». P.AVRIL et J.GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française. 1er juillet – 30 septembre 2006 », *Pouvoirs*, n°120, p.185.
[1912] Pour A. Flückiger, « le principe de clarté est intrinsèquement ambigu ». A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *CCC*, n°21. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.
[1913] Voir V.CHAMPEIL-DESPLAT, « Les clairs-obscurs de la clarté juridique », in *Legal langage and Search for Clarity*, A. Wagner et S. Cacciaguidi-Fahy, Bern, Peter Lang, 2006, p.35.

Conclusion du chapitre 1

Le choix de mettre en exergue l'incompétence négative parmi les moyens destinés à assurer la prévisibilité de la loi n'est pas fortuit. Ce choix est lié a une considération chronologique : l'incompétence négative constitue historiquement le premier moyen utilisé par le juge constitutionnel français pour imposer au législateur des exigences touchant à la forme des lois[1914]. La consécration du principe de clarté de la loi s'inscrit de ce point de vue dans la logique des incompétences négatives. Il apparaît en effet que les autres moyens développés par le Conseil constitutionnel au soutien de cette même exigence traduisent une commune conception de la compétence législative. C'est cette conception qui constitue le carrefour de l'ensemble des exigences formelles imposées par le Conseil constitutionnel dans le souci d'assurer la prévisibilité des lois.

L'incompétence négative concerne systématiquement les relations entre pouvoirs publics. Il est question, dans chacune des décisions du Conseil, de la marge d'appréciation laissée aux autorités d'application de la loi. Contrairement à ce qu'ont pu laisser entendre certains auteurs, l'incompétence négative ne concerne pas seulement la répartition entre le domaine de la loi et du règlement[1915]. En effet, qu'il s'agisse des autorités disposant d'un pouvoir réglementaire ou non[1916], l'incompétence négative vient réguler les relations entre le législateur et les nombreux acteurs chargés de l'application de la loi[1917]. À travers cette régulation, le Conseil constitutionnel intervient ainsi directement dans le jeu de la collaboration inter-normative, et laisse transparaître en creux, une certaine conception de la séparation des pouvoirs. Cette conception a la particularité de prendre en compte l'évolution des procédés de la collaboration inter-normative, telle que la création des Autorités administratives indépendantes[1918]. En outre, cette conception de la loi reste conciliable avec

---

[1914] Voir à cet égard, la décision 67-31 DC.

[1915] Voir en ce sens, A.-S. OULD BOUBOUTT, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Paris, Économica, 1987, p.137. Il est intéressant, à cet égard de constater que l'incompétence négative du législateur vient prévenir une potentielle incompétence positive des autorités administratives. Ce qui fait dire à A.-S. OULD BOUBOUTT que « par cette jurisprudence, ce n'est pas le législateur mais le pouvoir réglementaire qui est sanctionné », *ibid*.

[1916] Il peut s'agir d'autorité judiciaire. Voir *supra,* Section 1 et la décision 75-56 DC précitée.

[1917] F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », art. cit. p.68. L'auteur établit à cet égard une typologie des autorités d'application selon qu'elles disposent ou non d'un pouvoir réglementaire : Il y a donc d'un côté, les renvois au gouvernement, aux établissements publics, aux organismes de droit privé, aux autorités administratives indépendantes ; et d'un autre côté, les renvois du législateur …, aux organes de sociétés nationalisées, aux ministres, aux magistrats.

[1918] Voir notamment les décisions précitées 88-248 DC, 96-378 DC et 2004-499 DC. Voir également la décision 94-343-344 DC qui concerne les compétences attribuées par la loi à la Commission nationale de médecine et de biologie. B.Mathieu constate que « le législateur ne fixe que des règles très générales de composition, un

différents principes antagonistes qui tendent à assurer la libre administration des collectivités territoriales[1919], le principe de participation proclamé par le Préambule de 1946[1920] ou la compétence de l'autorité judiciaire et des juridictions administratives[1921]. Entre la compétence du législateur d'un côté et ces principes, le Conseil constitutionnel est nécessairement amené à opérer un arbitrage. Le Conseil apparaît de ce point de vue comme étant juge et partie dans la mesure où son influence sur le système institutionnel est fonction de l'étendue de la compétence législative.

Parallèlement, on peut remarquer que le Conseil présente de manière récurrente cette exigence comme étant destinée à protéger les sujets de droit. À cet égard, la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel doit faire l'objet d'une évaluation. Si le Conseil constitutionnel cherche à assurer la sécurité juridique à travers le critère de précision, ce critère peut vite dégénérer en facteur d'instabilité, d'inflation législative et donc d'insécurité juridique. L'émergence du principe de clarté a permis d'expliciter les exigences formelles déduites du principe de la compétence législative mais également de lancer un signal fort aux acteurs institutionnels en faveur de la qualité de la loi. Pourtant, cette consécration, suivie de celle de l'objectif d'intelligibilité de la loi, n'est pas exempte d'ambiguïté dans la mesure où cette superposition de moyens contentieux conduit à une certaine confusion.

Puisqu'il s'agit pour le Conseil constitutionnel d'imposer une prévisibilité minimale des effets de la loi, on peut constater que de nombreux autres moyens contentieux convergent pour assurer cette exigence. Principe de légalité des délits et des peines, réserves d'interprétation, lutte contre les dispositions dont la portée normative est jugée incertaine, constituent également des moyens destinés à assurer l'exigence de prévisibilité.

---

pouvoir d'avis conforme concernant les recherches menées sur l'embryon humain, sans encourir la censure du Conseil constitutionnel. B.MATHIEU, *La loi,* op. cit., p.102.

[1919] Voir notamment les décisions précitées 94-358 DC et 98-405 DC. Le Conseil concilie le principe de libre administration des collectivités territoriales et la compétence législative. Le législateur peut ainsi confier à une Collectivité locale la tâche d'assurer le recouvrement d'une taxe qu'elle perçoit, mais il doit en déterminer les règles avec une précision suffisante (Décision 98-405 DC). B.Mathieu résume en ces termes « les rapports entre la loi et l'action des Collectivités locales » : « la loi ne doit pas réglementer des situations qui relèvent de la compétence des Collectivités territoriales, et d'autre part, la loi doit encadrer l'action de ces collectivités ». B.MATHIEU, *La loi,* op. cit., p.100.

[1920] Voir la décision précitée 2004-494 DC. B. Mathieu explique que le Conseil admet que le législateur laisse aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organes représentatifs, le soin de préciser les modalités d'application des normes qu'il édicte. Mais lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation ». *Ibid.*, p.103.

[1921] Dans sa décision précitée 99-423 DC, le Conseil évoque la marge d'appréciation laissée aux autorités administratives et juridictionnelles et censure la loi.

Chapitre 2

Les autres moyens au service de l'exigence de prévisibilité

Plusieurs autres moyens ou techniques contentieuses ont été forgées par le Conseil constitutionnel pour assurer cette exigence de prévisibilité. Dans la lignée de l'incompétence négative et de l'exigence de clarté de la loi, d'autres moyens contentieux partagent cette finalité liée à la sécurité juridique. Ainsi en est-il du principe de légalité des délits et des peines qui constitue un fondement explicite de l'exigence de prévisibilité du droit. En outre, les réserves d'interprétation ou la lutte contre les dispositions à la normativité incertaine s'inscrivent dans cette même perspective. Il s'agira donc de montrer que le Conseil constitutionnel manifeste, à travers ces différents moyens et techniques, sa volonté de remédier aux mêmes dangers liés à l'évolution contemporaine du droit, et à éviter les effets d'un « relâchement de la contrainte normative »[1922]. Il ne s'agira pas d'affirmer que ces différents moyens sont mutuellement interchangeables, mais au contraire de démontrer leur complémentarité en mettant en exergue la spécificité des défaillances formelles auxquelles ils permettent de remédier respectivement.

Le principe de légalité des délits et des peines (section1), les réserves d'interprétation (section 2) et la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de neutrons (section 3) convergent ainsi pour resserrer la contrainte normative et réduire ainsi l'imprévisibilité de la loi.

[1922] Voir A. VIALA, Thèse précitée.

Section 1 Le principe de légalité des délits et des peines

Au regard, tant des critères d'identification des cas d'incompétence négative que des finalités de ce moyen contentieux, on peut constater une convergence évidente avec le principe de légalité des délits et des peines. D. Rebut, présente « la fonction du principe de légalité comme instrument de mise en œuvre de la prévisibilité… »[1923]. Assuré par le Conseil constitutionnel, le respect de ce principe impose également des qualités touchant à la forme des lois qui sont destinées à protéger les sujets de droit contre les risques d'arbitraire. Les exigences formelles portées par le principe de légalité des délits et des peines (§1) permettent de constater qu'il s'agit d'un cas particulier d'application de l'incompétence négative (§2).

§1 Les qualités formelles portées par le principe de légalité des délits et des peines

Le principe de légalité des délits et des peines est historiquement le siège d'exigences formelles imposées à la loi. La loi pénale devra être claire et précise afin de permettre aux sujets de droit de régler leur conduite. Le Conseil constitutionnel veille à cet égard au respect de ces exigences formelles.

L'époque contemporaine est marquée par un certain recul du principe de légalité des délits et des peines. En effet, l'inflation législative et la technicité accrue du langage normatif constituent autant d'obstacles à l'effectivité de ce principe. D. Rebut explique à cet égard : « le principe de la légalité est aussi entamé par l'abondance actuelle des lois pénales. La masse contemporaine des incriminations contrarie la prévisibilité d'application du droit pénal en rendant matériellement impossible la connaissance préalable de l'ensemble des textes assortis d'une peine. Leur dispersion dans de nombreuses législations et la technique fréquente de l'incrimination par renvoi, qui sépare la détermination de l'acte et la prévision de la peine, aggrave encore cette situation en faisant obstacle à l'accès aux dispositions répressives…»[1924]. Pour ce même auteur, « Le déclin du principe de la légalité n'est pas seulement celui de la loi comme source du droit pénal mais aussi celui de la qualité de la loi. (…) Cette atteinte au principe de légalité émane d'abord de l'imprécision chronique des lois pénales contemporaines. Il est devenu habituel de dénoncer, à juste titre, le caractère vague de nombreuses incriminations dont l'application est alors incertaine. La définition de l'acte

[1923] D.REBUT, « Le principe de la légalité des délits et des peines », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 9ème éd., 2003, Dalloz, p.511.
[1924] *Ibid.,* p.515.

matériel est souvent tellement large qu'elle n'apporte plus aucune restriction à la mise en œuvre de l'incrimination correspondante »[1925]. Le législateur, afin de définir l'élément matériel d'une infraction recourt de plus en plus fréquemment à des expressions telles que « par tout moyen » ou « d'une manière quelconque »[1926] . D. Rebut fait en outre référence à un nouveau mode d'incrimination qui consiste « à punir un résultat dont le mode de réalisation ne fait l'objet d'aucune précision ». Ces lois conduisent ainsi à incriminer une situation objective sans définir l'acte qui l'a causée »[1927]. La dégradation de la qualité de la norme pénale est ainsi une source d'insécurité juridique.

Face à ces risques, le Conseil constitutionnel impose le respect des qualités formelles essentielles au respect du principe de légalité des délits et des peines. Ce principe offrait en effet au juge constitutionnel une base constitutionnelle solide pour la consécration des exigences liées à la qualité formelle de la loi. Il est vrai qu'en la matière, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pose des principes qui impliquent nécessairement la clarté et la précision de la loi. Lorsque les constituants de 1789 posent le principe en vertu duquel « nul ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites » (article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ou encore que « … nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » (article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), cela implique, pour éviter toute forme d'arbitraire, que les citoyens puissent connaître à l'avance les interdits posés et réprimés par la loi. Ce principe de la connaissance implique alors l'expression claire et précise du législateur.

Le Conseil constitutionnel a procédé à cette même déduction en exigeant la clarté et la précision des lois pénales, et plus particulièrement, des définitions données aux incriminations[1928]. Dans sa décision 80-127 DC[1929], dite « sécurité et liberté », le Conseil rappelle le principe posé à l'article de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et explique « qu'il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes

---

[1925] *Ibid.,* p.514.

[1926] V. à cet égard, P.CONTE et P.MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 6ème éd. 2002, n°157.

[1927] D.REBUT, « Le principe de la légalité des délits et des peines », art. cit., p.514. L'auteur évoque à cet égard les délits d'entrave du droit pénal du travail organisés par les articles L.481-2°, L.483-1, L.483-1-1° et L.483-1-2° du Code du travail.

[1928] Dans sa décision 99-411DC du 16 juin 1999, le Conseil considère que « la définition d'une infraction, en matière criminelle et délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci. ». Les exigences de clarté et de précision s'appliqueront donc à ces deux éléments de la définition de l'incrimination. (*Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*. Recueil, p. 75)

[1929] Décision 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981. *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*. Recueil, p. 15.

suffisamment clairs et précis ». Dans l'appréciation du respect du principe de légalité des délits et des peines, le Conseil constitutionnel use systématiquement d'un critère qualitatif. Ce critère joue nécessairement, soit pour justifier de la constitutionnalité des mesures[1930], soit pour fonder la censure[1931].

Dans sa décision 84-181 DC[1932], le Conseil constitutionnel rejette l'argument fondé sur la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines après avoir constaté « que les termes de « personne », « entreprise de presse », « contrôle » sont définis de façon suffisamment précise pour que les dispositions de caractère pénal qui s'y réfèrent, directement ou indirectement », ne méconnaissent pas, de ce seul chef, le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines »[1933]. Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel va invalider les articles 6 et 28 de la loi déférée en raison de l'incertitude générée par l'imprécision des termes de la loi. Le Conseil constitutionnel estime fondée l'argumentation développée dans la saisine. L'article 6, ne précisant pas à quelle personne incombait l'obligation fixée par la loi, l'infraction visée par l'article 28 « est édictée en méconnaissance du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines publiques puisque la détermination de son auteur est incertaine. ». Dans sa décision 2006-540 DC[1934], le Conseil invalide plusieurs dispositions de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information sur le fondement du principe de légalité des délits et des peines. En particulier, le juge va estimer que le législateur a méconnu les exigences déduites de ce principe en ne définissant pas le terme « interopérabilité » qui conditionnait pourtant le champ d'application des infractions[1935].

Le principe de légalité constitue ainsi le fondement des qualités de clarté et de précision. Comme dans les cas d'incompétence négative, il s'agit pour le juge constitutionnel de garantir, à un degré raisonnable, la prévisibilité de la loi. Le principe de légalité des délits et des peines fait figure de cas particulier d'application de l'incompétence négative.

[1930] Dans ces autres cas, le Conseil constitutionnel juge les mesures suffisamment claires et précises et donc conformes au principe de légalité des délits et des peines : voir notamment les décisions 80-127 DC, 84-176 DC, 84-181 DC, 86-210 DC, 92-307 DC, 2004-492 DC, 2006-540 DC (cons.56).

[1931] Dans ces cas, le Conseil constitutionnel se fonde sur le caractère imprécis, obscure des disposition pour justifier la censure. Voir notamment les décisions 84-181 DC, 84-183 DC, 98-399 DC, 2006-540 DC (cons.57 et cons. 60).

[1932] Décision 84-181 DC rendue les 10 et 11 octobre 1984. *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*. Recueil, p. 78

[1933] *Ibid.,* (cons. 9).

[1934] Voir, décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006. *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. Recueil, p. 88.

[1935] *Ibid.,* (cons.60).

§ 2 Un cas d'application particulier d'incompétence négative

Au vu des qualités formelles imposées au législateur par le Conseil constitutionnel sur le fondement du principe de légalité des délits et des peines, il apparaît utile de s'interroger sur le rôle que joue ce principe à côté de l'incompétence négative. Poursuivant les mêmes finalités que l'incompétence négative (A), le principe de légalité des délits et des peines se distingue par son champ d'application limité à la sphère du droit pénal (B).

A/ Des finalités communes

Selon les mêmes logiques que celles qui sont à l'œuvre dans les cas d'incompétence négative, cette prévisibilité est liée à la marge d'interprétation laissée aux autorités d'application de la loi. La précision et la clarté sont requises afin de limiter l'indétermination de la règle pénale et « pour en exclure l'arbitraire »[1936].

En effet, la sanction des défaillances formelles est présentée par le Conseil comme étant destinée à éviter l'incertitude relative aux effets à venir des textes législatifs. Dans la décision 80-127 DC[1937], le Conseil constitutionnel constate que les dispositions de la loi « ne sont ni obscures, ni imprécises », il évoque l'absence d'ambiguïté et « d'élément d'incertitude dans la définition des infractions ». Cette finalité explique le fait que le Conseil constitutionnel ne censure pas certaines dispositions législatives utilisant pourtant des termes caractérisés par leur « généralité ». Dans cette même décision, le Conseil explique « que le terme de menace déjà employé par le Code pénal, a une acception juridique certaine ». Dans la décision 84-181 DC[1938], le Conseil constitutionnel reconnaît la généralité des termes employés par le législateur, mais il surmonte ce grief en considération de l'utilisation préalable du terme en cause par la loi antérieure : « malgré leur généralité, les termes critiqués et qui sont d'ailleurs employés dans d'autres textes législatifs définissent de façon suffisamment précise les infractions pénales… »[1939]. La prévisibilité est ici évaluée au regard de l'utilisation préalable de ces expressions dans des textes. L'expérience de l'application de

[1936] Voir la décision 80-127 DC, précitée, (cons. 7). Dans la décision 84-176 DC, précitée, les auteurs de la saisine mettaient ainsi en exergue le fait que la loi faisait « dépendre l'existence de l'infraction pénale de « l'arbitraire de l'autorité administrative ». Dans le même sens, décision 84-176 DC du 25 juillet 1984. *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation*. Recueil, p. 55.
[1937] Décision 80-127 DC du 20 janvier 1981. *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*. Recueil, p. 15
[1938] Décision 84-181 DC, précitée.
[1939] *Ibid.*,(cons. 22.23).

la loi antérieure semble ainsi pouvoir éclairer les justiciables sur le sens donné à ces termes dans la pratique. De la même manière, dans sa décision 2006-535 DC[1940], le Conseil constitutionnel juge que les faits susceptibles de conduire à la suspension de certaines prestations familiales sont définis « en termes suffisamment clairs et précis ». Pour achever de justifier son appréciation, le Conseil ajoute qu'en particulier, la notion de « carence parentale » fait référence à l'article 371-1 du Code civil »…[1941]. On constate ainsi que c'est le souci de prévisibilité qui commande l'application du principe de légalité des délits et des peines.

Les censures prononcées sur la base du principe de légalité des délits et des peines apparaissent ainsi comme des cas particuliers d'application de l'incompétence négative dont le champ est limité *ratione materiae* au domaine du droit pénal.

B/ Le champ d'application spécifique du principe de légalité des délits et des peines

Le juge constitutionnel trouve à travers ce principe de légalité, un fondement particulier de censure de la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence. La délimitation des domaines respectifs recouverts par l'incompétence négative et par ce principe est liée à la matière considérée. Lorsqu'il s'agit de la matière pénale, c'est le principe de légalité des délits et des peines qui trouve à s'appliquer.

L'application du principe de légalité des délits et des peines est destinée à imposer au législateur d'exercer sa compétence afin d'assurer la mission constitutionnelle qui lui a été confiée. Lorsqu'il ne définit pas de manière suffisamment claire et précise les infractions qu'il institue, le législateur méconnaît sa propre compétence définie par l'article 34 de la Constitution qui dispose en effet que « La loi fixe les règles concernant (…) la détermination des crimes et délits et des peines qui leur sont applicables… ». Il n'est d'ailleurs pas anodin de voir parfois le Conseil constitutionnel fonder ses exigences de clarté et de précision des lois pénales sur le double fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 34 de la Constitution. Dans ces cas, le Conseil considérera sur la base combinée des articles 34 de la Constitution et de l'article 8 de la Déclaration des droits de

[1940] Décision 2006-535 DC 30 mars 2006. *Loi pour l'égalité des chances*. Recueil, p. 50.
[1941] *Ibid.,* (cons.37). Dans le même sens, voir la décision 2004-492 DC. Le même raisonnement est utilisé à propos de l'expression « bande organisée ».

l'homme de 1789 que la loi ne doit être ni imprécise, ni ambiguë, ni incertaine[1942]. Il devient quelquefois même difficile de distinguer l'application de l'incompétence négative de celle du principe de légalité des délits et des peines. Ainsi dans sa décision 2000-433 DC[1943] relative à la liberté de communication, le Conseil constitutionnel constate que « le législateur a subordonné la mise en œuvre de la responsabilité pénale des hébergeurs, d'une part, à leur saisine par un tiers estimant que le contenu hébergé « est illicite ou lui cause un préjudice », d'autre part, à ce que, à la suite de cette saisine, ils n'aient pas procédé aux « diligences appropriées » ; qu'en omettant de préciser les conditions de forme d'une telle saisine et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 »[1944]. Cette confusion trouve une explication logique dans le fait que lorsqu'il manque de précision ou de clarté, le législateur est réputé ne pas avoir exercé sa compétence.

La distinction entre ces deux moyens contentieux est liée au domaine investi par la législation en cause. Le principe de légalité des délits et des peines est cantonné au domaine restreint de la matière pénale, alors que l'incompétence négative couvre les autres domaines législatifs. L'incompétence négative constitue ainsi la voie de droit commun pour censurer les imprécisions du législateur lorsque le principe de légalité des délits fait figure de voie d'exception limitée dans le cadre d'un champ d'application défini *ratione materiae*. L'application du principe de légalité dans le champ du droit pénal induit une différence en termes d'intensité de contrôle. En effet, en raison des risques très concrets d'atteintes aux libertés dans le domaine pénal, la vigilance du juge constitutionnel sera particulièrement accrue[1945].

[1942] Tel est le cas de la décision 84-176 DC, précitée, dans laquelle le Conseil constitutionnel considère « qu'il résulte de ces dispositions l'obligation pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire ». Voir également la décision précitée 2004-492 DC.

[1943] Décision 2000-433 DC du 27 juillet 2000. *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 121.

[1944] *Ibid.,* (cons.61).

[1945] Jérôme Tremeau évoque à cet égard « la réserve de loi pénale » qui donne lieu à une appréciation particulièrement rigoureuse de la part des juges constitutionnels. J.TREMEAU, *La réserve de loi*, op. cit. p.252 et s.

Conclusion de la section 1

Le principe de légalité des délits et des peines constitue également un moyen permettant au juge constitutionnel d'imposer au législateur le respect de qualités touchant à la forme des lois. À cet égard, l'exigence de précision et de clarté a eu tendance à contaminer l'ensemble des branches du droit, bien au-delà de la sphère du droit pénal. La jurisprudence du Conseil constitutionnel témoigne d'une généralisation des exigences esthétiques portées par le principe de légalité des délits et des peines.

L'ensemble de ces qualités formelles est destiné à assurer la prévisibilité des lois. À cet égard, empruntant une voie différente, la lutte contre les dispositions dont la portée normative est jugée incertaine s'inscrit dans une commune perspective.

Section 2 La lutte contre les dispositions législatives dont la portée normative est jugée incertaine

Selon un poncif désormais bien établi en doctrine, le droit contemporain est marqué par une évolution de la technique normative vers plus de souplesse. La permission et l'interdiction ne sont plus les seuls modes de l'intervention législative dans la mesure où l'émergence de l'État providence conduit le législateur à édicter des lois afin d'encourager, d'inciter etc[1946]. Cette évolution se caractérise également par la prolifération de déclarations de principes et d'intentions proclamées par le législateur. Du point de vue de l'exigence de prévisibilité, ces formes d'expression normative créent des « zones d'incertitude et d'indétermination »[1947]. Nous pourrons constater que face à une évolution portant atteinte à la prévisibilité du droit (§1), le Conseil constitutionnel a affirmé, de manière progressive, sa volonté de jouer un rôle face à ces dispositions « hypo-normartives »[1948] (§2).

[1946] J.B. AUBY explique à cet égard : « La question des objectifs recèle bien une évolution historique. La fréquence de plus en plus grande de déclaration d'objectifs dans les textes, notamment législatifs, ressortit à la technologie juridique de l'Etat providence, qui, comme l'écrit Charles-Albert Morand, « consiste à trouver des finalités et à mettre en place une panoplie d'instruments juridiques ou non considérés comme aptes à provoquer des changements, dans les systèmes sociaux dans lesquels on se propose d'intervenir…alors que la technique juridique issue des Lumières et de la Révolution française s'exprimait dans une structure conditionnelle permettant au juge de trouver la solution d'un litige à partir d'une règle générale et abstraite, grâce au syllogisme juridique. ». J-B.AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991,pp.336-337. Le même auteur explique à cet égard : « On en trouve le plus grand nombre dans des législations qui à la fois sont, si l'on peut dire, administratives, en ce sens qu'elles appellent une énorme mise en œuvre administrative avant que le citoyen n'en subisse les effets, et s'efforcent de maîtriser des réalités extrêmement rebelles au contrôle public : l'aménagement rural, l'environnement, l'urbanisme en sont des exemples typiques. ». *Ibid.* p.337. Ces considérations peuvent se rattacher à l'affirmation du même auteur selon laquelle, «…notre droit administratif est de façon, un droit finaliste… », *ibid.* p.336.

[1947] Jacques Chevallier résume d'une phrase cette évolution : « Ce droit doux (soft law), parce que dépourvu de dimension contraignante, est aussi inévitablement un droit flou : formulé en termes d'objectifs, directives ou de recommandations, le droit perd de sa précision ; non seulement se multiplient les termes vagues, tels que « Charte » ou « partenariat », mais encore la formulation sous forme de principes ou de standards crée une zone d'incertitude et d'indétermination. Faute de prédétermination, la signification des énoncés juridiques dépendra dans une large mesure de l'interprétation qui en sera donnée, notamment par le juge ». Sur cette évolution voir l'ouvrage de J.CHEVALLIER, *L'État postmoderne*, LGDJ, 2004, 2ème éd.,p.123. Voir également son article précité, « Vers un droit post-moderne », art. cit.

[1948] J.-C. BÉCANE, M.COUDERC, *La loi*, op. cit, p.281.

§ 1 L'évolution d'une pratique portant atteinte à l'exigence de prévisibilité

Plus les termes de la loi sont flous et généraux, plus ils génèrent de l'incertitude. Il ne s'agira pas seulement ici de ce que la doctrine qualifie de « neutrons », mais également des objectifs flous fixés dans les lois et des intentions déclarées par le législateur. La prise en considération des effets négatifs sur la sécurité juridique de la législation déclamatoire est ancienne. En 1983, une circulaire du Premier ministre explique qu' « il faut éviter d'introduire dans les projets des dispositions sans contenu normatif, généralement consacrées à des déclarations de principe ou à la présentation de la philosophie du texte. En effet, les lois ont pour objet d'autoriser, d'ordonner, d'interdire, de créer des droits et des obligations. Non seulement l'énoncé des principes généraux alourdit le débat, mais une fois adopté, il peut créer des difficultés juridiques : la portée de ces principes reste incertaine pour le juge chargé d'interpréter la loi ou pour l'autorité réglementaire chargée d'élaborer les décrets d'application. »[1949]. Dans son fameux rapport de 1991, le Conseil d'État met en garde le Gouvernement : « trop de textes ne permettent pas de distinguer l'intention de l'action, le possible du souhaitable, l'accessoire de l'essentiel, le licite de l'illicite. Toute loi, mal faite – parce qu'elle nourrit l'incertitude, provoque la désillusion ou facilite la fraude – est une atteinte portée à la sécurité juridique du citoyen »[1950]. À formuler des intentions très larges et sans véritable substance, le législateur ménage un espace de codétermination inconsidéré aux autorités d'application de la loi. En effet, la trop grande généralité de ces dispositions ne doit pas masquer leur potentiel normatif[1951]. Ainsi, la révolution jurisprudentielle opérée par le Conseil constitutionnel en 1971 est liée à l'attribution d'une force contraignante au Préambule de la Constitution de 1958. Celui-ci semblait pourtant se borner symboliquement au rappel de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du Préambule de la Constitution de 1946. L'exemple du principe de la dignité de la personne humaine est à cet égard particulièrement révélateur de la portée juridique potentielle d'un « neutron constitutionnel ». Comme l'explique Guy Carcassonne, « à lire le premier alinéa du Préambule de 1946, l'on ne lui trouvait aucune portée normative, jusqu'à ce que le Conseil lui-même y découvrît la source

[1949] Circulaire, cité par C. BERGEAL, *Rédiger un texte normatif,* op. cit., p.125. Voir également les circulaires du 25 mai 1988, du 2 janvier 1993 et du 30 janvier 1997. Voir également la circulaire du Premier ministre du 1er juillet 2004 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes et notamment son article 2.1.1.1.

[1950] Rapport du Conseil d'État précité, *EDCE* n°43, 1991.

[1951] Voir *infra* : Première Partie. À propos des objectifs de valeur constitutionnelle, nous avons pu constater que la généralité d'une disposition n'exclut pas sa normativité. Sur le potentiel normatif de ce type de dispositions, voir V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CCC*, n°21, 2006, pp.63-68.

d'un principe éminent de dignité de la personne humaine, démontrant qu'un pseudo-neutron peut contenir une charge longtemps cachée »[1952]. Ces dispositions législatives, en raison de leur caractère vague, imprécis, équivoque et souvent contradictoire ouvrent la voie à des interprétations fluctuantes et imprévisibles et généreraient de ce fait un risque d'arbitraire pour les sujets de droit.

Le caractère « hypo-normatif » de certaines dispositions législatives caractérise particulièrement la formulation d'objectif par le législateur[1953]. La formulation d'objectif par le législateur est naturelle dans la mesure où l'existence d'une loi présuppose une intention du législateur sur laquelle devront prendre appui les interprétations qui seront faites de la loi. La collaboration inter-normative suppose ainsi que les autorités infra-législatives prennent en compte les objectifs définis par le législateur[1954]. De ce point de vue, on doit même en conclure que la formulation d'objectif dans les textes législatifs accroît leur prévisibilité. À cet égard, il convient de rappeler que lorsque la loi elle-même ne procède pas à la formulation de ses objectifs, il appartiendra aux autorités d'application et au juge en particulier de rechercher et de reconstruire ces objectifs à partir des travaux préparatoires de la loi[1955]. Ce cas de figure donne la mesure de l'imprévisibilité consécutive à l'absence de formulation d'objectif par le législateur. Ce ne sont donc pas les formulations d'objectif qui génèrent un effet d'imprévisibilité des lois, mais les termes choisis pour définir plus ou moins clairement ces objectifs législatifs.

Dans les cas où la loi définit ses objectifs, la question se pose alors « de savoir comment ils contribuent à la détermination du sens du texte, et à la détermination des compétences de l'organe d'application »[1956]. Les formulations d'objectifs se situent le plus souvent, et assez logiquement en début de loi. Le législateur les intègre généralement dans l'article 1er des lois qui fait ainsi office de préambule. Si l'on peut douter de la fonction

---

[1952] G.CARCASSONNE, « Penser la loi », art. cit. p.46-47.

[1953] Sur la formulation d'objectif dans les lois, voir le recensement établi par J-L. BERGEL, « Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs », *RRJ*, 1989, n°4.

[1954] J.-B. Auby explique à cet égard que « la référence aux objectifs est naturellement présente dans l'interprétation des textes à laquelle se livre l'administration. On peut dire que c'est une méthode d'interprétation obligatoire, car l'adhésion aux objectifs de la loi est dans la nature du pouvoir exécutif, et consubstantielle à la subordination hiérarchique des fonctionnaires (…)« En tous les cas, les circulaires interprétatives donnent généralement une interprétation à forte consonance finaliste : elles cherchent même souvent à forcer une interprétation des dispositions ambiguës, conforme aux objectifs de la loi. », J.-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », art. cit., p.332.

[1955] J.-B. Auby explique que « deux cas de figure bien distincts se présentent, car les objectifs peuvent être formulés dans le texte lui-même ou ne pas l'être. ». Selon le même auteur, « lorsque les objectifs ne sont pas expressément formulés dans le texte… » le juge va alors se tourner « du côté des travaux préparatoires », *ibid.,* p.333.

[1956] *Ibid.,* p.334.

interprétative du titre de la loi[1957], son article 1er a une fonction interprétative importante. Il est destiné à guider l'interprète en lui donnant les clefs de lecture du texte : « du préambule seront parfois déduites des solutions parce qu'un nœud d'interprétation devra être tranché… »[1958]. Véronique Champeil-Desplats considère, en ce sens, que « les traditionnels articles 1er des lois, vilipendés en raison de leur normativité douteuse, font souvent office d'utiles guides interprétatifs à l'usage des autorités d'application …»[1959]. L'auteur évoque l'exemple de l'article 1er de la loi du 6 juillet 1989 « qui reconnaît le caractère fondamental du droit au logement (…) dont la portée normative avait fait l'objet de doute » et qui a pourtant « été à plusieurs reprises invoqué devant les tribunaux judiciaires qui l'ont assorti d'effets normatifs »[1960].

À cet égard, il est frappant de constater que la formulation d'objectif, même précise, est insuffisante à maîtriser l'interprétation des autorités d'application. J.-B. Auby explique ainsi : « Lorsque le juge se réfère aux objectifs d'un texte pour en déterminer le sens, cela peut être naturellement pour conforter ce qui lui paraît ressortir de la lettre. Mais, ce qui est plus intéressant, cela peut être aussi pour retenir une interprétation s'écartant de la lettre du texte »[1961]. La formulation d'objectif dans les textes législatifs permet au juge de s'écarter d'une application littérale du texte et de fonder des interprétations de type téléologique[1962].

J.-B. Auby évoque à cet égard un certain nombre d'exemples d'objectifs déclarés par le législateur et qui ont donné lieu à des applications contentieuses. Lorsqu'il s'agit d'une « norme objectif », c'est-à-dire d'un objectif dont le respect conditionne la validité des actes juridiques subséquents, il reste délicat de cerner les obligations induites par ce type de

---

[1957] Voir A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.80

[1958] *Ibid.,* p.82. L'auteur cite l'exemple d'un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1983, dans lequel le juge se fonde sur le préambule de la loi pour trancher un problème d'interprétation. Il s'agissait de savoir si les résidences secondaires entraient dans le champ d'application de la loi du 22 juin 1982 relative aux baux d'habitation. Le Cour s'appuie sur l'article 1er de la loi qui proclame le « droit fondamental à l'habitat » pour considérer qu'un tel droit ne concerne que les résidences principales., *ibid* p.85

[1959] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut… », art. cit. p.68.

[1960] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut… », art. cit. p.68. L'auteur renvoie à l'arrêt de la 3ème chambre civil de la Cour de Cassation rendu le 22 octobre 2003 (req. 02-14702).

[1961] Le même auteur poursuit en évoquant l'exemple d'un arrêt « indiquant que, si le législateur a souhaité offrir aux agriculteurs la possibilité d'opter pour la TVA, ils doivent bénéficier de tous les droits corrélatifs, même ceux qu'un décret d'application ne prévoit, à la lettre, que pour les activités industrielles et commerciales ». Arrêt rendu par le Conseil d'État, 30 mai 1979, n°11196. J-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », art.cit., p.334. Voir à cet égard, J-P. MAUBLANC, *L'interprétation de la loi fiscale par le juge de l'impôt*, Thèse Bordeaux I, 1984, p.229 et s.

[1962] « Ajoutons que la prise en compte des objectifs d'un texte peut conduire à une interprétation évolutive, ou téléologique, dans laquelle la vision du sens du texte évolue avec les besoins auxquels son application est confrontée, plus exactement en fonction des besoins que l'auteur du texte aurait vraisemblablement en vue s'il décidait aujourd'hui. C'est dans cet esprit que le Conseil d'Etat a étendu à l'impôt sur le revenu la règle selon laquelle en matière fiscale les frais d'expertise sont avancés par le Trésor. ». J-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », art. cit., p.334.

disposition[1963]. Lorsqu'elles « trouvent le chemin de la sanction juridictionnelle »[1964], ces « normes-objectifs » ménagent une marge d'interprétation qui se traduit par le passage à un contrôle de compatibilité[1965]. L'utilisation qu'en fera le juge ordinaire est alors marquée par la marge d'appréciation de ce dernier. Le même auteur évoque le cas des textes qui font du respect de leur objectif « une condition de validité des actes juridiques subséquents. »[1966].Tel est le cas de l'article L.121-10 du code de l'urbanisme qui dispose ainsi : « les documents d'urbanisme déterminent les conditions permettant d'une part, de limiter l'utilisation de l'espace, de préserver les activités agricoles, de protéger les espaces forestiers, les sites et les paysages, de prévenir les risques naturels prévisibles et les risques technologiques et, d'autre part, de prévoir suffisamment de zones réservées aux activités économiques et d'intérêt général, et de terrains constructibles pour la satisfaction des besoins présents et futurs en matière de logement ». En cas de recours, le juge devra vérifier la validité des documents d'urbanisme au regard de l'objectif ainsi défini. Il n'est dès lors pas étonnant que ce texte soit « apparu dans les motifs d'un certain nombre de jugements concernant la légalité de plans d'occupation des sols »[1967]. L'article L.121-10 est intéressant dans la mesure où il constitue un exemple de formulation d'objectifs entremêlés et antagonistes. Dans un tel cas, l'accumulation d'objectifs énoncés par la loi constituera une véritable habilitation conférée au juge qui devra, lui-même « faire le tri » et procéder à la définition de l'objectif législatif.

C'est précisément en considération des incertitudes générées par ce type de disposition que le Conseil constitutionnel a marqué progressivement sa volonté de jouer un rôle à leur égard.

[1963] « La question essentielle ici est de savoir quels effets peuvent avoir les normes d'objectifs formulées dans les textes. Il y a quelques difficultés à leur attacher des conséquences juridiques, car ce sont des normes qui n'indiquent pas des comportements à suivre à leurs destinataires, qui ne formulent pas des commandements précis : elles nous semblent pouvoir être appelées des « normes non prescriptives » ». *Ibid.,* p.335.

[1964] « Pourtant, elles trouvent parfois le chemin de la sanction juridictionnelle. C'est le sort qu'a connu la disposition, dont nous avons pris l'exemple plus haut, de l'article L121-10 du Code de l'urbanisme… ». *Ibid.,* p.335.

[1965] Selon le même auteur, « …la loi n'assortit pas la norme d'objectifs d'une véritable obligation de conformité : ses destinataires, qui sont administratifs, peuvent se contenter de rester dans un rapport de compatibilité avec elle. ». *Ibid.,* p.335.

[1966] *Ibid,* p.329.

[1967] *Ibid.,* p.329. Voir à cet égard, P.HOCREITERE, « Le principe d'équilibre ou l'article L.121-10 du Code de l'urbanisme face au juge administratif », *LPA*, 23 nov. 1988, p.13.

§ 2 Le rôle du Conseil constitutionnel face à ces dispositions

Face à la prolifération des objectifs et des déclarations de principes et d'intentions au sein des lois, la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est limitée pendant longtemps à la simple réprobation. Néanmoins, sa jurisprudence en la matière a connu des évolutions notables ces dernières années. Cette évolution est caractérisée par une sévérité accrue du Conseil constitutionnel (A) et a conduit le Conseil constitutionnel à distinguer entre les dispositions dénuées de toute portée normative et celles dont la portée normative est incertaine (B).

A/ La sévérité accrue du Conseil constitutionnel

La réaction du Conseil constitutionnel face à ces dispositions s'est faite par étape et marque une sévérité accrue à l'égard de ces dispositions : du mépris affiché à travers les déclarations d'inopérance (1), à la censure prononcée par le juge constitutionnel (2).

1) Les déclarations d'inopérance

Dans un premier temps, l'attitude du Conseil constitutionnel fut de dénier toute valeur juridique à ces dispositions en leur refusant la qualité de norme. Il procède alors à des déclarations d'inopérance[1968]. Cette solution se traduit par le considérant de principe en vertu duquel, en raison de leur caractère inopérant, ces dispositions ne peuvent faire l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Cette position permettait d'une part au juge constitutionnel de stigmatiser cette pratique du législateur, et d'autre part de neutraliser ces dispositions.

La stigmatisation se manifeste à travers les expressions utilisées par le Conseil constitutionnel qui traduisent un mépris pour des dispositions qui ne méritent pas d'être qualifiées de « normes ». Le Conseil constitutionnel évoque alors la « déclaration d'intention sans contenu normatif »[1969]. Cette position conduit le Conseil constitutionnel à refuser de sanctionner ce type de dispositions. Tel est le cas de la décision du 27 juillet 1982 relative à la loi de planification[1970]. Parce que le législateur adressait des injonctions au législateur futur (il émettait en l'espèce le vœu que les lois de plan ne soient pas révisées avant deux années

[1968] D.BROUSSOLLE, « Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel », *RDP*, 1985, p.751.
[1969] Voir décision 85-196 DC du 8 août 1985. *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.* Recueil, p. 63.
[1970] Décision 82-142 DC du 27 juillet 1982. *Loi portant réforme de la planification*. Recueil, p. 52.

d'exécution), le Conseil constitutionnel juge que les dispositions sont « dépourvues de tout effet juridique et (…) en raison même de leur caractère inopérant, n'ont pas à faire l'objet d'une déclaration de non conformité à la Constitution. ». À partir du constat de leur inopérance, le Conseil constitutionnel en tire la conséquence qu'il est inutile de censurer ces dispositions. Il juge ainsi que la disposition « ne saurait, en l'état, être comme tel susceptible de censure constitutionnelle »[1971] ou que « les moyens invoqués par les auteurs de la saisine ne peuvent être accueillis »[1972]. Ce positionnement du juge constitutionnel s'explique donc d'un point de vue logique : «n'ayant pas de contenu normatif, certaines dispositions législatives sont en quelque sorte inexistantes dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, qui est un contrôle de conformité de normes (législatives) à norme (constitutionnelle). »[1973].

Parallèlement, si le Conseil constitutionnel refuse de censurer ces dispositions, la déclaration d'inopérance doit être regardée comme un moyen de les neutraliser. Elles agissent ainsi à la manière des réserves d'interprétation en guidant les interprètes chargés de son application à venir. La convergence avec les réserves interprétatives[1974] est évidente dans la mesure où ces déclarations d'inopérance conduisent à priver de tout effet juridique les dispositions visées qui ne devront donc emporter aucune conséquence concrète. Denis Broussolle estime à cet égard que ces déclarations d'inopérance sont proches de la technique des réserves d'interprétation qui ont parfois vocation à vider la loi de son venin et donc de minorer certaines dispositions législatives[1975] : « …le Conseil constitutionnel laisse promulguer la loi, tout en précisant que des pans entiers sont dépourvus de tout effet juridique. Il épargne aux auteurs du texte un échec brutal, mais le réduit à une simple coquille vide»[1976].

[1971] Décision 85-196 DC, précitée.

[1972] Voir la décision 94-350 DC du 20 décembre 1994. *Loi relative au statut fiscal de la corse*. Recueil, p. 134.

[1973] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.273. L'auteur affirme que cette jurisprudence « répondait à une logique évidente ». *Ibid.*

[1974] Voir A.Viala, qui évoque dans sa thèse « le problème des déclarations d'inopérance » dans sa thèse relatives aux réserves. A.VIALA, Thèse précitée, pp.77-80.

[1975] D.Broussolle établit le parallèle avec les réserves d'interprétation en constatant que dans les cas de déclaration d'inopérance « le Conseil constitutionnel retient en partie le moyen invoqué, déclare inopérantes les dispositions légales viciées, afin de les vider de leur substance et de leur caractère obligatoire (donc de les rendre inapplicables) et cependant ne les juge pas inconstitutionnelles, ni n'en interdit la promulgation ». D.BROUSSOLLE, « Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel », art. cit., p.752.

[1976] D. Broussolle évoque la décision 82-142 DC relative à la loi portant réforme de la planification. D.BROUSSOLLE, « Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel », art. cit., p.758. Évoquant la valeur normative du nouveau texte, le même auteur constate que « le Conseil constitutionnel maintient la rédaction, donc le contenu du texte, et retire l'autorité. », *ibid.,* p.771.

Chronologiquement, les déclarations d'inopérance ont tout d'abord visé les injonctions adressées par le législateur présent au législateur futur[1977]. Telle est la logique mobilisée dans la décision 82-142 DC relative à la loi portant réforme de la planification[1978]. Cette même logique se retrouve dans plusieurs décisions. Dans la décision 98-401 DC[1979], le Conseil constitutionnel constate le caractère inopérant de l'article 13 de la loi qui prévoyait que le Gouvernement présenterait un rapport faisant le bilan de l'application de la loi. Ainsi, ces déclarations d'inopérance[1980] avaient-elles comme vocation initiale de préserver l'autorité de la loi et donc « la souveraineté du législateur »[1981]. Il ne s'agissait donc pas de limiter le caractère imprévisible de ces dispositions.

On peut rapprocher de cette jurisprudence les décisions du Conseil constitutionnel qui dénient toute valeur normative à certains rapports annexés aux lois et qui ne relèvent pas de la catégorie des lois de programme. Dans ces cas, les orientations définies font figure de vœux pieux formulés par le législateur et le Conseil constitutionnel réserve son contrôle aux lois postérieures qui en assureront l'exécution[1982]. Ces déclarations d'inopérance sont particulièrement ambiguës dans la mesure où le Conseil n'explicite pas les motifs qui le conduisent à ce jugement. Ces rapports sont-ils jugés dénués de portée normative afin que les orientations qui y sont définies ne constituent pas une injonction à l'adresse du législateur à venir ou en raison du caractère général de ces orientations ?

On peut en effet constater un glissement de ces déclarations d'inopérance lorsqu'elles visent à dénier tout effet normatif à des dispositions caractérisées par leur très grande généralité. Tel est le cas dans la décision 2003-483 DC[1983]. L'article 3 de la loi portant réforme des retraites disposait : « les assurés doivent pouvoir bénéficier d'un traitement

---

[1977] La technique des déclarations d'inopérance constitue ainsi un revirement eu égard à la position initiale du Conseil constitutionnel qui censurait les dispositions législatives imposant au législateur de déposer un projet de loi. Voir les décisions 66-7 FNR du 21 décembre 1966 et 78-102 DC du 17 janvier 1979.

[1978] Décision 82-142 DC, précitée. La loi adressait en effet des injonctions au Gouvernement et interdisait notamment la révision de la loi de plan avant deux années d'exécution.

[1979] Décision 98-401 DC du 10 juin 1998. *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*. Recueil, p. 258.

[1980] On retrouve ce type de déclaration d'inopérance dans la décision 85-196 DC, précitée, dans laquelle le Conseil constitutionnel évoque « une déclaration d'intention sans contenu normatif ». Il s'agissait en l'espèce d'un objectif que le législateur se fixait à lui-même « en vue de dispositions législatives ultérieures ». On peut à cet égard rapprocher de cette jurisprudence la décision 94-350 DC rendue le 20 décembre 1994 concernant la loi relative au statut fiscal de la Corse. Le Conseil constitutionnel constate que la loi en faisant référence au « statut fiscal de la Corse » se borne à rappeler que la collectivité de Corse bénéficie d'un régime fiscal spécifique. Il estime que lorsque la loi prévoit que les dispositions relevant de ce régime sont « maintenues », cela ne peut « faire obstacle à des modifications ou abrogation ultérieures par le législateur… ». Voir également dans le même sens les décisions 2000-435 DC et 2001-455 DC.

[1981] D.BROUSSOLLE, « Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel », art. cit., p.757.

[1982] Voir notamment les décisions 2002-460 DC et 2002-461 DC.

[1983] Décision 2003-483 DC rendue le 14 août 2003. *Loi portant réforme des retraites. 14 août 2003.*Recueil, p. 430.

équitable au regard de la retraite, quels que soient leurs activités professionnelles passées et le régime dont ils relèvent ». Le Conseil va juger que cet article qui « se borne à exposer le motif d'équité… » est « dépourvu par lui-même de valeur normative » et « ne saurait être utilement argué d'inconstitutionnalité ». Dans cette décision, on constate que la déclaration d'inopérance ne vise plus une disposition adressant une injonction au législateur futur mais une disposition formulée de manière très générale.

Les déclarations d'inopérance ont été la première technique permettant au Conseil constitutionnel de neutraliser les dispositions hypo-normatives. On peut à cet égard constater que la catégorie de ces dispositions est caractérisée par son hétérogénéité. Il s'agissait dans un premier temps de dénier toute valeur normative aux injonctions que s'adressait à lui-même le législateur. Ces dispositions pouvaient ainsi être claires et très précises[1984]. Les déclarations d'inopérance visent ainsi à retirer toute portée normative à ces dispositions sans pour autant être destinées à lutter contre l'imprévisibilité des lois. Le Conseil constitutionnel a étendu le champ des déclarations d'inopérance aux dispositions législatives caractérisées par leur très grande généralité. Il s'agit alors pour le Conseil constitutionnel de neutraliser les effets potentiellement indéterminés de ce type de dispositions. Dans ces cas, il s'agit bien pour le Conseil constitutionnel d'œuvrer en faveur de la prévisibilité des lois. L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel face à ces dispositions est caractérisée par une sévérité accrue puisque ces dispositions s'exposent désormais à la censure.

2) Les censures

Le Conseil constitutionnel a fait preuve d'une sévérité accrue face à ce type de dispositions. L'avertissement lancé en 2005 par le Président du Conseil constitutionnel – qui annonçait la censure prochaine des neutrons[1985] - succédait en réalité à quelques cas de censure.

Le Conseil constitutionnel avait en effet déjà amorcé un tournant en censurant des dispositions dont il jugeait la portée normative incertaine. Dans sa décision 2003-475 DC[1986], le Conseil constitutionnel censure des dispositions législatives dont la portée normative est jugée incertaine. Le premier alinéa de l'article 7 de la loi déférée prévoyait ainsi que « le

[1984] Voir notamment l'article 4, dernier alinéa de la loi portant réforme de la planification. Décision 82-142 DC, précitée.
[1985] Voir le discours de vœux prononcé en 2005 par Pierre Mazeaud, Président du Conseil constitutionnel. Discours disponible sur le site du Conseil constitutionnel.
[1986] Décision 2003-475 DC du 24 juillet 2003. *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*. Recueil, p. 397.

libellé et, le cas échéant, la dimension des caractères des bulletins doivent être conformes aux prescriptions légales ou réglementaires édictées pour chaque catégorie d'élection ». Le Conseil constitutionnel va considérer que la portée normative de cet alinéa est incertaine. Mais il est difficile de savoir si cette normativité incertaine a conduit, à elle seule, à la censure prononcée. En effet, cette disposition est en quelque sorte « noyée » au milieu d'autres défaillances constatées par le juge constitutionnel. Le Conseil constitutionnel constate « en premier lieu » une incohérence de l'article 7 de la loi déférée qui devait s'appliquer à l'élection des sénateurs alors que cet article devait s'insérer dans une partie du code électoral qui ne s'applique pas à ces élections. Il constate en second lieu la portée normative incertaine du premier alinéa de cet article et en troisième lieu l'ambiguïté de certaines notions employées par le législateur. Le Conseil constate enfin le risque de « confusion » entraîné par le dernier alinéa du même article 7. Compte tenu de cette accumulation de défaillances, on peut douter de l'autonomie du grief fondé sur la portée normative incertaine de la disposition en cause. La censure de cet article est en effet rattachée par le Conseil constitutionnel à son fameux considérant de principe visant le principe de clarté et l'objectif d'intelligibilité. On peut en déduire que la censure est motivée par l'ambiguïté de l'article 7 et que la normativité incertaine de la disposition a contribué à renforcer, aux yeux du juge, cette ambiguïté. Dans ce sens, A.-L. Valembois estime que « leur censure ne semble toutefois pas être la conséquence de ce seul vice : c'est principalement l'ambiguïté des termes employés qui implique en définitive une contrariété avec l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et avec le principe de loyauté du scrutin »[1987]. Ainsi, au regard de l'utilisation de ce considérant de principe, il est difficile de savoir s'il s'agit de l'affirmation d'un nouveau principe ou d'un simple rappel du principe de clarté. En outre, même s'il s'agit d'un nouveau « principe de normativité », il est difficile de déterminer la valeur ajoutée de cette jurisprudence au regard du principe de clarté et de l'objectif d'intelligibilité. En effet, les dispositions dont la portée normative est jugée incertaine par le Conseil constitutionnel sont précisément caractérisées par une incertitude relative à leur application à venir. Le seul fait pour le Conseil constitutionnel de douter de leur normativité (les dispositions vont-elles produire ou non des effets juridiques ?) suppose logiquement qu'il les juge, par définition, ambigües et donc imprévisibles. La sanction de cette imprévisibilité est alors liée à la même conception de la loi qui a conduit le Conseil constitutionnel à sanctionner les dispositions obscures ou ambiguës sur le fondement du principe de clarté et de l'objectif d'intelligibilité. On retrouve à l'égard de

[1987] A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français,* op. cit., p.273.

cette jurisprudence le même souci de prévisibilité, liée à la marge d'appréciation laissée aux autorités d'application de la loi. Le principe de séparation des pouvoirs se rattache encore une fois à ces considérations puisque la trop grande marge d'appréciation laissée aux autorités d'application empiéterait « sur les compétences du législateur »[1988]. Comme le remarque Véronique Champeil-Desplats, « le principe de normativité devient étroitement imbriqué à celui de clarté des énoncés législatifs »[1989]. Ce caractère imbriqué de l'exigence de clarté et du principe de normativité ressort également de la décision 2004-500 DC[1990]. Le Conseil constitutionnel distingue les deux principes par leurs fondements respectifs puisqu'il considère que c'est l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui impose au législateur d'adopter des dispositions revêtues d'une portée normative, alors que le principe de clarté est déduit des termes de l'article 34 de la Constitution. Pourtant, dans cette décision, le Conseil juge que le législateur organique a défini de façon imprécise et tautologique la notion de « part déterminante » des ressources des collectivités locales : «la première des deux conditions prévues par l'article 4 de la loi déférée (…) outre son caractère tautologique, ne respecte, du fait de sa portée normative incertaine, ni le principe de clarté de la loi, ni l'exigence de précision que l'article 72-2 de la Constitution requiert du législateur organique ». Les défaillances sont imbriquées dans la mesure où le caractère tautologique de la disposition en cause s'additionne à son imprécision et à son manque de clarté qui résultent de sa normativité incertaine. Le Conseil constitutionnel censure la disposition en se fondant à la fois sur le principe de clarté de la loi et sur l'objectif d'intelligibilité, mais la normativité incertaine de la disposition semble avoir constitué un indice de l'ambiguïté de la loi.

La lutte contre les dispositions dont la portée normative est jugée incertaine apparaît ainsi directement inspirée d'un souci de prévisibilité du droit. L'évolution de sa jurisprudence a conduit le Conseil constitutionnel à distinguer d'une part les dispositions dénuées de portée normative et, d'autre part, celles dont la portée normative est incertaine.

[1988] Véronique Champeil-Desplats analyse les justifications avancées par le Conseil constitutionnel et constate que, pour ce dernier, « les dispositions non normatives, comme les dispositions obscures et non intelligibles, laisseraient une grande marge d'appréciation aux autorités d'application et empièteraient ainsi sur les compétences du législateur. Cette marge d'appréciation serait dangereuse pour les droits fondamentaux. ». V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CCC*, n°21, 2006, p.66.

[1989] *Ibid,* p.65.

[1990] Décision 2004-500 DC du 29 juillet 2004. *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*. Recueil, p. 116.

B/ La distinction entre les dispositions dénuées de portée normative et celles dont la portée normative est jugée incertaine

Cette distinction ressort très nettement de sa décision 2005-512 DC[1991] dans laquelle le Conseil constitutionnel se prononce successivement sur « les dispositions sans portée normative » puis sur les « dispositions de portée normative incertaine »[1992].

Dans le premier cas, le Conseil constitutionnel censure les « neutrons » qui encombrent la loi de déclarations d'intention et/ou de principe sans aucune portée normative. Ceux-là nuisent à la lisibilité en participant à son épaississement inutile (voir *infra*, Sous-partie II, Titre II, Chapitre 2). En l'espèce, le Conseil constitutionnel juge dénuée de toute portée normative la disposition contenue au paragraphe II de l'article 7 de la loi d'orientation pour l'avenir de l'école qui dispose : « L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. - Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. – La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel». Le Conseil constitutionnel censure cette disposition « manifestement dénuée de toute portée normative ».

Il s'agit dans le second cas de dispositions qui pourraient produire des effets juridiques indéterminés. Celles-là sont alors appréciées par le Conseil constitutionnel sous le prisme de l'insécurité juridique et donc de l'exigence de prévisibilité de la loi. En l'espèce, les articles 27 et 31 prévoyaient que « dans les écoles et collèges, des aménagements appropriés ou des actions particulières sont prévus au profit des élèves intellectuellement précoces, manifestant des aptitudes particulières… », et que dans les écoles, « des aménagements et des actions de soutien sont prévus pour les élèves en difficulté ». Les expressions « aménagements particuliers » et « actions particulières », constituent, selon le juge, des termes trop généraux et vagues. Le Conseil constitutionnel juge, qu'au regard de la « généralité des termes », les dispositions en cause « font peser sur les établissements d'enseignement des obligations dont la portée est imprécise ». De la même façon, le Conseil constitutionnel juge que l'article 29

[1991] Décision 2005-512 DC du 21 avril 2005. *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*. Recueil, p. 72.

[1992] Cette distinction présente dans les décisions du Conseil constitutionnel est reprise par les services de l'institution. Voir à cet égard le dossier documentaire sous la décision 2005-512 DC qui distingue dans son titre « L'absence de normativité ou normativité incertaine des dispositions législatives ». Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

est doté d'une normativité incertaine : « lorsqu'une part de contrôle continu est prise en compte pour la délivrance d'un diplôme national, l'évaluation des connaissances des candidats s'effectue dans le respect des conditions d'équité ». Il est intéressant de constater que le Conseil constitutionnel ne censure pas ces dispositions qu'il sauve de la censure en émettant des réserves interprétatives. L'émission de ces réserves qui permet de préciser les expressions litigieuses (voir *infra*, Section 3, Les réserves d'interprétation) n'est pertinente que lorsque la disposition en cause est susceptible de produire des effets concrets. Ici encore, il s'agit pour le juge constitutionnel de resserrer la contrainte normative autour de disposition dont la généralité fait peser des risques en matière de sécurité juridique.

Cette distinction apparaît utile à plusieurs égards. Elle permet d'une part de distinguer les dispositions qui ne sont pas susceptibles de produire d'effets mais qui encombrent la loi, de celles qui sont susceptibles de produire des effets indéterminés. De ce fait, cette distinction permet de mettre fin à l'incohérence qui consistait pour le Conseil constitutionnel à considérer le danger de certaines dispositions tout en constatant qu'elles étaient dénuées de portée normative. En effet, le danger ne résultera plus que des dispositions dont la portée normative est jugée incertaine. Seul le contrôle de ces dernières entre donc dans le cadre de la lutte contre l'imprévisibilité. Cette distinction est utile dans la mesure où elle permet également d'expliquer l'intérêt pour le juge constitutionnel de formuler des réserves interprétatives dans le cas des dispositions à portée normative incertaine[1993]. Une réserve d'interprétation n'aurait en effet aucune utilité dans le cas des dispositions dénuées de toute portée normative. La lutte contentieuse contre les lois hypo-normatives a donc été entamée en premier lieu sous l'angle de la sécurité juridique. C'est pourquoi les premières censures visent les dispositions dont la portée normative est jugée incertaine. Le prolongement de cette jurisprudence se trouve dans la sanction des dispositions dénuées de toute portée normative qui s'inscrit davantage dans la perspective de l'exigence de lisibilité de la loi (voir *infra*, Sous-partie II, Titre II, Chapitre 2).

Cette distinction pose néanmoins la question des modalités d'identification de ces deux types de disposition. À cet égard, on peut constater une certaine confusion quant au critère permettant d'identifier ces deux catégories de disposition. Véronique Champeil-Desplats a mis en lumière la méthodologie du Conseil constitutionnel afin d'identifier les dispositions non normatives[1994]. Alors qu'elle ne distingue pas entre ces deux catégories de disposition, elle met en lumière deux critères permettant au Conseil constitutionnel

[1993] S'agissant de la décision 2005-512 DC, le Conseil constitutionnel émet des réserves d'interprétation pour les articles 27, 29 et 31 de la loi déférée.
[1994] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., pp.64-65.

d'identifier les dispositions non normatives : « le caractère impératif des énoncés » et « la connotation des énoncés ». Elle a pu constater que le caractère impératif d'un énoncé, constitue davantage un indice qu'un critère pour déterminer la normativité d'une disposition[1995]. À côté de cet indice, elle a mis en lumière « l'importance de la connotation des énoncés » : c'est alors le « degré d'abstraction des termes utilisés » qui permettrait au Conseil constitutionnel de déterminer le caractère normatif ou non d'une disposition législative. À partir de la distinction entre les dispositions dénuées de portée normative et celles dont la portée normative est incertaine, on pouvait poser l'hypothèse suivante : dans les cas où le législateur n'utilise pas l'impératif, et qu'il se contente de constater, de reconnaître etc…, il s'agit de dispositions dénuées de toute portée normative. Le Conseil constitutionnel relève quelques exemples dans le dossier documentaire sous la décision 512 DC[1996]. L'article 1er de la loi du 3 janvier 1977 dispose : « l'architecture est une expression de la culture »[1997]. Pour les distinguer des énoncés impératifs, Véronique Champeil-Desplats évoque des « énoncés législatifs recognitifs »[1998]. Ce serait ainsi le caractère non impératif de l'énoncé qui constituerait le critère utilisé par le Conseil constitutionnel pour identifier les dispositions dénuées de toute portée normative. Dans les cas où les énoncés législatifs utilisent l'impératif, mais dans le cadre de formulation très générale et abstraite, il s'agirait alors de dispositions dont la portée normative est incertaine. L'article 1er de la loi du 12 novembre 1968, selon lequel « les universités doivent s'attacher à porter au plus haut niveau et au meilleur rythme de progrès les formes supérieures de la culture », constitue un exemple de ce type de disposition. Le critère d'identification de ces dispositions n'est donc pas le caractère non impératif de l'énoncé mais plutôt sa trop grande généralité (critère de la « connotation des énoncés »).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel semblait corroborer cette hypothèse. En effet, le Conseil constitutionnel considère comme étant dénuée de toute portée normative la disposition en vertu de laquelle « L'école a comme objectif la réussite de tous les élèves. » Mais Véronique Champeil-Desplats constate que le Conseil constitutionnel n'évoque pas le caractère détachable du reste de l'article 7 II. Or, « certains fragments de ce paragraphe (…)

[1995] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., pp.64-65.

[1996] Disponible sur le site du Conseil constitutionnel sous la décision précitée 2005-512 DC.

[1997] D'autres exemples sont évoqués dans le même dossier documentaire : L'article 1er de la loi du 16 juillet 1984 : « les activités physiques et sportives constituent un facteur important d'équilibre, de santé, d'épanouissement de chacun ». L'article 1er de la loi du 9 janvier 1985 : « L'identité et les spécificités de la Montagne sont reconnu par la Nation et prises en compte par l'État, les établissements publics, les collectivités territoriales et leurs groupements dans les actions qu'elles conduisent ». L'article 1er de la loi du 29 janvier 2001 : « La France reconnaît publiquement le génocide arménien ».

[1998] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p.65.

posent des difficultés au regard du critère de l'impérativité. Le Conseil constitutionnel juge manifestement dénuée de toute portée normative des énoncés qui contiennent des verbes exprimant une obligation, qui plus est, formulée à l'égard de personnes publiques identifiées (l'école, l'université). Ainsi, le paragraphe censuré énonçait aussi : « compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents »[1999]. La distinction existe, mais la frontière entre ces deux catégories de disposition reste floue.

En outre, cette distinction - entre les dispositions dénuées de toute portée normative et celles dont la portée juridique est jugée incertaine – semble dénuée de portée… pratique. Même dénuée de caractère impératif, une disposition législative pourra toujours constituer le point d'appui d'une interprétation systémique ou téléologique des autorités d'application. Véronique Champeil-Desplats explique ainsi que, du point de vue de la théorie réaliste de l'interprétation, « le caractère obscur ou supposé non normatif de l'énoncé ne change rien »[2000] au pouvoir créateur du juge. En effet, la liberté de l'interprète permet de postuler que tous les mots de la loi constituent pour lui un point d'appui qui reste toujours potentiel mais réel[2001]. Même les énoncés non impératifs contenus dans les lois peuvent donner lieu à des interprétations et produire des effets juridiques. Ainsi de l'article L.125-2-2 du Code de la construction et de l'habitation, issue de la loi du 2 juillet 2003 qui dispose : « Les ascenseurs font l'objet d'un entretien propre à les maintenir en état de bon fonctionnement et à assurer la sécurité des personnes ». Ainsi également de l'article 1er de la loi précitée du 9 janvier 1985 : « L'identité et les spécificités de la Montagne sont reconnues par la Nation et prises en compte par l'État, les établissements publics, les collectivités territoriales et leurs groupements dans les actions qu'elles conduisent ». Le potentiel contentieux de ce type de dispositions est réel dans la mesure où elles pourraient ainsi appuyer des interprétations constructives de la part des autorités d'application. Ainsi, et le principe de dignité humaine illustre ce phénomène, « l'absence de normativité fondée sur l'appréciation subjective du contenu de l'énoncé est donc provisoire et évolutive. Comment ne pas envisager que le

[1999] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cit., p.65.

[2000] Le même auteur constate que « le pouvoir normatif se manifeste ainsi à partir du simple moment où le juge confère une signification de norme à un énoncé qu'il interprète, quelles que soient les qualités rédactionnelles de celui-ci. La multiplicité des interprétations dont peuvent faire l'objet les énoncés vagues ou dits non normatifs n'accentue pas le pouvoir normatif du juge mais seulement les risques de désaccords sur l'interprétation choisie, parmi de nombreuses, par celui-ci.». *Ibid.,* p.67.

[2001] *Ibid.,* pp.63-68.

paragraphe censuré le 21 avril 2005 (…) ne puisse, un jour, être invoqué pour justifier le maintien d'enseignements artistiques ou sportifs »[2002].

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence du Conseil constitutionnel face à ces dispositions non normatives ou de portée normative incertaine traduit un souci de sécurité juridique et plus particulièrement de prévisibilité de la loi.

Conclusion de la section 2

À travers la censure des dispositions de portée normative incertaine le Conseil constitutionnel cherche à limiter les risques d'insécurité juridique qui s'attachent à des dispositions vagues qui pourraient conduire à conférer un pouvoir arbitraire aux autorités d'application de la loi. Ce sont les conséquences de la loi que le Conseil constitutionnel cherche à rendre prévisible. De ce point de vue, la sanction de ces dispositions se distingue mal de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au principe de clarté et à l'incompétence négative puisqu'il s'agit pareillement de lutter contre l'ambiguïté de la loi. Ces différentes voies permettent de renforcer la contrainte normative de la loi et de réduire ainsi l'espace de co-détermination des autorités d'application. L'inexistence d'un critère objectif, permettant au juge de déterminer ce qui est normatif de ce qui ne l'est pas, permet au juge de se ménager « une large marge d'appréciation sur ce qui est normatif ou non »[2003].

La volonté affichée du Conseil constitutionnel d'œuvrer en faveur de l'exigence de prévisibilité se retrouve à travers l'émission des réserves interprétatives.

[2002] *Ibid.,* p.68.
[2003] *Ibid.,*p. 66.

Section 3 Les réserves interprétatives

Les réserves interprétatives jouent un rôle considérable pour assurer la prévisibilité des lois. Leur émission par le juge constitutionnel est précisément destinée à resserrer la contrainte normative pesant sur les autorités d'application. On peut en effet constater que les réserves constituent une ressource importante du Conseil constitutionnel dans la mesure où elles permettent de réduire les incertitudes liées à différentes défaillances formelles du législateur. Nous pourrons ainsi envisager le rôle des réserves d'interprétation en matière de prévisibilité (§1) avant de constater que cette technique offre au juge constitutionnel une alternative à la censure dans différents cas d'imprévisibilité (§2)

§1 Le rôle des réserves en matière de prévisibilité

L'analyse du discours de la doctrine en matière de réserve d'interprétation est particulièrement évocateur de leur fonction eu égard à l'exigence de prévisibilité. Elles sont présentées comme un remède aux défaillances formelles des lois et permettent ainsi d'assurer le resserrement de la contrainte normative.

Les auteurs évoquent fréquemment les réserves d'interprétation comme un moyen de tempérer les évolutions contemporaines du droit caractérisées par la souplesse et l'imprécision. Après avoir constaté que les lois « perdent en clarté, en précision, en densité juridique pour devenir trop souvent des dissertations philosophiques, des énoncés d'intentions ou des déclarations programmatiques »[2004], D. Rousseau évoque le rôle positif joué par le Conseil constitutionnel, qui, au moyen des réserves d'interprétation, tente d'agir « en renforçant la pré-détermination législative par un renforcement de la parole de la loi. Le Conseil constitutionnel s'appuie désormais sur les mots même du législateur et les reprend pour préciser qu'ils ne peuvent s'interpréter comme des simples vœux mais sont des énoncés porteurs d'une volonté juridique…»[2005]. A. Viala évoque les réserves comme le moyen de remédier à « L'imprécision de certaines dispositions législatives, leur caractère trop vague, trop indéterminé »[2006]. Le même auteur explique ainsi que « le Conseil constitutionnel use de la déclaration de conformité sous réserve pour intervenir en renfort, et assister un législateur

[2004] D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6ème édition, Montchrestien, p.159.
[2005] *Ibid.*
[2006] A.VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse précitée, p.113.

défectueux dont il comble les lacunes »[2007]. En effet, non seulement, les réserves comme l'incompétence négative conduisent à un « épaississement de la loi »[2008], mais cet épaississement n'est pas sans conséquences sur la portée « signifiante » du texte en question. Ce dernier se trouve en effet « vitaminé » en signification. L'émission des réserves permet en effet au Conseil constitutionnel de résorber les zones d'incertitudes liées à l'imprécision des termes de la loi. Les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel contribuent à diminuer le caractère polysémique des lois, et ce faisant, à les rendre plus claires, donc prévisibles.

On peut ainsi constater que l'émission des réserves est liée à la volonté du Conseil constitutionnel de renforcer la prévisibilité des lois. Elles sont en effet présentées par la doctrine comme une technique permettant de limiter le pouvoir d'appréciation des autorités d'application. A. Viala se fonde largement sur les notions de « pré-détermination » et de « co-détermination » forgées par G.Timsit[2009]. Les réserves permettent au Conseil constitutionnel de renforcer la prédétermination des lois et corrélativement de réduire l'espace de co-détermination des autorités d'application de la loi. La souplesse, la généralité, l'imprécision tendent à accroître l'espace de « co-détermination » de la loi et donc à conférer aux autorités d'application une marge d'appréciation trop importante qui est alors perçue comme un risque d'arbitraire. En effet, « sa vigilance s'illustre face à des dispositions législatives qui lui semblent par trop imprécises, trop vagues, trop indéterminées, ou celles qui accordent une confiance un peu trop aveugle aux autorités administratives à qui le législateur concède des attributions et vers lesquelles le pouvoir normatif tendrait à se diluer »[2010]. Ainsi, l'importance des risques d'arbitraire est présentée comme étant proportionnelle à l'espace de co-détermination laissé aux autorités d'application de la loi[2011]. A.Viala relève ainsi les « effets redoutables de la marge de manœuvre laissée à l'administration par des lois de plus en plus nombreuses, mais de moins en moins consistantes (…). Par le procédé des réserves, le Conseil étoffe des dispositions législatives jugées par lui conformes à la Constitution mais trop floues, dénuées de consistance suffisante pour éviter des dérapages interprétatifs risquant d'émaner

---

[2007] *Ibid.* p.97.

[2008] L'expression est utilisée par J.TREMEAU à propos de l'incompétence négative. *La réserve de loi*, op. cit., p.266.

[2009] Voir notamment, G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1991. « De quoi s'agit-il d'autre, en effet, dans ces déclarations de conformité sous réserve que de codétermination dans des cas où l'indétermination pourrait laisser place à des interprétations et des applications que le juge déclare, par anticipation, contraire à la Constitution ? », p.129.

[2010] A.VIALA, Thèse précitée, p.93.

[2011] « Là est le danger d'une imprécision normative du législateur : une co-détermination excessive de la loi, périlleuse pour la sécurité juridique de l'individu …». A.VIALA, Thèse précitée, p.114.

des acteurs qui réceptionnent la norme… »[2012]. Le Conseil constitutionnel parvient ainsi à maîtriser « les éléments contemporains constitutifs de ce que l'on appelle le flou du droit »[2013]. Le renforcement de la prédétermination grâce aux réserves d'interprétation recoupe parfaitement ce que Gérard Timsit qualifie de technique « d'encodage par réduction » : il s'agit en effet « à exclure (…) explicitement par l'énonciation des hypothèses exclues, celles (ou celle) des interprétations auxquelle(s) pourrait donner lieu la rédaction choisie dans le texte normatif. Dans ce (…) cas, la formule est souvent, en droit positif : « aucune disposition ne peut être interprétée comme … »[2014].

À travers le renforcement de la prévisibilité des lois, les réserves d'interprétation visent à préserver l'autorité et la place de la loi dans l'ordre juridique interne[2015]. En effet, comme le souligne A.Viala, « ce resserrement de la contrainte de constitutionnalité est en même temps le signe d'une marque de respect du Conseil à l'égard de la loi et de son statut »[2016]. L'émission des réserves laisse apparaître en filigrane l'idéal législatif du Conseil constitutionnel puisqu'elles visent à renforcer son autorité en diminuant celle des autorités d'application. Le prolongement de cette analyse conduit à constater que plus le Conseil constitutionnel renforce l'autorité de la loi plus il étend sa propre influence sur le système juridique. On peut en effet constater que l'émission des réserves est orientée vers l'application à venir des lois. Il s'agit de poser des « gardes fous »[2017] permettant de contenir le pouvoir interprétatif des autorités chargées de l'application des lois. L'émission de telles réserves conduit ainsi le juge constitutionnel statuant *a priori* de se projeter dans l'avenir du texte et d'imaginer les risques que ferait courir son application. Th. Di Manno explique en effet que « le juge constitutionnel tient souvent compte, quand il existe, du droit vivant contextuel dans lequel la loi contrôlée est appelée à s'insérer et se risque même parfois à évaluer l'impact social de la loi en se livrant à quelque pronostic sur son application future »[2018]. Il est de ce point de vue intéressant de constater que le Conseil constitutionnel étend son influence sur les

---

[2012] *Ibid.*

[2013] « le Conseil constitutionnel limite ce relâchement redoutable de la contrainte normative du législateur en étoffant la loi …sous l'effet de ce resserrement, le Conseil parvient à concrétiser le contrôle de constitutionnalité en maîtrisant les éléments contemporains constitutifs de ce que l'on appelle le flou du droit et qui sont à la source d'un tel relâchement de la contrainte normative.». *Ibid.,* p.93.

[2014] G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, op. cit. p.83.

[2015] L'imprécision de certaines dispositions législatives, leur caractère trop vague, trop indéterminé » sont présentées par A.Viala comme « une menace contemporaine pour la place et le statut de la loi dans l'ordonnancement juridique ». A.VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* op.cit., p.113.

[2016] *Ibid.,* p.96.

[2017] « en complétant la loi à l'aide de réserves interprétatives, le Conseil enrichit celle-ci en même temps qu'il impose des garde-fous constitutionnels à ses organes d'application ». *Ibid.,* p.98.

[2018] Th. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1997, p.191.

autorités d'application de la loi. Dans un article intitulé « le Conseil constitutionnel en fait-il trop », P.Blacher juge que certaines réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel sont constitutive d'un « excès de pouvoir constitutionnel ». L'auteur estime en effet qu'en édictant ces réserves d'interprétation le Conseil constitutionnel étend « le champ d'application de l'article 61 » et s'érige en « contrôleur de l'application de la loi »[2019].

L'émission des réserves d'interprétation permet au Conseil constitutionnel de remédier aux défaillances du législateur et contribue ainsi à renforcer la prévisibilité des lois. Poursuivant les mêmes finalités que les techniques précédemment évoquées, les réserves interprétatives peuvent parfois constituer une alternative à la censure dans différents cas d'imprévisibilité.

§2 Une alternative à la censure dans certains cas d'imprévisibilité

Les réserves interprétatives présentent un certain nombre de points communs avec la technique des incompétences négatives. Elles visent à remédier aux mêmes défaillances formelles que celles qui conduisent à la censure sur le fondement de l'article 34 de la Constitution. La singularité des réserves d'interprétation consiste dans le fait qu'elles offrent au juge une alternative à la censure dans les cas d'imprévisibilité. La complémentarité des réserves ne joue pas seulement avec l'incompétence négative mais avec l'ensemble des autres moyens destinés à assurer la prévisibilité. Si les réserves d'interprétation permettent parfois au Conseil constitutionnel de pallier les défaillances formelles du législateur (A), certaines d'entre elles sont néanmoins jugées irrattrapables (B).

A/ Les réserves comme palliatif aux défaillances formelles du législateur

Les réserves d'interprétation peuvent permettre de pallier les imprécisions, ambiguïtés de certaines dispositions législatives. L'émission des réserves constituera ainsi une alternative aux censures susceptibles d'être prononcées sur le fondement des autres moyens destinés à assurer la prévisibilité des lois.

Au regard des finalités poursuivies par le Conseil constitutionnel, l'incompétence négative et les réserves d'interprétation convergent assez nettement. L'utilisation de ces deux moyens trouve son fondement dans une commune conception d'un idéal législatif. A.-

[2019] P.BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs* n°105, 2003, pp.19-20.

L.Valembois considère à propos de l'incompétence négative qu'elle « manifeste… à certains égards une survivance du mythe de la loi »[2020]. Il s'agit dans un cas comme dans l'autre de préserver l'autorité de la loi en limitant la marge d'appréciation des autorités chargées d'en assurer l'application. Il apparaît ainsi que les réserves d'interprétation et l'incompétence négative sont destinées à faire face au même problème : le manque de précision générateur d'ambiguïté et donc d'imprévisibilité. Cette hypothèse semble être corroborée par les analyses des spécialistes de ces deux moyens contentieux : lorsque Alexandre Viala évoque l'émission des réserves face à deux types de dispositions législatives - celles « qui lui semblent par trop imprécises, trop vagues, trop indéterminées, ou celles qui accordent une confiance un peu trop aveugle aux autorités administratives à qui le législateur concède des attributions et vers lesquelles le pouvoir normatif tendrait à se diluer »[2021] - ces catégories font étrangement échos à la dichotomie classique des cas d'incompétence négative évoqués par F.Priet : « l'étude de la jurisprudence permet de mettre en évidence deux formes - et deux seulement - d'incompétence négative. La forme la plus répandue est celle où le législateur confie à une autre autorité le soin de déterminer les règles d'une certaine matière. Selon une seconde forme, le législateur méconnaît sa compétence lorsqu'il n'épuise pas celle-ci et ce alors même qu'il ne s'en serait pas remis à une tierce autorité pour régler une question » [2022]. Après avoir constaté que « le but déclaré du recours à la réserve d'interprétation (est) de mettre fin à une insécurité juridique causée par l'imprécision de la loi, celui d'une censure pour incompétence négative peut être similaire lorsqu'elle sanctionne un défaut de précision »[2023], A.-L. Valembois en tire la conclusion suivante : « la réserve d'interprétation est utilisée comme une alternative à la censure pour incompétence négative »[2024]. La jurisprudence du Conseil constitutionnel confirme cette hypothèse.

Les réserves d'interprétations sont bien souvent utilisées de manière combinée avec l'incompétence négative. Lorsqu'une disposition législative est affectée par une imprécision ou une ambiguïté, le Conseil constitutionnel peut remédier à ces défaillances en émettant des réserves interprétatives destinées à réduire l'indétermination de la loi[2025]. Il maîtrise ainsi l'ambiguïté en enrichissant la substance normative de la loi. Cet enrichissement se traduira

---

[2020] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.268. Dans le même sens, voir l'article précité de F. PRIET, « L'incompétence négative du législateur ».
[2021] A.VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* op.cit., p.93.
[2022] F.PRIET, « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, 17, 1994, p 67.
[2023] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.269.
[2024] *Ibid.*
[2025] F.MODERNE, « La déclaration de conformité sous réserve », in *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Paris, Économica, 1988, p.93.

par un rappel des principes et règles constitutionnelles qui s'imposeront au moment de l'application de la loi[2026]. La technique des réserves d'interprétation lui permet ainsi de préciser lui-même la loi. Le juge utilise une formule classique : « cette expression doit être entendue… »[2027]. La décision 99-419 DC[2028] relative au Pacs constitue une illustration très nette de cette complémentarité des réserves et de l'incompétence négative. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel use de réserves interprétatives pour éviter de prononcer plusieurs censures pour incompétence négative. Les auteurs de la saisine reprochaient au législateur de renvoyer à l'autorité réglementaire et à l'autorité judiciaire « le soin de combler les lacunes et imprécisions » de la loi. Le Conseil constitutionnel va lui-même combler ces lacunes en précisant le sens des expressions employées par le législateur[2029]. N. Molfessis évoquera à cet égard « la réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil constitutionnel »[2030] alors que J.-E. Schoettl mettra en exergue le rôle de ces réserves en matière de sécurité juridique[2031].

Les réserves interprétatives peuvent également permettre de sauver les dispositions législatives imprécises ou ambiguës d'une censure fondée sur d'autres fondements. Les réserves interprétatives permettent ainsi d'éviter une censure pour violation du principe de légalité des délits et des peines. La décision 84-181 DC[2032] offre une illustration de cette hypothèse. Le législateur avait notamment prévu l'institution d'une « infraction de prête-nom » afin de garantir la transparence financière des entreprises de presse. Les auteurs de la saisine considéraient que les articles 3 et 26 de la loi ne définissaient pas les éléments constitutifs de cette infraction et estimaient que ces dispositions étaient ainsi contraires au principe de légalité des délits et des peines proclamé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le Conseil constitutionnel considère que « les éléments constitutifs de l'infraction ressortent des termes même de l'article 3 » mais juge nécessaire de préciser que « l'interdiction de prête-nom (…) ne concerne (…) que les actes de prête-nom pouvant porter atteinte aux règles de la transparence financière intéressant les entreprises de presse… ». Dans sa décision 99-411 DC[2033], le Conseil constitutionnel constate que le

[2026] Voir par exemple les décisions 80-115 DC, 90-283 DC, 90-287 DC.
[2027] Voir notamment la décision 99-423 DC, précitée.
[2028] Décision n° 99-419 DC - 9 novembre 1999 -*Loi relative au pacte civil de solidarité* - Recueil, p. 116.
[2029] Voir S. GARNERI, « Conformité à la Constitution et réserves d'interprétation », *D,* 2000, Somm.p.424.
[2030] N.MOLFESSIS, « La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil constitutionnel », *JCP,* 2000, I, 210.
[2031] Voir J.-E. SCHOETTL, « Le pacte civil de solidarité à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *LPA*, 1er décembre 1999, n°239, p.6.
[2032] Décision 84-181 DC, précitée. Dans le même sens, voir la décision 2004-492 DC précitée.
[2033] Décision 99-411 DC du 16 juin 1999. *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*. Recueil, p. 75.

législateur n'a pas apporté de précision dans la définition de l'élément moral de l'infraction posé par l'article 7 de la loi déférée. Le Conseil constitutionnel considère qu' « en l'absence de précision sur l'élément moral de l'infraction (…), il appartiendra au juge de faire application des dispositions générales de l'article 121-3 du code pénal aux termes desquelles « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». C'est sous cette « stricte réserve d'interprétation » que la disposition est jugée conforme à la Constitution.

Au regard de cette finalité, les réserves d'interprétation peuvent constituer une alternative à la censure pour manque de clarté. Dans sa décision 2003-468 DC[2034], le Conseil constitutionnel admet le caractère complexe de la loi. Il justifie cette complexité par les objectifs d'intérêt général poursuivis par le législateur et il émet en outre des réserves d'interprétation pour pallier cette défaillance. Le Conseil constitutionnel prévoit ainsi qu'« il incombera aux autorités compétentes de prévoir toutes dispositions utiles pour informer les électeurs et les candidats sur les modalités du scrutin (…) » ou encore que « pour assurer la bonne information de l'électeur et éviter par là une nouvelle augmentation de l'abstention, le bulletin de vote de chaque liste dans chaque région devra comprendre le libellé de la liste, le nom du candidat tête de liste et, répartis par sections départementales, les noms de tous les candidats de la liste ».

Les réserves permettent enfin d'éviter la censure des dispositions législatives dont la portée est jugée incertaine par le juge constitutionnel. Dans la décision 2005-512 DC[2035] le Conseil constitutionnel identifie plusieurs dispositions dont il juge la portée normative incertaine. Tout d'abord les articles 27 et 31 prévoyaient que « dans les écoles et collèges, des aménagements appropriés ou des actions particulières sont prévus au profit des élèves intellectuellement précoces, manifestant des aptitudes particulières… », et que dans les écoles, « des aménagements et des actions de soutien sont prévus pour les élèves en difficulté ». Les expressions « aménagements particuliers » et « actions particulières » sont jugées vagues et imprécises par le Conseil constitutionnel. Mais il ne censure pas ces dispositions en considération de l'intention du législateur de créer une obligation de moyen et non de résultat. C'est donc au moyen d'une réserve d'interprétation que le Conseil constitutionnel sauve les dispositions en cause. De la même façon, le Conseil constitutionnel juge que l'article 29 est doté d'une normativité incertaine : « lorsqu'une part de contrôle continu est prise en compte pour la délivrance d'un diplôme national, l'évaluation des

[2034] Décision 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*. Recueil, p. 325.
[2035] Décision 2005-512 DC, précitée.

connaissances des candidats s'effectue dans le respect des conditions d'équité ». Ce n'est qu'au soutien d'une réserve d'interprétation, clarifiant les intentions du législateur, que l'équité dans l'évaluation des connaissances est jugée conforme à la Constitution. Le Conseil constitutionnel précise lui-même que « le respect de l'équité (…) doit s'entendre comme prévoyant l'utilisation de dispositifs d'harmonisation entre établissements ». Le Conseil constitutionnel conclut que « sous cette réserve, l'article 29 ne méconnaît pas le principe de clarté de la loi ».

Si les réserves d'interprétation constituent une alternative à la censure dans certains cas d'imprévisibilité, la question se pose de savoir ce qui permet au Conseil constitutionnel de distinguer les cas où les dispositions législatives peuvent être sauvées. À cet égard, on peut constater que leur utilisation reste fonction de la gravité de la défaillance constatée.

B/ Les défaillances formelles irrattrapables

C'est la gravité de la défaillance constatée qui permet de distinguer les cas où le Conseil constitutionnel va émettre une réserve et les autres cas où une censure apparaîtra nécessaire. Au-delà d'un certain seuil de gravité, la défaillance sera jugée irrattrapable et le Conseil constitutionnel n'aura d'autre alternative que la censure. En deçà de ce même seuil, le Conseil constitutionnel pourra émettre des réserves afin d'éviter une censure pour incompétence négative, pour violation du principe de légalité des délits et des peines ou en raison du caractère incertain de la portée normative de certaines dispositions. On constate ainsi que les réserves permettent au Conseil constitutionnel de palier les défaillances formelles du législateur, sans être totalement interchangeables avec les autres moyens précédemment évoqués. Dans l'éventail des défaillances formelles sanctionnées pour incompétence négative force est de constater que toutes ne sont pas d'une égale gravité. En effet, on peut observer que certaines d'entre elles peuvent être corrigées par le Conseil constitutionnel, utilisant des réserves d'interprétation, les autres devant alors être considérées *a contrario* comme irrattrapables.

Il arrive que le Conseil constitutionnel sanctionne pour incompétence négative une disposition législative qui procède à un renvoi pur et simple à une autorité d'application. Dans ces cas, on peut considérer que c'est la délégation en elle-même qui est sanctionnée. Pourtant, comme nous l'avons constaté précédemment, il y a dans ces cas une correspondance naturelle entre le renvoi opéré par le législateur et la lacune, elle-même s'identifiant à l'absence de

précisions[2036]. Les termes du renvoi opéré par le législateur sont caractérisés par une trop grande généralité. Ce type de défaillance formelle semble rédhibitoire, le Conseil constitutionnel ne disposant d'aucun moyen pour la rattraper. La décision 67-31 DC[2037] offre une illustration de ce raisonnement. La loi opère certes un renvoi explicite à la compétence du Gouvernement[2038], mais il convient de relever que la censure procède de l'identification d'une lacune de la loi en amont du renvoi. En effet, selon le Conseil constitutionnel, « un règlement d'administration publique ne peut fixer les conditions d'affectation desdits magistrats sans que la loi organique ait déterminé les garanties de nature à concilier les conséquences découlant du caractère temporaire des fonctions de conseiller référendaire à la Cour de cassation avec le principe d'inamovibilité des magistrats du siège… ». La censure de la disposition résulte ici de la défaillance du législateur qui aurait dû prévoir les garanties et ce type de lacune entraîne une sanction automatique du Conseil constitutionnel. Il est intéressant de constater que dans ces cas, le juge constitutionnel ne prend pas le soin de motiver sa censure par l'évocation d'une défaillance formelle de la loi. Les plus graves de ces défaillances sont ainsi celles que le Conseil constitutionnel ne prend pas la peine d'évoquer[2039]. Dans ces cas, le Conseil constitutionnel stigmatise un vide législatif en relevant que le législateur n'a pas prévu, n'a pas institué, ne détermine pas les garanties de nature à … Une caractéristique essentielle de la lacune est qu'elle ne peut être rattrapée par le Conseil constitutionnel[2040], contrairement à l'imprécision et à l'ambiguïté.

Néanmoins, toutes les imprécisions ou ambiguïtés ne sont pas rattrapables par le biais des réserves d'interprétation. Il est une espèce d'ambiguïté qui ne peut faire l'objet d'aucun « sauvetage » : tel est le cas de la décision dans laquelle le Conseil constitutionnel sanctionne la disposition susceptible de deux interprétations également envisageables[2041]. Si les auteurs de la saisine mettent en avant « l'absence de précisions suffisantes », le Conseil constitutionnel constate que « ce texte est susceptible d'au moins deux interprétations » et

---

[2036] Voir décision précitée 83-168 DC, précitée.
[2037] Décision 67-31 DC, précitée.
[2038] L'article 28 de la loi prévoit que « les conseillers référendaires peuvent être, à l'expiration de leur fonction, affectés d'office à un emploi de magistrat du siège dans les conditions qui seront fixées par un règlement d'administration publique… ». Le Conseil constitutionnel vise à cet égard « la faculté ainsi ouverte au gouvernement par cette disposition …». Dans le même sens, voir les décisions 85-198 DC 75-56 DC, 81-132 DC, 83-162 DC, 86-223 DC.
[2039] Le terme de lacune apparaît explicitement dans la décision précitée 86-217 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel évoque « l'insuffisance des règles énoncées par les aticles 39 et 41 de la loi …» et conclut en considérant « qu'au demeurant, du fait des lacunes de la loi, risquent de se développer…des situations caractérisées par des concentrations… » (souligné par nous).
[2040] Il faut toutefois constater que les réserves constructives permettent d'ajouter à la loi, et qu'elles sont ainsi destinées à combler les lacunes du texte législatif.
[2041] Décision 85-191 DC

« que le choix en entre ces deux interprétations est d'autant plus incertain que des arguments en faveur de l'une et l'autre peuvent être trouvés dans les travaux préparatoires… ». Dans ce cas, aucune des deux interprétations n'est contraire à la constitution et paradoxalement cela est perçu comme plus grave par le Conseil constitutionnel qui n'a pas les moyens de choisir entre les deux. Lorsqu'une disposition est ambiguë, et donc susceptible de plusieurs interprétations, dont l'une est identifiée par le Conseil constitutionnel comme étant contraire à la Constitution, le juge a la possibilité de faire une réserve en écartant celle qu'il estime inconstitutionnelle. Lorsque aucune des deux interprétations n'est contraire à la Constitution, le Conseil se refuse à choisir, en opportunité, entre les deux. À cet égard, le juge ne dispose plus de sa référence d'arbitrage : la Constitution.

Conclusion de la section

Les réserves d'interprétation permettent au Conseil constitutionnel d'étoffer la substance du texte en ajoutant des précisions et de surmonter ainsi certaines ambiguïtés en excluant certaines interprétations de la loi qui seraient contraires à la Constitution. Elles contribuent de ce point de vue à réduire l'espace de co-détermination laissé aux autorités d'application de la loi. L'avantage des réserves consiste à offrir au juge une alternative à la censure dans certains cas où les défaillances formelles de la loi sont porteuses d'imprévisibilité. Elles permettent ainsi d'éviter des censures fondées sur l'incompétence négative, sur la violation du principe de légalité des délits et des peines etc… L'utilisation des réserves dans ces différents cas permet ainsi de mettre en exergue la convergence de ces différents moyens autour de l'exigence de prévisibilité.

D'une manière générale, les réserves interprétatives sont ainsi destinées à renforcer la prévisibilité de la loi. Il est à cet égard intéressant de constater que le Conseil constitutionnel « utilise les exigences constitutionnelles de clarté et d'intelligibilité de la loi pour justifier la pratique des réserves d'interprétation. »[2042]. Cette justification ressort très nettement du considérant de principe formulé lors de la décision 2001-455 DC[2043]. Le Conseil constitutionnel explique que s'il appartient au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques (…) il revient au Conseil constitutionnel de procéder à l'interprétation des dispositions d'une loi qui lui est déférée dans

[2042] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.286.
[2043] Décision 2001-455 DC, précitée.

la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité ». A.-L.Valembois traduit ce considérant en écrivant que le Conseil constitutionnel s'attribue ainsi le pouvoir « de prendre le relais en cas de défaillances législatives et d'interpréter la disposition imprécise et équivoque soumise à son examen de sorte que les sujets de droit échappent aux interprétations inconstitutionnelles de la loi… »[2044].

[2044] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.286.

Conclusion du Chapitre 2

En dehors de l'incompétence négative et du principe de clarté, l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet de constater que d'autres moyens contentieux sont destinés à assurer une plus grande prévisibilité des lois : le principe de légalité des délits et des peines, le principe de normativité ou les réserves d'interprétation. Chacun de ces moyens permet au juge constitutionnel de faire face aux défaillances formelles du législateur. Celles-ci se recoupent largement puisqu'il s'agit de l'imprécision législative engendrant une certaine ambiguïté des termes de la loi. L'objectif affiché par le Conseil constitutionnel est alors de limiter la marge d'appréciation laissée aux autorités d'application de la loi. C'est dans cet espace de codétermination que réside ainsi, selon le juge constitutionnel, le risque d'arbitraire. Les justifications avancées par le Conseil sont alors explicitement liées à la protection des sujets de droits contre les risques de violation de la Constitution. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est ainsi fondée sur le postulat que la part d'indétermination de la loi est proportionnelle à l'espace de codétermination laissé aux autorités infra-législatives.

D'autres moyens auraient pu être évoqués qui traduisent également un commun souci d'assurer la prévisibilité des lois. Ainsi, chaque droit, chaque liberté, chaque principe consacré par la Constitution peut permettre au Conseil constitutionnel de sanctionner une lacune, une imprécision ou une ambiguïté. L'exemple de la liberté individuelle est assez net. Dans sa décision « fouille des véhicules » du 12 janvier 1977[2045], le Conseil constitutionnel relève le « caractère très général » et « l'imprécision » des termes de la loi. Il conclut alors que ce texte tend à conférer aux autorités d'application un pouvoir d'appréciation confinant à l'arbitraire et met ainsi en péril la liberté individuelle[2046]. On pourrait également envisager le rôle des garanties légales des exigences constitutionnelles sous l'angle de l'exigence de prévisibilité. Ces garanties visent en effet à encadrer le pouvoir d'abrogation ou de modification des législations antérieures, en interdisant certaines régressions. Le Conseil constitutionnel contribue par ce biais à assurer une relative stabilité des garanties portée par les lois à travers le temps[2047]. Évidemment, la jurisprudence du Conseil relative aux effets de

[2045] Décision 76-75 DC du 12 janvier 1977. *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénale*. Recueil, p. 33.
[2046] Voir également dans ce sens la décision 83-164 DC du 29 décembre 1983. Dans cette décision, le Conseil estime que les exigences de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile, le législateur aurait du assortir ses dispositions de « précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive …».
[2047] F.LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *CCC*, 2001, 11, p.67-68 : « lorsque le législateur assortit de garanties l'exercice d'une liberté publique, il ne peut la dépouiller de telles garanties ».

la loi dans le temps s'inscrit également dans le cadre de l'exigence de prévisibilité[2048]. De même les efforts du Conseil constitutionnel en matière de promotion de la simplification du droit et les encouragements à procéder à des codifications[2049] constituent des moyens contentieux destinés à assurer une plus grande prévisibilité des lois. Néanmoins, le choix a été fait de traiter ces différents moyens dans le cadre de la Sous partie consacrée à l'exigence de lisibilité. Ces deux exigences apparaissent ainsi comme étant indissociablement liées l'une à l'autre. Les moyens destinés à assurer la lisibilité de la loi permettront dans le même temps d'assurer une plus grande prévisibilité[2050]. On conçoit au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel le caractère éminemment transversal de l'exigence de prévisibilité, qui constitue le soutien de l'ensemble des droits et libertés de valeur constitutionnelle.

[2048] Voir B.MATHIEU, Rapport pour la France, in *Constitution et sécurité juridique,* XVème Table ronde internationale des 10 et 11 septembre 1999, *AIJC*, XV, 1999, p.164. Les principes de non-rétroactivité, de la protection des droits acquis, de confiance légitime et de stabilité des relations contractuelles relèvent néanmoins davantage de la catégorie des exigences touchant au fond.

[2049] Cette politique jurisprudentielle incitative du Conseil constitutionnel apparaît au moment de la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi dans la décision 99-421 DC précitée. Le lien avec la sécurité juridique est souligné dans l'exposé des motifs du projet de loi habilitant le Gouvernement à entreprendre un mouvement de codification par voie d'ordonnance. On peut y lire que « La codification, non seulement permet de trouver rassemblées, en un texte unique, l'ensemble des dispositions se rapportant à un domaine particulier, mais encore donne à ces dispositions une présentation cohérente et ordonnée. Outre qu'elle répond à un souci de sécurité juridique, elle permet un accès plus simple des citoyens aux règles en vigueur… ». Dans le même sens, P.Gélard, auteur du rapport fait au nom de la Commission des lois, considère eu égard à ce même projet de loi, que « rendre le droit plus clair et plus accessible, veiller à sa cohérence et assurer une plus grande sécurité juridique constituent les ambitions nécessaires auxquelles la codification peut apporter une contribution réelle. ».

[2050] Ceci explique pourquoi A.-L. Valembois range parmi les moyens contentieux destinés à garantir la sécurité juridique, l'ensemble des moyens permettant d'assurer « la rationalisation formelle des lois ». Le contrôle des amendements parlementaires, la censure des cavaliers, la censure des lois fourre-tout ou encore la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité des lois sont envisagés par l'auteur comme des indices d'une reconnaissance substantielle du principe de sécurité juridique dans le contentieux constitutionnel français. Voir A.L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français,* op. cit. pp.255-289.

Conclusion du Titre II

Le Conseil constitutionnel témoigne de son souci de garantir la sécurité juridique des sujets de droits en axant ses efforts contentieux sur la qualité formelle des lois soumises à son contrôle. L'ensemble des moyens contentieux précédemment évoqués convergent pour assurer une plus grande prévisibilité de la loi en remédiant aux défaillances formelles telles que l'imprécision, l'obscurité ou l'ambiguïté.

La convergence de ces différents moyens pour assurer cette exigence produit un effet d'enchevêtrement qui rend délicate toute entreprise de différenciation. Certains de ces moyens sont précisément affectés à l'une ou l'autre de ces défaillances. L'incompétence négative vise ainsi à sanctionner les imprécisions du législateur lorsque le principe de clarté permet de censurer les dispositions législatives obscures ou ambiguës. Le principe de légalité des délits et des peines vise à sanctionner l'imprécision ou l'ambiguïté des termes de la loi, mais s'applique au domaine du droit pénal. Le principe de normativité permet au Conseil constitutionnel de sanctionner les incertitudes liées aux conséquences juridiques potentielles de formulations très générales. Néanmoins, il apparaît que ces différentes défaillances formelles se recoupent très largement dans la mesure où elles apparaissent comme étant liées les unes aux autres. L'effet de confusion est inévitable.

La compétence législative semble être le point d'appui de l'ensemble de cet édifice jurisprudentiel. L'article 34 de la Constitution apparaît comme une base juridique fourre-tout. Lorsque le Conseil constitutionnel impose au législateur de respecter des exigences formelles, il est toujours question de l'exercice imposé de la compétence législative. Le juge constitutionnel fait porter son contrôle non pas sur l'impulsion normative (le choix de légiférer est un pouvoir discrétionnaire du législateur) mais une fois cette impulsion effectuée, sur la qualité de cet exercice. Les défaillances formelles constituent l'indice incontournable du laxisme du législateur en matière d'élaboration des lois. Par le biais de ces différents moyens, le Conseil constitutionnel vise à s'assurer que le législateur à assurer sa fonction dans le cadre de la collaboration internormative et révèle ainsi son idéal législatif. En cherchant à renforcer la prévisibilité de la loi il affiche son souci de protéger les sujets de droit. Sa jurisprudence traduit sa volonté de limiter l'espace de codétermination du sens de la loi par les autorités infra-législatives. En effet, cet espace de codétermination traduit le principe d'une

collaboration entre les différents « étages institutionnels », de l'édiction à l'application[2051]. Plus il limite l'espace de codétermination, plus il accroît son influence sur le système. La recherche de prévisibilité s'inscrit ainsi dans une stratégie de l'institution pour accroître son influence sur le système institutionnel. Le considérant de principe de la décision 2001-455 DC[2052] est particulièrement intéressant dans la mesure où il couvre l'ensemble du système de la collaboration internormative : il commence par évoquer les obligations du législateur qui a l'obligation d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Puis il évoque le rôle que lui-même est amené à jouer en émettant des réserves d'interprétation. Le Conseil constitutionnel fait enfin référence à la responsabilité des autorités infra-législatives responsables de l'application de la loi : « il appartient aux autorités administratives et juridictionnelles compétentes d'appliquer la loi, le cas échéant sous les réserves que le Conseil constitutionnel a pu conduire à formuler pour en admettre la conformité à la Constitution ». Le Conseil constitutionnel se situe entre ces deux extrémités de l'édifice institutionnel. S'il est en mesure de s'imposer face au législateur, il tente d'étendre son influence sur les autorités d'application de la loi. C'est peut-être à cet égard que les limites du Conseil constitutionnel face à l'exigence de prévisibilité sont les plus évidentes.

[2051] G.Timsit explique ainsi que « la codétermination se loge partout où existe un « blanc » dans le texte ; et partout où le « pouvoir d'entendre » (…) confère à l' « auditeur », au lecteur de la norme, la possibilité par la singularité du code qu'il applique au déchiffrage du texte, de collaborer de quelque manière avec l'auteur à l'élaboration du sens de la norme » (souligner par nous). G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, op. cit. p.112.
[2052] Décision 2001-455 DC, précitée.

TITRE III

LES LIMITES DU JUGE FACE À CETTE EXIGENCE

Les constructions jurisprudentielles du Conseil constitutionnel liées à l'exigence de prévisibilité ne doivent pas masquer les limites fondamentales qui s'imposent à lui en la matière. En effet, les moyens déployés par le juge pour imposer la prévisibilité des lois se heurtent à deux obstacles majeurs. Le premier de ces obstacles est lié à la position institutionnelle du juge de la loi en France. Si le juge constitutionnel se prononce *a priori* en tentant de maîtriser l'interprétation à venir du texte, il ne dispose d'aucun moyen d'imposer son interprétation aux autorités d'application statuant *a posteriori*. En outre – et cette deuxième limite est intrinsèquement liée à la précédente - le Conseil constitutionnel fait face à un obstacle insurmontable lié à la nature imprévisible du droit.

Nous pourrons envisager successivement les limites tenant à sa position institutionnelle (chapitre 1) et celles tenant à la nature imprévisible du droit (chapitre 2).

Chapitre 1

Les limites tenant à la position institutionnelle du Conseil constitutionnel

Statuant *a priori*, le juge constitutionnel français ne peut se prononcer qu'au regard des effets potentiels qu'il déduit de la lecture du texte législatif. Son office le conduit à censurer des dispositions qui risqueraient d'entraîner une violation de la Constitution, ou, par le biais des réserves d'interprétation, à écarter une interprétation du texte au profit d'une autre. Mais il ne dispose d'aucun moyen pour contraindre les autorités d'application à suivre les lignes d'une interprétation qu'il a fixée dans le cadre de ses décisions. En dépit de l'article 62 de la Constitution, ces autorités chargées d'appliquer la loi restent libres de l'appliquer en suivant, ou non, les réserves interprétatives qui accompagnent la loi. Les limites du juge constitutionnel au regard de l'exigence de prévisibilité tiennent au type de contrôle exercé par le Conseil constitutionnel. Saisi *a priori* des lois, il ne peut que supposer les effets de son application à venir (Section 1). En outre et surtout, la canalisation de l'interprétation à venir du texte reste soumise au bon vouloir des autorités d'application, qui, s'exprimant en aval, conservent leur pouvoir d'interprétation (Section 2).

Section 1 L'exercice du contrôle *a priori* et la délicate prédictibilité des effets à venir de la loi

Statuant *a priori*, il est difficile pour le juge d'envisager avec certitude les effets à venir de la loi soumise à son contrôle. Véronique Champeil-Desplats fait à cet égard remarquer, eu égard au contrôle de la normativité des lois exercé *a priori,* que ce n'est pas le meilleur moment pour apprécier les effets potentiels des lois puisque la normativité peut avoir un caractère latent[2053]. Il s'agit alors pour lui d'évaluer les risques potentiels de la loi, mais cette évaluation est marquée par l'incertitude. C.-A. Morand constate dans ce sens que, « très souvent, le juge constitutionnel a toutes les peines du monde à se faire une idée exacte des

[2053] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut… », art. cit., p.68**.** Dans un autre article, le même auteur estime que « l'appréciation au cours d'un contrôle a priori de la clarté d'un texte législatif est nécessairement partielle ; elle néglige la dimension pragmatique de la phase d'application des textes ». V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production normative », art. cit., p.275.

effets qu'une loi peut avoir sur la réalité sociale. Cela est particulièrement vrai en cas de contrôle abstrait, portant sur une loi dont les effets réels ne peuvent pas encore être appréciés »[2054]. Dans le même sens, Yves Poirmeur, considère que « le contrôle *a priori*, très abstrait et n'anticipant pas forcément convenablement les conséquences pratiques de l'application de la loi, n'est pas en lui-même suffisamment efficace face aux « inconstitutionnalité latentes » : il est possible que des lois se révèlent contraires aux droits de l'homme à l'usage et que la combinaison de divers textes ait des effets liberticides imprévus »[2055]. M. Van de Kerchove explique de son côté que « la clarté d'un texte est non seulement relative à son contexte d'énonciation, mais encore à (…) son contexte d'application, c'est-à-dire à la nature des situations auxquelles on prétend l'appliquer. »[2056].

L'impossibilité pour le juge constitutionnel de déterminer ce que deviendra le texte au moment de son application explique peut-être le fait que le Conseil constitutionnel rejette explicitement les arguments fondés sur l'application à venir du texte. Même si son contrôle est conditionné par l'évaluation du potentiel des effets du texte, le Conseil constitutionnel se refuse à l'admettre explicitement. Cette attitude juridictionnelle est largement rapportée par D. Dokhan dans son analyse sur les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs[2057]. Évoquant « les conclusions et moyens voués au rejet », cet auteur se réfère au rejet des conclusions tirées des conséquences potentiellement inconstitutionnelles de la loi[2058]. Ce rejet traduit l'impossibilité du juge à constater une violation du droit vivant[2059], c'est-à-dire, une violation fondée sur l'application concrète de la loi. Th. Di Manno explique à cet égard qu'un tel contrôle n'est pas exclu par principe du fait du contrôle *a priori* du juge constitutionnel français. En effet, le juge constitutionnel « ne peut pas faire complètement abstraction de ce droit vivant contextuel qui entoure la future application de la loi déférée et qui ne peut, à la vérité, que l'influencer dans la détermination de la signification normative des lois contrôlées. »[2060]. Mais le même auteur prend soin de préciser qu' « il ne pourra jamais s'agir d'un « droit vivant » directement attaché à la loi déférée, puisque par définition, celle-ci

---

[2054] C.-A. MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », in C.-A.MORAND (dir), *Légistique formelle et matérielle*, op. cit., p.35.

[2055] Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », art. cit. p.335. Voir également B. du GRANDRUT, « Faut-il accorder aux citoyens le droit de saisir le Conseil constitutionnel ? », *RDP*, 1990, p. 312.

[2056] M. Van de KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des facultés universitaire Saint Louis, 1978, 33.

[2057] David DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 103, LGDJ, Paris, 2001.

[2058] *Ibid.,* p.438.

[2059] Voir G. ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant », *AIJC*, 1986 vol. II , p. 54 et s.

[2060] Th. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Économica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1997, p.190.

n'est pas encore appliquée et ne vit, donc, pas encore dans les situations concrètes »[2061]. Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel traduisent cette limite fondamentale. Ainsi dans sa décision 82-148 DC[2062], le Conseil constitutionnel estime que la seule éventualité d'abus n'est pas un moyen recevable. Dans sa décision 83-162[2063], il considère que « la seule éventualité d'abus contraire à la Constitution dans l'application d'une disposition législative n'entraîne pas l'inconstitutionnalité de celle-ci ». On peut dans le même sens évoquer les décisions 86-207 DC[2064] dans laquelle le Conseil considère que l'éventualité d'un détournement de procédure ou d'un abus dans l'application d'une loi ne saurait la faire regarder comme contraire à la Constitution » et la décision 84-176 DC[2065] dans laquelle il refuse de contrôler une disposition « au regard de déclarations relatives à l'application qui en serait faites ». D.Dokhan évoque toutefois une exception résultant de la décision 84-185 DC[2066] : « on relèvera cependant une hypothèse – rencontrée en 1985 et confirmée en 1994 – dans laquelle le juge constitutionnel français a prononcé la censure d'une loi au motif que son application risquerait de porter atteinte au principe d'égalité »[2067]. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel estime que « si le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décision des collectivités territoriales et ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire ». L.Favoreu relève en 1994 que « le Conseil constitutionnel a procédé à la censure d'inégalité de fait, résultant non du texte lui-même, mais de son application »[2068]. Dokhan déduit de cette jurisprudence qu'elle est « l'exception qui confirme la règle de l'irrecevabilité des conclusions fondées sur l'éventualité d'une application inconstitutionnelle de la loi déférée »[2069].

Pourtant, force est de constater que le contrôle *a priori* implique que le Conseil constitutionnel se projette dans l'avenir de l'application de la loi pour en déterminer les

---

[2061] *Ibid*.
[2062] Décision 82-148 DC du 14 décembre 1982. *Loi relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale*. Recueil, p. 73.
[2063] Décision 83-162 DC du 20 juillet 1983. *Loi relative à la démocratisation du secteur public.* Recueil, p. 49.
[2064] Décision 86-207 DC du *26 juin 1986.Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*. Recueil, p. 61.
[2065] Décision 84-176 DC du 25 juillet 1984. *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation*. Recueil, p. 55.
[2066] Décision 84-185 DC du 18 janvier 1985. *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*. Recueil, p. 36.
[2067] D. DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs,* op. cit., p.440.
[2068] *RFDC* 18-1994, p.339.
[2069] D. DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs,* op. cit., p.440.

dangers potentiels. C'est tout l'intérêt que présentent les réserves interprétatives qu'il émet afin de déjouer une possibilité d'interprétation du texte contraire à la Constitution. Pourtant, le Conseil constitutionnel ne dispose pas des moyens d'imposer ses interprétations aux autorités d'application de la loi.

Section 2 Le dernier mot des autorités d'application

Chaque fois que le Conseil constitutionnel œuvre afin de resserrer la contrainte normative pesant sur les autorités d'application, il ne fait que souligner son impuissance à imposer cette interprétation à venir. S'il faut voir dans l'émission des réserves d'interprétation la tentative du Conseil constitutionnel d'étendre son influence sur la sphère de l'application de la loi, il convient dans le même temps de constater qu'elle traduit son impuissance à s'imposer dans cette sphère. D'une manière générale, cette exécution relève du bon vouloir desdites autorités[2070]. Comme le relève P.Blacher, « la prise en compte des réserves au moment de l'application de la loi repose entièrement sur la bonne volonté des autorités judiciaires et administratives »[2071]. En dépit de l'article 62 de la Constitution, l'application des décisions du Conseil constitutionnel par les autorités infra-législatives est relative[2072]. Certains auteurs ont évoqué « le degré zéro de l'influence des réserves d'interprétation »[2073]. D. Broussolle constate ainsi que « les Pouvoirs publics et les autres juridictions suprêmes ne respectent pas toujours les interprétations et les inopérances du Conseil constitutionnel (…). Le problème de l'autorité des motifs qui sont le soutien nécessaire du dispositif est celui de l'autorité même du jugement (…). Dès lors que le Conseil constitutionnel renonce à l'arme de

[2070] En ce sens, Y.Poirmeur explique que « en l'absence de moyens pour le Conseil de s'assurer du strict respect de ces réserves, leur valeur dépend largement de l'étendue accordée à cette autorité par ceux à qui elle devrait s'imposer, bref de la collaboration de ses destinataires ». Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », art. cit., p.314. Voir dans le même sens, L. FAVOREU, « Préface » de l'ouvrage de M.FRANGI, *Constitution et droit privé,* Économica, 1992.

[2071] P.BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Revue Pouvoirs* n°105, 2003, p.22. L'auteur évoque à cet égard « l'exemple de l'absence d'effets donnés aux réserves de la décisions relatives au PACS (…) Ainsi deux décrets du 21 décembre 1999 – l'un (décret 99-1089) pris pour application des articles 515.3 et 515.7 du Code civil, l'autre (décret 99-1090) pris pour le traitement automatisé des registres des PACS – ignorent totalement les réserves précises énoncées dans la décision du 9 novembre 1999 sur l'objet de ces deux textes. », *ibid.*

[2072] Voir G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Économica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1991.

[2073] Voir Th. DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p.205. On peut à cet égard évoquer la décision de la Cour de cassation du 19 mai 1978, Dame Roy. Alors que le Conseil constitutionnel avait expliqué dans une décision de 1977, que « la notion de caractère propre d'un établissement d'enseignement privé ne saurait être interprétée comme permettant de porter atteinte à la liberté de conscience d'un enseignant », la Cour de cassation décide que n'est pas illicite le licenciement d'une institutrice remariée civilement à la suite d'un divorce. ». Cité par Y.POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », art. cit., p.342, note 6.

la non-promulgation, il ne dispose plus de sanction »[2074]. La nécessaire collaboration des autorités d'application de la loi aboutit paradoxalement à ce que les déclarations d'inopérance ou les réserves d'interprétation introduisent de « l'inconnu et de l'indéterminé dans l'ordonnancement juridique »[2075]. L'impossibilité de saisir le juge constitutionnel français *a posteriori* ne permet pas à celui-ci d'intervenir pour imposer le sens de son interprétation fixée avant la promulgation de la loi. À l'inverse, en Allemagne, les justiciables peuvent encore avoir recours au juge constitutionnel après la promulgation de la loi[2076]. La position du juge constitutionnel français se distingue ainsi de celle occupée par son homologue allemand, puisqu'il « n'est pas au-dessus, mais à côté des hautes juridictions »[2077]. Seul le législateur peut intervenir à la suite de l'interprétation donnée à son texte par les autorités d'application pour les contraindre à adopter un sens déterminé (voir *supra*, Titre I, Les fondements de l'exigence de prévisibilité).

Les limites du Conseil constitutionnel tiennent à l'exercice d'un contrôle *a priori* qui laisse aux autorités d'application (de la loi et de ses réserves) le dernier mot quant à l'interprétation de la loi… En outre, les limites du Conseil constitutionnel pour imposer la prévisibilité de la loi tiennent au caractère inaccessible de cette exigence.

[2074] D. BROUSSOLLE, « Les loi déclarées inopérantes par le juge constitutionnel », art. cit., p.774.
[2075] *Ibid.*, p.776
[2076] Voir à cet égard, J.-C.BÉGUIN, *Le contrôle de constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Économica, 1982, p.105. Cité par D. BROUSSOLLE, « Les loi déclarées inopérantes par le juge constitutionnel », art. cit., p.775.
[2077] F.GOGUEL, in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, IIème Colloque d'Aix-en-Provence, Économica, 1982, p.239. Cité par D. BROUSSOLLE, « Les loi déclarées inopérantes par le juge constitutionnel », art. cit., p.775.

Chapitre 2

Les limites tenant à la nature imprévisible du droit

La qualité rédactionnelle d'un texte suffira-t-elle à en rendre prévisible les effets qu'il produira au moment de son application ? Nous avons pu considérer précédemment que les qualités formelles du texte constituaient une contrainte pesant sur ses interprètes et rendaient plus difficile une interprétation incontrôlée de la loi. Pourtant, il convient d'en revenir à cette limite fondamentale qui résulte de l'absence de sens objectif prédéterminé des mots. Pour Gérard Timsit, aucune technique d'encodage destinée à renforcer la prédétermination du texte n'a « de rigueur absolue : elles laissent place à des marges d'incertitudes – où se loge la codétermination »[2078]. Ainsi, pour le même auteur, « aucun mot n'offre jamais de certitude absolue du sens qui peut lui être conféré »[2079]. Pour Eisenmann, « les mots ne peuvent pas se défendre eux-mêmes ; il faudrait que leur auteur puisse défendre « son sens »[2080]. Pour Valérie Lasserre-Kiesow, « chaque mot de la loi est, comme on le dit en allemand, *interpretationsbedürftig*. En d'autres termes, rien dans la loi ne se soustrait à la nécessité de l'interprétation »[2081]. Lorsque le Conseil constitutionnel constate qu'un mot de la loi, en dépit de son caractère général, a déjà fait l'objet d'interprétation par les autorités infra-législatives qui en ont fixé le sens, rien ne garantit que le mot ou la notion en question ne donnera pas lieu à un « détournement » ou à un « glissement de sens »[2082]. L'auteur conclut ainsi que « la doctrine dite du sens clair est, à cet égard, une tentative de faire croire à une telle univocité des mots »[2083].

Certains exemples permettent d'illustrer la nature imprévisible des lois. Ces cas permettent de comprendre dans quelle mesure la clarté du texte peut constituer un argument d'autorité permettant de justifier une interprétation plutôt qu'une autre. Dans son analyse relative à la notion de « texte clair », Th. Ivainier évoque l'exemple de la loi du 31 décembre 1957 sur les accidents provoqués par certains véhicules administratifs. L'auteur commence

---

[2078] G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, op. cit. p.85.
[2079] *Ibid.* p.81.
[2080] C.EISENMANN, « Juridiction et logique », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, p.502.
[2081] V. LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in *La confection de la loi*, op. cit. p.214.
[2082] G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, op. cit., p.81.
[2083] *Ibid.*

par évoquer le manque de clarté d'un texte utilisant « une sémantique qui allie une certaine ambiguïté à un flou certain »[2084]. Il s'étonne alors « de constater qu'au cours de sa première année d'application, les deux tiers des tribunaux ont trouvé dans ce texte le fondement littéral d'une interprétation extensive ; à partir d'une lecture différenciée, l'autre tiers a pu légitimer une interprétation restrictive fondée à son tour sur une pure exégèse »[2085]. Les tribunaux, chargés d'interpréter le texte, mettront en avant sa clarté et sa précision pour justifier des positions antagonistes : « pour décider de limiter l'application de la loi de 1957 aux seuls accidents causés par la circulation des véhicules (interprétation restrictive), un tribunal affirme que ce texte est parfaitement clair et précis »[2086]. « Un autre tribunal se réclame de la lettre du texte « suffisamment clair » pour décider d'en étendre l'application (interprétation extensive) à une drague »[2087]. « Enfin c'est en s'en tenant à la lettre de la loi qu'une Cour d'appel déclare « n'être ni obscure ni ambiguë », qu'elle décide de l'appliquer aux navires »[2088]. À travers ces décisions, on peut constater que les interprètes laissent à penser que leur interprétation du texte résulte du sens objectif des mots qui le constituent. « En affirmant la clarté d'un terme, l'interprète présuppose qu'il suffit d'ouvrir le dictionnaire pour en trouver le sens »[2089]. Comme le résume Gérard Timsit, « la « clarté du texte n'est que la décision prise par son interprète de la considérer comme clair »[2090]. Gérard Timsit explique à cet égard qu' « en fait, un texte ne peut avoir de « clarté » - c'est-à-dire de signification univoque – qu'à la condition de réduire la clarté d'un texte à sa seule correction grammaticale et syntaxique, auquel cas en effet il serait possible d'apprécier la clarté du texte au regard de règles rigoureuses non susceptibles (en principe…) d'aménagements ou de flottements. Mais ce n'est évidemment pas de cette clarté là qu'il s'agit. L'indétermination sémantique, la polysémie, les mots de la langue introduisent à tout moment des facteurs de variation dans la signification des textes… »[2091].

[2084] Théodore IVAINIER, « Qu'est-ce qu'un texte clair ? Essai de mathématisation », in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983, p.150.
[2085] *Ibid.*
[2086] Pontoise, 13 mars 1958, GP, 1958, I, 357.
[2087] Rouen, 29 juin 1959, G.P 1959, II, 153.
[2088] Rouen, 3 mars 1960, GP, 1960, II, 85.
[2089] Th. IVAINIER, « Qu'est-ce qu'un texte clair ? Essai de mathématisation », art. cit., p.150. À l'appui de cette considération, l'auteur évoque la décision du tribunal de Rouen rendue le 3 mars 1960 : « dans son acception usuelle et conforme aux définitions des dictionnaires, le « mot véhicule » désigne tout moyen de transport par terre, par air, et par eau ; que ce sens exact étymologiquement est aussi celui qui est adopté par les tribunaux civils ; que le qualificatif « quelconque » accolé aux termes « véhicule » ne fait qu'accentuer, si besoin en était le caractère de l'expression et n'invite nullement à une interprétation restrictive ; que toute exégèse supplémentaire à ce sujet apparaît inutile », *ibid*. p.150.
[2090] G.TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1991, p.71.
[2091] *Ibid.,* p.70.

Il apparaît que le sens des mots n'est jamais définitivement fixé compte tenu de la réalité mobile à laquelle ils se confrontent : « la notion de clarté exprime un degré d'adéquation entre les termes explicites d'un système normatif et ses termes implicites. Ce système est édifié conjointement et successivement par le législateur proprement dit, relayé par d'autres décideurs, principalement les juges. Aussitôt achevé le processus d'élaboration (vote et promulgation) le système légal (stricto sensu) échappe au pouvoir de décision de son constructeur. Il devient définitif. En revanche, le système qui le prolonge n'est jamais définitif ; il conserve aussi longtemps que la loi reste en vigueur la potentialité de compléter le nombre de ses termes, d'en mieux préciser la portée et ce, à la faveur d'incessantes rencontres avec la réalité qu'il régit »[2092]. Aucune loi n'échappe à l'interprétation parce que « jour après jour la véritable vie se moque des prévisions du législateur »[2093]. Ainsi la volonté du législateur de tout prévoir se heurte au pouvoir d'interprétation des juges. Valérie Lasserre-Kiesow établit le constat de l'échec des techniques législatives de précision. Elle en explique les causes en ces termes : « Premièrement, le texte peut certes sembler précis (c'est le cas d'un texte clair, d'une définition parfaite, d'une énumération sans faute), mais, si l'application à un cas d'espèce aboutit à une solution par le juge estimée inopportune, la précision de ce texte cessera alors au moment où le juge renie ses conséquences[2094](…). Deuxièmement, le texte peut être précis a priori, mais il gagnera toujours en imprécision au moment de sa confrontation avec le cas d'espèce. Cela s'explique par l'incapacité du législateur de préciser les solutions juridiques pour un nombre infini de situations. Le juge est confronté à une réalité sans limites, tandis que la loi a été conçue par le législateur comme un discours aux frontières précises et définies. Parce que les faits sont subversifs, la précision de la loi n'est jamais qu'une précision historique »[2095]. L'échec inexorable des techniques de précision s'explique d'une manière générale par la « collaboration obligée »[2096] entre l'auteur d'un texte législatif et son lecteur.

Comme le constate P.Wachsmann, « il est toujours aventureux de préciser *in abstracto* l'idéal de clarté : celui-ci passe-t-il par une formulation brève ou détaillée, par l'indication de principes ou la prescription méticuleuse de la conduite à tenir dans tel ou tel cas de figure

---

[2092] Th. IVAINIER, « Qu'est-ce qu'un texte clair ? Essai de mathématisation », art. cit., p.151.
[2093] OSKAR VON BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, p.30. Cité par V.LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in *La confection de la loi*, op. cit., p.214, note 3.
[2094] L'auteur explique que, « pour rejeter une solution déduite de l'application d'une loi apparemment précise, le juge dispose de plusieurs moyens : l'interprétation contra legem…, l'ajout de conditions légales… ou même la technique classique de l'interprétation de la portée de la loi. ». *Ibid.*, p.214.
[2095] *Ibid.*p.214.
[2096] *Ibid*, p.214.

précis ? »[2097]. L'auteur poursuit : « parler de clarté d'un texte suggère que le sens de ce texte soit déjà immédiatement présent dans ce dernier (…). Une telle vision revient, ici encore, à méconnaître le travail de l'interprète, à créer la fiction d'une lisibilité immédiate en termes de normes des textes juridiques. C'est l'idéal d'une œuvre législative si parfaite qu'elle réduirait ses organes d'application – et en particulier le juge – à un rôle passif. »[2098].

La prévisibilité des lois fait figure de mythe juridique… dans la mesure où elle constitue un idéal inatteignable : « l'incertitude du sens des énoncés juridique apparaît alors non comme une regrettable malfaçon mais comme un aspect essentiel du fonctionnement du système juridique »[2099]. L'espace de codétermination du sens de la loi peut être réduit mais ne sera jamais supprimé.

[2097] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit. p.825.
[2098] *Ibid.,* p.825.
[2099] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production normative », art. cit., p.275.

Conclusion du Titre III

En dépit des moyens déployés par le juge constitutionnel afin de resserrer l'espace de codétermination de la loi en vue d'assurer un minimum de prévisibilité, ses efforts semblent se heurter à des obstacles difficilement contournable. Statuant a priori, il n'est pas en mesure de s'imposer face aux autorités d'application qui ont ainsi le dernier mot dans le cadre de la collaboration internormative. Enfin et surtout, le juge constitutionnel se heurte à une limite tenant à la nature imprévisible du droit.

Conclusion de la Sous partie 1

L'exigence de prévisibilité se rattache à une fonction essentielle du droit qui consiste à assurer la sécurité juridique des destinataires des règles juridiques. Les fondements de cette exigence recoupent ainsi la fonction protectrice de la loi.

Dans le cadre de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a développé un certain nombre de moyens contentieux destinés à renforcer la prévisibilité des lois. Leur utilisation permet de constater qu'ils convergent pour assurer une certaine qualité formelle des textes législatifs puisqu'ils sont destinés à sanctionner l'imprécision, l'ambiguïté et l'équivocité des lois.

Néanmoins, il apparaît, à l'analyse, que le Conseil constitutionnel se heurte à des limites fondamentales pour imposer cette exigence de prévisibilité des lois. En effet, statuant *a priori*, le Conseil constitutionnel se trouve dans l'impossibilité d'imposer le sens de l'interprétation aux autorités infra-législatives qui sont précisément responsables de l'application de la loi. En outre et surtout, le Conseil constitutionnel se heurte à la nature imprévisible du droit. En même temps qu'elle constitue une exigence fondamentale, la prévisibilité fait figure d'idéal impossible à atteindre.

La recherche de prévisibilité a tendance à tourner en obsession conduisant le législateur à édicter toujours plus de précisions, à entrer toujours plus loin dans le détail… à légiférer toujours plus. Alors, l'obsession de la prévisibilité devient elle-même source d'inflation législative et finit par nuire à la lisibilité de la loi.

SOUS PARTIE 2

L'EXIGENCE DE LISIBILITE[2100]

«… faites qu'on les aime »
(J.-J. Rousseau)

L'exigence de lisibilité de la loi est récurrente à travers l'histoire des idées. Depuis l'Antiquité, les lois sont jugées à travers ce prisme. Lorsqu'elles restent dans la « légende », comme c'est le cas de la Loi des douze Tables[2101] ou des œuvres législatives de Solon[2102], les historiens comme les juristes mettent en exergue leurs qualités formelles qui ont permis leur réception populaire et garanti leur succès[2103]. Plus proches de l'époque contemporaine, le Code civil[2104] et certaines « grandes lois »[2105] de la IIIème République font également ainsi figures de modèles au regard de ces mêmes critères.

Le cadre démocratique renforce le caractère impératif de l'exigence de lisibilité de la loi[2106]. Cette exigence apparaît ainsi comme une condition de l'effectivité du principe

---

[2100] Le terme de lisibilité doit ici être entendu comme un synonyme du terme d'intelligibilité. S'ils partagent le même sens, ces deux termes ne sont pourtant pas équivalents. Selon nous, le terme de lisibilité se distingue par son caractère de mot d'usage courant, à l'inverse de l'intelligibilité qui est davantage marqué par sa dimension savante. Pour un usage du terme « lisibilité », voir notamment N. M. FERNBACH, *La lisibilité dans la rédaction juridique au Québec*, Ottawa, Centre canadien d'information juridique, Centre de promotion de la lisibilité, 1990. Voir également, F.RICHAUDEAU, *La lisibilité*, Retz, 1976.

[2101] Dans *L'esprit des lois*, MONTESQUIEU présente la loi des Douze Tables comme un modèle d'expression normative et rapporte que « les enfants les apprenaient par cœur. », Chapitre XVI, Choses à observer dans la composition des lois.

[2102] Voir à cet égard, L.-M. L'HOMME-WÉRY, « Le rôle de la loi dans la pensée politique de Solon », in *Le législateur et la loi dans l'Antiquité*. Hommage à Françoise Ruzé, Actes du colloque de Caen des 15 et 17 mai 2003, Presses universitaire de Caen, 2005, 167-185.

[2103] Dans un article consacré à la Musique, J.-J. Rousseau raconte : « Athénée assure qu'autrefois toutes les lois divines et humaines, les exhortations à la vertu, la connaissance de ce qui concernait les dieux et les hommes, les vies, les actions des personnages illustres étaient écrites en vers et chantées publiquement. On n'avait point trouvé de moyen plus efficace pour graver dans l'esprit des hommes les principes de la morale et la connaissance de leurs devoirs ». J.-J. ROUSSEAU, Article *Musique,* cité par D.LEDUC-FAYETTE, *J.-J. Rousseau et le mythe de l'antiquité*, Vrin, 1974, p.121. Sur les rapports entre le chant et la loi, voir F.RUZÉ, « La loi et le chant », in *Techniques et sociétés en Méditerranée*. Hommage à Marie-Claire Amourretti, J.-P.Brun et P.Jockey (éd.), Paris, Maisonneuve et Larose, 2001, pp.709-717

[2104] H.Capitant utilise le Code civil comme référent de l'appréciation des lois du début du XXème siècle. Il écrit ainsi : « Écrits dans une langue simple, précise, ponctués avec soin, divisés en alinéas courts et peu nombreux, ses articles sont faciles à lire et à comprendre, même pour des personnes non versées dans la science du droit. ». L'auteur évoque ainsi « un modèle qui n'a jamais été surpassé ». H.CAPITANT, « Comment on fait les lois aujourd'hui », Revue politique et parlementaire, 1917, Vol.91, p.305. Voir également B. SAINTOURENS, *Le Code civil : une leçon de légistique ?*, Économica, Coll. Études juridiques, 2006.

[2105] J.-F.MERLET, *Une grande loi de la Troisième République : la loi du 1er juillet 1901*, Thèse Dactylographiée, Paris II, 2000, p.8.

[2106] Cet impératif reste valable en dehors du cadre démocratique comme l'atteste l'adage de droit romain : *Leges sacratissimae… intelligi ab omnibus debent.* Cité par A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *CCC*, n°21. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

démocratique. Expression de la volonté générale, la loi doit alors être connue de tous[2107]. Le respect de cette exigence suppose d'appréhender la question démocratique par ses deux faces : les représentants et les citoyens, l'émetteur de la norme et le récepteur de la norme. D'une part, la loi se doit d'être compréhensible, ce qui implique un effort stylistique du législateur qui devra la rédiger en termes simples, clairs et concis. Ces prescriptions sont formulées par les penseurs de la loi depuis l'Antiquité[2108]. Les auteurs mettent alors clairement en parallèle les qualités de fond et de forme[2109]. L'effort du législateur portant sur la forme de l'expression législative est à cet égard indissociable de la qualité de la réflexion menée par l'auteur de la loi. La simplicité, la clarté et la concision de la loi seront en même temps des gages de réflexion, de justice et de sagesse[2110]. Il s'agira en effet parallèlement pour l'auteur de la loi de mener une réflexion socio-linguistique afin d'utiliser un langage adapté aux destinataires de la règle[2111]. La transparence que procurent ces qualités rend la loi accessible au jugement critique du plus grand nombre, rendant possible le dialogue entre les citoyens et leurs représentants. On conçoit dès lors la nécessité d'envisager l'autre versant de cette question démocratique… La compréhensibilité des lois est, d'autre part, fonction de la capacité de compréhension de la population considérée globalement. Parce qu'elle se fixe comme objectif d'être connue de tous, la loi suppose en outre et surtout le progrès de l'accès au savoir, à la connaissance et à la culture. L'accès au savoir apparaît à cet égard comme le corollaire de l'exigence de lisibilité et constitue le pilier de la démocratie.

Pourtant, il ne suffit pas que la loi soit compréhensible par tous pour qu'elle soit connue de tous. La connaissance de la loi par les citoyens suppose bien davantage que sa compréhensibilité puisqu'elle suppose que ces derniers aillent vers la loi. Cela suppose, d'une part qu'ils soient « armés » des connaissances nécessaires pour l'affronter et d'autre part que la loi elle-même soit en mesure de susciter l'envie d'être affrontée, conquise, tout simplement

---

[2107] J.-J. ROUSSEAU postule ce lien : « Tant que plusieurs hommes réunis se considèrent comme un seul corps, ils n'ont qu'une seule volonté, qui se rapporte à la commune conservation, et au bien-être général. Alors tous les ressorts de l'État sont vigoureux et simples, ses maximes sont claires et lumineuses, il n'a point d'intérêts embrouillés, contradictoires, le bien commun se montre partout avec évidence, et ne demande que du bon sens pour être aperçu (…). Un État ainsi gouverné a besoin de peu de Lois (…). *Du contrat social*, Livre IV, Chapitre I.

[2108] Voir à cet égard, TESSIER-ENSMINGER, *L'enchantement du droit : légistique platonicienne*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2002.

[2109] Victor Hugo résume ce lien en affirmant que « la forme, c'est le fond qui remonte à la surface ». Cité par V.LASSERRE-KIESOW, *La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand.* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 371, Paris, 2002, p.122.

[2110] Voir G.CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, op.cit., p.143 et s.

[2111] Le choix du langage de la loi implique également une réflexion anthropologique permettant d'identifier et de cerner les caractères des destinataires de la loi : « Quel est l'homme auquel notre droit contemporain s'adresse ? » Jan M.BROEKMAN, *Droit et anthropologie*, LGDJ, La pensée juridique moderne, Paris, 1993, p.11.

lue. À ce titre la loi doit séduire le citoyen : J.-J. Rousseau résumait cette idée par la célèbre formule : « si vous voulez qu'on obéisse aux lois, faites qu'on les aime »[2112]. La lisibilité de la loi apparaît alors comme une condition de l'efficacité des lois. Au-delà de l'effort linguistique, le législateur devra alors être un communicant et assurer la promotion comme la publicité des lois.

La consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi par le Conseil constitutionnel traduit une certaine réception par le juge de cette conception démocratique de la loi. Cet objectif formulé pour la première fois en 1999[2113] constitue à la fois un aboutissement et un renouveau de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de qualité formelle des lois. Cet objectif explicite les principes jurisprudentiels consacrés depuis longtemps relatifs à la qualité de l'expression législative. En effet, nombre de moyens jurisprudentiels préexistants à la formulation de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité sont destinés à servir la réalisation de celui-ci. Tel est le cas de l'incompétence négative lorsque cette technique sert de fondement à l'exigence de clarté de la loi ou des réserves interprétatives lorsqu'elles visent à clarifier le sens des mots de la loi. Dans le même temps, cet objectif constitue un renouveau de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de qualité formelle des lois. Il ne s'agit plus seulement d'assurer la précision et la clarté des lois pour assurer un minimum de sécurité juridique. En justifiant la création de cet objectif, le Conseil constitutionnel étend le champ de principes substantiels dépendants de ces qualités formelles en considérant notamment qu'il s'agit de garantir l'égalité entre tous les citoyens. Au-delà du principe de sécurité juridique, la qualité formelle de la loi devient une exigence démocratique dans la jurisprudence constitutionnelle. La consécration de cet objectif a en outre été suivie d'évolutions notables de la jurisprudence constitutionnelle. En effet, cette lutte contentieuse pour la qualité de la loi a connu un développement considérable ces dernières années. Tel est le cas de la lutte contre les cavaliers législatifs et plus récemment contre les « neutrons ».

Mais les moyens du Conseil constitutionnel pour imposer cette exigence se heurtent à de nombreux obstacles. Face à l'évolution contemporaine du droit et au « défi de la complexité », le Conseil constitutionnel développe une jurisprudence qui est souvent réduite à une fonction « incitative » pour reprendre les termes utilisés par l'actuel Président du Conseil

[2112] Cité par F. OST, « L'amour de la loi parfaite », art. cit, in *L'amour des lois*, op. cit., p.53.
[2113] Décision 99-421 DC du 16 décembre 1999. *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*. Recueil, p. 136.

constitutionnel[2114]. Les armes forgées par le juge constitutionnel apparaissent en effet bien dérisoires au regard du défi l'intelligibilité des lois. Le Conseil « apporte son concours à la revalorisation de la loi, mais ses moyens sont limités et il ne peut à lui seul combattre tous les maux de notre système normatif »[2115].

Après avoir envisagé les fondements de cette exigence de lisibilité (Titre I), nous pourrons étudier les moyens permettant au Conseil constitutionnel de la concrétiser (Titre II) avant de constater sa relative impuissance à réaliser cet idéal (Titre III).

[2114] Pierre Mazeaud explique ainsi que « pour l'essentiel, le poids de ses décisions est dans leur valeur incitative », Vœux présentés au Président de la République, 2006. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr.
[2115] Pierre MAZEAUD, *ibid.*

TITRE I

LES FONDEMENTS DE L'EXIGENCE DE LISIBILITÉ

Cette exigence renvoie à une fonction de la loi qui dépasse largement celle de la sécurité juridique. La lisibilité de la loi se rattache à sa fonction démocratique et constitue une condition de son efficacité.

Cette exigence repose sur une conception de la loi en tant que vecteur de l'idéal démocratique. Le citoyen, au cœur du système, doit être à même de connaître la loi. La vocation de la loi serait ainsi d'être proche du citoyen. L'éloignement des citoyens de la chose publique ne serait plus un symptôme de la crise de la loi, mais une des causes profondes de cette crise affectant la démocratie et l'état de droit. L'exigence de lisibilité se trouve directement liée au souci de rapprocher les citoyens de la politique.

En outre, il apparaît que cette exigence recouvre un intérêt fondamental qui consiste à assurer l'efficacité de la loi. Le système démocratique qui fait de la loi l'expression de la volonté générale implique logiquement qu'elle soit connue pour être comprise et enfin susciter l'adhésion des citoyens. Lisible, la loi gagnerait alors en efficacité puisqu'elle s'en trouverait d'autant plus susceptible d'être appliquée et respectée par les membres du corps social. Pour ces différentes raisons, l'exigence de lisibilité constitue aujourd'hui une exigence commune des régimes démocratiques dans le monde.

Cette exigence qui repose donc sur une certaine conception de la démocratie (Chapitre 1) est parallèlement une condition de l'efficacité de la loi (Chapitre 2). On conçoit d'autant mieux qu'elle constitue une exigence commune aux démocraties contemporaines (Chapitre 3).

Chapitre 1

La loi, vecteur d'un idéal démocratique

Les qualités formelles de la loi idéale convergent largement sur cette fonction : la loi n'est pas seulement un acte qui s'adresse aux citoyens puisque ces derniers sont théoriquement les auteurs, directs ou indirects, de la loi. L'inintelligibilité des lois pour les citoyens est alors le symptôme d'un délitement de la démocratie. L'idéal démocratique véhiculé par la loi (section 1) est liée à la fonction communicationnelle de cet acte normatif (section 2).

Section 1 L'idéal démocratique véhiculé par la loi

La rupture démocratique opérée en 1789 a considérablement affecté la position du citoyen au regard de la loi. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame ainsi que « tous les citoyens ont le droit de concourir à sa formation » (article 6). Le citoyen n'est plus seulement le destinataire privilégié de la loi, mais également son auteur direct (adoption directe de la loi par les citoyens) ou indirect (adoption de la loi par ses représentants). Dans tous les cas, cette évolution conduit à placer la loi sous la surveillance du peuple.

Rompant avec le système de souveraineté royale, les constituants de 1789 posent le principe de la souveraineté nationale. Désormais, on gouverne par la loi, « expression de la volonté générale ». Elle est l'instrument de pouvoir qui exprime la souveraineté de la nation. La loi est donc au cœur de ce nouveau fondement de la souveraineté. Elle « est marquée par l'idéal démocratique qui la définit comme l'expression d'une volonté collective »[2116]. Elle devient l'instrument d'un destin collectif entre les mains du peuple. La loi acquiert ainsi une dimension symbolique : « La loi part de tous pour s'appliquer à tous »[2117]. On renoue ainsi avec l'idéal démocratique de l'Antiquité[2118]. Pour traduire cet idéal démocratique, O. Ihl évoque l'émergence d'un véritable culte de la loi qui devient une forme de « religion civile »[2119] : « Ce n'est donc pas sous le regard de Dieu que sera placée la loi en France, mais sous le regard du peuple, figure auguste, mais toute profane… »[2120].

Cette fonction démocratique de la norme législative se retrouve en creux des critiques visant la méconnaissance de la loi par les citoyens : « Il n'y a rien de moins connu que ce que tout le monde devrait savoir, la LOI »[2121]. La maxime « nul n'est censé ignorer la loi » est présenté de manière récurrente comme une fiction[2122]. Cette fiction joue pourtant un rôle fondamental dans la prise de conscience de la crise. Ce problème est le point de mire de

---

[2116] Geneviève KOUBI, Raphaël ROMI, *Etat, Constitution, Loi. Fondement d'une lecture du droit constitutionnel au prisme de la Déclaration de 1789*. Éd de l'espace européen, 1991, p.194.
[2117] G. KOUBI, R. ROMI, *Etat, Constitution, Loi*, op. cit. p. 191.
[2118] Voir à cet égard, M.HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, Précis, 8ème éd., Paris, 2003, p.116. Solon va introduire dans la Cité la notion de *nomos*, qui signifie que «le groupe social est désormais le maître de sa propre organisation (…). La cité se constitue sur les principes dont elle est la source ». L'auteur poursuit en relatant les principes de cette évolution : «Le juste en soi n'existe plus. Le juste se ramène au légal, et le légal n'est plus que l'opinion du moment. Mais ce que la loi perd en prestige, le peuple, artisan de la loi, le gagne en puissance. Le formidable renversement de valeur auquel on assiste a finalement pour but de donner au citoyen la maîtrise d'une loi dans laquelle il coule une vérité. », *ibid.* p.117.
[2119] Olivier IHL, in *Vive la loi !*, op.cit., p.34.
[2120] *Ibid.*
[2121] BALZAC, *Illusions perdues*, éd. Gallimard, La pléiade, 1977, Tome V, p.991.
[2122] Voir à cet égard, Catherine PUIGELIER, « La maxime « nul n'est censé ignoré la loi » », in *La loi. Bilan et perspectives*, Economica, Coll. Études juridiques, Paris, 2005, pp.309-385.

l'ensemble des critiques formulées : « La question pourtant demeure : comment mieux faire accéder les citoyens, tout particulièrement les plus jeunes, en quête de valeurs, à la connaissance des lois ? Comment leur faire comprendre que la loi est la garantie de l'égalité des citoyens » - de tous les citoyens »[2123]. Les critiques formulées à l'encontre de la loi soulignent les pathologies qui font de la loi ce monstre inaccessible aux citoyens : que la loi s'épaississe, se complexifie, change continuellement, c'est toujours l'accessibilité qui lui fait défaut. C'est une réalité sociologique de la loi que d'être mal connue des citoyens[2124]. A. Viandier rapporte la légende de Denys le Tyran, qui accrochait si haut les lois que les citoyens ne pouvaient les lire[2125]. L'auteur poursuit : « aujourd'hui, les lois sont peut-être affichées à hauteur des yeux, mais pas toujours à hauteur de l'entendement… »[2126]. Il explique à cet égard que « l'herméneutisme législatif est d'autant plus grave que la loi est avant tout un mode de communication, un dialogue entre l'État et le citoyen ; curieuse communication où le destinataire est présumé connaître une norme dont la compréhension exige une grande maîtrise des arcanes juridiques et plus encore administratifs »[2127]. C'est ainsi le principe d'égalité, pierre angulaire de la démocratie moderne qui se trouve être en cause : « Mais si l'on n'y prend garde, il y aura demain deux catégories de citoyens : ceux qui auront les moyens de s'offrir les services des experts pour détourner ces subtilités à leur profit, et les autres, éternels égarés du labyrinthe juridique, laissés pour compte de l'État de droit »[2128].

Ces critiques s'appuient sur une des caractéristiques de l'idéal législatif qui en fait l'« expression d'une langue commune des citoyens »[2129]. La loi est loin des citoyens qui ne la perçoivent plus comme l'expression de la volonté générale, « l'instrument de notre destinée collective ». Elle ne réalise plus l'idéal démocratique : « la législation qui, sans nécessité, est incompréhensible est une dérogation au droit démocratique du citoyen à connaître la loi qui le gouverne »[2130]. L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi renvoient en effet au principe de la transparence qui est un corollaire du principe démocratique. Si la transparence n'est pas

---

[2123] D. CHAGNOLLAUD, in *Vive la loi !*, op. cit., p.10

[2124] La méconnaissance de la loi, en particulier par les jeunes des quartiers difficiles, conduit des associations à instruire les citoyens sur la loi. Amar Henni explique aux jeunes « que nul n'est censé ignorer la loi et qu'elle est là pour les protéger. ». « Ados ambassadeur de la loi », *Libération* du lundi 30 octobre 2005.

[2125] Cette histoire est rapportée par HEGEL, *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'État*, Paris, Vrin, 1975, p.235. Cité par A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit. p.59.

[2126] *Ibid.,* p.59.

[2127] *Ibid.,* p.4

[2128] Voir à cet égard le rapport précité du Conseil d'État, *ECDE*, 1991. Dans le même sens voir C.PUIGELIER, « La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi », in C.Puigelier (dir.), *La loi. Bilan et perspectives,* op. cit., pp.309-385.

[2129] D.CHAGNOLLAUD, in *Vive la loi !*, p.10

[2130] Lord SIMON of GLAISDALE, cité par A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.4.

effective, alors la démocratie relève d'une pure virtualité[2131] : « Le contrôle par le peuple de ses représentants suppose que le peuple connaisse suffisamment les normes adoptées par ceux-ci »[2132]. Avoir accès à la loi implique d'avoir la possibilité de la comprendre afin de pouvoir exercer un esprit critique citoyen.

L'accessibilité des lois apparaît ainsi comme une condition de la participation des citoyens dans le système démocratique. La loi serait dans cette perspective le produit d'un dialogue perpétuel entre les membres d'une même société[2133]. La qualité de ces échanges entre les citoyens et leurs représentants constitue dans cette perspective un gage de la qualité de la législation qui en découle. Mais l'existence de ce dialogue suppose l'adhésion à un code linguistique commun[2134]. L'objectif est ainsi de faire de la loi, un point de rencontre, un lieu de débat et d'échange d'arguments. L'idéal démocratique est alors lié à la fonction communicationnelle de la loi.

[2131] Voir Gérard CAUSSIGNAC, « Une législation claire », in Robert C. Bergeron (dir.), *Essai sur la rédaction législative*, Ottawa, Ministère de la justice du Canada en collaboration avec le ministère de la justice d'Ukraine et le Centre de réforme du droit et de rédaction législative, 1999, p.117.

[2132] Pierre de Montalivet considère ainsi que « l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi peut être vu comme une condition de la démocratie ». P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique », in *La confection de la loi*, op.cit., p.104-105.

[2133] D. Rousseau considère que « la modalité spécifiquement démocratique est celle de la discussion, ce qui rejoint les vieilles démocraties athénienne ou africaines : la palabre. La démocratie c'est la discussion, la délibération, l'échange d'arguments… », D.ROUSSEAU, « Liberté politique et droit de vote », *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, 9ème éd. Dalloz 2003, p.275.

[2134] L'affirmation est reversible puisque l'on pourrait également considérer que « l'ahésion à un code linguistique commun suppose que l'existence de ce dialogue.

Section 2 Fonction communicationnelle de la loi et démocratie

La fonction communicationnelle de la loi renvoie à la nécessité d'une adhésion collective à un code commun : le langage. Cette adhésion est la condition *sine qua non* de la participation et partant de l'adhésion des citoyens au système démocratique. La loi, au regard de cette fonction communicationnelle, retrouve sa vocation de lieu de débats (§1). L'acte législatif se définit alors comme un lien entre les citoyens (§2).

§1 La loi comme lieu de débat

On retrouve à cet égard, la « conception radicale de la démocratie »[2135] défendue par Jürgen Habermas[2136]. Dans sa tentative de reconstruction du concept d'État de droit, le philosophe allemand estime que « la légitimation du pouvoir ne s'incarne plus dans une conception de la légalité, mais s'établit comme un dialogue communicationnel toujours ouvert avec le pouvoir institutionnel et légal »[2137]. En vertu de cette conception habermassienne de la démocratie, « la formation collective de la volonté trouve son explication dans le processus de formation des arguments et des raisons, et plus précisément dans la délibération communicationnelle, dans le dialogue de tous »[2138]. Habermas considère que « c'est dans cette souveraineté rendue fluide par la communication que se trouve le potentiel de réflexion nécessaire… »[2139]. La Raison n'est plus conçue comme une fin mais comme un moyen ; elle devient « raison procédurale » capable de mettre en œuvre sa propre critique dans le cadre d'un débat nécessairement perpétuel. Joshua Cohen expose sa conception d'une démocratie délibérative dans un sens largement convergent : « la notion de démocratie délibérative est ancrée dans l'idéal intuitif d'une association démocratique dans laquelle la justification des termes et des conditions de l'association s'effectue au moyen de l'argumentation publique et de l'échange rationnel entre citoyens égaux. Dans un tel ordre, les citoyens s'engagent collectivement à résoudre les problèmes que posent leurs choix collectifs au moyen du raisonnement public, et considèrent leurs institutions de base comme légitimes pour autant

[2135] B.MELKEVIK, « Habermas et l'État de droit », in *L'amour des lois*, op. cit, pp. 376 et 380.
[2136] Voir notamment J.HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987. V. également du même auteur, *L'espace public*, Paris, Payot, 1978. et *Droit et démocratie. Entre faits et normes.* Gallimard, Traduit de l'allemand par R. Rochlitz et C. bouchindhomme, 1997.
[2137] B.MELKEVIK, « Habermas et l'État de droit », art. cit. p.371.
[2138] B.MELKEVIK, « Habermas et l'État de droit », art. cit. p.377. L'auteur poursuit en expliquant que selon Habermas, « la volonté collective se constitue comme la volonté individuelle, c'est le résultat d'une délibération ouverte et non contraignante », *ibid.*
[2139] J.HABERMAS, *Écrits politiques. Culture, Droit, Histoire*, Les éditions du Cerf, Paris, 1990, p.158.

qu'elles créent le cadre d'une délibération publique menée en toute liberté »[2140]. Cette démocratie procédurale dépasse celle d'une démocratie réduite à la règle de la majorité. Jürgen Habermas rapporte à cet égard les propos de John Dewey : « La règle de la majorité, en tant que telle, est aussi absurde que le prétendent ses critiques. Mais elle n'est jamais purement et simplement une règle de la majorité (…). Les moyens par lesquels une majorité parvient à être la majorité, voilà la chose la plus importante, autrement dit les débats antérieurs, la modification des conceptions en fonction des opinions défendues par les minorités (…). En d'autres termes, ce dont on a besoin, c'est essentiellement une amélioration des méthodes et des conditions de débat, de discussion et de persuasion »[2141]. Cette recherche d'effectivité démocratique n'est pas sans lien avec une recherche d'efficacité de la législation ainsi produite. La perspective d'efficacité résulte de l'idée en vertu de laquelle le produit de cette délibération collective sera davantage susceptible de susciter l'adhésion des membres du corps social[2142]. En effet, «la volonté commune » qui résultera de la délibération « exprimera une volonté à laquelle tout le monde peut souscrire. »[2143]. La conception habermassienne de la démocratie est en définitive relativement classique[2144] car « les citoyens doivent être en mesure de se percevoir comme les auteurs des lois »[2145]. L'avantage d'une participation accrue des destinataires de la norme n'est pas sans conséquence quant à sa formulation. On peut supposer que la loi en tant que produit d'un échange entre le citoyen et le législateur, adopterait un langage plus proche de celui des citoyens ordinaires qui seraient alors plus à même de la comprendre et donc de la respecter. On peut réévaluer la question de la crise de la loi à partir de ces considérations habermassiennes, puisqu'il s'agit avant tout de lier la qualité

[2140] J.COHEN, « Deliberation and Democratic Legitimacy », in A.Hamlin et P. Pettit (éd.), *The Good Polity*, Oxford, Basil Blackwell, 1989, p.17. On peut ainsi constater que ces conceptions de la démocratie supposent le respect de certains principes qui encadrent le processus communicationnel. Ainsi, l'égalité des citoyens est une condition *sine qua non* d'une réelle discussion. Dans ce sens, voir également J.HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p.334. Pour ce dernier, il semble que la catégorie des droits fondamentaux recouvre l'ensemble des principes, droits et libertés permettant d'encadrer la discussion publique. Droits civiques, liberté d'expression ou encore principe d'égalité constituent des principes fondamentaux dans la mesure où leur exercice par leurs titulaires permet la revendication d'autres droits ou libertés. V. B. MELKEVIK, « Habermas et l'État de droit », art. cit. p.385-386. « Habermas fait des droits fondamentaux mentionnés le fondement et le principe d'autres catégories de droits. Les droits fondamentaux de base servent à générer les droits individuels comme les droits collectifs ». *Ibid.*

[2141] J.DEWEY, *The public and its problems*, New York, Holt & Co, 1927, p.207. Cité par J.HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p.329.

[2142] « La politique délibérative acquiert sa force de légitimation grâce à la structure, fondée sur la discussion, d'une formation de l'opinion et de la volonté qui ne peut remplir sa fonction d'intégration sociale que grâce à l'attente, dont elle fait l'objet, d'une qualité raisonnable de ses résultats. ». J.HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p.329.

[2143] B.MELKEVIK, « Habermas et l'État de droit », art. cit. p.379.

[2144] Pour J. Habermas, « dans le dialogue que les citoyens entretiennent, les choses viennent au langage et en reçoivent forme »J.HABERMAS, *L'espace public*, op. cit. p.16.

[2145] B.MELKEVIK, « Habermas et l'État de droit », art. cit. p.385.

de la loi à la qualité du débat ayant précédé son adoption[2146]. La qualité de la loi sera ainsi directement liée au degré de participation des citoyens dans le cadre de son élaboration ainsi qu'au niveau des discussions. L'émergence des méthodes de démocratie participative s'inscrit directement dans cette perspective[2147].

Ce constat permet de faire le lien avec la théorie de la nouvelle communication[2148] qui n'envisage plus la communication à partir d'un « modèle télégraphique »[2149] mais plutôt à partir d'un « modèle orchestral » dans lequel « chaque individu participe à la communication plutôt qu'il n'en est l'origine ou l'aboutissement »[2150]. Cette conception correspond à l'origine étymologique du terme « communiquer » qui signifie « participer à… ». Ses origines latines le rapprochent du mot « communicare » qui signifie « mettre en commun »[2151]. Curieusement, par les détours de l'étude des sciences de la communication, on en revient à une signification sociale de la loi, comme lieu de mise en commun : « l'expression de la volonté commune des citoyens de vivre ensemble en adoptant les comportements que dictent des valeurs partagées »[2152]. Ce modèle de communication orchestrale apparaît pourtant difficile à appliquer à l'élaboration de la loi. Comme le conclut P. Delnoy «sans doute aussi n'est-il pas encore possible – le sera-ce d'ailleurs jamais - de faire jouer tous les membres potentiels de l'orchestre. Au moins faut-il s'essayer à faire intervenir davantage de monde »[2153].

Au regard de sa fonction communicationnelle, la loi apparaît également comme un lien entre les citoyens.

[2146] « … le niveau de discussion des débats publics constitue ici la variable la plus importante ». J.HABERMAS, *Droit et démocratie,* op. cit. p.329.

[2147] Wade Mac Lauchlan évoque à cet égard plusieurs exemples de consultations menées au Québec. Après le dépôt de l'avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec «dix huit commissions (y compris une pour les jeunes et une pour les aînés) ont reçu plus que 5000 interventions verbales et 5000 mémoires. Presque 200 citoyens et citoyennes ont siégé, gratuitement, comme commissaires(…) ». Voir W.MAC LAUCHLAN, « La fonction communicationnelle de la loi », in *L'amour des lois,* op. cit. p.368. Dans le registre de la consultation citoyenne, on peut mentionner l'exemple de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. G.Braibant, représentant de l'exécutif français au sein de la « Convention » évoquait en ces termes cette participation : « Il y a une floraison d'idées, de textes en provenance de partout aboutissant à quelques centaines de propositions de droits. Un psychanaliste nous a même envoyé une contribution de 70 pages ». G. BRAIBANT, in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,* Colloque à l'Assemblée nationale du 26 avril 2000, Délégation pour l'Union européenne, 2000, p.24.

[2148] Voir à cet égard, Y.WINKIN, BATESON, BIRDWHISTELL, GOFFMAN, HALL, JACKSON, SCHEFLEN, SIGMAN, WATZLAWICK, *La nouvelle communication*, éd. du Seuil, 1981. Cité par P.DELNOY, « La communication législative », art.cit., p.146.

[2149] Y.WINKIN, *ibid.*, p.20.

[2150] *Ibid.* pp.25-26.

[2151] *Ibid.* p.14.

[2152] P.DELNOY, « La communication législative », art.cit., p.147.

[2153] *Ibid.*, p.148.

§2 La loi comme lien entre les citoyens

On retrouve ici une des fonctions essentielles de la loi : elle assure le lien démocratique. La loi trouve sa fonction principale en reliant les parties (les citoyens) au tout (le corps social). Cette fonction de la loi est soutenue par une des étymologies possibles du mot « loi »[2154] : Saint Thomas d'Acquin avance l'idée selon laquelle le mot « loi » serait issu du verbe « ligare » qui signifie « lier », « unir »[2155]. Cette étymologie traduit une conception de la loi qui imprègne l'œuvre des constituants de 1789 et qui reste d'actualité. O. Ihl explique que « les anciens nous enseignent, enfin, que la loi est aussi ce lien et lieu du politique. Elle est une procédure de mise en commun, de mise en accord, - *religare*- de là vient toute l'ambiguïté, d'où naissent ensuite toutes les attentes des citoyens et leurs frustrations. »[2156]. Le Président du Sénat rappellera le sens étymologique de ce terme : « la loi, c'est ce qui « lie » »[2157].

Cette fonction est présente en France bien avant la révolution de 1789. Les vertus unificatrices de la loi sont historiquement rattachées à la volonté d'unifier le Royaume. À partir de l'adage « Un roi, une loi » les légistes cherchaient à constituer une unité nationale[2158]. Mais, à partir de la révolution, la fonction unificatrice de la loi a dépassé sa vocation territoriale pour viser l'union des citoyens. O. Ihl explique ainsi que « La grandeur de la loi est ainsi celle d'une formidable aspiration collective. »[2159]. Elle est le ciment social, l'expression de la commune volonté de vivre ensemble ou selon la formule de Portalis, la « mère commune des citoyens »[2160]. Portalis explique sa formule en expliquant que « dans chaque cité, la loi est une déclaration solennelle de la volonté du souverain sur un objet d'intérêt commun ». Dans cette perspective, on conçoit que le Code civil constitue un prolongement de la révolution de 1789. La pensée de Portalis s'inscrit dans ce même mouvement : « Législateurs, la seule existence d'un Code civil et uniforme est un monument qui atteste et garantit le retour permanent de la paix intérieure de l'Etat. Que nos ennemis

---

[2154] Plusieurs étymologies du mot « loi » existent : Le terme provient du mot latin « lex » issu du verbe « legere » : recueillir, écouter et lire. Le terme peut également être issu du « logos » synonyme de raison. Voir à cet égard G.RADICA, *La loi, Textes choisis et présentés*, GF-Flammarion, Coll. Corpus, Paris, 2000, p.19.
[2155] Saint Thomas d'Acquin, *Sommes théologiques*, q.90, art.1.
[2156] Olivier IHL, in *Vive la loi !*, op. cit., p.34.
[2157] C.PONCELET, in *Vive la loi !*, op. cit., p.6.
[2158] J-C. Bécane et M. Couderc évoquent à cet égard « les dissertations de Dumoulin », les Ordonnance de Michel de l'Hôpital », le « traité des lois civiles de Domat », les arrêtés de Lamoignon, « les Ordonnances civiles pour la réformation de la justice de 1667, les ordonnances de 1673 sur le commerce terrestre et de 1681 sur la marine », « l'ordonnance de Montil-lez-Tours de 1453 ». J.-C. BÉCANE, M.COUDERC, *La loi*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 1994, p.10 et 11.
[2159] Olivier IHL, in *Vive la loi !,* op.cit., p.34.
[2160] *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, publié par Frédéric Portalis, Paris 1846, p.89.

frémissent, qu'ils désespèrent de nous diviser, en voyant toutes les parties de la République ne plus former qu'un seul tout ! En voyant plus de 30 millions de Français, autrefois divisés par tant de préjugés et de coutumes différentes, consentir solennellement les mêmes sacrifices, et se lier par les mêmes lois ! En voyant enfin une grande nation, composée de tant d'hommes divers, n'avoir plus qu'un sentiment, qu'une pensée, marcher et se conduire comme si toute entière elle n'était qu'un seul homme. »[2161]. La notion de loi reste aujourd'hui attachée à cette fonction de lien collectif.

Au regard de cette fonction, la loi se rapproche étonnamment des arts. Tolstoï écrivait en effet : « l'art n'est pas un plaisir, il est un moyen d'union parmi les hommes »[2162]. Ce n'est donc pas par hasard que J.-J. Rousseau se pencha sur cette question des arts et des festivités. Denise Leduc-Fayette rapporte que Rousseau considère la musique « comme un puissant moyen de communication qui, par là même, aide à cimenter la *polis*. Ce rôle fonctionnel est d'une extrême importance : non seulement la musique renforce le lien social, mais encore elle possède l'extraordinaire pouvoir d'instruire et d'élever les âmes »[2163]. Ce rapprochement des fonctions de la loi et des arts explique sans doute le développement des chants révolutionnaires, des fêtes démocratiques et des cérémonies révolutionnaires. Mirabeau fera ainsi l'éloge des fêtes publiques en écrivant : « en faisant sentir l'esprit des lois à qui cette révolution mémorable a donné naissance, elles en gravent l'amour dans tous les cœurs »[2164]. C'est dans cette perspective qu'un théâtre populaire sera créé par les Révolutionnaires par arrêté du 20 Ventôse an II[2165]. Ces festivités collectives sont destinées à réaliser l'union des citoyens et donc à concrétiser l'idéal politique porté par l'acte législatif. Pour Rousseau, « la fête a une fonction bien précise : affirmer la réalité de la communauté comme telle, exprimer son unité plénière, stimuler le patriotisme »[2166]. Ainsi s'explique le fait qu'il préconise d'interdire les arts inutiles destinés à distraire, ou ceux qui s'inscrivent dans un espace privé[2167]. Denise Leduc-Fayette explique à cet égard que cette conception de la fête et des arts chez Rousseau s'inspire de l'exemple antique : « le théâtre grec, espace circulaire à ciel

---

[2161] Exposé des motifs de la loi relative à la réunion des lois civiles en un seul corps sous le titre de Code civil des français, séance du 28 ventôse an XII.

[2162] TOLSTOÏ, *Qu'est-ce que l'art ?*, cité par D. LEDUC-FAYETTE, *J.J.Rousseau et le mythe de l'antiquité*, Vrin, 1974, p.118.

[2163] D. LEDUC-FAYETTE, *J.J.Rousseau et le mythe de l'antiquité*, Vrin, 1974, pp.120-121.

[2164] Mirabeau, IIème Discours, *Sur les fêtes publiques, civiles et militaires*, reproduit *in* B.BACZO, *Une éducation pour la démocratie. Textes et projet de l'époque révolutionnaire*, Garnier, Paris, 1982, p.103.

[2165] Arrêté du Comité de Salut public, 10 mars 1794. Évoqué par D. LEDUC-FAYETTE, *J.J.Rousseau et le mythe de l'antiquité*, op. cit., p.132.

[2166] *Ibid.,* p.122.

[2167] « Il faut abolir les amusements ordinaires des cours, les théâtres, comédies, opéras ; tout ce qui efféminé les hommes, tout ce qui les distrait, les isole, leur fait oublier la patrie et leur devoir… », Pol. III, Cité par D. LEDUC-FAYETTE, op. cit. p.122.

ouvert – ces deux éléments sont fondamentaux – où tout le peuple prend place, a valeur de symbole. »[2168]. Ces fêtes et manifestations artistiques sont ainsi destinées à renforcer le lien social entre des individus d'un même groupe : « Souvent dans les transports d'une innocente joie, les inconnus s'accostent, s'embrassent, s'invitent à jouir de concert des plaisirs du jour. »[2169]. La loi trouve ainsi des alliés à travers la fête et les arts qui la servent parce qu'ils font exister ce que la loi est censée exprimer : le lien entre les citoyens.

La lisibilité des lois, en plus d'être un vecteur d'effectivité démocratique constitue un vecteur d'efficacité de la loi.

[2168] *Ibid.* p.124.
[2169] *Rêveries d'un promeneur solitaire*, IX.

Chapitre 2

La lisibilité de la loi, vecteur d'efficacité

> « Le vers le mieux rempli, la plus noble pensée
> Ne peut plaire à l'esprit quand l'oreille est blessée »[2170]

Établissant un lien entre la lisibilité de la loi et l'efficacité de celle-ci, les auteurs de la légistique préconisent le recours aux sciences de la communication pour améliorer l'efficacité de la législation. Après avoir envisagé les liens unissant le couple « lisibilité-efficacité » (section 1), nous pourrons constater que les sciences de la communication d'une part et les sciences de l'éducation d'autre part constituent les leviers de l'efficacité de la loi (section 2).

[2170] BOILEAU, *Art poétique*, Chant I, vers 111-112.

Section 1 Le couple «lisibilité-efficacité »

Le lien entre l'exigence de lisibilité et l'efficacité de la loi est récurrent. On pourrait résumer ce lien par la célèbre formule de J.-J. Rousseau : « Si vous voulez qu'on obéisse aux lois, faites qu'on les aime ». Les auteurs expriment ainsi souvent les risques d'inefficacité de la loi compte tenu de ses défaillances formelles. J. Carbonnier expliquait à cet égard que « l'inflation législative a pour conséquence l'ignorance des lois, leur ineffectivité et finalement leur dévalorisation dans l'esprit public »[2171]. R. Denoix de Saint Marc rédigea une formule qui fit mouche en 1991 : « qui dit inflation dit dévalorisation ; quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite »[2172].

Corrélativement, d'autres auteurs mettent en exergue les avantages potentiels d'une meilleure lisibilité des lois. Ainsi Cornu argumente-t-il en ce sens : « Le postulat de ce style est que la loi, si elle espère devenir, dans les œuvres, règle de vie plutôt que de demeurer sur le papier, lettre morte, doit sourire à la chance d'être gravée dans les cœurs. C'est à la mémoire que se confie la loi. Qu'elle s'en fasse une amie. Sur le même pari, la sagesse populaire a forgé ses dictons. La tradition savante cultive – en latin ou autrement – le même genre poétique et mnémotechnique. Elle fait passer jusqu'à nous son message en léguant à nos consciences le fonds de ses adages. ». Le même auteur conclut alors : « Comme si son efficacité, née de sa publicité, venait du pouvoir qu'elle a de se faire entendre. »[2173]. Le lien entre la lisibilité et l'efficacité relève de l'évidence : « Lorsque les pouvoirs normatifs adoptent des textes, c'est, en général, afin d'amener les citoyens à agir selon leur volonté. Traiter du droit écrit – pour faire bref : de la loi – sous l'angle de la méthodologie de sa confection, c'est donc examiner comment élaborer des lois qui influent sur les citoyens au point de les conduire à se comporter selon les vœux du législateur »[2174]. Le même auteur ajoute plus simplement : « Si, pour que la loi soit efficace, il faut qu'elle soit connue, il faut surtout qu'elle soit comprise »[2175]. Dans le même sens, A.Viandier considère que « de la forme du texte et spécialement du langage adopté, dépendent l'efficacité de la communication et l'effectivité de la loi adoptée »[2176]. « Seule la loi claire, simple, limpide, transparente, compréhensible de tous peut être respectée, devenir efficace et assurer ce que l'on peut

---

[2171] J.CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF, Coll. Thémis, 27ème éd., 2002, n°45, p.123.
[2172] Rapport annuel du Conseil d'État, *EDCE*, n°43, p.20.
[2173] G.CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, op. cit., p.245.
[2174] P.DELNOY, « La communication législative », in C.-A.MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, op. cit., p.141.
[2175] *Ibid.,* p.143.
[2176] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.59.

attendre du droit : la justice, l'ordre, la prévisibilité, la sécurité, le bien-être et peut-être le bonheur. »[2177]. « Le droit n'a de sens que s'il est compris de tous et qu'il est ainsi populaire (…) c'est dans leur réalisme populaire que réside la grandeur des lois, peut-être même aujourd'hui leur seule grandeur. »[2178]. On mesure l'efficacité de la communication législative au regard du degré de correspondance entre le message émis et le message reçu. Pour que la loi atteigne son but, « il faut… que le message en quoi elle consiste, soit parfaitement transmis de son auteur à ses destinataires »[2179].

Dès lors, les sciences de la communication et les sciences de l'éducation sont appelées à jouer un rôle en matière d'élaboration des lois.

[2177] P.MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n°114, La loi, p.131.
[2178] *Ibid.*
[2179] P.DELNOY, « La communication législative », in C.-A.MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, op. cit., p.142.

Section 2 Les leviers de l'efficacité : les sciences de la communication et de l'éducation

Les sciences de la communication (§1) seront destinées à guider le législateur en matière d'expression législative. Leur utilité se situe du côté de l'émetteur. Il s'agira de faire en sorte que le message de la loi soit adapté à ses destinataires pour emporter leur adhésion. En outre, l'appréciation de la lisibilité de la loi est directement liée aux capacités intellectuelles de ses destinataires. Les sciences de l'éducation (§2) seront destinées à élever le niveau de connaissance des destinataires de la loi. Leur utilité se situe du côté des récepteurs du message. Il s'agira de permettre la compréhension de la loi et de renforcer ainsi son efficacité.

§ 1 Les sciences de la communication et l'esthétique normative

La dégradation continue de la qualité de la règle de droit conduit ainsi à s'interroger : « Faut-il obéir à la loi ? »[2180]. Cette dimension de la production du droit conduit le législateur à envisager la réception de la norme par les acteurs sociaux[2181]. Il s'agira alors de « permettre l'assimilation de la substance juridique par le corps social »[2182]. Les qualités formelles de la norme tendent de ce point de vue à participer à la fonction persuasive de la loi. Il est intéressant de constater que ce lien entre la lisibilité et l'efficacité se déduit d'une conception de la loi en tant qu'acte de communication entre gouvernant et gouverné. Le rôle du droit dépasse la dimension normative (normer)[2183] puisqu'il suppose une dimension communicative (communiquer). Les sciences de la communication, qui interrogent les mécanismes de transmission d'un message d'un esprit à un autre et qui tentent de « définir les conditions d'une communication parfaite », trouvent une application concrète dans le domaine du droit. Ainsi C.-A.Morand explique-t-il que « l'adoption d'une loi peut être conçue comme un acte de communication. C'est dès lors tout naturellement que les sciences de la communication peuvent servir à comprendre comment fonctionnent les informations émises par le

[2180] *Le Monde des débats*, n°27, Juillet-août 2001.
[2181] R.PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Paris, 1947, p.215 et s. Dans le même registre, on peut se reporter à I.Courtnay, *The mechanics of the law making*, Londre, 1901. Voir également C.-K. ALLEN, *Law in the making*, 3ème éd., Oxford, 1939 et E. SALLÉ de la MARNIÈRE, *Éléments de méthodologie juridique*, Paris, 1976, spec. p.208.
[2182] F.GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1921, Tome III, pp.30-31.
[2183] « Les termes latin regula et norma désignaient originairement des outils matériels, physique, des équerres ou des réglettes donnant la mesure de la droiture… ». P.AMSELEK, « La teneur indécise du droit », art. cit., p.1200.

législateur… »[2184] . Cette discipline transversale va utiliser tous les moyens nécessaires pour que la loi réalise un objectif : « il faut… que le message en quoi elle consiste, soit parfaitement transmis de son auteur à ses destinataires »[2185]. La légistique va ainsi mobiliser les sciences de la communication pour faire en sorte que la loi remplisse ses fonctions d'acte de communication[2186]. Cette communication dépasse la communication informative puisqu'il s'agit avant tout d'emporter l'adhésion des citoyens. À partir de cette conception, les auteurs de la légistique préconisent le recours à un certain nombre d'outils destinés à améliorer cette communication : Linguistique, stylistique, rhétorique, pédagogie, constituent autant de sciences destinées à éclairer le législateur au moment de l'élaboration des lois.

Pour être efficace, la loi doit tout d'abord être comprise. Dans la mesure où la linguistique étudie les conditions de la transmission d'idées par le biais du langage, cette discipline présente une utilité potentielle incontestable en matière d'expression législative. Cette discipline pourra en outre être combinée avec la stylistique qui permettra de guider le législateur d'un point de vue plus esthétique. Ces disciplines ne présentent d'intérêt qu'au regard d'une analyse des deux acteurs principaux de la communication : il s'agira ainsi d'adapter l'expression du législateur au niveau de langage des citoyens. La sociolinguistique sera de ce point de vue utile puisqu'elle permettra au législateur-émetteur d'adapter son langage aux destinataires-récepteurs. Cette discipline originale croise en effet des aspects sociologiques (études des variations d'origine sociale ou géographique) et des aspects de linguistique (les mots du législateur sont-ils les mots du citoyen ?). La socio-linguistique présente ainsi une utilité potentielle incontestable en matière de communication entre les gouvernants et les gouvernés.

La loi ne doit pas seulement être compréhensible pour les citoyens, elle doit conduire à orienter leur comportement. Pour P.Delnoy, la communication législative dépasse les ambitions d'une communication informative[2187]. Pour cet auteur, il ne s'agit plus seulement de théorie de la communication mais également de « psychologie de masse, celle qu'il faut pratiquer pour diriger un peuple, pour pratiquer – oui- la démagogie, au sens premier et non péjoratif du terme »[2188]. Le même auteur suggère à cet égard d'opérer un rapprochement entre

---

[2184] C.-A.MORAND, « Éléments de légistique formelle et matérielle », art. cit., p.30.
[2185] P.DELNOY, « La communication législative », art. cit., p.142.
[2186] Voir notamment sur cette question, J.MOESCHLER, *Pragmatique de la communication (juridique)*, Département de linguistique, Université de Genève et C.-A. MORAND, *Vers une méthodologie de la communication législative*, Gezetzgebung heute, 1994, pp.11-27.
[2187] P.DELNOY, « La communication législative », art. cit., p.144 : « il ne suffit pas que la loi soit connue des citoyens, il faut encore qu'ils se comportent d'une manière qui corresponde à son contenu ».
[2188] *Ibid.,* p.144.

la communication législative et la pédagogie. Le parallèle apparaît en effet pertinent et permet de dégager quelques principes utiles à la légistique. La pédagogie suppose l'exercice d'un pouvoir qui peut prendre deux formes différentes : la « *potestas* » qui consiste à imposer une conduite en recourant à la force et l' « *auctoritas* » « synonyme d'influence, d'ascendant, de crédit et qui permet d'obtenir l'obéissance sans recours à la menace ou à la violence »[2189]. Dans le monde du droit, on conçoit la nécessité de recourir de manière complémentaire à ces deux procédés de l'exercice du pouvoir. Le domaine du droit pénal est précisément caractérisé par la forme de « *potestas* ». Néanmoins, on peut constater que l' « *auctoritas* » renvoie à une « conception plus démocratique de l'exercice du pouvoir – parce que l'autorité qu'elle engendre procède du consentement des destinataires de la loi…»[2190].

Cette fonction pédagogique de la loi est relativement récurrente. Ainsi la fonction des préambules des lois est-elle présentée sous cet angle. Selon J.-C. Bécane et M.Couderc, les préambules jouent également un rôle pédagogique puisque « le législateur cherche à convaincre par l'explication, afin d'être obéi spontanément plutôt que sous la contrainte »[2191]. On retrouve ici la distinction entre l' « auctoritas » et la « potestas ». Dans *Les lois*, Platon met en exergue cette utilité en distinguant la fonction persuasive des préambules et la fonction de contrainte du dispositif[2192]. Platon, exprimant son opinion à travers la voix de l'athénien, insiste sur la fonction d'éducation des lois[2193]. Il se dégage de ses écrits que « l'acte de légiférer comporte deux aspects, dont l'un a été jusqu'ici négligé par le législateur : il ne s'agit pas seulement de contraindre par des lois, encore faut-il, pour que les lois soient efficaces, qu'elles soient obéies, ce qui nécessite de recourir à la persuasion »[2194]. Ainsi, l'athénien distingue-t-il le préambule qui est destiné à emporter la conviction du citoyen et l'amener à obéir à la loi et le reste de la loi qui formule l'interdit et prévoit le châtiment. Ces deux éléments sont ainsi présentés comme indispensables l'un à l'autre. Létitia Mouze en déduit que « ce qui fait du législateur un législateur et d'une législation une législation, c'est l'efficacité, ou du moins c'est l'effort pour se donner les moyens de l'efficacité. C'est pourquoi le problème du législateur dans les Lois n'est pas tant d'édicter des lois que de faire

---

[2189] E.PRAIRAT, *La sanction – Petites méditation à l'usage des éducateurs*, L'Harmattan, 1997, pp.82-83. Cité par P.DELNOY, *ibid.* p.145.
[2190] *Ibid.,* p.146.
[2191] J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit., p.205.
[2192] PLATON, *Les lois*, IV, 722-723. Cité par J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, *ibid.,* p.205.
[2193] PLATON, *Les Lois*, Livre IV, 715e, 718c, 722bce, 723 a.
[2194] L. MOUZE, *Le législateur et le poète. Une interprétation des Lois de Platon*, Presse Universitaire du Septentrion, Coll. Philosophie ancienne, Villeneuve D'ascq, 2005, p.103. L'auteur fait référence à cet égard aux travaux de A.LAKS, *Loi et persuasion*, Thèse soutenue en Sorbonne, 1988.

en sorte que ça marche, c'est-à-dire que les lois soient effectivement obéies, qu'elles mènent les citoyens vers la vertu, et la cité vers le bonheur»[2195].

Notre droit contemporain n'est pas étranger à ce type de préoccupations pédagogiques. On peut même considérer que l'excès de pédagogie du législateur fonde une grande partie des critiques de la doctrine en matière de législation. J.-B. Auby évoque à cet égard le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public explique que la formulation de tels objectifs sont partiellement « destinés à convaincre le citoyen que le législateur œuvre pour son bonheur »[2196]. Dans le même sens, la prolifération des neutrons législatifs traduit bien souvent la volonté du législateur d'expliciter clairement aux citoyens les intentions qui motivaient l'intervention législative. Ces neutrons se caractérisent souvent par un style clair, agréable et compréhensible pour tous.

Insistant sur la fonction de persuasion de la loi, L.Mouze évoque le préambule comme « ce par quoi, essentiellement, la législation est musicale et poétique »[2197]. Les liens établis par Platon entre la législation et l'éducation le conduisent à conférer au poète un rôle central : « La réflexion sur l'éducation, et sur la manière dont elle sauvegarde la législation, devient une réflexion sur la manière dont le poète sauvegarde la législation »[2198]. Dans son ouvrage consacré à l'interprétation des *Lois* de Platon, Létitia Mouze focalise son analyse sur les relations entre le poète et le législateur. Elle décrit leur relation en ces termes : « non seulement [le poète] est utilisé de manière privilégiée par le législateur pour parvenir à ses fins, mais encore, le législateur doit devenir lui-même poète »[2199].

Ici, le souci d'efficacité et de persuasion déborde le champ de la pédagogie pour s'inscrire de la recherche esthétique. Jhering parle de « plastique de la loi »[2200]. Le même auteur s'explique : « On pourra trouver de l'affectation à m'entendre parler du sens artistique ou du sens du beau dans le droit. Cependant la chose même l'emporte avec elle, et si l'on m'a permis de parler de configuration artistique de la matière, il faut aussi que l'on admette le sens artistique »[2201]. L'esthétique normative renvoie d'une part au style législatif (une expression agréable) et d'autre part à la présentation formelle des lois (support de publication, choix de typo)[2202]. Les qualités esthétiques de la loi participent d'un effort rhétorique[2203]. La forme de la

---

[2195] L. MOUZE, *Le législateur et le poète. Une interprétation des Lois de Platon*, op. cit. p.104.
[2196] J-B.AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991,p.335.
[2197] L.MOUZE, *Le législateur et le poète. Une interprétation des Lois de Platon*, op. cit., p. 309.
[2198] *Ibid.,* p.147.
[2199] *Ibid.,* p.9.
[2200] R. von JHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. Meulanaere, Bologne, 3ème éd. , Tome II, p.16.
[2201] R.von JHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. Meulanaere, Bologne, 3ème éd. , tome III, p.71.
[2202] Voir infra, Titre II, Chapitre 1, Section 2. Voir également Titre III, Chapitre 1.

diffusion constitue « l'enveloppe plastique »[2204] de la loi et contribue à assurer sa réception et donc efficacité[2205]. L'exigence de lisibilité des lois comprend ainsi la nécessité de susciter l'envie des citoyens de connaître la loi. Outre les sciences de la communication, la publicité, le marketing[2206], le design et les différentes formes d'expression artistique peuvent à ce titre être mobilisées par le législateur. Cette énumération constitue le prolongement d'une mutation déjà amorcée : L'État, producteur de norme devient « l'État séducteur »[2207] pour reprendre l'intitulé de l'ouvrage de Régis Debray. Ce dernier se propose d'étudier « les voies et les moyens de l'efficacité symbolique (…) les médiations matérielles qui permettent à un symbole de s'inscrire, se transmettre, circuler et perdurer dans la société des hommes»[2208]. Le recours à la notion d'esthétique normative permet de rendre compte de la nécessité de susciter l'envie des citoyens d'accéder à la loi. Ce désir est alors indissociable du plaisir qui sera procuré au lecteur[2209].

Cette esthétique de la norme n'est pas sans lien avec une certaine « mise en scène » de l'État. À l'époque révolutionnaire, c'est le mythe de la loi qui sera mis en scène par les autorités publiques[2210]. Plus récemment, on peut penser à la commémoration du bicentenaire de la révolution française de 1789 comme une opération de communication destinée à assurer la publicité de la loi fondamentale. L'organisation au sein de l'éducation nationale de spectacles liés à cet événement s'est accompagnée d'une initiation à l'étude de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En outre, cette commémoration s'est concrétisée par « La Marseillaise », spectacle scénographié par Jean-Paul Goude[2211].

[2203] Y.-P.THOMAS, « Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome », *Arch. de phil. du droit*, n°23, 1978, pp.98-100.
[2204] F.GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1921, Tome III, pp.94-106.
[2205] Voir à cet égard, J.-P.CORIAT, *Le Prince législateur*, op. cit., p.605 et s.
[2206] R. Debray évoque de son côté, « la markétisation de la République ». L'auteur définit le marketing comme « l'art de connaître les clients et leurs comportements ». *L'État séducteur. Les révolutions médiologiques du pouvoir*, Gallimard, 1993, p.161 et 162.
[2207] *Ibid.*
[2208] *Ibid.* p.11.
[2209] Sur les plaisirs du discours, voir PLATON, *Les lois*, LivreVII 811 c, d, e.
[2210] : « En 1790, les constituants imaginent un projet consistant à promulguer la loi par le biais de l'érection d'une colonne triangulaire dans chaque chef-lieu de département, de district et de canton, colonne qui devait traduire la majesté de cette notion. Le terme de majesté, qui dérive de *majestas*, définissait, en droit romain, l'éclat spécifique qui assure la prééminence d'un pouvoir aux yeux de tous. Cette colonne qui surgit dans chaque commune est celle de la Loi, qui prétend s'inscrire dans l'âme des citoyens…Cette colonne triangulaire accueille, trois jours durant, de curieux spectacles. Voici un procureur syndic qui s'avance, suivi de deux administrateurs publics, d'une petite garde nationale, qui veillera sur le précieux monument, et d'un héraut public, avançant au son du tambour. Le placard ainsi imprimé doit rester trois jours, exposé à tous et protégé par tous. Ensuite, le texte de la loi est censé « être jeté dans un brasier ardent », la loi étant désormais réputée marquée dans l'âme des citoyens. Le monument, pour provisoire qu'il était, remplissait donc une fonction symbolique. ». À travers le récit rapporté par O.Ihl, on peut constater le recours des révolutionnaires à la symbolique destinée à frapper l'esprit des citoyens. Olivier IHL, in *Vive la loi !*, op. cit. p.33-34.
[2211] Voir Jean-Paul GOUDE, *Tout Goude*, éd La Martinière, 2005.

Pourtant l'esthétique dans la mise en scène du pouvoir d'État ne va pas sans poser de graves questions. D'une part, les efforts de communication de l'État trahissent souvent un affaissement de son autorité[2212]. D'autre part, il convient en effet de distinguer ces deux éléments que sont d'une part la « communication officielle » et d'autre part « la propagande du régime »[2213]. Le glissement de l'une à l'autre est toujours un risque potentiel puisque « faire savoir, c'est aussi faire croire et, en même temps, faire admirer »[2214]. L'exemple du régime nazi constitue de ce point de vue un modèle esthétique mobilisant le symbolisme, la chorégraphie, le cinéma et la musique, le tout étant destiné à mettre en scène la grandeur d'un État. La collaboration d'une artiste telle que Leni Riefenstahl n'est pas anodine au moment où le cinéma commence à prendre une certaine ampleur au niveau international. La mise en scène de l'État et du droit présente ainsi des dangers évidents.

Les sciences de la communication présentent ainsi un double intérêt dans la mesure où elles vont permettre au législateur d'être compris et de convaincre. La recherche esthétique participe de cette entreprise de communication. Elle permettra de son côté de susciter le désir d'accéder à la norme. Mais l'impact de ces efforts dépend essentiellement de la capacité des récepteurs à lire et à comprendre le message du législateur. Les sciences de l'éducation constituent ainsi le pendant nécessaire des sciences de la communication.

§2 Les sciences de l'éducation

D'une manière générale, l'exigence de lisibilité de la loi est intimement liée à l'instruction des citoyens puisqu'on ne peut évaluer la lisibilité d'une loi qu'au regard de la capacité de ses destinataires à la comprendre. Cette instruction vise alors les acquis élémentaires (lire et écrire), la culture générale et la culture politique et civique.

L'instruction élémentaire des citoyens est un corollaire de l'exigence de lisibilité de la loi. En effet, « la réception, de cette forme d'écriture publique (…) est rendue possible par le niveau d'alphabétisation des destinataires»[2215]. Pour Régis Debray, la révolution française permet l'émergence de « l'État éducateur » : « dès lors que la souveraineté passait du Roi,

[2212] Régis Debray évoque à cet égard la formule de Pierre Schaeffer : « P x C = constante », qu'il traduit en ces termes : « Moins il a d'autorité, plus il soigne sa publicité », *ibid.* p. 29. Le même auteur constate, eu égard au buste de Marianne sous les trais de Catherine Deneuve dans les Mairies, que la République « gagne en charme mais y perd en fiabilité ». *Ibid.*, p.37-38.
[2213] Sur cette distinction, voir J.-P.CORIAT, *Le Prince législateur*, École française de Rome, Paris,1997, p.607.
[2214] *Ibid.,* p.608.
[2215] J.-P.CORIAT, *Le Prince législateur*, École française de Rome, paris, 1997, p.622.

lieutenant de Dieu, au peuple, lieutenant de personne, l'instruction du peuple devenait la question cruciale, celle dont tout dépendait (…). Le suffrage universel serait illégitime s'il était imbécile »[2216].

La connaissance de la loi ne suffit pas puisqu'elle suppose une compréhension du système dans lequel elle s'insère (règles générales régissant la matière concernée, juridictions compétentes, règles procédurales etc…). Il ne s'agit plus seulement de diffusion des lois mais de « diffusion démocratique du savoir juridique »[2217]. L'adhésion à la loi suppose la connaissance par les citoyens, du système juridique et démocratique[2218]. Mieux le système démocratique est connu des citoyens plus il implique que ces derniers en conçoivent l'intérêt et soient portés à respecter la règle posée par la loi, « expression de la volonté générale ». Cette dimension est appréhendée par J.-J. Rousseau qui explique que « la seule étude qui convienne à un bon peuple est celle de ses Lois. Il faut qu'il les médite sans cesse pour les aimer, pour les observer, pour les corriger même… »[2219]. Cette nécessité était déjà envisagée dans la Grèce Antique puisque l'éducation civique constituait un des piliers de la société démocratique. Dans le *Protagoras* de Platon, on peut lire à cet égard : « Quand ils sont libérés de l'école, la cité à son tour les force à apprendre les lois et à y conformer leur vie… »[2220]. Les passages que Platon consacre à l'éducation au livre VIII dans son traité sur *Les lois*, « annonce nos jeunes sciences de l'éducation »[2221]. Condorcet développa largement cette idée durant la révolution. Prenant le contre-pied de l'analyse de Sieyès (la politique est réservée aux hommes les plus compétents) et de celle de Robespierre (qui postule la compétence des citoyens dans le domaine politique), il va œuvrer en faveur de l'instruction publique et de la formation civique des citoyens[2222]. Il s'agira en effet de développer le sens critique des

---

[2216] R. DEBRAY, *L'État séducteur. Les révolutions médiologiques du pouvoir*, Gallimard, 1993, p.82. Dans ce cadre, « les maîtres d'école devaient donc être non seulement des dispensateurs de savoir mais des « instruments d'éducation politique » ou des « sous-officiers de la démocratie ». *Ibid.* p.86.

[2217] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., p.826. L'auteur considère que cette diffusion « est la seule à même de réduire l'écart entre les producteurs et les destinataires des normes juridiques… », *ibid.*

[2218] Ainsi, les initiatives menées par les associations destinées à expliquer la loi aux jeunes de banlieues apparaissent comme un complément de la communication législative. La méconnaissance de la loi, en particulier par les jeunes de banlieu, conduit des associations à instruire les citoyens sur la loi. Amar Henni explique aux jeunes « que nul n'est censé ignorer la loi et qu'elle est là pour les protéger. ». « Ados ambassadeur de la loi », *Libération* du lundi 30 octobre 2005.

[2219] ROUSSEAU, *Fragments politiques*, « Des lois », cité par G.RADICA, *La loi, textes choisis et commentés*, GF-Flammarion, Coll. Corpus, Paris, 2000, p.151.

[2220] PLATON, *Protagoras*, (326 d). Cité par J. de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, éd. Les belles lettres, Paris, 2002, p.234.

[2221] J. de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, éd. Les belles lettres, Paris, 2002, p.241.

[2222] Voir à cet égard, C.COUTEL, « Pouvoir, raison commune et volonté générale chez Condorcet », in *L'amour des lois*, op. cit., spec. pp.204-207. Du même auteur, voir *La République et l'école*, Paris, Agora, 1991 et « La République et l'école : principes, problèmes, illusions », *Revue politique et parlementaire*, n°962, décembre

citoyens par l'apprentissage de la citoyenneté et des droits de l'homme. La formule du philosophe résume ce parti pris : « le but de l'instruction n'est pas de faire admirer aux hommes une législation toute faite, mais de les rendre capables de l'apprécier et de la corriger (…) Il faut qu'en aimant les lois on sache les juger »[2223].

Les sciences de l'éducation sont le pendant nécessaire des sciences de la communication, qui seules, ne seraient qu'un instrument de manipulation. Au contraire, le développement du niveau d'instruction des citoyens qui permet leur sens critique est la condition de leur participation effective au système démocratique.

Corollaire du principe démocratique et condition d'efficacité de la législation, on conçoit que l'exigence de lisibilité s'impose comme une exigence commune des démocraties contemporaines.

1992. Sur cette question, voir également, J.MUGLIONI, « La République et l'instruction », *L'Enseignement philosophique*, Janv. fév. 1989.

[2223] CONDORCET, *Œuvre complètes*, Publiées par Arago chez Didot, Paris, 1847-1849. Voir spécialement le *Premier mémoire sur l'instruction publique, ibid.* pp.211-213. Sur le sujet, voir également B.BACZO, *Une éducation pour la démocratie. Textes et projet de l'époque révolutionnaire*, Garnier, Paris, 1982.

Chapitre 3

Une exigence commune des démocraties contemporaines

La lisibilité de la loi est une préoccupation légitime des sociétés démocratiques contemporaines. On constate que de nombreux pays considèrent cette question comme centrale dans le cadre de la production normative.

Dans le même temps, les évolutions contemporaines du droit semblent être en totale contradiction avec cette exigence. En effet, le législateur contemporain est confronté aux « défis de la complexité »[2224]. Nous avons plusieurs fois remarqué au cours de cette étude que l'avènement de l'État providence impliquait une intervention de l'État dans tous les domaines de la société, alors que ces derniers se complexifiaient de manière exponentielle. Cette évolution contemporaine du droit qui s'oppose à cette exigence contribue dans le même temps à la rendre d'autant plus impérieuse. L'évolution de l'État conduit ainsi à prendre le droit en tenaille entre d'une part l'exigence de prévisibilité qui induit la précision des normes et d'autre part l'exigence de lisibilité qui suppose davantage de généralité. Ce n'est pas seulement la complexité à laquelle doit faire face le législateur pour assurer l'exigence de lisibilité mais l'ensemble des mutations contemporaines du droit : l'inflation, l'instabilité, l'éclatement des sources… Ces phénomènes d'inflation et de complexification ont ceci de singulier qu'ils ne s'arrêtent pas aux frontières hexagonales. Les défis de la complexité s'imposent aux ordres juridiques nationaux. Il y a ici un phénomène de mondialisation de la crise du droit[2225] qui se traduit par des recherches de légistique formelle dans un certain nombre de pays.

A.Viandier relève à cet égard qu' « en Grande Bretagne une commission fut instituée afin de revoir la rédaction des lois et de suggérer les voies d'une plus grande clarté », « en Belgique, le professeur Delnoy a préconisé la création d'un Institut de légistique et un Traité de légistique formelle a été publié par les services du Premier Ministre en 1982 », « au Canada, plusieurs études ont été menées sur le double thème de la rédaction et de la traduction

---

[2224] Voir D. de BÉCHILLON, *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance ?*, Paris, L'Harmattan, 1994.

[2225] Sur le principe d'intelligibilité dans les jurisprudences des Cours constitutionnelles étrangères, voir P.MALAURIE, « L'objectif d'intelligibilité du droit », *Pouvoirs,* n°114, La loi, note 5, p.133. Cour suprême du Canada, arrêt du 9 novembre 1994, R. C. NOVA Scotia Pharmaceutical Society, 2RCS 606. Cour suprême des Etats-Unis, Grayned U City of Rockford (1972), 408 US, 104.

des lois », « aux USA, la recherche sur ce terrain est permanente grâce au cours de « legislative drafting » prodigué dans de nombreuses universités et ce, depuis fort longtemps ». En la matière, la Suisse fait figure de modèle[2226] avec la Société Suisse de législation et le Centre d'étude de technique et d'évaluation législative. La légistique y occupe une place de première importance dans le champ des disciplines universitaires.

Pour autant, il existe peu de règles juridiques en matière de rédaction des normes susceptibles de s'imposer au législateur. Il est curieux de constater que, lorsqu'elles existent, les règles relatives à la qualité formelle des lois donnent lieu, en France notamment, à l'édiction de circulaires puisque ces dernières se trouvent en bas de l'échelle de la hiérarchie des normes. Si la légistique peut-être présentée comme « une loi pour la loi »[2227], sa valeur devrait logiquement être du niveau constitutionnel. A.Viandier constate que « les règles de forme sont rares ; la grammaire et le style législatif ne sont pas codifiés »[2228] avant de remarquer que « l'exemple suisse est plus fécond » puisque « la loi du G.V.G comporte de nombreuses dispositions relatives à la rédaction des lois »[2229]. Le plus souvent, lorsqu'elles existent, ces règles appartiennent à la catégorie des normes administratives. Leur caractère informatif et incitatif n'en est pas moins utile. Au Canada, le ministère de la justice a publié le « Guide canadien de rédaction législative française », qui prend la forme d'un dictionnaire permanent et dont l'ambition est de « faciliter la rédaction du texte français des projets de loi d'origine gouvernementale »[2230]. En la matière, il convient de relever l'exemple belge. En effet, suite aux recommandations du Bureau de coordination du Conseil d'État, un Traité de légistique fut rédigé en 1982[2231].

En France, la prise en compte de cette préoccupation est ancienne, mais prend la forme de circulaires adressées par le Premier Ministre aux autres membres du Gouvernement. Leur valeur est ainsi purement incitative. Ainsi les circulaires du Premier ministre du 14 juin

---

[2226] Voir notamment, *La décision politique en Suisse. Genèse et mise en œuvre de la législation*, Trad. J.D. DELLEY, éd. Réalités sociales, 1987.

[2227] V. LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in *La confection de la loi*, op. cit. p.210.

[2228] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* op. cit., p.60. Cet auteur relève néanmoins quelques règles de rédaction dans certains pays. Ainsi, « le titre 1 du Code des lois des Etats-Unis, promulgué en 1947, contient des règles générales relatives à la construction des lois, aux formules de promulgation et aux « codes » ». L'auteur précise que l'on trouve même « des indications sur les clauses d'abrogation, les titres des lois d'affectation de crédits, l'impression des projets, la qualité du papier. », *ibid.* p.60.

[2229] *Ibid.* OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale, Berne, Office fédérale de la justice, 2è ed., 2002.

[2230] *Guide canadien de rédaction législative française*, Ottawa, Ministère de la Justice, Préface de M.R. TASSÉ, 1980.

[2231] *Traité de légistique formelle*, Bruxelles, éd. du Moniteur, 1982.

1983[2232] et du 21 mai 1985 évoquent la question des difficultés de la rédaction des lois. On constate ces dernières années une prise en compte accrue de cette problématique : ainsi, de nombreuses circulaires successivement adoptées par les Premiers ministres insistent sur le nécessaire endiguement du phénomène inflationniste. Ainsi la circulaire du Premier ministre du 25 mai 1988 : « La société civile peut être justement irritée par le nombre et la complexité des règles que l'État lui impose… le Volume des textes normatifs composant notre ordonnancement juridique connaît un accroissement continu dont l'étude révèle le caractère excessif ». Par la suite les circulaires du 26 juillet 1995, du 6 juin 1997, du 26 août et du 30 septembre 2003 reviennent sur cet impératif[2233]. L'empilement de ces circulaires ne va d'ailleurs pas sans poser, une fois de plus, la question de l'inflation. Il convient par ailleurs de relever les efforts consacrés par l'administration à la simplification du droit, à la clarté des textes[2234]. En 1994, cette question est évoquée comme « tâche prioritaire » du gouvernement, par le Premier ministre à l'occasion de la déclaration de politique générale[2235]. On peut également relever l'existence d'un guide de l'élaboration de la législation émanant du Secrétariat général du Gouvernement et mis en ligne sur le site internet Légifrance[2236]. Il convient enfin de relever que l'actuel président du Conseil constitutionnel avait présenté en tant que Président de l'Assemblée nationale une proposition de loi constitutionnelle « tendant à renforcer l'autorité de la loi » et qui visait à ériger en norme constitutionnelle certaines qualités formelles de la loi[2237].

L'énumération de ces normes rédactionnelles conduit à s'interroger sur l'existence de normes constitutionnelles, seules capables de s'imposer au législateur. En la matière c'est le

---

[2232] Cette circulaire prévoit ainsi qu' « il faut éviter d'introduire dans les projets des dispositions sans contenu normatif, généralement consacrées à des déclarations de principe ou à la présentation de la philosophie du texte…L'énoncé de principes généraux alourdit le débat, mais une fois adopté, il peut créer des difficultés juridiques : la portée de ces principes reste incertaine pour le juge chargé d'interpréter la loi ou pour l'autorité réglementaire chargée d'élaborer les décrets d'application. Les rédacteurs des projets doivent également respecter la règle de l'économie de moyens…A peine convient-il de rappeler celles qui touchent à la clarté, à la concision, à l'organisation des textes en articles ou en chapitres, encore que la production législative récente ne donne pas toujours, de ces divers points de vue, pleinement satisfaction… ».

[2233] Circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation. Circulaire du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation. Ces circulaires sont reproduites en annexe de l'ouvrage de C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif,* op. cit., p.279 et 283.

[2234] Voir à cet égard les circulaires Rocard précédemment évoquées. Mais également la circulaire du 30 janvier 1997 qui remplace celle du 2 janvier 1993. Ces circulaires sont commentées par R. Libchaber et N. Molfessis, RTDC, juillet-sept 1997, p.780.). Voir Jean-Pierre DUPRAT, « Génèse et développement de la légistique », *in* Roland DRAGO (Dir.), *La confection de la loi,* op. cit., p.22.

[2235] Déclaration de politique générale du Premier ministre devant l'Assemblée nationale, Débats Assemblée nationale, 23 mai 1994.

[2236] SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires,* Paris, 2005.

[2237] Proposition de loi constitutionnelle n°1832 déposée le 5 octobre 2004. Cette proposition de loi vise à insérer un complément à l'article 34 ainsi rédigé : « Sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, elle est par nature de portée normative ».

Conseil constitutionnel qui se trouve à l'origine des exigences constitutionnelles relatives à la lisibilité de la loi.

TITRE II
LES MOYENS AU SERVICE DE L'EXIGENCE DE LISIBILITÉ

Bien avant d'avoir consacré l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi[2238], le Conseil constitutionnel avait fourbi les instruments destinés à améliorer la qualité formelle des lois. La consécration de l'objectif d'intelligibilité s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence empreinte d'un souci de lisibilité de la norme. En effet, les moyens développés pour assurer l'exigence de prévisibilité convergeaient parallèlement pour garantir l'exigence de lisibilité[2239]. Les moyens destinés à assurer l'objectif d'intelligibilité précèdent ainsi sa formulation dans le contentieux constitutionnel.

Ces moyens devraient donc être logiquement les mêmes que ceux énumérés dans la précédente sous partie, c'est-à-dire tous ceux qui favorisent les qualités formelles de la loi. Pourtant, la question mérite d'être posée : tous les moyens qui servent l'exigence de prévisibilité sont-ils pertinents pour assurer l'exigence de lisibilité ? Inversement, tous les moyens qui permettent d'assurer la lisibilité servent-ils dans le même temps l'exigence de prévisibilité ? Dans le cadre de cette recherche, il est apparu nécessaire de distinguer ces deux exigences dans la mesure où l'exigence de lisibilité semble entrer en conflit avec l'exigence de prévisibilité. Ainsi, lorsque la prévisibilité commande tendanciellement des surcroîts de précision, la lisibilité suppose inversement une économie de mots ou le recours à la généralité[2240].

De ce point de vue, la consécration de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité apparaît utile dans la mesure où il traduirait une exigence qui déborde celle de la prévisibilité. Pourtant, on doit reconnaître que, pour être prévisible, la loi doit être lisible. Était-il dès lors nécessaire pour le juge constitutionnel de disposer d'un surcroît de justification pour imposer certaines qualités formelles à la loi ? L'importance accordée à la codification mais également

[2238] Décision 99-421 DC, précitée.
[2239] On pense notamment au principe de clarté de la loi. Voir *infra*, Sous partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 2.
[2240] Sur cette opposition, voir V. LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in *La confection de la loi*, op. cit. p.210. Voir également de la même auteur, sa thèse précitée qui présente l'opposition entre les techniques législatives de précision et les techniques législatives souples. Voir enfin l'article précité de A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté ou l'ambiguïté d'un idéal », *CCC*, n°21. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

au « style » du législateur pouvait être rattachée à l'exigence de prévisibilité, mais le juge constitutionnel français a fait le choix de cette consécration, semble-t-il à dessein d'annoncer la poursuite d'une autre exigence, transcendant celle de « prévisibilité ». Consacrer l'objectif était stratégiquement intéressant pour le Conseil constitutionnel dans la mesure où il constituerait le point d'appui à la consécration de nouvelles qualités formelles de la loi. La consécration de l'objectif d'intelligibilité de la loi constitue une étape charnière entre la poursuite de l'exigence de prévisibilité et celle de lisibilité. Elle parachève la construction jurisprudentielle du Conseil constitutionnel pour imposer un principe de sécurité juridique (« prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution »)[2241] et elle offre parallèlement au Conseil constitutionnel un nouvel appui pour imposer à la loi de nouvelles qualités tournées vers une exigence transcendante : la lisibilité.

Si, chronologiquement, l'exigence de prévisibilité précède l'exigence de lisibilité dans la jurisprudence du Conseil, il apparaît que cette dernière est ontologiquement première. À l'instar du principe d'égalité, dont le Doyen Vedel affirmait qu'il précédait et impliquait la liberté[2242], nous considérons que l'exigence de lisibilité transcende logiquement l'exigence de prévisibilité. En effet, fondée sur le principe démocratique et l'égalité des citoyens devant la loi, elle englobe tout en la dépassant la prévisibilité puisque cette dernière devient une conséquence de la lisibilité de la loi.

Pour assurer cette exigence, le Conseil constitutionnel se cantonne à être un gardien des articles de la Constitution. Mais il se livre de plus en plus à une activité d'interprétation téléologique pour en déduire la nécessité constitutionnelle de soigner la qualité formelle de la loi. C'est l'exercice auquel il se prêtera en 1998 en créant l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. À la suite de cette consécration, le Conseil constitutionnel a considérablement fait évoluer sa jurisprudence en matière de qualité formelle des lois, renforçant ses exigences relatives au contrôle des amendements, sanctionnant les dispositions dénuées de toute portée normative ou délégalisant d'office des dispositions réglementaires. Ces nombreuses avancées apparaissent ainsi comme étant les suites logiques de la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité. Elles constituent en quelque sorte les autres moyens mis en œuvre pour réaliser le même objectif.

[2241] Voir *infra*, les nombreuses décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel justifie la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi par cette nécessité de « prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution » et notamment la décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002. *Loi de modernisation sociale*. Recueil, p. 49.

[2242] G.VEDEL, « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, La Documentation française, Paris, 1990, pp.172-173.

Cet objectif constitue dans le même temps un fondement et un moyen. Il est un moyen d'assurer l'exigence de lisibilité (chapitre 1), et il constitue le fondement des autres moyens partageant cette même finalité (chapitre 2).

Chapitre 1

La consécration de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi

> *« … l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui impose, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques… »*[2243]

> *« La loi n'est pas faite seulement pour les juristes, mais pour l'ensemble des citoyens » (J.-C.Bécane)*[2244]

> *« L'histoire, comme la linguistique, confirme que l'intelligibilité des lois a toujours été recherchée sans avoir jamais été atteinte. » (P.Malaurie)*[2245]

La consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi a fait couler beaucoup d'encre depuis 1999[2246]. Cet objectif constitue dans le même temps un aboutissement et un renouveau de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un aboutissement dans la mesure où il vient parachever l'édifice jurisprudentiel construit autour de l'exigence de prévisibilité et un renouveau dans la mesure où il ouvre une brèche pour imposer à la loi des qualités attachées à l'exigence de lisibilité de la loi.

Ce renouveau se traduit par un élargissement des fondements invoqués par le Conseil constitutionnel à l'appui de la consécration de l'objectif. Les qualités formelles de la loi ne

---

[2243] Décision 99-421 DC précitée. On retrouve une formulation équivalente dans la décision 2004-494 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel considère « qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ». Décision 2004-494 DC du 29 avril 2004. *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*. Recueil, p. 91, (cons. 10).

[2244] J.-C. BÉCANE, « La loi revisitée. Réflexion sur les rapports entre la loi et l'État de droit », in *Mélanges Pierre Avril, La République*, Montchrestien, 2001, p.180.

[2245] P.MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n°114, La loi, p.135. L'auteur évoque la crise perpétuelle du droit et la mise en œuvre cyclique des remèdes. « L'intelligibilité des lois est une utopie et un éternel retour. », *Ibid.*, p.137.

[2246] Voir notamment les commentaires de P.AVRIL et J.GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française (1er octobre – 31 décembre 1999) », *Pouvoirs*, n°93, 2000, p.238 et pp.249-250. J.-E. SCHOETTL, *AJDA*, 2000, p.31 ; M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS, *D*, 2000, Chroniques p.361 ; B.MATHIEU, *D.* 2000, n°4, Point de vue, p.VII ; B.MATHIEU et M.VERPEAUX, *LPA*, 28 juillet 2000, n°150, p.15 ; D.RIBES, *RFDC*, 2000, p.120 ; N. MOLFESSIS, *RTDciv*, 2000, p.186.

sont plus exigées au nom du « principe clandestin » de sécurité juridique[2247], mais sur le fondement de principes fondamentaux tels que l'égalité, la garantie des droits ou encore le principe de liberté. La consécration de cet objectif traduit ainsi un élargissement des bases textuelles permettant d'imposer au législateur des exigences touchant à la forme des lois. Cet élargissement pose alors la question des conséquences contentieuses qui peuvent résulter de l'existence de cet objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Constitue-t-il un nouveau moyen contentieux permettant au juge constitutionnel, le cas échéant, de censurer des lois ? Ces censures iront-elles plus loin que ce que permettait déjà le principe de clarté ? Quel est le mode d'emploi de ce nouvel instrument ?

Il conviendra d'envisager les fondements de la consécration de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (section 1) avant d'étudier les conséquences contentieuses de cet objectif de valeur constitutionnelle (section 2).

[2247] Voir l'article plusieurs fois cité de B.MATHIEU, in *Mélanges Patrice Gélard. Droit constitutionnel*, Paris, Montchestien, 1999, p.301.

Section 1 Les fondements qui justifient cette consécration

Le Conseil constitutionnel n'est pas avare en commentaires pour justifier la constitutionnalisation de cet objectif de valeur constitutionnelle. Dès sa décision de 1999, il expose les bases juridiques de l'objectif d'intelligibilité[2248]. Cette justification se fonde alors sur une conception classique de la loi, très proche de celle que défend une partie de la doctrine contemporaine (voir *supra*, Introdution). Mais, au-delà des justifications avancées par le Conseil constitutionnel, il convient d'envisager les fondements implicites de la consécration de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Nous envisagerons successivement les fondements explicites (§1) et les fondements implicites de cette consécration (§2)

§1 Les fondements explicites de l'objectif

Il convient de constater que cet objectif n'est pas explicitement consacré par nos textes constitutionnels. Comme les autres objectifs de valeur constitutionnelle, celui-ci est déduit d'une interprétation téléologique de la Constitution. De sa réalisation dépend l'effectivité d'autres principes et règles explicitement consacrés[2249]. Le lien entre ces règles explicites et l'objectif dégagé est présenté comme logique par le juge. L'intelligibilité et l'accessibilité de la loi seraient des corollaires implicites mais nécessaires au plein effet des articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui sont ici visés par le Conseil. Pour le Conseil constitutionnel, l'objectif d'intelligibilité est induit par les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame le principe d'égalité. Le principe d'égalité devant la loi, énoncé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen supposerait la possibilité pour l'ensemble des citoyens d'accéder à

[2248] Dans sa décision 99-421 DC, précitée, le Conseil constitutionnel considère « qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la « garantie des droits » requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel « cet exercice n'a de borne que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas »

[2249] « …l'existence de l'objectif… n'est pas explicitement mais implicitement consacrée par la Constitution. Dans la décision n°99-421 DC (…), la volonté du Conseil constitutionnel de rattacher celui-ci à des textes est manifeste. L'objectif est en effet rattaché aux articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme. Ces fondements sont pertinents, car l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont impliquées par l'égalité des citoyens…». P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in R.Drago (dir.), *La confection de la loi* op.cit., p.103.

la loi et de la comprendre[2250]. En effet, la complexité accrue de la législation emporte la nécessité de recourir aux savants juristes pour décrypter le langage de la loi. Les citoyens ne se trouvent plus placés dans une situation identique face à la loi. Le rattachement de la qualité formelle des lois au principe d'égalité est récurrent dans la doctrine. Dans son fameux rapport pour 1991, le Conseil d'État rappelait les enjeux de la qualité des lois au regard du principe d'égalité : « Mais si l'on n'y prend garde, il y aura demain deux catégories de citoyens : ceux qui auront les moyens de s'offrir les services des experts pour détourner ces subtilités à leur profit, et les autres, éternels égarés du labyrinthe juridique, laissés pour compte de l'État de droit »[2251]. La liaison entre la qualité des lois et le principe d'égalité était également mise en exergue par Bentham qui expliquait qu'un des objectifs de la qualité des lois est de mettre fin aux privilèges de la caste des juristes de comprendre le droit[2252]. Ce privilège de profession est porteur d'inégalité entre les citoyens eux-mêmes en discriminant ceux qui peuvent s'offrir les services de l'homme de droit et ceux qui ne le peuvent pas. Condorcet expliquait ainsi dans son Premier mémoire sur l'instruction publique : « lorsque la confection des lois, les travaux d'administration, la fonction de juger deviennent des professions particulières réservées à ceux qui s'y sont préparés par des études propres à chacune, alors on ne peut plus dire qu'il règne une véritable liberté. Il se forme nécessairement dans une nation une espèce d'aristocratie, non de talents ou de lumières, mais de professions (…). Le pays le plus libre est celui où un plus grand nombre de fonctions publiques peuvent être exercées par ceux qui n'ont reçu qu'une instruction commune »[2253]. Dans le même sens, beaucoup d'auteurs contemporains ont mis l'accent sur les conséquences de la dégradation de la qualité de la norme sur le principe d'égalité[2254].

[2250] « Pour être égaux devant la loi, les citoyens doivent tous pouvoir la connaître et la comprendre, sinon ceux qui ne la connaîtraient pas ou ne la comprendraient pas seraient dans une position d'infériorité devant la loi… ». P. de MONTALIVET, « La judiciarisation de la légistique », art. cit. p.103-104.

[2251] Voir le rapport précité du Conseil d'État, *EDCE*, n°43, 1991, p.20. Dans le même sens, voir : Entretien par Josseline de Clausade « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? » La Semaine Juridique Edition Générale n° 12, 22 Mars 2006, I 121 : « Depuis Lacordaire, « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». Inutile de préciser que seul le fort peut aujourd'hui, à grands renforts de conseillers juridiques et fiscaux, s'y retrouver dans ce véritable maquis législatif. »

[2252] « Il ne faudra point d'école de droit pour l'expliquer, point de professeurs pour le commenter, point de glossaires pour l'entendre, point de casuistes pour en dénouer les subtilités ». J.BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, extrait des manuscrits de M.Jérémie Bentham, par Et. Dumont, 2ème éd., tome 3, Paris, 1820, p.399.

[2253] Premier mémoire sur l'instruction publique, reproduit dans CONDORCET, *Œuvres complètes*, éditées par Arago, chez Didot, Paris, 1847-1849. Cité par C.COUTEL, « Pouvoir, raison commune et volonté générale chez Condorcet », in *L'amour des lois,* op. cit. p.206.

[2254] Ce lien entre la qualité formelle de la norme et l'égalité entre les citoyens est établi par de nombreux auteurs classiques et modernes. Pour D.Gutmann, « l'égalité des citoyens est au cœur de l'objectif de simplification du langage législatif ». D.GUTMANN, « L'objectif de simplification du langage législatif », in Nicolas Molfessis

En outre, le Conseil constitutionnel considère que l'objectif est nécessaire au respect de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui pose l'exigence de la garantie des droits. Les fondements de l'État de droit reposeraient sur la connaissance par les citoyens de leurs droits et libertés dans leur étendue comme dans leurs limites. L'arbitraire résultera en effet de l'indétermination des règles qui nous seront applicables. La protection par la loi suppose ainsi la connaissance préalable de la loi[2255]. On retrouve ici une logique de sécurité juridique qui relève donc de l'exigence de prévisibilité. À ce titre, ce fondement englobe la totalité des droits et des libertés (voir supra, Sous partie I, Titre I, Les fondements de l'exigence de prévisibilité).

Les articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen sont également présentés par le Conseil constitutionnel comme des fondements de la consécration de l'objectif d'intelligibilité : « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». P. de Montalivet en tire la conclusion suivante : « Pour connaître les limites de ces droits, il importe donc de savoir si la loi pose une interdiction ou une obligation…L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi exclut ainsi l'arbitraire puisque celui-ci se sert de l'imprécision de la loi pour porter atteinte à la sûreté des individus. La précision de la loi est donc une garantie des droits de la personne. »[2256].

Cette multiplicité des fondements explicites de l'objectif d'intelligibilité[2257] conduit à s'interroger sur sa qualité de « principe matriciel »[2258]. Certains auteurs ont en effet mis en doute la nécessité de consacrer sous la forme d'objectif ce qui constitue une exigence d'intérêt général[2259]. En effet, outre les références explicitement avancées par le Conseil constitutionnel, d'autres fondements auraient pu pareillement être présentés comme

---

(dir.), *Les mots de la loi*, op. cit., p. 76. L'auteur explique que l'égalité des citoyens « est tout d'abord ce qui justifie théoriquement l'objectif, car l'égalité des citoyens commande leur égal droit à accéder à une meilleure compréhension de la loi. », *ibid*. Voir également, C.PUIGELIER, « La maxime : nul n'est censé ignorer la loi », in C. Puigelier (dir.), *La loi. Bilan et perspectives*, op. cit.

[2255] « L'objectif trouve également son fondement dans l'article 16 de la Déclaration, qui proclame la garantie des droits, et dans son article 4, qui fixe les limites de la liberté. En effet, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont des garanties de l'effectivité de l'ensemble des droits et libertés constitutionnels. Pour que les citoyens puissent exercer – autrement dit, pour que ces droits puissent être protégé -, il faut que ces citoyens connaissent ces droits à la fois dans leur existence et dans leurs limites. Or la loi fixe les conditions d'exercice des droits et libertés, notamment les limites de ceux-ci. Les citoyens doivent donc connaître suffisamment la loi, ce qui suppose qu'ils y aient accès et qu'ils en comprennent le contenu. ». P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique », art.cit. p.104.

[2256] *Ibid.,* p.104.

[2257] P. de MONTALIVET évoque « la multiplicité de ses fondements constitutionnels et de ses sources matérielles ». *Ibid.,* p.104.

[2258] Voir sur cette notion B.MATHIEU, « Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection des droits de l'homme », *D.*, 1985, Chron., p.211.

[2259] Voir à cet égard, la chronique constitutionnelle de P.AVRIL et J.GICQUEL, *Pouvoirs,* n°93, 2000, p.244.

nécessairement impliqués à cet objectif. Suivant la logique d'induction du Conseil, on peut ainsi considérer que l'ensemble du système juridique dans une démocratie semble reposer sur le pilier de la connaissance – et donc la lisibilité - des lois par les citoyens.

§2 Les fondements implicites de l'objectif

Les fondements très larges de l'objectif d'intelligibilité de la loi conduisent à en faire un objet juridique « attrape-tout », à l'instar du principe de sécurité juridique, d'ailleurs lui-même absorbé par l'intelligibilité et l'accessibilité. En effet, l'objectif d'intelligibilité constitue un moyen de diffusion de l'exigence de sécurité juridique[2260], puisqu'elle suppose fondamentalement la nécessité pour les citoyens de connaître les limites de leurs droits et libertés. Cette dimension de l'objectif conduit à s'interroger sur sa qualité de « principe matriciel » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Comme le principe constitutionnel d'ordre public qui conditionne l'effectivité de l'ensemble des droits et libertés[2261], l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi fait figure de principe matriciel dans la mesure où il est impliqué par chacun des droits fondamentaux. Dans le prolongement de la démarche empruntée par le Conseil constitutionnel, on peut ainsi envisager d'autres fondements possibles à la consécration de cet objectif. En effet, l'interprétation téléologique de la Constitution doit conduire à constater que d'autres principes et règles de valeur constitutionnelle dépendent dans leur effectivité de cette intelligibilité de la loi. À ce titre, on peut considérer que chacun des droits et chacune des libertés proclamés par la Constitution constituent un fondement potentiel de l'objectif. Il en est de même pour le principe démocratique qui resterait illusoire si les lois n'étaient pas intelligibles.

L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi peut aisément être rattaché à l'ensemble des droits et libertés de valeurs constitutionnelles. Il est pour ainsi dire mis au service de leur effectivité[2262]. Pour P. de Montalivet, il constitue « une condition d'effectivité

[2260] Une grande partie de la doctrine a perçu à travers la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité, une amorce de constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique. Voir dans ce sens, J.-E. SCHOETTL, *AJDA*, 2000, p.34 ; D. RIBES, *D*, 2000, p.425. Voir également, B.MATHIEU, « La sécurité juridique : un produit d'importation dorénavant made in France, *D.* 2000, n°4, p.VII et N.MOLFESSIS, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTDciv*, 2000, p.188. La thèse d'A.-L. VALEMBOIS traite largement de cette question. Voir, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., pp.282-289.

[2261] Voir décision 85-187 DC du 25 janvier 1985.

[2262] J.-M. LARRALDE, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA*, 19 novembre 2002, n°231, p.12. Voir également en ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS, « Le principe constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, Chron, p.365.

des droits et libertés constitutionnels, puisqu'il permet aux citoyens de connaître le contenu et les limites de leurs droits. Sans cette connaissance, ceux-ci ne peuvent complètement exercer ces droits. ». Cette démonstration étant susceptible de s'appliquer à chacun des droits et chacune des libertés de valeur constitutionnelle, le même auteur en déduit qu' « il ne serait donc pas impossible de rattacher l'objectif à l'ensemble des dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés. »[2263].

En outre et surtout, l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité est le corollaire du principe démocratique (voir *supra*, Titre I, Les fondements de l'exigence de lisibilité). En ce sens, pour P. de Montalivet il convient de « se demander si l'objectif ne pourrait pas être rattaché à l'article 1er de la Constitution qui proclame que « La France est une République …démocratique »[2264]. Dans le même sens, M. Verpeaux considère que les qualités exigées par le Conseil constitutionnel résultent d' « une obligation qui peut résulter d'un impératif démocratique »[2265]. Ce lien entre les qualités formelles de la loi et le principe démocratique est une constante dans l'histoire des idées. À l'époque contemporaine, de nombreux auteurs ont établi ce lien[2266] qui est incontournable dès lors que l'on postule que le principe même de la démocratie suppose un contrôle exercé par les citoyens sur leurs gouvernants. Lorsque la démocratie représentative consiste à déléguer des compétences à des représentants, elle implique la nécessité pour les citoyens de prendre connaissance de ce qui a été fait en leur nom. La crise de la loi est alors indissociable de la crise du politique et de la démocratie représentative[2267]. P. de Montalivet remarque ainsi que « le contrôle par le peuple de ses représentants suppose que le peuple connaisse suffisamment les normes adoptées par ceux-ci. »[2268]. Dans le même sens, l'intelligibilité est également nécessaire lorsque le peuple doit se

---

[2263] P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique », art. cit., p.104. Cet auteur évoque à titre d'illustration le rattachement de l'objectif à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en tant qu'il implique un droit à l'information. Il relève à cet égard que l'article 2 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits de citoyens dans leurs relations avec l'administration (JO du 13 avril , p.5646) consacre une liberté d'accès aux règles de droit applicables aux citoyens : « le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par le présent chapitre en ce qui concerne la liberté d'accès aux règles de droit applicables aux citoyens ».

[2264] P. de Montalivet en arrive également à ce constat : « de même, d'une manière générale, l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi peut être vu comme une condition de la démocratie. ». *Ibid.,* pp.104-105.

[2265] M. Verpeaux, évoquant la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel explique que le juge constitutionnel « exprime de manière assez claire les raisons qui obligent la loi à posséder un certain nombre de qualités pour être une « vraie » loi. ». M.VERPEAUX, « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.* 2005, Chron. p.1888.

[2266] Sur cette question voir, G.CAUSSIGNAC, « Une législation claire », *in* R.C. Bergeron (dir.), *Essais sur la rédaction législative*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, publié en collaboration avec le ministère de la justice d'Ukraine et le centre de réforme du droit et de rédaction législative, 1999, p.117.

[2267] En ce sens, B.MATHIEU, *La loi*, op. cit., p.71.

[2268] P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique », art. cit., p.105.

prononcer par référendum sur une proposition des représentants de la nation[2269]. La victoire du « non » lors du référendum relatif au Traité instituant une Constitution pour l'Europe trouve ici une hypothèse explicative sérieuse. Les citoyens étaient-ils à même de pouvoir déchiffrer un texte d'une complexité et d'une lourdeur aussi considérable[2270] ? Peut-on consentir, dans ces conditions, à un texte que l'on ne comprend pas ou mal ?

Il apparaît ainsi que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi est au cœur des principes consacrés en 1789. À cet égard, l'interprétation téléologique du Conseil constitutionnel est loin d'être déconnectée de l'esprit de ce texte. L'idéalisation de la loi en 1789 a peut-être conduit les constituants à se dispenser d'une référence explicite à la qualité formelle des lois, qui leur semblait acquise par principe. Néanmoins, la lecture de ce texte permet d'isoler quelques références assez claires au principe de lisibilité de la loi. Dans le préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les constituants font référence à « l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme » comme les causes du malheur public. Ils proclament que la vocation de la Déclaration est d'être « constamment présente à tous les membres du corps social ». Ces considérations illustrent de manière très claire la nécessaire réception par les citoyens de leurs droits et devoirs contenus dans la loi[2271]. Dans le même préambule, les révolutionnaires précisent leur ambition d'exprimer « des principes simples et incontestables » sur lesquels les citoyens pourront désormais fonder leur réclamation[2272]. Cette interprétation n'est pas excessive dans la mesure où elle se trouve corroborée par la pratique de l'Assemblée constituante. Dans un décret des 16-24 avril 1790, les révolutionnaires prévoient que « les lois civiles seront revues et réformées par les législateurs et il sera fait un Code général des lois simples, claires et appropriées à la Constitution »[2273].

[2269] À cet égard, le Conseil constitutionnel impose une exigence de loyauté des consultations populaires. Voir notamment la décision 87-226 DC du 2 juin 1987. *Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie.* Recueil, p. 34

[2270] P. de MONTALIVET remarque ainsi : « La sincérité des consultations référendaires suppose également la connaissance suffisante par les citoyens des projets de loi qui leur sont soumis, même si la compréhension de ceux-ci se fait parfois par l'intermédiaire des spécialistes. ». « La juridicisation de la légistique », art. cit., p.105.

[2271] P. de MONTALIVET explique à cet égard : « En outre, on pourrait peut-être interpréter de manière extensive le Préambule de la déclaration des droits de l'homme pour considérer qu'il implique l'accessibilité de la loi. » « On pourrait considérer que la condamnation de l'ignorance des droits de l'homme implique a contrario l'obligation pour l'Etat d'assurer l'accessibilité des normes garantissant et mettant en œuvre les droits de l'homme. Cette interprétation pourrait cependant paraître excessivement constructive », *ibid.*, p.105.

[2272] « les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous ». P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique », art. cit. : « Le préambule de la Déclaration fait d'ailleurs référence à la simplicité des principes que proclame celle-ci… Cette simplicité n'est pas sans lien avec l'intelligibilité ». *Ibid.* note 4 de la page 103.

[2273] Cité par D.GUTMANN, « L'objectif de simplification du langage législatif », in N.Molfessis (Dir.), *Les mots de la loi*, op. cit. p.74.

Le Conseil constitutionnel n'a donc pas été jusqu'à justifier la consécration de cet objectif sur le principe démocratique. Néanmoins, la pluralité des fondements constitutionnels invoqués à l'appui de la consécration de l'objectif semble avoir été le contrepoids nécessaire à l'audace du juge constitutionnel dans l'exercice de son pouvoir d'interprète-créateur[2274]. Au-delà des fondements de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, reste maintenant à envisager les conséquences contentieuses de cette consécration.

[2274] M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS mettent à cet égard en exergue le fait que la consécration de l'objectif est passée par un *obiter dictum*, qui traduit le degré ultime de la puissance du juge. Voir, « Le principe constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, Chron. p.365.

Section 2 Les conséquences contentieuses de cette consécration

La consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité soulève toute une série de questions liées à ses conséquences contentieuses. La nature d'objectif permet tout d'abord de penser qu'il ne s'agit pas d'un droit subjectif appartenant aux citoyens, mais plutôt d'une norme dont le destinataire est le législateur[2275]. De ce point de vue, la notion d'objectif est ambiguë dans la mesure où, s'il s'agit d'un objectif s'adressant au législateur, il constitue en réalité pour le juge constitutionnel un moyen contentieux permettant d'imposer au législateur de nouvelles contraintes. La question se pose alors de savoir quelles sont les conséquences contentieuses de sa consécration. Jusqu'où le juge constitutionnel a-t-il été dans l'exploitation du potentiel de ces deux termes. Pour ce faire, il conviendra de s'interroger sur les significations possibles des termes de cet objectif (accessibilité et intelligibilité) pour mesurer les implications contentieuses concrètes de cette consécration.

La signification des termes d'intelligibilité et d'accessibilité donne la mesure d'un idéal impossible à atteindre (§1). L'application jurisprudentielle de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité traduit alors le réalisme du Conseil constitutionnel (§2). Ce réalisme et la faible normativité de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité nous conduiront enfin à s'interroger sur les dangers que représente cette consécration (§3).

§1 La signification des termes en question : La mesure d'un idéal

La première question que pose la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité concerne les significations possibles de ces termes. À cet égard, les notions d'intelligibilité et d'accessibilité sont caractérisées par leur extensibilité et donc par leur flou. Si l'affirmation des qualités de simplicité, de clarté et de concision remonte à l'Antiquité, ces qualités stylistiques ont rarement été jugées atteintes dans la réalité. L'explication de ce décalage - entre l'affirmation d'une nécessité et sa concrétisation pratique - s'explique en partie par l'irréductible flou qui entoure ces différentes notions. Il faut à cet égard constater

[2275] P. de MONTALIVET explique à cet égard « Leur qualité d'objectif de valeur constitutionnelle signifie que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi ne sont pas des droits subjectifs mais des conditions objectives d'effectivité des droits et libertés constitutionnels ainsi que des moyens de limitation de ceux-ci. Elles font partie d'une catégorie de normes constitutionnelles qui ont pour destinataire le législateur. ». P. de MONTALIVET « La juridicisation de la légistique », art. cit., p.100. Voir également dans ce sens, N.MOLFESSIS, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTDciv*, 2000, p.189.

qu'en constitutionnalisant une exigence issue de la légistique formelle[2276], le Conseil constitutionnel se ménage une marge d'interprétation considérable[2277]. Ce flou des termes rend compte de leur souplesse et de leur élasticité puisque l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité couvre potentiellement tout le champ de la légistique formelle et matérielle. L'analyse de leur signification permet d'envisager l'ambition que constitue la poursuite d'un tel objectif. En outre, il conviendra d'envisager le caractère indissociable de ces deux termes, mis au service d'une même exigence de transparence démocratique.

Nous envisagerons successivement les termes d'accessibilité (A) et d'intelligibilité (B) avant de mettre en lumière leur caractère indissociable (C).

A/ L'accessibilité

Le terme d'accessibilité est éminemment polysémique. En effet, ce terme pouvait être entendu dans un « sens large » comme désignant à la fois la faculté de disposer des textes juridiques (d'y avoir accès physiquement) et comme la faculté de les comprendre (d'y avoir accès intellectuellement). La doctrine confère à ce terme une signification restreinte : il s'agit en effet de « la possibilité de trouver physiquement le droit applicable. »[2278]. Il faut donc entendre par accessibilité, la possibilité matérielle de trouver les textes de loi. À cet égard, la codification est présentée par le Conseil constitutionnel comme un remède destiné à assurer l'accessibilité de la loi. Mais, en dehors de la codification, la diffusion des textes normatifs sur les réseaux informatiques constitue également un moyen de réalisation de cet objectif d'accessibilité des textes. D'une manière générale, et dans son acception restreinte, ce terme semble impliquer toutes les mesures destinées à favoriser la diffusion du droit. Cette diffusion

[2276] Pierre de Montalivet explique ainsi que « cette accessibilité et cette intelligibilité peuvent être considérées en effet comme des préceptes issus de la légistique formelle, cette branche de la légistique qui est constituée des principes et connaissances tendant à améliorer la communication législative et la compréhension des textes législatifs », « ainsi, on assiste à une transposition d'exigences issues de la légistique dans le domaine juridique. ». P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », art. cit., pp.99-100. Dans sa thèse relative aux objectifs de valeur constitutionnelle, P. de Montalivet met également l'accent sur le caractère flou de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. *Thèse précitée*, pp.321-329.

[2277] P. de MONTALIVET explique : « En revanche, l'opportunité de la transposition de ces préceptes tirés de la légistique dans le domaine juridique peut être discutée. On peut en effet estimer que le caractère flou de ces exigences conduit à conférer au juge une subjectivité excessive ». P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », art. cit., p.102.

[2278] *Ibid.* Cette restriction du sens s'explique aisément par la coexistence du terme « accessibilité » avec celui d'intelligibilité. Si la notion d'accessibilité avait été entendue comme la qualité d'un texte d'être à la hauteur de l'entendement du citoyen ordinaire, elle aurait tout simplement absorbé la signification du terme « intelligibilité ».

est en effet considérée comme une mission de service public même lorsqu'elle est exercée par une personne privée[2279]. La question de la diffusion des textes est récurrente dans notre histoire et l'on peut constater que les modalités varient d'une époque à l'autre (1). L'époque actuelle se situe entre le classicisme et la modernité (2).

1) Les modalités de la diffusion du droit dans l'histoire

L'accessibilité des lois est une préoccupation consubstantiellement liée au phénomène juridique. L'édiction d'une norme suppose son accessibilité qui est une condition *sine qua non* de son observance par ses destinataires. On doit néanmoins constater que le législateur n'est pas toujours désireux de rendre accessible sa production aux destinataires, afin de préserver un pouvoir de nature arbitraire. On peut évoquer à cet égard la légende du Tyran plaçant les lois si haut que personne ne pouvait les lire[2280]. Dans ce cas – et au-delà de l'incertitude liée au contenu de la loi - c'est l'édiction même de la règle qui doit être mise en doute. L'accessibilité est très intimement liée à la visibilité des lois. La question est alors de savoir comment assurer cette visibilité.

Dans l'Antiquité, on privilégiait les lieux publics comme support de la loi. M. Corbier explique que « l'espace public est investi d'une fonction fondamentale, c'est à lui qu'il appartient de conserver, inchangés, sous le regard ininterrompu de tous et à l'abri de toute manipulation, les textes essentiels à la vie de la cité et au statut des individus. »[2281]. Les lois de Solon et de Dracon sont un modèle du genre du point de vue de leur mode de publication destiné avant tout à satisfaire « le confort du lecteur. » On rapporte l'exemple d'une loi sacrée de Sélinonte qui était « gravée sur une plaque de plomb repliée sur un axe en bois » qu'il suffisait de « faire pivoter pour pouvoir en lire successivement les deux faces »[2282]. Il ressort

[2279] Voir à cet égard l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 17 décembre 1997 dans l'affaire Ordre des avocats de Paris. Recueil Lebon p.491. Par la suite, la loi du 12 avril 2000 est venue confirmer cette position. Cette loi dispose en son article 2 que « les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent » et affirme enfin que « la mise à disposition et la diffusion de textes juridiques constituent une mission de service public ». Loi n°2000-321, JO du 13 avril 2000, p.5646.

[2280] Voir A. VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit. p.59. L'auteur renvoie à HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Vrin, p.235. M. CORBIER évoque, l'exemple de l'empereur romain Caligula, qui avait affiché une loi en lettres minuscules dans une ruelle obscure. M.CORBIER, « L'écriture dans l'espace public romain », in *L'Urbs, espace urbain et histoire*, Colloque international de Rome 1985, 1987, pp.27-60. Cité par J.-M.BERTRAND, *De l'écriture à l'oralité. Lectures des lois de Platon*, op. cit. p.115.

[2281] M.CORBIER, « L'écriture dans l'espace public romain », op. cit., pp.27-60.

[2282] Voir PLUTARQUE, *Vie de Solon*, 25, 1. et R. STROUD, *The Axones and Kyrbeis of Dracon and Solon*, Berkley, 1989, p.41. Cité par J.-M.BERTRAND, *De l'écriture à l'oralité. Lectures des lois de Platon*, op. cit. p.115.

de cette histoire antique la volonté d'exposer les textes « dans l'endroit le plus en vue de la cité de telle sorte que tout le monde pût savoir où les trouver et en connaître »[2283].

Au moment de la révolution de 1789, la question s'est posée de savoir comment assurer cette visibilité des lois. Olivier Ihl évoque la cérémonie de publication de la Loi imaginée par les révolutionnaires : « En 1790, les constituants imaginent un projet consistant à promulguer la loi par le biais de l'érection d'une colonne triangulaire dans chaque chef-lieu de département, de district et de canton, colonne qui devait traduire la majesté de cette notion. Le terme de majesté, qui dérive de *majestas*, définissait, en droit romain, l'éclat spécifique qui assure la prééminence d'un pouvoir aux yeux de tous. Cette colonne qui surgit dans chaque commune est celle de la Loi, qui prétend s'inscrire dans l'âme des citoyens…Cette colonne triangulaire accueille, trois jours durant, de curieux spectacles. Voici un procureur syndic qui s'avance, suivi de deux administrateurs publics, d'une petite garde nationale, qui veillera sur le précieux monument, et d'un héraut public, avançant au son du tambour. Le placard ainsi imprimé doit rester trois jours, exposé à tous et protégé par tous. Ensuite, le texte de la loi est censé « être jeté dans un brasier ardent », la loi étant désormais réputée marquée dans l'âme des citoyens. Le monument, pour provisoire qu'il était, remplissait donc une fonction symbolique »[2284]. Ce récit rend compte du lien indissociable unissant le souci d'accessibilité du droit et les moyens communicationnels – en l'occurrence la cérémonie publique – destinés à assurer cette accessibilité. Ainsi la notion d'accessibilité s'étend-elle à l'attractivité du support permettant la diffusion du droit.

La codification constitue également un moyen ancestral de diffusion du droit (voir *infra*, Chapitre 2, Section 3). Historiquement, le code regroupe sous la forme de décalogue les règles juridiques essentielles de la société. La codification participe de la réalisation de cet objectif d'accessibilité puisqu'elle assure le regroupement de règles éparpillées dans un seul document portant sur un domaine défini. Outre, l'aspect pratique de ce moyen de diffusion, la codification présente un intérêt en termes de communication.

2) La diversité des modes contemporains de diffusion : entre classicisme et modernité

[2283] J.-M.BERTRAND, *De l'écriture à l'oralité. Lectures des lois de Platon*, op. cit. pp.115-116.Les athéniens iront loin dans la réalisation de cette exigence : « Pour que les documents pussent être connus, les stèles étaient parfois gravées en deux ou plusieurs exemplaires, érigées en divers lieux dont on savait qu'ils étaient particulièrement passants même s'ils n'étaient pas des lieux spécifiquement consacrés à l'activité politique »., *ibid.*

[2284] Olivier IHL, in *Vive la loi,* op. cit., p.33-34.

L'époque contemporaine est caractérisée par la diversité des moyens de diffusion du droit, regroupant des moyens très classiques et des moyens plus modernes.

Le Journal officiel s'est largement imposé comme le moyen courant de diffusion des lois. Il constitue, selon le slogan officiel, « le plus court chemin entre la loi et vous »[2285]. Ce moyen de diffusion du droit a largement entretenu le « mythe » de la connaissance de la loi[2286]. Il est clair que ce moyen présente d'incontestables limites dans la mesure où il informe davantage sur le flux des lois adoptées que sur le droit applicable[2287]. En outre, la limite essentielle de ce moyen de diffusion du droit réside dans sa formalisation. Il apparaît évident que le JO reste un outil de diffusion relativement peu attrayant pour les citoyens. Au-delà de son épaisseur qui va croissant au fil des ans, les choix de présentation et de typographie ne jouent pas en faveur de son attractivité (voir *supra*, Titre III, Les limites du Conseil constitutionnel face à l'exigence de lisibilité).

Parallèlement, le Code apparaît comme un moyen privilégié de diffusion du droit en France. De l'époque révolutionnaire à l'époque contemporaine, en passant par le Ier Empire, la France n'a jamais rompu avec cette tradition inspirée du souci de diffusion et de publicité des textes normatifs. À cet égard, la décision 99-421 DC[2288], qui confère la valeur constitutionnelle à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité, est avant tout relative à « l'accessibilité » puisqu'elle aboutit à encourager l'entreprise de codification intégrale (voir *infra*, Chapitre 2, Les autres moyens destinés à assurer l'exigence de lisibilité de la loi). Ce moyen est présenté par le juge constitutionnel comme un remède efficace pour lutter contre la crise de la loi dans la mesure où il participerait à un effort de rassemblement et d'ordonnancement rationnel des règles de droit[2289]. En dépit des limites qui le caractérisent (*infra*), ce moyen de diffusion du droit fonde son succès sur son impact communicationnel. La promotion d'un code est à cet égard un moyen efficace pour assurer la publicité de lois éparses. L'exemple du Code civil en fournit une illustration assez saisissante[2290]. La codification napoléonienne apportait à cet égard quelque chose de plus qu'une simple

[2285] Voir à cet égard, le site du Journal officiel : http://www.journal-officiel.gouv.fr
[2286] Voir à cet égard, P.DEUMIER, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LPA*, 6 mars 2000.
[2287] Voir à cet égard le jugement critique de J.CARBONNIER, « La maxime « nul n'est censé ignorer la loi » en droit français », *Journée de la Société de la législation comparée*, 1984, pp.322-324.
[2288] Décision 99-421 DC, précitée.
[2289] Voir G.BRAIBANT, « Codifier pour mieux réformer », entretien, *LPA*, n°140, 1997, p.5.
[2290] Voir F. GÉNY, « La technique législative dans la codification civile moderne », *in Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, Tome II, pp.989-1038. Voir également, B.SAINTOURENS (dir.), *Le Code civil : une leçon de légistique ?*, Économica, Coll. Études juridiques, 2006.

compilation des règles du droit civil. Le Code civil a connu un réel succès en raison de la publicité qui lui était assurée.

L'affichage des lois dans les lieux publics constitue une pratique relativement limitée. Elle constitue un moyen complémentaire de la publication officielle pour assurer la diffusion du droit. Ce procédé se rattache à une politique de communication normative. Évoquant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, P. Wachsmann constate « le bel effort de publicité fait autour de la Charte »[2291] mais révèle parallèlement « les limites de l'exercice : nous n'avons pas vu beaucoup de curieux se bousculer autour des panneaux où était placardé le texte de la Charte, au centre des villes ou dans les gares, et nous restons sceptiques quant au nombre de discussions entre badauds qu'ont pu provoquer les clauses horizontales »[2292].

L'époque contemporaine a vu l'émergence de nouvelles voies plus modernes de diffusion du droit. C'est ainsi la diversité des modes de diffusion du droit qui caractérise notre époque. Wade Mac Lauchlan, auteur québécois, explique : « une des tâches primaires de la loi est de se livrer à son public »[2293]. Dans ce cadre, il évoque la nécessité pour le législateur « d'utiliser tous les moyens de communication et de transport qui sont à notre disposition »[2294] : Radio, télévision, internet, banque de données, maison du droit… Dans le même sens, J.-C. Bécane estime que pour que la loi retrouve « aux yeux de tous » sa place prééminente, le législateur doit avoir recours aux « nouvelles technologies de l'information et de la communication »[2295].

La diffusion du droit sur le réseau internet constitue une évolution technique considérable qui participe à la réalisation de cet objectif[2296]. Cette perspective de l'utilisation de l'instrument informatique pour assurer l'accessibilité du droit est d'ailleurs relativement ancienne[2297]. Depuis les années soixante-dix, le développement des sciences de l'informatique

---

[2291] Cette campagne de communication semblait être annoncée par les conclusions du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, puisqu'il s'agissait de « rendre visible » les droits et libertés protégés par l'Union européenne : « au stade actuel du développement de l'Union, il est nécessaire d'établir une Charte de ces droits afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union ».
[2292] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., p.823.
[2293] W.MAC LAUCHLAN, « La fonction communicationnelle de la loi », in *L'amour des lois,* op. cit. p.366.
[2294] *Ibid.* p.364 et pp.366-368.
[2295] J.-C. BÉCANE, « La loi revisitée. Réflexion sur les rapports entre la loi et l'État de droit », in *Mélanges Pierre Avril, La République*, Montchrestien, 2001, p.180.
[2296] Voir notamment J-P. DUPRAT, « La transparence du processus parlementaire », *in* R. Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit., pp.137-156.
[2297] Voir à cet égard, H.MIGNOT, *Rapport français au 1er congrès international d'informatique juridique*, Strasbourg 8-0 octobre 1973, Gazette du Palais 1974, doctr. P.851 et s.

et surtout des réseaux d'information a permis une accélération de « diffusion numérique »[2298] du droit. Les avantages sont nombreux puisque ces moyens « offrent d'incontestables facilités d'accès, de recherche et de navigation concernant des quantités considérables d'informations. »[2299]. En la matière, de nombreux auteurs ont constaté les « progrès significatifs en matière d'accessibilité des textes, principalement par la codification et par la création de bases de données telles que « Légifrance » ou « Service public » »[2300]. L'accès au droit par le biais du réseau internet constitue à cet égard une alternative bienvenue à la consultation du JO en Mairie. Les éditions du JO ont ainsi lancé des projets visant à dématérialiser l'ensemble de la production normative[2301]. Le développement de ces moyens destinés à assurer la réalisation de l'objectif d'accessibilité du droit soulève néanmoins de nombreuses difficultés dans la mesure où il pose la question des possibilités d'accès des destinataires des normes à l'outil informatique. La « fracture numérique » renforcerait alors l'inégalité des citoyens face à la loi.

D'autres moyens contemporains sont utilisés qui traduisent le souci de diffuser le droit. En France, les lois relatives à la lutte contre le tabagisme dans les lieux publics ont donné lieu à un renouvellement des pratiques d'affichage de la loi. Utilisant dans un premier temps le pictogramme de l'interdiction de fumer, le rappel de la loi est désormais complété par un dispositif sonore. Le déploiement des méthodes de communication autour des lois s'est également étendu à la vidéo. On pense ici aux campagnes de lutte contre l'insécurité routière qui se sont concrétisées par la diffusion de « spots publicitaires». Le rôle des médias n'est d'ailleurs pas anodin en matière d'accessibilité des lois, dans la mesure où le succès de certains dispositifs législatifs est lié à leur couverture par la presse écrite et audiovisuelle[2302]. Les médias jouent ainsi un rôle non négligeable dans la diffusion et donc l'accessibilité du droit. J.-C. Bécane évoque en ce sens la création des chaînes parlementaires[2303]. Cette solution présente toutefois certains inconvénients liés à la qualité de l'information délivrée. La

---

[2298] H.MOYSAN, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative », *AJDA*, 20 mai 2001, p.429.
[2299] *Ibid.,* p.429.
[2300] Voir, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? » La Semaine Juridique Edition Générale n° 12, 22 Mars 2006, I 121, Entretien par Josseline de Clausade, conseiller d'État, rapporteur général de la section du rapport et des études du Conseil d'État.
[2301] Voir à cet égard le projet S.O.L.O.N. *Supra*, Première partie, Sous Partie II, Titre I, Chapitre 2.
[2302] D. Ribes note à cet égard que « nombreux sont les acteurs, publics et privés, qui participent à la très partielle mais réelle vulgarisation du droit. Le succès du congé paternité, instauré par la dernière loi de financement dès ses premiers mois d'application en témoigne ». D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1er janvier-31 mars 2002 », Chron, *RFDC*, 50, 2002, p.404. Voir également, R.LIBCHABER, « Sources du droit en droit interne », *RTDC*, 2002, n°1, p.176.
[2303] J.-C. BÉCANE, « La loi revisitée. Réflexion sur les rapports entre la loi et l'État de droit », in *Mélanges Pierre Avril, La République*, Montchrestien, 2001, p.180.

vulgarisation propre au langage journalistique peut conduire à la simplification à outrance de problèmes complexes ; elle est par la-même susceptible de fausser la perception des citoyens sur la réalité du droit[2304].

Lorsqu'on s'interroge sur les effets recherchés à travers l'objectif d'accessibilité, on constate qu'il déborde la seule propension d'un texte à être physiquement disponible. Il inclut la propension d'un texte à susciter l'envie d'être lu. L'accessibilité suppose une force communicationnelle de la loi, dans la mesure où sa concrétisation implique la nécessité de susciter l'envie des citoyens de découvrir la loi. Comme nous avons pu le constater, l'accessibilité renvoie d'une manière générale à la publicité assurée aux lois, à la communication entourant sa promulgation. Quel citoyen entreprendra d'aller chercher un texte sans savoir qu'il existe ? L'accessibilité et l'attractivité du droit apparaissent de ce point de vue comme indissociables. Les procédés de communication législative, qu'il s'agisse de la codification ou de la publicité entourant l'adoption des lois, sont susceptibles de jouer un rôle déterminant pour susciter l'envie des citoyens d'accéder à ces textes. La présentation formelle de la loi joue de ce point de vue un rôle considérable (voir *infra,* Titre III, Esthétique normative et *self restraint*).

L'accessibilité pose en outre le problème de la capacité à recevoir : c'est-à-dire à la capacité des citoyens à comprendre la loi. Il s'agira alors pour le législateur de rédiger une loi intelligible.

B/ L'intelligibilité

L'intelligibilité se distingue de l'accessibilité dans la mesure où elle concerne davantage les exigences relatives à la qualité linguistique du texte lui-même, c'est-à-dire de ses énoncés : « L'intelligibilité se définit comme la compréhensibilité ou la propension d'une chose à être comprise, à voir son sens déterminé par l'activité intellectuelle humaine. »[2305]. Ainsi entendue, cette exigence semble éminemment pertinente lorsqu'elle s'applique au droit

[2304] M. DREYFUS-SCHMIDT explique : « Le rôle des médias doit en outre être mieux défini, car les journalistes ont souvent tendance à confondre projet de loi et loi promulguée et ne rendent pas suffisamment compte des débats parlementaires, ce qui induit la confusion dans l'esprit des citoyens. Cette exigence est d'autant plus importante que l'opinion publique doit pouvoir être saisie des différents enjeux portés par une loi, afin d'être en mesure de participer à l'élaboration des textes, en manifestant éventuellement ses critiques avant la promulgation, au lieu de ne pouvoir protester qu'*a posteriori*. La loi ne peut être plébiscitée par le peuple, que si l'opinion a été éclairée de ses raisons », in *Vive la loi !*, op. cit., p.45.

[2305] P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in R.Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit., p.102.

en général et à la loi en particulier. L'intelligibilité de la loi doit être envisagée à partir de deux points de vue différents : La nécessité pour le législateur de rédiger des lois de manière à les rendre compréhensibles pour les citoyens (1) implique de cerner les capacités des citoyens à comprendre le texte des lois (2).

1) La nécessité pour le législateur de rédiger des textes compréhensibles

L'objectif d'intelligibilité suppose pour le législateur de porter ses efforts sur les qualités rédactionnelles du texte. Ces qualités stylistiques participent d'une certaine esthétique normative. La beauté sera alors celle du verbe du législateur. Autrement dit, il s'agira pour ce dernier de faire preuve d'un style d'expression agréable pour le lecteur. Cette recherche d'un style idéal est largement entretenue par le mythe de l'âge poétique de la loi (voir *infra*, Titre III, Les limites du Conseil, Esthétique normative et self restraint). Plus couramment, la légistique formelle fait référence à un idéal de simplicité et de concision. Ces qualités sont énoncées de manière récurrente : « Le style doit être simple et concis »[2306]. Menant une étude de légistique comparée, A.Viandier évoque « un idéal législatif de clarté, de concision et de simplicité »[2307]. Cornu résume l'intérêt démocratique de ces exigences formelles : « théoriciens ou praticiens du style législatif, tous se soumettent à deux règles d'or : dans la composition générale des lois – particulièrement dans la codification – un principe d'économie commande de ne dire que l'essentiel ; dans la rédaction élémentaire des articles, la recherche de concision est l'aiguillon permanent de l'écrivain. Exercices de rigueur qui ne sont pas affectation de plume mais souci d'être entendu»[2308].

S'agissant de la concision, elle constitue une des qualités classiques de l'idéal législatif. La concision peut être envisagée de manière restreinte (visant la concision d'un texte) ou de manière extensive (visant alors le nombre des lois). Il est évident que les mêmes motifs sont à l'œuvre dans un cas comme dans l'autre : trop de lois nuit à cette transparence dans la mesure où le citoyen est noyé dans le flot de parole du législateur[2309]. La formule de

---

[2306] MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Sixième partie, Livre XXIX, Chapitre XVI, t.II. « Choses à observer dans la composition des lois ».
[2307] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.101.
[2308] G. CORNU, « Le juste et le beau », présentation du thème *Droit et esthétique*, au colloque de l'association française de philosophie du droit, Paris, Décembre 1994, *in L'art du droit en quête de sagesse*, op. cit, pp.143-144.
[2309] Valéry écrit ainsi « La complexité et le nombre [des lois] sont tels que personne ne peut les connaître et presque personne les interpréter ». VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*, éd. Gallimard, La Pléiade, 1960, Tome II, p.964. Dans le même sens J. Carbonnier écrit : « Complexes, techniques, inaptes à évoquer des images concrètes, elles se dérobent à toute mémoire non spécialisée. Le commun des citoyens n'a avec elles que des

Tacite conserve toute sa pertinence à l'époque contemporaine : « plurimae leges, pessima respublica ». Dans le même sens, Rousseau expliquait que « Tout État où il y a plus de Lois que la mémoire de chaque citoyen n'en peut contenir est un État mal constitué… »[2310]. Dans son sens restreint, il s'agit de prescrire au législateur d'éviter de traiter les questions de détails, d'éviter les exceptions trop nombreuses et donc *in fine* d'éviter de rédiger un texte long risquant de devenir complexe et obscur[2311].

L'intelligibilité du texte renvoie également à sa clarté. La proximité des termes intelligibilité et clarté nous conduira à envisager la valeur ajoutée de la consécration de l'objectif d'intelligibilité eu égard à l'existence de l'exigence constitutionnelle de clarté (*infra*, §2). La clarté du texte renvoie à différentes qualités. Il s'agit de la cohérence globale de l'ensemble de la loi, de la logique structurelle du texte qui procède en allant du général au particulier, facilitant ainsi la compréhension de l'esprit de la loi. Il s'agit en outre, d'éviter les défaillances d'ordre stylistique : redondances, répétitions, renvois en cascade, phrases complexes. Il s'agit également de la simplicité du langage de la loi et du choix des mots de la loi. Il conviendra alors de favoriser l'emploi de mots de vocabulaire courant, tout en limitant autant que faire se peut l'utilisation de termes techniques[2312]. La qualité de simplicité et le choix des mots de la loi renvoient alors à une exigence plus fondamentale qui consiste, pour le législateur, à parler la langue des citoyens (voir, *infra*, Titre III, Les limites du Conseil constitutionnel face à l'exigence de lisibilité, Chapitre 1). On retrouve cette exigence de manière récurrente chez Montesquieu, Portalis ou Beccaria. On évoque alors les lois destinées

---

rencontres épisodiques. Dans l'intervalle, il perçoit leur existence comme celle d'un énigmatique château ». J.CARBONNIER, *Flexible droit*, 4ème éd. LGDJ, 1979, p.130.

[2310] J.-J. ROUSSEAU, *Fragments politiques*, in *Œuvres complètes*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, t.III, 1964, p.493-494.

[2311] La généralité de la loi, parce qu'elle conduit le législateur à ne se préoccuper que des questions les plus fondamentales, présente des avantages en termes de concision. Cette généralité de la loi aurait un impact sur la concision des textes et sur l'inflation législative en limitant l'instabilité de la norme. Cette qualité de généralité permet à ce titre de lutter contre l'inflation et l'instabilité : « Générale à la fois par son objet et par son champ d'application, la loi pose des normes essentielles pour le citoyen, car, marquée par l'idéal démocratique qui la définit comme l'expression d'une volonté collective, elle est le lieu d'une garantie de stabilité et de sécurité juridique. ». G. KOUBI, R. ROMI, *Etat, Constitution, Loi*, op.cit., p.194. Le caractère de généralité imprime à la loi son caractère de « norme essentielle ». De sa fonction démocratique découle en effet son caractère de norme principale : qui s'occupe de l'essentiel et non de l'accessoire. C'est ce que l'on a coutume de qualifier « le domaine naturel du législateur » Portalis : « Les lois proprement dites différent des simples règlements. C'est aux lois à poser dans chaque matière les règles fondamentales et à déterminer les formes essentielles. ». *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1er Pluviose an IX.

[2312] Outre, la qualités rédactionnelles des lois, l'intelligibilité implique l'accès et la compréhensibilité des décisions de justice qui éclairent sur le sens des textes. À cet égard, les efforts destinés à simplifier le langage judiciaire constituent le pendant des exigences relatives à la lisibilité de la loiLa Belgique s'est montrée particulièrement préoccupée par cette question. Voir l'ouvrage de l'Association syndicale des magistrats, *Dire le droit et être compris. Vade-mecum pour la rédaction des jugements*, Bruylant, Creadif, Bruxelles, 2003.

« aux gens de médiocre entendement »[2313] ou « à la partie la moins intelligente du peuple »[2314]. Pour Bentham, il faut, autant qu'il est possible, « ne mettre dans un corps de loi que des termes de droit familiers au peuple »[2315]. Dans le domaine du droit pénal, Beccaria envisage très largement cette question de la simplicité nécessaire des textes législatifs. Il formule à cet égard la nécessité d'écrire les lois dans une langue familière à la majorité de ceux à qui elle est destinée. Les codes doivent ainsi avoir un caractère privé et domestique[2316].

Cette exigence nous conduit ainsi au deuxième aspect de l'intelligibilité : la nécessité pour le législateur de rédiger des lois intelligibles suppose d'envisager la capacité des citoyens à les comprendre.

2) La capacité des citoyens à comprendre la loi

La loi doit être lisible… mais par qui ? C'est par cette question que transite nécessairement l'appréciation de l'intelligibilité des lois. Les sciences de la communication nous enseignent que le degré de correspondance entre le message émis et le message reçu suppose « l'adhésion à un code commun », le langage. La communication se réalise en deux temps : premièrement, l' « encodage » du message par l'émetteur, deuxièmement le « décodage » du message par le récepteur[2317]. La communication entre les citoyens-récepteurs et leurs représentants-émetteurs suppose ainsi que le récepteur soit « à même de prendre connaissance des vocables produits par le législateur »[2318]. L'intelligibilité de la loi est fonction de la capacité des citoyens à la comprendre.

On peut ainsi constater que la notion d'intelligibilité appliquée à la loi renvoie à la dimension sociologique de la communication. Apprécier l'intelligibilité d'une loi suppose nécessairement d'avoir recours, même implicitement ou inconsciemment, à la socio-linguistique (voir *infra*, Titre III, Chapitre 1, Section 2 Le défi linguistique). Deux questions pourront être posées : qui sont les destinataires du message ? quel est le langage qui leur sera

---

[2313] MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Sixième partie, Livre XXIX, Chapitre XVI, t.II. « Choses à observer dans la composition des lois ». L'auteur précise que les lois « ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille. », *Ibid*.

[2314] J.BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Extrait des manuscrits de Jérémie Bentham, Et. Dumont, 2ème éd. t.III, Paris 1820, p.398.

[2315] Cité par G. CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse,* op. cit., p.397.

[2316] BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit. p.70. « Il en irait autrement s'il lisait une langue qui lui soit familière et qui donne à ce livre solennel et public un caractère pour ainsi dire privé et domestique ». Sur le « style populaire des lois et des codes », voir V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative. Études sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 371, Paris, 2002, pp.166 et s.

[2317] Sur ces notions, voir P.DELNOY, « La communication législative », art. cit., p.142-143. Également, R.JAKOBSON, *Essais de linguistique générale*, Trad. par N.Ruwet, Ed de minuit, 1963, p.213.

[2318] P.DELNOY, « La communication législative », art. cit., p.143.

adapté ? La socio-linguistique postule en effet le principe d'une variation de langage en fonction de l'origine sociale ou géographique des destinataires du message. Néanmoins, dès lors que la loi a vocation à s'appliquer à tous les citoyens, il s'agira de s'interroger sur le niveau moyen d'expression à l'échelle d'une nation. Ainsi, l'intelligibilité, parce qu'elle est fonction du niveau d'éducation des citoyens, renvoie au devoir de l'État de pourvoir à cette éducation (voir *supra*, Titre I, Les fondements de l'exigence de lisibilité). Elle suppose plus précisément encore, que soit mis en œuvre au sein de l'éducation nationale des enseignements spécifiques liés au fonctionnement de la démocratie et à la signification de la loi. C'est dans cette perspective que D. Bourcier et E.Catta évoquent les corollaires de l'intelligibilité de la loi : la connaissance des textes suppose « de les saisir dans un contexte plus large, de les relier aux informations qui ont accompagné leur genèse : étude d'impact, exposé des motifs, débats, amendements, simulation, textes cités ou encore documents de mise en œuvre »[2319]. Le potentiel normatif de l'intelligibilité est ainsi extrêmement étendu puisqu'il est susceptible de couvrir l'effectivité du droit à l'éducation garantie par le Préambule de 1946[2320].

Ces notions d'accessibilité et d'intelligibilité sont à la fois complémentaires et indissociables. A.-L. Valembois résume le caractère indissociable de ces deux termes : « l'accès matériel ne présente aucun intérêt sans l'accès intellectuel, lequel est impossible sans l'accès matériel »[2321].

C/ L'indissociabilité de l'accessibilité et de l'intelligibilité

Si le Conseil constitutionnel a jugé nécessaire de différencier l'« accessibilité » et l'« intelligibilité », force est de constater que ces deux termes sont associés pour constituer la substance d'un seul et même objectif. Cette association s'explique aisément par le caractère indissociable de ces deux éléments. Que l'on envisage les moyens de concrétiser l'un des deux termes et l'on retombe inévitablement sur l'autre. À cet égard, les deux notions convergent pour assurer la réalisation d'une exigence de transparence démocratique.

Lorsqu'on envisage les moyens de réaliser d'une part l'intelligibilité et d'autre part l'accessibilité, il est frappant de constater que les moyens destinés à servir l'une servent également l'autre.

[2319] D.BOURCIER et E.CATTA, « À vos lois citoyens ! », *Le Monde* du 5 juillet 2000, p.16.
[2320] Voir à cet égard H.CLARET, « L'illettré et l'acte juridique : l'impossible adéquation », *RRJ*, n°4, 2002.
[2321] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français,* op. cit. p.14.

La codification évoquée précédemment comme le premier moyen d'assurer l'accessibilité des lois est pareillement destinée à assurer leur intelligibilité. La codification semble également impliquée par le principe d'intelligibilité dans la mesure où elle garantit, en principe, un ordonnancement des textes les uns par rapport aux autres, dans un souci de cohérence de l'ensemble (voir *infra,* Chapitre 2, Section 3, La promotion de la codification et la simplification du droit).

Il convient également de mentionner la technique de consolidation qui se rapproche, sans la recouvrir, de la notion de codification[2322]. Il ne s'agit pas en effet de rassembler dans un texte unique toutes les règles concernant un domaine défini, mais d'« intégrer dans un acte de base tous les actes modificateurs… »[2323]. Cette technique est ainsi destinée à contrecarrer l'effet des dispositions balais (voir *infra*, Titre III) qui conduisent à une dispersion des règles de droit. Si la consolidation apparaît comme un moyen destiné à assurer l'accessibilité des lois, son impact est tout aussi important sur l'intelligibilité des lois. Pour D.Bourcier et E.Catta, l'accessibilité implique « la lisibilité physique c'est-à-dire la publication systématique de textes consolidés, reconstitués dès leur adoption par le Parlement »[2324]. De ce point de vue, la consolidation a un impact positif en termes d'intelligibilité des lois.

L'exemple des maisons du droit et de la justice offre également une illustration de cette nécessaire association des deux éléments de l'objectif. L'ouverture des maisons du droit et de la justice est susceptible de garantir une concrétisation de l'objectif d'accessibilité[2325]. Il s'agira en effet de créer des lieux ouverts aux sujets de droit, au sein desquels sont rassemblés les textes juridiques. L'ouverture de ce type de lieu implique alors la nécessité de mettre à disposition des visiteurs, des professionnels du droit, chargés de les orienter. Si ce type de dispositif facilite l'accès matériel à la règle, il présente par ailleurs un intérêt du point de vue de l'accès intellectuel à celle-ci. Les juristes employés par ces maisons du droit et de la justice jouent, en effet, le rôle d'interprètes de la parole de la loi.

Si on peut conceptuellement distinguer l'accessibilité et l'intelligibilité, ces deux notions semblent pratiquement indissociables. Leur imbrication pratique a conduit

---

[2322] L'une et l'autre de ces modalités doivent être combinées. Voir à cet égard H.MOYSAN, « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », *DA*, avril 2002.

[2323] Définition donnée sur le site Europa de l'Union européenne : http://europa.eu.int/comm/sg/consolid/fr/accueil.htm. Cité par H.MOYSAN, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative », *AJDA*, 20 mai 2001, p.428.

[2324] D.BOURCIER et E.CATTA, « À vos lois citoyens ! », *Le Monde* du 5 juillet 2000, p.16.

[2325] Wade Mac Lauchlan évoque l'exemple québécois faisant référence au Complexe Desjardins qui accueil la succursale Montréalaise des Publications du Québec « Loi et règlement », la boutique Communication Québec qui assure des missions de « vulgarisation » de la loi, et le Groupe Communication Canada qui distribue des publications officielles. W.MAC LAUCHLAN, « La fonction communicationnelle de la loi », in *L'amour des lois,* op. cit., p.367-368.

P.Wachsmann à considérer qu'elles se ramenaient à « une exigence générale de clarté »[2326]. Ce jugement doctrinal se fonde ainsi sur une conception de l'accessibilité et de l'intelligibilité proche de l'exigence de clarté au sens européen[2327]. Globalement, il apparaît que ces éléments indissociables que sont l'accessibilité et l'intelligibilité, convergent sur l'exigence de transparence. L'ensemble des procédés de réalisation qu'elles sous-tendent permet de comprendre que l'accessibilité et l'intelligibilité sont destinées à permettre de placer l'œuvre du législateur sous le regard des citoyens. Cette notion de transparence semble consubstantiellement attachée à la notion de démocratie. Le parallèle établi par D. Ribes entre le principe de sincérité et l'objectif d'intelligibilité est particulièrement évocateur : selon l'auteur, il résulte de ce rapprochement l'émergence d'une exigence plus globale de « transparence »[2328].

Les notions d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi acquièrent ainsi une dimension très englobante. Elles couvrent, du point de vue de leur signification, l'ensemble des qualités formelles et matérielles de la loi. À l'aune de cette analyse de la signification des termes, et de leurs implications logiques, il apparaît que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi constitue un idéal impossible à atteindre. Cela explique sans doute le réalisme du Conseil constitutionnel dans l'application de ce nouveau moyen contentieux.

§2 L'application de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité : le réalisme du Conseil constitutionnel

La catégorie d'objectif est en effet particulièrement adaptée à l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité, qui constitue, par définition, un idéal impossible à atteindre[2329]. Il s'agira pour le Conseil constitutionnel d'imposer une obligation de moyen mais pas une obligation de résultat[2330]. Comme l'explique B. Faure l'objectif constitue « un guide qui fixe les orientations et les priorités à réaliser. L'objectif ne suppose pas une règle de

---

[2326] Pour P.Wachsmann, « les notions d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi auxquelles se réfère le Conseil constitutionnel nous paraissent pouvoir sans difficulté se ramener à une exigence générale de clarté, quand bien même il s'agit apparemment pour lui de deux notions distinctes. ». P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., pp.809-810.

[2327] *Ibid.* p.810-811. Évoquant la décision 99-421 DC, le même auteur explique que « la décision du Conseil constitutionnel inscrit donc bien dans le droit français la notion européenne de qualité de la loi », *ibid.*, p.811.

[2328] D. RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel, 1er janvier-31 mars 2002 », *RFDC*, 50, 2002, p.406.

[2329] D. GUTMANN explique à cet égard que « la simplicité du langage législatif reste pareille au Graal, objet de quête. En conséquence, ce n'est point tant la simplicité que le réalisme le plus élémentaire commande de poser en objectif, mais la simplification », in N.MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, p. 73.

[2330] B.MATHIEU, *LPA*, n°191, 24 septembre 2002, p.16. Dans le même sens, voir J.-E. SCHOETTL qui rappelle qu'un objectif de valeur constitutionnelle dispose d'une force juridique moindre qu'un principe ou une règle constitutionnels. *LPA*, n°255, 22 décembre 2000, p.12.

conduite matérielle donnée mais indique seulement un but à atteindre »[2331]. La nature d'objectif permet ainsi d'en déduire la normativité limitée[2332] de l'accessibilité et de l'intelligibilité. D. Ribes rappelle ainsi que « l'intelligibilité de la loi, il faut y insister, n'est qu'un *objectif* de valeur constitutionnelle »[2333]. Évoquant une application timorée de l'objectif d'intelligibilité, P. Wachsmann estime utile de rappeler le « fait qu'on n'est en présence que d'un objectif de valeur constitutionnelle, dont la mise en œuvre laisse place à une certaine marge de manœuvre »[2334]. À l'époque contemporaine, l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » est devenu une pure fiction juridique[2335]. Face à ce mythe « de la connaissance et de la compréhension de la loi par l'ensemble des citoyens », le Conseil constitutionnel répond par le « réalisme » jurisprudentiel[2336]. À l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme qui applique le principe de clarté de la loi « en fonction des « circonstance de la cause »[2337], la jurisprudence du Conseil accorde un effet relatif à l'objectif d'intelligibilité[2338]. Plusieurs questions se posent alors : cet objectif est-il effectivement un point d'appui pour une incursion du Conseil constitutionnel dans l'esthétique normative, ou bien un simple instrument de justification de la mauvaise qualité des lois. Il conviendra également de s'interroger sur les méthodes retenues par le juge constitutionnel pour assurer son application. Peut-on mesurer l'intelligibilité et l'accessibilité d'une loi ?

[2331] B.FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*, 1995, p. p.48.

[2332] Pierre de Montalivet constate ainsi que le Conseil constitutionnel consacre un objectif tout en lui conférant « une normativité limitée ». L'auteur poursuit en expliquant que « La consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi en tant que norme juridique semble ambivalente dans la mesure où, d'un côté, le Conseil constitutionnel consacre l'existence – justifiée – de l'objectif, mais, de l'autre, il lui confère une normativité limitée. En réalité, l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi doit notamment sa consécration à cette normativité limitée que lui a conféré le Conseil. La juridicisation de la légistique est ainsi limitée. », P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique », art. cit. p.103.

[2333] D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1er janvier-31 mars 2002 », Chron, *RFDC*, 50, 2002, p.403.

[2334] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., p.814.

[2335] Sur cet adage, voir notamment J.CARBONNIER, « La maxime « nul n'est censé ignorer la loi » en droit français », *Journée de la Société de législation comparée*, 1984, p.321 et s. R.GUILLIEN, « Nul n'est censé ignorer la loi », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, tome 1., p.253 et s. F.TERRÉ, « Le rôle actuel de la maxime « Nul n'est censé ignorer la loi », in *Travaux de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, Cujas, 1966, tome XXX, p.91 et s. Voir également C.PUIGELIER, « La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » », in Catherine Puigelier (dir.), *La loi. Bilan et perspectives*, Économica, Coll. Études juridiques, Paris, 2005, pp.309-385

[2336] Voir D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1er janvier-31 mars 2002 », Chron, *RFDC*, 50, 2002, p.403.

[2337] Voir l'arrêt Sunday Time précité dans lequel la Cour de Strasbourg juge que le citoyen « doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé » (Voir *supra*, Sous Partie I, Titre I, Les fondements de l'exigence.)

[2338] P. de MONTALIVET explique ainsi que « l'idée repose moins sur un contrôle de conformité, de compatibilité que d'efficacité. ». « La juridicisation de la légistique », art. cit., p.68. Sur la relativité de l'objectif, voir également la thèse précitée de cet auteur, p.324.

L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité a une valeur relative puisque l'examen des lois au regard de cet objectif conduit le juge constitutionnel à prendre en considération plusieurs critères cumulatifs. Son application est susceptible de modulations liées à la matière concernée (A), aux destinataires visés (B) et à la gravité des défaillances formelles constatées (C). La relativité de l'objectif se traduit enfin par la longue liste des justifications admises par le Conseil constitutionnel en cas d'inintelligibilité des lois (D).

A/ Le critère tenant à la matière concernée. La question des législations complexes par nature

S'agissant de la matière, le Conseil constitutionnel fait preuve d'un certain réalisme en appréciant la complexité inhérente au domaine considéré : « Lorsqu'elle régit des matières complexes ou des questions techniques, la loi ne peut elle-même éviter une certaine complexité ou technicité »[2339]. Dans plusieurs décisions portant sur des lois régissant des domaines complexes, le Conseil constitutionnel a apprécié avec souplesse l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Cette souplesse se traduit par un déplacement des exigences impliquées par cet objectif puisque le Conseil constitutionnel n'impose dans ces cas qu'une seule qualité formelle : la précision des dispositifs mis en place. Dans ces cas, le Conseil constitutionnel considère que la précision du législateur est susceptible de compenser la complexité introduite par ce dernier.

S'agissant des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale, il semble que le Conseil constitutionnel procède à une appréciation souple de l'intelligibilité de la loi[2340]. Ces matières seraient en effet complexe par nature. On peut ainsi constater que « la construction d'un droit constitutionnel des finances sociales »[2341] se traduit par une approche singulière ou différenciée de l'intelligibilité de la loi dans ce domaine. Ainsi dans sa décision 2000-437 DC[2342], le Conseil constitutionnel constate que la « loi déférée accroît encore la complexité » du système de financement de la Sécurité sociale. Mais il relève parallèlement

[2339] D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1er janvier-31 mars 2002 », Chron, *RFDC*, 50, 2002, p.403.
[2340] On peut le constater dans sa décision du 19 décembre 2000, loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 et dans sa décision du 18 décembre 2001, loi de financement de la sécurité sociale pour 2002.
[2341] D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1er janvier-31 mars 2002 », Chron, *RFDC*, 50, 2002, p.390. L'auteur évoque à cet égard, « une logique jurisprudentielle propre », *ibid*.
[2342] Décision 2000-437 DC du *19 décembre 2000 - Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001* - Recueil, p. 190

que la loi « énonce de façon précise les nouvelles règles de financement qu'elle instaure »[2343]. Ce qui attire l'attention à la lecture de ce considérant c'est que le Conseil constitutionnel semble se placer sur le terrain de la précision pour répondre au grief tiré de l'inintelligibilité de la loi. Le réalisme du Conseil constitutionnel se traduit ainsi par le fait qu'il accepte par principe cette complexité en dépit du fait qu'elle nuise à l'intelligibilité de la loi. Il déplace le curseur de ses exigences en considération de ce critère *ratione materiae*. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 donnera également lieu à une application souple de cet objectif[2344]. Cette jurisprudence est la traduction de « la construction d'un droit financier autonome » qui justifie à ce titre « l'adaptation des principes généraux »[2345]. Il est à cet égard intéressant de constater que l'application relative de l'objectif implique de considérer que le domaine des lois de financement de la Sécurité sociale est complexe « par nature », autrement dit que cette complexité est inexorable. D. Ribes présente cette matière en ces termes : « Réparti en différentes branches, formé de très nombreux régimes, le système financier de la sécurité sociale constitue indéniablement une structure complexe.»[2346]. Cette position fait écho à celle du député Bourg-Broc qui déclarait que ce système relève « davantage du maquis que du jardin à la française »[2347]. Ce n'est qu'à partir de ce postulat d'une complexité par nature que l'on peut considérer que le Conseil constitutionnel ne devrait pas déclarer ces lois contraires à la Constitution en raison de leur inintelligibilité[2348]. Pourtant, selon d'autres auteurs, cette complexité résulte des choix opérés par le législateur dans ce

---

[2343] Le juge constate que la loi « énonce de façon précise les nouvelles règles de financement qu'elle instaure ; qu'en particulier, elle détermine les nouvelles recettes de chaque organisme et fixe les clés de répartition du produit des impositions affectées ; qu'en outre, les transferts entre les différents fonds spécialisés et les régimes obligatoires de base de la Sécurité sociale sont précisément définis ».

[2344] Dans sa décision 2001-453 DC, le Conseil constitutionnel considère que « si la loi déférée se caractérise encore par la complexité des circuits financiers entre les régimes obligatoires de base de la sécurité sociale, les organismes crées pour concourir à leur financement et l'État, elle énonce de façon précise les nouvelles règles de financement qu'elle instaure ; qu'ainsi, elle détermine les nouvelles recettes de chaque organisme et fixe les clés de répartition du produit des impositions affectées ; que, de même, les transferts entre les différents fonds spécialisés, les régimes obligatoires de base de la sécurité sociale et l'État sont précisément définis ; que, dès lors, doit être rejeté le grief tiré de l'atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi». Décision 2001-453 DC du 18 décembre 2001. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*. Recueil, p. 164.

[2345] D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1er janvier-31 mars 2002 », Chron, *RFDC*, 50, 2002, p.402.

[2346] L'auteur en conclut « sans ironie inutile », que « le droit du financement de la sécurité sociale sera toujours marqué par une technicité certaine et demeura donc difficilement accessible pour les non-initiés ». D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1er janvier-31 mars 2002 », Chron, *RFDC*, 50, 2002, p.402-403.

[2347] B.BOURG-BROC, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 1997*, Ass. Nat., n°3053, 1996-1997, p.10. Dans le même sens, voir le Rapport de la Cour des comptes, *La Sécurité sociale*, Éditions des journaux officiels, Septembre 2001. Cité par D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1er janvier-31 mars 2002 », Chron, *RFDC*, 50, 2002, p.402.

[2348] Voir notamment, R.PELLET, « Réformer la Constitution financière : pour de nouveaux principes budgétaires », *RDP*, 2002, n°1-2, p.327.

domaine, qui d'année en année, tendent à complexifier davantage le système de financement de la Sécurité sociale[2349]. Ainsi, pour réelle qu'elle soit, la complexité de la matière ne semble pas absolument inévitable puisqu'elle résulte des choix méthodologiques du législateur. Reste que, pour limiter cette complexité, le Conseil constitutionnel devrait alors mettre en cause plus fondamentalement les choix discrétionnaires du législateur en ce domaine[2350].

Cette jurisprudence déborde le champ des lois de financement de la sécurité sociale puisque la catégorie des lois complexes par nature ne se limite pas, loin s'en faut, à ce seul domaine[2351]. Cette relativité de l'objectif se retrouvera ainsi dans d'autres décisions du Conseil constitutionnel concernant des domaines législatifs variés. Dans sa décision 2004-494 DC[2352] portant sur la loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, le Conseil constitutionnel admet dans un premier temps que « les dispositions critiquées rendent plus complexes l'articulation entre les différents accords collectifs », mais il justifie cette atteinte à l'intelligibilité par la précision du législateur. En définitive, le Conseil n'exige sur le fondement de l'objectif d'intelligibilité aucune autre qualité que celle de la précision ; qualité imposée par le Conseil depuis 1967 par le biais de l'incompétence négative[2353]. Ce déplacement des exigences qualitative (de l'intelligibilité à l'imprécision) semble ainsi traduire une adaptation de l'objectif en considération de la complexité de l'articulation entre les différents accords collectifs.

L'admission de cette justification semble être liée à la tolérance particulière du juge face aux lois régissant des domaines complexes. En effet, si elle avait une valeur générale, cette justification ruinerait la thèse d'une valeur ajoutée apportée par l'objectif. En effet, cet instrument contentieux ne permettrait pas d'imposer au législateur d'autres qualités que celles déjà impliquées par l'incompétence négative.

[2349] Comme l'explique D. Ribes, « l'adoption, chaque année, de la loi de financement permet utilement au Parlement de modifier le « branchement » ou le « débit » des différents circuits de financement. Les clefs de répartition des impositions affectées varient notamment d'une année à l'autre en raison des évolutions discordantes des rendements fiscaux et des charges sociales à couvrir. » D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1er janvier-31 mars 2002 », Chron, *RFDC*, 50, 2002, p.402.

[2350] Pour D. Ribes, « cette architecture financière complexe est le résultat d'une succession de choix du législateur opérés dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation. ». *Ibid.,* p.402.

[2351] La souplesse dans l'application de cet objectif se retrouve en dehors des lois de financement de la sécurité sociale comme en témoigne la décision 2001-447 DC du 18 juillet 2001 qui concernait l' « Allocation partielle d'autonomie ». Le Conseil constitutionnel estime que « pour réelle qu'elle soit, [la complexité du dispositif législatif] n'est pas à elle seule de nature à rendre [la loi] contraire à la Constitution. ». Décision 2001-447 DC du 18 juillet 2001. *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*. Recueil, p. 89. D. Ribes rejoignant ainsi une grande majorité de la doctrine, considère que « cette réalité n'est d'ailleurs pas propre au droit de la sécurité sociale. Le droit se fait de plus en plus complexe et mouvant ». *Ibid.,* p.403.

[2352] Décision 2004-494 DC du 29 avril 2004. *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*. Recueil, p. 91.

[2353] Voir décision 67-31 DC précitée.

Inversement, l'application de l'objectif d'intelligibilité donnera lieu à une sévérité accrue dans des domaines particulièrement sensibles du point de vue du respect des droits des citoyens. Tel semble être le cas de la matière électorale qui revêt selon Jean-Éric Schoettl « une importance particulière (…) afin d'assurer la sincérité du scrutin et l'authenticité de la représentation »[2354]. La décision 2005-530 DC[2355] donne également à penser que le Conseil constitutionnel opère une différenciation liée à la matière. En l'occurrence, le domaine de la fiscalité constitue pour le Conseil constitutionnel un terrain qui justifie un contrôle plus rigoureux des exigences qualitatives. Ces derniers exemples permettent d'établir un parallèle entre le critère touchant à la matière et le critère touchant aux destinataires visés par la loi. En effet, certaines matières (comme le droit électoral ou le droit fiscal) ont naturellement vocation à s'adresser à l'ensemble des citoyens, ce qui impliquera une application plus rigoureuse de l'objectif.

B/ Le critère tenant aux destinataires visés par la loi

L'appréciation de l'intelligibilité de la loi transite nécessairement par ce critère relatif au destinataire, ou *ratione personae*. Dans ce sens, Anne-Laure Valembois constate que « le Conseil semble prendre en considération l'identité des destinataires de la loi pour rejeter le grief d'inintelligibilité (…) ce qui suppose une évaluation de la réception intellectuelle de la loi par son destinataire »[2356]. L'objectif s'adresse au législateur, mais il s'applique en considération des destinataires de la loi. L'évaluation de l'intelligibilité des lois implique implicitement mais nécessairement de disposer d'une référence s'agissant du « récepteur ». Si ce critère d'application de l'objectif d'intelligibilité est incontournable (1), on doit constater que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est caractérisée par le laconisme (2).

1) Un critère incontournable

S'il s'agit de savoir si l'émetteur-législateur a rédigé la loi de manière intelligible, cela implique de savoir si le récepteur-citoyen est en mesure de la comprendre. Pour A.Viandier, « l'intelligibilité doit être appréciée par rapport à ce groupe bien déterminé de destinataires.

[2354] J.-E SCHOETTL, *LPA*, n°95, 13 mai 2003, p.17.
[2355] Décision 2005-530 DC du 29 décembre 2005. *Loi de finances pour 2006*. Recueil, p. 168.
[2356] A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.287.

L'intelligibilité, qualité d'un instrument de communication, ne peut donc être mesurée qu'en prenant en considération les caractéristiques de l'émetteur et surtout des recepteurs du message ; en cela, l'intelligibilité de l'acte normatif est relative »[2357]. L'appréciation du message de l'émetteur transite par une appréciation portant, elle, sur les capacités du récepteur à comprendre ce message. Pour apprécier, le juge aura recours à un « récepteur-référent », celui-ci étant susceptible de varier en considération de la loi envisagée.

Cette question est récurrente dans l'histoire de la loi. Rousseau, Montesquieu, Portalis, Bentham, évoquaient tous cette question du destinataire. Ils préconisent alors que le législateur s'adresse à la partie du peuple la moins instruite pour que la loi soit effectivement comprise par tous. Lorsque Montesquieu considère que les lois « sont faites pour des gens de médiocre entendement »[2358], Bentham recommande qu'elles soient accessibles « pour la partie la moins intelligente du peuple. »[2359]. Pour ce dernier, cela implique pour le législateur une restriction du champ du vocabulaire législatif : « il faut autant qu'il est possible, ne mettre dans un corps de loi que des termes de droit familiers au peuple »[2360]. Pour ces auteurs, le fondement démocratique de l'exigence de lisibilité implique que la loi soit compréhensible par tous. Ils ne distinguent ce faisant nullement en considération de l'objet de la loi. Ce parti pris implique alors nécessairement d'opérer un « nivellement par le bas »[2361] du langage législatif.

Cette conception ne semble pas être partagée de manière unanime à l'époque contemporaine. L'évolution du droit vers plus de complexité et de technicité a conduit les auteurs à préconiser une application relative de l'exigence de lisibilité qui doit prendre en considération le type de loi et, corrélativement, le type de public auxquelles elles s'adressent. Ainsi, le Professeur Cornu rappelle également ce problème en évoquant « l'écran linguistique »[2362] qui sépare le législateur de son public. Mais il introduit une nuance liée au public visé par la loi concernée. Le Professeur Cornu explique en effet : « Aussi bien le législateur est-il en situation de doser le degré de technicité supportable selon la personnalité de son interlocuteur supposé. À lui de comprendre qu'il ne parle pas toujours aux mêmes.

[2357] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.103. Sur la relativité du concept d'intelligibilité voir D.MELLINKOFF, *The language of the law*, Boston, Little, Brown and compagny, 1983, p.421.
[2358] MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Sixième partie, Livre XXIX, Chapitre XVI, t.II. Choses à observer dans la composition des lois. L'auteur précise que les lois « ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille. », *Ibid.*
[2359] J.BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale ; extrait des manuscrits de Jérémie Bentham*, Et. Dumont, 2ème éd. t.III, Paris 1820, p.398.
[2360] Cité par G.CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse,* op. cit., p.397.
[2361] D.GUTMANN, « L'objectif de simplification du langage législatif », art. cit. p.77.
[2362] G.CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, op. cit., p.287.

Toutes les lois n'ont pas les mêmes destinataires. Parfois le législateur parle à tous. Qu'il s'exprime alors dans le langage commun… » « à grands principes, textes lisibles »[2363]. Cette variabilité nous ramène au précédent critère d'application de l'objectif d'intelligibilité puisque certaines lois seront jugées comme parlant à tous alors que d'autres ne s'adresseraient qu'à un public de spécialistes : « Il appartient au législateur de régler son langage sur les capacités variables de son public »[2364]. En fonction des lois et de leur public présupposé, le législateur devrait, selon cette logique changer de « récepteur-référent ».

Cette relativité qui implique une variation du « récepteur-référent » repousse un peu plus loin la question fondamentale qui consiste à savoir - dès lors qu'il est acquis que la loi s'adresse à tous les citoyens - comment apprécier le niveau de langage qui sera effectivement accessible par tous. Faut-il, comme le suggère Montesquieu, Bentham ou Portalis procéder à un « alignement par le bas » en s'exprimant dans une langue compréhensible par tous ? Un tel objectif est-il conciliable avec la technicité incompressible du droit contemporain ? Un tel objectif est-il seulement atteignable ?

Cette relativité repose sur une certaine conception de la loi puisqu'il s'agit de distinguer les lois qui ont un impact concret dans la vie des citoyens et celles qui sont éloignées de leurs préoccupations quotidiennes. L'intelligibilité est ainsi réduite à sa fonction de sûreté et déconnectée de sa fonction démocratique. Considérer que le domaine du financement de la Sécurité sociale n'a pas comme destinataire le « citoyen ordinaire », c'est oublier que ce dernier n'est pas seulement le destinataire de règles, mais aussi le juge de toutes celles qui sont fixées par la loi.

La question relative à la figure du « récepteur-référent » dans l'appréciation de l'intelligibilité des lois est d'autant plus intéressante que le Conseil constitutionnel ne livre aucune information dans le cadre de ses décisions sur la méthode qu'il applique en la matière.

2) Le laconisme du Conseil constitutionnel

Sans que cela apparaisse de manière explicite dans sa jurisprudence, il semble que le Conseil constitutionnel module son appréciation en fonction du public visé par la loi. Il a toujours recours à un « destinataire-référent », mais celui-ci n'est pas le même en considération de la loi. J.-E. Schoettl a pu écrire à cet égard que le Conseil constitutionnel ne sanctionne que « la complexité inutile, spécialement lorsque les destinataires d'un texte sont

[2363] *Ibid.,* p.287.
[2364] *Ibid.,* p.287.

des particuliers désarmés devant l'hermétisme que peut revêtir le droit positif »[2365]. Dans la décision 2000-437 DC[2366], l'appréciation du Conseil constitutionnel semble liée au fait que la loi était destinée à un public de spécialistes. Dans le même sens, la décision 2001-447 DC[2367] semble traduire une différenciation en considération des destinataires de la règle. En l'espèce, la loi s'adressait aux collectivités territoriales, ce qui semble avoir induit une appréciation plus souple de la complexité, par ailleurs avérée, du dispositif soumis au contrôle du juge[2368]. *A contrario* la censure prononcée dans la décision 2005-530 DC[2369] semble résulter du fait, au demeurant souligné par le Conseil constitutionnel, que la loi s'adressait à un public assez large de particuliers, en l'occurrence les contribuables. La seule complexité emporte la censure car la loi est une loi fiscale qui s'adresse à un grand nombre de citoyens.

Si le juge procède à cette différenciation, la question est alors de savoir comment le Conseil constitutionnel évalue l'intelligibilité des lois « tout public ». Plusieurs méthodes sont envisageables qui rendent compte de l'étendue des possibilités du juge dans le choix du « récepteur-référent ». Les membres du Conseil constitutionnel peuvent apprécier l'intelligibilité des lois au regard de leur propre faculté à comprendre celles-ci. Cette méthode s'exposerait à des critiques importantes dans la mesure où leur nomination à la rue Montpensier permet de postuler que leur niveau de connaissance juridique se situe au-dessus de la moyenne nationale. Elle n'est pas pour autant exclue dans la mesure où leur incapacité à comprendre une loi situerait automatiquement celle-ci comme étant hors de portée des citoyens ordinaires. L'inintelligibilité peut résulter de l'incapacité des parlementaires eux-mêmes à comprendre la loi qu'ils ont discutée et votée. À cet égard, R. Pellet rendait compte de leur « sentiment d'être appelés à voter des lois peu « intelligibles » malgré les garanties du Conseil constitutionnel qui semble, lui, les comprendre aisément»[2370]. L'évaluation de l'intelligibilité des lois au regard de la « capacité moyenne » des parlementaires serait ainsi fondée sur la nécessité de garantir un débat véritablement éclairé au Parlement. Le choix de ces « récepteurs-référents » n'aurait rien d'absurde dans la mesure où les lois sont parfois jugées inintelligibles, même par les spécialistes de la discipline concernée. Dans un domaine distinct mais relativement proche des lois de financement de la sécurité sociale, la loi dite de

[2365] Voir à cet égard, J.-E. SCHOETTL, « La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 21 janvier 2002, n°15, p.4.
[2366] Décision 2000-437 DC, précitée.
[2367] Décision 2001-447 DC 18 juillet 2001. *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*. Recueil, p. 89.
[2368] Dans ce sens, voir S.NICOT, *AIJC*, 2001, p.594.
[2369] Décision 2005-530 DC, précitée.
[2370] R.PELLET, « Réformer la Constitution financière : pour de nouveaux principes budgétaires », art. cit., p.330.

« modernisation sociale » est un exemple de loi complexe. X.Prétot jugeait à cet égard qu'elle était « d'une complexité propre à dérouter les meilleurs spécialistes de chacune des matières qu'elle prétend ainsi modifier »[2371].

L'appréciation de l'intelligibilité des lois « tout public » supposera nécessairement le recours à un « citoyen-récepteur-standard » dont les capacités intellectuelles présumées conditionneront le jugement du Conseil constitutionnel. Il semble raisonnable de penser à cet égard que le juge constitutionnel a recours à un standard visant un récepteur-moyen que nous nommerons « citoyen ordinaire »[2372]. La question soulevée concerne alors la construction de ce standard ou « idéal type ». Les études relatives à la communication législative conduisent les auteurs à préconiser de mener des études sociologiques sur le niveau d'instruction de la population. La construction d'un tel « référent » implique en effet la nécessité de disposer de connaissances solides sur la population. Il s'agira donc pour le juge de recourir à la « socio-linguistique », afin d'évaluer le niveau de connaissance des citoyens, le vocabulaire accessible, en fonction des catégories sociales etc… Ces éléments de connaissance permettront au juge de déterminer le niveau de langage accessible à ce « citoyen ordinaire ».

Si l'appréciation de l'intelligibilité transite par la définition d'un « récepteur-référent », force est de constater que le Conseil constitutionnel reste dans l'implicite à cet égard. Il ne révèle dans ces décisions aucun élément relatif à la méthode qui lui permet d'apprécier cette intelligibilité. À cet égard, l'application nuancée d'un tel objectif en fonction des destinataires se retrouve logiquement dans d'autres ordres juridiques. Mais les juridictions étrangères donnent parfois davantage d'explications s'agissant de l'appréciation des capacités du « récepteur-référent ». Ainsi, lorsqu'elle consacre cette exigence juridique, la Cour suprême des Etats-Unis explique : « Parce que nous tenons pour acquis que l'homme est libre d'agir légalement ou illégalement, nous tenons à ce que les lois permettent à la personne d'intelligence moyenne d'avoir une possibilité raisonnable de savoir ce qui est interdit afin d'agir en conséquence… »[2373]. Cette juridiction n'adhère donc pas à une conception absolue de l'intelligibilité qui imposerait un langage compréhensible « par la partie la moins instruite du peuple », mais opère son appréciation de l'intelligibilité à partir d'un récepteur-référent

[2371] X.PRÉTOT, « Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale. D'une annulation et de quelques réserves d'interprétation… », *Droit social*, 2002, n°3, p.245.

[2372] A.VIANDIER évoque à cet égard un « citoyen de base », ou « citoyen non technicien », *Recherche de légistique comparée,* op. cit., p.103. L'expression « citoyen ordinaire » est utilisée par le sociologue D.GAXIE, « Les conceptions ordinaires de la démocratie », in *Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, Frontières du droit, critique des droits*, LGDJ, Coll. Recherches et travaux, pp.175-180.

[2373] Extrait de l'arrêt Grayned v. City of Rockfort, 408 U.S. 104, 1972. Cité par P.GARANT, « Le contrôle juridictionnel de l'imprécision des textes législatifs au Canada », in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p.275.

« moyen ». Pareillement, la Cour européenne des droits de l'homme explique qu'elle prend en compte la qualité professionnelle du récepteur de la norme pour en apprécier l'accessibilité et la prévisibilité[2374]. Son récepteur-référent est ainsi susceptible de varier.

On peut ainsi constater que l'appréciation de l'intelligibilité des lois conduit nécessairement le Conseil constitutionnel à se référer, fut-ce implicitement, à un destinataire « idéal typique ». Outre les critères d'application liés à la matière concernée et au public visé par les lois, il semble que le Conseil constitutionnel fasse application d'un critère tenant au seuil de gravité des défaillances formelles du législateur.

C/ Le critère tenant au seuil de gravité

Les censures fondées sur l'inintelligibilité des lois sont rares dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Selon le Conseil constitutionnel, l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi implique la connaissance suffisante par les citoyens des normes qui leur sont applicables[2375]. Il faut que les défaillances formelles soient suffisamment graves pour entraîner une telle censure, limitant ainsi le champ d'application de l'objectif aux cas d'inintelligibilité les plus extrêmes.

La normativité limitée de l'objectif d'intelligibilité se traduit par le fait que la seule complexité de la loi n'est pas « à elle seule, de nature à rendre celle-ci contraire à la Constitution »[2376]. La complexité n'est susceptible d'emporter une censure que dans la mesure où elle sera considérée par le juge constitutionnel comme inutile[2377]. P. de Montalivet considère à cet égard que « l'intelligibilité ne se confond pas avec l'absence de complexité »[2378]. C'est ce qui se dégage de nombreuses décisions du Conseil constitutionnel dans lesquelles le juge constate la complexité sans recourir à la censure. Ainsi en est-il de sa

---

[2374] Voir à cet égard les arrêts de la CEDH Melin c/ France du 22 juin 1993, A.261-A, §24 et Rodriguez Valin c/ Espagne, req. N°47792/99, §26.

[2375] Pierre de Montalivet remarque à cet égard que « Le Conseil constitutionnel ne parle pas d'une connaissance parfaite de la loi mais simplement d'une connaissance suffisante. Il fait preuve de réalisme, tant cette connaissance est aujourd'hui très faible. La question se pose de savoir ce que le Conseil constitutionnel entend par connaissance suffisante. Différents degrés de suffisance peuvent être retenus. On imagine que le Conseil constitutionnel ne sera pas très exigeant, toujours en raison d'un certain réalisme nécessaire en la matière. », *Thèse précitée*, p.321, note 534.

[2376] Décision du 18 juillet 2001 (Consid. 29).

[2377] Voir à cet égard, J.-E. SCHOETTL, « La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel », LPA, 21 janvier 2002, n°15, p.4. Pour P. de Montalivet, « L'objectif d'intelligibilité interdit cependant la « complexité inutile » de la loi. ». P. de MONTALIVET, Thèse précitée, p.324.

[2378] *Ibid., p.324.*

décision 2001-447 DC[2379] dans laquelle il considère que « la complexité introduite par la loi déférée, pour réelle qu'elle soit, n'est pas à elle seule de nature à rendre celle-ci contraire à la Constitution ». P.Avril et J.Gicquel ont perçu eu égard à ce considérant une « forme d'ironie » du juge constitutionnel[2380]. Si la complexité « à elle seule » ne suffit pas, quel élément devra s'ajouter pour emporter une censure de la loi ?

L'objectif d'intelligibilité ne permet pas non plus de sanctionner le surcroît de complexité introduit par la loi. Cet objectif n'implique donc pas un principe de non régression de la qualité de la législation. Dans sa décision 2000-437 DC[2381] du 19 décembre 2000, le Conseil constitutionnel constate que la « loi déférée accroît encore la complexité » du système de financement de la Sécurité sociale mais ne censure pas[2382]. De même, dans sa décision 2004-494 DC[2383], le juge reconnaît que « les dispositions critiquées rendent plus complexe l'articulation entre les différents accords collectifs », mais il justifie cette atteinte à l'intelligibilité par la précision suffisante du législateur[2384].

On peut également constater que le Conseil constitutionnel refuse de sanctionner certaines défaillances formelles de la loi sur le fondement de l'objectif d'intelligibilité. Les nombreux renvois opérés par le législateur au pouvoir réglementaire ou à des conventions ne sont pas jugés par le Conseil constitutionnel comme portant atteinte à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité[2385]. Il considère en effet que « le fait que la loi déférée ne permet pas d'appréhender complètement le nouveau dispositif résulte de la répartition des compétences fixée par les articles 34 et 37 de la Constitution ». Évoquant la décision 2001-454 DC[2386], A.-L. Valembois remarque que « les confusions éventuellement entraînées par la codification de dispositions relatives à l'urbanisme dans le code général des collectivités territoriales n'encourent pas non plus la censure constitutionnelle au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité des lois »[2387]. L'instabilité législative dans

---

[2379] Décision précitée du 18 juillet 2001. Il s'agissait en l'espèce de la loi établissant une « allocation personnalisée d'autonomie ».
[2380] Voir P.AVRIL et J.GICQUEL, *Pouvoirs*, 2001, n°97, p.164.
[2381] Décision 2000-437 DC du *19 décembre 2000 - Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001* - Recueil, p. 190.
[2382] *Ibid.* Le juge met en avant la précision suffisante de la loi pour justifier le surcroît de complexité qu'elle introduit.
[2383] Décision 2004-494 DC du 29 avril 2004, précitée. *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.*
[2384] *Ibid.* La même justification est mobilisée que dans la décision 2000-437 DC précédemment envisagée : « elles définissent de façon précise les rapports entre les différents niveaux de négociation ») (Cons. 14).
[2385] Décision 2001-451 DC du 27 novembre 2001. *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*. Recueil, p. 145.
[2386] Décision 2001-454 DC du du 17 janvier 2002. *Loi relative à la Corse*. Recueil, p. 70.
[2387] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.285.

un domaine déterminé échappe également à la censure du juge constitutionnel. Dans sa décision 2001-455 DC[2388], le Conseil constitutionnel a dû répondre à l'argumentation des auteurs de la saisine qui mettaient en avant l'instabilité des règles comme étant contraire à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité. La loi modifiait le régime de représentation des salariés actionnaires dans les organes dirigeants des sociétés. Or, ce régime avait déjà fait l'objet d'une modification moins d'un an auparavant. Le Conseil constitutionnel va estimer dans sa décision que l'instabilité qui résulte de ces modifications successives « ne porte atteinte ni à la clarté, ni à l'intelligibilité de la règle applicable ».

Dans tous les cas, il semble que l'objectif soit appliqué en considération d'un critère de gravité de la défaillance formelle. La question se pose alors de déterminer le seuil au-delà duquel la complexité de la loi est sanctionnable. C'est ce critère que semble mettre en exergue D. Ribes lorsqu'il explique que « la difficulté essentielle pour le juge constitutionnel est de déterminer, spécialement pour les textes à forte technicité, le seuil abstrait de surcomplexité générant une déclaration d'inconstitutionnalité. »[2389]. L'établissement de ce seuil semble tenir d'un calcul subtil prenant en compte notamment la volonté d' « assurer la proportionnalité de la sanction à la gravité de l'atteinte portée aux principes constitutionnels. Or, la méconnaissance de l'objectif d'intelligibilité ne peut conduire qu'à censurer des dispositifs entiers, par ailleurs conformes à la Constitution, voire plus probablement la loi dans son ensemble, puisque c'est contre elle que le grief est généralement dirigé »[2390]. Ce critère du seuil de gravité reste pour le moins flou car il est toujours difficile de tracer ce type de frontière.

Il semble que la théorie du faisceau d'indices soit adéquate pour rendre compte de l'utilisation contentieuse de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité. Cela ressort de plusieurs décisions dans lesquelles la censure résulte d'une accumulation de défaillances formelles. Tel est le cas dans la décision 2003-475 DC[2391] dans laquelle sont visées tour à tour l'incohérence du dispositif[2392], la portée normative incertaine de certaines dispositions[2393] et

---

[2388] Décision 2001-455 DC, précitée, rendue le 12 janvier 2002. *Loi de modernisation sociale.*

[2389] D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel 1er janvier-31 mars 2002 », Chron, *RFDC*, 50, 2002, p.404.

[2390] *Ibid.*

[2391] Décision 2003-475 DC du 24 juillet 2003. *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*. Recueil, p. 397.

[2392] *Ibid.* « Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des travaux parlementaires à l'issue desquels ont été adoptées ces dispositions que l'intention du législateur est de les rendre applicables à l'élection des sénateurs ; que toutefois, l'article L.52-3 ainsi complété figure au titre Ier du livre Ier du code électoral, dont les dispositions ne sont pas relatives à cette élection. » (cons.22)

[2393] *Ibid.* « Considérant, en deuxième lieu, que la portée normative du 1er alinéa inséré à l'article L.52-3 du code électoral est incertaine ». (cons.23)

l'ambiguïté de certaines notions utilisées par le législateur[2394], le tout étant aggravé par une atteinte au principe de loyauté du suffrage. C'est cette accumulation de défaillances formelles qui conduit le Conseil constitutionnel à considérer l'article 7 de la loi déférée, « contraire… à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ». P.Wachsmann constate ainsi « le défaut d'intelligibilité était, en l'espèce manifeste et tenait au cumul, au sein du même texte, de défauts graves… »[2395]. Tel est également le cas de la décision 2005-530 DC[2396] dans laquelle le Conseil constitutionnel sanctionne l'extrême complexité de la loi résultant d'une série de défaillances formelles. Il constate en effet « que la complexité de ces règles se traduit notamment par la longueur de l'article 78, par le caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles-mêmes imbriquées …». On peut ainsi penser qu'à elles seules, aucune de ces défaillances n'aurait suffit à emporter la censure du Conseil constitutionnel, mais qu'ainsi réunies, elles rendaient manifeste l'inintelligibilité de la loi.

La relativité de l'objectif se traduit ainsi par une modulation de l'appréciation du juge liée au domaine concerné, aux destinataires visés et à la gravité de la défaillance formelle. Cette relativité résulte enfin des justifications admises par le Conseil constitutionnel à la complexité des lois.

D/ Les justifications et compensations admises par le Conseil constitutionnel face à la complexité de la loi

D'une manière générale, la doctrine a relevé le caractère relatif de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi[2397] en raison des justifications admises par le Conseil constitutionnel pour juger conforme à la Constitution des dispositions législatives inintelligibles. D'une part, le Conseil constitutionnel admet que l'inintelligibilité d'une loi soit justifiée par les objectifs d'intérêt général poursuivis par le législateur, d'autre part, il admet qu'une « compensation pédagogique » puisse contrebalancer l'inintelligibilité de la loi.

[2394] *Ibid.* « Considérant, en troisième lieu, que les notions de « nom propre », de « liste présentée dans une circonscription départementale » et de « représentant d'un groupement ou parti politique » sont ambiguës ». (cons. 24).
[2395] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., p.815.
[2396] Décision 2005-530 DC, précitée.
[2397] A.-L.Valembois constate ainsi « le caractère relatif des exigences d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, qui appelle une application souple de l'objectif de valeur constitutionnelle du même nom ». A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.285.

L'objectif d'intelligibilité est appliqué de manière relative par le Conseil constitutionnel qui justifie la complexité de la législation par les objectifs d'intérêt général poursuivis par le législateur. Ainsi, dans sa décision du 3 avril 2003[2398], le Conseil constitutionnel examine les raisons de la complexité de la loi en évoquant la volonté du législateur de concilier une « représentation proportionnelle dans le cadre d'un vote régional, la constitution d'une majorité politique au sein du Conseil régional et la restauration d'un lien entre conseillers régionaux et départementaux ». Le Conseil constitutionnel conclut que « cette complexité répond à des objectifs que le législateur a pu regarder comme d'intérêt général »[2399].

Cette décision est d'autant plus intéressante que le Conseil constitutionnel compense le manque de sévérité dans l'application de l'objectif d'intelligibilité par l'émission de réserves visant à imposer aux autorités compétentes d'assurer une communication autour de ces lois. Ainsi, dans cette même décision[2400], le Conseil constitutionnel exige des autorités compétentes « de prévoir toutes dispositions utiles pour informer les électeurs et les candidats sur les modalités du scrutin… »[2401]. La même constatation peut être faite à l'égard de la décision du 14 août 2003[2402], dans laquelle le juge admet la complexité de la loi mais rappelle l'obligation d'informer les intéressés sur leur situation juridique nouvelle issue du texte législatif. Comme le relève P.Wachsmann, le Conseil constitutionnel introduit « dans [son] raisonnement la nécessité d'assurer une information adéquate des citoyens intéressés, de manière à compenser la complexité des textes applicables : fondée sur d'authentiques considérations d'intérêt général, la complexité doit s'accompagner d'un effort pédagogique pour en atténuer la nocivité…»[2403]. Le Conseil constitutionnel met ainsi en place un système de compensation qui lui permet d'accorder le brevet de constitutionnalité à la loi, dès lors que les autorités compétentes s'engagent à limiter les effets de l'inintelligibilité de la loi, par un effort pédagogique à destination des citoyens-récepteurs.

[2398] Décision 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*. Recueil, p. 325. Voir la note de J.-E. SCHOETTL, *LPA*, n°95, 13 mai 2003, p.9.

[2399] *Ibid.* (cons.17).

[2400] Décision 2003-468 DC, précitée.

[2401] Le Conseil constitutionnel précise qu'il conviendra d'informer les électeurs et les candidats sur « le fait que c'est au niveau régional que doit être appréciée la représentativité de chaque liste ; qu'il leur appartiendra en particulier d'expliquer que le caractère régional du scrutin et l'existence d'une prime majoritaire peuvent conduire à ce que, dans une section départementale donnée, une formation se voie attribuer plus de sièges qu'une autre alors qu'elle a obtenu moins de voix dans le département correspondant ; qu'il leur reviendra également d'indiquer que le mécanisme de répartition retenu peut aboutir, d'une élection régionale à la suivante, à la variation du nombre total de sièges attribués à une même section départementale. » (cons. 18).

[2402] Décision 2003-483 DC du *14 août 2003 -Loi portant réforme des retraites.* Recueil, p. 430

[2403] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., p.814. L'auteur fait référence aux deux décisions précédemment citées du 3 avril 2003 et du 14 août 2003.

La relativité de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité et sa faible portée normative conduisent à s'interroger sur les dangers que présente sa consécration et son application.

§ 3 Les dangers de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité

Les dangers que peut présenter l'objectif d'intelligibilité résultent de sa très faible normativité qui peut conduire à l'envisager comme un instrument de justification de la mauvaise qualité des lois (A). En outre, ces dangers résultent du potentiel de l'objectif qui peut offrir un fondement à la limitation des droits et libertés de valeur constitutionnelle (B). En définitive, l'évaluation de la dangerosité de l'objectif est fonction du solde positif ou négatif de sa consécration en termes de qualité de la loi. Ces dérives potentielles doivent ainsi conduire à s'interroger sur la valeur ajoutée apportée par la consécration de cet objectif dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en faveur de la qualité de la loi (C).

A/ Un simple instrument de justification de la mauvaise qualité des lois

L'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité est un des moyens contentieux les plus mobilisés tant par les auteurs de saisine que par le Conseil constitutionnel lui-même. Néanmoins, il est frappant de constater la disproportion entre la fréquence de son invocation et le nombre très restreint de censures prononcées sur ce fondement. Cette disproportion conduit à s'interroger sur la vocation de ce nouvel instrument contentieux le plus souvent évoqué par le Conseil constitutionnel pour juger les lois conformes au standard qualitatif juridiquement imposé. F.Luchaire observe ainsi que « le plus souvent le Conseil cite cet objectif en constatant que, contrairement à ce qu'affirment les requérants, le texte qui lui est soumis n'est pas contraire à cet objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »[2404].

Les jugements de la doctrine à cet égard traduisent cette méfiance. L'objectif en question a donné lieu à peu de censure mais a suscité beaucoup de critiques. P.Wachsmann explique à cet égard : « on applaudirait plus volontiers à cette entrée en scène d'un des corollaires de l'État de droit si l'on percevait mieux une volonté du Conseil de ses montrer rigoureux quant à ses exigences »[2405]. La critique ainsi formulée tend à considérer que ces « nobles principes solennellement posés » ne se distinguent « ni par leur rigueur ni par les

[2404] F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 64, 2005, p.680.
[2405] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit. p.813.

bénéfices tangibles qu'en ont retirés les citoyens… »[2406]. P.Wachsmann regrette ainsi une application de l'objectif qui n'en permette pas d'« imposer au législateur une intelligibilité effective »[2407].

Cette ineffectivité de l'objectif consacré conduit à se demander si sa portée dépasse la simple technique d'affichage dans le cadre du contentieux constitutionnel. Un tel instrument contentieux dénué de portée contentieuse constitue en effet un instrument de légitimation de l'œuvre législative estampillée conforme aux exigences qualitatives imposées par le gardien de la Constitution. Pour P. Wachsmann, le Conseil constitutionnel « se complaît dans des effets d'annonce sans conséquences qui s'avèrent être davantage des brevets d'auto-satisfaction implicite accordés au droit français que le moteur d'un véritable progrès »[2408].

En outre, cet objectif constitue un fondement potentiel de limitation des droits et libertés de valeur constitutionnelle.

B/ Un fondement potentiel d'une limitation des droits et libertés constitutionnels

F.Luchaire estimait dans un article consacré aux objectifs de valeur constitutionnelle que celui d'accessibilité et d'intelligibilité se distinguait de tous les autres puisqu'il ne permettait pas de justifier des atteintes à des droits et libertés de valeur constitutionnelle[2409]. Cette analyse nous semble très nettement remise en cause par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Si le Conseil constitutionnel a été amené plus souvent à rejeter les arguments fondés sur le manque d'intelligibilité des lois, on peut parallèlement constater que « le surcroît de clarté apporté par le texte est retenu pour renforcer une conclusion favorable à sa constitutionnalité»[2410]. Ainsi en est-il de la décision 2000-437 DC[2411], dans laquelle on conçoit que l'objectif d'intelligibilité peut, comme les autres objectifs de valeur constitutionnelle, permettre au Conseil constitutionnel de justifier des atteintes à des principes constitutionnels. La simplification des procédures contentieuses et l'énonciation claire des droits des victimes permettent en effet au Conseil de justifier la restriction au droit d'agir devant les juridictions

[2406] *Ibid.,* p.813.
[2407] *Ibid*.
[2408] *Ibid.,* pp.824-825.
[2409] L'auteur évoque « le cas spécial de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » et explique à son égard que « à l'évidence, cet objectif ne permet en aucune manière de limiter l'application d'un principe constitutionnel ». F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 64, 2005, p.680.
[2410] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., p.813-814.
[2411] Décision 2000-437 DC, précitée, du 19 décembre 2000.

de droit commun pour les personnes indemnisées par le fond d'indemnisation des victimes de l'amiante.

Il en va de même de l'utilisation de cet objectif lorsqu'il permet de justifier l'habilitation donnée au Gouvernement de légiférer par ordonnance[2412]. Ainsi, la première utilisation de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité n'était nullement destinée à imposer au législateur le respect d'exigence qualitative, mais avait comme finalité d'apporter une justification au recours à l'article 38 de la Constitution pour contourner la lenteur de la procédure parlementaire. L'habilitation portait en l'occurrence sur l'adoption par le Gouvernement de la partie législative de 9 codes élaborés par la Commission supérieure de codification.

Premièrement, cette habilitation constitue une dérogation au droit qu'a le citoyen de voir les lois adoptées par le Parlement dans le cadre d'une procédure parlementaire qui présente des garanties de transparence. C'est dans ce sens qu'argumentent les auteurs de la saisine concernant la loi de simplification du droit n°2004-1343 : « Il importe donc que la multiplication des lois d'habilitation sur une courte période et au cours d'une même législature, couvrant les domaines les plus variés, ne puisse conduire à un déséquilibre constitutionnel grave, dénaturant les droits du Parlement et susceptible de priver, *in fine*, les citoyens et les justiciables des droits reconnus par la Déclaration de 1789 »[2413]. En définitive, cette qualité de la loi (d'être discutée et votée au Parlement) constitue une garantie pour le citoyen puisque « les matières les plus importantes donneront lieu à des débats publics de ses représentants élus »[2414]. La loi doit s'occuper de l'essentiel car elle présente en tant que norme des avantages de transparence. G. Cornu estime ainsi : « il redevient vrai que les plus graves (les plus lourds de conséquences) sont aussi les plus formalistes »[2415]. M.Nocilla explique que « …dans le panorama des sources du droit, la loi, fruit d'une décision collective, publique et contradictoire, est sans doute le seul acte normatif dont le citoyen peut suivre toutes les étapes de sa formation (Vullierme) »[2416]. Le même auteur poursuit : « au Parlement, les projets, les amendements, les intérêts en jeu, ont toujours une paternité précise et peuvent être connus de tous (Bécane et Couderc). Certes, il s'agit dans une large mesure d'une fiction (Carré de

[2412] Voir notamment les décisions 99-421 DC et du 2003-473 DC du 26 juin 2003. J-E. SCHOETTL, *AJDA*, 2003, p.1391.
[2413] Saisine en date du 22 novembre 2004 relative à la loi de simplification du droit n°2004-1343.
[2414] F.Luchaire relevait ainsi que l'abandon par le législateur de sa compétence est inconstitutionnelle, nonobstant le consentement parlementaire, car dans ce cas « la victime n'est pas le Parlement, c'est le citoyen auquel la Constitution a garanti que les matières les plus importantes donneront lieu à des débats publics de ses représentants élus ». F.LUCHAIRE, « Le Conseil d'Etat et la Constitution », *RA,* n°188, 1979, p.143, note 6.
[2415] G.CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, op. cit. p.244.
[2416] NOCILLA, in *Vive la loi !*, op. cit., p.49.

Malberg le soulignait déjà en son temps), mais d'une fiction qui est également le reflet d'une réalité idéale et factuelle … L'opinion publique a la possibilité de faire entendre sa voix tout au long de la procédure parlementaire. »[2417].

Deuxièmement, la multiplication des lois d'habilitation pose « un problème grave au regard de l'esprit de l'article 38 de la Constitution et de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité »[2418]. Il est à cet égard significatif de constater que ce recours aux ordonnances a connu un succès considérable lors des dernières législatures[2419]. Or, l'ampleur d'une telle pratique pose un problème en termes de qualité de la loi[2420]. En justifiant le recours aux ordonnances par l'urgence liée à la simplification du droit[2421], le Conseil constitutionnel autorise une pratique qui ne tient pas compte de l'intérêt d'une procédure parlementaire longue mais qui est gage d'une meilleure qualité de la loi et donc d'une meilleure intelligibilité de celle-ci. D'une part, cette pratique qui implique un mouvement de « codification à la chaîne » (voir Chapitre 2, Section 3), ne présente pas les garanties d'une réflexion mûrie sur les domaines concernés et risque d'aboutir à une malfaçon des nouveaux codes. D'autre part, cette pratique pose un problème d'accessibilité compte tenu d'un système de ratification des ordonnances qui n'offre pas les conditions de publicité satisfaisante[2422].

Ainsi et contrairement à une idée répandue dans la doctrine, l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité peut jouer comme un vecteur de limitation de certains principes et droits de valeur constitutionnelle. Ce constat conduit alors à s'interroger sur la valeur ajoutée de cette consécration. S'il n'emporte aucune conséquence positive eu égard à la qualité de la

---

[2417] *Ibid*., p.49-50. « C'est à ce niveau là qu'apparaît un autre avantage de la procédure législative répétitive évoquée plus haut : en fait, elle prépare la société civile à accueillir les nouvelles normes et à les mettre en œuvre. ». *Ibid.,* p.50.

[2418] Saisine en date du 22 novembre 2004 relative à la loi de simplification du droit n°2004-1343.

[2419] À cet égard, on peut se référer aux différentes lois dites de « simplification du droit ». Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003, Loi autorisant le Gouvernement à simplifier le droit. Loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004, Loi de simplification du droit.

[2420] Le Conseil constitutionnel ne tient pas compte de l'ampleur de l'habilitation. Dans sa décision 2003-473 DC du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel refuse de sanctionner l'habilitation au motif qu'elle couvrirait un trop large domaine. Décision 2003-473 DC du 26 juin 2003. *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*. Recueil, p. 382.

[2421] Voir notamment le considérant 5 de la décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004. *Loi de simplification du droit*. Recueil, p. 211 : « Considérant que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

[2422] Voir la saisine en date du 22 novembre 2004 relative à la loi de simplification du droit n°2004-1343. Les auteurs de la saisine dénonçaient en effet un système conduisant à la ratification des ordonnances « sans que quiconque ne le sache ou, plus exactement, n'en ait une conscience réelle. »Le texte de la saisine développe cette argumentation en évoquant le cas des « ratifications implicites accidentelles » des ordonnances : « Le jeu des lois d'habilitation multiple combiné avec un usage inconsidéré des ratifications implicites pouvait rendre impossible le contrôle de la loi par le Parlement et mettre les justiciables dans une situation de privation des garanties attachées aux droits reconnus par la Déclaration de 1789 ».

législation, c'est-à-dire s'il n'induit aucune obligation supplémentaire pour le législateur en la matière, la consécration de cet objectif se traduit par un solde négatif. Cette consécration permet-elle au Conseil constitutionnel d'exercer avec plus de sévérité son contrôle de la qualité formelle des lois ? L'objectif d'intelligibilité n'emporte-t-il pas d'autres obligations à la charge du législateur ?

C/ La valeur ajoutée de l'objectif en question.

Les différents dangers liés à la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité renvoient à la question de la valeur ajoutée de celui-ci dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de qualité de la loi. La question essentielle réside plus précisément dans la valeur ajoutée qu'a apportée sa consécration eu égard à l'existence du principe constitutionnel de clarté de la loi. Intelligibilité et clarté constituent des notions qui sont conceptuellement très proches. Il n'est pas inintéressant de constater que le dictionnaire propose comme synonyme de « clair », le mot « intelligible »[2423]. La consécration de l'objectif d'intelligibilité conduit à s'interroger sur la redondance contentieuse liée à sa coexistence avec le principe constitutionnel de clarté de la loi. A.-L. Valembois remarque à cet égard que « la finalité commune attribuée par le Conseil au principe de clarté et à l'objectif d'intelligibilité semble problématique. Elle peut faire douter de la pertinence de leurs reconnaissances parallèles… »[2424]. Après avoir envisagé les éléments de distinction de ces deux objets (1), nous pourrons constater leur convergence (2), pour enfin conclure que la consécration de cet objectif se situe à mi-chemin entre la redondance et l'innovation (3).

1) Les éléments de distinction entre le principe de clarté et l'objectif d'intelligibilité

Transposées dans le cadre du contentieux constitutionnel, ces deux notions conceptuellement proches, se distinguent à plusieurs égards.

Du point de vue de leurs fondements textuels respectifs, l'exigence de clarté de la loi est fondée sur l'article 34 de la Constitution quand l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité s'appuie sur plusieurs articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ainsi, leurs finalités respectives ne semblent pas se recouper puisqu'il s'agit dans un cas de faire

[2423] Définition donnée par *Le petit robert de la langue française 2006*. « Clair », « Clarté ».
[2424] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.287.

respecter la compétence du Parlement et dans l'autre de faire respecter les droits et libertés des citoyens. Cette distinction, qui a le mérite de la netteté, doit néanmoins être relativisée compte tenu de l'interprétation téléologique de la compétence législative entreprise par le Conseil constitutionnel, qui fait dériver de l'article 34 de la Constitution un ensemble d'obligations en matière d'effectivité des principes, droits et libertés de valeur constitutionnelle[2425].

Du point de vue des catégories contentieuses auxquelles elles se rattachent, il s'agit d'une part du *principe* de clarté de la loi et d'autre part de l'*objectif* d'intelligibilité. Les auteurs ont largement insisté sur cet élément de différenciation en considérant que l'intelligibilité ne pouvait être considérée comme un droit subjectif des particuliers puisqu'il s'adresse uniquement au législateur[2426]. Bertrand Mathieu va tirer de cette distinction la conclusion que la clarté impose une obligation de résultat lorsque l'intelligibilité impose au législateur une obligation de moyen[2427]. Anne-Laure Valembois considère par ailleurs que « l'intelligibilité semble pouvoir s'apprécier de manière générale, par une vue d'ensemble des dispositions de la loi, alors que la clarté doit caractériser chacune des dispositions de la loi »[2428]. La même auteur déduit de cette distinction que « la clarté apparaît comme une exigence objective, tandis que l'intelligibilité présente une dimension subjective » puisque, poursuit-elle, l'intelligibilité « s'apprécie du point de vue du destinataire de la loi »[2429]. Dans le même sens, Patrick Wachsmann considère que l'intelligibilité « est davantage tournée vers les destinataires des textes »[2430].

Pourtant la distinction entre ces deux objets mérite d'être discutée dans la mesure où, l'intelligibilité comme la clarté sont destinées à prémunir les destinataires de la loi contre les « dangers que comporterait pour eux l'incertitude tenant à une rédaction défectueuse »[2431].

2) La convergence fonctionnelle des deux moyens contentieux

[2425] Voir *supra*, Première Partie, Sous-Partie I, L'exigence d'effectivité de la Constitution.
[2426] Voir notamment dans ce sens, N.MOLFESSIS, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTDciv*, 2000, p.189.
[2427] B.MATHIEU, *LPA*, n°191, 24 septembre 2002, p.16. Dans le même sens, voir J.-E. SCHOETTL qui rappelle qu'un objectif de valeur constitutionnelle dispose d'une force juridique moindre qu'un principe ou une règle constitutionnels. *LPA*, n°255, 22 décembre 2000, p.12.
[2428] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.288.
[2429] *Ibid.,* p.287. L'auteur explique corrélativement que « la clarté exige une énonciation claire et précise des dispositions d'une loi, ce qui s'apprécie objectivement ».
[2430] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., p.811.
[2431] *Ibid.*

On peut en effet constater que les mêmes dangers motivent la mobilisation contentieuse du principe de clarté de la loi et celle de l'objectif d'intelligibilité. En effet, si le Conseil constitutionnel distingue la clarté et l'intelligibilité par leurs fondements textuels respectifs, il présente pareillement ce principe et cet objectif comme destinés à « prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire »[2432]. Poursuivant les mêmes finalités, l'exigence de clarté et l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité imposent les mêmes qualités à la loi. Ainsi, lors de sa décision 2000-437 DC[2433], répondant au grief tiré de la violation de l'objectif d'intelligibilité, le Conseil constitutionnel rejette cet argument en considérant que la loi « énonce de façon précise les nouvelles règles de financement qu'elle instaure ».

Le constat que ces deux moyens contentieux partagent les mêmes finalités et impliquent donc les mêmes conséquences doit conduire à s'interroger sur les raisons de leur coexistence. Une partie de la doctrine tend à considérer que cette coexistence traduit une redondance contentieuse et ruine les thèses fondées sur une distinction de nature entre un principe de valeur constitutionnelle et un objectif de valeur constitutionnelle. F.Luchaire s'interroge ainsi sur la nécessité de « distinguer ce principe de cet objectif alors qu'ils imposent tous deux au législateur la même obligation »[2434] avant de conclure : « il ne le semble pas : un texte qui manque d'accessibilité et d'intelligibilité est à l'évidence un texte qui manque de clarté »[2435]. Pour cet auteur, « l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi n'est pas vraiment un objectif mais une autre expression de la clarté de la loi »[2436]. Néanmoins, F.Luchaire évoque une différence qui tient aux conséquences contentieuses du principe de clarté « dont la violation justifie la censure », et de l'objectif qui « ne permet pas de censurer la loi »[2437]. À l'appui de sa démonstration, F.Luchaire constate que « le plus souvent le Conseil cite cet objectif en constatant que, contrairement à ce qu'affirment les requérants, le texte qui lui est soumis n'est pas contraire à cet objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la

---

[2432] F.LUCHAIRE établit le même constat. Si le principe de clarté et l'objectif envisagé ont des fondements constitutionnels différents (respectivement l'article 34 de la Constitution, et les articles 4, 5, 6 et 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen), force est néanmoins de constater qu'ils « ont une conséquence commune, ils obligent le législateur à « adopter des dispositions précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire » ». F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 64, 2005, p.680. L'auteur fait à cet égard référence à la décision 500 DC du 23 juillet 2004 et à la décision 455 DC du 12 janvier 2002.

[2433] Décision 2000-437 DC précitée du 19 décembre 2000. *Loi de financement de la sécurité sociale 2001*.

[2434] F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », art.cit., p.680

[2435] *Ibid.*

[2436] *Ibid.*

[2437] *Ibid.*

loi »[2438]. La méconnaissance par une loi de cet objectif ne conduirait pas à une censure puisque « s'il en était ainsi, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi ne serait pas un objectif mais une règle constitutionnelle »[2439]. Cette distinction entre la notion de règle et la notion d'objectif semble négliger l'utilisation contentieuse des objectifs de valeur constitutionnelle par le Conseil. S'il s'agit d'un objectif s'adressant au législateur, il s'agit également d'un moyen contentieux pour le Conseil constitutionnel qui pourra dès lors censurer toute loi allant directement à l'encontre de cet objectif[2440]. On peut d'ailleurs relever un flottement terminologique dans la décision 2004-494 DC[2441] dans laquelle le Conseil constitutionnel évoque « les exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi »[2442]. En outre, si elles sont rares, les censures fondées sur cet objectif ne sont pas contestables. Certains considérants sont tout à fait explicites lorsque le Conseil constitutionnel estime un article « contraire… à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi… »[2443]. L'un et l'autre permettent donc la censure des défaillances formelles afin de prémunir les sujets de droit contre les mêmes dangers.

La coexistence de ces éléments de distinction et cette convergence fonctionnelle nous conduisent à conclure que la consécration de cet objectif se situe à mi-chemin entre la redondance et l'innovation.

3) La consécration de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité : entre redondance et innovation

Cette consécration constitue tout d'abord une réaffirmation des exigences classiques imposées dans le cadre du contentieux constitutionnel. La lecture des décisions du Conseil constitutionnel permet de cerner les exigences impliquées par l'objectif. À travers ses justifications, le Conseil constitutionnel évoque la nécessité d'édicter des dispositions claires et précises afin de contenir l'imprévisibilité de la règle. Il s'agit en effet « de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non

---

[2438] *Ibid.*
[2439] *Ibid.*
[2440] La consécration de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité laisse à penser qu'elle doit avoir un effet utile. Voir à cet égard, P. de MONTALIVET, Thèse précitée, Deuxième partie.
[2441] Décision 2004-494 DC du 29 avril 2004, précitée. *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.*
[2442] *Ibid.* (cons. 14).
[2443] Décision 2003-475 DC du 24 juillet 2003. *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*. Recueil, p. 397, (cons. 26).

équivoques »[2444]. La question qui se pose est alors de savoir si cet objectif a enrichi l'arsenal du Conseil constitutionnel en matière de lutte contre la dégradation de la qualité des lois ? L'imprécision et l'ambiguïté des dispositions législatives étaient sanctionnées bien avant la consécration de cet objectif. De ce point de vue, il convient de constater que cette consécration permet au Conseil constitutionnel de construire une justification de sa jurisprudence passée menée par le Conseil. Il s'agit ainsi pour le juge d'exposer le bien-fondé des exigences qu'il a précédemment imposées au législateur dans ce domaine. Cette réaffirmation n'est donc pas inutile puisqu'elle a vocation à renforcer les fondements de ces mêmes exigences. Cette thèse n'est pas incompatible avec celle qui consiste à considérer les aspects innovants de la consécration de cet objectif.

Anne-Laure Valembois constate à propos de l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité que, « moins contraignante, elle est cependant plus étendue : l'intelligibilité dépasse et généralise la clarté. Les différences entre le principe de clarté et l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité les rendent complémentaires et renforcent leur finalité commune. Leurs consécrations successives ne sonnent donc pas comme une répétition inutile »[2445]. Dans le même sens, Pierre de Montalivet estime que « Cette « juridicisation » s'inscrit dans un mouvement plus large, le Conseil constitutionnel énonçant des exigences de clarté et de précision de la loi en en élargissant progressivement le champ d'application »[2446]. Il semble, à la lecture de ces commentaires, que les auteurs envisagent la consécration de cet objectif comme un nouveau point d'appui à la disposition du Conseil constitutionnel pour œuvrer en faveur de la qualité formelle des lois.

L'objectif apparaît ainsi comme un appui contentieux permettant de nouvelles évolutions jurisprudentielles. Pour un certain nombre d'auteurs, l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité a un champ d'application plus large que le principe de clarté[2447] et serait donc susceptible de couvrir des défaillances formelles jusque là tolérées. Le potentiel (encore inexploité) de l'objectif suscite à cet égard de nombreuses interrogations : « Parmi les questions auxquelles le Conseil constitutionnel n'a pas encore donné de réponse, on peut se demander si l'objectif permet, voire impose de prendre certaines mesures afin de lutter contre l'inflation normative. La question se pose également de savoir si le Conseil utilisera l'objectif

---

[2444] Voir la décision précitée 2001-455 DC.

[2445] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.288.

[2446] P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in R.Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit., p.101.

[2447] Dans ce sens voir D. RIBES, *D.* 2000, p.425 et N.MOLFESSIS, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », art. cit. p.189.

d'accessibilité pour limiter l'emploi des dispositions législatives nuisant à cette accessibilité »[2448]. P. de Montalivet évoque différentes conséquences contentieuses potentielles de cet objectif : « simplification de la structure logique et syntaxique de la loi », « suppression des répétitions inutiles », « des doubles négations », « de l'emploi du futur et de la voix passive », « Limitation des renvois », « Limitation de la formulation des objectifs dans la loi lorsque ceux-ci nuisent à sa compréhension et à sa cohérence »[2449]. Le scepticisme se mêle alors largement à l'optimisme d'une doctrine qui a pu saluer la consécration d'un « objectif prometteur »[2450].

Conclusion de la section

La consécration de l'objectif a constitué une évolution notable de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Si celle-ci n'est pas à la hauteur des espoirs qu'avait pu fonder une partie de la doctrine, il faut convenir que cet objectif est relativement récent et que son potentiel contentieux reste disponible. Lorsqu'un juge dispose d'un nouveau moyen, il est rare qu'il ne cède pas à la tentation d'en faire usage. Sa consécration doit en effet avoir un effet utile, ce qui conduit à s'interroger sur les potentialités ouvertes par l'existence de ce nouvel objectif de valeur constitutionnelle.

[2448] P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *in* R.Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit., p.102.
[2449] *Ibid.,* p.101.
[2450] P.AVRIL et J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française (1er octobre – 31 décembre 1999) », Pouvoirs n°93, 2000, p.238. Les mêmes auteurs estiment à propos de cette consécration qu'elle est porteuse « en théorie, de grands espoirs ». Ils évoquent à cet égard « le renouveau de l'art législatif », *ibid.,* pp.249-250.

Conclusion du Chapitre 1

Si l'exigence de lisibilité de la loi constitue indubitablement la voie de la résolution de la crise de la loi, la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité est loin d'y avoir suffi. Au regard de sa portée potentielle considérable, l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité déçoit eu égard à son application contentieuse par le Conseil constitutionnel. L'application timorée qu'en a fait le Conseil constitutionnel explique les conséquences positives mineures qui en sont résultées. Son application ne conduira à la censure qu'en cas d'inintelligibilité manifeste, le Conseil constitutionnel ayant recours à plusieurs critères cumulatifs. Le réalisme du Conseil constitutionnel en la matière peut être ramené à une politique jurisprudentielle plus globale « alliant fermeté sur les principes et modération dans leur mise en œuvre »[2451].

À cet égard et quand bien même cet objectif aurait permis au Conseil constitutionnel d'aller plus loin dans le contrôle des qualités formelles des lois, la question qui doit se poser est la suivante : le Conseil constitutionnel aurait-il pu sanctionner ces mêmes défaillances sans l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité ? Les moyens contentieux préexistants (incompétence négative, principe de clarté) n'auraient-ils pas suffit ? Il convient pour répondre à cette question de constater que le Conseil constitutionnel est maître des instruments qu'il a par ailleurs forgés, qu'il peut toujours en étendre le champ d'application ou encore en renforcer l'efficacité. Ainsi, le juge aurait pu parvenir au même résultat sans consacrer cet objectif.

Pourtant cet objectif a indiscutablement joué un rôle. Dans le cadre de la politique jurisprudentielle en faveur de la qualité de la loi, il a constitué un moyen d'affichage de la volonté du juge constitutionnel de renforcer ses exigences en matière de qualité formelle des lois. Ce faisant, la consécration de cet objectif permettra au Conseil constitutionnel de trouver une justification aux évolutions à venir d'une jurisprudence plus stricte dans ce domaine. On peut à cet égard constater que la technique d'affichage n'est pas dénuée de portée contentieuse. C'est donc peut-être moins du point de vue de son application que du point de vue de sa consécration que l'objectif semble avoir eu un impact positif. Difficilement mesurable, cet impact se traduit par l'évolution des prises de conscience des acteurs du système. Cette prise de conscience est encouragée par les écrits doctrinaux sur la qualité de la

[2451] R.BADINTER, « Le doyen George Vedel (1910-2002). Du côté du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2002, n°2, p.209.

loi auxquels le juge constitutionnel offrait du « grain à moudre » en consacrant l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Les exigences de clarté et de précision ont largement préfiguré la consécration de cet objectif. On pourrait même aller jusqu'à considérer que les conséquences contentieuses d'une méconnaissance d'un tel objectif ont précédé sa consécration. Sa consécration présente l'intérêt d'une explicitation des exigences du Conseil constitutionnel. Il reste à s'interroger sur l'ensemble des moyens destinés à le réaliser.

Chapitre 2

Les autres moyens convergents sur l'exigence de lisibilité

Avant même la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité, on pouvait considérer qu'il constituait un objectif « clandestin mais efficient »[2452] dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Avant 1999, son contrôle de l'incompétence négative est porteur de l'exigence de clarté de la législation[2453]. D'autres instruments contentieux ont été progressivement forgés par le Conseil constitutionnel qui lui permettaient d'œuvrer en faveur de la lisibilité des lois. Tel est le cas de sa jurisprudence en matière de droit d'amendement qui a un impact certain sur la qualité formelle de la loi. En 1999, lors de la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, la promotion de la codification et de la simplification du droit est explicitement présentée comme étant destinée à assurer la réalisation de l'objectif. Plus récemment, le Conseil constitutionnel a développé des moyens contentieux destinés à restreindre l'invasion des neutrons législatifs et des dispositions à caractère réglementaire dans la loi. Qu'ils soient intervenus avant ou après la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité, ces différents moyens semblent orientés par le souci d'assurer la réalisation de celui-ci[2454].

Nous pourrons ainsi constater que l'exigence de lisibilité constitue le fondement initial de la délimitation du domaine de la loi (section 1) avant d'envisager la lutte engagée par le Conseil constitutionnel contre le phénomène des neutrons législatifs et son impact sur la qualité formelle des lois (section 2). De même, la promotion de la codification est explicitement présentée par le Conseil constitutionnel comme participant à la réalisation de l'objectif d'intelligibilité des lois (section 3). Enfin, il conviendra de mettre en lumière l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'amendement et de procédure parlementaire dans le cadre de cette recherche de lisibilité de la loi (section 4).

[2452] Pour reprendre la formule bien connue de B.MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Droit constitutionnel. Mélanges P.GÉLARD*, Paris, Montchrestien, 2000, p.301 et s.

[2453] Voir décision 67-31 DC, précitée.

[2454] P.WACHSMANN adopte une telle position en évoquant successivement le développement des neutrons, la pratique des renvois d'un texte à un autre et de manière l'instabilité, comme des phénomènes entrant dans le champ de l'objectif d'intelligibilité. Voir P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., pp.816-819.

Section 1 Le domaine législatif et la qualité de la loi

« Pouvoir réglementaire n'usurpera » (Solon)[2455]

La question du domaine législatif ne sera pas ici envisagée sous l'angle de l'incompétence négative, c'est-à-dire en tant que moyen destiné à imposer au législateur d'exercer sa propre compétence. Il s'agira, au contraire d'envisager le domaine de la loi comme un moyen destiné à cantonner la loi à son domaine normatif pour ne pas empiéter sur la compétence d'autres autorités. On peut ainsi constater que la délimitation du domaine législatif est porteuse d'exigences antagonistes. Dans la mesure où elle impose au législateur d'exercer sa compétence, elle suppose pour ce dernier d'être suffisamment précis. Dans la mesure où elle impose au législateur de ne pas empiéter sur la compétence de l'autorité réglementaire, elle suppose pour le même législateur d'édicter des dispositions suffisamment générales. Envisagé comme le fondement d'une restriction de la compétence législative, le domaine de la loi joue un rôle en matière de qualité formelle de la norme en imposant au législateur d'édicter des dispositions générales afin de ne pas encombrer la loi de détails[2456]. La délimitation du domaine législatif constitue de ce point de vue un moyen de lutte contre l'inflation législative[2457]. Ce souci n'était d'ailleurs pas étranger aux intentions des constituants de 1958, qui avaient pris la mesure de la crise de la loi caractérisée par son éparpillement dans des questions secondaires, relevant « par nature » du domaine réglementaire. Cantonnée à l'essentiel, la loi, norme générale, répond davantage au souci de lisibilité destiné à la rapprocher des citoyens. On retrouve ainsi les critères de généralité et de stabilité qui caractérisent la loi depuis l'Antiquité[2458]. Les exigences antagonistes portées par

---

[2455] SOLON, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2000 : un décalogue à l'usage du législateur ? », *LPA*, 10 janvier 2001, n°7.

[2456] B. Mathieu explique à cet égard que « la question de la répartition des compétences entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir législatif revient dans le débat politique et juridique sous une forme et dans une perspective différente (…). Ce n'est plus alors essentiellement en termes de séparation des pouvoirs que la question se pose, mais en termes de sécurité juridique et plus précisément de qualité de la loi ». B.MATHIEU, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs*, n°114, p.74. L'auteur évoque ainsi « Le respect des exigences relatives à la qualité de la loi comme limite à la compétence législative », *ibid.*, p.79.

[2457] Voir notamment G.HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs* n°114, p.108. Pour cet auteur, l'abandon de la distinction a engendré « une augmentation du volume des lois, qui n'entraîne d'ailleurs pas une réduction corrélative de celui des règlements. ». Sur cette question voir G.BAYNAST de SEPTFONTAINES, *L'inflation législative et les articles 34 et 37 de la Constitution*, Thèse de droit public, Paris II , 1997.

[2458] Dans *Les lois*, Platon évoque les législations relatives aux fêtes de la cité. On peut y lire à cet égard que « la loi ne règle que la forme des choses, tandis que le détail revient au devin… ». L.MOUZE, explique à cet égard :

la compétence législative expliquent ainsi les fluctuations de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière. À la sévérité des premières décisions qui sanctionnaient les empiétements de la loi sur le domaine réglementaire, s'est substituée la permissivité de la jurisprudence résultant de la décision blocage des prix[2459]. Sa jurisprudence récente traduit un regain d'intérêt face à cet éparpillement et souligne le souci du Conseil constitutionnel d'assurer la qualité formelle de la loi. Nous pourrons dans un premier temps envisager les liens entre la délimitation du domaine législatif, la généralité, la stabilité et la lisibilité de la loi (§1) avant d'envisager la jurisprudence fluctuante du Conseil constitutionnel en la matière (§2).

§1 Délimitation du domaine législatif : généralité, stabilité et lisibilité

On doit certes reconnaître que la délimitation du domaine de la loi en 1958 s'inscrivait dans la perspective d'une rationalisation du parlementarisme et visait à renforcer les pouvoirs du gouvernement face au Parlement. Néanmoins et sans qu'il y ait une contradiction de principe, cette délimitation était dans le même temps orientée par le souci d'assurer une certaine qualité formelle des lois. En 1958, les constituants sont en effet animés de la volonté de restaurer le prestige d'une loi en charge de l'essentiel, donc débarrassée du détail. Ainsi, en exerçant sa fonction de régulateur de l'activité des pouvoirs publics, le Conseil constitutionnel se trouvait en mesure de mettre en œuvre une certaine idée de la loi, et d'imposer une qualité classique de l'idéal législatif : la généralité. Portalis explique ainsi : « Les lois proprement dites diffèrent des simples règlements. C'est aux lois à poser dans chaque matière les règles fondamentales et à déterminer les formes essentielles. Les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables ; en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre que l'intervention de la puissance qui institue ou qui crée, sont du ressort des règlements. Les règlements sont des actes de magistrature et les lois des actes de souveraineté »[2460].

La délimitation opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution s'inscrivait dans la perspective de cette tradition : « Aujourd'hui, la doctrine nous rappelle… que le véritable but de constituants de 1958 était de restaurer le caractère solennel de la loi, en lui confiant les

---

« on retrouve ici une structure courante des Lois, à savoir le caractère d'esquisse inachevée de la législation mise en place… ». L.MOUZE, *Le législateur et le poète. Une interprétation des Lois de Platon*, op. cit., p.228.

[2459] Décision 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus, GDCC* n°33, 12ème éd.

[2460] Discours préliminaire sur le projet de Code civil, 1er Pluviose An IX.

matières les plus importantes, et de lui rendre une place centrale, en conjuguant la majesté de l'acte avec l'importance de l'objet réglementé»[2461]. Cantonner la loi à l'essentiel revenait ainsi à prendre acte de sa majesté[2462]. La délimitation du domaine de la loi et les préoccupations de la légistique sont donc liées dès 1958 puisque cette généralité a un impact sur la lisibilité de la loi. À l'époque, les défaillances formelles des lois sont au cœur de la critique et révèlent ainsi un malaise plus profond concernant la fonction législative. L'expérience des IIIème et Ivème Républiques a ruiné les thèses du critère de généralité attaché à la loi. D'une part, le législateur a manifesté de manière croissante la tendance à subdéléguer sa compétence sur des domaines parfois essentiels, mais parallèlement, l'exercice de sa compétence l'a tendanciellement conduit à édicter toujours plus de précision et à traiter des questions de détail[2463]. Sous les IIIè et IVè Républiques, le constat de crise de la loi est déjà récurrent. Évoquant l'accueil réservé aux articles 34 et 37 par le « petit monde des juristes », Jean Foyer ironise : « ô horreur (…) le Parlement n'aurait plus le pouvoir de déterminer par lui-même (…) le nombre des étalons entretenus par l'État dans les haras nationaux »[2464]. Par la limitation d'un domaine réservé au législateur, les constituants semblaient donc vouloir remédier à ces dérives.

La généralité illustre la fonction démocratique des exigences portant sur la forme des lois. Cette qualité s'oppose à la prescription par le législateur des détails et cantonne la loi à n'énoncer que l'essentiel. La généralité a alors un impact sur le volume des lois mais également sur leur style, contribuant ainsi à une meilleure lisibilité : « Ainsi est-il d'abord naturel que la loi, ayant pour vocation primordiale d'être générale, imprime au langage législatif sa généralité. De fait, le langage de la généralité constitue, dans la tradition millénaire, l'idéal d'écriture. Les Tables de la loi fondent le style lapidaire ; le décalogue demeure le modèle »[2465]. Outre ces qualités stylistiques, la généralité est présentée de manière

[2461] NOCILLA, *Vive la loi !*, op. cit. p.49.

[2462] Dans le même sens, B. Mathieu écrit : « limiter la loi, et non le règlement, c'est valoriser le Parlement et son ouvrage normatif ». Voir, B.MATHIEU, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs*, n°114, p.86.

[2463] M.Janot évoque à cet égard une « attitude de facilité adoptée par un législateur dont le propos était chaque jour davantage de légiférer sur les plus petits détails. ». M.JANOT, « L'origine des articles 34 et 37 », in *Les domaines de la loi et du règlement*, op. cit, p.67. René Capitant reconnaissait à cet égard : « Oui, les Assemblées ont trop souvent tendance à vouloir entrer dans les détails. Il y a là une déformation qui, pour une part est de nature technique, pour une part de nature politique et dont l'origine doit être souvent cherchée dans la démagogie. En effet, au lieu de rester les défenseurs et les arbitres de l'intérêt général, nous acceptons trop souvent d'être les défenseurs d'intérêts particuliers et déposons à cet effet des amendements d'une portée trop restreinte ». Cité par L.PHILIP, « Les lacunes et les imperfections des articles 34 et 37. Le problème de leur réforme. », in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit. p.236.

[2464] J.FOYER, « L'application des articles 34 et 37 par l'Assemblée nationale », in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit. p.84.

[2465] G. CORNU, « Le langage du législateur », in *L'art du droit en quête de sagesse*, chap.23, op. cit., p285.

récurrente comme le gage de la stabilité des lois : « La stabilité de la loi était liée à sa généralité : dès l'instant où elle devient précise et détaillée, elle risque d'être frappée plus vite de caducité. La loi est appelée à se renouveler à une cadence toujours plus rapide »[2466].

Alors que la création du Conseil constitutionnel a été présentée par une partie de la doctrine comme le signe du déclin de la loi[2467], on peut constater que la Constitution de 1958 prétend administrer à la norme législative des remèdes… La délimitation du domaine de la loi et la création du Conseil constitutionnel feraient ainsi partie de ceux-là.

§2 Les fluctuations jurisprudentielles

La maîtrise du domaine de la loi est censé offrir au juge constitutionnel la possibilité de jouer une influence positive sur la lisibilité des lois en limitant l'inflation et l'instabilité législative ; l'ensemble étant rattaché à une qualité, la généralité, et aux deux articles 34 et 37 de la Constitution. Si le Conseil constitutionnel disposait ainsi d'un moyen pour agir sur la qualité des lois, comment l'a-t-il utilisé ? Quelle influence a eue la délimitation opérée par le Conseil constitutionnel sur la physionomie des lois ? L'évolution de sa jurisprudence en la matière est marquée par des fluctuations notables.

L'émergence du fait majoritaire a largement contribué à l'oubli de la distinction des matières réglementaires et législatives. Dans les premiers temps de leur application, on a pu comparer le système des articles 34 et 37 de la Constitution à une « passoire »[2468]. En effet, « le Gouvernement n'a pas fait un usage systématique de la procédure prévue à l'article 41 »[2469]. Jean Foyer explique à cet égard : « cependant que le texte de l'article 41 était peu utilisé, on constatait (…) une véritable invasion de la loi par des dispositions de caractère réglementaire »[2470]. L'explication tient largement dans l'avènement du fait majoritaire sous la Vème République qui rend « ce parlementarisme rationalisé beaucoup moins indispensable »[2471]. F. Vincent pouvait ainsi écrire en 1965 un article intitulé « De l'inutilité

[2466] J.CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP,* 1990, p.1666.

[2467] À propos de la délimitation des domaines législatif et réglementaire, M. Janot rapporte les propos d'un rapporteur désigné par le Conseil d'État : « l'article 37 (…) est une atteinte à la dignité du Parlement ». M.JANOT, « L'origine des articles 34 et 37 », in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit. p.67.

[2468] On doit cette formule à Jean Foyer. Voir J.FOYER, « L'application des articles 34 et 37 à l'Assemblée nationale », in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit. p.86.

[2469] *Ibid.,* p.86.

[2470] *Ibid.,* p.91.

[2471] *Ibid.,* p.93. Cette analyse est partagée par J.BOULOUIS qui explique que lorsque le Parlement s'aventure sur le terrain du domaine réglementaire, « c'est le plus souvent à la demande du Gouvernement… », J.BOULOUIS, « L'influence des articles 34 et 37 sur l'équilibre politique entre les pouvoirs », in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit. p.196.

de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 »[2472]. Dans sa thèse, B.Baufumé, évoque « l'échec du cantonnement du législateur » dû à « la désuétude de l'article 41 » et à « l'application circonspecte de l'article 37, alinéa 2 »[2473]. Le Gouvernement trouve moins de raisons de limiter les initiatives parlementaires même lorsqu'elles débordent les frontières du domaine législatif. L'avènement du fait majoritaire explique ainsi la permissivité du Gouvernement qui « accepte, sous la pression de sa majorité, des amendements trop nombreux, qui interviennent dans le domaine réglementaire et qui finissent par complètement dénaturer le texte »[2474].

Des avantages en termes de lisibilité expliquent pourtant la permissivité du Conseil constitutionnel. Le Gouvernement utilise d'autant moins la procédure de l'article 41 de la Constitution que l'insertion de disposition de caractère réglementaire dans la loi présente l'avantage d'éviter le « saucissonnage » du dispositif normatif. En ce sens, Guy Carcassonne estime que « l'élaboration normative a besoin d'unité et il est plutôt sain de la satisfaire sans s'arrêter à chaque instant à des escarmouches de frontières »[2475]. L'émergence du fait majoritaire conduit ainsi à privilégier le principe d'une élaboration plus complète des lois dans un souci de cohérence d'ensemble, quitte à négliger « la dichotomie entre le législatif et le réglementaire »[2476]. Dans le même sens, justifiant le recours à l'article 38 de la Constitution, G.Pompidou, alors Premier ministre, s'expliquait en ces termes : « je demande à l'Assemblée de prendre conscience que la très grande majorité des mesures à prendre appartient au domaine réglementaire mais qu'il s'y trouve fatalement et étroitement imbriqué un certain nombre de dispositions risquant de relever du domaine de la loi… ». Poursuivant cette explication, le Premier ministre constate qu'il est bien souvent arrivé au Gouvernement « de soumettre au vote du parlement des dispositions d'ordre réglementaire chaque fois que la discussion d'une loi de portée générale l'exige pour être complète et exhaustive (…). Outre les difficultés juridiques qu'il y aurait à séparer les uns des autres, les débats devant le

---

[2472] Voir *AJDA*, 1965, p.564. On peut à cet égard considérer que l'article 41 de la Constitution aurait davantage mérité l'honneur de ce titre.

[2473] B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 77, Paris, 1993, pp.35-61.

[2474] R. DENOIX DE SAINT MARC, « Il est difficile de demander aux juges d'augmenter encore leur productivité », *AJDA*, 28 mars 2005.

[2475] G. CARCASSONNE, « Penser la loi », art. cit., p.46.

[2476] Un ancien membre du Conseil constitutionnel pouvait déplorer cette pratique : « il est certain que le mode de législation que nous connaissons et qui est très largement, et c'est très déplorable, une législation par les bureaux, conduit, dans les textes qui sont présentés, à entremêler les questions législatives et les questions réglementaires. Ce qui peut être le fait d'une administration centrale qui cherche dans le fond à résoudre l'ensemble de l'affaire et qui ne croit pas du tout à la dichotomie entre le législatif et le réglementaire». P.CHATENET, « L'application des articles 34 et 37 par le Conseil constitutionnel », in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit. p.139.

Parlement n'auraient pu être que décousus ou fragmentaires (...). Il s'agit (…) de mener une action d'ensemble et cohérente, action qui ne peut être accomplie mais qui ne pourra également être jugée que globalement »[2477]. La délimitation trop stricte du domaine législatif présente ainsi des inconvénients du point de vue formel. R.Odent expliquait à cet égard que « la mise en œuvre rigoureuse du partage risque d'aboutir à des textes de loi tellement elliptiques et discontinus qu'ils poseraient des problèmes de rédaction et de compréhension proprement insolubles »[2478]. Le Conseil constitutionnel semble avoir été sensible à cet argument puisqu'il a accompagné cette pratique en permettant au législateur de prévoir l'ensemble des éléments d'une législation y compris ceux qui relevaient de la compétence réglementaire. Dans sa décision 82-143 DC, dite « blocage des prix »[2479], le Conseil constitutionnel considère désormais que « par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi ». Si cette solution était contestable « en droit strict »[2480], elle présentait donc un avantage en termes d'intelligibilité[2481].

Le Conseil constitutionnel a été suite à cette décision directement visé comme co-responsable de la crise de la loi[2482]. Cette décision blocage des prix aurait conduit aux mêmes

---

[2477] JO. *Débat AN*, Séance du 18 mai 1967, p.1067, cité par J.BOULOUIS, « L'influence des articles 34 et 37 sur l'équilibre politique entre les pouvoirs », in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit., p.199.

[2478] R.ODENT, *Contentieux administratif*, 1970-1971, T .1, p.181. Cité par J.BOULOUIS, « L'influence des articles 34 et 37 sur l'équilibre politique entre les pouvoirs », art. cit. p.198.

[2479] Décision 82-143 DC, précitée.

[2480] Pour B.Genevois, « en droit strict, cette solution peut être contestée car elle va à l'encontre de l'idée suivant laquelle les règles de compétence ont, en droit public français, un caractère d'ordre public… », B.GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Éd. STH, 1988, p.77. Pourtant, cette interprétation qui consistait à reconnaître un caractère facultatif à la procédure de l'article 41 de la Constitution était partagée par un certain nombre d'acteurs de la révision de 1958. J.Foyer rapporte à cet égard les propos de M.Debré : «la Constitution n'interdisait pas au Parlement de se mêler d'affaires qui ne sont pas comprises dans le domaine de la loi ; la Constitution signifiait simplement que le Gouvernement a un moyen pour empêcher le Parlement de le faire ». « L'origine des articles 34 et 37 », Débat, in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit. pp.73-74. Voir la proposition de loi n°1219 tendant à créer un Ministère de la Science.

[2481] B. Genevois explique en effet que « le Conseil a été vraisemblablement sensible au fait qu'il était difficile au stade de la rédaction des textes d'éviter qu'il y ait par la force des choses un empiètement du législateur sur la compétence réglementaire, ne serait-ce que dans un souci d'intelligibilité », B.GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, op. cit. p.77. Pierre Mazeaud confirme cette analyse dans son discours prononcé en 2005 : Que la loi empiète occasionnellement sur le domaine réglementaire, voilà qui est compréhensible dans certaines hypothèses : - Par exemple, afin de combler un " interstice " des textes, pour la commodité des administrés et des administrations : on rejoint ici l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité du droit ». Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

[2482] G. Drago considère que « le gouvernement est en partie responsable de cet état de fait…le Conseil constitutionnel a cependant fortement accentué cette tendance en ne donnant plus qu'une définition formelle de la loi. En se montrant trop compréhensif à l'égard de la Constitution et en étendant inconsidérément le domaine

dérives inflationnistes. Selon B.Mathieu, « la protection d'un domaine de compétence législatif étendu concourt à sa dévaluation ou à sa dénaturation »[2483]. Cette interprétation des articles 34 et 37 fut très contestée au sein de la doctrine jugeant le Conseil constitutionnel laxiste au regard des empiétements de la loi sur le domaine réglementaire. Certains auteurs ont ainsi plaidé ainsi pour un retour à l'orthodoxie[2484] face à cette jurisprudence jugée par trop « libérale »[2485]. Certains parlementaires ont eux-mêmes[2486] plaidé pour une plus grande rigueur dans l'application de la délimitation des domaines législatif et réglementaire « afin de libérer les assemblées de la législation secondaire »[2487]. Dans la foulée, J.-L. Debré[2488] et P.Mazeaud ont fait entendre leurs voix dans le même sens en plaidant en faveur d'une plus grande généralité des lois. Le précédent Président du Conseil constitutionnel avait dénoncé, lors de son discours de vœux au Président de la République, l'invasion des dispositions réglementaires au sein des lois et annonçait son intention d'y remédier[2489].

---

législatif, le Conseil constitutionnel offre pourtant une victoire à la Pyrrhus au législateur, en favorisant un développement anarchique de la loi, et ce, au profit du gouvernement et non de la puissance de la loi. ». G.DRAGO, « La loi contrôlée », in *Vive la loi !*, op. cit., p.25.

[2483] B. MATHIEU, *La loi*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1996. Dans le même sens, cet auteur ajoute : « la faculté donnée au législateur d'intervenir en dehors du champ de sa compétence, modifie la nature de la loi, en la surchargeant de dispositions techniques, subalternes ou vétilleuses ». B. MATHIEU, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », art. cit., p.80.

[2484] Selon Guillaume DRAGO, « il convient notamment de recadrer la compétence législative, en mettant un terme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 30 juillet 1982, relative au blocage des prix et des revenus, c'est-à-dire en ne favorisant pas le développement inconsidéré du domaine législatif et en évitant ainsi la dilution et la perte de sens de la loi ». « La loi contrôlée », *Vive la loi !*, op. cit. p.25.

[2485] D. CHAGNOLLAUD explique à cet égard que « Si la hausse du volume des lois est cependant indiscutable, notamment en matière pénale, elle est aussi le fruit de la porosité du domaine de la loi, favorisée heureusement par la jurisprudence libérale – trop ?- du Conseil constitutionnel. Faut-il s'en plaindre et préférer des lois plus courtes et des règlements plus nombreux ? telle est la question. Cette difficulté réelle de volume pourrait être aisément surmontée par un contrôle plus affirmé du Conseil constitutionnel sur la qualité de la loi et sur sa généralité… », in *Vive la loi !*, op. cit., p.9. Le terme est également utilisé par le Président du Sénat C. PONCELET, lors de la séance du 30 juin 2004. Il évoque « l'extension continue du domaine de la loi, induite par une jurisprudence libérale du Conseil constitutionnel… », cité dans les dossiers documentaires du Conseil constitutionnel sous la décision 2005-512 DC : « Absence de normativité ou normativité incertaine des dispositions législatives ». Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

[2486] Pierre Mazeaud jugeait à cet égard : «on légifère trop, donc mal, la plupart du temps sur des dispositions réglementaires, alors qu'elles ne sont de la compétence du seul Gouvernement… », Entrevue au *Figaro* du 17 mars 1993.

[2487] J.TREMEAU, *La réserve de loi*, op. cit, p 347.

[2488] J.-L. Debré évoquait la pratique des « gouvernements » et des « parlementaires de tout bord » consistant à trop légiférer « avec un souci croissant de détail et de l'ajustement qui n'est pas dans la vocation de stabilité, de clarté et de lisibilité… ».Voir l'exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle n°1832, tendant à renforcer l'autorité de la loi, présentée par J.-L. Debré le 5 octobre 2005.

[2489] P.Mazeaud déclarait ainsi dans son discours de vœux de 2005 : « Par ailleurs, il faut désormais lutter plus activement contre les intrusions de la loi dans le domaine réglementaire. ». Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

Cette annonce précédait ainsi une évolution jurisprudentielle sensible opérée par la décision 2005-512 DC[2490]. Évolution sensible mais qui ne renverse pas la solution retenue en 1982[2491]. Le Conseil constitutionnel a tenu visiblement compte de ces critiques puisqu'il a ajusté sa jurisprudence de 1982 en procédant à la délégalisation préventive des dispositions de nature réglementaire contenues dans une loi. Il procède en effet, dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, à une délégalisation *a priori* d'une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi. Le gouvernement pourra donc modifier ces dispositions sans qu'il soit nécessaire d'en passer par la procédure de l'article 37 alinéa 2. Le Conseil constitutionnel est ainsi en mesure de « cumuler »[2492] les deux procédures en déclassant les dispositions n'ayant pas le caractère législatif dans le cadre de l'article 61 de la Constitution. Ce procédé permet au Conseil constitutionnel de déclasser toutes celles des dispositions qu'il juge de caractère réglementaire alors que dans le cadre de la procédure prévue à l'article 37, alinéa 2, il est tenu de se prononcer sur les articles qui lui sont soumis. Cette jurisprudence constitue une évolution en douceur au regard de celle qui prévalait depuis 1982 puisque le Conseil constitutionnel ne fait pas le choix de la censure[2493].

Cette position exposait le Conseil constitutionnel à une critique qui n'a pas tardé à suivre. Sur le fond, le problème posé consiste à déterminer le régime de ces dispositions de nature réglementaire contenues dans une loi avant leur modification par l'autorité réglementaire[2494]. Sur la forme, cette solution jurisprudentielle ne règle pas le problème de l'encombrement de la loi[2495]. À l'inverse, elle contribue à complexifier la loi dans laquelle coexistent des dispositions législatives et réglementaires. B.Mathieu conclura à l'égard de

---

[2490] Décision 2005-512 DC du 21 avril 2005. *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*. Recueil, p. 72. M.Verpeaux évoque, eu égard à la décision 2005-512 DC, le « véritable coup d'arrêt au développement des normes réglementaires contenues dans les lois… ». V. M.VERPEAUX, « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.*2005, Chron. p.1887.

[2491] M.Verpeaux explique à cet égard que le Conseil constitutionnel avait « le choix entre trois attitudes : soit rester fidèle à la jurisprudence antérieure, soit remettre celle-ci en cause, soit adopter une solution intermédiaire. C'est cette dernière solution qui a été adoptée… », V. M.VERPEAUX, « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.*2005, Chron. p.1888.

[2492] M.VERPEAUX évoque « le cumul des procédures de délégalisation ». *Ibid.*

[2493] La vigilance relative du Conseil constitutionnel face à la présence de dispositions réglementaires dans les lois ordinaires se retrouve au moment du contrôle des lois organiques. Dans sa décision 2005-519 DC, le Conseil constitutionnel considère que : « une loi organique ne peut intervenir que dans les domaines et pour les objets limitativement énumérés par la Constitution ; que l'introduction dans un texte de loi organique de dispositions n'ayant pas cette nature pourrait en fausser la portée ». Décision du 29 juillet 2005 -*Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale,* Recueil, p. 129. Voir également la décision 2004-490 DC.

[2494] Voir à cet égard les considérations de M.VERPEAUX, « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.*2005, Chron. p.1890.

[2495] M.Verpeaux juge que le Conseil « évite ainsi de confirmer ou d'infirmer le caractère inconstitutionnel d'une telle démarche ». *Ibid.*

cette solution que « le Conseil stigmatise »[2496], ce qui signifie concrètement qu'il ne censure pas.

L'application des articles 34 et 37 suppose de résoudre ce fameux dilemme : faut-il privilégier la généralité de la loi et appliquer de manière rigoureuse la délimitation des compétences[2497] ? Ou bien faut-il privilégier une application plus souple, au bénéfice d'une cohérence d'ensemble du dispositif normatif[2498] ? Ce dilemme ne semble pourtant pas incontournable si l'on en croit Bertrand Mathieu. Suite à la décision 2005-512 DC[2499], cet auteur suggère une évolution jurisprudentielle permettant de concilier les exigences de généralité et de cohérence du texte. Il s'agirait pour le Conseil constitutionnel de décider que « le législateur peut en principe intervenir dans le domaine réglementaire, sans commettre d'inconstitutionnalité, à condition que le Gouvernement ne s'y oppose pas et que les dispositions de nature réglementaire contenues dans la loi ne soient pas sans lien avec les dispositions législatives adoptées et soient nécessaires à l'exercice par le législateur de sa compétence ou à l'intelligibilité de la loi »[2500]. Cette proposition reviendrait ainsi à ne sanctionner que les « abus » du législateur : « parties des lois entièrement réglementaires, dispositions réglementaires qui ne sont pas nécessaires à la compréhension de la loi ou des dispositions réglementaires qui ne s'inscrivent pas dans un ensemble normatif cohérent »[2501]. De telles sanctions s'appuieraient ainsi « sur le fondement de la violation de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi »[2502].

Une autre voie permet de résoudre ce dilemme même si elle semble hors de portée du juge constitutionnel. Lors du colloque consacré au domaine de la loi et du règlement, un auteur évoque les problèmes d'accessibilité que pose le fait de séparer les dispositions réglementaires et législatives : « Des inconvénients dans l'utilisation : il faut revenir systématiquement du texte de la loi au texte du décret, vous me direz que ce n'est pas grand chose, mais à une époque où on se préoccupe beaucoup de qualité de la vie, il faut penser à la

---

[2496] B.MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel censure les lois trop « verbeuses » », *JCP* 2005.
[2497] Selon B. Mathieu, « une application rigoureuse « nuirait à la lisibilité de la loi ». B.MATHIEU, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », art. cit., p.82.
[2498] Dans le même temps on perçoit aisément l'intérêt stratégique de cette solution qui conduit à étendre d'autant le champ de son contrôle du Conseil constitutionnel.
[2499] Décision 2005-512 DC, précitée.
[2500] Voir, B.MATHIEU, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », art. cit., p.85.
[2501] *Ibid.*, p.85
[2502] *Ibid.*, p.86.

qualité de la vie de nos praticiens ! »[2503]. Poursuivant cette logique, l'intervenant suggère de recourir à un système de codification accolant dispositions législatives et réglementaires régissant les mêmes questions : « Et je pense en particulier à l'article 4 de la loi de 1966 sur l'affréteur : on nous dit que l'armateur est responsable des marchandises qu'il prend sous sa garde, en ajoutant qu'il est responsable de l'inexécution de ses obligations définies par décret ; et il faut ensuite se reporter aux décrets pour savoir exactement ce que sont ces obligations ». Évoquant les méthodes actuelles de codification qui séparent nettement d'une part les dispositions législatives et d'autre part les dispositions réglementaires, l'intervenant s'interroge sur une nouvelle voie dans ce domaine : « est-ce que l'on ne pourrait pas substituer à cette présentation parallèle une présentation linéaire, où par exemple les articles 1er et 2 de la loi sur les armateurs, articles d'ordre législatif, seraient suivis d'un article 3 » même s'il a un caractère réglementaire. M.Bonassie poursuit en évoquant un système de numérotation : « article 1er (L), article 2 (L), article 3 (R) »[2504]. Répondant à cette intervention, M.Guillaume considère qu' « une présentation juxtalinéaire ou intégrée aurait de grands avantages matériels » avant de juger qu'une telle entreprise « supposerait cependant une révision importante »[2505], hors de portée du seul juge constitutionnel, donc.

Conclusion de la section 1

En délimitant le domaine de la loi, le Conseil constitutionnel dispose d'un moyen d'influer sur les pratiques normatives et donc sur la qualité de la loi.

Mais cette délimitation suppose une application effective des dispositions constitutionnelles qui dépend dans une large mesure du Gouvernement. Ce dernier a en effet contribué à ce que les mécanismes mis en place par la Constitution tombent en désuétude. Ce constat a conduit J.-L. Debré à déposer une proposition de loi constitutionnelle destinée à assurer l'effectivité de la répartition des compétences établie par les constituants de 1958[2506].

[2503] Intervention de P. BONASSIES, « La fonction des articles 34 et 37 », Débats, in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit. p.210. L'intervenant poursuit en évoquant les « inconvénients de forme aussi, dans la mesure où elle touche à l'esthétique du système normatif, et je crois que l'esthétique a son rôle à jouer dans le droit positif », *ibid*.

[2504] Intervention de P. BONASSIES, « La fonction des articles 34 et 37 », Débats, in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit., p.211.

[2505] Intervention de M.GUILLAUME, « La fonction des articles 34 et 37 », Débat, in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit., p.219.

[2506] Voir la proposition de loi constitutionnelle n°1832 déposée le 5 octobre 2005, tendant à renforcer l'autorité de la loi. Cette proposition vise à modifier l'article 41 de la Constitution : « les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne peuvent être mis en discussion, lorsqu'ils ne relèvent pas du domaine

Il s'agit, selon le promoteur de cette révision, d'assurer « une certaine automaticité au contrôle de l'initiative »[2507]. La nouvelle procédure vise à mettre fin au « pouvoir discrétionnaire et exclusif reconnu au Gouvernement d'opposer l'irrecevabilité législative » en conférant aux organes parlementaires eux-mêmes le pouvoir de « réguler l'initiative au regard du respect du domaine de la loi »[2508]. Il convient de préciser que dans sa nouvelle configuration, le système proposé ne serait pas opposable à l'initiative gouvernementale, « qu'il s'agisse des articles des projets de loi ou des amendements dont le Gouvernement est l'auteur »[2509]. D'une manière générale, le Conseil constitutionnel se trouve confronté à la nécessité de composer avec les acteurs de l'élaboration de la loi, et fait preuve à cet égard d'une certaine tolérance s'agissant de leur pratique.

Cette délimitation ne va pas sans soulever de délicates questions, notamment celle qui consiste à savoir comment distinguer « l'essentiel législatif de l'accessoire réglementaire »[2510]. L'exigence de lisibilité de la loi est fondée sur le principe démocratique qui conduit à considérer que les décisions les plus importantes doivent faire l'objet d'un débat public au Parlement. À cet égard, on peut constater que certaines questions « politiquement essentielles (…) relèvent du pouvoir réglementaire en droit strict »[2511]. On se souvient ainsi que la question du « rôle positif de la colonisation » avait suscité un débat public très important, ce qui n'a pas empêché le Conseil constitutionnel de faire une application rigoureuse des articles 34 et 37 de la Constitution en acceptant la délégalisation de cette disposition[2512].

La délimitation du domaine de la loi a donc un impact déterminant sur la lisibilité des lois. La récente jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière traduit sa volonté

---

de la loi, lorsqu'ils sont contraires à une délégation accordée en vertu de l'article 38 de la Constitution, ou lorsqu'ils sont dépourvus de portée normative ».

[2507] Exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle n°1832.

[2508] L'auteur de la proposition s'appuie à cet égard sur la pratique du contrôle des amendements au regard de l'article 40 de la Constitution mis en place par le règlement de l'Assemblée nationale. Cette procédure, qui ne requiert plus l'arbitrage du Conseil constitutionnel en cours de procédure législative, présenterait en outre l'avantage de contourner les lourdeurs jugées « dissuasives » de la procédure actuelle prévue par l'article 41 de la Constitution.

[2509] Exposé des motifs de la proposition n°1832 précitée.

[2510] B. MATHIEU, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », art. cit., p.80. L'auteur évoque ainsi la difficulté de déterminer les « lignes de répartition mouvantes et floues » (*ibid.* p.81) et considère qu' « une application rigoureuse des articles 34 et 37 rendrait la jurisprudence du Conseil constitutionnel peu prévisible » , *ibid*. p.82.

[2511] B. Mathieu explique en effet : « Indépendamment des règles de compétence fixées par la Constitution, aujourd'hui comme hier, la loi est une expression plus directe du principe démocratique que le règlement. De cette réalité, il ressort qu'il est politiquement difficile, et qu'il peut être inopportun, voire inconcevable, que le juge constitutionnel interdise au Parlement de traiter telle ou telle question qu'il estime politiquement essentielle, alors même qu'elle relève du pouvoir réglementaire en droit strict.». B. MATHIEU, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », art. cit. p.85.

[2512] Décision 2006-203 L du 31 janvier 2006. *Nature juridique d'une disposition de la loi n°2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.*

d'œuvrer en faveur de l'exigence de lisibilité. On retrouve cette même exigence à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux neutrons législatifs.

Section 2 La lutte[2513] contre les neutrons

« Tu ne te prendras pas pour Dieu » (Solon)[2514].

« L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves »[2515]

« Quand aux préambules de lois qui autrefois étaient réputés ineptes, et dans lesquels les lois ont l'air de disputer et non de donner des ordres, ils ne nous plairaient guère si nous étions capables de supporter les coutumes antiques. Mais, eu égard au temps où nous vivons, trop souvent ces préambules de lois sont nécessaires, non pas tant pour expliquer la loi que pour la persuader, pour se ménager la facilité de la présenter aux comices : en un mot, pour contenter le peuple. Quoi qu'il en soit, autant qu'il est possible, évitez ces préambules, et que la loi commence à la jussion » (F.Bacon)[2516]

La lutte contre les neutrons législatifs s'est dans un premier temps inscrite dans la perspective de l'exigence de prévisibilité. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il procédé à une distinction entre les dispositions dénuées de toute portée normative et celles dont la portée normative était jugée incertaine, ne sanctionnant que ces dernières[2517]. Il faut à cet égard considérer que l'incertitude générée par ces dispositions constituait un motif d'inconstitutionnalité plus solide dans la mesure où elles étaient susceptibles de produire des effets et *in fine* de porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis. Le fondement d'une censure visant les véritables neutrons législatifs était ainsi plus délicat dans la mesure où ils sont caractérisés par une carence totale en normativité[2518]. En effet, Jean Foyer, à qui l'on doit cette métaphore, expliquait qu'il s'agit « de textes dont la charge normative est nulle »[2519]. Pourtant, ces dispositions n'ont cessé d'être l'objet de critiques émanant de la doctrine et des acteurs institutionnels. Le Conseil constitutionnel était ainsi

---

[2513] Le terme « lutte » s'inscrit dans le champ lexical utilisé par la doctrine en la matière. À cet égard, M. Verpeaux considère que « le Conseil constitutionnel s'inscrit dans ce qui est devenu le combat en faveur de la qualité de la loi », M.VERPEAUX, « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.*2005, Chron. p.1887.

[2514] SOLON, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2000 : un décalogue à l'usage du législateur ? », *LPA*, 10 janvier 2001, n°7. « Autrement dit : "Tu ne cèderas pas à la tentation de décrire un état idéal des choses en imaginant transfigurer le monde par la seule grâce du verbe normatif. »

[2515] Article 7 II du projet de *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*. Décision 2005-512 DC , précitée du 21 avril 2005.

[2516] F.BACON, *Œuvres,* Tome 1, Livre VIII, « De l'expression obscure et équivoque des lois », éd. Charpentier, Paris, 1845, pp.435-436.

[2517] Voir *supra*, Sous-partie I, L'exigence de prévisibilité, Titre II, Chapitre 2.

[2518] Pierre Mazeaud, lors de son discours de vœux en 2005 explique ainsi : « De fait, les dispositions non normatives ne créent pas, en apparence du moins, de difficultés aussi graves que les dispositions dont la portée normative est incertaine. Elles semblent se fondre dans un " bruit législatif ", sans conséquence fâcheuse du point de vue de la sécurité juridique ou de la séparation des pouvoirs. »

[2519] 3ème séance du 21 juin 1982, *JOAN,* p. 3667. Cité par B.MATHIEU, *La loi*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2ème éd. 2004, p.104.

explicitement invité à censurer ces « neutrons » législatifs, sapant l'autorité des lois et portant atteinte à leur structure formelle. Une fois mis en exergue les effets négatifs des « neutrons » sur la qualité formelle des lois, leur sanction juridictionnelle apparaissait comme une des voies de la mise en œuvre de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité. Le discours doctrinal (§1) a constitué une amorce au contrôle exercé par le Conseil constitutionnel (§2).

§1 Le discours doctrinal

En dépit de leur « a-normativité », ces dispositions ont largement alimenté le discours doctrinal sur la (mauvaise) qualité de la loi. Les neutrons législatifs contribueraient à accentuer le phénomène d'inflation normative et affaibliraient ainsi l'autorité des lois (A). En outre, les neutrons, qui peuvent être définis comme des morceaux d'exposé des motifs contenus dans le dispositif des lois, seraient constitutifs d'une défaillance de la structuration formelle des lois (B).

A/ Inflation législative et perte d'autorité de la loi

Beaucoup d'auteurs et d'acteurs institutionnels ont évoqué cet effet secondaire des neutrons législatifs. Définis comme des dispositions insusceptibles de produire des effets concrets, ils encombrent la loi et contribuent à nourrir le phénomène d'inflation législative[2520]. Mais, parallèlement, en encombrant la loi de considérations dénuées de portée, le législateur porte atteinte à l'autorité des lois en la décrédibilisant aux yeux des citoyens.

Dans son rapport de 1991, le Conseil d'État avait largement appuyé ses critiques sur ce type de dispositions caractérisant les « textes d'affichage », le « droit mou », le « droit flou », le « droit à l'état gazeux »[2521]. Les auteurs de ce rapport évoquaient alors cet effet secondaire en considérant que ce type de disposition contribue parallèlement à une dévaluation de la crédibilité de la loi. Pour reprendre une formule très explicite : « quand la loi bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une attention distraite »[2522]. D'autres acteurs ont largement relayé cette inquiétude. Ainsi, Jean-Louis Debré écrivait : « L'inflation législative mine l'autorité de

[2520] Voir à cet égard, l'analyse de G.HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n°114, 2005, spécialement p.106.
[2521] Rapport du Conseil d'État, « De la sécurité juridique », *EDCE* n°43, 1991, pp.33-34.
[2522] *Ibid.*, p.20.

la loi »[2523]. De son côté, Pierre Mazeaud expliquait : « La loi n'est pas un rite incantatoire. Elle est faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits. En allant au-delà, elle se discrédite »[2524].

En analysant ces discours, on peut constater une certaine convergence dans la mesure où ils dénoncent cette pratique législative qui conduit à « affirmer des évidences »[2525]. Le florilège de neutrons établi par le Conseil constitutionnel dans son dossier documentaire sous la décision 2005-512 DC[2526] permet de constater que les détracteurs de cette pratique visent les dispositions préliminaires (il s'agit souvent des articles 1er) du dispositif législatif qui fixent les grandes orientations, les finalités ou la philosophie du texte. Or, en poussant davantage l'analyse du discours doctrinal en matière de neutron, on s'aperçoit que la critique porte en réalité sur l'ensemble du dispositif législatif mis en place. En effet, les auteurs dénoncent ces dispositions d'affichage, ces déclarations d'intention qui ne peuvent suffire à réaliser les objectifs de la loi. Ainsi, J.-L. Debré explique-t-il : « depuis de nombreuses années, les lois déclaratives se multiplient. La loi n'est pas faite pour seulement affirmer des évidences, mais pour fixer des normes afin de rendre possibles ces déclarations de principe. Affirmer que l'air doit être pur et l'eau limpide, c'est bien, mais cela ne suffit pas à rendre l'air pur et l'eau limpide. Cela relève de déclarations politiques et non de dispositions législatives. La loi doit seulement dire concrètement comment, par quelles règles juridiques, on arrive au but recherché »[2527]. On peut ainsi constater que la critique vise davantage l'ensemble du dispositif normatif qui ne permet pas de réaliser les objectifs fixés. C'est donc davantage une critique fondée sur l'inefficacité[2528] de la loi puisqu'elle renvoie à l'inadéquation ou l'insuffisance des moyens normatifs déployés pour atteindre les objectifs, nécessairement politiques, affichés par le législateur. Les propos de Bertrand Mathieu sont à cet égard très clairs : « Non seulement elles affaiblissent la portée des lois en général, mais encore elles contribuent à écarter les problèmes sans les résoudre. Le verbe remplace l'action, le problème est censé être résolu car on a gravé son intention de le résoudre dans le marbre (ou plutôt dans le stuc…) de la loi. C'est en fait à un subterfuge, à un trompe l'oeil que l'on a

[2523] J.-L. DEBRÉ, Exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle n°1832, du 5 octobre 2005.
[2524] P. MAZEAUD, Discours de vœux au Président de la République, 3 janvier 2005. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.
[2525] L'expression est utilisée par J.-L. Debré dans un entretien accordé au journal *Le Monde* et publié le 22 juin 2004.
[2526] Décision 2005-512 DC, précitée.
[2527] Entretien au journal *Le Monde*, publié le 22 juin 2004.
[2528] B.Mathieu estime en ce sens que « non seulement la loi doit énoncer un impératif, mais encore cet impératif doit avoir une prise sur la réalité ». B.MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *CCC*, n°21. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

recours. La confiance des citoyens dans la loi ne peut qu'en être gravement affectée »[2529]. C'est leur caractère incantatoire qui est ainsi au cœur des critiques doctrinales : « La loi n'est pas faite pour affirmer des évidences, émettre des voeux ou dessiner l'état idéal du monde (en espérant sans doute le transformer par la seule grâce du verbe législatif ?). La loi ne doit pas être un rite incantatoire »[2530].

J.-J.Rousseau écrit : « Si j'étais prince ou législateur, je ne perdrais pas mon temps à dire ce qu'il faut faire ; je le ferais ou je me tairais »[2531]. Néanmoins avant de « faire », il n'est pas inutile de définir au préalable « ce qu'il faut faire ». La détermination des objectifs est une opération fondamentale dans le cadre de l'élaboration des lois[2532]. Elle revêt nécessairement un caractère politique car elle suppose un choix de valeur. En tant que telle, l'énonciation de ces objectifs ne contrevient en rien aux prescriptions formulées par la légistique. Si l'autorité de la loi est minée, ce n'est donc pas en raison de la présence de dispositions en forme législative qui annonce les objectifs poursuivis, mais bien parce que le dispositif qui suit ne semble pas permettre leur réalisation.

En définitive, l'analyse du discours doctrinal sur les neutrons législatifs permet de constater que la critique vise davantage le dispositif qui suit leur énonciation dans le texte de la loi. À cet égard, il apparaît que les critiques doctrinales s'appuient sur le désordre que ces dispositions introduisent dans la structuration formelle des lois.

B/ Une défaillance de la structuration formelle des lois

La structuration formelle des lois repose idéalement sur cette conception d'une loi qui progresse en allant du général au particulier. Dans la mesure où les neutrons se caractérisent par des formulations très générales définissant les intentions du législateur, ils devraient, suivant cette logique d'organisation interne, se situer juste après le titre de la loi et avant le dispositif. Ces dispositions devraient ainsi constituer la matière d'un préambule.

En France, les lois ne comportent généralement pas de préambule et ce type de disposition trouve sa place dans l'exposé des motifs. M. de Villiers définit en effet l' « exposé des motifs » comme la « partie d'un projet ou d'une proposition de loi qui en expose les

---

[2529] B.MATHIEU, *La loi*, op. cit. p.105.
[2530] Pierre Mazeaud, Discours de vœux, 2005. Souligné dans le texte. Voir aussi, P.MAZEAUD, *JCP*, 2005, act.70.
[2531] J.-J.ROUSSEAU, *Le contrat social*. Cité dans le dossier documentaire sous la décision 2005-512 DC : « Absence de normativité ou normativité incertaine des dispositions législatives ».
[2532] Voir *infra,* Première partie, Sous partie II, Titre II, Chapitre 1.

raisons et précède le dispositif »[2533]. L'inconvénient résulte de ce que l'exposé des motifs – contrairement au préambule - n'intègre pas le corps de la loi puisqu'il s'en détache une fois la loi promulguée. Aucun espace, au sein de la loi, n'étant destiné à accueillir ces formulations d'intention, il est devenu courant d'observer un glissement de l'exposé des motifs dans le dispositif de la loi. Cela se traduit généralement par l'insertion d'un article 1er qui expose de manière très générale les objectifs du législateur. Le glissement de l'exposé des motifs dans le dispositif des lois est dénoncé depuis longtemps par la doctrine. Pour L. Fougère : « L'exposé des motifs a glissé dans le dispositif et nous apprenons en lisant telle loi, article 1er, que le sport est une obligation nationale »[2534]. La dénonciation par la doctrine de l'insertion de telles dispositions semble ainsi liée à ce principe d'organisation formelle des lois[2535]. De ce point de vue, les neutrons porteraient atteinte à la cohérence de l'ordonnancement interne de la norme. Les critiques doctrinales s'appuient ainsi sur ce principe d'organisation structurelle des lois. Ce principe, parfois sous-jacent, impose à la loi d'adopter une structure interne cohérente : Que le législateur expose ses intentions générales dans le cadre des motifs de la loi est parfaitement justifiable, mais dans son dispositif, la loi doit prescrire les moyens destinés à les réaliser. Le dispositif de la loi doit donc contenir de véritables prescriptions juridiques, c'est-à-dire des énoncés susceptibles de produire des conséquences.

Ces considérations méritent toutefois d'être nuancées dans la mesure où ces dispositions très générales se retrouvent, le plus souvent, confinées dans les articles premiers des lois. Ainsi, tous les exemples donnés par les services du Conseil constitutionnel pour illustrer ce phénomène sont tirés des articles premiers des lois citées[2536]. Intégrant ainsi la partie de la loi la plus haute, après le titre, elles sont conformes à la configuration structurelle idéale de la loi régie par le principe de l'entonnoir. Ce faisant, les neutrons ne sont susceptibles de porter atteinte à la structure rationnelle des lois que dès lors qu'ils envahissent les dispositifs législatifs, bien au-delà de leurs articles 1er. Cette hypothèse permettrait

---

[2533] M. de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin, 5ème éd., p.114.

[2534] Intervention de L. FOUGÈRE, « La fonction des articles 34 et 37 », Débat, in *Le domaine de la loi et du règlement*, op. cit., p.213. L'intervenant conclut : « Mais ce que je dois tirer de là pour moi, c'est qu'il n'y a rien dans la loi », *ibid*.

[2535] En 1991, le Conseil d'État le rappelait dans son rapport public : « les formulations d'objectifs n'ont pas leur place dans le dispositif des lois : elles ne doivent figurer que dans l'exposé des motifs ». *EDCE*, n°43, op. cit. p.34.

[2536] Voir le dossier documentaire sous la décision 2005-512 DC. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

d'expliquer la censure prononcée par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2005-512 DC[2537].

La persistance du discours réprobateur de la doctrine face à ces dispositions explique sans doute en partie la réaction du juge constitutionnel français.

§2 La réaction du juge constitutionnel

La réaction du Conseil constitutionnel s'est traduite par la censure du II de l'article 7 de la loi d'orientation qui disposait « L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves »[2538]. On peut constater que cette censure constituait la suite logique de sa jurisprudence sanctionnant les dispositions de portée normative incertaine. L'exigence de prévisibilité des lois a ainsi constitué la passerelle vers celle de la lisibilité. Cette réaction était donc prévisible (A) et permet au Conseil constitutionnel de manifester son engagement sur le terrain de la lisibilité (B). Au-delà des qualités formelles imposées par le Conseil constitutionnel, l'analyse de cette jurisprudence permet de constater qu'elle traduit fondamentalement la volonté du juge constitutionnel de faire prévaloir une certaine conception de la notion de norme (C). Enfin, le principe de normativité semble faire l'objet d'une appréciation modulée en fonction des catégories de loi concernées (D).

A/ La prévisibilité d'une sanction annoncée[2539]

Plusieurs décisions ont précédé cette réaction et rendaient prévisible cette « sanction annoncée ». La jurisprudence du Conseil constitutionnel face aux neutrons est marquée par sa progressivité.

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel s'est contenté de manifester une certaine défiance teintée de méfiance face à cette pratique (a-)normative. Dénuées de portée normative, ces dispositions ne méritaient pas d'être l'objet d'une déclaration de non

---

[2537] Décison 2005-512 DC, précitée. Cette analyse semble confirmée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a sanctionné le neutron de l'article 7 II de la loi d'orientation sur l'avenir de l'école. On peut à cet égard se demander si la censure aurait été prononcée si la disposition avait figuré à l'article 1er de la loi déférée.

[2538] Décision 2005-512 DC, précitée.

[2539] Le titre de l'article de J-C. ZARKA traduit cette idée : « La décision du 21 avril 2005 du Conseil constitutionnel : une censure partielle prévisible », *D.*2005, Point de vue, pp.1372-1373.

conformité à la Constitution[2540]. Ensuite, le Conseil constitutionnel a révélé sa préoccupation face aux effets indéterminés des dispositions de portée normative incertaine. C'est ainsi sous l'angle de la prévisibilité qu'il a sanctionné ces « faux neutrons ». Dans sa décision 2003-475 DC[2541], le Conseil constitutionnel constate que certaines dispositions de la loi soumise à son examen sont dotées d'une normativité incertaine et il censure ces dispositions portant atteinte à la clarté de la loi. Dans sa décision 2004-500 DC[2542], le Conseil constitutionnel marque une étape importante de sa jurisprudence puisqu'il expose explicitement le principe selon lequel « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ». Il ne censure en l'espèce la disposition qu'en raison de son « caractère tautologique » et de sa « portée juridique incertaine ». Mais le principe est posé et le fondement textuel avancé : il s'agit de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui proclame que « la loi est l'expression de la volonté générale ».

Face aux dispositions manifestement dénuées de portée normative, le Conseil constitutionnel, par la voix de son président, a commencé à développer un discours menaçant. En effet, lors de son discours de vœux prononcé en 2005, le Président Pierre Mazeaud avait fustigé cette pratique du législateur. Il avait alors lancé au législateur un avertissement clair : « Le Conseil constitutionnel est (…) prêt à censurer désormais les neutrons législatifs »[2543]. Avant d'être juridiquement sanctionnés, les « neutrons » ont été oralement condamnés. Le discours se situe au degré zéro des moyens du Conseil constitutionnel pour agir en matière de qualité de la loi, mais il peut constituer l'étape préliminaire avant une censure effective. Cette attitude du Conseil constitutionnel présente l'avantage d'appliquer l'exigence de prévisibilité à sa propre jurisprudence. De fait, la réaction du Conseil constitutionnel n'a pas vraiment surpris[2544]. Les avertissements adressés par le Président de l'institution de la rue Montpensier se sont vite concrétisés. Dans sa décision 2005-512 DC, le Conseil constitutionnel censure son premier « neutron »[2545].

[2540] Voir notamment la décision 96-384 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel constate que des dispositions de la loi sont « dépourvues de portée normative ; que dès lors la constitutionnalité de leur objet ne saurait être utilement contestée ». Décision 96-384 DC du 19 décembre 1996. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1997*. Recueil, p. 141. Voir *supra*, Sous partie I, Titre II, Chapitre 2.

[2541] Décision 2003-475 DC du 24 juillet 2003. *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*. Recueil, p. 397.

[2542] Décision 2004-500 DC du 29 juillet 2004. *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*. Recueil, p. 116.

[2543] Discours de vœux au Président de la République de 2005, disponibles sur le site du Conseil constitutionnel.

[2544] M.Verpeaux relève en outre que le Président de l'Assemblée nationale avait également prévenu le Gouvernement et la doctrine « à propos de dispositions qui n'auraient pas dû figurer dans le texte, soit parce qu'elles n'avaient pas un contenu normatif, soit parce qu'elles avaient un contenu réglementaire ». M.VERPEAUX, « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D*. 2005, Chron. p.1887.

[2545] Décision 2005-512 DC, précitée.

On peut ainsi constater que cette réaction contentieuse était rendue prévisible par la progressivité de sa jurisprudence. Cette progressivité se traduit également par un glissement des exigences qui fondent d'une part la sanction des dispositions à la portée normative incertaine et d'autre part celle des dispositions dénuées de toute portée normative. Le Conseil constitutionnel passe de l'exigence de prévisibilité à celle de lisibilité de la loi.

B/ Une sanction placée sous le signe de l'exigence de lisibilité

Globalement, la distinction entre les dispositions dénuées de toute portée normative et celles dont la portée normative est jugée incertaine dissimule mal leur proximité. En effet, l'une et l'autre de ces catégories de dispositions renvoient à une commune pratique du législateur[2546]. Cette distinction repose davantage sur une différence de degré que de nature[2547]. Néanmoins, le recours à cette distinction par le Conseil constitutionnel est révélateur d'une évolution des exigences sous-jacentes à la censure de l'une puis de l'autre de ces catégories de disposition. Si la censure des dispositions de portée normative incertaine s'inscrivait logiquement dans la perspective de l'exigence de prévisibilité, celle des véritables « neutrons » s'inscrit clairement dans la perspective de l'exigence de lisibilité de la loi.

Les réactions du juge face aux dispositions de portée normative incertaine s'expliquaient logiquement par leur caractère imprévisible. Susceptibles de produire des effets sans que l'on puisse déterminer leur nature et leur portée, ces dispositions contribuaient à renforcer l'imprévisibilité de la loi. Ainsi, les déclarations d'inopérance formulées à leur égard, traduisaient une certaine méfiance vis-à-vis de dispositions que le Conseil constitutionnel décidait alors de désactiver ou de neutraliser. On peut, au demeurant, constater qu'en désamorçant ces dispositions de leur charge normative, le Conseil constitutionnel contribuait ainsi à créer de véritables neutrons. C'est cette même exigence qui justifiera la censure de ces « faux-neutrons »[2548].

[2546] Elle se rattache à l'assouplissement du contenu de la règle de droit. Voir le Titre I de la Sous-Partie II, Les fondements de l'exigence de prévisibilité.

[2547] On a ainsi pu constater que cette distinction ne repose pas sur l'utilisation d'un critère objectif et rationnel. Voir *supra*, Sous-partie I, Titre II, Chapitre 2.

[2548] Décision 2003-475 DC, précitée. Le Conseil constitutionnel constate que certaines dispositions de la loi soumises à son examen sont dotées d'une normativité incertaine et qu'elles portent atteinte au principe de clarté de la loi en raison de leur ambiguïté. Selon A.-L. Valembois, « leur censure ne semble toutefois pas être la conséquence de ce seul vice: c'est principalement l'ambiguïté des termes employés qui implique en définitive une contrariété avec l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. ». A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.273.

La censure des « véritables neutrons » traduit de ce point de vue un glissement de l'exigence à laquelle se rattache le Conseil constitutionnel. Par définition, ces dispositions n'ont pas de charge normative, ce qui implique qu'elles sont insusceptibles de produire des effets concrets[2549]. Cette analyse est renforcée par les propos de Pierre Mazeaud lors de son discours de vœux prononcé en 2005 : « De fait, les dispositions non normatives ne créent pas, en apparence du moins, de difficultés aussi graves que les dispositions dont la portée normative est incertaine. Elles semblent se fondre dans un « bruit législatif », sans conséquence fâcheuse du point de vue de la sécurité juridique ou de la séparation des pouvoirs »[2550]. La question est alors de déterminer l'exigence qui sous-tend ce type de censure. Certes, le Conseil constitutionnel identifie explicitement le fondement textuel de cette censure en visant l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui proclame : « la loi est l'expression de la volonté générale ». Mais l'identification de ce fondement nous permet tout au plus de constater que cette censure s'inscrit dans la perspective de l'exigence d'effectivité de la Constitution ; ce qui ne nous avance pas beaucoup, compte tenu du fait que cette exigence est absolument transversale et subsume les autres exigences envisagées. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel rappelle les normes applicables dans le cadre du contrôle de la « portée normative des lois ». Il vise à cet égard, outre l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le principe de clarté déduit de l'article 34 de la Constitution et l'objectif d'intelligibilité résultant de l'interprétation combinée de plusieurs articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. On peut ainsi s'interroger sur le point de savoir dans quelle mesure la sanction des neutrons est destinée à concrétiser l'objectif constitutionnel d'intelligibilité. Guy Carcassonne semble interpréter en ce sens la censure prononcée par le Conseil : « Mais les neutrons législatifs, justement parce que dénués de toute charge juridique, ne font de mal à personne. Le préjudice qu'ils provoquent est purement esthétique »[2551]. Il convient dès lors d'analyser les effets de cette jurisprudence sur la qualité formelle des lois.

Cette jurisprudence aurait un impact positif sur le volume des lois dans la mesure où elle vise à les débarrasser des dispositions jugées inutiles. Il s'agit donc d'une mesure destinée à remédier en partie à l'inflation législative. Pourtant, cet impact sur le volume des lois est largement relativisé par George Hispalis qui considère en effet que même si « cette tendance à faire précéder la partie normative des lois de déclarations de principe (…) est, souvent,

[2549] La définition donnée par Jean Foyer est très claire puisqu'il explique qu'il s'agit de dispositions « dont la charge normative est nulle ». Cité par B. MATHIEU, *La loi*, op. cit., p.104.
[2550] Discours de vœux prononcé en 2005. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.
[2551] G. CARCASSONNE, « Penser la loi », art. cit. p.46.

dénoncée comme une cause majeure de l'inflation législative (…) il faut convenir que, quantitativement, le phénomène est de peu de poids dans l'inflation législative globale »[2552].

En outre, cette décision semble sanctionner une défaillance de la structuration formelle des lois. En effet, la disposition litigieuse était insérée au II de l'article 7 de la loi. On peut à cet égard se demander si la place de cette disposition a joué un rôle déterminant dans cette décision. En effet, compte tenu de sa généralité, une telle disposition aurait dû figurer, selon le principe d'organisation structurelle de l'entonnoir, en tout début de loi, dans le cadre de son article 1er. Cette analyse doit néanmoins être nuancée dans la mesure où cet article prend place dans le Titre 1er de la loi intitulé «Dispositions générales », Chapitre 1er intitulé « Principes généraux de l'éducation nationale ». La volonté du législateur était donc de consacrer en début de loi, non par un article mais un titre entier, à l'énonciation des objectifs poursuivis. L'article 7 II trouvait ainsi sa place dans une partie consacrée à ce type de disposition. De ce point de vue, l'organisation structurelle de la loi ne nuisait ni à sa cohérence, ni à sa clarté.

S'il s'agit, pour le Conseil constitutionnel d'œuvrer en faveur de la lisibilité des lois, on doit dans le même temps constater que cette disposition était parfaitement compréhensible. Curieusement et d'une manière générale, les neutrons sont les rares dispositions qui ont aujourd'hui le mérite de la limpidité. À lire certaines dispositions « dénuées de portée normative » on est frappé par leur clarté et leur intelligibilité. De ce point de vue, cette qualité permet de considérer qu'elles jouent un rôle positif au regard de l'autorité de la loi. Leur insertion est d'ailleurs généralement motivée par le souci d'emporter l'adhésion du citoyen puisqu'elles énoncent des objectifs, certes généraux, mais qui sont compréhensibles par le « citoyen ordinaire ». On peut certes considérer que cette intelligibilité n'est que de façade puisque leur caractère extrêmement général ne permet pas de déterminer ce que contient réellement la loi. Mais il est difficile de les considérer comme des dispositions illisibles ou inintelligibles.

À travers les exigences qualitatives imposées par le Conseil constitutionnel se manifeste plus clairement une certaine conception de la notion de norme et de la fonction législative.

[2552] G.HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n°114, 2005, p.106.

C/ Une certaine conception de la notion de norme et de la fonction législative

Compte tenu des effets relatifs de cette jurisprudence au regard de la qualité formelle des lois, il apparaît que la censure prononcée dans cette décision 2005-512 DC semble davantage être la manifestation symbolique de l'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Il s'agit moins de sanctionner des défaillances nuisant à la qualité formelle de la loi que de manifester son attachement à une certaine conception de ce que doit être une norme (1). Derrière la critique récurrente de ces dispositions dénuées de portée normative se profile parallèlement une conception de la fonction législative (2).

1) Le juge constitutionnel et la notion de norme

Cette conception résulte de l'appréciation par le Conseil constitutionnel de la notion même de norme[2553]. Cette appréciation ne résulte pas seulement de la censure prononcée en 2005. En effet, les déclarations d'inopérance prononcées par le Conseil constitutionnel traduisaient déjà une telle appréciation. Le Conseil constitutionnel considérait ainsi que certaines dispositions de la loi ne méritaient pas de faire l'objet d'une déclaration de non conformité « en raison même de leur caractère inopérant ». En déniant à ces dispositions un quelconque effet juridique, le juge se prononçait déjà *in fine* sur la notion de norme. Il est alors frappant de constater que le Conseil constitutionnel se place clairement sur le terrain de la définition théorique de la notion de norme. La jurisprudence du Conseil constitutionnel traduit des présupposés relatifs à ce que doit être la loi. Déjà, dans son principe, sa jurisprudence se détache de la conception kelsenienne de la norme qui ne retient comme élément de définition qu'un critère organique. Véronique Champeil-desplats résume cette conception en expliquant : « quels que soient la structure et le contenu de l'énoncé (prescriptif ou descriptif, précis ou abstrait), celui-ci est une norme à partir du moment où il a été formulé par les autorités compétentes… »[2554]. Lors de son discours prononcé en 2005, le Président du Conseil constitutionnel révélait sa conception de la loi en expliquant ce qu'elle ne doit pas

[2553] C'est en ces termes que Jean-Pierre Camby évoquera cette décision : « la décision du 21 avril 2005 ouvre une discussion sur la définition même de la loi ». J.-P.CAMBY, « Loi et norme. À propos de la décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005 », *RDP*, n°4, 2005, p.850.

[2554] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CCC*, n°21, 2006, p.64. L'auteur cite à cet égard Hans Kelsen pour qui « une loi qui a été adoptée d'une façon parfaitement constitutionnelle peut avoir un contenu qui ne représente par une norme d'aucune sorte mais qui, par exemple, exprime une théorie religieuse ou politique… ». H.KELSEN, *La théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1972, p.71.

être : « La loi n'est pas faite pour affirmer des évidences, émettre des vœux ou dessiner l'idéal du monde (en espérant sans doute le transformer par la seule grâce du verbe législatif ?). La loi ne doit pas être un rite incantatoire. Elle est faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits ». Là encore, le parallèle entre sa position jurisprudentielle et le discours doctrinal est évocateur. La décision 2003-467 DC[2555] fait la synthèse des dispositions dénuées de caractère normatif : « en dehors de la délivrance de l'autorisation de travail, les dispositions contestées ne créent aucun droit nouveau au profit des étrangers et ne les soumettent à aucune obligation nouvelle ; qu'elles ne confèrent pas non plus à l'autorité administrative des pouvoirs dont elle ne disposait pas déjà ; qu'elles sont par suite, et dans cette mesure, dépourvues de caractère normatif et ne sauraient donc être utilement arguées d'inconstitutionnalité ». On peut déduire de ce considérant que, selon le Conseil constitutionnel, une norme a vocation à ouvrir des droits, créer des obligations et conférer des pouvoirs[2556]. Il est intéressant de comparer la conception retenue par le Conseil constitutionnel de la notion de norme et les définitions doctrinales données à cette même notion[2557]. Cette comparaison laisse apparaître de nombreuses zones de recoupement. La conception définie par le Conseil constitutionnel est empreinte de la tradition législative sur laquelle Portalis a laissé sa marque : « La loi permet ou elle défend, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense »[2558]. Comme l'écrit Véronique Champeil-Desplats, « il s'agit alors, grâce au principe de normativité des lois, de faire en sorte que les idéaux des codificateurs du XIXè siècle deviennent des obligations pour le législateur du XXIè siècle »[2559]. Il apparaît en effet de manière manifeste que le Conseil constitutionnel se fonde sur « définition matérielle de la loi »[2560].

[2555] Décision 2003-467 DC du 13 mars 2003. *Loi pour la sécurité intérieure*. Recueil, p. 211.

[2556] Selon A.-L. Valembois, le Conseil constitutionnel juge que sont dépourvues de portée normative : Les dispositions ayant uniquement un objet programmatique (85-196 DC), les mesures de coordination entre les dispositions de la loi, les articles qui visent à abroger des références devenues inutiles ou obsolètes, ceux qui se bornent à remplacer les références qui sont faites à des articles d'une loi pour leur substituer ceux du Code qui contiennent désormais ces dispositions (96-384 DC), les dispositions introductives (2000-435 DC), les textes d'annonce (2001-455 DC), les orientations qui peuvent figurer en annexe de certaines lois (2002-460 DC). A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.272.

[2557] Voir à cet égard les interrogations soulevées par Denis de Béchillon à propos de cette conception doctrinale de la norme. D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. O. Jacob, 1997.

[2558] PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de Code civil. Cité dans le dossier documentaire des services du Conseil constitutionnel, « Absence de normativité ou normativité incertaine des dispositions législative ».

[2559] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut… », art. cit., p.67. Dans le même sens, B.Mathieu estime que « le Conseil adhère implicitement à la conception que Portalis se faisait de la loi. B.MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », Article disponible sur le site internet du Conseil.

[2560] J.-P. CAMBY, « Loi et norme », art. cit. p.850. L'auteur explique que cette jurisprudence « contribue au retour d'une définition matérielle de la loi, que l'on croyait sinon totalement abandonnée du moins très estompée. », *ibid.*

L'exigence de normativité apparaît comme résultant de la conception particulière du Conseil constitutionnel « de la façon dont [le législateur] doit rédiger la loi »[2561]. Cette conception de la norme transite par l'aspect formel de la norme et plus précisément sur le choix des verbes législatifs. Cette conception se retrouve dans les positions exprimées publiquement par l'ancien Président du Conseil constitutionnel. Pierre Mazeaud s'est en effet livré à un exercice consistant à établir la liste des verbes liés au terme « loi » dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Préambule de 1946 et la Constitution de 1958. Cet exercice devait mener au constat que la loi « détermine » (20 occurrences), « fixe » (16 occurrences), « prévoit » (12 occurrences), « définit » (4 occurrences)… Ce faisant, le Président de la juridiction s'inscrit dans une vieille tradition doctrinale qui définit la loi comme un acte de volonté, de commandement[2562]. C'est ainsi fondamentalement une certaine conception de la fonction de la loi qui est mobilisée par le juge constitutionnel.

2) Le juge constitutionnel et la fonction de la loi

La réaction du Conseil constitutionnel face à ces dispositions traduit son attachement à la « conception classique » de la loi à laquelle semble s'opposer l'évolution contemporaine. Véronique Champeil-Desplats constate en ce sens que « la critique ne porte pas ainsi seulement sur la mauvaise qualité des lois mais aussi, plus profondément, sur l'évolution des fonctions de la loi. On est donc en présence d'une tension entre une conception autoritaire de la loi héritée du XIXè siècle selon laquelle celle-ci doit dicter clairement ce qu'il faut faire ou ne pas faire, et une conception que certains appelleront « postmoderne », ou encore fonction promotionnelle, de la loi »[2563]. C'est la fonction « promotionnelle »[2564] ou « communicationnelle » de la loi[2565] à laquelle s'oppose le Conseil constitutionnel en considérant qu'elle mine l'autorité de la loi.

Cette position du juge nous conduit à formuler deux remarques. Premièrement, si le Conseil constitutionnel s'inspire d'un modèle classique de la loi en refusant que la loi soit « un instrument de communication »[2566], il semble qu'il occulte la dimension communicationnelle de ce modèle classique (voir *infra*, Introduction). Portalis, auquel se

[2561] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut… », art. cit., pp.65-66.
[2562] Voir *supra*, introduction.
[2563] V.CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut… », art. cit., p.67.
[2564] Voir B.MATHIEU, *La loi*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996, p.99.
[2565] Voir *supra*, Titre I, Les fondements de l'exigence de lisibilité.
[2566] Voir les vœux prononcés par le Président du Conseil constitutionnel en 2005. Le discours est disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

rattache explicitement le Président du Conseil constitutionnel[2567], évoquait lui-même cet aspect en considérant que « si la loi doit ordonner, ce mot a « une signification plus étendue que l'on ne pense » puisque la loi est une « instruction légale, qui éclaire et commande tout à la fois »[2568]. Deuxièmement, la sanction des neutrons semble traduire une certaine conception de la loi liée à l'efficacité. La dénonciation de la loi comme rite incantatoire manifeste avant tout la volonté que la loi produise des effets. De ce point de vue, il est difficile de savoir si le Conseil constitutionnel s'oppose fondamentalement à la fonction communicationnelle de la loi ou s'il sanctionne les abus de communication autrement qualifiés de « technique d'affichage ». En effet, la fonction communicationnelle de la loi est pareillement destinée à assurer l'efficacité de la loi. Ces dispositions très générales annonçant les intentions et objectifs du législateur sont destinées à emporter l'adhésion des citoyens ; adhésion qui est le gage de l'efficacité de la loi. Mais elle constitue une simple opération de propagande si cette dimension communicationnelle camoufle l'absence de moyens permettant les transformations annoncées.

Cette conception ne semble pas conduire le Conseil constitutionnel à se retrancher sur une position jurisprudentielle absolutiste. L'évolution de la technique législative est une conséquence de la diffusion générale du droit dans nos sociétés contemporaines. Cette évolution traduit une adaptation de la norme aux nouvelles réalités qu'elle doit régir. L'incitation, l'encouragement voire la simple déclaration d'intention constituent parfois des voies de formalisation de la règle de droit adaptées à la réalité que le législateur cherche à transformer. Il faut à cet égard constater que le Conseil constitutionnel ne sanctionne pas, par principe, ces nouveaux modes de régulation législative, mais tente d'en contenir les effets potentiels en sanctionnant les dérives qui lui paraissent les plus frappantes. Cette analyse semble confirmée au regard de la modulation du principe de normativité en considération de la catégorie des lois.

D/ La modulation du principe de normativité en considération de la catégorie des lois

Il est intéressant de constater que les neutrons sont particulièrement nombreux dans le cadre de certaines lois qui caractérisent l'évolution contemporaine de la pratique législative. Il

[2567] *Ibid.* Pierre Mazeaud cite la célèbre maxime de Portalis : " La loi permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle punit ou elle récompense ".
[2568] Portalis cité par Marceau LONG et Michel MONIER, *Portalis, L'esprit de justice*, op. cit., p.54.

s'agit des lois d'orientation, des lois de programme et des lois de plan[2569]. En effet, ces lois se distinguent d'une part, à travers l'énonciation d'objectifs généraux, et d'autre part, à travers l'insertion en annexe des lois de rapports informatifs. Faut-il à cet égard en conclure que, compte tenu de leur nature spécifique, ces lois seront soumises à une appréciation modulée dans l'application du principe de normativité ?

S'agissant des lois d'orientation, il semble eu égard à la décision 512 DC qu'il n'en soit pas ainsi. La loi était intitulée « loi d'orientation et de programme relative à l'avenir de l'école » ce qui ne semble pas avoir porté le Conseil constitutionnel à l'indulgence. Cette jurisprudence est ainsi fidèle à la position du Conseil constitutionnel : Compte tenu de leur inexistence constitutionnelle, le Conseil constitutionnel ne tire aucune conséquence de la qualification « loi d'orientation »[2570].

S'agissant des lois de programmes, il semble que le Conseil constitutionnel tienne compte de leur spécificité et qu'il apprécie plus souplement leur hypo-normativité[2571]. Cette appréciation modulée apparaissait assez nettement dans les propos de Pierre Mazeaud lors de son discours de 2005 : « Sous réserve des dispositions particulières prévues par la Constitution (je pense aux " lois de programme " en matière économique et sociale, ou aux annexes des lois de finances ou de financement de la sécurité sociale), la loi a pour vocation d'énoncer des règles. »[2572]. Dans sa décision 2005-512 DC, le juge constitutionnel reprend une formule équivalente puisqu'il considère que « <u>sous réserves des dispositions particulières prévues par la Constitution</u>, la loi a pour vocation d'énoncer des règles de droit et doit par suite être revêtue d'une portée normative »[2573]. Le statut constitutionnel des lois de programme semble ainsi les couvrir d'une censure relative au principe de normativité[2574].

[2569] Voir *supra*, Sous partie I, Titre I, Les fondements de l'exigence de prévisibilité.
[2570] Voir à cet égard les décisions 80-115 DC du 1er juillet 1980 et 81-134 DC du 4 janvier 1982.
[2571] En ce sens J.-P.Camby explique que « le Conseil constitutionnel a entendu réserver un sort particulier aux lois de programme, dont, naturellement, le contenu sera moins normatif que la loi ordinaire ». J.-P.CAMBY, « Loi et norme », art. cit., p.863.
[2572] Discours de vœux prononcé en 2005. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.
[2573] Souligné par nous.
[2574] Évoquant les lois de programme, J.-P.Camby explique que « cette catégorie législative pourra fonctionner comme une sorte de soupage au regard de la jurisprudence sur l'absence de normativité de la loi ordinaire : si le législateur veut incorporer à son travail un débat sur des orientations, des objectifs ou des affirmations dénuées de normativité, il pourra continuer de le faire par le biais de lois de programme, dont les annexes, pour être dépourvue de tout caractère normatif, n'en revêtiront pas moins la part d'engagement politique, de définition d'objectifs, d'affirmation de symbole que remplissent les normes floues. Mais la loi ordinaire ne saurait se mêler de tels neutrons à des dispositions impératives ». J.-P.CAMBY, « Norme et loi », art. cit., p. 863. La décision 2005-516 DC rendue le 7 juillet 2005 relative à la loi de programme en matière de politique énergétique confirme cette analyse.

On peut, par analogie, imaginer que compte tenu de leur reconnaissance constitutionnelle, les lois de plan feront l'objet d'une pareille indulgence de la part du Conseil constitutionnel. En effet, si l'article 34 de la Constitution ne fait nullement mention des lois de plan (alors qu'il fait mention des lois de programme), l'article 70 de la Constitution prévoit que « tout plan ou tout projet de loi de programme à caractère économique ou social (…) est soumis pour avis » au Conseil économique et social ». Le Conseil constitutionnel en a déduit dans sa décision 82-142 DC[2575] que le plan « touche à des matières réservées à la loi » et que « c'est à bon droit que la loi déférée au Conseil constitutionnel a prévu que les plans feraient l'objet de lois ». Ces lois qui se présentent généralement sous la forme d'un article unique approuvant le rapport situé en annexe semblent ainsi pareillement exclues du champ des censures au regard du principe de normativité

On peut constater la même application modulée du principe de normativité s'agissant de l'appréciation des rapports annexés à ce type de lois. Cette question se situe en effet dans la lignée de cette jurisprudence relative aux neutrons[2576]. En effet, cette pratique contribue à gonfler le phénomène d'inflation normative[2577]. G. Hispalis considère à cet égard que si cette pratique a toujours existé, elle « tend à se généraliser »[2578]. La pratique qui consiste pour le législateur à approuver des rapports annexés à la loi a largement débordé le champ des seules lois de programme[2579]. Le Conseil constitutionnel a été amené à distinguer entre différents types de rapports selon qu'ils relèvent de la catégorie des lois de programme ou bien d'aucune catégorie de textes prévus par la Constitution.

Dans le cadre de la loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, le législateur avait approuvé d'une part le rapport sur les orientations de la politique de sécurité intérieure (article 1er) et d'autre part le rapport portant « programmation des moyens de la sécurité intérieure » (article 2). Le Conseil constitutionnel avait ainsi jugé dans la décision 2002-460 DC que « les « orientations » présentées dans le (premier) rapport… ne relèvent

[2575] Décision 82-142 DC du 27 juillet 1982. *Loi portant réforme de la planification*. Recueil, p. 52.
[2576] Voir D. RIBES, « Quand le droit bavarde… Sur la valeur juridique des annexes législatives », *RFDC,* 2003, p.175.
[2577] Dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi constitutionnelle, J.-L. Debré évoque en lien avec les bavardages du législateur, « les annexes descriptives comportant des objectifs et des principes d'action qui peuvent être gratifiants au niveau programmatique, mais qui n'ont rien à voir avec la responsabilité du législateur… »
[2578] G.HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », art. cit., p.106.
[2579] Les lois de programme semblent avoir favorisé ce type de pratique. À partir des années soixante, ces dernières comprenaient en effet un dispositif (parfois sous la forme d'un article unique) encadré en amont d'un volumineux exposé des motifs et en aval d'un rapport annexé. La loi du 3 décembre 1966 sur la formation professionnelle constitue à cet égard une innovation puisque la programmation financière qui figurait auparavant dans le dispositif de la loi est repoussée dans les annexes.

d'aucune des catégories de textes prévues par la Constitution et ne sont dès lors pas revêtues de la portée normative qui s'attache à la loi. »[2580]. Ces orientations sont considérées par le juge constitutionnel comme annonçant des lois futures qu'il lui appartiendra de contrôler le moment venu[2581]. À l'inverse, le Conseil constitutionnel avait jugé, dans la même décision, que le rapport programmant les moyens de la sécurité intérieure avait la valeur d'une loi de programme. Le juge constitutionnel distingue ainsi entre les annexes relevant de l'orientation et celles relevant de la programmation[2582]. Dans la décision précitée 2005-512 DC le Conseil constitutionnel censure l'article 12 de la loi déférée au Conseil constitutionnel qui approuvait le rapport annexé contenant les « orientations et les objectifs de la politique nationale en faveur de l'éducation ainsi que les moyens programmés ». Il est intéressant de constater que le Conseil constitutionnel fonde cette censure sur un vice de procédure en jugeant que cet article ayant les caractères d'une loi de programme[2583] aurait dû suivre la procédure prévue par l'article 70 de la Constitution qui impose la consultation du Conseil économique et social[2584]. D'une manière générale, l'appréciation portée par le Conseil constitutionnel sur le contenu des lois de programme et sur les rapports qui y sont annexés est fonction de la définition de leur contenu fixée par la loi organique[2585].

[2580] Décision 2002-460 DC du 22 août 2002. *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*. Recueil, p. 198, (cons.90). Cette décision se trouvera confirmée par la décision 2002-461 DC du 29 août 2002. *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*. Recueil, p. 204.

[2581] Dans sa décision précitée 2002-460 DC, le Conseil constitutionnel considère que « les mesures législatives ou réglementaires qui, le cas échéant, mettront en œuvre ces orientations pour leur attacher des effets juridiques pourront, selon le cas, faire l'objet de saisines du Conseil constitutionnel ou de recours devant la juridiction administrative ». (Cons.90)

[2582] J.-P.CAMBY s'interroge sur les critères de distinction utilisés par le Conseil constitutionnel : « où s'arrête la loi, où commence l'orientation ? ». J.-P.CAMBY, « Deux points de vues sur les annexes législatives », *RDP*, n°5, 2002, p.1254.

[2583] La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ce point renforce le phénomène d'éclatement de la notion de loi. Non seulement les catégories de lois sont multiples mais en outre une même loi peut être ordinaire et de programme. Voir à cet égard la constatation de M.VERPEAUX, « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.* 2005, Chron. p.1887.

[2584] En tant que telle, cette solution n'avait rien d'étonnant puisque le Conseil constitutionnel a depuis longtemps adopté une définition matérielle des lois de programme, ne s'arrêtant pas à la qualification de la loi résultant de son titre. Dans sa décision 86-207 DC, le Conseil constitutionnel est saisi d'une loi portant diverses mesures d'ordre social dont les requérants estimaient qu'elle constituait en fait une loi de programme qui aurait du, en vertu de l'article 70 de la Constitution, donner lieu à un avis du Conseil économique et social. Le Conseil constitutionnel rejette cet argument en considérant : « on doit entendre par loi de programme à caractère économique ou social une loi qui, non seulement définit des objectifs à moyen ou long terme en matière économique et social, mais comporte, en outre, des prévisions de dépenses chiffrées pour la réalisation de ces objectifs ». Décision 86-207 DC du *26 juin 1986.Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*. Recueil, p. 61.

[2585] Entre la décision précitée 2002-460 DC et celle rendue en 2005 par le Conseil (2005-512 DC, précitée), la loi organique n°2001-692 a modifié le régime des lois de programme qui ne doivent plus contenir les autorisations de programme. Cette observation est formulée par M.Verpeaux. V. M.VERPEAUX, « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.* 2005, Chron. p.1887.

On peut ainsi constater que le principe de normativité est susceptible de modulation en considération de la catégorie de la loi concernée. Ainsi, le Conseil constitutionnel tient-il compte de la reconnaissance constitutionnelle de nouveaux modes d'interventions normatives[2586]. On peut dans cette perspective jurisprudentielle s'interroger sur le sort qui sera réservé aux rapports annexés aux lois de finance et aux lois de financement de la sécurité sociale. Le Conseil d'État a de son côté jugé que « les orientations et les objectifs présentés par le rapport accompagnant la loi de financement de la sécurité sociale ne sont pas revêtus de la portée normative qui s'attache aux dispositions de celles-ci. »[2587]. J.-E. Schoettl a salué cette jurisprudence du Conseil d'État en estimant que cette juridiction avait « adopté une position simple, générale et opportune du point de vue de la sécurité juridique »[2588]. Le Conseil constitutionnel avait confirmé cette position dans sa décision 2001-455 DC[2589]. Pourtant, il semble peu probable, qu'au-delà d'une simple déclaration d'inopérance, le Conseil constitutionnel décide à l'avenir de sanctionner de tel rapport dans la mesure où les lois organiques prévoient leur insertion en annexe des lois[2590]. Ces rapports annexés ont une fonction informative dans la mesure où ils sont avant tout destinés à éclairer les parlementaires sur les tenants et les aboutissants des politiques menées dans ces domaines[2591].

Le Conseil constitutionnel ménage ainsi la possibilité pour le législateur de recourir à ces procédés normatifs, tout en les confinant dans le cadre des lois constitutionnellement prévues à cet effet.

[2586] Pour D.Ribes, « le juge constitutionnel entend en fait dénier valeur normative à toutes les dispositions programmatiques, à l'exception de celles expressément prévues par la Constitution, à savoir les lois de programme. ». D.RIBES, « Quand le droit bavarde… Sur la valeur juridique des annexes législatives », *RFDC*, 2003, p.176.

[2587] Arrêt du Conseil d'État, Ass., 5 mars 1999, Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public et M.Rouquette, Mme Lipietz et autres. *RFDA* 1999, p.357. P.Wachsmann y voit une application à la loi de la jurisprudence administrative en matière de conventions internationales dépourvues de caractère self executing. P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit. p.816. Voir à cet égard, l'arrêt du Conseil d'État Gisti rendu le 23 avril 1997. Sur ce parallèle entre les jurisprudences constitutionnelle et administrative, voir également J.-P. CAMBY, « Deux points de vue sur les annexes législatives », *RDP*, n°5, 2002, pp. 1251-1261 et spec. p.1252.

[2588] *LPA*, 11 septembre 2002, n°182, p.5.

[2589] Décision 2001-455 DC, précitée.

[2590] Pour la loi de financement de la sécurité sociale, ce sont les articles LO 111-3-1 et LO 111-4 du Code de la sécurité sociale qui prévoient la présence obligatoire des rapports annexés.

[2591] D. Ribes considère que « sans aucun doute condamnable, ce droit mou, au-delà de sa fonction symbolique et de sa fonction informative, peut peut-être avoir une fonction interprétative », D. RIBES, « Quand le droit bavarde… », art. cit. p.178.

Conclusion de la section 2

Dans sa décision 2005-512 DC, on peut considérer que le Conseil constitutionnel constitutionnalise des principes de légistique formelle. On peut parallèlement constater que cette conception de la norme, empreinte d'un idéal formel, véhicule dans le même temps des exigences portant sur le fond: l'effectivité et l'efficacité de la loi nécessitent de manière évidente une loi susceptible de produire des effets concrets.

Cette nouvelle politique jurisprudentielle pose de nombreuses questions, soulevées par la doctrine, relatives aux conséquences de cette jurisprudence. Le Conseil constitutionnel va-t-il en effet traquer les neutrons pour en débarrasser totalement les lois soumises à son contrôle ? Une telle hypothèse apparaît peu plausible dans la mesure où les efforts requis seraient considérables. La lecture de la loi déférée en l'espèce est riche d'enseignement, puisque nombreuses sont les dispositions qui auraient pu faire l'objet d'une même censure. Ainsi en est-il de l'article 2 qui fixe comme objectif à l'école de « faire partager aux élèves les valeurs de la République ». Cette constatation doit conduire à s'interroger sur les méthodes utilisées par le juge constitutionnel pour identifier ces dispositions dénuées de portée normative. On retrouve à cet égard les considérations liées à l'impossible délimitation entre les dispositions dont la portée juridique est jugée incertaine et celles qui sont dénuées de toute portée normative (voir *supra*, Sous-partie I, Titre II, Chapitre 2). De ce point de vue, on peut penser que la censure prononcée dans la décision 2005-512 DC avait essentiellement une fonction préventive. Le Conseil constitutionnel a envoyé un signal fort au législateur afin que ce dernier évite préventivement ce type de censure. Cette interprétation est en effet confortée par l'analyse fournie par le secrétaire général de l'institution qui expliquait que le Conseil constitutionnel avait censuré le neutron le plus manifeste mais qu'il aurait pu censurer d'autres dispositions de la loi s'il avait voulu être « plus rigoureux »[2592]. Dans tous les cas, cette évolution jurisprudentielle rend pour le moins douteuse la portée de la révision proposée par J.-L. Debré. L'auteur de cette proposition a souhaité une modification de la Constitution afin d'offrir au Conseil constitutionnel une base juridique claire pour justifier « l'exigence normative de la loi »[2593]. L'article 34 serait ainsi complété de cette formule : « Sous réserves

[2592] Le même auteur explique qu'il s'agit d'un « message utile au législateur… évitant l'inconvénient qui résultait en l'espèce d'une traque systématique des dispositions sans portée normative… ». Commentaire de la décision disponible sur le site du Conseil constitutionnel. Cité par M.VERPEAUX, « la remise en ordre imparfaite », art. cit. p.1888.

[2593] Il s'agit selon l'auteur de la proposition d'introduire l'exigence normative de la loi dans l'article 34 de la Constitution « de manière à lui donner un caractère objectif, applicable à tous, sous le contrôle du Conseil constitutionnel ». Voir l'exposé des motifs de la proposition précitée n°1832.

de dispositions particulières prévues par la Constitution, elle est par nature de portée normative »[2594]. Pourtant, le Conseil a démontré qu'il n'était nullement nécessaire de consacrer une disposition précisément dédiée à la sanction de neutrons pour qu'une censure soit prononcée. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a constitué une base suffisante.

L'exigence de lisibilité apparaît également nettement dans la jurisprudence du Conseil à travers sa politique jurisprudentielle de promotion de la codification et de la simplification du droit.

[2594] Contrairement au système imaginé dans la même proposition s'agissant du respect du domaine législatif, celui proposé en matière de neutron serait opposable aux parlementaires comme au Gouvernement.

Section 3 La promotion de la codification et de la simplification du droit

La promotion de la codification et de la simplification du droit par le Conseil constitutionnel s'inscrit explicitement dans la perspective de concrétisation de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité des lois[2595]. La codification assure une meilleure accessibilité des textes dans un domaine considéré et permet en principe de renforcer la cohérence du texte par un découpage logique et structuré. La promotion de la codification participe donc des efforts déployés par le Conseil en matière de sécurité juridique[2596], mais il apparaît que ce moyen transcende cette seule exigence fondamentale[2597]. Parallèlement, l'effort de simplification du droit apparaît complémentaire de la démarche de codification puisqu'elle a vocation à améliorer le droit après l'avoir rassemblé et réorganisé. Si la codification présente des avantages certains en termes de qualité de la législation, il conviendra néanmoins de relativiser cette technique législative qui fait figure de recette miracle (§1). C'est dans cette perspective nuancée que l'impact positif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en faveur de la codification et de la simplification devra être évalué (§2).

§1 La codification : une recette miracle ?

Le concept de codification est particulièrement intéressant dans la mesure où il permet d'illustrer deux idées directrices qui ont irrigué cette thèse. D'une part, la codification affecte dans le même temps les qualités touchant au fond et à la forme, révélant ainsi leur caractère indissociable (A). D'autre part, cette technique législative éminemment pertinente pour améliorer la qualité des lois ne se suffit pas à elle-même pour assurer la lisibilité des lois (B).

[2595] Dans sa décision précitée 99-421 DC du 16 décembre 1999, le Conseil constitutionnel considère « que cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». Pour la simplification voir les décisions 2003-473 DC du 26 juin 2003 (cons. 5), *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p.382 et 2004-506 DC du 2 décembre 2004 (cons. 5), *Loi de simplification du droit*. Recueil, p. 211.

[2596] Voir dans ce sens, J.VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIè au XIXè siècles. Essai de définition*, Bruxelles, 1967. L'auteur y développe la thèse selon laquelle l'exigence de sécurité juridique est intimement liée au concept de code. *Ibid.* pp.74-76. Cité par A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit. p.289. Dans le même sens, voir. B.OPPETIT, « De la codification », *D.* 1976, Chroniques.

[2597] L'exposé des motifs de la loi habilitant le Gouvernement à procéder à des codifications par voie d'ordonnance semble pouvoir être interprété en ce sens. Évoquant les fonctions de la codification, cet exposé des motifs explique : « Outre qu'elle répond à un souci de sécurité juridique, elle permet un accès plus simple des citoyens aux règles en vigueur… ». Dans le même sens, P.Gélard écrira dans son rapport sur le même projet de loi : « rendre le droit plus clair et plus accessible, veiller à sa cohérence et assurer une plus grande sécurité juridique constituent des ambitions nécessaires auxquelles la codification peut apporter une contribution réelle. Cité par A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique…,* op. cit. p.289.

A/ Les vertus de la codification sur le fond et sur la forme des lois. L'impact positif en termes d'accessibilité et d'intelligibilité du droit

La codification est liée à la recherche de la loi idéale : « Le code, idéal des juristes du XVIIè et du XVIIIè siècle, objet de toutes les spéculations, terrain de toutes les expérimentations, projection de tous les fantasmes, quelque chose comme la pierre philosophale, qui changerait le magma des lois et coutumes incertaines et contradictoires en or pur de la loi parfaite (…). D'un tel code, on attend en effet non moins de huit perfections : la concentration de la matière juridique, la publicité, la maniabilité, l'ordonnancement logique, la clarté, l'absence de contradiction, la complétude et l'exclusivité »[2598]. Les vertus de la codification sont nombreuses. La codification permettrait de remédier à l'ensemble des maux affectant la loi. Elle constitue un remède transversal permettant d'assurer le respect des exigences portant tant sur le fond que sur la forme. On retrouve ainsi la dualité de la légistique puisque la codification constitue une technique législative portant à la fois sur le fond et sur la forme des lois : « le fondement commun de toutes ces codifications, c'est la volonté d'avoir un droit rationnel et accessible »[2599]. Ainsi, pour reprendre les termes de M.Braibant, la codification présente l'avantage de la clarté[2600], de la cohérence « parce que les textes sont rapprochés selon un plan logique »[2601], de la sécurité « parce qu'on n'a plus l'inquiétude de se demander toujours si on n'a pas oublié un texte qui ne serait pas abrogé et demeure ainsi en vigueur »[2602], et enfin de « l'accessibilité » puisque l'on dispose d'un « petit nombre d'ensembles de textes au lieu d'avoir une multitude de textes et de pouvoir mieux connaître ainsi ses droits, ses obligations et les sanctions qui les accompagnent »[2603]. Sur le fond, cette technique favorise la cohérence interne de l'ordonnancement des règles de droit dans un domaine considéré. Ce faisant, elle a, sur la forme des lois, un impact positif en améliorant l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. En outre, elle constitue une technique de communication législative permettant une meilleure diffusion du droit.

[2598] F.OST, « L'amour de la loi parfaite », in J.Boulad-Ayoud, B.Melkevik et P. Robert (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Les Presses Universitaires de Laval, L'Harmattan, 1996, p.64.
[2599] G.BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », *Droits* n°24, *La codification,* 1996, p.62
[2600] Il est intéressant de constater que l'auteur lie la clarté à la cohérence d'un ensemble de normes et à l'accessibilité de la loi : « au lieu d'avoir un droit éclaté en de multiples textes qu'il faut aller chercher dans de multiples ouvrages, on dispose d'un droit rassemblé, réuni en un code ou plusieurs, en principe selon des plans logiques et avec des regroupements systématiques. Le droit devient ainsi plus lisible. ». *Ibid.*, p.64-65.
[2601] *Ibid*., p.65.
[2602] *Ibid*., p.65.
[2603] *Ibid.* p.65.

Rassembler, ordonner, clarifier, juguler. Les efforts portant sur la cohérence interne de la loi ont un impact direct et positif en termes d'accessibilité et de lisibilité.

Le développement de la codification renvoie à « la nécessité d'élaborer des dispositions générales regroupant des éléments épars et qui ont comme point commun de se rapporter à un même corps de règles ou à un même domaine juridique »[2604]. La codification assure une meilleure accessibilité du droit[2605], en limitant la dispersion, l'éparpillement des règles de droit. À cet égard, la proposition du Doyen Vedel en faveur d'une codification du droit administratif s'inscrit dans la même perspective puisqu'il s'agissait de mettre fin au développement indéfiniment jurisprudentiel du droit administratif[2606]. Sous la forme de coutume ou de jurisprudence, les règles de droit sont difficilement accessibles[2607]. La codification est une technique destinée à se substituer à ces sources de droit pour permettre une meilleure accessibilité des règles[2608]. Elle permet un rassemblement des textes en vigueur : « au lieu d'avoir un droit éclaté en de multiples textes qu'il faut aller chercher dans de multiples ouvrages, on dispose d'un droit rassemblé, réuni en un code ou plusieurs, en principe selon des plans logiques et avec des regroupements systématiques. Le droit devient ainsi plus lisible »[2609].

Cet effort de rassemblement des règles en vigueur dans un domaine considéré va de pair avec celui qui consiste à les ordonner selon un plan logique. Il s'agit de mettre de l'ordre dans la pluralité des textes existants dans un domaine en les agençant de manière rationnelle. De ce point de vue « c'est un des avantages de la codification que de mettre de l'ordre mais cet objectif n'a pas toujours été facile à atteindre »[2610]. Dans son principe, la codification permet en outre une actualisation de l'état du droit en vigueur dans un domaine considéré. Elle permet ainsi de mettre de l'ordre en tenant compte des abrogations parfois implicites de certaines règles.

[2604] Définition donnée par N.NITSCH, « L'inflation juridique et ses conséquences », *Arch. de phil. du droit*, 1982, p.173.

[2605] Dans ce sens, voir H.OBERDORFF, « L'émergence d'un droit de comprendre l'administration et le droit », *EDCE*, 1991, n°43, p.223.

[2606] G.VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, n°31, 1979-1980.

[2607] Mais le problème semble insoluble si l'on en revient à considérer que la norme n'est pas dans le texte lui-même mais dans son interprétation. En effet, ce postulat conduit à considérer que la codification donnerait l'illusion d'une accessibilité. Seule la jurisprudence serait alors pertinente pour éclairer les sujets de droit sur les règles applicables, c'est-à-dire les normes elles-mêmes (voir *supra*, Sous-partie I, Titre I, Les fondements de l'exigence de prévisibilité).

[2608] Il est vrai que le mouvement de codification du XIXè siècle en France a rempli cet office. Le succès du Code civil est dû au fait que cette entreprise était destinée à mettre un frein au développement de la coutume comme source principale du droit. L'avantage de la codification est de rassembler les règles applicables dans un domaine et sous la forme écrite.

[2609] G.BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », art. cit., pp.64-65.

[2610] G.BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », art. cit., p.72.

Ces efforts de rassemblement et d'ordonnancement sont intrinsèquement liés à la volonté de clarifier l'ensemble normatif. On prête à cette technique normative des vertus « d'ordonnancement et de clarification »[2611] du droit. Même lorsqu'il s'agit d'une codification à droit constant, cet exercice permet le regroupement de textes épars et aboutit à une « présentation cohérente de l'ensemble d'un droit »[2612]. Dans le même sens, P. Wachsmann établit un lien entre la codification et la clarification du droit : « La volonté de transcrire le droit en vigueur dans un texte ensuite adopté selon une procédure plus ou moins solennelle connaît actuellement une faveur générale. L'entreprise est menée au nom de la transparence et donc de la démocratie conçue comme possibilité pour les gouvernés de s'approprier par la connaissance le droit qui les régit – on le voit, c'est toujours de clarté de la loi qu'il s'agit »[2613].

Enfin, la codification est présentée comme un vecteur de stabilité du droit[2614] et contribuerait ainsi à juguler le phénomène d'inflation législative[2615]. G. Braibant rapporte à cet égard que « Dans un article paru dans un grand quotidien italien le Pr Sabino Cassesse écrivait : « si vous voulez endiguer, faites un code »[2616].

Communiquer, diffuser. La codification permet une meilleure diffusion du droit dans la société dans la mesure où elle constitue un moyen efficace de communication législative.

Il est constant que les « grandes lois » - celles qui ont traversé l'histoire et les siècles, celles qui depuis l'Antiquité sont évoquées comme des modèles du genre - étaient présentées sous la forme de Codes : le code d'Hammourabi « qui reprend la jurisprudence et les écrits de l'époque. »[2617], la loi des Douze Tables, les Codes de Solon et de Dracon. C'est par le biais de la codification que la loi va connaître son essor sous l'Antiquité. Pour assurer la diffusion d'un droit commun de la cité, les grands législateurs vont recourir à cette technique de communication législative. L'histoire de cette technique est riche en enseignements[2618]. Ce qui

---

[2611] O. DUFOUR, « La codification, victime des lenteurs du Parlement », *LPA*, 21 novembre 1997, n°140, p.4.
[2612] BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », art. cit., p.67.
[2613] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit. p.822.
[2614] G. Braibant remarque ainsi qu' « on reproche parfois à la codification de geler le droit » avant de constater que « si c'était vrai, après tout, ce serait tant mieux » puisqu'en effet « l'un des grands reproches que l'on peut faire au droit, c'est son évolution trop rapide ; quand on voit des lois modifiées trois fois en une année, on peut se dire qu'un peu de rigidité ne nuirait pas. ». G.BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », art. cit., p.65
[2615] Selon le même auteur, « le mouvement actuel de codification est la traduction de « la volonté de maîtriser la prolifération du droit en regroupant les normes dans des ensembles ordonnés, et la volonté de maîtriser l'évolution du droit », *ibid.,* p.67.
[2616] *Ibid.*, p.65.
[2617] *Ibid.*, p.63.
[2618] « La codification : de Rome à Bruxelles », in *Le législateur et la loi dans l'antiquité*, op. cit., pp.243-251.

caractérise ces grands textes, c'est la publicité qui va leur être assurée. Un Code, c'est un livre, une œuvre… En assurer la publicité est alors plus aisé que s'il s'agissait de textes épars. En outre, la codification recouvre une « fonction pédagogique » puisqu'en facilitant l'accès au droit, elle permet aux citoyens de s'approprier le droit qui les régit. G. Braibant rapporte que « Dans le dernier numéro de la revue internationale de droit comparé, un article sur la codification aux Etats-Unis cite des observations de Tocqueville sur les opposants à cette méthode : « Les légistes américains s'opposent de toutes leurs forces à la codification, ce qui s'explique de cette manière. 1/ Si la codification avait lieu, il leur faudrait recommencer leurs études : 2/ La loi devenant accessible au vulgaire, ils perdraient une partie de leur importance. Ils ne seraient plus comme les prêtres de l'Egypte, seuls interprètes d'un savoir occulte »[2619].

Pourtant, en dépit des qualités idéales dont la codification est censée être porteuse, force est de constater que cette solution présente des limites et qu'elle ne constitue pas un remède miracle à la crise de la loi.

B/ La codification n'est pas une fin en soi

Si la codification permettait, à elle seule, de résoudre tous les maux qui affectent la loi, il suffirait de codifier l'ensemble du droit pour résoudre la crise législative. La solution n'est pourtant pas si simple puisque la codification renvoie le législateur à toute une série de difficultés. Ces difficultés renvoient à la question : comment bien codifier ?

La codification ne constitue pas une solution miracle qu'il suffirait de mettre en œuvre pour réaliser toutes les qualités idéales précédemment évoquées. En effet, la codification ne produira ces effets vertueux que si elle est elle-même de bonne facture. « Il y a codification et codification »[2620]. Cette dualité de la codification illustre une des constatations issues de notre présente étude : une solution pertinente pour améliorer la qualité des lois ne constitue jamais une solution miracle. De même que la loi en générale, les codes doivent être pensés pour produire les effets vertueux qu'on leur prête. Il ne suffit pas d'invoquer la codification car elle ne constitue pas une fin en soi. Parce qu'elle est une technique, la question essentielle consiste à savoir comment elle est utilisée. La codification ne peut constituer un remède efficace aux maux de la loi que si elle est entreprise dans un mouvement de réforme du droit et non pas seulement de compilation. Cela repousse le problème un peu plus loin puisqu'au-delà de la

[2619] Cité par G.BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », art. cit., p. 66.
[2620] N.MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », in Nicolas Molfessis (dir.), *Les mots de la loi*, op. cit. p.67.

codification, la question demeure qui consiste à savoir comment faire de bonnes lois ou de bons codes.

G. Braibant distingue de ce point de vue « la codification qui réforme » et « le code qui reforme »[2621]. Dans le premier cas, il s'agit pour le législateur de concevoir de nouvelles règles alors que dans le second, il s'agit de regrouper les règles existantes selon un plan cohérent (c'est la codification dite « à droit constant »). Dans les deux cas, le législateur ne peut pas faire l'économie de la réflexion.

Le même auteur distingue ainsi deux sous-catégories de codification à droit constant : celle qui se contenterait de regrouper purement et simplement les textes relevant d'un même domaine normatif, et « celle qui « les adapte à l'évolution du langage et à celle des principes constitutionnels » : une codification à droit constant « intelligente » »[2622]. S'il s'agit simplement de compiler les règles de droit relevant d'un domaine considéré, l'entreprise de codification ne permettra aucunement, au-delà du regroupement, d'ordonner et de clarifier la législation en vigueur. La cohérence résultant de la codification dépend largement d'une réflexion relative à l'architecture globale du projet, permettant de couvrir l'ensemble des matières. Le Code, lui-même, doit être clair. L'architecture, l'organisation générale, le plan, le découpage des articles doivent répondre à l'impératif de simplicité et de clarté : « Il est évident qu'un bon plan est essentiel pour la qualité d'un code parce que le code doit être clair et les usagers doivent s'y retrouver facilement… »[2623]. La codification ne permet pas de faire l'économie d'une réflexion relative au découpage des domaines à codifier[2624]. Enfin, la codification même à droit constant doit être pensée au regard de son environnement normatif : ainsi, une codification intelligente procédera à l'actualisation nécessaire à la compatibilité avec le droit européen ou communautaire ou encore aux évolutions des principes constitutionnels[2625].

En outre, engager une entreprise de codification peut impliquer la nécessité de revoir la pertinence des règles fixées dans le domaine considéré. Celles-ci nécessitent en effet parfois

---

[2621] Pour distinguer ces codifications *De lege lata* et *De lege feranda*, Guy Braibant évoque d'une part la « codification racinienne » (le droit tel qu'il est) et la « codification cornélienne » (le droit tel qu'il devrait être », G.BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », art. cit. p. 62. Le même auteur explique qu'entre ces deux modèles typiques - codification qui réforme et code qui reforme - il existe en réalité un dégradé de solutions qu'au-delà de cette dichotomie, il existe une « unité de la codification » : « l'organisation du droit en Code, c'est à dire en grands ensembles juridiques », *ibid.* p.62.

[2622] *Ibid.*, p.64.

[2623] *Ibid.*, p.71.

[2624] Guy Braibant cite à cet égard un certain nombre d'exemples : « faut-il mettre les textes sur les valeurs mobilières dans le code de commerce en considérant que les actions et les obligations sont des éléments essentiels de la législation sur les sociétés commerciales, ou dans un code monétaire et financier en considérant que ces sont des produits financiers comme les autres qui intéressent essentiellement la bourse ? ». *Ibid.* p.70.

[2625] *Ibid.* p.71.

davantage qu'une simple actualisation mais une véritable refonte. Il s'agira alors pour le législateur de déterminer les nouvelles règles qui épouseront au mieux les réalités contemporaines[2626]. Il reviendra alors au législateur de bâtir l'ensemble de sa législation et de la mettre en forme.

D'une manière générale, la codification suppose de la part du législateur un véritable effort de réflexion et de concertation[2627], ce qui implique globalement de prendre le temps… Il n'y a donc pas une méthode ou un plan idéal de code qui puisse être simplement reproduit pour les autres puisque la mise en œuvre de chacune de ces solutions renvoie à la nécessité de la penser pour l'adapter à chaque cas d'espèce. À cette condition, la codification peut constituer une entreprise de rationalisation du droit[2628].

Enfin, une autre question doit être posée : Est-il possible de tout codifier ? La codification présenterait des limites intrinsèques en raison du caractère incodifiable de certaines matières. Guy Braibant évoque à cet égard « des dispositions dont on peut considérer qu'elles ne sont pas codifiables par nature », évoquant les normes provisoires ou transitoires ou les législations trop spécifiques[2629]. Même si cela était possible, serait-il souhaitable de tout codifier ? La question mérite d'être posée dans la mesure où l'inflation des codes pourrait vite se substituer à l'inflation législative.

À cet égard, le mouvement actuel de codification encouragé par le Conseil constitutionnel doit être envisagé de manière nuancée.

§2 L'impact relatif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en faveur de la codification et de la simplification sur la qualité des lois

Si la codification apparaît dans de nombreux systèmes juridiques comme une solution pertinente pour améliorer la qualité des lois, on peut constater que cette technique a été victime de son succès. La pratique législative en la matière qui tend à envisager la

---

[2626] « Les codes réformateurs les plus célèbres s'enracinent toujours dans la réalité de la cité, du pays ou de l'Etat. Ainsi le Code civil s'appuyait-il largement sur des coutumes préexistantes. C'est même une des qualités d'un Code que d'épouser les réalités sociales qu'il est censé organiser. ». *Ibid.* p. 63.

[2627] Selon G. Braibant, en multipliant les acteurs, on diminue le risque d'erreur dans le cadre de l'exercice. *Ibid.*p.72. Les acteurs de la codification sont nombreux. Il s'agit des administrations concernées, du Conseil d'État, du Parlement, du Gouvernement ou encore de la commission supérieure de codification. Les acteurs de la codification sont aussi et surtout les juristes pour qu'enfin ceux qui constatent la crise de la loi soient en mesure de se confronter à l'exercice d'élaboration de la législation. Les grands codes sont souvent ceux des grands juristes. On peut évoquer Portalis mais également le Doyen Carbonnier.

[2628] L'expression est empruntée à J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », art. cit., p.684.

[2629] G. BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », art. cit., p.69.

codification comme une fin en soi se traduit à un abus de codification (A). Au regard de ces dérives, l'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière doit être relativisé (B).

A/ L'abus de codification. Les vices du législateur-codificateur

La codification est une technique qui peut améliorer la qualité des lois mais le recours compulsif à cette technique contribuerait, selon certains auteurs, à dégrader la qualité des lois.

La pratique normative a consisté ces dernières années à entreprendre un mouvement général de codification[2630]. Ce mouvement sera relancé à la fin des années 1980 par Michel Rocard, alors Premier ministre qui créera la Commission supérieure de codification[2631]. Cette Commission a recensé 56 codes en vigueur en France[2632]. Ce mouvement a été depuis relancé par les Gouvernements successifs[2633]. À partir de 1996, le rythme de codification va s'accélérer considérablement. La circulaire du 30 mai 1996 va en effet fixer l'objectif d'une codification de l'ensemble des lois et des règlements en 5 ans. Si cet objectif n'a pas été atteint, le chemin parcouru est important grâce notamment au recours à la technique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Ainsi, sur le fondement de la loi d'habilitation du 16 décembre 1999, neuf codes (partie législative) ont été achevés en 2000. Par la suite, la loi du 2 juillet 2003[2634] a reconduit le principe en autorisant le gouvernement à adopter par ordonnance quatre codes (selon la méthode de codification à droit constant). En 2004, l'opération est renouvelée[2635].

Le remède de la codification est si bien connu qu'il a été victime de son succès. Envisagée comme un remède miracle, la codification peut également conduire à l'inflation et

---

[2630] Ce mouvement a été entamé en 1948 par un projet de codification totale. Selon B.-G. Mattarella, « depuis 1948, la France s'est fixé pour ambitieux dessein une codification véritable et exhaustive, c'est-à-dire une systématisation de l'intégralité du droit dans un ensemble coordonné de textes normatifs ». B.-G. MATTARELLA, « La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine », *RFDA*, 1994, p.678.

[2631] Voir à cet égard le décret n°89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de cette Commission. On pourra également se reporter aux allocutions de Michel Rocard et de Guy Braibant publiées dans la *RFDA*, 1990, pp.303-309.

[2632] Rapporté par F.OST, « L'amour de la loi parfaite », in *L'amour des lois*, op. cit. p.67.

[2633] Voir notamment la relance assurée par Edouard Balladur en 1993. « Problèmes actuels de la codification française : Entretien avec Guy Braibant », *RFDA*, 1994, pp.663-667. Également dans la même revue, « Rapport d'activité 1993 de la Commission supérieure de codification (extraits) », pp.686-689.

[2634] Loi n°2003-591.

[2635] Voir la loi du 18 novembre 2004 et la décision du Conseil 2004-506 DC. En 2004, cette Commission édite son 15ème rapport d'activité. J.-M. Sauvé évoque dans le cadre de ce rapport le nouveau chantier ouvert par la loi d'habilitation du 9 décembre 2004 : « celui de la reprise et de l'adaptation des codes existants, tels que le Code du travail et celui de la sécurité sociale. À terme rapproché, va aussi se poser la question de la refonte à droit constant du Code général des impôts ou de celui de l'urbanisme ». Commission supérieure de codification, *Quinzième rapport annuel 2004*, p.18.

à l'instabilité. La codification pourrait ainsi aboutir à « une prolifération de Codes qui n'est pas beaucoup plus satisfaisante que la prolifération des lois »[2636]. On peut se demander avec C.Bergeal « si l'inflation des codes ne va pas remplacer l'inflation des lois »[2637]. Outre l'inflation des codes, cette tendance actuelle ne semble pas profiter à la qualité de la loi. Cette question est également soulevée par P.Wachsmann pour qui « la succession des codes ne fait évidemment qu'aggraver la confusion, l'exemple le plus net étant celui du code de l'administration communale, remplacé par le code des communes, puis par le code général des collectivités territoriales (…). Lorsqu'elle n'est pas portée par une pensée forte, la codification est d'ailleurs très critiquable dans son principe, singulièrement dans sa variante française « à droit constant », qui évacue à la fois tout projet véritablement novateur et une histoire dont la refonte des dispositions en vigueur interdit désormais de saisir la trace »[2638].

Si le concept de Code suppose un effort d'ordonnancement et de clarification, ces principes ne sont pas toujours à l'œuvre lorsqu'il s'agit de procéder à une codification à droit constant. La codification à droit constant, notamment, ne permet que des ajustements à la marge de l'ordonnancement normatif. Ce type de codification permet certes de remédier à l'éparpillement, mais ne permet aucunement d'assurer une clarification du droit. La pratique systématique d'une codification à droit constant permet ainsi le rassemblement des textes mais ne permet pas d'entreprendre une réflexion sur la nécessité de les modifier, de les adapter. Cette codification repousse donc le problème un peu plus loin, même si elle constitue une étape nécessaire. De ce point de vue, la codification apparaît davantage comme une solution initiale : « codifier d'abord, simplifier ensuite »[2639] préconise Guy Braibant. « On ne peut pas simplifier un droit qu'on n'a pas codifié au préalable »[2640]. En effet, l'exercice de codification permet de prendre la mesure des simplifications et améliorations qui s'imposent : le regroupement de textes permet de constater les incohérences, les redondances, l'obsolescence de dispositions en vigueur[2641]. Une fois ce travail réalisé, reste à entreprendre le chantier de la simplification.

[2636] G.BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », art. cit., p.70.
[2637] C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit. p.26.
[2638] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », op. cit. p.820.
[2639] G.BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », art. cit., p.72. « la codification est une amélioration considérable de l'état du droit, mais ce n'est pas une fin en soi. Elle doit être l'amorce, constituer les préparatifs, les préliminaires de la simplification et de l'amélioration du droit. », *ibid.* p.72.
[2640] *Ibid.* p.67.
[2641] « la codification à droit constant permet de détecter assez rapidement des contradictions et des ambiguïtés par le simple rapprochement de textes qui jusque là étaient séparés ». *Ibid.*, p.65.

Les lois de simplification du droit s'ajoutent ainsi à l'arsenal déployé pour lutter en faveur de la qualité des lois. La démarche, complémentaire du processus de codification[2642], est ancienne[2643], mais semble être de plus en plus utilisée par le législateur. Louant le mouvement de codification et de simplification du droit, le Conseil constitutionnel évoque « cette double finalité répond à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »[2644].

Enfin, si l'entreprise de codification suppose de prendre le temps de la réflexion, on constate que le législateur manifeste avant tout son souci de faire vite. De ce point de vue, l'encouragement prodigué par le Conseil constitutionnel de procéder, au nom de l'urgence, à la codification par la voie des ordonnances de l'article 38 de la Constitution mérite d'être évalué au regard de la qualité de la loi et de l'exigence de lisibilité.

B/ La valeur relative de l'apport du Conseil constitutionnel

Dans sa décision 99-421 DC[2645], le Conseil constitutionnel constate que la volonté du législateur de procéder à la codification par voie d'ordonnance répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité du droit.

Le juge constitutionnel français fait ainsi la promotion de la codification. Ce moyen contentieux est pourtant un des moins contraignants dans la mesure où il participe à ce que l'on peut appeler la « politique jurisprudentielle incitative du Conseil constitutionnel ». Son pouvoir en la matière se trouve limité à une incitation qui se traduit concrètement par le satisfecit accordé au législateur lorsqu'il choisit de procéder à des codifications. Sa jurisprudence est alors purement incitative, dans la mesure où elle ne peut que soutenir une orientation déjà choisie par le législateur.

[2642] Francis Bacon évoque un travail de « régénération » parallèle à l'effort de « réorganisation ». « Or, cette espèce de purification des lois, ce nouveau Digeste, cinq choses sont nécessaire pour l'achever : 1° il faut supprimer les lois trop vieilles (…) ; 2° bien choisir parmi les antinomies, les lois les mieux éprouvées, en abolissant les contraires ; 3° rayer les homoeunomies, c'est-à-dire les lois qui ont le même son, et qui ne sont qu'une répétition d'une même chose (…) ; 4° s'il se trouve des lois qui ne décident rien (…) supprimez les également ; 5° quant à celles qui sont trop verbeuses et trop prolixes, il faut en rendre le style plus concis et plus serré ». F.BACON, *Œuvres,* éd. Charpentier, Paris, 1845, T.I, p.433.

[2643] Ainsi qu'en témoigne l'article 1er de la loi du 22 mars 1924 qui « inaugure la pratique des décrets-lois » selon P.GONOD, « La simplification du droit par ordonnance », in *La confection de la loi*, op. cit., p.167. « Le gouvernement est autorisé pendant les 4 mois qui suivront la promulgation de la présente loi, à procéder par des décrets rendus en Conseil d'État, après avoir été approuvés en Conseil des ministres, à toutes les réformes et simplifications administratives que comportera la réalisation des économies. Lorsque les mesures ainsi prises auraient nécessité des modifications aux lois en vigueur, les décrets seront soumis à la sanction législative dans un délai de six mois ».

[2644] Décision 2003-473 DC du 26 juin 2003 (cons. 5), *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p.382. Dans le même sens, voir la décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004 (cons. 5), *Loi de simplification du droit*.

[2645] Décision 99-421 DC, précitée.

En outre et surtout, le juge constitutionnel ne peut ni imposer l'exercice de codification au législateur, ni même en choisir les modalités. Le Conseil constitutionnel « milite » à travers sa jurisprudence en faveur de la codification, mais son pouvoir en la matière reste éminemment limité : en effet, l'impulsion ne peut être que politique. Ensuite, la détermination de la méthode (à droit constant ou non) relève du pouvoir discrétionnaire du législateur[2646].

Enfin, le Conseil admet que la codification contribue à assurer la réalisation de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité des lois alors qu'il s'agit d'une entreprise de codification menée par voie d'ordonnance et donc motivée par le souci de célérité du législateur. Certes, le Conseil constitutionnel encourage la pratique de la codification pour assurer une meilleure accessibilité et lisibilité des lois, mais parallèlement, il convient de constater que le juge constitutionnel autorise ce faisant le législateur à déroger à la procédure classique d'élaboration des lois. Le choix du juge constitutionnel consiste ainsi à suivre le législateur dans une stratégie qui privilégie l'exigence de rapidité à celle du temps de la réflexion. G. Drago pointe ainsi la responsabilité du Conseil constitutionnel : « La jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est également montrée trop compréhensive à l'égard des lois d'habilitation en matière de codification. Il s'agit d'un dessaisissement très grave de la puissance législative dans le processus de codification… »[2647]. De la même façon, les lois de simplification du droit se sont multipliées qui autorisent le Gouvernement à légiférer par ordonnance[2648]. Dans sa décision 2003-473 DC, le Conseil constitutionnel considère qu'elles participent à la réalisation de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi[2649]. Nicolas Molfessis note à cet égard qu'elles « sont devenues à leur tour une source d'inflation normative (…) alors qu'elles avaient reçu l'onction suprême, parce qu'elles apparaissaient comme un moyen de parvenir à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »[2650]. Votées dans l'urgence, elles permettent d'éviter les lenteurs des discussions

---

[2646] A.-L. Valembois remarque à cet égard que « les confusions éventuellement entraînées par la codification de dispositions relatives à l'urbanisme dans le Code général des collectivités territoriales n'encourent pas non plus la censure constitutionnelle au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité des lois, d'autant plus qu'il n'appartient pas au Conseil de se prononcer sur les choix de codification effectués par le législateur ». A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.285.

[2647] G.DRAGO, in *Vive la loi !*, op. cit., p.25.

[2648] Voir à cet égard les lois n°2003-591 du 2 juillet 2003 et n°2004-1343 du 9 décembre 2004 relatives à la simplification du droit.

[2649] Décision 2003-473 DC du 26 juin 2003 (cons. 5), *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p.382. Dans le même sens, voir la décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004 (cons. 5), *Loi de simplification du droit*.

[2650] N.MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système contre lui-même », *EDCE*, n°57, p.395.

parlementaires mais leur prolifération laisse à penser qu'elles constituent un symptôme de la crise davantage qu'un remède à celle-ci[2651].

La valeur ajoutée de cette jurisprudence du Conseil constitutionnel en faveur de la codification et de la simplification par le biais des ordonnances de l'article 38 doit ainsi être envisagée de manière nuancée. Il n'est pas certain que le choix opéré par le Conseil constitutionnel d'encourager la codification présente un solde positif pour la qualité de la loi.

Conclusion de la section 3

En dépit des limites de la codification, on doit reconnaître que ce moyen a constitué et constitue encore aujourd'hui un outil pratique pour assurer l'exigence de lisibilité de la loi[2652]. La promotion de la codification assurée par le Conseil constitutionnel dans le cadre de sa jurisprudence participe ainsi logiquement à la réalisation de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité du droit. Néanmoins, cette jurisprudence est avant tout révélatrice des limites qui s'imposent au juge constitutionnel en matière de codification puisqu'il n'a aucune emprise sur les méthodes de codification retenues par le législateur-codificateur. Ainsi, reste largement incertain l'impact de cette jurisprudence en termes de lisibilité de la loi.

L'exigence de lisibilité se manifeste également dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel à travers les préoccupations procédurales.

[2651] Voir, P.GONOD, « La simplification du droit par ordonnances », *in* R.Drago (dir.), *La confection de la loi*, op. cit., p167. Voir également, N. MOLFESSIS, « Quelques effets pervers de la codification à droit constant », *ibid.,* p.175. P.DELVOLVÉ, « L'été des ordonnances, *RFDA*, 2005, p.909, A.MAUCOUR-ISABELLE, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *AJDA*, 2005, p.303 et M.GUILLAUME, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi », *Pouvoirs*, n°114, 2005, p.117.

[2652] Sur la codification voir A.VIANDIIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., pp.37-51. Voir également sur la codification et ses limites, C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif*, op. cit., pp.24-27.

Section 4 Préoccupations procédurales et qualité de la loi

> « Tu respecteras les règles du jeu dont, en matière de procédure, la Constitution et tes propres règlements ont entouré tes délibérations : tu éviteras donc les "amendements tardifs" sans lien direct avec le texte en discussion ; tu écarteras les "cavaliers" » (Solon)[2653]

Ces préoccupations ne sont pas sans lien avec la question des qualités formelles de la loi[2654]. En effet la procédure parlementaire « comporte de multiple filtres – avis préalables d'organisme juridiquement qualifiés, examen en commission, navette – qui permettent de remédier, au moins en partie, aux imperfections »[2655]. Le Conseil constitutionnel s'est montré soucieux d'assurer le respect des règles procédurales d'élaboration des lois. Le juge constitutionnel français a en effet développé une jurisprudence destinée à protéger le droit d'amendement mais aussi et surtout à en encadrer l'exercice. L'évolution de sa jurisprudence en matière de cavaliers législatifs est caractérisée par une sévérité accrue et traduit une corrélation entre la qualité de la loi et le respect des règles procédurales fixées par la Constitution. Dans le prolongement de cette jurisprudence, les exigences relatives à la qualité du débat parlementaire sont soumises à la vigilance du juge constitutionnel et semblent pareillement avoir des incidences sur la qualité formelle des lois. La qualité de la loi apparaît ainsi comme étant fonction de la qualité du débat. Qu'il s'agisse du contrôle du contenu des amendements (§1) ou du contrôle relatif au déroulement des débats (§2), la jurisprudence du Conseil constitutionnel est imprégnée du souci de renforcer les qualités formelles des lois.

§1 Le contrôle relatif au contenu des amendements

[2653] SOLON, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2000 : un décalogue à l'usage du législateur ? », *LPA*, 10 janvier 2001, n°7.

[2654] Sur cette question, on pourra se reporter à l'article de D.CHAMUSSY, « Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitutionnel à la sécurité juridique », in *Sécurité juridique et complexité du droit, EDCE*, n°57, pp.349-347. « En contrôlant la procédure, le Conseil constitutionnel peut agir sur la qualité de la législation ». *Ibid.,* p.350

[2655] C.WIENER, « Crise et science de la législation en France », in *La science de la législation,* op. cit., p.91. L'auteur explique à cet égard que « ces procédures ne sont véritablement efficaces qu'en période normale », visant à cet égard le recours à l'urgence. *Ibid.*

Le contrôle juridictionnel exercé sur le contenu des amendements prend des allures de lutte contentieuse contre les cavaliers législatifs, budgétaires et sociaux[2656]. Cette jurisprudence a une incidence réelle sur la qualité formelle des lois dans la mesure où elle renforce leur homogénéité et donc leur accessibilité comme leur intelligibilité[2657]. En la matière, il conviendra de distinguer la lutte contre les cavaliers législatifs (A) et la lutte contentieuse contre les cavaliers budgétaires et sociaux (B).

A/ La lutte contre les cavaliers législatifs

Un cavalier législatif est « une disposition étrangère à l'objet de la loi dans laquelle elle est incluse »[2658]. Cette pratique est présentée comme récurrente, qui consiste à introduire au cours de la procédure législative des amendements sans rapport avec l'objet de la loi. Face à cette pratique qui affecte l'homogénéité des lois et nuit tant à leur intelligibilité qu'à leur accessibilité, le Conseil constitutionnel a réagi en interdisant les amendements dénués de lien avec le texte. B.Mathieu considère à cet égard que le Conseil constitutionnel « contribue à la simplification de la législation en censurant la présence dans une loi, de dispositions manifestement étrangères à son objet et en limitant ainsi l'éparpillement des règles applicables à une matière »[2659].

L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a été progressive. Si les dispositions des Règlements des assemblées interdisaient cette pratique[2660], le Conseil constitutionnel ne s'estimait pas compétent pour en contrôler le respect[2661]. Le premier indice d'un engagement contentieux du Conseil constitutionnel sur le terrain des « cavaliers législatif » apparaît dans sa décision 80-117 DC[2662] dans laquelle le juge constitutionnel

---

[2656] En dehors de ces aspects, D.Chamussy relève que le contrôle de l'irrecevabilité financière instituée par l'article 40 de la Constitution a un impact positif sur le volume des lois et tendrait à limiter l'inflation législative ». D.CHAMUSSY, « Procédure parlementaire et qualité de la législation… », art. cit., p.350. Il évoque à cet égard les décisions précitées 2005-519 DC et 2005-526 DC.

[2657] Selon A.-L.Valembois, la jurisprudence du Conseil constitutionnel oblige « le législateur à produire des lois plus homogènes et donc mieux accessibles ». A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.262.

[2658] B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, op.cit., p.253. L'auteur illustre sa définition par un exemple tiré de la loi n°88-14 du 5 janvier 1988, relative à « l'action en justice dans l'intérêt collectif des consommateurs » et dont l'article 10 concernait « l'utilisation de substances édulcorantes dans les produits alimentaires », *ibid.*

[2659] B.MATHIEU, *La loi*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2ème éd., 2004, p.122.

[2660] Il s'agit des articles 98 alinéa 5 du règlement de l'Assemblée nationale et de l'article 48 alinéa 3 du Règlement du Sénat. Voir à cet égard, la thèse précitée de B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, pp.253-257.

[2661] Voir à cet égard la décision 78-97 DC rendue le 27 juillet 1978.

[2662] Décision 80-117 DC du 22 juillet 1980. *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires.* Recueil, p. 42.

considère que les dispositions de l'amendement en cause « ne sont pas étrangères à la protection et au contrôle des matières nucléaires » qui constituaient l'objet de la loi déférée[2663]. Cette formulation laissait augurer une évolution. À partir des décisions 85-191 DC[2664] et 85-198 DC[2665], le Conseil constitutionnel modifie la formule pour constater que les dispositions contestées « ne sont pas dépourvues de tout lien avec les autres dispositions de la loi ». Dans la décision 85-191 DC du 10 juillet 1985, les députés auteurs de la saisine du juge constitutionnel estimaient que les dispositions contestées « auraient dû faire l'objet de projets de loi distincts »[2666]. La même ligne d'argumentation est développée dans le cadre de la décision 85-198 DC du 13 décembre 1985 puisque les auteurs de la saisine soutenaient que l'article 3 II de la loi déférée était contraire à l'article 45 en raison du fait qu'il était issu d'un amendement déposé par le Gouvernement après l'échec de la Commission mixte paritaire. Selon les parlementaires, l'introduction de ces dispositions « entièrement nouvelles et sans lien nécessaire avec le projet en discussion » constituait un détournement de pouvoir au regard de l'article 45 de la Constitution puisqu'une telle introduction aurait dû nécessiter le dépôt d'un projet de loi. Le Conseil constitutionnel juge dans ces deux décisions que les dispositions critiquées « ne sont pas dépourvues de tout lien avec le projet de loi en discussion ». Cette formulation, comme les précédentes, permettait de penser que les dispositions issues d'amendement « dépourvues de tout lien avec le projet de loi » auquel elles sont rattachées, encouraient la censure du juge constitutionnel.

Dans sa décision 85-199 DC[2667], le Conseil constitutionnel explicite le fondement constitutionnel de l'exigence d'un rattachement intellectuel de l'amendement au texte qu'il modifie : il s'agit pour le Conseil constitutionnel de donner un effet utile à la distinction opérée par les articles 39 et 44 de la Constitution. En utilisant la procédure du droit d'amendement définie à l'article 44 de la Constitution pour adopter des dispositions nouvelles sans lien avec le texte d'origine, le Gouvernement est en mesure de se dispenser du suivi de la procédure prescrite par l'article 39 de la Constitution[2668]. Ce raisonnement avait préalablement

---

[2663] On retrouvera une formulation analogue dans les décisions 82-154 DC et 82-155 DC.

[2664] Décision 85-191 DC du 10 juillet 1985. *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.* Recueil, p. 46.

[2665] Décision 85-198 DC du 13 décembre 1985. *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle.*Recueil, p. 78.

[2666] Recours de MM.Claude Labbé et J.-C. Gaudin, J.O. Lois et décrets, 12 juillet 1985, p.7889. Cité par B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, op. cit., p.258.

[2667] Décision 85-199 DC du 28 décembre 1985. *Loi portant amélioration de la concurrence*. Recueil, p. 83.

[2668] Dans cette décision 85-199 DC, le Conseil constitutionnel considère que les dispositions «ne sont pas dépourvues de tout lien avec les autres dispositions du projet de loi ; que, dès lors, elles pouvaient être introduites dans ce projet par voie d'amendement sans que soient méconnues les règles posées par les articles 39

été développé par des députés dans le cadre de la décision précitée 85-198 DC. Ces derniers estimaient alors que « le gouvernement se dispense des formalités prévues par l'article 39 alinéa 2 de la Constitution en matière de dépôt de projet de loi (avis du Conseil d'État et délibération du Conseil des ministres) en baptisant amendement une disposition entièrement nouvelle et sans lien nécessaire avec le projet en discussion. Or, une mesure aussi fondamentale relevait à l'évidence du droit d'initiative législative prévu par l'article 39, alinéa premier, de la Constitution, et non du droit d'amendement, lequel doit s'exercer dans le cadre du texte en discussion comme l'indique le sens même du terme « amendement ». Ce droit s'analyse en effet comme un pouvoir de modification, d'adaptation d'un texte en discussion et non comme un pouvoir d'innovation originaire »[2669]. Le Conseil constitutionnel reprend donc à son compte cette argumentation.

Dans sa décision 86-221 DC[2670], le Conseil constitutionnel expose les deux conditions s'imposant dans l'exercice du droit d'amendement : il rappelle que l'amendement ne doit pas être sans lien avec le texte en discussion et introduit une nouvelle condition en évoquant « les limites inhérentes au droit d'amendement » : « les adjonctions ou modifications ainsi apportées au texte en cours de discussion ne sauraient ni être sans lien avec ce dernier, ni dépasser par leur objet et leur portée, les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement »[2671]. En l'occurrence, les dispositions critiquées n'ont pas été jugées contraires aux articles 39 et 44 de la Constitution. Imitant l'attitude du Conseil d'État en matière de revirement de jurisprudence, ce n'est qu'après avoir préalablement prévenu le législateur que le Conseil constitutionnel commence à censurer.

Dans sa décision 86-225 DC[2672], dite « amendement Seguin », le Conseil constitutionnel considère « qu'à raison de leur ampleur et de leur importance, ses dispositions excèdent les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement »[2673]. Il s'agissait en effet de la loi portant diverses mesures d'ordre social, dont l'objet certes large, ne pouvait suffire à subsumer l'intégralité des dispositions des ordonnances que le Président de la République

---

et 44 de la Constitution ». L'article 39 de la Constitution impose en effet un examen préalable des projets de loi par le Conseil d'État. Voir à cet égard le Rapport public annuel 2006 du Conseil d'État, précité, pp.272-273.

[2669] Recours de M.Charles Pasqua, J.O, Lois et décrets, 14 décembre 1985, pp.14576-14578. Cité par B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, op. cit., p.258

[2670] Décision 86-221 DC du 29 décembre 1986. *Loi de finances pour 1987*. Recueil, p. 179.

[2671] Dans sa décision 85-191 DC, le Conseil constitutionnel avait semblé amorcer cette évolution. Après s'être prononcé sur la recevabilité d'amendements déposés par le Gouvernement après l'échec de la Commission mixte paritaire, il relève que les articles contestés « ne sont pas dépourvus de tout lien avec les autres dispositions de la loi ».

[2672] Décision 86-225 DC du 23 janvier 1987. *Loi portant diverses mesures d'ordre social*. Recueil, p. 13.

[2673] Voir aussi dans le même sens les décisions 88-251 DC du 12 janvier 1989, 92-316 DC du 20 janvier 1993, 92-317 DC du 21 janvier 1993.

avait refusé de signer. Le Conseil constitutionnel va maintenir longtemps les principes de cette jurisprudence en la justifiant en ces termes : « il résulte des dispositions combinées des articles 39, 44 et 45 de la Constitution que le droit d'amendement, qui est le corollaire de l'initiative législative, peut sous réserve des limitations posées aux troisième et quatrième alinéas de l'article 45, s'exercer à chaque stade de la procédure législative ; que, toutefois, les adjonctions ou modifications apportées au texte en cours de discussion ne sauraient, sans méconnaître les articles 39, alinéa 1, et 44, alinéa 1 de la Constitution, ni être sans lien avec ce dernier, ni dépasser par leur objet et leur portée les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement qui relève d'une procédure spécifique »[2674]. Cette jurisprudence fit l'objet de nombreuses critiques en raison de la part de subjectivité qui revient au Conseil constitutionnel dans l'appréciation de « l'ampleur et l'importance » des dispositions concernées. Chateaubriand écrivait à cet égard : « vouloir fixer des bornes au droit d'amendement, trouver le point mathématique où l'amendement finit, où la proposition commence, c'est se perdre dans une métaphysique politique sans rivage et sans fond »[2675]. Cette subjectivité est relevée par le secrétaire général du Conseil constitutionnel qui expliquait en effet que « l'appréciation de la réalité du lien (entre les objets respectifs des lois et des amendements) est empirique et se fait au cas par cas. »[2676]. Dans le même sens, M. de Villier s'interrogeait : « l'analyse doit-elle être plutôt quantitative, ou plutôt qualitative ? Des dispositions, très longues et très nombreuses, passeront-elles si l'objet de chacune est bien spécifié, et sa portée définie ? Où sera le seuil ? »[2677]. Jean Foyer proposait en la matière le recours au faisceau d'indice : « le cadre du projet en discussion est déterminé par son intitulé, par son exposé des motifs et par son dispositif »[2678].

[2674] Décision 92-316 DC du 20 janvier 1993. *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*. Recueil, p. 14. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a jugé que l'article 53 de la loi qui concernait les « obligations des propriétaires dans leurs relations avec les preneurs de locaux d'habitation… » et l'article 54 relatif au régime juridique du permis de démolir étaient dépourvus de lien avec le texte relatif à la prévention de la corruption.

[2675] CHATEAUBRIAND, *La monarchie selon la Charte*, cité par D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel,* Montchrestien, Coll. Domat droit public, 6ème éd., p.296.

[2676] J.-E. SCHOETTL, *LPA*, 22 juillet 2003, n°145, p.18.

[2677] M. de VILLIERS, *RA*, 1987, p.139. L'auteur poursuit : « l'interrogation est d'autant plus permise que dans la loi DMOS, le Conseil constitutionnel ne s'est pas intéressé sur ce plan du contenu à l'amendement sénatorial ayant pour objet d'autoriser les praticiens statutaires exerçant à temps plein dans les établissements d'hospitalisation publics à exercer également, dans ces établissements, une activité libérale. Cet amendement reprenait le titre II d'un projet de loi portant réforme hospitalière adopté en Conseil des ministres le 3 décembre, et qui devait être inscrit à l'ordre du jour de la session extraordinaire initialement prévue en janvier 1987, mais finalement abandonnée par le Gouvernement. ». *Ibid.*

[2678] Débat, J.O. 16 octobre 1973, p.4433. Cité par B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République, op. cit*. p.261.

L'appréciation portée par le juge constitutionnel varie nécessairement en considération de l'objet de la loi : plus cet objet est défini largement plus compréhensif sera le juge[2679]. En définitive, ce dernier se borne « à obliger le législateur à respecter ses propres intentions »[2680]. Néanmoins, le juge constitutionnel apprécie l'objet initial du projet ou de la proposition de loi et ne tiendra donc pas compte des modifications d'intitulés de la loi destinées à justifier l'intégration *a posteriori* de nouvelles dispositions[2681]. Cette relativité a ouvert la possibilité pour le législateur de contourner cette jurisprudence en ayant recours aux lois « portant diverses mesures d'ordre… », couramment qualifiées de lois « fourre-tout »[2682]. Néanmoins, il n'est pas inintéressant de constater que le Conseil constitutionnel exige également dans ces cas, que leurs dispositions ne soient pas sans lien avec l'objet de la loi, même défini largement.

Le Conseil constitutionnel a maintenu cette jurisprudence ainsi qu'en témoignent les nombreuses décisions qui ont suivi[2683]. Mais, à partir de sa décision 2001-445 DC[2684], le Conseil constitutionnel n'utilise plus l'expression « limites inhérentes »[2685] et focalise son contrôle sur le lien avec le texte en discussion. Corrélativement, le niveau d'exigence sera relevé en matière d'amendement « post-CMP » (*infra*).

Si les fondements de cette jurisprudence trouvent leur origine dans les règles procédurales fixées par la Constitution, l'impact sur la qualité des lois ne fait pas de doute aux yeux de nombreux auteurs : « Il est bien évident qu'en organisant une sélection des amendements parlementaires en fonction de leur lien plus ou moins direct avec le texte en discussion, le Conseil constitutionnel contribue à assurer une meilleure cohérence et une meilleure compréhensibilité des lois, qui sont effectivement parfois mises à mal par l'exercice

---

[2679] Le secrétaire général du Conseil constitutionnel expliquait ainsi : « le libéralisme du Conseil est plus ou moins grand selon que le texte a vocation à rassembler des dispositions d'ordre divers ou que son champ est délimité dès l'origine ». J.-E. SCHOETTL, *LPA*, 22 juillet 2003, n°145, p.18.

[2680] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique,* op. cit., p.263.

[2681] Voir à cet égard la décision 2007-546 DC, dans laquelle le Conseil constitutionnel censure les dispositions de l'article 23 de la loi qui sont jugées dépourvues de lien avec les dispositions qui figuraient dans le projet de loi. Le Conseil constitutionnel censure « même si le Sénat a complété l'intitulé du projet de loi » afin de faire référence aux dispositions contestées. Décision du 25 janvier 2007. *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique.* Journal officiel du 1er février 2007, p. 1946.

[2682] Voir, *infra*, Titre III, Les limites du Conseil constitutionnel.

[2683] Voir encore les décisions 89-258 DC du 8 juillet 1989, 89-256 DC du 25 juillet 1989, 89-268DC du 29 décembre 1989, 89-269 DC du 22 janvier 1990, 90-277 DC du 25 juillet 1990, 90-287 DC du 16 janvier 1991, 93-332 DC du 13 janvier 1994, 93-335 DC du 21 janvier 1994, 94-357 DC du 25 janvier 1995, 94-358 DC du 26 janvier 1995.

[2684] Décision 2001-445 DC du 19 juin 2001. *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*. Recueil, p. 63.

[2685] Dans le même sens, voir la décision 2001-450 DC du 11 juillet 2001.

parlementaire du droit d'amendement »[2686]. L'impact de cette jurisprudence doit néanmoins être relativisé dans la mesure où le Conseil constitutionnel ne censure ces amendements que lorsqu'ils ont été contestés durant la phase des débats parlementaires[2687]. Le Conseil constitutionnel n'a pas réussi, par sa jurisprudence, à éradiquer les « cavaliers législatifs »[2688].

Dans le droit-fil de cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel a pris le parti de censurer les « cavaliers » budgétaires et sociaux, contenus respectivement dans les lois de finance et les lois de financement de la sécurité sociale

B/ La lutte contentieuse contre les cavaliers budgétaires et sociaux

La notion de « cavalier »[2689] se définit comme une «disposition étrangère à l'objet d'une loi, lorsque cet objet est défini par la Constitution (ou, sur habilitation du constituant, par la loi organique) »[2690]. Les cavaliers budgétaires et sociaux sont aisément remarquables en raison de l'existence de lois organiques[2691] qui définissent strictement l'objet des lois de finance et des lois de financement de la sécurité sociale. Ils sont critiqués sous l'angle de la procédure elle-même puisqu'ils nuisent à la qualité du débat sur la loi, et sous l'angle de la qualité de la loi puisqu'ils gonflent la loi autant qu'ils atteignent sa cohérence globale[2692]. Dans cette perspective, le Conseil constitutionnel veille à censurer les cavaliers budgétaires (1) et sociaux (2).

1) Les cavaliers budgétaires

Sera qualifiée de « cavalier budgétaire »[2693] une disposition étrangère aux dispositions qui doivent, ou peuvent, figurer dans une loi de finances telles que ces dispositions sont définies par la loi organique n°2001-692 du 1er août 2001 (qui a remplacé l'ordonnance

[2686] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique,* op. cit., pp.262-263.
[2687] Voir à cet égard les décisions 77-82 DC du 20 juillet 1977, 93-329 DC du 13 janvier 1994.
[2688] On peut se référer aux exemples donnés par B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République,* op. cit., p.270.
[2689] R.DÉCHAUX, « L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle en matière de « cavaliers » entre 1996 et 2006 ». Disponible sur le Site du Conseil constitutionnel.
[2690] Voir « Cavalier », in M. de VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Armand Colin, 4ème éd., p.25. Voir également la définition donnée par O.DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.
[2691] Il s'agit de la loi organique du 2 janvier 1959 pour les lois de finance et de l'article L.O 111-3 du code de la sécurité sociale.
[2692] A-L. Valembois explique en effet que ces jurisprudences « permettent en effet d'assurer une meilleure cohérence et donc une meilleure accessibilité des lois de finance et de financement de la sécurité sociale, en évitant qu'elles soient truffées de dispositions sans rapport avec leur objet ». A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.264.
[2693] M.-C. BERGERÈS, « Les cavaliers budgétaires », *RDP*, 1978, p.1393.

portant loi organique relative aux lois de finances du 2 janvier 1959)… »[2694]. Ainsi, selon l'article 1 de ladite ordonnance, « les lois de finances ont pour objet la détermination de la nature, du montant et de l'affectation des ressources et charges de l'Etat, l'organisation de l'information et du contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques ainsi que de la responsabilité pécuniaire des agents des services publics, et la détermination de l'assiette, des taux et des modalités de recouvrement des impositions de toute nature ».

En censurant les cavaliers budgétaires, le Conseil constitutionnel cherche à imposer une certaine homogénéité des lois de finance. Selon D.Rousseau, « le Conseil veille… au respect de l'objet financier des lois de finances, en censurant systématiquement les « cavaliers budgétaires », c'est-à-dire les amendements, d'origine parlementaire ou gouvernementale, qui n'ont aucun rapport avec le contenu d'une loi de finances... »[2695]. Le Conseil constitutionnel pose les principes de cette jurisprudence dès sa décision 76-73 DC[2696]. En la matière, le Conseil constitutionnel fait preuve d'une relative souplesse[2697], mais il n'hésite pas à censurer les dispositions insusceptibles de se rattacher au domaine de la loi de finances[2698], à la condition qu'elles aient été contestées durant la phase de la procédure parlementaire.

Ce faisant, le Conseil constitutionnel œuvre en faveur d'une meilleure qualité des lois de finance en veillant à leur homogénéité. L'incursion dans une telle loi de dispositions déterminant la composition de la Commission de la concurrence[2699], ou définissant les compétences de l'Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat[2700], nuirait ainsi à l'intelligibilité de la loi en portant atteinte à sa cohérence interne.

Le Conseil constitutionnel applique les mêmes principes aux lois de financement de la sécurité sociale en censurant ce qu'il convient d'appeler les « cavaliers sociaux ».

2) Les cavaliers sociaux

[2694] Voir « Cavalier », in M. de VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Armand Colin, 4ème éd., p.25.
[2695] D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p.302.
[2696] Décision 76-73 DC du 28 décembre 1976. *Loi de finances pour 1977 et, notamment ses articles 16, 27, 28, 29, 37, 87, 61 par. VI.* Recueil, p. 41
[2697] Le Conseil constitutionnel considère ainsi que les dispositions n'ayant pas un objet directement financier mais ayant une « incidence directe » sur les charges et ressources de l'Etat relèvent du domaine de la loi de finances. Voir à cet égard les décisions 93-330 DC du 29 décembre 1993 et 96-385 DC du 30 décembre 1996.
[2698] Voir notamment les décisions 81-136 DC, 91-302 DC, 93-320 DC, 96-386 DC, 95-371 DC, 97-395 DC.
[2699] Décision 81-136 DC du 31 décembre 1981, *Troisième loi de finances rectificative pour 1981* Recueil, p. 48.
[2700] Décision 97-395 DC du 30 décembre 1997. *Loi de finances pour 1998*. Recueil, p. 333.

L'article 34 de la Constitution tel que modifié par la loi constitutionnelle n°96-138 du 22 février 1996 dispose que « les lois de financement de la Sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique ». C'est la loi organique du 22 juillet 1996 qui définit l'objet des lois de financement de la sécurité sociale : « Les lois de financement de la Sécurité sociale ne peuvent comporter que des dispositions affectant directement l'équilibre financier des régimes obligatoires de base ou améliorant le contrôle du Parlement sur l'application des lois de financement de la Sécurité sociale ». Toutes les dispositions jugées étrangères à cet objet constitueront des « cavalier sociaux »[2701]. Selon le Conseil constitutionnel, l'article L.O. 11-3 III du code de la Sécurité sociale impose au législateur de ne faire figurer dans ces lois que les dispositions ayant une « incidence directe, immédiate et significative sur l'équilibre des régimes obligatoires de base de la Sécurité sociale »[2702]. Ce moyen contentieux est le premier angle d'attaque pour contester la constitutionnalité des lois de financement de la sécurité sociale[2703]. Certains auteurs ont jugé cette jurisprudence trop souple. D.Rousseau considérait ainsi qu' « en privilégiant ainsi une interprétation financière, le Conseil risque de laisser se multiplier les cavaliers sociaux… »[2704]. De son côté, D. Ribes évoquait à l'égard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel une « excessive tolérance »[2705]. Pourtant, après avoir admis que « toute disposition puisse figurer dans la loi de financement dès lors qu'elle était susceptible d'avoir une quelconque incidence sur les ressources et les charges des régimes de base de Sécurité sociale », le Conseil constitutionnel a réagi « en resserrant son contrôle des dispositions cavalières »[2706]. Cette nouvelle politique jurisprudentielle apparaît dès la décision du 19 décembre 2000[2707].

[2701] M.-J. AGLAE, « Les cavaliers sociaux », *RDP*, 2000, n°4.
[2702] D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », Chronique, *RFDC*, 50 , 2002, p.391.
[2703] Voir notamment la première décision du Conseil constitutionnel sur une loi de financement de la Sécurité sociale, dans laquelle le Conseil constitutionnel relève que les auteurs de la saisine « contestent la conformité à la Constitution de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 1997 en faisant valoir que plusieurs dispositions de cette loi seraient étrangères à l'objet des lois de financement de la Sécurité sociale… », Décision96-384 DC. Depuis 1996, chaque année, les députés et sénateurs utilisent cet argument pour contester les lois de financement de la Sécurité sociale.
[2704] D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p.309.
[2705] D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », Chronique, *RFDC*, 50 , 2002, p.391.
[2706] *Ibid.*
[2707] Décision 2000-437 DC du *19 décembre 2000 - Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001* - Recueil, p. 190. Voir à cet égard, D.RIBES, « Les cavaliers sociaux : coup d'arrêt d'une dérive », *RFDC*, 45-2001, p.134. Voir également, R.PELLET, « Les lois de financement de la sécurité sociale », *Jursi-classeur Protection sociale,* Fasc. 204, 2001 et X.PRÉTOT, « La conformité à la Constitution de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, *Droit social*, 2001, n°3, p.273.

La politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel en matière de cavaliers sociaux oscille entre volontarisme et souplesse. Le volontarisme se traduit par la traque des dispositions étrangères au domaine des lois de financement de la Sécurité sociale[2708]. En outre il apparaît que la liste des censures fondées sur ce motif s'allonge d'année en année[2709]. La jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière se traduit par la volonté de « préserver le champ spécifique des lois de financement de la sécurité sociale »[2710] en censurant les dispositions étrangères à ce domaine. D'une manière générale, il s'agit pour le Conseil constitutionnel de lutter contre les cavaliers sociaux pour « éviter la dilution »[2711]. Dans le communiqué accompagnant la décision 2004-508 DC[2712], il est précisé que les lois de financement de la Sécurité sociale « ne peuvent se transformer en « loi portant dispositions diverses d'ordre social ». Le phénomène prend une véritable ampleur à partir de la décision 2000-437 DC[2713] puisque le Conseil constitutionnel censure six articles de la loi déférée[2714] et atteint un point culminant avec la décision 2006-544 DC[2715] dans laquelle le Conseil constitutionnel censure 11 articles, et en partie un douzième, qui ne trouvaient pas leur place dans une loi de financement de la Sécurité sociale. Cette lutte contre la dilution se traduit en outre par une délimitation du champ temporel des lois de financement de la sécurité sociale puisque le principe d'annualité conduit le Conseil constitutionnel à censurer les dispositions n'ayant « aucune incidence sur l'équilibre de l'année à laquelle la loi de financement se rapporte »[2716]. C'est ce qui ressort de la décision 99-422 DC[2717] dans laquelle le Conseil censure une disposition de la loi pour 2000 qui n'aurait eu d'effet qu'en 2003.

[2708] Il convient à cet égard de relever que le Conseil constitutionnel soulève d'office ce moyen contentieux. Voir notamment les décisions relatives aux lois de financement de la Sécurité sociale pour 2001, 2002 et 2003.

[2709] Conformité totale de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 1997. Voir la décision96-384 DC. Conformité sous réserves de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 1998. Voir la décision 97-393 DC. Décision 98-404 DC : pas de cavalier censuré. Les censures des cavaliers commencent avec la décision 99-422 DC (2 cavaliers censurés). Décision 2000-437 DC (6 cavaliers censurés). Décision 2001-453 DC (6 cavaliers censurés). Décision 2002-463 DC (5 cavaliers censurés). Décision 2003-486 DC (4 cavaliers censurés). Décision 2004-508 DC (6 cavaliers censurés). Décision 2005-528 DC (10 cavaliers censurés). Décision 2006-544 DC (12 cavaliers).

[2710] D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », Chronique, *RFDC*, 50 , 2002, p.391.

[2711] *Ibid.*

[2712] Décision 2004-508 DC du 16 décembre 2004. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2005*. Recueil, p. 225.

[2713] Décision 2000-437 DC du *19 décembre 2000 - Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 -* Recueil, p. 190

[2714] Notons à cet égard que le communiqué de presse relatif à cette décision indique que « les lois de financement de la sécurité sociale tendent à s'alourdir progressivement de dispositions diverses d'ordre social. Symptomatique à cet égard est la disparition des lois « DDOS » et « DMOS » depuis 1996. ». Ce dernier constat doit être relativisé puisqu'en 2001, deux lois de portant diverses mesures d'ordre social ont été votées par le Parlement. Voir à cet égard la loi DDOSEC et la loi de modernisation sociale.

[2715] Décision 2006-544 DC du 14 décembre 2006. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*. Recueil, p. 129.

[2716] D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », Chronique, *RFDC*, 50 , 2002, p.391.

Le volontarisme du Conseil constitutionnel se double d'une relative souplesse puisque le Conseil constitutionnel admet que certaines dispositions étrangères au domaine des lois de financement de la sécurité sociale puissent néanmoins y figurer compte tenu du lien évident avec la matière[2718]. Certaines dispositions, bien qu'étrangères au domaine des lois de financement de la Sécurité sociales y trouvent néanmoins naturellement leur place. Cette souplesse se retrouve à l'égard du principe d'annualité. En effet, la jurisprudence du Conseil constitutionnel se veut relativement souple dans la mesure où elle admet « la capacité « rectificatrice » de la loi de financement de la sécurité sociale, c'est-à-dire que le juge admet que des dispositions de ladite loi concernent l'exercice en cours. Toutefois, cette possibilité est conditionnée, le Conseil constitutionnel exigeant qu'il soit « encore temps de les mettre en œuvre avant la clôture de l'exercice »[2719]. Les critiques de la doctrine abondent pour juger la jurisprudence constitutionnelle trop laxiste : X.Prétot estime ainsi que « la lecture de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002, forte de soixante-seize articles, truffée de dispositions à l'incidence financière bien modeste, donne la mesure d'une telle dérive, à tous égards peu favorable à l'exercice du contrôle du Parlement. L'élargissement de fait du domaine des lois de financement demeure, du reste, redoutablement imprécis. Pour se prononcer sur la portée des dispositions litigieuses, le Conseil constitutionnel a préféré sacrifier, en effet, aux délices de l'appréciation en fonction de simples considérations d'espèce, de sorte que nul ne saurait déterminer à coup sûr si telle disposition peut ou non figurer dans la loi de financement sans encourir les foudres du Conseil constitutionnel »[2720]. Notons enfin que le Conseil constitutionnel, dans un esprit de parallélisme vis-à-vis des lois de finances, n'examine pas les dispositions d'amendements lorsque leur recevabilité n'a pas été préalablement soulevée[2721].

La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux amendements traduit la volonté du juge constitutionnel d'assurer un minimum d'homogénéité des lois. L'accessibilité de la loi est en effet conditionnée par cette qualité, puisque le titre de la loi doit permettre aux

---

[2717] Décision 99-422 DC du 21 décembre 1999. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*. Recueil, p. 143.

[2718] M.-J. AGLAE, « Les cavaliers sociaux », *RDP*, 2000, n°4, pp.1162-1164.

[2719] Cette condition n'était pas remplie par les articles 59 et 68 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002.

[2720] X. PRÉTOT, « La conformité à la Constitution de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002, *Droit social*, 2002, n°2, p.197.

[2721] D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p.309 : « S'inspirant toujours de sa jurisprudence établie pour les lois de finances, le Conseil refuse de juger si les dispositions d'un amendement sont étrangères ou non à l'objet de la loi de financement de la sécurité sociale lorsque la question de sa recevabilité n'a pas été préalablement soulevée devant le Parlement ». Voir notamment à cet égard les décisions 96-384 DC, 97-393 DC.

citoyens de savoir ce qu'ils pourront y trouver. De ce point de vue, cette lutte en faveur d'une certaine homogénéité des lois fait contrepoids à l'impossibilité pour le Conseil constitutionnel de sanctionner par principe les lois « fourre-tout » (voir *infra*, Titre III, Les limites du Conseil constitutionnel).

Les jurisprudences limitant l'exercice du droit d'amendement et celles relatives aux cavaliers budgétaires et sociaux se recoupent partiellement mais non totalement : en effet, les cavaliers budgétaires et sociaux censurés peuvent être issus des dispositions initiales de la loi (non introduits par la voie des amendements)[2722]. Qu'il s'agisse de la limitation du droit d'amendement, ou des cavaliers budgétaires et sociaux, cette jurisprudence ne semble pas encore totalement achevée, puisque les amendements n'ayant pas fait l'objet de contestation pendant les débats parlementaires bénéficient d'une « véritable immunité constitutionnelle »[2723].

Ce contrôle est par ailleurs présenté comme lié à la nécessité de garantir la procédure d'élaboration de la loi : « les cavaliers budgétaires et sociaux sont utilisés par le Gouvernement pour faire adopter par le Parlement des dispositions d'ordre divers en profitant des facilités offertes par la procédure budgétaire, voire pour dissimuler certaines réformes ainsi noyées dans un document souvent complexe »[2724]. Cette jurisprudence viserait ainsi « à protéger le droit de contrôle du Parlement… »[2725]. La censure des cavaliers sociaux n'est pas étrangère à la qualité du débat : Dans le communiqué de presse accompagnant la décision précitée 2000-437 DC, on peut lire : « Cette inflation législative s'accommode mal des délais de vote, conçus pour des textes d'orientation brefs, non pour des catalogues de mesures disparates. Elle posait avec plus d'acuité cette année la question des « cavaliers sociaux ». Si le recours aux cavaliers est motivé par la nécessité de faire vite, en évitant certaines modalités procédurales, cette nécessité apparaît incompatible avec la recherche d'une qualité de la norme. À travers les exigences imposées dans l'exercice du droit d'amendement, « il s'agit de préserver l'homogénéité des débats en évitant qu'à l'occasion d'une discussion sur un thème déterminé ne surgissent des délibérations portant sur de tous autres sujets… »[2726]. Évoquant la

---

[2722] Voir J.-E. SCHOETTL, note sous les décisions 2003-472 DC et 2003-479 DC. *LPA*, 22 juillet 2003, n°145, p.15 et *LPA*, 22 septembre 2003, n°189, p.14.
[2723] A-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, op. cit., p. 263. Voir à cet égard les décisions 96-384 DC, 97-393 DC.
[2724] *Ibid.,* p.264.
[2725] *Ibid.,* p.264.
[2726] B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 77, Paris, 1993, p.249. L'auteur explique que c'est « la cohérence des débat [qui] impose que le thème de la discussion soit suffisamment délimité et à l'abri de toute extension inconsidérée ou irréfléchie… », *ibid*., p.253.

pratique des cavaliers, Murielle Mauguin Helgeson considère qu'elle « devient dangereuse lorsqu'elle permet de mettre en touche les garanties du débat parlementaire »[2727]. La qualité des lois apparaît ainsi comme étant fonction de la qualité du débat parlementaire.

§2 Le contrôle de la procédure parlementaire : un bon débat pour une bonne loi

D'une manière générale, la procédure législative est destinée à permettre un véritable débat autour du texte, ce qui implique la nécessité de permettre à chacun des participants de discuter chacune des dispositions et de proposer des modifications. Cette procédure est nécessairement caractérisée par la lenteur qui constitue corrélativement une condition essentielle de la qualité des lois[2728]. La rationalisation du parlementarisme opérée en 1958 a offert au Gouvernement un certain nombre de facultés de contourner cette procédure (article 38 de la Constitution) ou de limiter la possibilité pour les parlementaires de discuter et/ou de proposer des modifications (déclaration de l'urgence, vote bloqué, article 49-3)[2729]. En outre, l'avènement du fait majoritaire a considérablement réduit la marge de manœuvre du Parlement face à des textes le plus souvent préparés en amont au sein des cabinets ministériels ou dans les administrations. Dans ce contexte, le rôle du Conseil constitutionnel a été de faire respecter les règles procédurales destinées à garantir la fonction première du Parlement. C'est en ce sens que le juge constitutionnel français s'est attaché à protéger le droit d'amendement

---

[2727] M.MAUGUIN HELGESON, *L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Rouyaume-Uni)*, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, p.85, note 100.

[2728] Les auteurs pensent de manière générale que le Parlement est plus apte que le gouvernement. « Si imparfaite qu'ait pu être parfois l'élaboration des lois, combien est, en tout cas, plus grossière celle des ordonnances et des décrets ! Des textes sont trop rapidement adoptés, sans que rien n'explique le sens précis d'une disposition, et sans une élaboration assez soigneuse. ». Le même auteur évoque à travers la procédure législative, les éléments qui conduiraient à une meilleure qualité des lois. « Mais il faut au contraire affirmer avec force que le Parlement est apte, plus que le gouvernement, à exercer la fonction législative. La procédure parlementaire freine l'élaboration des lois. Elle est nécessairement lente et complexe. Le rapport défavorable d'une commission empêche un texte de venir en discussion ; les navettes entre les chambres permettent des éliminations souhaitables. Tout projet doit être repris à la fin d'une législature…Les discussions devant les assemblées permettent d'affiner la règle légale. ». Paul DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution de la Vème République », *SJ/G*, 1470. Évoquant longuement le lien entre la qualité du débat et qualité de la loi, le Conseil d'État fait diverses propositions à ce sujet dans son récent rapport. Josseline de Clausade proposait à cet égard « …l'instauration de délais pour le dépôt des amendements. Tout amendement portant disposition nouvelle, sous la réserve des sous-amendements, qu'il émane du Gouvernement ou du Parlement, devrait être déposé dans un délai permettant à la commission compétente un examen effectif, soit au minimum 48 heures avant la séance plénière ; ». *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 12, 22 Mars 2006, I 121 « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? ». Entretien par Josseline de Clausade,conseiller d'État, rapporteur général de la section du rapport et des études du Conseil d'État.

[2729] J.Robert dresse à cet égard un constat accablant : « l'appel abusif à la procédure du vote bloqué, le recours, trop fréquent à l'article 49-3, l'habitude prise d'utiliser le mécanisme de la loi d'habilitation pour confier au gouvernement le soin de prendre, par ordonnance, les décisions qui, dans les faits, feront bouger le droit, toutes ces « perversions parlementaires » ont pratiquement évacué le vrai dialogue et la vraie discussion. Il n'y a plus de véritable débat démocratique… ». J.ROBERT, « Conseil d'État et Conseil constitutionnel », *RDP*, 1987, p.1176.

(A), qu'il a fait évoluer sa jurisprudence pour limiter les amendements tardifs « post-CMP » (B), renforçant du même coup la règle dite de « l'entonnoir » (C). Sa jurisprudence s'attache ainsi à faire prévaloir un principe clairement consacré par le juge : la clarté et la sincérité des débats parlementaires[2730] qui fait échos au principe constitutionnel de clarté de la loi.

A/ La protection du droit d'amendement

Si les restrictions apportées à l'exercice du droit d'amendement ont un impact positif sur la qualité formelle des lois, on peut également considérer que la protection de ce droit caractérise la volonté du Conseil constitutionnel d'assurer la qualité du débat parlementaire et *in fine* la qualité de la loi. Le Conseil constitutionnel protège le droit d'amendement des parlementaires en vérifiant qu'il y ait eu un « exercice réel du droit d'amendement »[2731], que les amendements n'aient pas été « indûment déclarés irrecevables, qu'ils ont pu être soutenus et que leur rejet a résulté de votes de l'Assemblée devant laquelle ils ont été déposés »[2732]. Ces règles sont ainsi destinées à garantir les principes d'une véritable discussion législative en préservant « le rôle propre du Parlement, comme lieu de débat et non simple chambre d'enregistrement »[2733]. Pour Pierre Avril, « la loi résulte d'un processus de concertation dont l'amendement est l'instrument privilégié en même temps qu'il constitue la forme principale de l'initiative parlementaire »[2734]. L'avènement du fait majoritaire sous la Vème République a conduit le Gouvernement à préparer ses projets de loi en amont en ne laissant que peu de marge de modification aux parlementaires. La frustration de ces derniers expliquerait dans une certaine mesure la frénésie qui caractérise le dépôt d'amendements. A.-L. Valembois constate en effet que « pour contrer cette mainmise gouvernementale, les parlementaires procèdent volontiers par voie d'amendement. Il en résulte des textes législatifs qui ne sont pas

[2730] Voir à cet égard les décisions 2005-526 DC du 13 octobre 2005. *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale.* Recueil, p. 144 et 2006-537 DC du 22 juin 2006. *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale.* Recueil, p. 67.
[2731] Voir la décision 75-57 DC du 23 juillet 1975. *Loi supprimant la patente et instituant une taxe professionnelle.* Recueil, p. 24. A cet égard, le Conseil constitutionnel entreprend de vérifier « l'ampleur des discussions devant les assemblées », le « nombre » et « l'importance des modifications apportées au cours des débats au texte déposé ». Voir la même décision.
[2732] Voir la décision 81-132 DC du 16 janvier 1982. *Loi de nationalisation.* Recueil, p. 18.
[2733] D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Coll. Domat droit public, 6ème éd., p.295.
[2734] P.AVRIL, « Qui fait la loi », *Pouvoirs*, n°114, 2005, p.97.

le fruit d'une réflexion d'ensemble mais le résultat d'adjonctions successives de dispositions souvent disparates »[2735].

Le Conseil constitutionnel témoigne d'une volonté de protéger le droit d'amendement en permettant son exercice effectif. Il s'agit alors pour le juge constitutionnel de préserver « la prérogative sacro-sainte et ultime des parlementaires »[2736]. Ce contrôle peut passer par le contrôle du règlement des assemblées. Dans sa décision 73-49 DC[2737], le Conseil constitutionnel va censurer une disposition d'une résolution visant à modifier le règlement du Sénat. Cette disposition avait comme but de soumettre les sous-amendements à un examen de recevabilité. N'étaient pas recevables les sous-amendements qui avaient pour effet de dénaturer l'esprit ou de contredire le sens des amendements auxquels ils s'appliquaient. Le Conseil constitutionnel va alors juger cette disposition contraire à l'article 44 alinéa 1er de la Constitution. Cette décision est intéressante dans la mesure où, sans remettre en cause les motifs de cette résolution, le juge constitutionnel va considérer que les termes de cette limitation sont caractérisés par leur coloration subjective et leur imprécision, ce qui pourrait aboutir à une suppression arbitraire du droit de déposer un sous amendement[2738].

[2735] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.127.

[2736] M. MAUGUIN-HELGESON, *L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Rouyaume-Uni)*, op. cit., p.82. « le droit d'amendement est souvent présenté comme la prérogative sacro-sainte et ultime des parlementaires »… « sa délimitation est immédiatement assimilée à une atteinte aux droits de ces derniers ». Notons à cet égard que ce droit disparaît en matière de loi portant autorisation de ratification des traités. Voir notamment la décision du Conseil constitutionnel 2003-470 DC, Résolution du 26 mars 2003 modifiant le Règlement de l'Assemblée nationale.

[2737] Décision 73-49 DC du 17 mai 1973. *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du sénat.* Recueil, p. 15.

[2738] Considérant que le paragraphe II de l'article 3 de la résolution susvisée tend à compléter l'alinéa 3 de l'article 48 du règlement du Sénat par une disposition ainsi conçue : "En outre, les sous-amendements ne sont recevables que s'ils n'ont pas pour effet de dénaturer l'esprit ou de contredire le sens des amendements auxquels ils s'appliquent" ;Considérant que le droit de sous-amendement est indissociable du droit d'amendement, reconnu aux membres du Parlement et au Gouvernement par l'article 44, alinéa premier, de la Constitution ;Considérant qu'une réglementation de la recevabilité des sous-amendements ne peut être jugée conforme à la Constitution que dans la mesure où elle ne risque pas d'aboutir à la suppression arbitraire du droit de présenter un sous-amendement ;Considérant que l'irrecevabilité d'un sous-amendement ayant "pour effet de dénaturer l'esprit" de l'amendement auquel il s'applique risque d'aboutir à une telle suppression ; qu'en effet le dépôt d'un sous-amendement par un membre du Parlement ou par le Gouvernement implique un désaccord avec le texte qui fait l'objet de ce sous-amendement ; qu'on ne voit pas sur quel critère objectif pourrait s'appuyer le Sénat : juge de la recevabilité des sous-amendements par application d'une disposition de l'article 48, alinéa 4, de son règlement non modifié par la résolution susvisée : pour apprécier si ce désaccord peut être qualifié de dénaturation de l'esprit ; qu'en somme, la notion de dénaturation de l'esprit d'un amendement par un sous-amendement présente un caractère éminemment subjectif et tellement imprécis qu'elle ne pourrait servir de fondement à l'appréciation par une assemblée parlementaire de la recevabilité d'un sous-amendement sans que fût compromis par là même l'exercice du droit d'amendement reconnu par la Constitution aux membres du Parlement et au Gouvernement ;Considérant qu'il n'en va pas de même de l'irrecevabilité d'un sous-amendement ayant pour "effet de contredire le sens" de l'amendement auquel il s'applique ; qu'en effet le dépôt d'un tel sous-amendement équivaut en réalité à une prise de position défavorable à cet amendement, tendant simplement à éviter que cet amendement soit adopté, voire à provoquer son retrait, et qu'il ne saurait en conséquence être analysé comme une modalité

Le juge constitutionnel veille, de manière générale, à ce que l'élaboration des lois soumises à son contrôle ait donné lieu à un « exercice réel du droit d'amendement »[2739]. Dans sa décision 2006-540 DC[2740], le Conseil constitutionnel se montre rigoureux dans la protection de l'exercice « effectif » du droit d'amendement. En cours de procédure, le Gouvernement avait retiré l'article 1er de la loi, sur lequel avaient été adoptées plusieurs amendements, pour lui substituer un article additionnel ne tenant pas compte des amendements précédemment votés. Le Conseil constitutionnel va juger à cet égard que « le retrait par le Gouvernement d'un article sur lequel des amendements ont été adoptés, dans le but de lui substituer une solution alternative par le vote d'un article additionnel, serait de nature à porter atteinte à l'exercice effectif du droit d'amendement garanti à tout parlementaire par le premier alinéa de l'article 44 de la Constitution… ».

Selon la même logique, le Conseil constitutionnel a restreint la possibilité de déposer des amendements tardifs.

B/ La recevabilité restreinte des amendements tardifs « post-CMP »

Les amendements tardifs sont considérés comme responsable de la dégradation de la qualité des lois. Dans son rapport public pour 1991, le Conseil d'État dénonçait cette pratique et évoquait son ampleur quantitative[2741]. Déposés tardivement par le Gouvernement, ces amendements ne transitent pas pour avis au Conseil d'État[2742] et ne permettent pas une réelle discussion au Parlement. Le même constat sera dressé dans le rapport public annuel du Conseil d'État pour 2006[2743].

D'une manière générale, on peut constater que le Conseil constitutionnel accroît le niveau de ses exigences lorsque les amendements sont soumis aux assemblées parlementaires en cours de débat voire en fin de procédure législative. Après avoir longtemps considéré, que l'article 45 de la Constitution n'impliquait « après l'intervention de la Commission mixte

véritable de l'exercice du droit d'amendement reconnu par l'article 44, alinéa premier, de la Constitution aux membres du Parlement et au Gouvernement, droit qui consiste à pouvoir proposer la modification et non, par un détournement de procédure, l'annulation d'un texte soumis à la discussion d'une assemblée ;

[2739] Dans sa décision 75-57 DC, le Conseil constitutionnel estime que « l'ampleur des discussions devant les assemblées ainsi que le nombre et l'importance des modifications apportées au cours des débats au texte déposé font apparaître qu'il y a eu, dans l'élaboration de la loi, exercice réel du droit d'amendement ». Décision du 23 juillet 1975. *Loi supprimant la patente et instituant une taxe professionnelle.* Recueil, p. 24.

[2740] Décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006. *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. Recueil, p. 88.

[2741] Rapport public annuel pour 1991, *EDCE*, n°43, op. cit., p.41.

[2742] Selon le Conseil d'État, les citoyens sont ainsi privés d'une « garantie fondamentales », *Ibid.,* p.46.

[2743] Dans son rapport pour 2006, le Conseil d'État reprend cette même critique. *EDCE* n°57, op. cit., pp.318-321.

paritaire, aucune restriction au droit d'amendement du Gouvernement… »[2744], le Conseil constitutionnel opère un revirement de jurisprudence en 1998[2745]. Dans sa décision 98-402 DC[2746] du 25 juin, le Conseil constitutionnel considère « qu'il ressort de l'économie de l'article 45 que des adjonctions ne sauraient, en principe, être apportées au texte soumis à la délibération des assemblée après la réunion de la Commission mixte paritaire »[2747]. Ce revirement sera confirmé en juin 2000 par une décision 2000-430 DC[2748].

Avec ces décisions 98-402 DC et 2000-430 DC, le Conseil constitutionnel revient sur la jurisprudence « amendement Séguin » qui consacrait « les limites inhérentes au droit d'amendement » (voir *supra*). Désormais, c'est la règle de l'entonnoir qui s'impose au législateur et qui conduit à resserrer la contrainte pesant sur les amendements déposés tardivement. Pour Murielle Mauguin Helgeson, « il semble en fait qu'il ait inventé la notion de « limite inhérente au droit d'amendement » pour contrebalancer sa jurisprudence permissive en matière d'amendements « post-CMP » d'origine gouvernementale. L'abandon de celle-ci va donc de pair avec un retour, pour les amendements ante-CMP, à la jurisprudence du rattachement ou « lien» avec le texte en discussion »[2749]. La jurisprudence antérieure présentait l'inconvénient de ne pas être plus rigoureuse vis-à-vis des amendements déposés après réunion de la CMP. Ce revirement est donc présenté par les services du Conseil constitutionnel comme un progrès. Même avant la réunion d'une Commission mixte paritaire, le Conseil constitutionnel rappelle dans sa décision 2004-501 DC[2750] qu'il est nécessaire qu'un lien existe entre l'amendement et le texte en discussion. Mais la jurisprudence du Conseil

---

[2744] Le Conseil constitutionnel ajoute « sauf en dernière lecture devant l'Assemblée nationale. » Voir les décisions 80-117 DC, 81-136 DC, 85-191 DC du 10 juillet 1985, 85-198 DC du 13 décembre 1985, 85-199 DC, 86-221 DC du 29 décembre 1986, 89-257 DC du 25 juillet 1989, 90-274 DC du 29 mai 1990, 91-290 DC du 9 mai 1991.

[2745] Ce revirement était très attendu par la doctrine qui avait souligné en la matière les « errements du Conseil constitutionnel ». Voir G. CARCASSONNE, « À propos du droit d'amendement : les errements du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 1987, n°41, pp.163-170.

[2746] Voir la décision 98-402 DC du 25 juin 1998. *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.* Recueil, p. 269. Voir à cet égard, J.-P.CAMBY, « L'article 45 et le droit d'amendement après réunion de la CMP : une « audace salutaire » de la part du Conseil constitutionnel », *RDP*, n°1, 1999, pp.19-26.

[2747] Le Conseil constitutionnel poursuit en considérant que « s'il en était ainsi, des mesures nouvelles, résultant de telles adjonctions, pourraient être adoptées sans avoir fait l'objet d'un examen lors des lectures antérieures à la réunion de la commission mixte paritaire et, en cas de désaccord entre les assemblées, sans être soumises à la procédure de conciliation confiée par l'article 45 de la Constitution à cette commission ».

[2748] Décision 2000-430 DC du 29 juin 2000. *Loi organique tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats de membre des assemblées de province et du congrès de la Nouvelle-Calédonie, de l'assemblée de la Polynésie française et de l'assemblée territoriale des îles Wallis-et-Futuna.* Recueil, p. 95.

[2749] M.MAUGUIN HELGESON, *L'élaboration parlementaire de la loi*, op. cit., p.88. Pour une analyse convergente, voir P.AVRIL et J.GICQUEL, « Droit d'amendement : « la fin des limites inhérentes » », *LPA*, 13 juillet 2001, n°139, pp.5-7. Les auteurs observent que l'abandon en 1998 de la notion de limites inhérentes a été contrebalancé par la logique de l'entonnoir. Ils relèvent à cet égard les avancées de la décision 2001-445 DC, précitée.

[2750] Décision 2004-501 DC du 5 août 2004. *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*. Recueil, p. 134.

constitutionnel est plus stricte lorsqu'il s'agit d'amendements déposés après saisine d'une commission mixte paritaire. Le Conseil constitutionnel évoque deux exceptions à cette interdiction de principe : « Les seuls amendements susceptibles d'être adoptés à ce stade de la procédure doivent soit être en relation directe avec une disposition du texte en discussion, soit être dictés par la nécessité d'assurer une coordination avec d'autres textes en cours d'examen au Parlement ». Dans sa décision précitée 2000-430 DC, le Conseil constitutionnel modifie légèrement la formule en considérant que sont acceptés, les amendements « en relation directe avec une disposition du texte restant en discussion » et ceux « dictés par la nécessité de respecter la Constitution, d'assurer une coordination avec d'autres textes en cours d'examen au Parlement ou de corriger une erreur matérielle »[2751].

D. Rousseau estime que ce revirement a le mérite de protéger « les prérogatives des parlementaires puisqu'il conduit, de fait, à interdire au gouvernement le pouvoir de proposer des modifications qui n'auraient pas été, antérieurement à la réunion de la Commission mixte paritaire, discutées par les assemblées »[2752]. Les services du Conseil constitutionnel explicite ce lien entre le contrôle des amendements et le souci de qualité de la loi en expliquant que le Conseil constitutionnel souhaitait limiter la possibilité de déposer des amendements tardifs afin qu'ils ne viennent pas « encombrer les textes législatifs de dispositions défectueuses »[2753]. Leur caractère tardif ne permet pas en effet leur examen sérieux ni *in fine* de les corriger.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel a renforcé par la suite la « règle de l'entonnoir ».

C/ Le renforcement de la règle de l'entonnoir

Cette règle de l'entonnoir, autrement appelée « principe de la non remise en cause des accords acquis »[2754], participe de la sincérité des débats parlementaires. B. Baufumé a mis en exergue le rôle de cette règle procédurale : « Le principe de la non remise en cause des accords acquis a (…) pour finalité de permettre un déroulement harmonieux de la navette législative en autorisant chaque assemblée, à chaque lecture, à n'examiner que les seuls

[2751] Voir décision précitée 2000-430 DC du 29 juin 2000.
[2752] D.ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p.298.
[2753] Site du Conseil constitutionnel, Note d'information sur la décision 98-402 DC.
[2754] La recevabilité matérielle des amendements « dépend largement d'une condition plus générale tenant, elle, à la nature de la procédure législative et à sa logique de resserrement (…) Cette logique se traduit (…) par un principe – voire une obligation – de non-remise en cause par le droit d'amendement des décisions acquises, lors des débats ou des lectures précédents. ». M.MAUGUIN HELGESON, *L'élaboration parlementaire de la loi*, op. cit. p.89. L'auteur constate qu'un système analogue prévaut en Allemagne et au Royaume-Uni.

articles n'ayant pas encore été adoptés dans une rédaction identique. Ainsi, le nombre des désaccords est-il appelé à diminuer au fur et à mesure que progresse la navette… »[2755]

La Constitution de 1958 ne consacrait nullement cette règle et le Conseil constitutionnel a longtemps refusé d'en faire application[2756]. Seule la dernière lecture devant l'Assemblée nationale soumet à restriction le droit d'amendement. Explicitement prévue par l'article 45 de la Constitution, cette restriction donnait lieu à un contrôle du juge constitutionnel[2757]. L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est de ce point de vue tout à fait remarquable. Dans sa décision 2005-532 DC[2758], le Conseil constitutionnel fait « remonter la règle de l'entonnoir à la fin de la première lecture par chacune des deux assemblées »[2759]. L'effet de cette jurisprudence est de permettre le dépôt d'amendements au moment de la première lecture et de réserver les autres lectures à la nécessité de surmonter les éventuels désaccords.

Le Conseil constitutionnel a manifesté une sévérité accrue en renforçant la règle de l'entonnoir en matière de lois de financement de la sécurité sociale et de lois de finance. Le Conseil constitutionnel a poursuivi cette politique avec la décision 2006-544 DC[2760] relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007. Il semble à cet égard que les lois de financement de la sécurité sociale et les lois de finance donnent lieu à un contrôle plus sévère du Conseil constitutionnel s'agissant des amendements tardifs déposés par le Gouvernement. Jean-Éric Schoettl juge de ce point de vue que « sa vigilance doit être plus grande encore lorsque des dispositions nouvelles sont introduites dans un texte devant la seconde assemblée saisie, que l'examen de ce texte relève de la procédure d'urgence et que sa discussion est enfermée dans de brefs délais par la Constitution, ce qui est le cas des lois de financement de

---

[2755] B.BAUFUMÉ, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République,* op. cit., p.270-271. L'auteur explique que ce principe qui constituait un usage sous la IIIème République a été intégré dans les règlements des assemblées en 1955. *Ibid.* p.271.

[2756] Cette position jurisprudentielle est résumée par B.BAUFUMÉ : « puisqu'aucune disposition de la Constitution ne prévoit que l'exercice du droit d'amendement varie en fonction de l'évolution de la navette législative, ce droit doit s'exercer dans les mêmes conditions à chaque étape de la navette ». *Ibid.,* p.276.

[2757] Voir notamment la décision 85-191 DC.

[2758] Décision 2005-532 DC du 19 janvier 2006. *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*. Recueil, p. 31.

[2759] *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 12, 22 Mars 2006, I 121 « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? »Entretien par Josseline de Clausade,conseiller d'État, rapporteur général de la section du rapport et des études du Conseil d'État. « Désormais, le Gouvernement aura moins recours à la procédure d'urgence pour éviter la multiplication des amendements au cours des lectures successives... Le Parlement ne devrait plus être victime d'un encombrement de textes qui finalement provoque son dessaisissement temporaire. ».

[2760] Décision 2006-544 du 14 décembre 2006. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*. Recueil, p. 129.

la sécurité sociale et des lois de finance »[2761]. En dehors de cette sévérité accrue, les mêmes logiques qualitatives sont à l'œuvre puisque le Conseil constitutionnel va censurer les dispositions résultant d'amendements d'origine gouvernementale introduisant des dispositions nouvelles devant la seconde assemblée saisie (le Sénat)[2762]. Cette prohibition vise ainsi à protéger les prérogatives des députés puisque « lorsque le Gouvernement présente pour la première fois devant le Sénat une mesure qui n'a pas même été débattue par les députés, il prive ceux-ci de leur plein droit d'amendement sur les dispositions ainsi introduites, puisque le texte ne reviendra devant eux qu'après la tenue de la Commission mixte paritaire et que leur droit d'amendement sera alors « verrouillé » par l'article 45 de la Constitution au profit de l'exécutif »[2763]. Désormais, le Conseil constitutionnel fait référence à « l'introduction de dispositions nouvelles » et non plus à la présentation de « dispositions entièrement nouvelles ». En outre, l'interdiction ne se limite plus seulement aux mesures financières mais à toutes dispositions. Le champ d'application de cette jurisprudence s'étend ainsi de manière considérable, ce qui a permis en l'espèce la censure de 7 articles de la loi de financement de la sécurité sociale.

D'une manière générale, le Conseil constitutionnel exerce sa vigilance face aux amendements « car ceux-ci – note Jean-Éric Schoettl – quelle qu'en soit l'origine – gouvernementale ou parlementaire – ne sont pas passés par les filtres du projet de loi (concertation, discussion interministérielle, Conseil d'État) »[2764]. En bonne logique, cette vigilance sera accrue face aux amendements déposés tardivement dans la mesure où ils mettent en cause la qualité du débat parlementaire. Sa jurisprudence relative aux questions procédurales s'inscrit donc dans « sa politique jurisprudentielle en faveur de la qualité de la loi et de la revalorisation du travail parlementaire »[2765]. Pour Guy Carcassonne, c'est par le biais procédural que le Conseil constitutionnel est le mieux à même de défendre la qualité des lois : « c'est tantôt la discussion qui se dilate, tantôt le texte qui enfle, au détriment du sérieux dans les deux cas »[2766]. Le même auteur estime à cet égard que la jurisprudence du Conseil constitutionnel, même si elle « a remis un peu d'ordre », devrait aller plus loin en interdisant

---

[2761] J.-E. SCHOETTL, « La sanction constitutionnelle de l'abus du droit d'amendement dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 », *RFDA*, n°1, Janvier-février 2007, p.135.

[2762] Le principe n'est pas nouveau, puisque le Conseil constitutionnel jugeait contraire à la combinaison des articles 39 et 47-1 de la Constitution, le fait de « présenter des mesures financières entièrement nouvelles » devant le Sénat. Voir notamment la décision2002-464 DC du 27 décembre 2002. Dans le même sens, voir les décisions 76-73 DC, 86-221 DC , 89-268 D et 93-320 DC.

[2763] J.-E. SCHOETTL, « La sanction constitutionnelle de l'abus du droit d'amendement dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 », *RFDA*, n°1, janvier-février 2007, p.136.

[2764] *Ibdi.*, p.135.

[2765] *Ibid.,* p.135.

[2766] G.CARCASSONNE, « Penser la loi », art. cit., p.50.

tout dépôt d'article additionnel d'initiative gouvernementale ou parlementaire au-delà de la première lecture, en dehors des exceptions résultant des exigences constitutionnelles[2767].

Conclusion de la section 4 : L'exigence de sincérité des débats

Il est intéressant d'envisager ces principes jurisprudentiels à travers leur impact sur la qualité de la loi. À cet égard, les « exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire »[2768] font directement écho aux exigences de clarté et d'intelligibilité de la loi[2769]. Pour D. Chamussy, « le Conseil a mis l'accent sur l'importance que doit revêtir la qualité de la loi, et donc corrélativement sur l'importance de la qualité du débat qui doit présider à son adoption, celui-ci devant être, autant qu'il est possible, toujours clair et sincère »[2770]. À travers l'ensemble des exigences procédurales imposées par le Conseil constitutionnel au législateur, on peut constater que c'est la fonction première du Parlement qui est préservée. Le débat est au cœur de la notion même de loi. Processus d'échange d'arguments, la délibération parlementaire est ainsi destinée à guider le législateur sur le chemin de la raison. Le rôle du juge constitutionnel touche alors à quelque chose d'essentiel dans le fonctionnement d'une démocratie puisqu'il lui reviendra de contrôler la « sincérité des débats »[2771]. Dans sa décision précitée 2005-512 DC, il n'a pas censuré la loi sur ce motif mais a rappelé l'exigence de « sincérité des débats »[2772]. C'est au titre de cette exigence qu'il contrôle les résolutions modifiant les règlements des assemblées[2773]. Ce type de décision sort

---

[2767] *Ibid.*, p.50.

[2768] Il rappellera cette exigence de manière systématique. Voir notamment les décisions 2007-545 DC, 2007-546 DC, 2007-552 DC, 2007-553 DC, 2006-537 DC, 2005-532 DC, 2005-533 DC, 2005-526 DC.

[2769] Le Conseil considère dans sa décision 2005-526 DC qu'il convient de garantir la clarté et la sincérité des débats « sans lesquelles ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : « la loi est l'expression de la volonté générale », ni celle résultant du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, en vertu duquel : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants ».

[2770] D. CHAMUSSY, « Procédure parlementaire et qualité de la législation… », art. cit., p.352. Certains auteurs ont pu à cet égard établir une corrélation entre l'inflation législative et les règles de la procédure parlementaire et notamment celles relatives au dépôt d'amendement Voir à cet égard E. GRASS, « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *RDP*, n°1, 2003, pp.139-162 et spec. p.157.

[2771] S'agissant de l'exigence de clarté le Conseil constitutionnel l'impose aux consultations effectuées dans le cadre de l'article 53 de la Constitution. Voir les décisions précitées 87-226 DC (cons.7), 2000-435 DC (cons. 44).

[2772] En l'espèce, l'article 9 de la loi qui définit « le socle commun des connaissances » avait été rejeté dans un premier temps par le Sénat puis réintroduit par un article additionnel devant la même assemblée en violation de son règlement.

[2773] Dans sa décision précitée 2006-537 DC, le Conseil constitutionnel se prononce sur « les dispositions de la résolution tendant à améliorer la qualité du travail législatif. Le lien entre les questions procédurales et la qualité des lois apparaît explicitement dans cette décision. Le Conseil constitutionnel se prononce dans un premier temps sur la redéfinition de la liste des éléments d'information et des documents annexés au rapport sur les projets et propositions de loi. Il va à cet égard considérer que cette disposition « a pour objet de renforcer

du champ du contrôle de constitutionnalité des lois, mais l'idéal législatif semble imprégner les considérations du Conseil constitutionnel en matière de procédure législative.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel ne dispose qu'une emprise limitée sur ces questions procédurales. Ainsi le Conseil n'a de maîtrise ni sur l'agenda parlementaire ni sur le système des sessions[2774], ni encore sur le temps de la procédure[2775]. Les propositions visant à améliorer la procédure parlementaire à dessein d'améliorer la qualité de la législation ne seraient concrétisables qu'à partir de l'adoption d'une loi organique[2776].

---

l'information des députés sur les incidences des textes qui leur sont soumis ». Dans un second temps, le Conseil constitutionnel se prononce sur la limitation de la durée des interventions orales durant la discussion publique. La résolution visait à réduire de 1h30 à 30 minutes les interventions au soutien d'une exception d'irrecevabilité, d'une question préalable. Pour le Conseil constitutionnel, une telle disposition qui ne porte « que sur la durée des interventions (…) ne porte pas atteinte au droit des députés ». Enfin le Conseil constitutionnel se prononce sur l'instauration de délais visant à encadrer le dépôt des amendements servant de base à la discussion. La résolution prévoyait en effet que ces amendements ne pourraient être déposés, au plus tard, la veille de la discussion à 17 heure. Pour le juge constitutionnel, « l'instauration de tels délais est de nature à assurer la clarté et la sincérité du débat parlementaire, sans lesquels ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (…), ni celle résultant du 1er alinéa de l'article 3 de la Constitution (…).

[2774] Le rapport annuel 2006 du Conseil d'État évoque à cet égard « la déception de la session unique ». Le Législateur en dépit de la réforme de 1995 demeure submergé ainsi qu'en témoigne le recours recurrent aux sessions extraordinaires. Voir *EDCE*, n°57, précité, p.268.

[2775] Le recours à la procédure d'urgence reste à la discrétion du Gouvernement qui en use de plus en plus souvent. Rappelons que l'urgence permet la saisine de la CMP après une lecture dans chaque assemblée, limitant considérablement le temps du débat parlementaire. Ainsi le Conseil d'État dans son rapport 2006 rappelle qu' « en 2004, l'urgence a été invoquée par le Gouvernement pour plus du tiers des projets de loi… ». *Ibid.* p.267.

[2776] C'est dans la perspective de l'adoption d'une telle loi que le rapport annuel du Conseil d'État avance des propositions liées aux délais de dépôt des amendements. L'idée est ainsi de ménager le temps de la réflexion. Voir le Rapport annuel 2006 précité, *EDCE*, n°57, p.322.

Conclusion du Chapitre 2

En dehors de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, d'autres moyens contentieux convergent pour assurer une meilleure lisibilité des lois. À la suite de la consécration de cet objectif en 1999, le Conseil constitutionnel a manifesté un regain d'intérêt face à différentes dérives de la pratique législative portant atteinte à la clarté des lois ou à leur intelligibilité. Ainsi, le juge constitutionnel français a-t-il manifesté son souci de lutter contre l'invasion des dispositions de nature réglementaire au sein des textes de loi. De même a-t-il affiché sa volonté de lutter contre les dispositions dénuées de toute portée normative. Dans le même sens, la promotion de la codification et de la simplification s'inscrit dans une perspective de concrétisation de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Enfin, la rigueur accrue ces dernières années du contrôle des règles procédurales est apparue directement liée à cette même exigence de lisibilité.

Conclusion du Titre II

La lisibilité des lois apparaît à la lumière des décisions du Conseil constitutionnel comme étant effectivement une exigence sous-tendue par sa jurisprudence. Cette exigence porte sur la forme des lois, mais se distingue nettement de l'exigence de sécurité juridique dans la mesure où elle ne vise pas seulement à assurer la protection juridique des sujets de droit, mais au-delà, à favoriser l'accès et la compréhension par les citoyens des règles élaborées par le législateur dans un régime démocratique. À cet égard, il apparaît que la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi a constitué une étape déterminante dans l'émergence de cette exigence. Cet objectif permet en effet au juge constitutionnel d'ouvrir largement le champ des exigences portant sur la forme des lois. Sa consécration a précédé une série d'évolutions jurisprudentielles que nous avons cherché à mettre en lien autour de cette commune exigence de lisibilité. Ainsi, le Conseil constitutionnel est-il revenu sur sa jurisprudence « blocage des prix » de 1982 pour manifester son souci de lutter contre l'invasion des dispositions réglementaires au sein des lois. Ainsi, a-t-il manifesté son souci de lutter contre les « neutrons » législatif. Ainsi a-t-il continué à encourager le législateur à poursuivre dans la voie de la codification par voie d'ordonnance. Ainsi a-t-il renforcé ses exigences relatives au respect de la procédure législative. Si l'on peut douter de l'efficacité de certains de ces moyens contentieux en matière de lisibilité de la loi, les questions procédurales apparaissent de loin comme étant le moyen le plus efficace pour avancer vers cette exigence.

D'une manière générale, il résulte de l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que ce n'est pas au juge constitutionnel d'assurer la réalisation de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité des lois, mais au législateur. C'est peut-être la limite la plus fondamentale qui s'impose au Conseil constitutionnel au regard de cette exigence de lisibilité de la loi.

TITRE III

Les limites du Conseil constitutionnel face à l'exigence de lisibilité de la loi

Les limites du Conseil sont nombreuses pour imposer l'exigence de lisibilité. En dépit d'une sensible évolution de sa jurisprudence, force est de constater que son pouvoir est aussi limité qu'est étendue la compétence du législateur dans ce domaine. Les errements de la législation contemporaine sont essentiellement de la responsabilité du législateur. Mais il convient de prendre la mesure du défi auquel fait face ce dernier[2777].

L'exigence de lisibilité apparaît dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sous une forme relative. Dans une large mesure, les orientations données par le juge constitutionnel font figure de simples vœux… Les décisions du Conseil constitutionnel tiennent à cet égard davantage du discours doctrinal que de la décision juridique. P.Wachsmann explique à propos du rapport public du Conseil d'État de 1991 : « le sermon avait plu, mais n'avait guère modifié les comportements »[2778]. On peut dire de même de la décision précitée 99-421 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel a consacré l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité des lois.

Il s'agira, dans le cadre de ce titre, d'établir une typologie des limites du Conseil constitutionnel pour imposer cette exigence de lisibilité de la loi. Ces limites tiennent d'une part à l'ampleur de la mission à accomplir. Ce type de limites renvoie alors essentiellement au rôle des autres institutions pour assurer la réalisation de l'exigence en question. Parallèlement, les limites du Conseil constitutionnel peuvent résulter des choix opérés dans le cadre de sa jurisprudence et qui peuvent avoir des effets négatifs sur la qualité des lois soumises à son contrôle. Il s'agira alors d'évaluer la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel en matière de qualité de la loi.

Nous pourrons constater dans un premier temps que les limites du Conseil constitutionnel sont proportionnelles à la difficulté du défi à relever (Chapitre 1), avant de

---

[2777] Valérie Lasserre-Kiesow explique que les juristes n'ont pas de doute sur ce que sont les qualités formelles idéales de la loi ou d'un Code : « ce que le Code devait être : bref, clair, précis, général, populaire, pratique, concret ; ce qu'il ne devait pas être : ésotérique, scientifique, didactique, théorique, casuistique, abstrait. ». Mais parallèlement, l'auteur constate que la difficulté principale consiste à savoir comment procurer ces qualités à la loi. V.LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in *La confection de la loi*, op. cit., p.210.

[2778] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit. p.816.

procéder à une évaluation des choix contentieux pour constater les limites de la stratégie contentieuse du juge constitutionnel en matière de qualité de la loi (Chapitre 2)

Chapitre 1

Les limites du Conseil constitutionnel sont proportionnelles à la difficulté du défi relevé

L'exigence de lisibilité de la loi couvre un éventail de questions qui donne la mesure des limites du Conseil constitutionnel pour atteindre l'idéal. Pour cerner l'ampleur de ces limites, il suffit de mettre en parallèle les moyens à sa disposition et la panoplie des moyens qui seraient nécessaires pour réaliser une telle exigence. Comme nous avons pu le constater précédemment, les pouvoirs du juge s'arrêtent là où commencent ceux du législateur. L'attitude de *self retraint* du Conseil constitutionnel est alors directement liée au déséquilibre de légitimité entre ce dernier et le législateur. La structure de la loi, le choix des mots, le style du législateur, la présentation formelle des lois et ses modes de diffusion… Toutes ces questions, pour essentielles qu'elles soient au regard de l'exigence de lisibilité, relèvent de la seule compétence du législateur et échappent à l'emprise du juge constitutionnel. Nous pourrons ainsi évoquer certains des paramètres liés à la lisibilité de la loi et qui n'entrent pas dans le champ d'influence du juge constitutionnel, de la structure de la loi (section 1) à la question de sa présentation formelle (section 3) en passant par celles du style et du langage législatif (section 2). Enfin, le législateur apparaît démuni au regard des questions relatives à l'organisation et au fonctionnement du Parlement (section 4).

Section 1 La structure de la loi : l'enjeu d'une organisation logique et harmonieuse facilitant la lecture de la loi

La structure de la loi revêt une importance considérable eu égard à l'exigence de lisibilité. De cette organisation interne de la loi dépend l'intelligibilité globale du texte. La structure de la loi obéit classiquement à une logique architecturale : le titre est soutenu par un préambule (qui peut revêtir la forme d'un article premier portant dispositions générales) sous lequel on trouve le corps du texte (le dispositif). Le corps du texte est lui-même structuré selon différentes subdivisions. Cette structure revêt une importance considérable puisqu'elle repose sur une certaine logique de composition[2779] du texte destinée à faciliter sa lecture et son interprétation. Pourtant, la seule présence de ces éléments de l'édifice ne suffit pas à garantir la lisibilité du texte puisque chacun de ses éléments suppose en outre une élaboration respectant les « règles de l'art ». En matière de structuration interne des lois, le pouvoir du législateur est considérable, alors que celui du Conseil constitutionnel est résiduel. Nous envisagerons successivement le titre de la loi (§1), le préambule (§2), et le dispositif (§3).

§ 1 Le titre de la loi

Le titre de la loi joue un rôle déterminant eu égard à l'intelligibilité et à l'accessibilité. Il permet de donner au lecteur une indication sur l'objet de la loi. Il permet de savoir ce que l'on est susceptible d'y trouver. Ainsi, l'intitulé de la loi n'est pas sans incidence sur son accessibilité. Le titre de la loi va en outre contribuer à assurer sa publicité et joue une « fonction informative »[2780] dans la mesure où il est destiné à alerter le citoyen sur l'existence d'un texte dans un domaine considéré. C'est pourquoi, la légistique recommande l'emploi de titres courts et surtout de titres pertinents, c'est-à-dire correspondant à l'objet réel de la loi[2781].

[2779] Cette logique de composition est étudiée dans les pays de common law. Voir à cet égard C.ILBERT, *The mechanics of law making*, N.Y, Columbia U.P, 1914. L'auteur des « règles d'Ilbert » évoque l'arrangement logique et ordonné. *Ibid.* spec. pp.115-116. Voir également, G.C. THORNTON, *Legislative Drafting*, London, Butterworth, 1979.

[2780] A.VIANDIER considère que le titre des lois joue une triple fonction informative, interprétative et symbolique, *Recherche de légistique comparée,* op. cit. pp.79-80. J.-C. Bécane et M.Couderc évoquent « la valeur informative » du titre des lois. J.-C.BÉCANE et M.COUDERC, *La loi*, op.cit. p.202.

[2781] Le traité de légistique formelle belge recommande s'agissant des titres : « l'intitulé doit être précis, complet et succinct et ne pas induire en erreur sur le contenu du dispositif ». Le même traité préconise également d'éviter « de donner à un texte un intitulé que porterait déjà un texte antérieur en vigueur »; cité par A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* op. cit., p.78. On peut à cet égard constater que la dernière prescription est loin d'être respectée par le législateur en France notamment s'agissant des lois relatives à la sécurité.

La fonction symbolique du titre de la loi ne doit pas être négligée au regard du souci de communication législative. En effet, si le citoyen doit connaître le contenu des lois, tout commence par le titre de la loi. Le titre doit susciter l'envie du citoyen d'en prendre connaissance. On distingue à cet égard différents types de titre. Certains titres ont un caractère purement formel : « Loi modifiant le titre IX du livre III du Code civil ». Plus simplement, le titre peut se borner à indiquer l'objet de la loi : « Loi relative à l'autorité parentale »[2782]. Sa fonction est alors informative puisqu'il indique au lecteur ce qu'il pourra y trouver. Le titre de la loi peut également préciser l'intention du législateur : « Loi tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens »[2783]. Le titre joue ici une fonction pédagogique qu'il ne faut pas négliger. En indiquant le but poursuivi par le législateur, le titre permet de rendre compte des préoccupations et des priorités fixées par les représentants de la Nation. Néanmoins, si le titre est un moyen de réactiver la symbolique de la loi, la doctrine critique largement les titres des lois qui participent à la technique d'affichage mise en œuvre par le législateur[2784]. Le titre des lois est alors présenté comme étant destiné à afficher des ambitions hors de portée, ce qui contribue à alimenter l'idée de son impuissance. Or, le Conseil constitutionnel ne sanctionne pas, en tant que telles, les « techniques d'affichage » qui consistent à abuser de la « fonction symbolique »[2785] du titre des lois.

Une autre dérive est régulièrement pointée du doigt par la doctrine qui consiste à attacher officieusement le nom d'un ministre à la loi. La pratique est suffisamment ancrée dans les mœurs de notre République pour qu'elle ne soit pas évoquée. La technique d'affichage est alors détournée au service de l'ambition de son auteur qui donne la mesure son influence au nombre de lois qui portent son nom : Loi Sarkozy (I, II, III…), Loi Perben I et II, Loi Aubry I et II, Loi Defferre, Loi Auroux etc… Cette pratique médiatique est le reflet d'un « besoin de vulgarisation du grand public pour lequel la loi devrait avoir un nom et si possible un visage »[2786]. Cette pratique étant informelle, elle échappe naturellement au contrôle du Conseil constitutionnel.

[2782] Loi n°70-459 du 4 juin 1970, citée par J.-C. BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit. p.202.
[2783] Loi n°70-643 du 17 juillet 1970, citée par J.-C. BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit. p.202.
[2784] N.MOLFESSIS, « Le titre des lois », *Mélanges Catala*, Litec, 2001. « Transformé en technique d'affichage, le titre vise alors davantage à mettre en avant la finalité du texte que son objet. C'est l'action de la loi qui est alors exprimée, ce qui ne permet plus de savoir sur quoi porte le texte », *ibid.* p. 61. Dans le même sens, voir G. CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs* n°114.
[2785] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* op. cit., p.80.
[2786] J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit., p.203.

L'existence d'un titre est jugée à ce point fondamentale que certains pays consacrent une obligation juridique d'intituler la loi. C'est le cas aux Etats-Unis[2787] et aussi en Belgique[2788]. En France, certaines lois se voient imposées un titre par la Constitution. C'est le cas des lois de finance et de financement de la sécurité sociale. En dehors de ces deux exceptions, il n'y a pas d'obligation relative au titre des lois[2789].

S'agissant de la formulation du titre, aucune exigence n'est imposée par le Conseil constitutionnel. Qu'il soit trop court ou trop long, qu'il corresponde plus ou moins à l'objet réel de la loi[2790], le Conseil ne se penche pas sur l'intitulé des lois. Pourtant, en matière de titre, certaines pratiques législatives pourraient donner lieu à un contrôle par le juge constitutionnel. En effet si le titre des lois n'a pas de « force légale »[2791], au moins peut-il faire l'objet d'un vote par le Parlement[2792], ce qui conduit à l'assimiler à un article, exposé à ce titre à la censure du Conseil.

Au regard de sa fonction informative, l'intitulé de la loi n'est pas sans incidence sur l'accessibilité de la loi pour les citoyens. La pratique des lois « fourre-tout » pourrait en effet être attaquée sous cet angle puisque leurs intitulés, par définition vagues (« loi portant diverses mesures d'ordre… »), ne rendent pas suffisamment compte de leurs contenus. Il n'y a pas de décalage entre le titre et le contenu (déceptivité) mais le titre est tellement englobant qu'il ne remplit pas son rôle informatif. En outre, la multiplication de lois sur un même sujet ayant des titres très proches[2793] nuit également à l'accessibilité puisqu'elle est susceptible d'entraîner une confusion dans l'esprit des destinataires.

[2787] Voir sur cette question, M.ROSE, « Title of statutes », *in* READ, MAC DONALD, FORDHAM et PIERCE, Matérials on legislation, New-York, Foundation Press, 4ème éd., 1982, p.148 et s. L'auteur évoque l'exemple de la Constitution de l'État de Pennsylvanie qui va jusqu'à prescrire le contenu du titre : « No bill shall be passed containing more than one subject, which shall be clearly expressed in its title… », ibid. p.151. Le même auteur évoque à cet égard les conséquences juridiques qui s'attachent au titre de la loi en citant une décision de la Cour suprême de l'État du Michigan datant de 1969 par laquelle il a été jugé qu'une injonction sans rapport avec l'objet de la loi exprimé dans son titre était dépourvue de valeur constitutionnelle. Cité par A. VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* op. cit., p.75.

[2788] A.VIANDIER rapporte l'existence de la loi du 5 Nivôse an V dont l'article 2 fait obligation de citer les textes en utilisant leur intitulé officiel, « ce qui revient à poser l'obligation de l'intitulé. *Ibid.* p.75.

[2789] La circulaire du 21 mai 1985 rappelle néanmoins que « le titre doit préciser clairement l'objet du texte sous une forme aussi concise que précise ».

[2790] A.VIANDIER évoque à cet égard l'exemple de la loi du 1er mars 1984, dite de prévention des difficultés des entreprises et qui ne traite que partiellement cette question. *Recherche de légistique comparée,* op. cit., p.75.

[2791] Selon l'expression de la Cour de cassation, Arrêt rendu le 20 avril 1920 par la chambre civile.

[2792] J.-C. BÉCANE et M.COUDERC expliquent à cet égard : « en principe, le titre de la loi n'est pas mis aux voix…Aujourd'hui, le titre du projet ou de la proposition de loi est mis aux voix avant le vote sur l'ensemble s'il fait l'objet d'un amendement. Dans ce cas, le titre de la loi est assimilé, du point de vue de la procédure parlementaire, à un article. », *La loi*, op. cit., p.203.

[2793] L'exemple des lois relatives à la sécurité fournit une illustration saisissante de ce phénomène : En 2001, la loi relative à la sécurité quotidienne, puis en 2002 la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité

La sanction des cavaliers semble être liée à une appréciation du titre dans la mesure où celui-ci fixe l'objet du texte. C'est donc notamment en référence au titre de la loi que le Conseil constitutionnel peut considérer que tel amendement est dépourvu de lien avec l'objet de la loi. À cet égard, on doit constater que ce n'est pas le titre de la loi qui fait l'objet d'une censure mais seulement les « cavaliers ». La logique pourrait être renversée qui verrait le Conseil déclarer l'inconstitutionnalité totale de la loi en raison du manque de pertinence de son titre au regard de son contenu. Le titre serait en effet jugé déceptif c'est-à-dire qu'il « ne correspond pas, partiellement ou totalement, au texte qu'il intitule »[2794]. Un tel changement de point de vue (ou inversement de logique) conduirait vraisemblablement le Conseil constitutionnel à censurer la loi dans sa totalité. On imagine mal en effet que le titre puisse être jugé comme une disposition séparable du reste de la loi.

Une telle évolution pourrait s'appuyer sur l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi mais constituerait une rupture très nette au regard de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel. D'une application relative de l'objectif, on passerait à une conception radicale de celui-ci. À l'heure actuelle, l'intitulé d'une loi constitue *a minima*, pour le juge constitutionnel, un indice sérieux de la présence de défaillances formelles dans la loi. Il constitue un référent pour apprécier le lien de certaines dispositions avec l'objet de la loi. Il peut en outre donner un indice quant à la présence de dispositions dénuées de portée normative lorsque la loi est intitulée « loi d'orientation … ».

§ 2 Le préambule et les articles premiers

Selon une définition courante, le préambule précède le texte de loi « pour en expliquer les motifs, les buts »[2795]. Le rôle des préambules est informatif dans la mesure où ils sont destinés à présenter les raisons, motifs et buts poursuivis par la loi. Les préambules jouent également un rôle pédagogique puisqu'ils permettent au législateur de s'expliquer afin de convaincre le destinataire de la norme[2796]. Le préambule contribue ainsi à assurer l'efficacité de la loi en faisant prévaloir l' « auctoritas » (la loi s'impose par son crédit) sur la « potestas » (la loi s'impose par la contrainte). Dans *Les lois*, Platon met en exergue cette utilité en

---

intérieure et la loi d'orientation et de programmation pour la justice, enfin en 2003 la loi pour la sécurité intérieure.

[2794] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* op. cit., p.77.

[2795] Voir Dictionnaire *Le Petit Robert*, 2006, « Préambule ».

[2796] J.-C.BÉCANE et M. COUDERC expliquent à propos des préambules : « le législateur cherche à convaincre par l'explication, afin d'être obéi spontanément plutôt que sous la contrainte », *La loi*, op. cit., p.205.

distinguant la fonction persuasive des préambules et la fonction de contrainte du dispositif[2797]. Cette distinction permet ainsi de tracer une frontière entre les dispositions ayant leur place dans les préambules et celles devant être intégrées au dispositif de la loi. Or c'est précisément cette frontière qui n'est pas respectée dans la pratique lorsque sont intégrées dans le dispositif des lois, des dispositions exposant les motifs, finalités générales, principes et philosophie du texte. Ceci explique peut-être cela[2798] : « les lois françaises modernes n'ont pas de préambule »[2799].

Si l'exposé des motifs remplit aujourd'hui cette fonction explicative et pédagogique, il n'offre pas pour autant les mêmes avantages que les préambules, car il n'accompagne pas le texte après son entrée en vigueur[2800]. On comprend ainsi la tentation du législateur d'introduire des dispositions à caractère « persuasif » dans le corps de la loi c'est-à-dire dans son dispositif. Ce sont souvent[2801] les articles 1er des lois qui jouent le rôle de préambule[2802]. On adopte ici une définition matérielle du préambule comme comprenant « toute disposition inaugurant une loi et exprimant l'objet de celle-ci ainsi que les raisons techniques ou d'opportunité de son adoption, sa philosophie, les principes qui la sous-tendent, est un préambule »[2803]. Pour reprendre l'expression de J. Carbonnier, l'article 1er consacre « l'âme de la loi »[2804]. Il peut s'agir de définir l'objet principal de la loi et ainsi d'en délimiter le champ d'application. Tel est le cas de la loi de 1901 relative à la liberté d'association qui dispose : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ». Dans ces cas, les dispositions de l'article 1er vont irriguer l'ensemble du dispositif qui ne prend sens qu'au regard de ces définitions. Il peut également s'agir de dispositions déclarant le principe de la loi comme l'article 1er de la loi du 30

[2797] PLATON, *Les lois*, IV, 722-723. Cité par J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit., p.205.

[2798] Dans ce sens, voir, G.ROUHETTE, « L'article premier des lois », in N.Molfessis (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, Paris, 1999, p37.

[2799] J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit., p.205.

[2800] Voir J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit., p.204. « Lorsque la loi est devenue définitive, l'exposé des motifs perd sa valeur de seul commentaire autorisé pour se fondre dans les travaux préparatoires dont il n'est plus qu'une partie.

[2801] Mais pas toujours… Voir notamment les observations de G.ROUHETTE, « L'article premier des lois », art. cit.. L'auteur distingue les premiers articles (celui qui est en tête dans l'ordre numéral) et les articles premiers (« celui qui est en tête par la dignité »). Les premiers articles peuvent contenir notamment des dispositions abrogatives ou opérant un remplacement. C'est le cas de la loi n°74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité : « Les articles 388 et 488, premier alinéa, du Code civil sont modifiés ainsi qu'il suit.

[2802] Pour J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, expliquent que « certains auteurs considèrent que les premiers articles d'une loi sont souvent de véritables préambules, bien que formellement ils ne puissent pas être ainsi qualifiés », *La loi*, op. cit., p.213.

[2803] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* op.cit., p.81.

[2804] J.CARBONNIER, *Presentazione de Flessibile diritto*, éd. A. De Vita, Milano, Giuffré, 1997, p.XXVI, cité par G.ROUHETTE, « L'article premier des lois », art. cit., p.45.

septembre 1986 relative à la liberté de communication qui dispose : « La communication audiovisuelle est libre ». G. Rouhette parle dans ces cas d' « article premier emblématique »[2805]. L'article 1er peut enfin être l'expression des objectifs du législateur, de la philosophie du texte. Il prend alors clairement la forme d'un préambule : « L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques »[2806]. Le glissement est progressif vers l' « article premier programmatique ». La loi d'orientation du 10 juillet 1989 relative à l'éducation fournit un exemple assez net : « L'éducation est la première priorité nationale. Le service public de l'éducation est conçu et organisé en fonction des élèves et des étudiants. Il contribue à l'égalité des chances »[2807]. La loi du 22 juin 1982 relative aux droits et aux obligations des locataires et des bailleurs dispose en son article 1er : « Le droit à l'habitat est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. L'exercice de ce droit implique la liberté de choix de toute personne de son mode d'habitation et de sa localisation grâce au maintien et au développement d'un secteur locatif et d'un secteur d'accession à la propriété ouverts à toutes les catégories sociales. Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives ». Il convient à cet égard de constater que, dans le cadre des lois d'orientation, cette fonction de l'article 1er contamine toute une partie de la loi dont le titre 1er est généralement destiné à exposer les principes généraux, les motifs et buts du législateur.

Cette pratique n'est pas une exception française. M.Hotz relève que les pratiques sont similaires en Suisse, évoquant l'exemple de la loi fédérale du 12 juin 1951 sur le maintien de la possession foncière agricole dont l'article 1er dispose : « les prescriptions de cette loi ont pour but de protéger la propriété agricole comme porteuse d'une condition paysanne saine et productive… de faciliter l'exploitation du sol, la liaison de la famille et de l'habitat local. »[2808].

À travers cette typologie d'article premier, on constate la relative unité qui les caractérise puisqu'ils annoncent la suite, donnent le ton de la loi. Ils constituent ainsi la première pierre de l'édifice. À partir du principe en vertu duquel « pour comprendre une disposition (un article) de la loi, on ne doit pas avoir besoin de se reporter à ce que l'on trouve

---

[2805] *Ibid.*, p.46.
[2806] Loi « informatique et liberté », du 6 janvier 1978.
[2807] Loi n°89-486.
[2808] Rapport de M.HOTZ, cité par A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* op. cit., p.81.

dans une disposition ultérieure », G.Rouhette en déduit que « l'article 1er est celui qui permet de comprendre les dispositions subséquentes »[2809].

§ 3 Le plan et le découpage de la loi

Dans son organisation interne et plus précisément dans son découpage, la loi doit être cohérente afin d'en faciliter la lecture. Domat fait figure de pionnier dans la méthodologie d'ordonnancement des textes juridiques : « Mettre les lois civiles dans leur ordre…diviser chaque matière selon ses parties et ranger en chaque partie le détail de ses définitions, de ses principes et de ses règles, n'avançant rien qui ne soit clair par soi-même, ou précédé de ce qui peut être nécessaire pour le faire entendre »[2810]. Les auteurs ont dénoncé de manière récurrente les problèmes liés à la mauvaise structuration des lois. A.Viandier dresse un constat accablant en la matière en évoquant pêle-mêle « des plans sans cohérence, des découpages irréfléchis, des articles sans unité de pensée, aussi longs que des chapitres, des constructions baroques, compliquées et opaques… »[2811].

Le plan. La question du plan de la loi « invite à réfléchir sur les relations entre le droit et l'esthétique »[2812]. En effet, Jhering, fait un lien entre l' « esthétique » de la norme et la structuration de celle-ci : « plus la construction est simple, et plus elle est parfaite, c'est-à-dire plus elle est claire, transparente, naturelle ; l'extrême simplicité est ici la manifestation suprême de l'art… la construction est claire lorsqu'elle rend le rapport facilement accessible à notre entendement… ; elle est transparente, lorsque les conséquences du rapport apparaissent ouvertement… ; elle est naturelle, lorsque la construction ne prétend pas déroger aux phénomènes du monde physique ou intellectuel. »[2813]

Esthétique et rationalité semblent aller de pair en la matière. La construction de la loi est censée répondre à une logique interne qui exige de procéder étape par étape, en allant du général au particulier. M.Covacs remarque à cet égard que « même si la loi ne raisonne pas, il

---

[2809] G.ROUHETTE, « L'article premier des lois », art. cit., p.42. L'auteur considère que ce raisonnement a contrario est « discutable ». *ibid.* Dans le même sens, Véronique Champeil-Desplats considère que « les traditionnels articles 1er des lois, vilipendés en raison de leur normativité douteuse, font souvent office d'utiles guides interprétatifs à l'usage des autorités d'application …». V. CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut… », art. cit., p.68.
[2810] DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Cité par J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit., p.210.
[2811] A. VIANDIER, « La crise de la technique législative », *Droits*, 1986, p.77.
[2812] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.86.
[2813] JHERING, *L'esprit du droit romain*, Tome III, op. cit., p.72.

semble normal qu'elle procède du général au particulier, qu'elle pose les grands principes avant de présenter leurs applications »[2814]. J.-C Bécane et M.Couderc établissent à cet égard un parallèle avec le Discours de la méthode. Le deuxième précepte que Descartes s'impose dans son Discours est le suivant : « …diviser chacune des difficultés que j'examinerais en autant de parcelles qu'il se pourrait et qu'il serait requis pour les mieux résoudre »[2815]. Le troisième de ses préceptes : « Conduire par ordre mes pensées en commençant par les objets les plus simples et les plus aisés à connaître, pour monter peu à peu, comme par degrés, jusqu'à la connaissance des plus composés ; et supposant même de l'ordre entre ceux qui ne se précèdent point naturellement les uns les autres »[2816]. Le dernier de ces préceptes : « Faire partout des dénombrements si entiers, et des revues si générales, que je fusse assuré de ne rien omettre »[2817]. On retrouve ici des considérations méthodologiques qui s'appliquent en amont de l'élaboration de la loi et qui ont trait à son contenu. La forme et le fond se recoupent ici de manière inexorable. Dans la mesure où la recherche du « juste » (le bon contenu) présuppose une méthodologie qui procède par étapes – à la manière de ce que Descartes décrit dans son discours sur la méthode – cette recherche n'est pas sans conséquence sur l'esthétique du résultat final. On constate que l'esthétique s'applique essentiellement dans le monde du droit à la beauté du raisonnement[2818]. La clarté et l'intelligibilité sont d'abord celles des idées et visent ainsi le contenu.

Le dispositif est classiquement présenté selon une « composition tripartite »[2819] comprenant les premiers articles (dispositions générales), les articles centraux (développements législatifs) et les derniers articles (dispositions diverses et transitoires). Ce qui caractérise idéalement le dispositif est son contenu normatif ou prescriptif. Ce caractère normatif répond à un souci de cohérence relative à la structure de la loi. Chaque « compartiment » du texte législatif joue un rôle spécifique dans cet ensemble que constitue la loi, et il importe que les uns et les autres restent confinés dans le cadre de leurs fonctions

---

[2814] A.COVACS, *La réalisation de la version française des lois fédérales du Canada*, Ministère de la justice, Otawa, 1980, p.22.

[2815] DESCARTES, *Discours de la méthode,* éd. Vrin, Paris, 1992, Deuxième partie, Règles de la méthode, p.69-70.

[2816] *Ibid.,* p.70.

[2817] *Ibid.,* p.70-71.

[2818] G. Cornu expose sa conception de l'esthétique normative en ces termes : « Faut-il prêter une beauté plus cérébrale, au sens où l'on parle d'un bel argument ? Pourquoi pas ? … un raisonnement juridique peut être dit beau, par façon de parler, non parce qu'il répond à des canons esthétiques, mais parce qu'il est conforme à ses propres exigences, logique, rigueur, finesse, justesse, subtilité, imagination analytique ». G.CORNU, « Le juste et le beau », présentation du thème *Droit et esthétique*, au colloque de l'association française de philosophie du droit, Paris, Décembre 1994, in *L'art du droit en quête de sagesse*, coll. Doctrine juridique, PUF, 1998, Chap.10, p.143.

[2819] Voir, J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit., p.213.

respectives, afin d'éviter des confusions. La structuration de la loi est ainsi destinée à faciliter la lecture, la compréhension et l'accessibilité des dispositions.

S'il n'existe pas de règles contraignantes en la matière, force est de constater que le législateur se conforme à des règles d'organisation interne. Ainsi, « la loi va du général au particulier, des principes aux règles, des règles à leur application puis à leurs sanctions. Les règles précèdent les exceptions. Les dispositions permanentes viennent avant les dispositions abrogatoires et transitoires »[2820]. En France, les subdivisions classiques sont dans l'ordre croissant, l'article, la section, le chapitre et les titres[2821] mais la structuration du texte est variable compte tenu de l'absence de règles impératives en ce domaine. L'éventail va de la loi qui utilise toutes les subdivisions précitées[2822] à celle qui comporte un article unique[2823]. Le nombre des subdivisions utilisées implique de définir précisément chacune d'elles[2824]. En outre, ces constructions relativement lourdes supposent un système de numérotation cohérent (voir *infra*). Le respect de ces grands principes n'empêche pas certaines dérives.

Il convient de constater que l'existence d'un plan « apparent » n'implique pas nécessairement que soient respectés les principes d'une construction rationnelle cheminant du général au particulier, étape par étape. M.Viandier[2825] distingue ainsi « l'exosquelette » qui correspond à la « charpente visible » d'un texte divisé en articles, sections… et « l'endosquelette » qui renvoie à « la construction, logique ou symbolique de la loi ». Ainsi, un texte peut répondre à une logique de subdivision en articles sans que ces derniers soient articulés selon un lien logique allant du général au particulier. Les lois « fourre-tout » constituent l'archétype de ces lois disposant d'une structure apparente et qui ne répondent à aucune logique de construction. On peut ainsi constater que la logique de structuration est fonction de l'objet de la loi. Puisque les lois « fourre-tout » n'ont pas d'objet déterminé, aucune logique de construction ne pourra être suivie. À l'inverse, on peut constater lorsque l'objet de la loi est précisément défini, qu'il peut induire une logique de présentation. M.Delnoy constate en effet que « le plan du corps de la loi peut dépendre de la question

---

[2820] *Ibid.,* p.211.
[2821] Voir C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif,* op. cit., p.195.
[2822] Voir notamment la loi du 1er août 2003 relative à la sécurité financière.
[2823] Voir la loi du 9 octobre 1981 dont l'article unique dispose : « La peine de mort est abolie ».
[2824] C.BERGEAL rapporte en effet la confusion induite par la coexistence de deux définitions de la notion d'alinéa. L'une émanant du Parlement pour lequel l'alinéa correspond à « toute phrase, tout mot, tout ensemble de phrases ou de mots, commençant à la ligne, précédés ou non de guillemets, d'un tiret, d'un point ou d'une numérotation » alors que, pour le Gouvernement, il y a alinéa chaque fois que l'on va à la ligne après un point. *Rédiger un texte normatif,* op. cit. p.196.
[2825] A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* op. cit., p.87.

traitée. S'il s'agit du déroulement d'une procédure… il est tout naturel que la loi soit écrite en suivant un plan chronologique. »[2826].

L'article. L'article est considéré comme l'unité de base de la loi. La division d'un texte de loi en articles numérotés répond à un souci d'accessibilité et de sécurité. D'une part, elle est destinée à faciliter la lecture de la loi et à éviter les confusions. La notion d'article est implicitement consacrée par l'article 10 de la Constitution de 1958 qui dispose en son alinéa 2 : « Le Président de la République peut demander une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles »[2827].

La numérotation répond également à des exigences de cohérence qui sont respectées dans la pratique[2828]. Ce sont des circulaires de 1985 et de 1993 qui fixent les règles en matière de numérotation[2829]. Très logiquement, « les articles sont numérotés dans l'ordre croissant. Les modifications d'un texte suivent l'ordre des articles du texte modifié. Les modifications des articles d'un code se font également dans l'ordre des numéros de celui-ci »[2830].

La division en articles est destinée à faciliter la lecture pour peu que le législateur ait respecté les principes de base : la légistique préconise en effet des solutions inspirées du souci de clarté de la loi. Ainsi, l'article est une « unité de pensée législative ». « Il ne faut pas qu'un même article contienne des dispositions sans rapport direct entre elles »[2831]. La circulaire du 2 janvier 1993 rappelle ce principe : « Il est souhaitable de n'énoncer qu'une règle par article »[2832]. Certains auteurs recommandent de rédiger des articles courts qui ne comportent qu'une seule phrase[2833]. La présentation d'un tel système permet de comprendre l'interdépendance des qualités de fond et de forme. Une telle organisation formelle de la loi

---

[2826] M.DELNOY, Rapport présenté pour la Belgique, in A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* op. cit., p.88. Le même principe est relevé par M.HOTZ dans son rapport pour la Suisse qui constate : «le contenu et la finalité du problème traité doivent être pris en compte. », *ibid.*, p.88.

[2827] Voir, G.ROUHETTE, « L'article premier des lois », in N.Molfessis (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, Paris, 1999, pp.39 et J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit., p.206.

[2828] P. Wachsmann soulève en matière de numérotation, une pratique « irritante ». L'auteur constate en effet, que l'identité de la numérotation des articles relevant des parties législatives et réglementaires des codes est certes un objectif louable (…), mais elle n'en est pas moins à l'origine de numérotations compliquées, difficiles à retenir et qui évoquent irrésistiblement la pesanteur bureaucratique… »P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., p.820. L'auteur met en exergue l'exemple du code général des impôts, « qui bat les records du genre, à coup d'articles dont la banale numérotation en chiffres arabes est suivie d'une computation latine, elle-même suivie de lettres majuscules, ce qui donne des résultats étranges, sans même parler d'un article 41 sexvicies qui évoque d'étranges turpitudes », *ibid.*

[2829] J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit. p.206.

[2830] C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif,* op. cit., p.197.

[2831] J.BYVOET, *Technique législative, Règles, Formules*, Henle, sa YGA, 1971, n°98 et 99. Cité par J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit., p.208.

[2832] Circulaire du Premier ministre du 2 janvier 1993.

[2833] L.-Ph. PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, Les publications du Québec, 1986.

suppose une pensée organisée, méthodique et cohérente : « chaque article doit former un maillon logique de cet ensemble »[2834]. L'article lui-même peut-être divisé en alinéas et ces derniers peuvent également être subdivisés[2835].

L'article final. L'article final comprend en principe les dispositions abrogatives, transitoires et celles relatives à l'entrée en vigueur du texte[2836]. Cet élément de la loi a une vocation d'harmonisation de la loi avec l'ordonnancement normatif. L'article final contribue en principe à assurer la cohérence interne globale (la cohérence de la loi au regard des normes du même niveau hiérarchique).

Les annexes. L'insertion de plus en plus fréquente d'annexes dans les lois conduit à les considérer comme un des éléments de la structure des lois. Pourtant, leur présence concerne le plus souvent les lois de plan, de programme, d'orientation, les lois de finance et les lois de financement de la sécurité sociale. Ces annexes, dont nous avons pu constater que le Conseil constitutionnel leur déniait parfois une portée normative (voir *supra*), alourdissent considérablement la loi mais leur portée informative ne doit pas être négligée. La question consiste alors à savoir s'ils sont destinés aux citoyens ordinaires ou aux spécialistes du domaine concerné.

Au regard de ces principes relatifs à l'organisation de la loi, on peut constater que la codification fait figure d'idéal formel des lois. En effet, on évite la dispersion des textes en les rassemblant dans un seul corps. On organise l'ensemble de manière cohérente. En dépit de l'importance de cette question au regard de l'exigence de lisibilité de la loi, le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un contrôle indirecte sur la structuration de la loi.

[2834] J.-C.BÉCANE et M. COUDERC, *La loi*, op. cit., p.208.
[2835] Voir C.BERGEAL, *Rédiger un texte normatif,* op. cit. p.197.
[2836] L'ordonnance du 15 février 2004 prescrit au législateur de fixer dans la loi sa date d'entrée en vigueur.

Section 2 Le style de la loi : défi artistique et linguistique

La question du style de la loi est un des aspects les plus insaisissables dans le champ de l'analyse des qualités de la loi. Il renvoie davantage à « l'art de faire les lois » qu'à « la science de la législation »[2837]. En effet, le style de la loi est fonction du talent littéraire du législateur[2838]. L'appréciation portée sur le style de la loi est alors éminemment subjective (§1), ce qui rend impossible, ou pour le moins douteuse, une immixtion du juge dans ces considérations. Pourtant, le jugement du style de la loi ne se réduit pas à cette part irréductible de subjectivité, puisqu'il est guidé par des critères plus objectifs issus de la socio-linguistique. Il s'agira ainsi pour le législateur de parler un langage proche de celui utilisé dans la vie quotidienne des citoyens ordinaires (§2).

§ 1 La part irréductible de subjectivité dans l'appréciation du style de la loi. L'impossible définition d'un critère littéraire ?

Le développement de l' « esthétique » en tant que « science »[2839] a pourtant des prétentions objectives. Elle se distingue de la pratique artistique en tant que « discours sur l'art »[2840], comme la science du droit se distingue du droit[2841]. L'art de faire la loi serait ainsi soumis à l'appréciation d'une esthétique juridique. Si la discipline n'a pas d'existence officielle, force est de constater que la doctrine juridique verse souvent dans ce type d'exercice. La critique du style des lois est suffisamment récurrente dans les écrits doctrinaux pour permettre d'établir ce constat. Cette même doctrine ne se contente d'ailleurs pas de porter un jugement critique sur le style des lois (ce que le style de la loi ne doit pas être) puisque cette dimension critique se double d'une dimension prescriptive (ce que le style de la loi devrait être). En exerçant cette fonction, la doctrine construit un système de valeur esthétique, c'est-à-dire qu'elle opère des choix, établit des hiérarchies et fait valoir ses « goûts ».

[2837] Voir *supra*, Introduction. Voir également, *Supra,* Partie II, Sous partie II, Titre II, Chapitre 1, L'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.
[2838] Voir A.LAINGUI, « La poésie dans le droit », in « Droit et esthétique », *Arch. de phil. du droit*, t.40 ; 1995. Voir également dans le même ouvrage, Ph. JESTAZ, « le beau droit ».
[2839] A.LALANDE définit l'esthétique comme la « science ayant pour objet le jugement d'appréciation en tant qu'il s'applique à la distinction du beau et du laid », *Dictionnaire historique et critique de la philosophie*, Cité par C.TALON-HUGON, *L'esthétique*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 2004, p.3.
[2840] *Ibid.,* p.63.
[2841] Voir à cet égard, M.TROPER, *La philosophie du droit*, Coll. Que sais-je ?, PUF.

Les prescriptions stylistiques sont récurrentes dans l'histoire[2842]. Cette dimension de la norme est à ce point incontournable qu'on la retrouve dès l'Antiquité dans les dialogues de Platon[2843]. Montaigne, Montesquieu, Bentham, Portalis sont des exemples bien connus de l'époque moderne. Les fonctions du style des lois et de l'esthétique de la norme de manière plus générale sont bien connues. L'idéal d'une expression simple, claire et concise repose sur la fonction communicationnelle de la loi. Les auteurs expliquent à cet égard que le droit sera mieux connu, mieux retenu… Bentham présente les finalités de la légistique formelle en ces termes : « il ne faudra point d'école de droit pour l'expliquer, point de professeurs pour le commenter, point de glossaires pour l'entendre, point de casuistes pour en dénuer les subtilités. »[2844]. L'idéal ainsi posé donne la mesure de son inaccessibilité. À cet égard « la simplicité du langage législatif reste pareille au Graal, objet de quête. En conséquence, ce n'est point tant la simplicité que le réalisme le plus élémentaire commande de poser en objectif, mais la simplification »[2845].

Les règles en la matière sont souvent clairement exposées. Mais cette clarté dissimule mal la difficulté à les mettre en œuvre. Après avoir rappelé ce que doit être la loi (concise, claire, précise, générale, populaire, pratique, concrète) et ce qu'elle ne doit pas être : ésotérique, scientifique, didactique, théorique, casuistique, abstraite, Valérie Lasserre-Kiesow constate « qu'un enfant instruit des rudiments de l'expression française écrite aurait pu faire de telles recommandations »[2846]. La question demeure : comment, non pas atteindre, mais seulement avancer vers cet idéal ? Les préconisations de la légistique formelle sont bien connues mais peu respectées. L'obstacle à la juridicisation des principes de la légistique[2847] tient peut-être à leur caractère indéfinissable *a priori*. Une autre raison du caractère indéfinissable de ces principes tient à leur caractère artistique qui leur imprime une subjectivité irréductible[2848]. Au-delà des prescriptions de bon sens relatives à l'expression du législateur (éviter les répétitions), le style législatif suppose quelque chose de plus… un surcroît d'esthétique et d'élégance qu'il est difficile de définir. L'esthétique normative traduit alors un effort portant

---

[2842] Voir *supra,* Deuxième partie, Sous partie II, Titre II, Chapitre 1.

[2843] Voir à cet égard, A.TEISSIER-ENSMINGER, *L'enchantement du droit : légistique platonicienne*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2002.

[2844] BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Extrait des manuscrits de J.Bentham, par Et. Dumont, 2ème éd. t.3, paris, 1820, p.399.

[2845] D.GUTMANN, « L'objectif de simplification du langage législatif », in *Les mots de la loi*, p.73.

[2846] V. LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in *La confection de la loi*, op. cit. p210-211

[2847] Il est étonnant de constater que la majeure partie des règles relatives à la rédaction des lois soit de simples circulaires. Voir, *supra*, Titre I, Les fondements de l'exigence de lisibilité.

[2848] MICHELET, évoquant l'importance de la « grâce infinie de la forme » explique «Cette grâce, il est vrai, est chose indéfinissable », MICHELET, *Origines du droit*, Lettre de 1838 écrite à Grimm, documents annexes,Tome III, Œuvres complètes de Michelet, 1973, p.597.

sur la qualité de l'expression, destiné à faciliter l'accès au texte et à emporter la conviction des citoyens. Pour atteindre son objectif de diffusion populaire, l'exigence de lisibilité implique davantage que la seule compréhensibilité des textes mais, au-delà, une certaine « esthétique de la norme »[2849]. La loi doit être lue et pour cela elle doit faire envie[2850] à son lecteur-citoyen. Ces qualités seront destinées à séduire le lecteur-citoyen.

La poésie a fait figure de modèle d'expression normative. Le mythe des lois de l'Antiquité constitue une figure incontournable qui nourrit largement ces préoccupations stylistiques. On renvoie à quelques exemples célèbres de législateur « dont les lois étaient versifiées »[2851]. L'âge d'or de la loi s'apparente alors à « l'âge poétique de la loi »[2852]. Sur l'intérêt pour le législateur de se faire poète, L.Mouze explique : ce qui caractérise la poésie, c'est le plaisir qu'elle procure, l'agrément dont elle se pare. C'est également le fait qu'elle compose un tout unifié et ordonné »[2853]. Solon constitue encore une référence de ce point de vue. L'utilisation du chant et de la poésie était destinée à assurer une meilleure accessibilité des lois[2854]. Paradoxalement, l'importance accordée au style de la loi écrite est destinée à renforcer son oralité. Parce qu'on la mémorise plus facilement, elle peut se transmettre par la voix, être récitée et même chantée. Pour J.Grimm, les premiers codes sont conçus pour être chantés[2855]. La légende antique rapporte ainsi que la loi des Douze Tables était chantée. La définition de la poésie éclaire sa fonction : « elle est d'abord une technique, une forme, ensuite une évocation d'image et de représentations originales, brutales ou touchantes, qui parlent à l'esprit ou au cœur »[2856].

Si les fonctions du style de la loi apparaissent légitimes, la recherche d'un style législatif a pu conduire à certaines dérives esthétiques. Dans le domaine du droit, ce type de dérive consiste à rechercher « le beau pour le beau ». Quelques exemples illustrent ce type de

---

[2849] Pour une utilisation de la notion d'esthétique normative voir G. CORNU, « Le juste et le beau », présentation du thème *Droit et esthétique*, au colloque de l'Association française de philosophie du droit, Paris, Décembre 1994, in *L'art du droit en quête de sagesse*, coll. Doctrine juridique, PUF, 1998, Chap.10, pp.143-144. Voir également, « Droit et esthétique du droit », *Archives de philosophie du droit*, n°40, 1996.

[2850] Voir R.DEBRAY, *L'État séducteur*, Gallimard, Paris, 1993

[2851] A.LAINGUI, « La poésie dans le droit », *Arch. de phil. du droit*, 40, 1995, p.133. L'auteur évoque Charondas, Lycurgue, Dracon, Manou, *Ibid*. FÉNÉLON adhère à l'idée selon laquelle « la poésie a donné au monde les premières lois », Lettre sur les occupations de l'Académie française, 1714. Cité par A.LAINGUI.

[2852] J.MICHELET, *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, Paris, 1837.

[2853] L.MOUZE, *Le législateur et le poète. Une interprétation des Lois de Platon*, Presse Universitaire du Septentrion, Coll. Philosophie ancienne, Villeneuve D'ascq, 2005, p.308.

[2854] Voir N.LORAUX, « Solon et la voix de l'écrit », in *Les savoirs de l'Écriture en Grèce ancienne*, éd. M.Detienne, Lille, 1988.

[2855] J.GRIMM, *Von der Poesie im Recht*, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Tome II, 1815. Trad. E.TONNELAT, *Les frères Grimm, leur œuvre de jeunesse*, Paris, 1912. Cités par A.LAINGUI, « La poésie dans le droit », art. cit.

[2856] A.LAINGUI, « La poésie dans le droit », art. cit p.136.

dérive, comme la mise en vers du Code civil par B.M.Decamberousse[2857]. Si l'exercice impressionne par son ampleur, le résultat est loin d'être à la hauteur de l'œuvre originale et ne s'épargne pas le « ridicule »[2858] : L'article 312 relatif à la présomption de paternité est ainsi traduit :

> *« Conçu quand de l'hymen brille encore la lumière,*
> *L'enfant, dans le mari, doit reconnaître un père »*

Le contraste est saisissant entre la forme poétique et le fond de la matière juridique. Mais il est clair que le défi du législateur poète sera de traiter de questions prosaïques sous une forme poétique : « le fond est souvent peu poétique même chez nos plus grands poètes. Mais ne faut-il pas leur tenir compte de la grâce infinie de la forme ? »[2859]. La mise en exergue d'un idéal de loi sous la forme poétique semble relever d'un malentendu. En effet, les historiens de l'Antiquité nous révèlent que la forme poétique est une traduction de la loi initiale[2860]. La forme poétique constitue ainsi un complément communicationnel de la loi. En outre, si la forme poétique de la loi était adaptée dans l'Antiquité, « époque où les hommes étaient naturellement poètes »[2861], il est loin d'être acquis que cela soit le cas à l'époque du langage SMS. Le style de la loi renvoie alors à un défi linguistique qui consiste pour le législateur à parler la langue des citoyens.

§ 2 La langue du législateur, le langage de la loi et celui des citoyens

Ces trois termes doivent être distingués. Si le français s'est imposé depuis plusieurs siècles comme la langue du législateur, la question demeure de savoir de quel français il s'agit. Il conviendra alors d'envisager la question de l'adaptation du langage de la loi à celui des citoyens. La détermination d'une langue du législateur (A) repousse un peu plus loin la question de l'adéquation entre le langage de la loi et celui des citoyens (B)

[2857] B.-M. DECAMBROUSSE, *Le Code civil mis en vers français*, 1811, cité par A.LAINGUI, « La poésie dans le droit », art. cit., p.135.
[2858] Le mot est utilisé par A.LAINGUI, « La poésie dans le droit », art. cit., p.135.
[2859] MICHELET, *Origines du droit*, Lettre de 1838 écrite à Grimm, documents annexes,Tome III, Œuvres complètes de Michelet, 1973, p.597.
[2860] Voir N.LORAUX, « Solon et la voix de l'écrit », in *Les savoirs de l'Écriture en Grèce ancienne*, éd. M.Detienne, Lille, 1988.
[2861] G.-B. VICO, *Cinq livres sur les principes d'une science nouvelle*, LivreIV, Chap.7, cité par A.LAINGUI, « La poésie dans le droit », art. cit. p.133.

A/ Le Français comme langue du législateur

Il est aujourd'hui acquis que le Français est la langue du législateur[2862]. L'ordonnance Villers-Cotterêts d'août 1539 a été maintenue dans ses principes[2863]. Son article 111 dispose : « Et pour ce que telles choses sont souvent advenues sur l'intelligence des mots latins contenus esdits arrests, nous voulons dorénavant que tous arrests, ensemble toutes autres procédures, soient de nos cours souveraines et autres subalternes et inférieures, soient de registres, enquestres, contrats, commissions, sentences, testaments, et autres quelconques, actes et exploicts de justice, ou qui en dépendent, soient prononcés, enregistrés et délivrés aux parties en langage maternel français et non autrement »[2864].

L'histoire de la langue de la loi a connu des rebondissements depuis la révolution française. P. Encrevé relève que par un décret du 17 janvier 1790, l'Assemblée nationale décide de « faire publier les décrets de l'Assemblée dans tous les idiomes qu'on parle dans les différentes parties de la France »[2865]. La mesure est justifiée par son initiateur en ces termes : « tout le monde va être le maître de lire et écrire dans la langue qu'il aimera le mieux»[2866]. Une loi pour tous mais une loi dans chaque langue… Cette démarche a conduit à une politique de traduction des actes officiels dans les différents dialectes des départements français[2867]. Comme le relève P.Encrevé, « toutes les langues de la France étaient langues de la République »[2868]. Un revirement radical va être opéré sous la terreur qui lance « la politique linguistique inverse »[2869] pour imposer l'unité linguistique de la République. Il s'agit alors de

---

[2862] Voir notamment à cet égard, J.-M. PONTIER, « Le français et la loi », in M.Landick (dir.), *La langue française face aux institutions*, Actes du colloque du 24 novembre 2000 à Royal Holloway, University of London, L'Harmattan, Paris, 2003, pp.25-65. Du même auteur, voir, *Droit de la langue française*, Dalloz, Connaissance du droit, 1996.

[2863] P.LOUISE, « L'actualité de l'ordonnance rendue en août 1539 à Villers-Cotterêts », *Rapport de la Cour de Cassation pour 1989*, La documentation française, p.201.

[2864] ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t.12, p.600.

[2865] Voir P.ENCREVÉ, « La langue de la République », *Pouvoirs*, n°100, La République, 2002, p.127.

[2866] F.BRUNOT, *Histoire de la langue française*, Armand Colin, 1967, t.IX, 1, p.25. Cité par P.ENCREVÉ, « La langue de la République », art. cit., p.127.

[2867] Ce mouvement de traduction se poursuivra après la proclamation de la République. En 1792, une commission sera nommée afin d'accélerer les traductions et le Comité de Salut public créera un bureau de traduction chargé de transcrire les actes officiels en allemand, en italien, en bas-breton et en basque. Voir à cet égard, F.BRUNOT, *Histoire de la langue française*, op. cit., t.IX, 1, p.25, cité par P.ENCREVÉ, « La langue de la République », art. cit., p.128.

[2868] P.ENCREVÉ, « La langue de la République », art. cit., p.128.

[2869] *Ibid.,* p.128. L'auteur rappelle à cet égard l'adoption des décrets du 8 pluviose et du 2 thermidor, An II. Il rapporte également les propos de Barère qui déclarait au nom du Comité de salut public : « Citoyens, la langue d'un peuple libre doit être une et la même pour tous ». *ibid.*

mener une véritable guerre contre les patois, idiomes et langues étrangères[2870] : « le fédéralisme et la superstition parlent breton, l'émigration et la haine de la République parlent allemand, la contre-révolution parle italien et le fanatisme parle basque. Cassons ces instruments de dommage et d'erreur »[2871]. Cette conception s'est prolongée sans discontinuité jusqu'à nos jours. Sans doute, la recherche d'unité nationale est-elle le fondement d'une telle démarche. La stratégie rejoint ainsi celle mise en œuvre depuis François 1er[2872] jusqu'à la Vème République, en passant par le 1er Empire et son Code civil[2873]. De nombreux auteurs n'ont pas manqué de relever que cette conception tendait à considérer à tort que « l'unité implique l'unicité »[2874]. La IIIème République prit le relais de cette conception et utilisa l'école comme moyen d'imposer l'unicité de la langue française[2875] en allant jusqu'à l'interdiction de l'usage des patois y compris dans les cours de récréation[2876]. Sous la Vème République, plusieurs lois seront adoptées visant à protéger la langue française[2877]. La révision constitutionnelle du 23 juin 1992 se situe dans le prolongement de cette conception. Elle a conduit à insérer dans l'article 2 de la Constitution un premier alinéa ainsi rédigé : « La langue de la République est le français ». Le Conseil constitutionnel, au nom d'une certaine conception de l'indivisibilité de la République poursuit dans cette même voie en jugeant

---

[2870] Dans le même sens, P. Encrevé évoque le célèbre rapport du 16 prairial An II (6 juin 1794) de l'abbé Grégoire relatif à « la nécessité et les moyens d'anéantir les patois et d'universaliser la langue française » : « le peuple français doit être jaloux de consacrer au plus tôt, dans une République une et indivisible, l'usage unique et invariable de la langue de la liberté ». L'auteur du rapport évoque « la destruction des patois » : « avec trente patois différents nous sommes encore, par le langage, à la tour de Babel… ». Reprenant à son compte cette idée, le Comité de salut public déclarera peu après : « Dans une République une et indivisible la langue doit être une. C'est un fédéralisme que la variété des dialectes (…) il faut le briser ». Un décret du 2 thermidor suivra pour interdire l'utilisation des « idiomes ou langues autres que française »… *Ibid.,* p.128. Voir aussi sur ces textes, J.-M. PONTIER, *Droit de la langue française*, Dalloz, Connaissance du droit, 1996, p.7 et s.

[2871] Propos de Barère dans son Rapport du Comité du salut public sur les idiomes, du 8 pluviose An II (27 janvier 1994). Voir J.-M. PONTIER, *Droit de la langue française*, Dalloz, Connaissance du droit, 1996, p.7 et s.

[2872] Voir à cet égard, la célèbre ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 par laquelle le Roi renonce au Latin comme langue officielle pour lui substituer le français.

[2873] J.-M. Pontier remarque à cet égard que « la révolution s'est inscrite, de ce point de vue, dans la continuité de l'ancien régime ». J.-M. PONTIER, « Le français et la loi », in M.Landick (dir.), *La langue française face aux institutions*, op. cit., p.31.

[2874] P.ENCREVÉ, « La langue de la République », art. cit. p.130.

[2875] J.-M. Pontier rapporte en effet que « toute la politique scolaire de la IIIè République illustre cette politique en faveur d'une langue exclusive, la langue française. Les instituteurs, formés dans un même moule et épousant souvent l'idéal républicain reçu de la Révolution contribueront avec efficacité à éliminer les patois de l'école républicaine. », J.-M. PONTIER, « Le français et la loi », in M.Landick (dir.), *La langue française face aux institutions*, op. cit. p.31.

[2876] P.ENCREVÉ, « La langue de la République », art. cit. p.131.

[2877] Voir à cet égard la loi « Bas-Lauriol » du 31 décembre 1975 (Loi relative à l'emploi de la langue française) et la loi du 4 août 1994 dite « loi Toubon » (Loi relative à l'emploi du français). Dans les deux cas, il s'agissait de « protéger les usagers du français… contre une mauvaise compréhension qui résulterait de l'emploi, soit de textes rédigés exclusivement en langue étrangère, soit de textes français comportant des termes et des expressions étrangers ». Circulaire du 14 mars 1977 concernant la loi du 31 décembre 1975. Cité par J.-M.PONTIER, « Le français et la loi », in M.Landick (dir.), *La langue française face aux institutions*, op. cit. p.34.

incompatible avec notre Constitution la Charte européenne des langues régionales et minoritaires[2878].

Il n'est pas anodin de remarquer qu'une telle option de politique linguistique suppose la mise en œuvre de moyens éducatifs. Ainsi, F.Brunot rapporte-t-il que la décision d'instaurer l'unité linguistique de la République s'est accompagnée de la décision d'envoyer un instituteur de langue française dans chaque commune d'Alsace, de Bretagne, du Pays Basque et de Corse[2879].

En dépit de cette politique menée depuis plusieurs siècles, la pluralité linguistique demeure une réalité incontournable. En plus de patois et langues régionales, « les langues issues de l'émigration » ont pris le relais et « les cours des écoles de banlieue n'ont jamais résonné d'autant de langues « autres que la française »[2880]. Au-delà encore de l'existence des patois, la volonté politique d'imposer le français renvoie à une question à la fois fondamentale et insoluble : Le Français, oui, mais lequel ?

Dès lors qu'il est acquis que le Français est la langue du législateur, se pose toute une série de questions relatives à la détermination de cette langue commune.

B / Parler le langage des citoyens[2881]

Au regard de l'exigence de lisibilité de la loi, il appartient au législateur de tenir compte des variations de langage liées aux origines sociales et géographiques diverses de ses interlocuteurs, et de s'efforcer de s'exprimer dans un « français ordinaire »[2882]. Françoise Gadet explique que cette expression « doit être compris(e) par référence à ce à quoi on peut l'opposer. Ce n'est bien sûr pas le français soutenu, ni recherché, ni littéraire, ni puriste. Mais ce n'est pas non plus (pas seulement) le français oral ou parlé, puisqu'il peut s'écrire. Pas davantage le français populaire, ramené à un ensemble social. C'est davantage le français

[2878] Décision du 15 juin 1999. Voir à cet égard G. CARCASSONNE, *Étude sur la compatibilité entre la Charte européenne des langues régionales et minoritaires et la Constitution*, Rapport au Premier ministre, Septembre 1998. Sur la langue française voir notamment la décision 94-345 DC du 29 juillet 1994.
[2879] L'enseignement de la langue officielle est un corollaire du principe démocratique. Voir *supra*, Titre I, Chapitre 2. F.BRUNOT, *Histoire de la langue française,* op. cit., p. 222. L'auteur relève à cet égard qu'une telle décision était inapplicable « faute d'instituteurs bilingues ».
[2880] P.ENCREVÉ, « La langue de la République », art. cit. p.131.
[2881] *Ibid*., pp.123-136. H.GUILLOREL et G.KOUBI (dir.), *Langues et droits*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
[2882] F. GADET, *Le français ordinaire*, Armand Colin, Paris, 1989.

familier, celui dont chacun est porteur dans son fonctionnement quotidien, dans le minimum de surveillance sociale : la langue de tous les jours »[2883].

La nécessité pour le législateur de s'exprimer dans une langue commune à l'ensemble des citoyens était perçue dans l'Antiquité. Ainsi, Jean-Marie Bertrand raconte-t-il qu'Athènes engagea un mouvement de mise en conformité de l'écriture publique avec l'écriture privée. Archinos, le promoteur de cette initiative, manifestait le « souci de rapprochement du langage officiel et du langage quotidien»[2884]. On rapporte que « par souci de rapprochement du langage officiel et du langage quotidien, le grand décret sur le monopole de l'usage de la monnaie attique dans l'empire fut affiché dans chacune des cités en conformité avec les usages de chacun de ses destinataires[2885]. Assez récemment, en France, un mouvement de simplification du langage administratif a été mené, associant des spécialistes de la linguistique[2886]. Pierre Encrevé rapportait lors d'une conférence du CRDP consacrée au langage du droit, que l'objectif était de rendre les documents concernés lisibles par un adolescent de 12 ou 13 ans. L'inaccessibilité et l'inintelligibilité des lois sont souvent perçues au regard de cette question du langage de la loi[2887].

Le choix des mots de la loi traduit ce décalage entre le langage officiel et le langage quotidien. Employer des mots accessibles à tous c'est utiliser des mots de la vie courante. À titre d'exemple, le terme « diligence » est un terme très apprécié du législateur et des juristes mais qui est rarement employé dans la vie quotidienne. On pourrait dire de même du terme « intelligibilité ». Le langage de la loi a une part irréductible de technicité. Gérard Lyon-Caen explique ainsi le recours incontournable de certains termes techniques propres au domaine du droit social[2888]. Néanmoins la tendance excessive du langage du droit est le jargonnage[2889].

[2883] *Ibid.,* Avant-propos. L'auteur précise d'emblée que « cette langue, qui n'est pas définissable comme un ensemble puisqu'elle est différente pour chacun, peut faire l'objet d'une réflexion linguistique ». *Ibid.*

[2884] J.-M. BERTRAND, *De l'écriture à l'oralité. Lectures des lois de Platon,* op. cit., p.119.

[2885] J.-M.BERTRAND, *De l'écriture à l'oralité. Lectures des Lois de Platon,* op. cit., p.119.

[2886] Voir à cet égard le décret n°98-1083 du 2 décembre 1998 relatif aux simplifications administratives et le décret n°2003-1099 du 20 novembre 2003 portant création d'un Conseil d'orientation de la simplification administrative. Dans un sens convergent voir la loi précitée n°2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

[2887] G.LEBRETON, « Langue française et accès au droit », *RRJ,* n°3, 2003, p.1655.

[2888] G.LYON-CAEN, « Le langage en droit du travail », in N. Molfessis, (dir.), *Les mots de la loi*, op. cit., pp.1-10.

[2889] P.Wachsmann stigmatise à cet égard les choix de formules technocratiques : L'auteur évoque ainsi la loi du 2 juillet 2003, habilitant le gouvernement à simplifier le droit, « lorsqu'elle crée un Conseil d'orientation de la simplification administrative », qu'il eût sans doute été envisageable de nommer plus simplement », ou encore « l'appellation de « zone d'attente » donnée aux secteurs des aéroports et autres points de circulation où sont maintenus les étrangers dépourvus des documents leur permettant d'entrer sur le territoire français : le refus d'assumer ses choix emprunte ici les voies détestables du « politiquement correct » ». P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., p.817.

L'article 121-3 alinéa 3 de la loi du 13 mai 1996 fournit un exemple assez évocateur. En vertu de cette disposition, le délit est constitué…

« Lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements, sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

Dans cet article, cité par D.Gutmann, il y a plusieurs idées dans la même phrase et les mots ne correspondent pas à ceux utilisés dans la vie courante. L'auteur recommande ainsi d'éviter les répétitions et d'utiliser un vocabulaire courant. En suivant ces deux préceptes de la légistique, on peut parvenir au résultat suivant :

« . Il y a délits dans tous les cas prévus par la loi, en cas d'imprudence, de négligence et de manquement de sécurité.
. Toutefois, le délit n'est pas constitué lorsque l'auteur des faits a fait « tout ce qu'il a pu » compte tenu de ses capacités et de ses moyens. »

Le choix des mots est une question éminemment sociologique puisqu'il suppose de connaître le niveau de langage courant des destinataires de la règle. Dès lors, les critères permettant d'évaluer le caractère intelligible d'une loi au regard de la population destinataire sont nécessairement évolutifs. Les critères d'une loi intelligible ou accessible ne seront pas les mêmes d'une époque à l'autre. Les mots de la loi sont ainsi susceptibles de varier en fonction de la population. Si la loi doit parler la langue des citoyens ordinaires, celle-ci évolue continuellement. L'ordonnancement juridique actuel pourrait ainsi être jugé parfaitement intelligible si la population des citoyens ordinaires était constituée de juristes titulaires d'une Maîtrise de droit.

Cet impératif pose une question fondamentale et évidemment insoluble : Si le législateur doit parler la langue des citoyens, cela suppose qu'il existe une telle langue. Dans toute communauté linguistique, il existe des variations dans l'usage de la langue en fonction de l'origine sociale des locuteurs et/ou de leur situation géographique. La socio-linguistique est la « sous-discipline qui envisage les langues du point de vue de leur instabilité et de leur

hétérogénéité interne »[2890]. Elle nous renseigne et permet de constater une diversité linguistique, une mosaïque de dialectes. Cet éclatement linguistique est fonction de deux facteurs combinés : l'origine socio-culturelle et la situation géographique des locuteurs. La variation sociale semble aujourd'hui être la plus importante. Le propos est digne d'une vérité de La Palisse : « un ouvrier ne parle pas comme un paysan, qui lui-même ne s'exprime pas comme un maître des requêtes au Conseil d'État »[2891]. La variation géographique subsiste, à travers la survie des patois et idiomes, mais est de plus en plus perméable à la variation sociale : on ne parle pas le même langage de part et d'autre du périphérique. Les banlieues offrent une illustration du développement de dialectes spécifiques à des zones géographiques[2892]. Les dialogues du film « L'esquive »[2893] donnent la mesure de cette singularité linguistique et il est peu probable qu'un député « ordinaire » soit à même de comprendre ce langage. Il en va de même de certaines régions de France où les patois demeurent le langage courant d'une partie de la population. Les choses se compliquent enfin, si l'on prend en considération que le droit se construit par strates successives empilant ainsi les vocabulaires différents d'époques différentes. C'est ce que François Gadet qualifie de « variation temporelle ou diachronique » : « Il n'est pas de langue qui ne change, de façon permanente, selon les époques imperceptiblement ou brutalement… »[2894]. Cette constatation doit être reliée à un type de variation du langage liée à l'âge du locuteur.

La prise en compte de cette diversité implique-t-elle alors la conclusion selon laquelle, puisque le législateur doit parler la langue des citoyens, il se doit d'être polyglotte pour parler en fait « les » langues des citoyens ? Poussée à son extrême, cette logique heurterait de front une des fonctions essentielles de la loi : l'unification. Cette fonction est au cœur de l'acte législatif depuis qu'il a permis au Moyen-Âge de passer de la Suzeraineté à la Souveraineté. Cette fonction est celle qui a conduit à l'ordonnance de Villers-Cotterêts. Cette fonction est celle qui est à l'œuvre au moment du Code civil… qui achève, dans une certaine mesure cette unification du territoire national. Un seul droit, une seule langue. Le rappel de cette fonction fondamentale de la loi permet d'envisager une autre branche de l'alternative : celle qui consiste pour la loi, non pas à nier la diversité linguistique, mais au contraire à en prendre la mesure, pour inventer une langue commune, *Koinè,* dans le monde grec[2895]. L'ambition

---

[2890] F. GADET, *Le français ordinaire*, Armand Colin, Paris, 1989, p.7.
[2891] *Ibid.,* p.9.
[2892] Sur le langage dans les « cités », voir *Le lexik des Cités*, éd. Fleuve noir, 2007.
[2893] *L'esquive*, Abdellatif Kechiche (réalisateur), 2003.
[2894] F. GADET, *Le français ordinaire*, Armand Colin, Paris, 1989, p.10.
[2895] J.-M.BERTRAND, *De l'écriture à l'oralité. Lectures des Lois de Platon,* op. cit., p.119.

communicationnelle de la loi serait ainsi de construire une unité linguistique, d'inventer la langue commune. L'idéal législatif recoupe alors parfaitement l'idéal linguistique[2896].

Comme le démontre F. Ost, l'idéal de la loi parfaite est consubstantiellement lié à l'idéal d'une langue parfaite[2897], « autre grande utopie européenne qui a conduit des cohortes de penseurs à chercher la voie d'une langue universelle susceptible de rapprocher les peuples et nations par-delà la grande blessure babélienne »[2898]. Le langage et le droit partagent en effet des « raisons d'être ». Et au-delà encore, leur relation mutuelle est placée sous le signe de l'interdépendance dans la mesure où le droit est médiatisé par le langage. Ainsi, la recherche de la loi idéale transite par celle de la langue parfaite : celle qui sera comprise par tous. Même à l'échelle d'une nation, le défi qui consiste à parler une langue commune à tous les citoyens semble constituer une utopie inaccessible. La malédiction de Babel peut être ramenée à l'échelle d'un État dans la mesure où, même en dehors de l'existence de patois et de dialectes propres à certaines zones géographiques, les individus, en considération même de leur origine sociale et de leur niveau d'instruction, ne parlent pas le même langage. La recherche d'une langue commune constitue un défi démocratique majeur qui implique les différents acteurs du système. Le législateur devra ainsi chercher, autant que faire se peut, à s'exprimer dans un langage partagé par une grande majorité de citoyens et dans le même temps, l'émergence de ce langage commun implique la participation des citoyens aux débats publics. Ce langage commun sera ainsi la résultante d'un dialogue entre représentants et représentés[2899].

Les contours de ces défis artistiques et linguistique donnent la mesure des limites du juge constitutionnel eu égard à la lisibilité. On retrouve de telles limites s'agissant de la présentation formelle des lois.

[2896] F.OST, « L'amour de la loi parfaite », in J.Boulad-Ayoud, B.Melkevik et P. Robert (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Les Presses Universitaires de Laval, L'Harmattan, 1996, pp.53-77.

[2897] F.OST, « L'amour de la loi parfaite », art. cit.,. pp.53-54. L'auteur se fonde sur « l'étude magistrale que Umberto Eco consacre (…) à la recherche de la langue parfaite ». Voir à cet égard, U.ECO, *La recherche de la langue parfaite dans la culture européenne*, Paris, 1994.

[2898] F. OST, « L'amour de la loi parfaite », art. cit. p.54.

[2899] En outre, comme nous l'avons précédemment constaté cette recherche de langue commune est liée au développement de l'instruction publique. F.BRUNOT, *Histoire de la langue française,* op. cit., p. 222.

Section 3 La présentation formelle des lois

L'esthétique normative doit être entendue dans un sens large englobant tout à la fois les qualités d'une expression linguistique agréable voire distrayante (voir supra, section précédente) et la présentation formelle du texte. L'esthétique normative déborde ainsi les questions de stylistique (la beauté de l'expression) et englobe l'esthétique du support normatif. Il s'agit alors de considérer la dimension plastique de la loi pour la rendre attractive. Cette esthétique est liée aux choix de typographie (taille des caractères, couleurs), mais également au choix du support de communication : Journal officiel, codes, affiches, monuments etc…

Dans l'antiquité, la présentation formelle des lois semble revêtir une importance considérable. L'affichage dans les lieux publics (cf : la notion d'accessibilité) imposait de recourir à des « supports durables »[2900] tel que le bois ou la pierre. Ce type de support avait par ailleurs l'avantage d'assurer aux textes législatifs une certaine pérennité mais n'a pas empêché leur prolifération[2901]. Le cas de l'écriture monumentale est particulièrement révélatrice du souci d'accessibilité et de lisibilité. Il s'agit des mémoriaux de pierre et de bronze[2902]. Littéralement érigée sur la place publique, la loi est réputée être connue de tous[2903]. En outre les efforts en matière de lisibilité se traduisent par la taille des caractères : « On savait parfaitement que pour que la compréhension d'un texte fût plus aisée il suffisait de jouer sur la taille des caractères »[2904]. L'utilisation de la couleur rouge était pareillement destinée à la visibilité de ces caractères[2905].

Si l'ambition du législateur est de rapprocher la loi des citoyens, il semble qu'il ne peut faire l'économie d'une réflexion en matière de présentation formelle des lois. Il s'agit donc d'envisager le Journal officiel sous l'angle de sa présentation. Cette présentation a un impact évident sur la lisibilité, aussi certainement que la qualité d'une écriture facilite la tâche du correcteur de copie. Pour fondamentale qu'elle soit, cette question n'en est pas moins

---

[2900] Voir, J.-M. BERTRAND, D*e l'écriture à l'oralité. Lectures des lois de Platon, op. cit.* p.110 et s.

[2901] J.-M. BERTRAND explique que « la lisibilité des documents publiés devient moins aisée, naturellement, quand il y eut des stèles partout dans les villes », D*e l'écriture à l'oralité. Lectures des lois de Platon, op. cit.* p.121.

[2902] Voir, J.-M. BERTRAND, D*e l'écriture à l'oralité. Lectures des lois de Platon, op. cit.* p.113.

[2903] S.GEORGOUDI, « Manière d'archivage et archives de cités », in *Les savoirs de l'écriture en Grèce ancienne*, éd. M.Detienne, Lille, 1988, pp.221-251.

[2904] Voir Platon, *La République*, 368d. J.-M. BERTRAND, D*e l'écriture à l'oralité. Lectures des lois de Platon, op. cit.* p.116.

[2905] Voir F.RUZÉ, « Aux débuts de l'écriture politique : le pouvoir de l'écrit dans la cité », in *Les savoirs de l'écriture en Grèce ancienne*, éd. M.Detienne, Lille, 1988, pp.82-94.

négligé par la doctrine qui évoque au plus la question de l'épaisseur et du poids du Journal officiel[2906]. Ces choix concernent alors la typographie choisie, le type de papier, la palette graphique et la composition[2907]. Ces questions de présentation formelle sortent largement du cadre du contentieux constitutionnel.

Les limites du Conseil constitutionnel en matière de lisibilité des lois sont également liées aux questions d'organisation et de fonctionnement de la machine parlementaire sur lesquelles le Conseil n'a qu'une emprise limitée.

[2906] Voir à cet égard, l'article de HISPALIS, « Pourquoi tant de lois », art. cit.

[2907] Plusieurs questions se posent à cet égard : Qui décide de cette présentation formelle des lois ? Est-ce le législateur ou le pouvoir réglementaire, l'imprimerie nationale ou les éditions du JO ? L'autorité compétente a-t-elle pensé à organiser un concours ? Font-ils appel à des experts dans ce domaine ? Existe t-il des « law designer » ? Dans quelle mesure, l'exigence de lisibilité a t-elle été prise en considération ? Ayant contacté les éditions du JO pour obtenir quelques éclaircissements sur ces différents points, je n'ai pas obtenu de réponse.

Section 4 Organisation du Parlement et qualité de la loi

Un certain nombre de problèmes échappent à la compétence du Conseil constitutionnel et ont pourtant une incidence certaine sur la qualité des lois. L'organisation du travail parlementaire en constitue un exemple assez évocateur. En effet, ces questions sont fondamentales puisqu'il s'agit d'envisager le fonctionnement de la machine qui vote la loi. Nous pourrons envisager l'obligation du vote personnel (§1), l'absentéisme des parlementaires et le cumul des mandats (§2).

§1 L'obligation du vote personnel

Le lien entre l'obligation de vote personnel et la qualité de la loi n'est pas évident. Pourtant, l'obligation de présence au moment du vote constitue un principe destiné à ne pas faire de la loi un acte anodin. La multiplication de ces délégations aboutirait à l'adoption de lois sans que les parlementaires aient eu une connaissance suffisante de celles-ci. De toute évidence, de telles délégations abusives amplifieraient le phénomène de l'inflation législative. Murielle Mauguin Helgeson évoque l'image d' « une assemblée vide et quelques parlementaires qui courent pour exprimer les voix des absents » avant de conclure que cela ne plaide pas pour « le sérieux du travail parlementaire »[2908]. De son côté G. Carcassonne dénonce cette pratique en des termes vigoureux : « On s'honore de cette trouvaille saugrenue qui consiste à remplacer la machine par l'homme, à exiger de celui-ci qu'il fasse aussi bien, voter, mais à le dispenser d'accomplir ce qu'elle ne peut pas faire, proposer et délibérer »[2909].

C'est l'article 27 de la Constitution qui pose l'obligation du vote personnel tout en admettant l'existence de dérogations exceptionnelles[2910]. La tentative d'assouplissement opérée par la loi organique n°62-1 du 3 janvier 1962, donnera lieu à une décision du Conseil constitutionnel qui n'admettra qu'une des trois causes de dérogation introduite dans la loi : « la force majeure ». Dans sa décision 61-16 DC[2911], le Conseil constitutionnel censure une disposition de la loi organique qui organisait la possibilité de déléguer son droit de vote en

[2908] M.MAUGUIN HELGESON, *L'élaboration parlementaire de la loi*, op. cit. p.447.
[2909] G.CARCASSONNE, *La Constitution*, op. cit. Commentaire de l'article 27.
[2910] L'ordonnance n°58-1066 du 7 novembre 1958 autorise des dérogations au principe dans cinq cas limitativement énumérés : 1 – Maladie, accident ou événement familial grave empêchant le parlementaire de se déplacer. 2 – Mission temporaire confiée par le Gouvernement. 3 – Service militaire accompli en temps de paix ou en temps de guerre. 4 – Participation aux travaux des assemblées internationales en vertu d'une désignation faite par l'Assemblée nationale ou le Sénat. 5 – En cas de session extraordinaire, absence de la métropole.
[2911] Décision 61-16 DC du 22 décembre 1961. *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1066 du 7 novembre 1958 autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote*. Recueil, p. 24.

dehors de cas exceptionnels, c'est-à-dire en dehors de cas de force majeure. Le juge estime que, si en prévoyant une délégation exceptionnelle du droit de vote, la loi organique respecte « le principe constitutionnel (…) il n'en est pas de même de la disposition de la loi organique visant « les obligations découlant de l'exercice du mandat parlementaire ou d'un mandant dans les conseils élus des collectivités territoriales de la République » ; qu'en effet, cette disposition, dans les termes où elle est rédigée, et alors que les obligations dont il s'agit ne seraient pas soumises à l'appréciation des bureaux des Assemblées, enlèverait à la délégation de vote le caractère qu'a voulu lui conférer la Constitution, de dérogation exceptionnelle au principe du vote personnel ; »

Pourtant, l'appréciation du vote personnel par le Conseil constitutionnel traduit une certaine permissivité du juge face à la pratique du « vote des absents »[2912]. Le Conseil constitutionnel considère en effet que le fait que le nombre de votes favorables soit supérieur au nombre des députés présents n'entache de nullité la procédure législative « que s'il est établi, d'une part, qu'un ou des députés ont parfois été portés comme ayant émis un vote contraire à leur opinion et, d'autre part que sans la prise en compte de ce ou ces votes, la majorité requise n'aurait pas été atteinte »[2913]. G. Carcassonne résumera le système en expliquant que « le caractère personnel du vote ne se définissait pas matériellement – la main qui actionnait la clé – mais intellectuellement – la position prise était bien celle à laquelle personnellement, l'intéressé adhérait. »[2914].

Il est intéressant de constater que cette pratique fut abandonnée en 1993, non sous la pression du juge constitutionnel mais sous l'impulsion du Président de l'Assemblée nationale. Cette question n'est pas dénuée de lien avec celle de l'absentéisme des parlementaires.

§ 2 L'absentéisme des parlementaires et le cumul des mandats

La qualité de la loi est directement liée au travail des parlementaires. De ce point de vue, leur présence lors des travaux en Commission mais également dans l'hémicycle au moment des débats et des votes constitue une nécessité en la matière. La présence des députés comme des sénateurs lors de la discussion sur un texte est le gage de la qualité de ce dernier. Cet absentéisme s'expliquant par ailleurs par le cumul des mandats, l'interdiction d'une telle

[2912] Voir P.AVRIL et J. GICQUEL, *Droit Parlementaire*, 3ème éd. Montchrestien, 2004, p.139. Les auteurs retracent la naissance de cette pratique à partir de 1848, facilité par l'introduction sous la IIIème République des boîtiers.
[2913] Décision précitée 86-225 DC du 23 janvier 1987.
[2914] G.CARCASSONNE, *La Constitution*, op. cit. Commentaire de l'article 27.

pratique pourrait en effet avoir un effet positif en termes de qualité des débats et *in fine* de la loi.

D'autres questions relatives à l'organisation du travail parlementaire auraient pu être évoquées[2915]. Ainsi, l'organisation du travail parlementaire en session unique et le recours aux sessions extraordinaires étaient évoqués par le Président du Conseil constitutionnel lors de son discours de vœux en 2005. À propos de la session unique, il expliquait : « Elle a pu favoriser une certaine inflation législative : le fait que les assemblées se réunissent tout au long de l'année pousse à légiférer». Concluant cette analyse, Pierre Mazeaud estimait que « ces difficultés appellent une refonte des méthodes de travail des assemblées »[2916], ce qui, de toute évidence, ne relève pas de la compétence du Conseil constitutionnel.

[2915] Les questions relatives au temps de la procédure ont déjà été évoquées dans le précédent titre, Chapitre 2, Section 4.
[2916] Discours de vœux au Président de la République, précité. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

Conclusion du Chapitre 1

Le défi de la lisibilité renvoie à un ensemble de questions sur lesquels le juge constitutionnel n'a que peu d'emprise. D'une manière générale, les moyens permettant la réalisation de cette exigence relèvent de la compétence du législateur. L'éventail des moyens envisageables pour œuvrer en faveur de la lisibilité donne ainsi la mesure des limites du Conseil constitutionnel. Ces limites peuvent également résulter des choix contentieux opérés par ce dernier.

Chapitre 2

Les limites tenant aux choix contentieux du juge constitutionnel

Pour cerner les limites du juge constitutionnel face à cette exigence de lisibilité, il est nécessaire d'évaluer les choix contentieux opérés par celui-ci pour servir cette exigence. Il convient à cet égard d'envisager cette exigence, non pas comme un résultat atteignable mais plutôt comme une orientation. Partant de ce postulat, la question posée consiste à savoir si les choix opérés par le juge étaient les plus pertinents pour avancer vers cet horizon. La démarche retenue est à cet égard proche de celle préconisée par la légistique. Il s'agira donc de procéder à l'évaluation des choix contentieux opérés par le Conseil constitutionnel, d'une part en recensant les moyens que le Conseil constitutionnel refuse d'accueillir dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois (section 1), d'autre part en évaluant les choix du Conseil constitutionnel dans le cadre de sa stratégie jurisprudentielle en matière de qualité de la loi (section 2).

Section 1 Esthétique de la norme et *self restraint*

Il y a des défaillances que le Conseil constitutionnel refuse de sanctionner. Il s'agira ici d'établir la liste des défaillances formelles non sanctionnées par le juge constitutionnel français. En la matière, on doit noter que l'éventail des défaillances formelles non censurées tend à se resserrer ces dernières années. La liste ici établie peut donc encore évoluer car le curseur est toujours susceptible de bouger. D'une manière générale, on peut constater que la retenue du Conseil constitutionnel s'applique aux défaillances qui sont liées à des pratiques législatives. Dans ces cas, l'absence de censure résulte du refus du juge constitutionnel de s'immiscer dans les choix de gouvernance. Ainsi, le Conseil constitutionnel refuse-t-il de considérer le préjudice esthétique comme un motif d'inconstitutionnalité autonome (§1). Ainsi, le même juge refuse-t-il de sanctionner par principe certaines pratiques législatives telles que le recours aux lois « fourre-tout » ou les renvois d'un texte à un autre (§2).

§ 1 Le préjudice purement esthétique n'est pas un motif d'inconstitutionnalité autonome

Parmi les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs, D. Dokhan évoque « le rejet des conclusions tirées des imperfections rédactionnelles de la loi »[2917]. Il est intéressant d'envisager l'évolution de cette limite dans le temps. Si la position de principe du Conseil constitutionnel est restée invariable, l'évolution est pourtant très nette. Invariable, la position du Conseil constitutionnel consiste à considérer qu' « il ne lui appartient pas « de faire porter son contrôle sur des critiques d'ordre rédactionnel qui sont sans rapport avec des dispositions constitutionnelles »[2918]. Le Conseil constitutionnel ne censure pas une disposition législative du seul fait d'une défaillance formelle. Dans sa décision 82-149 DC[2919], le Conseil va ainsi juger que « le caractère imprécis d'une disposition législative n'est pas de nature à

[2917] David DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 103, LGDJ, Paris, 2001, p.437.
[2918] Décision 86-216 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec. p.135, (Cons. 20).
[2919] Décision 82-149 DC du 28 décembre 1982. *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*. Recueil, p. 76.

être censurée pour inconstitutionnalité »[2920]. Il ne censurera de telles défaillances qu'en tant qu'elles sont susceptibles de porter atteinte à des principes constitutionnels. Il n'y a donc pas autonomie du critère formel. *A fortiori*, les seules défaillances esthétiques, touchant au style de la loi, resteront en dehors du champ des défaillances sanctionnées par le Conseil. L'évolution se traduit néanmoins par l'extension des dispositions constitutionnelles qui lui permettent de porter un jugement sur les qualités rédactionnelles de la loi. Une des évolutions les plus notables en la matière résulte de la censure prononcée dans la décision précitée 2005-512 DC qui concernait un véritable « neutron législatif ». La doctrine a pu à cet égard constater que le préjudice était « purement esthétique »[2921]. Pourtant, dans ce cas, le Conseil constitutionnel rattache la défaillance formelle à une disposition constitutionnelle puisqu'en vertu de sa jurisprudence, c'est l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui impose au législateur d'adopter des dispositions revêtues d'une portée normative. En définitive, en dépit des nombreuses évolutions dans ce domaine, le Conseil constitutionnel est resté fidèle à son ancienne jurisprudence. Le Conseil constitutionnel est en mesure de déplacer son curseur en élargissant sa conception des atteintes aux principes constitutionnels. C'est ce qu'il fait à travers la consécration de l'objectif d'intelligibilité. Les évolutions restent à cet égard envisageables dans la mesure où la consécration de cet objectif permet de considérer que les critiques d'ordre rédactionnel trouvent désormais un point d'appui constitutionnel.

Les limites du Conseil constitutionnel face aux défaillances esthétiques des lois sont nombreuses. Elles se traduisent par la relativité de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité qui ne permet pas au Conseil constitutionnel de censurer la complexité des lois (voir *supra*, Titre II, Chapitre 1, Section 2). Une application plus stricte de cet objectif impliquerait de remettre en cause les frontières de ce qui relève aujourd'hui du pouvoir discrétionnaire du législateur. Tel est le cas de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de loi de financement de la Sécurité sociale. Si le Conseil constitutionnel censurait une telle loi sur le fondement de l'objectif et au motif que le dispositif mis en place est trop complexe, cela conduirait à remettre en cause l'architecture globale du système de financement de la Sécurité sociale[2922]. L'obstacle réside alors essentiellement dans cette question : est-ce le rôle du Conseil constitutionnel d'impulser un tel changement ?

[2920] David DOKHAN, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, op. cit. p.437.
[2921] Voir G.CARCASSONNE, « Penser la loi », art.cit., p.51
[2922] Pour P. Wachsmann, « cette solution est certes due en grande partie aux caractéristiques du contrôle de constitutionnalité des lois à la française, qui interdit la remise en cause de la loi promulguée, il n'en reste pas moins qu'elle revient à renoncer à imposer au législateur une intelligibilité effective – laquelle devrait

En outre, les limites du Conseil constitutionnel se traduisent par le refus de sanctionner le choix opéré par le législateur de recourir aux techniques législatives de précision[2923]. La qualité formelle des lois est largement dépendante de ce choix. L'intelligibilité de la loi est liée à sa concision. De ce point de vue, il est clair que ces techniques favorisent tendanciellement la prolifération normative et le gonflement des lois puisqu'il s'agit pour le législateur d'essayer de prévoir toutes les potentialités du texte au moment de son application, d'énumérer tous les cas et de prévoir toutes les exceptions. Même si le Conseil constitutionnel semble lui-même privilégier la technique de précision à la technique législative souple, il apparaît qu'un tel choix ne relève nullement de la compétence du juge constitutionnel. Mettre en œuvre l'objectif d'intelligibilité suppose de faire des choix stratégiques qui sont en fait éminemment politiques.

Il convient de rattacher ce réalisme, d'une manière générale, au refus du juge constitutionnel de s'immiscer dans les choix de gouvernance. On retrouve cette même retenue du juge face à certaines pratiques du législateur.

§2 Les limites du Conseil constitutionnel face à certaines pratiques du législateur

La limite fondamentale du Conseil constitutionnel en matière de lisibilité résulte de son refus de condamner des pratiques législatives qui ont des conséquences négatives sur la qualité formelle des lois. Sa politique jurisprudentielle consiste davantage à censurer les défaillances les plus graves résultant de ces mêmes pratiques. Le respect par le Conseil constitutionnel des frontières du pouvoir discrétionnaire du législateur conduit ce juge-docteur à traiter les symptômes sans pouvoir s'attaquer à l'origine du mal. Il s'agit par exemple, de la pratique des lois « fourre-tout » (A), de la pratique des renvois (B) et autres « dispositions balais » (C).

---

s'apprécier au niveau de la législation dans son ensemble, telle que transformée par la loi nouvelle - et non pas simplement rhétorique». P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit., p.813.

[2923] V.LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in R. Drago (dir.), *La confection de la loi,* op. cit. spécialement pp.210-213. L'auteur présente deux modèles : les techniques législatives de précision et les techniques législatives souples : « Les premières précisent la loi de la manière la plus complète, de telle sorte que la décision du juge découle d'une application pure et simple de la lettre de la loi (les techniques de la clarté, de la définition, et de l'énumération). Les secondes confèrent au juge un rôle accru, prolongeant celui du législateur (les techniques de l'énoncé général et du pouvoir modérateur du juge.) ». *Ibid.* p. 210. Voir également, V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 371,Paris, 2002.

A / Les lois « fourre tout »[2924]

« Loi fourre-tout éviteras » (Solon)[2925]

La pratique des lois « fourre-tout » offre au législateur la possibilité de contourner les exigences du Conseil constitutionnel relatives aux cavaliers législatifs. Cette pratique qui porte atteinte à la qualité formelle des lois constitue néanmoins une pratique de gouvernance à laquelle le Conseil constitutionnel ne semble pas disposer à s'opposer.

Le lien entre les cavaliers législatifs et les lois « fourre-tout » est particulièrement intéressant. Les efforts du Conseil constitutionnel pour limiter les dispositions dépourvues de lien avec l'objet des lois qui les accueillent sont largement contrecarrés par la pratique des lois « fourre-tout ». En effet, l'objet des lois portant diverses mesures est précisément de rassembler des dispositions disparates. Ainsi l'objet de la loi et le contenu normatif coïncident[2926]. Les lois fourre-tout font ainsi figure de « substituts à la pratique des cavaliers législatifs »[2927]. On doit pourtant constater que sa jurisprudence en la matière a été fixée au moment de l'examen d'une loi portant diverses mesures d'ordre social[2928]. En effet, en dépit de la largesse de leur objet, le Conseil constitutionnel leur impose de « conserver une certaine cohérence »[2929]. C'est ce qui ressort de la décision 94-347 DC[2930] dans laquelle le Conseil constitutionnel ne censure pas l'insertion d'une disposition en raison de son lien avec l'objet de la loi. Le Conseil constitutionnel considère dans cette même décision qu' «aucune disposition ni aucun principe de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce que le Premier ministre ait inclus conformément à l'article 39 de la Constitution, dans un texte soumis aux assemblées sous l'intitulé « projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier » des dispositions relatives à cette matière ». Certes le Conseil constitutionnel maintient l'exigence d'un lien avec le texte, néanmoins, les domaines de ces textes sont si

[2924] Sur les lois fourre-tout en France voir J.-C.SAVIGNAC et S.SALON, « Des mosaïques législatives ? À propos d'une manière de légiférer », *AJDA*, 20 janvier 1986.

[2925] SOLON, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2000 : un décalogue à l'usage du législateur ? », *LPA*, 10 janvier 2001, n°7.

[2926] Voir dans le même sens, A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., pp.89-90.

[2927] A.-L.VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.266. « elles regroupent souvent en leur sein toutes les dispositions qui ne peuvent figurer dans une loi de finance ou de financement de la sécurité sociale, sous peine d'être censurées comme cavaliers budgétaires et sociaux. », *ibid.*

[2928] Voir la décision 86-225 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel censure un amendement qui reprenait dans son intégralité le contenu de l'ordonnance relative à l'aménagement du temps de travail qu'avait refusé de signer le Président de la République. Cet amendement avait été inséré dans une loi portant diverses mesures d'ordre social. Décision du 23 janvier 1987. *Loi portant diverses mesures d'ordre social*. Recueil, p. 13.

[2929] A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.266.

[2930] Décision 94-347 DC du 3 août 1994. *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.* Recueil, p. 113.

larges que cela réduit la portée pratique de l'obligation. Dans le communiqué de presse accompagnant la décision précitée 2000-437 DC, on peut lire que l'augmentation du nombre de cavaliers sociaux est liée à « la disparition des lois « DDOS » et « DMOS » depuis 1996 »[2931]. Pourtant, D. Ribes remarque en 2002 que « la présence de dispositions cavalières dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 était d'autant plus critiquable que le Parlement avait notamment voté en 2001 deux lois portant diverses dispositions d'ordre social »[2932]. Il s'agissait en l'occurrence de la loi de modernisation sociale et de la loi portant diverses dispositions d'ordre économique et social.

L'impact négatif de cette pratique du législateur sur la qualité formelle des lois est constaté par de nombreux auteurs. A-L. Valembois considère que ces lois constituent « de véritables agrégats de dispositions hétérogènes, et nient ainsi la sécurité juridique en tant qu'elle implique cohérence et accessibilité du droit »[2933].

Pourtant, ces lois « fourre-tout » répondent à un besoin du législateur. Ce type de loi présente un certain nombre d'avantages, notamment en termes d'économie de temps, puisqu'il s'agit précisément d'éviter de déposer de multiples projets de lois alors que les dispositions en causes peuvent être d'un volume modeste. Outre cet avantage, les lois « fourre-tout » renvoient à une pratique de gouvernance qui permet au législateur de s'attaquer à des problèmes très largement définis (économique ou social), en utilisant une panoplie de moyens destinés à les résoudre. La récente loi dite du « paquet fiscal », traduit ce type de démarche[2934]. Les lois « fourre-tout » relèvent d'une stratégie de gouvernance, ce qui explique largement la retenue du Conseil constitutionnel.

Notons que le phénomène des lois « fourre-tout » n'est pas une spécificité française. Aux Etats-Unis, le phénomène est courant et un juge de la Cours suprême du Minnesota a fustigé cette pratique dans une opinion exprimée dans une décision de 1977 : « *the combination of different measures, dissimilar in character…united together with the sole view, by this means, of compelling the requisite support to secure their passage is a practice commonly known as logrolling… In simpler terms, logrolling can be describeb as the attachment of undesirable riders upon bills certain to be passed because of their public*

[2931] « Les lois de financement de la sécurité sociale tendent à s'alourdir progressivement de dispositions diverses d'ordre social. Symptomatique à cet égard est la disparition des lois « DDOS » et « DMOS »… ».
[2932] D.RIBES, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », Chronique, *RFDC*, 50 , 2002, p.392.
[2933] A-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, op. cit., p.266.
[2934] Loi en faveur de l'emploi, du travail et du pouvoir d'achat. Voir la décision 2007-555 DC du 16 août 2007.

popularity or desirability »[2935]. De même l'Italie connaît le phénomène des « lois à emboîtement » dites *a incastro* qui consiste à insérer « dans la loi des normes relatives à une matière qui n'est pas spécifiquement l'objet législatif actuel… le titre de la loi n'a plus de correspondance effective avec le contenu normatif réel »[2936]. La doctrine italienne a même identifié et baptisé une pratique voisine aux lois fourre-tout : les « micronovations » qui permettent le changement d'un mot, des modifications de la ponctuation, l'ajout ou le retranchement d'un alinéa, pour des législations préexistantes en passant par l'insertion de la mesure dans une loi en cours de discussion. Si les auteurs reconnaissent le caractère pratique de ce procédé qui évite de voter une nouvelle loi pour une mesure « minuscule », ils constatent la propension grandissante du législateur italien à utiliser les lois de finances qui prennent les fonctions de « véhicule omnibus »[2937].

Cette retenue du Conseil constitutionnel se retrouve eu égard à la pratique du renvoi d'un texte à un autre.

B/ La pratique des renvois d'un texte à un autre

Si la pratique des renvois constitue une nécessité liée à la cohérence globale des textes d'un même niveau hiérarchique, le recours abusif à cette pratique conduit à l'inintelligibilité des lois. Le Conseil constitutionnel ne sanctionne donc pas par principe cette pratique du législateur.

Sur la nécessité des renvois, force est de se ranger à la conclusion de Nicolas Molfessis lorsqu'il estime que la technique du renvoi est « à maints égards, performante »[2938]. Il « favorise la concision »[2939] en réalisant « une économie de texte de droit »[2940] mais il constitue également « une technique de coordination »[2941] entre différentes règles de droit en vigueur. Cette technique apparaît alors comme étant nécessaire à la cohérence d'ensemble de l'édifice normatif.

[2935] Wass v. Anderson, Supreme Court of Minnesota, 1977, 312, Minn. 394, reproduit dans l'ouvrage de MM.READ, MAC DONALD, FORDHAM, PIERCE, *Materials on legislation*, New-York, Fondation Press, 4ème éd. 1982, p.170.
[2936] Rapport pour l'Italie de Mme NEGRI et M. GAMBARO, cité par A. VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* op. cit., p.89.
[2937] Rapport pour l'Italie de Mme NEGRI et M. GAMBARO, cité par A. VIANDIER, *ibid.,* p.89.
[2938] N.MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », in Nicolas Molfessis (dir.), *Les mots de la loi*, op. cit. p.58.
[2939] *Ibid.,* p.59.
[2940] *Ibid*.
[2941] *Ibid.,*p.62.

Pourtant, la technique du renvoi présente un certain nombre d'inconvénients en termes d'intelligibilité et d'accessibilité des lois. N. Molfessis constate ainsi que «le renvoi à un article n'est guère doté de l'élégance formelle, tout simplement parce que la mention d'un chiffre ou d'une série de chiffres au milieu d'un texte opère une rupture brutale de style. »[2942]. Le même auteur illustre son propos par un exemple tiré du droit communautaire. L'article 1er de la directive 89/465 dispose : « Les États membres qui ont appliqué la TVA aux opérations visées aux points 4 et 5 de l'annexe E sont autorisés à appliquer les conditions prévues à l'article 13 lettre A paragraphe 2 point a) dernier tiret également aux prestations de services et livraison de biens visés à l'article 13 lettre L paragraphe 1 points m) et n) »[2943]. On conçoit ainsi que le renvoi n'est pas « l'allié de la poésie du droit »[2944].

La position du Conseil constitutionnel en matière de « renvoi d'un texte à un autre » relève d'un réalisme jurisprudentiel. Cette pratique a pris une ampleur telle que l'édifice normatif, entièrement irrigué par ces renvois, apparaît prisonnier d'un tel système. Ceci explique certainement la position du Conseil constitutionnel qui ne sanctionne pas par principe la pratique des renvois d'un texte à un autre, mais l'utilise davantage comme un des indices permettant de déduire l'inintelligibilité de la loi. Dans sa décision précitée 2005-530 DC, le Conseil constitutionnel censure une disposition en raison de son extrême complexité. Le Conseil constitutionnel semble recourir à la technique du faisceau d'indices en évoquant les multiples raisons qui le conduisent à censurer l'article 72 de la loi : « Le caractère imbriqué de certaines dispositions, les nombreux renvois qu'elles opèrent » constituent ainsi des indices de la complexité inconstitutionnelle d'une disposition.

La même retenue du juge se retrouve à l'égard des « dispositions balais ».

C/ Les dispositions balais

Les « dispositions balais » sont des « dispositions qui en modifient d'autres sans les viser expressément en raison de leur portée générale »[2945]. Ainsi le législateur abroge des dispositions existantes qui sont contraires au nouveau texte, remplace des mots, expressions et dénominations… Cependant, cette pratique tend à nuire à l'accessibilité des lois dans la

[2942] *Ibid.*, p.59. L'auteur conclut en estimant que « le renvoi n'est sans doute guère l'allié de la poésie du droit », *ibid.*
[2943] *Ibid.* p.56.
[2944] Ibid.p.59.
[2945] Définition donnée par H. MOYSAN, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative », *AJDA* 2001, p.428.

mesure où elle porte atteinte à la fiabilité des textes publiés[2946]. En effet, pour M.Moysan, la « fiabilité » est une des conditions de la connaissance des textes[2947]. Cet auteur met en évidence l'impact de cette pratique qui rend plus inaccessible le droit et porte atteinte à l'exigence de sécurité juridique. Le problème essentiel que pose cette manière de légiférer concerne l'accessibilité des textes applicables dans la mesure où elle génère des incertitudes sur le droit applicable[2948]. Ce procédé normatif rend beaucoup plus difficile la technique de consolidation des textes qui « consiste à intégrer dans (un) acte de base tous les actes modificateurs »[2949]. En effet, le législateur, pris à son propre piège, se retrouve confronté au défi de démêler les fils d'une législation éclatée, et n'est pas à l'abri d'erreurs ou de lacunes. Les éditeurs juridiques sont de leur côté confrontés à un dilemme : reproduire les dispositions balais ou intégrer directement les modifications souhaitées par le législateur. Dans le second cas, les difficultés sont sérieuses compte tenu de l'ambiguïté et de la complexité de ces dispositions. Cela conduit, ainsi que le constate H.Moysan, à des divergences d'interprétation entre éditeurs[2950]. Ce faisant, cette pratique est jugée par la doctrine comme étant « incontestablement source d'insécurité juridique »[2951]. En effet, si certaines d'entre elles se contentent d'une modification terminologique[2952], d'autres visent à réviser les sanctions attachées à une infraction[2953]. C'est l'ampleur de ce phénomène qui conduit logiquement à penser les inconvénients qu'il génère. Selon l'évaluation menée par M.Moysan, « leur nombre est impressionnant : elles se comptent en centaines dans la législation et la réglementation actuelle. Leur portée l'est encore plus : les modifications qu'elles introduisent dans le corpus des textes en vigueur s'évaluent probablement en dizaines de milliers ». Dans le même sens, P.Wachsmann constate que « la principale source de complexité de la loi réside certainement de nos jours dans la manière dont sont modifiées ses dispositions : les suppressions, insertions

---

[2946] Pour cet auteur, la spécificité de ces dispositions balais « est de porter atteinte à l'exactitude du droit applicable, dans la mesure où les modifications prescrites le sont hors du contexte dans lequel elles s'insèrent… », H.MOYSAN, *ibid*. p.430.

[2947] *Ibid.*, p. 429. La fiabilité constitue une condition indispensable à leur connaissance suffisante. À quoi servirait-il de développer les moyens nécessaires à la connaissance des lois et règlements mis à jour s'ils n'intégraient pas scrupuleusement les modifications voulues par le pouvoir normatif ?

[2948] Cette incertitude est liée d'une part à la difficile localisation des dispositions balais à laquelle « répond logiquement celle des dispositions qu'elles modifient ». *Ibid.,* p. 430.

[2949] Définition donnée par le site Europa de l'Union européenne : http://europa.eu.int./comm/sg/consolid/fr/accueil.htm. Les auteurs de cette définition précisent qu'il s'agit d'assurer « la cohérence interne de l'acte ». Cité par H.MOYSAN, *ibid.,* p.428.

[2950] *Ibid.,* p. 435.

[2951] *Ibid.,*p. 430. Cet auteur considère ainsi que cette pratique met en cause l'État de droit », *Ibid.* Voir dans le même sens, B.MATHIEU, *La loi*, Dalloz, 1996, p.77 et s. F.TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 4ème éd. 1988, p.376 et s.

[2952] Voir à cet égard la loi n°70-459 du 4 juin 1970, dispose en son article 6 que « dans tous les textes où il est fait mention de la puissance paternelle, cette mention sera remplacée par celle d'autorité parentale ».

[2953] Voir à cet égard la loi n°92-1336 du 16 décembre 1992.

et adjonctions introduites par le législateur transforment les textes en énigmes que seul un travail important parvient à élucider, sans que le risque d'erreur puisse être éliminé. À cet égard, on ira difficilement plus loin que les deux lois, d'inspiration politique opposée, relatives à la procédure pénale, la loi du 15 juin 2000 et celle du 18 mars 2003 (loi sur la sécurité intérieure) : leur compréhension exige de nombreuses heures d'un travail aussi acharné qu'ingrat consistant à mettre en regard les dispositions nouvelles et le texte antérieur, au prix de mille difficultés, la moindre n'étant pas celle de la modification d'un même article à deux endroits différents du texte ou encore celle de la modification d'un article précédant celle de l'article antérieur »[2954]. L'auteur utilise à cet égard l'image d'un « puzzle législatif »[2955]. Le même auteur suggère, pour « donner du sens à la décision de 1999, que le Conseil constitutionnel déclare contraire à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi toute loi modificative d'une certaine ampleur qui ne contiendrait ou ne prescrirait la republication du texte ou des articles concernés »[2956].

Ce problème, encore une fois, relève de la méthodologie législative que choisit de suivre le législateur. P.-A. Côté évoque à cet égard le contre-exemple Québécois : « …le Québec pratique la refonte permanente de ses lois. Il s'agit de codification formelle : le texte voté au Parlement est systématiquement abrogé dans les mois qui suivent son adoption et remplacé par un autre texte intégré au recueil des *Lois refondues du Québec* »[2957]. La question se pose alors de savoir s'il revient au juge constitutionnel d'opérer de tels choix.

Conclusion de la section 1

Le contrôle juridictionnel de l'esthétique de la norme est susceptible de remettre en cause les frontières actuelles du pouvoir discrétionnaire du législateur : « D'une manière générale, la question posée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel est celle du choix des moyens pour améliorer la confection de la loi. La réponse aux défauts de cette rédaction doit-elle consister en un renouveau des comportements politiques ou en l'édiction de nouvelles normes juridiques »[2958]. La qualité des lois est ainsi liée à des questions sur lesquelles le Conseil constitutionnel n'a que peu, voire pas du tout, d'emprise. Ainsi, en est-il

[2954] P.WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », art. cit. p.818.
[2955] *Ibid.*
[2956] *Ibid.,* p.819.
[2957] P-A.CÔTÉ, « Le mot « chien » n'aboie pas : réflexion sur la matérialité de la loi », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.285.
[2958] P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique », in R. Drago (dir), *La confection de la loi*, op. cit., p.102.

de l'instabilité normative. Dénoncé de manière récurrente, ce phénomène est dans une certaine mesure inéluctable lorsqu'il est liée au phénomène d'alternance politique[2959]. Dans tous ces cas, la volonté du Conseil constitutionnel se heurte au pouvoir discrétionnaire du législateur.

Les limites du Conseil constitutionnel peuvent également résulter des moyens retenus par le Conseil constitutionnel et qui peuvent avoir des effets pervers sur la qualité des lois.

[2959] Dans son rapport de 1991, le Conseil d'État avait mis en lumière ce phénomène. De même, M.Truchet évoque ce problème pour la loi sur la communication audiovisuelle, modifiée 23 fois depuis 1986. M.TRUCHET, « Commentaire », *AJDA*, 2000, p.1024.

Section 2 Les limites liées à la stratégie contentieuse du Conseil constitutionnel

Si le Conseil constitutionnel a manifesté ces dernières années sa volonté d'assurer une meilleure lisibilité des lois, les choix opérés par le juge constitutionnel français pour atteindre cet objectif méritent d'être évalués. Les moyens retenus par le Conseil constitutionnel sont-ils les plus efficaces, c'est-à-dire les mieux à même d'atteindre l'objectif poursuivi en matière de lisibilité ? Certains choix liés à la stratégie contentieuse du Conseil constitutionnel en matière de lisibilité ont été contestés par la doctrine. Certains choix ont ainsi été considérés comme contre-productifs (§1) au regard de l'exigence de lisibilité alors que d'autres ont simplement été jugés inefficaces (§2).

§1 Les moyens contentieux jugés contre-productifs au regard de l'exigence de lisibilité

Certains moyens utilisés par le Conseil constitutionnel peuvent être jugés comme aggravant le phénomène d'illisibilité des lois. Ainsi en est-il de l'encouragement prodigué par le Conseil constitutionnel à procéder à des codifications par voie d'ordonnance (A) ou encore de l'émission quasi-systématique dans ses décisions de réserves d'interprétation (B).

A/ Les inconvénients de la codification par ordonnance

Cette question a été abordée à plusieurs reprises dans le cadre de cette étude[2960]. Lors de son fameux discours de vœux en 2005, le Président du Conseil constitutionnel a largement évoqué cette question sous l'angle de ses inconvénients potentiels « du point de vue de la sécurité juridique et de la lisibilité de la législation ». Pierre Mazeaud estimait que le Conseil constitutionnel « n'avait nullement fait leur apologie » mais constatait dans le même temps que « par trois fois, il a admis qu'il y soit fait appel pour codifier, moderniser et simplifier le droit en vigueur ». Le recours aux ordonnances permet de faire vite, mais affecte la qualité des lois « lorsqu'elles interviennent dans le désordre et de façon disparate, et lorsque leur ratification n'est qu'accidentelle et implicite ». Concluant cette analyse, la question est posée : « le remède n'est-il pas devenu pire que le mal ? »[2961] Certains auteurs ont insisté sur le

[2960] Voir *supra*, Titre II, Chapitre 1, Section 2, §3 et également Titre II, Chapitre 2, Section 3.
[2961] Discours précité.

dessaisissement du Parlement[2962], d'autres ont mis l'accent sur les inconvénients en termes de qualité formelle des lois[2963]. Ces deux inconvénients sont intimement liés puisque la qualité des lois est fonction de la qualité des débats.

On peut également envisager les inconvénients de l'émission des réserves interprétatives au regard de l'exigence de lisibilité des lois.

B/ L'inconvénient des réserves d'interprétation

L'émission des réserves est présentée par le Conseil constitutionnel comme permettant d'améliorer la qualité des lois[2964]. Nous avons ainsi pu constater que les réserves étaient destinées à préciser la loi, voire à la clarifier. Utilisées à cette fin, les réserves participent de la réalisation de l'exigence de prévisibilité.

Néanmoins, au regard de l'exigence de lisibilité des lois, l'émission des réserves semble présenter inconvénients. Les réserves contribuent à « l'épaississement de la loi »[2965] ce qui ne va pas dans le sens de la qualité de concision. En outre et surtout, l'émission des réserves pose un problème en termes d'accessibilité, dans la mesure où il ne suffit pas seulement d'accéder aux lois promulguées, mais également de prendre connaissance des décisions rendues par le Conseil constitutionnel concernant ces lois.

En dehors des moyens qui peuvent être jugés contre productif, d'autres moyens peuvent être jugés inefficaces.

[2962] Josseline de Clausade explique à cet égard : « Le Conseil constitutionnel admet en effet que cette surcharge puisse contribuer à justifier l'habilitation à légiférer par voie d'ordonnance. Faut-il rappeler que depuis le début de l'année 2002, plus de cent cinquante ordonnances ont été adoptées : quatre-vingt-cinq en 2005 (à rapporter aux cinquante lois adoptées), cinquante-trois en 2004 (quarante lois votées) et dix-huit en 2003 (et cinquante-six lois votées). À force de s'occuper du menu détail, de dispositions qui sont du niveau du règlement, voire de l'arrêté ministériel, de vouloir se revêtir de l'habit de l'historien ou de jouer l'obstruction, le Parlement n'a parfois plus le temps de se concentrer sur l'essentiel... Déjà contraint par les engagements internationaux, le législateur est aujourd'hui submergé, et souvent contourné. ». *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 12, 22 Mars 2006, I 121. « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? ». Entretien par Josseline de Clausade,conseiller d'État, rapporteur général de la section du rapport et des études du Conseil d'État.

[2963] Un auteur italien établit ce constat eu égard aux habilitations à légiférer conférées au Gouvernement. Et cet auteur de conclure que « ce transfert progressif de la fonction législative du Parlement au gouvernement…n'a comporté aucun avantage ni au niveau de la qualité de la loi, qui demeure, surtout quant elle émane du gouvernement, incohérente et difficile à lire, sans cesse croissante, redondante, incomplète, etc., ni au niveau des capacités de réserver à la législation ordinaire les questions les plus importantes (Pizzorusso). Combien de dispositions de détails figurent dans les lois de finances et combien d'importantes réformes sont désormais adoptées par l'exécutif sur la base de décrets délégués sans qu'elles soient précédées d'un débat approfondi au Parlement ! ». NOCILLA, in *Vive la loi !*, op. cit., p.52.

[2964] Sur l'utilisation des réserves dans le but d'améliorer la qualité de la loi voir les décisions 2001-455 DC du 12 janvier 2002 et la décision 2005-512 DC du 21 avril 2005.

[2965] J.TREMEAU, *La réserve de loi*, op. cit, p.266.

§2 Les moyens jugés inefficaces au regard de l'exigence de lisibilité des lois

D'autres moyens contentieux mobilisés par le Conseil constitutionnel sont jugés inefficaces, c'est-à-dire inaptes à atteindre le résultat souhaité. Ainsi en est-il de la traque des neutrons et des dispositions réglementaires.

En cherchant à limiter d'une part l'invasion des dispositions de nature réglementaire et, d'autre part, l'insertion dans le dispositif des lois des neutrons législatifs, il apparaît que le Conseil constitutionnel manifeste son souci de limiter l'inflation législative. C'est de ce point de vue que la stratégie du Conseil constitutionnel mérite d'être évaluée. L'impact de ces moyens contentieux sur le phénomène d'inflation législative apparaît extrêmement limité[2966]. Compte tenu des causes principales de l'inflation, il n'est pas sûr que les moyens retenus par le Conseil constitutionnel soient adéquats au regard du but poursuivi. Dans le même sens, Guy Carcassonne évoquait les remèdes proposés par les « docteurs Jean-Louis Debré et Pierre Mazeaud »[2967] visant de manière prioritaire à éradiquer les neutrons et les dispositions réglementaires. S'agissant des premiers, le même auteur estime : « L'on se passerait volontiers d'eux, mais l'énergie mobilisable pour les traquer serait sans doute plus utile à des combats plus graves »[2968]. S'agissant des secondes, l'auteur constate que le phénomène n'est pas « quantitativement sérieux »[2969]. Enfin, s'agissant de ces dispositions réglementaires, nous avons pu en outre constater qu'elles permettaient parfois d'assurer la lisibilité de la loi (voir supra, Titre II, Chapitre 2, Section 1). Concluant son appréciation sur les remèdes ainsi préconisés, Guy Carcassonne juge que « ce n'est donc pas là qu'il paraît le plus urgent de faire porter l'effort, et l'on ne peut adhérer à un mot d'ordre qui reviendrait à dire : « qu'importe que la loi soit stupide, pourvu que tous ses articles soient législatifs et normatifs ! »[2970].

[2966] Voir à cet égard l'analyse de G. HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) », *Pouvoirs*, n°114, 2005, p. 105 et p.108.
[2967] G. CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n°114, p.45.
[2968] *Ibid.* p.46.
[2969] Guy Carcassonne procède à l'analyse de la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux. Il constate que le projet « comptait 76 articles au départ et 240 à l'arrivée. Ainsi, pas moins de 164 articles additionnels ont été introduits durant le débat parlementaire. L'on s'attendrait à ce que nombre d'entre eux ait un caractère réglementaire. Pas du tout : une dizaine, au plus, pourraient relever de l'article 37 de la Constitution, quand plus de 150 appartiennent bien à son article 34. Ce n'est donc pas d'abord dans l'empiètement réglementaire qu'il faut chercher la cause de l'inflation législative. », *Ibid.*, p.46, note 10.
[2970] *Ibid.* p.46.

La mise en balance des effets attendus par ces moyens et de l'énergie que suppose leur mise en œuvre oriente cette appréciation vers l'efficience, c'est-à-dire l'évaluation de l'efficacité au meilleur coût.

Conclusion du Titre III Les limites tenant au fonctionnement de la juridiction

D'une manière générale, l'exigence de lisibilité renvoie aux nombreuses limites du Conseil constitutionnel pour la réaliser. L'ampleur des paramètres sur lesquels repose cette exigence doit être mise en parallèle avec les moyens dont dispose le juge constitutionnel. La lisibilité des lois suppose, bien au-delà du contrôle de constitutionnalité, la convergence des efforts de l'ensemble des pouvoirs publics. Pour l'essentiel, la réalisation de cette exigence supposerait une évolution profonde des méthodes d'élaboration des lois. Pour le reste, les moyens mis en œuvre par le Conseil constitutionnel au service de cette exigence ont parfois révélé leur inefficacité, voire leur contre-productivité. À ces limites s'ajoute enfin celle qui résulte des moyens matériels dont dispose le Conseil constitutionnel dans l'exercice de son contrôle. Ne disposant pas d'un personnel pléthorique, la juridiction constitutionnelle se trouve en quelque sorte démunie du fait de l'inflation législative et la complexification de la loi[2971].

[2971] Évoquant le contrôle de la loi de financement de la sécurité sociale de 2001, J-E. SCHOETTL explique qu'elle constitue « la plus délicate, à la fois par sa complexité, par sa longueur, par la diversité des sujets traités, par la densité de l'argumentation des saisines et par les enjeux politiques et financiers dont étaient porteuses les dispositions contestées ». J.-E. SCHOETTL, « La loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 31 décembre 2002, n°260, p.14.

Conclusion de la Sous partie II

L'idéal d'une loi lisible est intimement lié à l'idéal démocratique. Pour être à même de juger leurs représentants, les citoyens doivent être en mesure d'accéder et de comprendre la loi. Cette exigence dépasse largement la notion de compréhensibilité, puisqu'au-delà encore, la loi devra susciter l'envie des citoyens d'être lue. La lisibilité apparaît ainsi comme une condition d'effectivité de la démocratie et comme une condition d'efficacité de la loi.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel semble marquer un tournant décisif en 1999 avec la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Pourtant, bien avant cette consécration, certains moyens développés par le Conseil permettaient à ce dernier d'œuvrer en faveur de la lisibilité des lois. Il est vrai que la consécration de l'objectif semble avoir été le point de départ d'une série d'évolutions jurisprudentielles relatives à la délimitation des domaines législatif et réglementaire, à la lutte contre les neutrons ou encore aux exigences procédurales liées à l'élaboration des lois. Le Juge constitutionnel a manifesté sa volonté, au-delà du souci de prévisibilité, d'œuvrer en faveur d'une exigence de lisibilité des lois.

En la matière toutefois, les limites qui s'imposent au Conseil sont nombreuses. La réalisation d'une telle exigence suppose en effet la collaboration de l'ensemble des acteurs chargés de l'élaboration de la loi. L'attitude de *self restraint* du juge constitutionnel français se retrouve encore une fois eu égard à cette exigence. En outre, les limites du Conseil résultent de sa politique jurisprudentielle : largement incitative, elle ne permet pas d'imposer au législateur les qualités adéquates ; à certains égards, elle peut même apparaître contre productive du point de vue de la lisibilité des lois.

Conclusion de la deuxième partie : Le choc des exigences

> « L'idéal de loi claires, tout à la fois lisibles et précises, est un idéal ; idéal chaque fois revendiqué mais jamais atteint. Parfaitement précise et prévisible, la loi deviendrait terriblement lourde et compliquée ; légère et simple, la réalité la rattraperait rapidement, car la complexité évitée se reporterait immédiatement sur les textes d'application, sur la jurisprudence et la pratique. Aucune solution définitive ne peut être apportée à cette problématique. Les deux faces de la clarté sont condamnées à s'opposer. » (A.Flückiger)[2972]

L'exigence de prévisibilité et l'exigence de lisibilité sont respectivement soutenues par ces deux qualités : la précision et la généralité. Les avantages respectifs de ces deux qualités ont conduit à s'interroger sur leur possible conciliation. L'idéal d'une loi conciliant précision et généralité est récurrent. Cet idéal prend appui sur les avantages et inconvénients respectifs de l'une et l'autre de ces qualités. Les avantages de l'énoncé général sont bien connus[2973]. La généralité est un facteur d'expression concise et claire. Elle favorise la souplesse et garantit donc la longévité de la norme. C'est l'exigence de lisibilité qui se trouve favorisée[2974]. Mais cette généralité présente des inconvénients au regard de l'exigence de prévisibilité des lois. Plus l'énoncé est général plus importante sera la marge d'appréciation de l'interprète[2975]. Ainsi, la précision est nécessaire à la sécurité juridique[2976]. Le défi adressé au législateur consisterait alors à situer « le juste milieu », à trouver « un point d'équilibre » pour assurer

[2972] A.FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *CCC*, n°21. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

[2973] « Les avantages de la technique de l'énoncé général sont triples. Elle apparaît comme le palladium contre l'inflexibilité de la casuistique, elle fait l'économie de l'imprécision, elle permet enfin une consécration légale de la contingence… ». V. LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », art. cit., p.215.

[2974] Pierre de Montalivet explique ainsi : «…la précision excessive de la loi peut nuire à sa souplesse et donc à sa longévité. ». P. de MONTALIVET, « La juridicisation de la légistique », art. cit., p.102.

[2975] « si le mode d'énoncé général a une vocation d'égalisation des traitements pour tous sans détermination des situations spécifiques, les effets de l'utilisation de ce mode d'énoncé sont opposés, puisqu'il revient au juge de prendre en considération d'une manière systématique les circonstances particulières lorsqu'il fait application de la règle générale. Autrement dit, la vocation individualisante réapparaît, mais décuplée. »V. LASSERRE-KIESOW, « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », art. cit., p.213.

[2976] A.VIANDIER explique à cet égard : « La précision est nécessaire, elle est une condition de l'intelligibilité et de la sécurité juridique. Cependant, si la loi doit être précise, elle ne doit pas l'être à un point tel que la norme qu'elle véhicule soit figée et devienne caduque du fait des progrès scientifiques et techniques ou de l'évolution des mœurs. D'où la recommandation de ménager une place à la généralité afin de permettre une flexibilité suffisante de la loi. », A.VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, op. cit., p.106.

« la conciliation du besoin de précision et de besoin de flexibilité »[2977]. La généralité n'exclut pas la précision mais ces deux critères apparaissent difficiles à concilier. Si d'un point de vue théorique ces deux qualités ne s'excluent pas mutuellement, force est de constater que le curseur pourra osciller en favorisant l'une ou l'autre de ces qualités. On doit convenir que la présentation de deux pôles antagonistes est simpliste, voire caricaturale. La réalité renverra plus souvent à un panachage qui penchera plus ou moins sensiblement d'un côté ou de l'autre. Le législateur ne peut ainsi faire l'économie du choix de placer ce curseur d'un côté ou de l'autre.

Les choix opérés à cet égard par le législateur traduisent une prévalence de l'exigence de prévisibilité sur celle de lisibilité. En termes de qualités, la précision de la loi est privilégiée au dépend de sa généralité. Dans une large mesure, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a conforté cette hiérarchisation des exigences tenant à la forme des lois[2978]. C'est ce qui ressort de sa jurisprudence en matière d'incompétence négative qui consiste à imposer au législateur d'apporter davantage de précision. Le principe de clarté traduit également ce choix puisque son application qui vise à sanctionner les dispositions législatives ambiguës conduit le juge à exiger du législateur davantage de précision. Enfin, il est apparu que même l'objectif d'intelligibilité permettait au juge d'imposer la précision suffisante de la loi. Cette position de principe apparaît stratégiquement cohérente du point de vue du législateur comme de celui du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel y trouve l'avantage d'exercer son influence partout où la loi marque la sienne. La généralité de la loi conduirait en effet à conférer une marge d'appréciation plus importante aux autorités d'application. Elle conduirait à désaisir proportionnellement le législateur et corrélativement à dessaisir le juge constitutionnel. Cette position traduit la volonté de tout prévoir, c'est-à-dire d'en laisser le moins possible aux autorités d'application : « La crainte du juge tout-puissant justifie probablement, sinon excuse, le caractère de plus en plus bavard de certaines lois

[2977] *Ibid.,* p.106.

[2978] Il convient néanmoins de ne pas caricaturer les positions du Conseil constitutionnel en ce domaine. Sa jurisprudence récente traduit une inflexion de sa position de principe. Ainsi autorise-t-il la loi à renvoyer au contrat ou à la négociation collective. Tel est le sens de la décision précitée 96-383 DC dans laquelle le Conseil constitutionnel autorise une dérogation aux règles fixant les rapports entre la loi et les conventions collectives alors que « eu égard à ses conséquences sur le champ d'application des procédures de conclusion d'accords collectifs de travail » cela concernait les principes fondamentaux relatifs au droit du travail et relevait de la compétence du législateur en vertu de l'article 34. Le I de l'article 6 de la loi déférée, prévoyait la négociation et la conclusion d'accords de branches entre partenaires sociaux avant le 31 octobre 1998 et pour une durée n'excédant pas trois ans. En outre la loi prévoyait l'évaluation de l'expérience en précisant que le Gouvernement présenterait au Parlement, avant le 31 décembre 1998 un rapport sur l'application de cet article 6.Voir à cet égard B.MATHIEU, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, Chron. p.152.

modernes, le législateur étant désireux de contrer par avance ce que la « lecture » des juges pourrait apercevoir dans le texte »[2979].

Pourtant, nous avons pu constater que l'imprévisibilité de la loi avait un caractère inexorable en raison de la nécessaire collaboration entre le législateur et le juge. Aussi précise et claire soit-elle, la loi n'échappera pas à l'interprétation des juges. Autrement dit, le recours aux techniques de précision affecte la lisibilité des lois sans garantir la prévisibilité des lois. Cette part irréductible d'imprévisibilité était envisagée par Portalis lorsqu'il faisait l'éloge de la généralité. Il n'oubliait pas d'évoquer ses conséquences en termes de collaboration internormative : « C'est une sage prévoyance de penser qu'on ne peut tout prévoir (…) il est donc nécessairement une foule de circonstances dans lesquelles un juge se trouve sans loi. Il faut donc laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par les lumières de la droiture et du bon sens (…). Nous raisonnons comme si les législateurs étaient des dieux, et comme si les juges n'étaient même pas des hommes »[2980].

La conciliation de ces deux qualités antagonistes dépendra ainsi essentiellement de l'équilibre instauré dans le cadre de la collaboration internormative.

[2979] J.HAUSER, « Le juge et la loi », *Pouvoirs*, n°114, p.146. Voir également sur cette question, P.JESTAZ, « Une image française de la loi et du juge », in *François Gény. Mythes et réalités*, 1899-1999, éd. Blais, Dalloz et Bruylant, 2000.
[2980] *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T.VI, pp. 358-361.

CONCLUSION GÉNÉRALE

> « Nous cherchons dans ce siècle à tout perfectionner ; cherchons donc à perfectionner les lois dont nos vies et nos fortunes dépendent » (Voltaire)[2981]

L'émergence du contrôle de constitutionnalité des lois est apparu comme un moyen de combler le fossé séparant l'idéal législatif inscrit dans notre tradition et la réalité législative.

Nous avons pu constater que la jurisprudence du Conseil constitutionnel était porteuse d'un idéal législatif constitué de quatre exigences fondamentales. Chacune de ces exigences trouve ses fondements dans les fonctions classiquement attribuées à la norme législative. L'effectivité renvoie à la volonté de faire de la loi l'instrument de la réalisation des droits et des libertés constitutionnellement garantis. La loi est ainsi envisagée comme une courroie de transmission des valeurs constitutionnelles. L'efficacité est logiquement déduite de cette précédente exigence puisqu'en tant instrument, on attend d'elle qu'elle remplisse réellement son office. Les exigences touchant à la forme recoupent les précédentes : parce qu'elle a comme fonction d'assurer l'effectivité des valeurs constitutionnelles, elle doit préserver contre l'arbitraire, assurer la sécurité juridique et donc être prévisible. Parce qu'elle doit être efficace, elle doit être connue et comprise par les citoyens et donc être lisible. Chacune de ces exigences, qu'elle touche à la forme ou au fond, apparaît indissociablement liée aux autres au point que la frontière théoriquement étanche entre le fond et la forme tend à se brouiller. Le fond tend alors à absorber la forme, dans le monde du droit comme dans le monde des arts[2982].

La jurisprudence du Conseil constitutionnel rend compte de la volonté du juge constitutionnel d'œuvrer en faveur de ces exigences et traduit effectivement l'existence d'un idéal législatif qui prédétermine, oriente et conditionne l'exercice de son contrôle des lois. À cet égard, ses pouvoirs sont variables au regard de ces quatre exigences. L'exigence d'effectivité de la Constitution est de ce point de vue une exigence transcendante. Compte tenu de son statut de juge de la constitutionnalité des lois, ce n'est que par le biais de cette exigence qu'il est parvenu à s'immiscer dans le contrôle des autres exigences corollaires, d'efficacité, de prévisibilité et de lisibilité. Une telle diffusion n'a pu prendre corps qu'à partir

[2981] Voltaire, « Commentaire sur le livre des délits et des peines », in *Mélanges*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la pléiade, 1961, p.807.

[2982] Rosalind Krauss rapporte à cet égard les propos de Greenberg : « La qualité d'une œuvre d'art est inséparable de son « contenu » et vice versa. La qualité est le « contenu » ». R.KRAUSS, *L'originalité de l'avant- garde et autres mythes modernistes,* Macula, Paris, 1993, p.19.

du caractère interconnecté des différentes exigences envisagées. Le développement de son emprise sur les trois autres dimensions de cet idéal législatif s'est réalisé par étapes successives. Les exigences touchant à la forme des lois ont connu à cet égard un essor considérable à partir de la fin des années 90. Non certes qu'elles n'étaient pas présentes auparavant, puisqu'au contraire, les évolutions récentes constituent davantage une consolidation des acquis jurisprudentiels en la matière que de véritables innovations. Mais la consolidation est souvent une étape préalable avant de nouvelles avancées. De ce point de vue, la marge de progression du juge constitutionnel en matière de qualité des lois reste aujourd'hui considérable après la consécration de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité des lois. Les lignes frontalières entre ce que s'autorise le Conseil constitutionnel et ce qu'il ne s'autorise pas (encore…) sont toujours susceptibles de bouger. Comme l'explique P. Delvolvé, « le juge est maître de l'existence de son contrôle »[2983].

Ces évolutions jurisprudentielles coexistent avec le constat d'une relative stagnation de la qualité des lois (ou constat de la persistance de la crise de la loi). Plus on avance vers l'idéal et plus la réalité semble le fuir naturellement. Plus les exigences apparaissent explicitement, plus l'écart entre l'idéal dessiné et la réalité semble se creuser. Les limites du juge constitutionnel ont ainsi été une constante de cette recherche. Leur analyse permet effectivement de prendre la mesure qu'à travers les qualités de la loi, c'est l'ensemble du système que l'on embrasse. L'exigence de lisibilité peut en effet nécessiter une entreprise de codification globale de notre droit, qui exigera inévitablement une refonte des différents textes en vigueur et donc une réflexion d'ensemble sur l'édifice normatif, toutes branches du droit confondues. Lorsque l'on envisage l'une des qualités de la loi et qu'on en remonte le fil, de ses fondements à ses implications, c'est toute la pelote des exigences liées à l'idéal législatif qui se déroule. De ce point de vue, le pouvoir du Conseil constitutionnel sur la qualité de la norme apparaît dérisoire dans la mesure où il se résume souvent à un pouvoir d'alerte et d'incitation à l'adresse des autres autorités responsables. Les exigences défendues par le juge constitutionnel impliquent, pour leur réalisation, la collaboration de l'ensemble des acteurs du système d'élaboration des lois. Les limites du Conseil constitutionnel résultent ainsi largement d'une politique jurisprudentielle de *self restraint* librement déterminée par le juge constitutionnel et qui traduit une attitude mesurée face aux autres acteurs institutionnels[2984]. La

[2983] P. DELVOLVÉ, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ-Montchrestien, 1988, p.296.

[2984] À ce titre, l'attitude de *self restraint* du Conseil constitutionnel peut être appréhendée d'un point de vue diplomatique puisqu'il s'agira pour lui d'attirer l'attention du législateur sur certaines défaillances qualitatives tout en évitant de lui infliger un camouflet. De ce point de vue, les censures ne constituent pas la voie la plus

qualité de la loi dépendrait ainsi, non pas des souhaits exprimés par le juge constitutionnel, mais de la volonté coordonnée de l'ensemble des acteurs responsables de son élaboration. Ce n'est qu'à partir d'une collaboration entre ces différents acteurs qu'elle peut être obtenue : « On ne peut pas faire la qualité tout seul »[2985].

Mais qui fait la loi ? Qui est le législateur, responsable de la crise de la loi. Personnage récurrent de cette thèse, il est pourtant un personnage insaisissable. Le législateur a plusieurs visages : il s'agit dans le cadre du parlementarisme rationalisé du gouvernement. Cet acteur renvoie lui-même à une multitude de personnages… Du côté de l'exécutif, le Président de la République qui joue un rôle fondamental en termes d'impulsion, le Premier ministre et l'ensemble des ministres, les administrations qu'ils dirigent et donc les hauts fonctionnaires. Du côté du législatif, il s'agit des parlementaires qui vont compenser l'absence d'un pouvoir effectif d'initiative par le dépôt frénétique d'amendements. Évoquant le rôle respectif du Gouvernement et du Parlement, Pierre Avril déclare : « ils sont tous solidairement responsables du résultat »[2986]. Ministres[2987] et parlementaires[2988] recourent abusivement au pouvoir de faire la loi. Mais il convient de regarder également du côté de l'Europe : l'Union

---

indiquée. Le parallèle avec la qualitique est encore une fois intéressante. Christian Doucet remarque en effet que les services qualité au sein des entreprises doivent ménager la susceptibilité des autres services. Il constate ainsi deux orientations possibles : « ceux qui se positionnent surtout en contrôleurs ou en « donneurs de leçon vis-à-vis du reste de l'entreprise. Ils éprouvent alors généralement de grosses difficultés et doivent lutter seuls contre tous ou presque ; ceux qui se positionnent en tant qu'aides vis-à-vis des autres services pour améliorer l'organisation et les méthodes, en coopération avec eux, afin que les travaux se déroulent de mieux en mieux. Ces services sont alors bien acceptés, doivent répondre à une forte demande, sont soutenus par la Direction et ont une activité variée et passionnante.». *Ibid.* p.43-44. Le Conseil constitutionnel, dans cette perspective de collaboration inter-institutionnelle doit alors contrôler la loi sans apparaître comme un donneur de leçon.

[2985] C.DOUCET, *La qualité*, op. cit., p.40.

[2986] L'auteur poursuit : « et sans doute faudrait-il ajouter que sa qualité laisse à désirer, mais l'art de la législation s'est depuis longtemps dégradé et on pourrait voir un signe de cette pathologie dans la naissance d'une discipline, la légistique, qui en propose un traitement scientifique ». P.AVRIL, « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, n°114, La loi, p.99

[2987] « Il est possible de dire que presque chaque ministre, chaque secrétaire d'Etat veut en quelque sorte son texte… On parlera du ministre, et par là même, on le connaîtra. C'est une dérive que non seulement la presse, mais l'opinion publique dans son ensemble parlent aujourd'hui de loi Fillon, de loi Léotard, hier, de loi Méhaignerie, alors qu'à mon sens, il s'agit de lois de la République. Cette dérive entraîne incontestablement une inflation législative.», Pierre MAZEAUD, « avant propos », *in* C.Puigelier (dir.), *La loi. Bilan et perspectives*, précité, p.XXIV. Dans le même sens : « le vote d'une loi constitue en effet un outils de communication couramment utilisée par les ministres, qui manifestent souvent une envie irrésistible d'attacher leur nom à une loi… », Dominique BARELLA, *Vive la loi !*, op. cit., p.19.

[2988] L'exercice du droit d'amendement est devenu le moyen pour les parlementaires de faire valoir leur droit d'initiative. Il en résulte une complexité de la loi, un épaississement incontrôlé de celle-ci. «L'initiative parlementaire conduit en outre fréquemment à un gonflement important des projets de loi. Les textes des lois dites Guigou et Perben II, relative à la procédure pénale…ont ainsi acquis une immense complexité, du fait des très nombreux amendements, qui ont été déposés et ont dû être débattus dans le temps très court de la discussion parlementaire. », Dominique BARELLA, *Vive la loi !*, précité p.20.

européenne est une grande productrice de normes que le législateur devra transposer[2989]. Nombreuses, Complexes, détaillées, concernant des domaines à la fois spécifique et technique, les normes européennes s'imbriquent dans l'ordonnancement normatif français. Ainsi, l'obligation de transposition pesant sur le législateur national conduit ce dernier à subir la boulimie normative de son homologue européen. Du côté de la société civile, il s'agit aussi des associations, lobbies et qui sont souvent à l'origine de la demande de loi[2990]. Mais le législateur, dans une démocratie se trouve aussi et surtout du côté des citoyens : « Tous les Citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation ». Les citoyens seraient ainsi, davantage que l'ensemble des autres acteurs envisagés, les principaux responsables de la crise de la loi.

Si la crise de la loi est souvent attribuée à la mauvaise pratique du pouvoir, elle semble plus fondamentalement liée à la crise de la démocratie.

Cette crise est tout d'abord une crise de la représentation. L'inadéquation entre le langage des représentants et le langage des représentés en constitue un des indices les plus sérieux. Dès lors que l'émetteur n'utilise pas le même code que celui du récepteur on peut en déduire que les représentants du peuple ne représentent pas (ou plus) effectivement ce dernier. La qualité de la loi serait ainsi fonction de l'effectivité du principe démocratique c'est-à-dire de la représentativité des représentants du peuple. La crise de la représentation[2991] apparaît comme la cause essentielle de la crise de la loi[2992]. Les responsables sont-ils alors les

---

[2989] « D'abord, celles sur lesquelles nous n'avons que peu de prise. Je pense ici au développement du droit international, qu'il s'agisse des conventions internationales, multilatérales ou bilatérales, par exemple sur le droit de l'environnement ou sur la bioéthique. Viennent s'y ajouter la construction européenne et le foisonnement du droit communautaire. Depuis 1991, nous avons dû transposer environ trois cents directives relatives au marché intérieur, une cinquantaine relatives à l'union économique et monétaire, sans évoquer la mise en place du 3e pilier relatif aux affaires intérieures et de justice. Dans ce dernier domaine, ont été adoptées au cours des dernières années nombre de conventions ou de décisions-cadres telles que celles relatives au mandat d'arrêt européen, qui ont conduit à des modifications de la Constitution ou du droit « régalien » (Code pénal, Code civil etc.). Entretien par J. de CLAUSADE, Conseiller d'État, rapporteur général de la section du rapport et des études du Conseil d'État « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 12, 22 Mars 2006, I 121.

[2990] Parmi les facteurs d'inflation, il ne faut pas négliger par ailleurs « la demande ». Le Président du Sénat, C. Poncelet expliquait à cet égard : « l'inflation trouve aussi son origine dans une demande renouvellée de norme. Notre société en manque de référence ou de repères se tourne de plus en plus vers la loi pour fixer les règles du pacte républicain et mieux asseoir le « vouloir vivre ensemble ». Les exemples de cette demande « sociétale » de loi foisonnent : la canicule, le voile – qui nous a offert l'occasion d'un débat d'une rare qualité sur la laïcité -, les psychothérapies, l'homophobie, etc. La demande de loi appelle une réponse législative. Le problème n'est plus « il y a trop de loi » mais « comment répondre à la demande de loi ». Le problème n'est plus de moins légiférer mais de légiférer autrement ». C. PONCELET, Sénat, Séance du 30 juin 2004.

[2991] Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif,* Flammarion Champ, 1996.

[2992] Les propos de Jacques Chevallier sont à cet égard révélateurs : « La vieille mystique de la loi « expression de la volonté générale » a perdu beaucoup de sa crédibilité : la conception selon laquelle les élus ne feraient que parler au nom de la Nation a fait place à une perception plus réaliste et à une évaluation beaucoup plus critique

« Représentants » incapables de se faire entendre par les citoyens[2993], ou bien les « Citoyens », incapables de se faire entendre par leurs représentants ?

Dans le cadre démocratique (aussi), la communication n'est pas à sens unique entre un émetteur et un récepteur prostrés dans leurs rôles respectifs, mais s'établit sous la forme d'un dialogue, chacun des deux acteurs étant tour à tour récepteur puis émetteur. La qualité de la communication entre les citoyens et les représentants est ainsi fonction de l'attention mutuelle qu'ils se portent. L'impératif pour les représentants de parler la langue du citoyen doit s'entendre réciproquement comme le devoir des citoyens de parler aux représentants et de participer ainsi à l'élaboration de la loi. Cette crise de la loi est en fait une crise de la communication qui se traduit par une répartition des rôles assez nette : les uns parlent et les autres écoutent. D'un côté les représentants, professionnels de la politique, sont chargés de faire la loi et de l'autre les citoyens, occupés à leurs affaires quotidiennes, sont chargés de voter. Le renouveau de la loi passe nécessairement par un renouveau de la démocratie. Il ne s'agit nullement d'instaurer une démocratie participative (en réalité la démocratie implique nécessairement la participation des citoyens) mais seulement d'œuvrer en faveur d'une démocratie représentative effective.

Les efforts pour surmonter le déficit communicationnel de la démocratie ne peuvent être productifs que s'ils sont mutuels, des représentants vers les citoyens et des citoyens vers les représentants. S'il appartient naturellement aux citoyens de participer, il appartient aux pouvoirs publics de les y inviter en les associant davantage à l'élaboration des lois : « la question démocratique est donc au cœur de la place de la loi dans l'ordonnancement juridique. Les liens entre démocratie et espace public également. Face à ces défis : crise de la loi, crise de la démocratie, représentation, le Parlement ne peut rester sans réagir, conscient qu'il ne s'agit pas de laisser toujours le peuple aux portes de l'espace de délibération »[2994]. J.-C. Bécane poursuit : « Le renouveau du pouvoir législatif passe donc par l'institution de nouveaux liens entre les Palais législatifs et les citoyens » [2995]. À cet égard, les nouvelles technologies de l'information et de la communication offriraient de nouvelles perspectives

---

des vertus de la démocratie représentative ; quant au principe de majorité, il est considéré davantage comme un instrument permettant au plus grand nombre de faire prévaloir ses vues que comme la garantie du bien-fondé de la loi.» J.CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne », art. cit., p.669.

[2993] Pour P. Delnoy, « il est surprenant de voir à quel point celui-ci se soucie peu de savoir si les citoyens peuvent, lorsqu'ils le souhaitent, avoir facilement accès à la législation. ». P.DELNOY, « La communication législative », art. cit., p.143.

[2994] J.-C. BÉCANE, « La loi revisitée. Réflexions sur les rapports entre la loi et l'État de droit », in *Mélanges Pierre Avril, La république*, Montchrestien, 2001, p.177. L'auteur fait référence à l'article de D.ROUSSEAU, « La démocratie continue », *Le Débat*, n°96, sept-oct. 1997, pp.73-88.

[2995] J.-C. BÉCANE, « La loi revisitée. Réflexions sur les rapports entre la loi et l'État de droit », p.180.

pour réinventer la démocratie participative[2996]. Néanmoins, ces nouvelles possibilités techniques ne doivent pas masquer l'obstacle le plus sérieux de cette ambition démocratique : comment susciter l'envie du plus grand nombre d'écouter et de participer ? L'offre d'informations ne présente aucun intérêt si aucune demande ne cherche à être satisfaite. Comment faire comprendre aux citoyens que « la seule étude qui convienne à un bon peuple est celle de ses Lois », qu'« il faut qu'il les médite sans cesse pour les aimer, pour les observer, pour les corriger même… »[2997]. Comment faire comprendre aux citoyens qu'ils sont les premiers responsables « des lois dont nos vies et nos fortunes dépendent » (Voltaire). La démocratie ne peut être effective si elle ne repose pas sur une société fondée sur la diffusion du savoir et des connaissances. L'étude des lois, préconisée par Rousseau, n'est possible qu'à partir de la connaissance du système démocratique. Condorcet l'écrivait en ces termes : « le but de l'instruction n'est pas de faire admirer aux hommes une législation toute faite, mais de les rendre capables de l'apprécier et de la corriger (…) Il faut qu'en aimant les lois on sache les juger »[2998]. S'il nous était permis de formuler une proposition dans les dernières lignes de cette thèse, nous oserions inviter les responsables de l'éducation nationale à dépoussiérer les Cours d'instruction civique et de les étendre en deçà et au-delà du collège. D'une manière générale, la loi travaillerait pour son intérêt à mettre en œuvre un droit à l'éducation, au savoir et à la culture. Parce qu'elle prendrait là des mesures permettant la réalisation de l'ambition la plus raisonnable qu'elle puisse poursuivre : sa connaissance par les citoyens.

Cette implication citoyenne est en outre le moteur des évolutions du droit. Duguit explique que c'est « l'état de conscience » de la masse des individus composant un groupe social donné qui est « la source créatrice du droit » puisque lorsque cette masse « comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée », la norme social fondée sur la solidarité et l'interdépendance se transforme en norme juridique[2999]. Un objet comme le droit ne survie que lorsqu'il continue d'être en évolution. Or le danger qui pèse sur le droit est paradoxalement[3000] de se figer… de ne plus évoluer…

[2996] « Il n'est pas inimaginable de concevoir que le Parlement puisse remplir son rôle au centre du processus démocratique en profitant des nouvelles technologies pour améliorer les modalités de communication avec les citoyens ». J.-C. BÉCANE, « La loi revisitée. Réflexions sur les rapports entre la loi et l'État de droit », p.179.

[2997] ROUSSEAU, *Fragments politiques*, « Des lois », cité par G.RADICA, *La loi, textes choisis et commentés*, GF-Flammarion, Coll. Corpus, Paris, 2000, p.151.

[2998] CONDORCET, *Œuvre complètes*, Publiées par Arago chez Didot, Paris, 1847-1849. Voir spécialement le *Premier mémoire sur l'instruction publique, ibid.* pp.211-213. Sur le sujet, voir également B.BACZO, *Une éducation pour la démocratie. Textes et projet de l'époque révolutionnaire*, Garnier, Paris, 1982.

[2999] Cité par J.CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne », art.cit., p.670.

[3000] De ce point de vue, on peut envisager l'inflation comme le symptôme d'une stagnation du droit. Elle se caractérise alors par les répétitions du législateur, les « bégaiements » de la loi. Voir à cet égard, le discours de Pierre Mazeaud sur la qualité de la loi en 2005.

C'est sur cette note d'optimisme que s'achève notre étude : « Rien, dans un tel domaine, n'est jamais conclu ni arrêté. »[3001]

[3001] J.de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, Les belles lettres, 2ème éd. paris, 2002, p.7.

BIBLIOGRAPHIE

La présente bibliographie a été organisée autour des thématiques qui ont irrigué cette thèse. Pour une bibliographie exhaustive sur « La loi », on pourra se reporter à celle élaborée par Pierre de Montalivet dans l'ouvrage dirigé par Roland Drago, *La confection de la loi*, PUF, Coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005.

1. LES THESES

BAUFUME (B.), *Le droit d'amendement et la Constitution sous la cinquième République*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique » 1993.

BEHENDT (C.), *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruylant-LGDJ, 2006.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnel et justification dans les discours juridiques*, Économica-PUAM, Coll. Droit public positif, 2001

DOKHAN (D.), *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 103, LGDJ, Paris, 2001.

DRAGO (G.), *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Économica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1991.

LASSERRE-KIESOW (V.), *La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 371, 2002.

MANNO (Th. Di), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica-PUAM, 1997.

MATHIEU (B.), *Les validations législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle,* Économica, Coll. Droit public positif, Paris, 1987.

MAUGUIN HEGELSON (M.), *L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Économica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1997.

MERLAND (G.), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 121, LGDJ, 2004.

MERLET (J.-F.), *Une grande loi de la Troisième République : la loi du 1er juillet 1901*, Thèse Dactylographiée, Paris II, 2000

MEUNIER (J.), *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*.Bruylant-LGDJ, Paris, 1994.

MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T.287, 1997.

MONTALIVET (P. de.), *Les objectifs de valeur constitutionnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dactylographiée, Paris II, 2004.

MOUZE (L.), *Le législateur et le poète. Une interprétation des Lois de Platon*, Presse Universitaire du Septentrion, Coll. Philosophie ancienne, Villeneuve D'ascq, 2005

PARDINI (J.-J.), *Le juge constitutionnel et le « fait » en France et en Italie*, Économica-PUAM, Coll. Droit public positif, 2001.

PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1990.

RUEDA (F.), *Le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel. Les exemples français, allemand et espagnol*, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politique, Tome 98, Paris, 2000.

TREMEAU (J.), *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1997.

VALEMBOIS (A.-L.), *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 122, 2005

VIALA (A.), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 92, 1999.

VIDAL-NAQUET (A.), *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dactylographiée, Paris II, 2004.

2. OUVRAGES

Manuels et ouvrages de droit et de contentieux constitutionnel et de libertés publiques

ALLAND (D.) et RIALS (S.) (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige-Lamy-PUF, Paris, 2003.

AUBY (J.-M) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, tome 2, LGDJ, 1984.

AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), *Droit parlementaire*, Montchestien, Coll. Domat Droit public, 3ème éd., 2004.

AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), *Le Conseil constitutionnel,* Montchrestien, Coll. Clefs, 4ème éd., 1998.

AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), *Lexique de droit constitutionnel*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2003.

CABRILLAC (R.), FRISON ROCHE (M.-A), et REVET (Th ;) *Libertés et droits fondamentaux*, 9ème édition DALLOS, 2003, p.275.

CARCASSONNE (G.), *La constitution*, Éd. Seuil, 8ème éd., 2007.

COLLIARD (C.-A.) et LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Dalloz, Précis, 8ème éd., 2005.

DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Thémis, 1998 (2ème éd. 2004.)

DRAGO (G.), FRANCOIS (B), MOLFESSIS (N). (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, colloque de Rennes, 20-21 Septembre 1996, Paris, Economica , coll. Etudes juridiques ».

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t.2, Brocard, 3ème éd., 1928.

DUHAMEL (O.) et MÉNY (Y.) (Dir), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

FAVOREU (L.), *La politique saisie par le droit : alternance, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988

FAVOREU (L.) *Les Cours constitutionnelles*, PUF, Coll. Que sais-je ?, n°1724, 3ème éd., 1996.

FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 12ème éd. 2003.

FAVOREU (L.) et Alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, Droit public, 3ème éd., 2003.

GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*. Éd. STH, 1988, P.77 et s.

GICQUEL (J.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 18ème éd., 2002.

GREWE (C.) et RUIZE-FABRI (H.), *Droits constitutionnels européens*, PUF, Coll. Droit fondamental, Paris, 1995

LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, paris, Berger-Levrault, 1887-1888, 1ère édition, pp.491-492.

LOCHAK (D.), *Les droits de l'homme*, La découverte, Coll. Repères, Paris, 2005

LUCHAIRE (F.), *Le Conseil constitutionnel*, Économica, 2ème éd., 1997.

LUCHAIRE (F.), *Le Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, 1988.

MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.) avec le concours de F. CHALTIEL, *Droit constitutionnel*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2004.

MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002.

MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.) (Sous la direction de), *La constitutionnalisation des branches du droit. Association française des constitutionnalistes*, Économica-PUAM, 1998.

OULD BOUBOUTT (A.S.), *L'apport du Conseil constitutionnel du droit administratif*, Paris, Economica, 1987, p.44.

PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Série Droit, Paris, 2004

POULLAIN (B.), *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Économica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1990.

RIVERO (J.), *Les libertés publiques*, *1. Les droits de l'homme*, PUF, 1973.

ROUSSEAU (D.), *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Clefs, 1996.

ROUSSEAU (D.) *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 6ème éd., 2001.

TURPIN (D.), *Les libertés publiques*, Paris, Gualino, 5ème éd., 2000.

VEDEL (G), *Cours de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p.326.

VILLIERS (M. de), *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin, 5ème éd.

ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, PUF, 2ème éd. 1999.

Théorie du droit, théorie de l'État et de l'interprétation

BÉCHILLON (D. de), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, O. Jacob, 1997.

BÉCHILLON (D. de), *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance ?*, Paris, l'harmattan, 1994

CAPPELLETTI (M.), *Le pouvoir des juges*, Économica, PUAM, coll. Droit public positif.

CARRE de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, rééd. Photomécanique, CNRS, 1962, tome 1er, n° 121.

CARRÉ de MALBERG (R.), *La loi, expression de la volonté générale*, Économica, Coll. Classiques, 1984.

CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2ème ed., 2004.

CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, Montchrestien, Clefs, 3ème éd., 1999.

COTTERET (J.M.), *Le pouvoir législatif en France*, Paris, LGDJ, 1962.

DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll., « Les voies du droit » 1986.

HABERMAS (J.), *L'espace public,* Paris, Payot, 1978

HABERMAS (J.), *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987.

HABERMAS (J.), *Ecrits politiques. Culture, Droit, Histoire,* Les éditions du Cerf, Paris, 1990, p.158.

HABERMAS (J.), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, Traduit de l'allemand par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme. 1997.

HART (H.L.A), *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Fac. Univ. Saint-Louis, 1976.

HART (H.L.A), *Of Law in general*, H.L.A. Hart (ed.), London, University of London, The Althone Press, 1970.

HAYEK (F.), *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, Tome III, 1983

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2ème éd., Trad.franc. par Charles Eisenmann, Coll. Philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1962.

KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant, LGDJ, 1997.

KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996.

KOUBI (G.), ROMI (R.), *Etat, Constitution, Loi*, éd. de L'espace européen, 1991.

LOCHAK (D.) (Sous la direction de), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*. Presse universitaire de Paris X, 2006

MORAND (C.-A.), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 1999.

OST (F.)et VAN de KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau*, Académie européenne de théorie du droit, R.I.E.J., 2000.44.

PERELMAN (Ch.) et VANDER ELST (R.) (Dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984.

REDOR (J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica-PUAM, 1992

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Sirey, 2ème éd., 1951.

TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État,* PUF, Coll. Léviathan, 1994.

TROPER (M.), *La philosophie du droit*, PUF, Que Sais je ?, 2003.

TIMSIT (G.), *Les noms de la loi*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1991

TIMSIT (G.), *L'archipel de la norme*, PUF, Coll. Les voies du droit,

TIMSIT (G.), *Les figures du jugement*, PUF, Coll. Les voies du droit,

VILLEY (M.), *Philosophie du droit. Définition et fins du droit. Les moyens du droit*, 1984-1986, Rééd, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2001.

ZAGREBELSKY (G.), *Le droit en douceur*, Économica-PUAM, 2000.

La loi

Archives de philosophie du droit, *La loi*, tome 25, Sirey, 1980

Revue Pouvoirs, *La loi*, n°114, Seuil, 2005.

Vive la loi !, Actes du Colloque du Sénat du 24 mai 2004, Sénat et Université Paris II.

BÉCANE (J.-C) et COUDERC (M.), *La loi,* Dalloz, Coll. Méthodes du droit, Paris, 1994.

BOULAD-AYOUB (J.), MELKEVIK (B.), ROBERT (P.) (Dir.), *L'amour des lois*, la crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques, Paris-Laval (Québec). Actes du colloque, L'Harmattan, Les presses de l'université de Laval, 1984.

BURDEAU (G.), *Le déclin du droit. Étude sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949

CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Dufrénois, 2ème ed. 1995.

DRAGO (R.) (dir), *La confection de la loi*, PUF, Coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005.

FAVOREU (L.) (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement*, Actes du Colloque d'Aix en Provence, 2 et 3 Octobre 1977, paris- Aix en Provence . Économica-PUAM, 2ème éd. 1981.

HAMON (F.), WIENER (C.), *La loi sous surveillance*, Paris, O. Jacob, 1999.

MATHIEU (B.), *La loi*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2ème éd., 2004.

MOLFESSIS (N.),(sous la direction de), *Les mots de la loi*, Economica, coll. « Etudes juridiques » Paris, 1999.

POULET-GIBOT LECLERC (N.), *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, thèse, Limoges, Paris-limoges, PUF-Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, 1992.

PUIGELIER (C.) (dir), *La loi. Bilan et perspectives,* Économica, Coll. Études juridiques, 2005.

RADICA (G.), *La loi, textes choisis et commentés*. GF Flammarion, Coll. Corpus, Paris, 2000

VERPEAUX (M.) et MATHIEU (B.) (dir.), *La réforme du travail législatif*, Actes de la 1ère journée d'étude du centre de recherche de droit constitutionnel de Paris I, Cahiers constitutionnel de Paris I, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006.

VERPEAUX (M.) et MATHIEU (B.) (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Acte de la 2ème journée d'étude du centre de recherche de droit constitutionnel de Paris I, Cahiers constitutionnel de Paris I, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2007.

<u>La loi et l'histoire</u>

ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*

BACON (F.), *Œuvres,* éd. Charpentier, Paris, 1845

BASTIT (M.), *Naissance de la loi moderne*, Léviathan, PUF, 1990.

BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991.

BERTRAND (J.-M.), *De l'écriture à l'oralité. Lectures des lois de Platon*, Publications de la Sorbonne, Paris, 1999.

BORDES (J.), *Politeia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, Éd. Les belles lettres, Paris, 1982.

CATELAN (N.), *L'influence de Beccaria sur la matière pénale moderne*, collection du centre de recherche en matière pénale fernand BOULAN, PUAM, 2004

CONDORCET, *Œuvres complètes*, Publiées par Arago chez Didot, Paris, 1847-1849.

CORIAT (P.-P), *Le Prince législateur*, Ecole française de Rome, Paris, 1997.

FENET (P.A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Otto Zeller Osnabrück, 1968

HUMBERT (M.), *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, Précis, 8ème édition, Paris, 2003.

JHERING (Von R.), *L'esprit du droit romain*, trad. Meulanaere, Bologne, 3ème éd., Tome II.

JHERING (Von R.), *La lutte pour le droit*, Paris, Marescq aîné, 1890,

JHERING (Von R.), *L'évolution du droit*, Paris, Chevalier-Marescq, 1901

LEDUC-FAYETTE (D.) J.*J.Rousseau et le mythe de l'antiquité*, Vrin, 1974.

LONG (M.) et MONIER (J.-C.), *Portalis. L'esprit de justice*, Editions Michalon, Collection Le bien commun, 1997

MONTAIGNE, *Essais,* éd. de l'imprimerie nationale, 1998, T.III

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in Œuvres complètes II, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1994.

MORE (Th.), *L'utopie*, trad. Marie Delcourt, éd. La renaissance du livre

MOUZE (L.), *Le législateur et le poète. Une interprétation des lois de Platon*. Presse Universitaires du Septentrion, Coll. Philosophie ancienne, Villeneuve d'Ascq. 2005.

ROMILLY (J. de), *La loi dans la pensée grecque*, 2ème éd., les Belles lettres, Paris, 2002.

ROUSSEAU (J.-J.), *Du Contrat social*, Paris, Seuil, 1977

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Flammarion, Paris, 1992.

ROUSSEAU (J.-J.), *Œuvres complètes*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1964.

ROUSSELET-PIMONT (A.), *Le Chancelier et la loi au XVIè siècle. D'après l'œuvre d'Antoine Duprat, de Guillaume Poyet et de Michel de l'Hospital*, De Boccard, Paris, 2005.

SINCLAIR (T.A.), *Histoire de la pensée politique grecque*, Payot, Paris, 1953.

OST (F.), *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*. Odile Jacob, 2004.

PLATON, *Les lois, in Platon, Œuvres complètes*, Trad. Franç. Par Edouard des Places, Paris, Les Belles lettres, « Collection des Universités de France », L11 et 12, 1975 - 1976

PORTALIS (J.-E.-M.), *Discours et rapports sur le code civil*, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1989

SUAREZ, *Des lois et du Dieu législateur*, Introduction, traduction et notes par Jean-Paul Coujou, Dalloz, 2003.

TEISSIER-ENSMINGER (A.), *L'enchantement du droit* : *légistique platonicienne*, Paris, L'Harmatan, coll. « logiques juridiques », 2002.

La légistique

Les guides

SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU GOUVERNEMENT, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires,* Paris, 2005.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, Berne, Office fédérale de la justice, 2è ed., 2002.

Les ouvrages :

La science de la législation, Journée d'études du 4 avril 1987, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF, 1988.

BEIGNIER (B.) (dir.), *La codification*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1996.

BENTHAM (J.), *Traité de législation civile et pénale,* Extrait des manuscrits de J.Bentham, par Et. Dumont, 2ème éd. t.3, Paris, 1820.

BERGEAL (C.), *Rédiger un texte normatif*, Berger-Levrault, 5ème éd, 2004.

BERGERON (Robert C.), *Règles de rédaction législative*, Ottawa, 1999

BŒUF (J.-L.) *L'évaluation des politiques publiques*, Paris, La documentation française, Rev. *Problèmes politiques et sociaux,* n° 853, 2001.

CONAN (M.), *L'évaluation constructive. Théorie, principes et éléments de méthode*, éd. de l'aube, coll. Société, 1995.

DELLEY (J-D.) et Alii, *Le droit en action*. Etude de la mise en œuvre de la loi Furgler, Saint-Saphorin (Suisse), Georgi, 1982 (rééd. 1986).

DOMAT (J.), *Traité des lois, Caen, Centre de philosophie politique et juridique,* « Bibliothèque de philosophie politique et juridique », 1989.

DELCAMP (A.), BERGEL (J.-L.), DUPAS (A.), *Contrôle parlementaire et évaluation*, Les études de la documentation française, df, Paris, 1995.

FERNBACH (N.M.), *La lisibilité dans la rédaction juridique au Québec*, Ottawa, Centre canadien d'information juridique – Centre de promotion de la lisibilité,1990.

FILANGIERI (G), *La science de la législation*, Trad. par J.-A. Gallois, 2ème éd., Dufart, Paris, 1799.

GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique, méthode juridique*, Paris, recueil Sirey, 1914-1930.

LINDER (W.), *La décision politique en Suisse. Genèse et mise en œuvre de la législation*. Trad. J.-D. DELLEY, éd. Réalités sociales, 1987.

MADER (L.), *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, coll., « *Juridique romande* ».1985.

MORAND (C.-A.), *Vers une méthodologie de la communication législative*, Gezetzgebung heute, 1994

MORAND (C.-A.) (ed.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, Coll. Droit public et institutions politiques, 1991

MORAND (C.-A.) (Dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

MORAND (C.-A.), *Les figures de la légalité*, publié par C-A Morand, publisud, 1992.

MORAND (C.-A.) (Dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, Préface de J-L Bergel, Presses universitaires d'Aix Marseille, PUAM, 1993

NOLL (P.), *Gesetzgebungslehre*, Rheinbeck bei Hamburg, 1973

POTIER (V.) et BENCIVENGA (M.), *Évaluation des politiques locales*, Ed. Le moniteur, coll. Guides juridiques, 2005.

REMY (D.), *Légistique. L'art de faire des lois*, Paris, Romillat, 1994

SAINTOURENS (B.), *Le code civil : une leçon de légistique ?*, Économica, Coll. Études juridiques, 2006.

VIANDIER (A.), *Recherche de légistique comparée*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1988.

<u>« Aux frontières du droit » : La loi, le droit et les autres disciplines</u>

BACZO (B.), *Une éducation pour la démocratie. Textes et projets de l'époque révolutionnaire*, Garnier, Paris, 1982.

BANKOSKI (Z.), *La science et la législation*, PUF, 1989

BROEKMAN (J.), *Droit et anthropologie*, LGDJ, La pensée juridique moderne, Paris, 1993

CARBONNIER (J.), *sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1978.

CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, PUF, Coll. Thémis, 27ème éd., 2002.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10ème éd., 2001.

CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Vème république*, Paris, Flammarion, Coll. Forum », 1996.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et FERRÉ (N.) (Textes réunis par), *Frontières du droit, critique des droits. Billet d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, Recherches et travaux du Réseau européen Droit & Société à la Maison de sciences de l'homme, Vol. 14, 2007.

CHEVALLIER (J.) et LOSCHAK (D.), *La science administrative*, Vol.1, 1978, Paris.

CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, Précis Domat, 3ème éd., 2005

CORNU (G.) (Sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association H.Capitant des amis de la culture juridique française, 8ème éd., Quadrige-Lamy, PUF, 2007.

CORNU (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. Doctrine juridique,1998

DEBRAY (R.), *L'Etat séducteur. Les révolutions méthodologiques du pouvoir*, Gallimard, Paris, 1993.

DESCARTES, *Discours de la méthode,* éd. Vrin, Paris, 1992

DOUCET (C.), *La qualité*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2005

GADET (F.), *Le français ordinaire*, Armand Colin, Paris, 1989.

GUILLOREL (H.) et KOUBI (G.) (dir.), *Langues et droits*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

JAYME (E.) (éd.), *Langue et droit*, XVe Congrès international de droit comparé, Bristol 1998, Bruylant, Bruxelles, 1999.

LAMBERTERIE (I. de) et BREILLAT (D.) (dir.), *Le français langue du droit*, Actes du Colloque international de Poitiers des 6 et 7 novembre 1987, Publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Tome 36, PUF, paris, 2000.

LANDICK (M.) (dir.), *La langue française face aux institutions*, Actes du colloque du 24 novembre 2000 à Royal Holloway, University of London, L'Harmattan, 2003.

LENOBLE (J.), *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*. Par les Editions du Cerf, 1994.

LE ROY (E.), *Le jeu des lois. Une anthropologie « dynamique » du droit*, LGDJ, Droit et société, Paris, 1999

PERROT (J.), *La linguistique*, Que sais-je ? PUF, 17ème éd. 2007.

PONTIER (J.-M.), *Droit de la langue française*, Dalloz, Connaissance du droit, 1996.

ROMILLY (J.), de, *La république et l'école*, Paris, Agora, 1991.

ROULAND (N.), *L'anthropologie juridique*, PUF, Que sais-je ?, 1995.

SOURIOUX (J.-L.), LERAT (P.), *le langage du droit*, Paris, PUF, coll., « Sup », sect. « Le juriste », 1975.

TALON-HUGON (C.), *L'esthétique*, Coll. Que sais-je ?, PUF, 2004

WEBER (M.), *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Presse-Pocket, 1992

3 RAPPORTS :

Rapport public du Conseil d'État, « De la sécurité juridique », *EDCE* n°43, La Documentation française, 1992.

Rapport public du Conseil d'État, « Le principe d'égalité », *EDCE n°48,* La documentation française, 1996.

Rapport public du Conseil d'État, « Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE*, n°57, La documentation française, 2006.

J. BIGNON et F. SAUVADET, « L'insoutenable application de la loi », *DIAN*, Rapport n°2172, juillet 1995.

A. CAZIN d'HONINCTHUM, « La complexité de l'évaluation de l'application des lois », *AN*, Rapport d'information n°2171, 20 juillet 1995.

MANDELKERN (D.), (sous la direction de), *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, Paris, Ministère de la fonction publique, 2002.

B. LASSERRE, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Paris, 2004.

Sénat (Service des commissions). *Le contrôle de l'application des lois*, synthèse des travaux des commissions permanentes du 30 Septembre 2001, 53è rapport, année parlementaire 2000-2001, Sénat, Bulletin des commissions, supplément au n°6 du samedi 10 novembre 2001.

4. ARTICLES, NOTES ET CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

Constitution et sécurité juridiques, XVe table ronde internationale, Aix en Provence, 10-11 septembre 1999, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XV ; 1999. Paris-Aix en Provence, Economica-PUAM, 2000

Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°11, « Le principe de sécurité juridique », études réunies et présentées par B. Mathieu, 2001.

Les Cahiers du Conseil constitutionnel n°21, « La normativité », études réunies et présentées par Jacques Chevallier, 2006.

Dossier « La codification », *Droits*, 1996, n°24, 1997, n°26, 1998, n°27

Dossier « La codification », *AJDA*, 1997, pp.639-683.

« Produire la loi », Dossier, Droit et société n°40, 1998

Archives de philosophie du droit, t. XL, « droit et esthétique », 1995.

Archives de philosophie du droit, t. XXV, « La loi » 1980.

Revue Pouvoirs, *La loi*, n°114, Seuil, 2005.

AMSELEK (P), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 275.

AMSELEK (P.), « La teneur indécise du droit », *RDP*, 1991, p.1191.

ATIAS (C.), « Les maux du droit et les mots pour le dire », *D.*, 1997, Chron., p.229.

ATIAS C., « normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé, *Rev. De recherche juridique*, 1982, 219 et s.

AUBY (J-B.), « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 191, p.327.

AUBY (J-B.), « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1998, p.673.

AUBY (J.-M.), « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *JCP,* 1953, I, 1080.

AVRIL (P.), « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, n°114, p.89

AVRIL (P.), « Les limites de la loi », *Le Monde*, 27 janvier 1983.

BADINTER (R.), « Le doyen George Vedel (1910-2002). Du côté du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2002, n°2, p.209.

BALCHER (P.), « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs* n°105, 2003, pp.17-18.

BARANES (W.) et FRISON ROCHE (M.-A.), « Le souci d'effectivité du droit », *D.*1996, Chron. p.301.

BATIFFOL (H.), « La loi et la liberté », *Arch. de phil. du droit,* 1980, *La loi*, p.80.

BÉCANE (J.-C.), « La loi revisitée. Réflexions sur les rapports entre la loi et l'État de droit », in *La République, Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchestien, 2001, p.167.

BEAUD (O), CAYLA (O), « Les nouvelles méthodes du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1987, p.677.

BERGEL (J.-L.), « Informatique et légistique », *D.*1987 Chron. 171. V.

BLANKENBURG (E.), « La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexion sur l'étude de la mise en œuvre : le concept d'implementation », *Droit et société*, n°2/1986.59…

BOCKEL (A.), « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p.43.

BON (P.), « Les délégations législatives en droit comparé franco-espagnol », in *Mélanges Auby*, Paris, *Dalloz*, 1992, p. 43.

BOURCIER (D.), « A vos lois, citoyens ! », *le Monde*, 5 juillet 2000, p.16.

BRAIBANT (G), « Qui fait la loi », *Pouvoirs* n° 64, 1993, p 43.

BRAIBANT (G.), « Utilité et difficultés de la codification », *Droits* n°24, *La codification,* 1996, p.62

BRONDEL (S.), « Conseil constitutionnel : chronique de sanctions annoncées », *AJDA*, 2005, p.916.

BROUSSOLLE (D.), *«* Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel *», RDP, 1985, p.751.*

BRUNET (P.), « Que reste-t-il de la volonté générale ? », *Pouvoirs,* n°114, 2005, p.7.

BURDEAU (G.), « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit*, 1939, p.7.

BURDEAU (G.), « Le déclin de la loi », *Archive de philosophie du droit*, 1963, p.35.

CAILLOSSE (J.), « Une approche « tranquillisante de la post-modernité ? L'économie du droit post-moderne selon Jacques Chevallier », *Droits*, n°39, 2004, p.121.

CAMBY (J.-P.), « Loi et norme. À propos de la décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005 », *RDP*, n°4, 2005, pp.849-847.

CAMBY (J.P.), GUY (S), « Deux points de vue sur les annexes législatives », *RDP*, 2002, p. 1251.

CAPITANT (H.), Comment on fait les lois aujourd'hui », *Revue politique et parlementaire*, 1917, vol.91, p.305.

CARBONNIER (J.), « Tendances actuelles de l'art législatif en France », in *Legal Science Today*, 1978, Uppsala, p.23 et s.

CARBONNIER (J.), « La passion des lois au siècle des Lumières », *Bulletin de l'Académie royale de Belgique*, 5ème série, t. XLII. 1976, 12, P 540.

CARBONNIER (J.), « La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi » en droit français » . *Revue internationale de droit comparé*, numéro spéc., vol. 6, journées de la société de législation comparée, 1984, p.321.

CARBONNIER (J.), « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Flexible droit*, 5ème éd. LGDJ, 1983, p.125.

CARCASSONNE (G.), « Penser la loi », *Pouvoirs*, n°114, 2005.

CARCASSONNE (G.), « Société de droit contre État de droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p.37.

CARCASSONNE (G.), « Le code des codes », *Le Point*, 31 décembre 1999, n°1424, p.16.

CHAGNOLLAUD (D.), « Sherlock Holmes et le mystère de l'effet cliquet », *LPA*, 23 février 2004, n°38, p.3.

CHAMPEIL-DESPLAT (V.), « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, p.326.

CHAMPEIL-DESPLAT (V.), « Les clairs-obscurs de la clarté juridique », in *Legal langage and Search for Clarity*, A. Wagner et S. Cacciaguidi-Fahy, Bern, Peter Lang, 2006, p.35.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *CCC*, n°21, 2006, pp.63-68.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les nouveaux commandements du contrôle de la production normative », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Économica, 2006, pp.267-280.

CHAMUSSY (D.), « Le Conseil constitutionnel et la qualité de la législation », *RDP*, 2004, pp.1739-1760.

CHÉROT (J.-Y.), « Les formulations d'objectifs dans le contrôle de constitutionnalité des lois en France (note sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel) », *RRJ, Cahiers de méthodologie juridique*, n°4, « Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs », 1989-4, p.895.

CHEVALLIER (J.) et LOSCHAK (D.), « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *Revue française d'administration publique*, n°24, oct. Déc. 1982…

CHEVALLIER (J.), « Les enjeux de la dérèglementation », *RDP*, 1987, p. 281.

CHEVALLIER (J.), « La rationalisation de la production juridique », in C.-A.MORAND (dir.), *L'État propulsif*, Paris, Publisud, 1989, p.19.

CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP,* 1990, p.1666.

CHEVALLIER (J.), « Les lois expérimentales – Le cas Français », in *Evaluation législative et lois expérimentales*,C.-A. MORAND (dir.), Préface de J-L Bergel, Presses universitaire d'Aix Marseille, 1993, p.119 et s.

CHEVALLIER (J.), « l'évaluation législative, un enjeu politique », in *Contrôle parlementaire et évaluation*, La documentation française, 1995.

CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p.659

CLAUSADE Josseline de, (Entretien par) « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *La Semaine Juridique Edition Générale,* n° 12, 22 Mars 2006, I 121.

COHENDET (M.-A.), « Légitimité, efficacité et validité », in *La République, Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p.201.

COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.

CONTE (P.), « « effectivité », « inefficacité », « sous-effectivité »… : variation pour droit pénal », in *Le Droit privé français à la fin du Xxème siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001.

CÔTÉ (P.-A.), « Le mot « chien » n'aboie pas : réflexion sur la matérialité de la loi », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.281.

COUDERC (M.), « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », *Pouvoirs,* n°114, *La loi*, p.22.

COURVOISIER (C.), « L'idéal de la loi rare », in *Pensée politique et loi*, Actes du XIIIè colloque d'Aix-en-Provence, 25-26 mars 1999, PUAM, 2000.

CROUZATIER-DURAND (F.), « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative », *RFDC,* 2003, p.675.

CUBERTAFOND (B.), « Importance de la loi en droit public économique » *AJDA*, juin 1979, p.3.

DELLEY (J-D.), « Que faire des objectifs dans une étude de mise en œuvre de la législation ». *Revue suisse de sociologie*, n° 3, 1981, p.385.

DELLEY (J-D.), « Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique », *in* C.-A.Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle,* Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p.85.

DELLEY (J.-D.) et FLUCKIGER (A.), « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », *in* R.Drago (dir.), *La confection de la loi*, PUF, Coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005. op. cit., p.83-96.

DELNOY (P.), « La communication législative », in C.-A.MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p.142.

DELVOLVÉ, « L'été des ordonnances », *RFDA*, 2005, p.909.

DESWARTE (M.-P.), « Droits sociaux et État de droit », *RDP*, 1995, p.4.

DION-LOYE (S.), MATHIEU (B.), « Le droit de grève : l'affirmation elliptique du constituant, le silence du législateur, la parole du juge », *RFDC*, n° 7 1991, p.525.

DRAGO (R.), « La conciliation entre principes constitutionnels » *D.*, chon., 1991, p.265

DRAGO (R.), « Le droit de l'expérimentation », *Mélanges Terré*, 1999.

DUPEYROUX (H.), « Sur la généralité de la loi », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp.137-161.

DUPRAT (J.-P.), « Genèse et développement de la légistique », *in* R. Drago (dir.), *La confection des lois*, PUF, Coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005. op. cit., p.18.

DURAND (P.), « Droit du travail et sociologie industrielle », *Sociologie du travail*, 1/1960, p.1.

DURAND (P.), « Le savant et la politique : pour une approche raisonnée de l'analyse des politiques publiques », *L'année sociologique*, vol.40, 1990.

DURAND (P.), « La décadence de la loi dans la Constitution de la Vème République », *D.*1959, *I*, 1970.

P.ENCREVÉ, « La langue de la République », *Pouvoirs* n°100, La République, 2002, pp.123-136.

ENGUÉLÉGUÉLÉ (S.), « Les communautés épistémiques pénales et la production législative en matière criminelle », Dossier « Produire la loi », *Droit et société* n°40, 1998, p.563-581.

FAURE (B.), « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC* n°21, 1995, p.47

FAURE (B.), « L'intégration de l'expérimentation en droit public français », *Mélanges Moderne*, Dalloz 2004, p.165 et s.

FAVOREU (L.) « Le principe de constitutionnalité », (essai de définition d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel), *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975, pp.33-49.

FAVOREU (L.), « Les règlements autonomes existent-ils ?, in *Mélanges Burdeau*, Paris, 1977, p.405

FAVOREU (L) « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFD adm*, 1987, p.871.

FAVOREU (L.), « Ordonnance ou règlement d'administration publique ?, *RFDA*, 1987, p.692

FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », *Mélanges Vitu*, Cujas, 1989, p.169.

FAVOREU (L.), « La loi », in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Journées d'études des 16 et 17 mars 1989, Association française des constitutionnalistes, Economica-PUAM, 1990, p79.

FAVOREU (L.), « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n°13, 1991 p.24.

FELDMAN (J.-P.), « Sur la proposition de loi constitutionnelle « tendant à renforcer l'autorité de la loi », *D.*2005, chron., pp.3999-402.

FLÜCKIGER (A.), « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *CCC*, n°21. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc21/normativite4.htm.

FOUCHARD (A.), « Légiférer en Grèce antique », in *Le législateur et la loi dans l'antiquité*, hommage à Françoise RUZE, Presses universitaires de Caen, actes du colloque de Caen, 15-17 mai 2003, 2005, p.14.

FRISON-ROCHE (M.-A.), BARANES (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.*, 2000, Chron., p.361-368.

FROMONT (M.), « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* n° spécial, 20 juin 1996, p.178.

GAUDEMET (Y.), «Sur l'abus ou quelques abus de la législation déléguée », in Roland Drago (dir.), *La confection de la loi*.

GALLETTI (V.), « Existe t-il une obligation de bien légiférer ? », *RFDC*, 2004, n°58.

GARANT (P.), « Le contrôle juridictionnel de l'imprécision des textes législatifs au Canada », in *L'État de droit*, *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996.

GARRIGOU-LAGRANGE (J.-M.), « L'obligation de légiférer », in *Droit et politique à la croisée des cultures*. *Mélanges P.Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p.305 et s.

GAST-MEYER (M.), « La simplification du droit », *RRJ*, 2005-3, p.1183.

GAY (L.), « « L'effet cliquet » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ». *Association française des constitutionnalistes et Université d'Aix-Marseille III, IVè congrès français de droit constitutionnel*, Aix-en-Provence, 10, 11,12 juin 1999, Atelier 6-11, p.15

GENEVOIS (B.), « La censure des carences de la loi », *AIJC*, 1985, I, p.412

GENEVOIS (B.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1986 », *AIJC*, II-1986, p.439.

GENEVOIS (B.), « La marque des idées et principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », *EDCE,* n°40, 1988, p.184.

GÉNY (F), « La technique législative dans la codification civile moderne », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, T.2, Paris, Librairie Duchemin, 1979, p.1027

GONOD (P.), « La simplification du droit par ordonnances », in Roland Drago (dir.), *La confection de la loi,* PUF, Coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, p.167.

GUTMANN (D.), « L'objectif de simplification du langage législatif », *in* Nicolas Molfessis (dir.), *Les Mots de la loi*, Paris, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p.76 et s.

GUY (S.), « Une utopie : la codification », *RFD* const., n° 26, 1996, p.11.

GUY (S.), « De la codification », *LPA*, 12 mars 1997, p.11.

GUYON (G.), « L'utopie et l'imaginaire juridique », *Arch. De ph. Du droit*, Paris, Sirey, tome 30, 1985, p.262.

HABIB (L.), « la notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel » *RDP*, 1986, pp. 675-730.

HAMON (L), « *Les domaines de la loi et du règlement : à la recherche d'une frontière* », *D.*, 1960, Chron., p. 173

HENRY (J.P.), « Vers la fin de l'état de droit ? », *RDP*, 1977, p.1208 et s.

HERMITTE (M.-A.), « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation. L'exemple des droits intellectuels ». *Archives de philosophie du droit*, I., XXX, 1985, p.331.

HISPALIS (G.), « Pourquoi tant de loi(s) », *Pouvoirs,* n°114, p.105.

HÖFFE (O.), « La justice qui définit le droit », *Droits*, n°10, 1989, p.35.

HOLLEAUX (A.), « La fin des règles générales », *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, n°39, Juillet/Septembre 1976, p.7.

HOUIN (R.), « De lege feranda », in *Mélanges P.Roubier*, T.1, 1961, Paris, p.273 et s.

HOULEAUX (A.), La fin des règles générales, *Bulletin de l'I.I.A.P*, n°39, 1976, p.421.

IVAINIER (Th.), « Qu'est-ce qu'un texte clair ? Essai de mathématisation », in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983, p.150.

JAN (P.), « Les objectifs de valeur constitutionnelle et le contentieux administratif : de beaux principes, seulement (Conseil d'État, ord. réf., 3 mai 2002) », *LPA*, n°193, 26 septembre 2002, p.15.

JEAMMAUD (A.), SEVERAIN (E.) « Evaluer le droit », *D.*, 1992, Chron., p.263.

JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, n°spécial, p.47

KORNHAUSER (L.), « L'analyse économique du droit », *Rev. Synthèse*, n°118-119, avr. Sept. 1985.313

LACHARRIÈRE (R. de), « Opinion dissidente », *Pouvoirs,* n°13, 1980, p.133.

LAINGUI (A.), « La poésie dans le droit », in « Droit et esthétique », *Arch. de phil. du droit*, t.40 ; 1995, p.133.

LAKS (A.), « L'utopie législative de Platon », *Revue Philosophique*, 4, 1991, pp.417-428.

LARRALDE (J-M.), « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *LPA*, 19 novembre 2002, n°231, pp.11 et s..

LASCOUME (P.), « Norme juridique et mise en œuvre des politiques publiques », *L'année sociologique*, 1990.43.

LASCOUME (P.) et SERVERIN (E.), « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n°21986.

LASSERRE-KIESOW (V.), « Comment faire les lois ? L'éternel retour d'un défi », in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, PUF, Coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005. p.209.

LASSERRE-KIESOW (V.), « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXIè siècle », *D.*2002, n°14, p.1158.

LAVIGNE (C), « Comment la loi est mal écrite », *D.*, 1982, Chron., p.299.

LE NINIVIN (D.), « Les discordances de la codification par décret », *JCP* 1980, I, n°2982.

LEVADE (A.), « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexion sur une catégorie juridique introuvable. », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p.687.

LOCHAK (D.), « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1984, n°13, p.84.

LOSCHAK (D.), « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n°13, 1986, p.53.

L'HOMME-WÉRY (L.-M.), « Le rôle de la loi dans la pensée politique de Solon », in *Le législateur et la loi dans l'Antiquité*. Hommage à Françoise Ruzé, Actes du colloque de Caen des 15 et 17 mai 2003, Presses universitaire de Caen, 2005, 167-185.

L'HUILLIER (J), « La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 Octobre 1958 », *D.*, Chron., p. 173.

LUCHAIRE (L.), « Les sources de compétences législatives et règlementaires », *AJDA*, 1979, n° 6, p.3.

LUCHAIRE (F.), « Le Conseil d'Etat et la Constitution », *RA,* n°188, 1979, p.143

LUCHAIRE (F.), « Procédure et techniques de protection des droits fondamentaux, *RIDC*, 1981, p.285.

LUCHAIRE (F.), « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, 64, 2005, pp.675-684.

LUCHAIRE (F.), « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *CCC*, 2001, n°11, pp.67-69.

LYON-CAEN (G.), « Le langage en droit du travail », *in* Nicolas Molfessis (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, coll. « Etudes juridiques » Paris, 1999, p.9.

MADER (L.), « La législation : une science en devenir », *in Sciences de la législation*, Travaux du centre de philosophie du droit, Paris, PUF, 1988, p.10.

MAISANI (P.) et WIENER (F.), « Réflexion autour de la conception post-moderne du droit, *Droit et société*, n°27, 1994, p.443.

MALAURIE (P.), « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, n°114, La loi, p.131.

MAMONTOFF (C.), « Réflexions sur l'expérimentation du droit », *RDP,* n°2, 1998, p.351.

MASPETIOL (R.), « Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit publc français », *ECDE*, 1949, p.50.

MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, Chron. p.211.

MATHIEU (B.), « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, Chron. p.152.

MATHIEU (B.), « Constitution et sécurité juridique », *AIJC*, 1999, pp.155-192.

MATHIEU (B.), « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges P.Gélard*, Montchrestien, 1999, pp.301-305.

MATHIEU (B.), « La sécurité juridique : un produit d'importation « made in France » », *D.* 2000, n°4, point de vue, p.VII.

MATHIEU (B.), « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *CCC*, n°21. Disponible sur le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc21/normativite3.htm

MATHIEU (B.), « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs*, n°114, p.74.

MATHIEU (B.), « Un an de jurisprudence constitutionnelle : bilan, perspectives et questions, *D.*2005, Chron. p.920.

MATHIEU (B.), « Le Conseil constitutionnel censure des lois trop « verbeuses » »*JCP, G.*, 2005, actu, pp.879-880.

MAUCOUR-ISABELLE (A.), « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle, *AJDA*, 2005, p.303.

MBONGO (P.), « De l' « inflation législative » comme discours doctrinal », *D.* 2005, Point de vue p.1300.

MESNARD (A-H.), « Dix années de jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de répartition des compétences législatives et réglementaires », *AJDA*, 1970, pp.259-282.

MESNARD (A-H.), « La notion d'orientation sous la Vème République », *RDP*, 1977, p.1979.

MIATTI (F.), « Le juge constitutionnel, le juge administratif et l'abstention du législateur », *LPA*, Avril, 1996, n°52, pp.4-11.Duchemin, 1979, p.1027.

MILANO (L.) « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP*, n° 3, 2006, p.638

MINCKE (C.), « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ*, 1998, 40.

MOLLION (G.), « Les garanties légales des exigences constitutionnelles, *RFDC*, 2005, n° 62, p.268.

MOLFESSIS (N.), « Remarques sur les objectifs de valeur constitutionnelle », in G. Drago et N. Molfessis, « Chronique de justice constitutionnelle », *Justice*s, n°3, 1996, p.330.

MOLFESSIS (N.), « Chroniques de justice constitutionnelle », *Justices*, n°3, 1996, p.327.

MOLFESSIS (N.), « La dimension du normatif et du non-normatif » *RDT civ.*, 1999, p.729.

MOLFESSIS (N.), « La réécriture de la loi relative au pacs par le Conseil constitutionnel », *JCP*, G, 2000, I, 210.

MOLFESSIS (N.), « Le titre des lois », in *Le droit rivé français à la fin du XXème siècle*. Etudes offertes à Pierre CATALA, Paris, Litec, 2001, p.47.

MOLFESSIS (N.), « Quelques effets pervers de la codification à droit constant », in Roland Drago (dir.), *La confection de la loi*, PUF, Coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, p.175.

MOLFESSIS (N.), « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTDC*, 2004,

MOLFESSIS (N.), « Le renvoi d'un texte à un autre », in N.Molfessis (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, coll. « Etudes juridiques » Paris, 1999, p.58.

MONTALIVET (P. de), « La juridicisation de la légistique. A propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in Roland Drago (dir.), *La confection de la loi*, PUF, Coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, pp.99-136.

MORAND (C-A), « Le droit de l'État providence. Contribution à la structure du droit post-moderne », *Revue de droit suisse*, 107, I, 1988, p.527.

MORAND (C-A), « Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation », *Droit et société*, n°10, 1988, p.391 et s.

MORAND (C-A), « L'obligation d'évaluer les lois », in C.-A. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993, p.79.

MORAND (C.-A.), « Eléments de légistique formelle et matérielle », *in* C-A Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p.21.

MOREAU (J.) et TERRÉ (F.), « La simplification du droit », in *Mélanges Béguin*, éd. du Juris-classeur, 2005, p.533.

MOYSAN (H.), « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative », *AJDA* 2001, pp.428-437.

MOYSAN (H.), « la codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », *DA*, avril 2002.

NAUWELAERS (M.) et FABIUS (L.), « Chronique générale de jurisprudence administrative française » AJDA, février 1978, Doctrine, p.80

OPPETIT (B.), « L »hypothèse du déclin du droit », *Droit*, n°4, 1986, p.9.

PACTET (P.), « La loi, permanences et changements », in *Mélanges Renée Chapus. Droit administratif.* Paris, Montchrestien, 1992, p.503.

PACTET (P.), « La loi, permanences et changements », in *Mélanges Renée Chapus,* p.509.

PERRIN (J.-F), « L'élaboration des lois peut-elle faire la matière d'une science ? », Contribution au 3ème colloque franco-soviétique de la sociologie juridique, 24-27 novembre 1980, Paris, Travaux CETEL n°14 bis, Genève.

PERRIN (J.-F.), « Possibilité et limites d'une « science de la législation », *in Sciences de la législation*, Travaux du centre de philosophie du droit, Paris, PUF, 1988, p.28.

PEZANT (J-L.), « Contributions à l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958 », in *Mélanges Burdeau*, Paris, *LGDJ*, 1977.

PISSALOUX (J.-L.), « Réflexion sur l'expérimentation normative », *DA*, novembre 2003.

POIRMEUR (Y.), « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », *in* Guillaume Drago, Bastien François et Nicolas Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Économica, Coll. Études juridiques, 1999, pp.295-343.

PONTIER (J.-M.), « Le français et la loi », in M.Landick (dir.), *La langue française face aux institutions*, Actes du colloque du 24 novembre 2000 à Royal Holloway, University of London, L'Harmattan, Paris, 2003, pp.25-65.

PRETOT (X.), « Les bases constitutionnelles du droit social » *Dr. Soc.*, 1991, p.187

PRIET (F.) « L'incompétence négative du législateur », *RFD const.*, n° 17, 1994, p.59.

PUIGELIER (C.), « La maxime « nul, n'est censé ignorer la loi » », in *La loi*, *Bilan et perspectives*, précité, pp. 309-385.

RANGEON (F.), « Réflexion sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, pp.126-149.

RENOUX (th.), « Le principe de la légalité en droit constitutionnel positif français » *LPA* du 11 mars 1992, p. 18

RIBES (D.), « Codification par ordonnance », *D.* 2000, Somm., p.426.

RIBES (D.), « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *Revue Belge de droit constitutionnel*, 1999, pp.237-27

RIBES (D.), « Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1999 », *CCC*, n°9.

RIBES (D.), « Quand le droit bavarde… Sur la valeur juridique des annexes législatives », *RFDC,* 2003, p.175.

RIVERO (J.), « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981 », *AJDA*, 1981.

RIVERO (J.), « Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français, *RIDC*, 1977, p.10

RIVERO (J.), « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n°13, 1991, p.13.

RIVERO (J.), « État de droit, état du droit », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p.610.

ROBERT (J.), « L'histoire, la repentance et la loi », *RDP*, n°2, 2006, p.285.

ROUHETTE (G.), « L'article premier des lois », in N.Molfessis (dir.) *Les mots de la loi*, Economica, Paris, 1999, pp.37-44.

RUZE (F.), « La loi et le chant » in techniques et sociétés en Méditerranée. Hommage à Marie-Claire Amourretti, J-P. Brun et P. Jockey (ed) , Paris, *Maisonneuve et Larose*, 2001, PP.709-717.

SALES (E.), « Les objectifs de valeur constitutionnelle : instrument de saisie des nouveaux champs du droit ? », *Association française des constitutionnalistes et Université d'Aix Marseille II*, IVe congrès français de droit constitutionnel, Aix en Provence, 10, 11, 12 juin 1999, Atelier 4.

SAVIGNAC (J-C), SALON (S), « Des mosaïques législatives ? A propos d'une manière de légiférer », *AJDA*, 1986, p.3.

SCHMITTER (G.) « L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives ». *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. V. 1989, p.137.

SCHOETTL (J-E.), « Intérêt général et Constitution », *EDCE* n°50, 1999, p.375.

SCHOETTL (J.-E.), « Le pacte civil de solidarité à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *LPA*, 1er décembre 1999, n°239, p.6.

SCHOETTL (J.-E.), « Codification par ordonnance », Note sous Conseil constitutionnel n°99-421 DC, *AJDA*, 2000, p.37

SCHOETTL (J.-E.), « La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 21 janvier 2002, n°15, p.4.

SCHOETTL (J.-E.), « La loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 31 décembre 2002, n°260, p.14.

SCHOETTL (J.-E.), « La sanction constitutionnelle de l'abus du droit d'amendement dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 », *RFDA*, n°1, Janvier-février 2007, p.135.

SCHWARTZ (R.), « Éloge de la codification », *DA*, décembre 2002.

SERIAUX (A.), « Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du droit », *Droits*, n°10, 1989, p.85.

SOLON, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 2000 : un décalogue à l'usage du législateur », *LPA*, n°7, 10 janvier 2001, p.4.

TERRÉ (F.), « La crise de la loi », *Archive de philosophie du droit*, 1980, Tome 25, p.17 et s.

TABBAH (B.), « La trilogie : sécurité, justice et progrès social », in *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Mélanges en l'honneur de P.Roubier, t. 1, Dalloz, 1961, p.459.

TERRE (F.), « le rôle actuel de la maxime « Nul est censé ignorer la loi »,in Etudes de droit contemporain, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, t, XXX, VIIIe congrès international de droit comparé (Uppsala, 1966), Paris, ed. *CUJAS,* 1966, p.91.

TROPER (M.), « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n°1, 1990, p.29.

TURPIN (D.), « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, n°2, 1985, p.87.

VEDEL (G.), « L'égalité », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, La Documentation française, 1990, Paris, pp.172

VEDEL (G.), « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, 1979-1980, n°31, p.37

VEDEL (G.), « Réflexion sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R.Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p.537

VEDEL (G.), « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n°45, p.151.

VEDEL (G.), « La place de la Déclaration de de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité » », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25-26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, p.55.

VEDEL (G.), « Souveraineté et supraconstitutionalité », *Pouvoirs*, 1993, 67, p.96.

G.VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », Partie II, *CCC* n°2, 1987, p86.

VERPEAUX (M.), « Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite », *D.*2005, Chron. pp.1886-1890.

VIANDIER (A.), « La crise de la technique législative », *Droits*, 1986, 4, p.75 et s.

VINCENT (F.) « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 Octobre 1958 », *AJL*, 1965, p.564

WACHSMANN (P.), « Sur la clarté de la loi », in *Mélanges P.Amselek*, Bruylant, 2005, pp.809-830.

WACHSMANN (P.), « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, 2, 1985, p. 20.

WACHSMANN (P.), « Étude sur la qualité de la loi », *Mélanges offert à Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004.

WACHSMANN (P.), « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », in Textes réunis par Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré, *Frontières du droit, critique des droits. Billet d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, Recherches et travaux du Réseau européen Droit & Société à la Maison de sciences de l'homme, Vol. 14, 2007, p.281.

WRIGHT (G.H von), « y a t-il une logique des normes ? », *Cahier de philosophie politique et juridique*, Caen, Presses universitaires de Caen, n°27, pp.31-53.

ZARKA (J-C.), « La décision du 21 avril 2005 du Conseil constitutionnel : une censure partielle prévisible », *D.*2005, Point de vue, pp.1372-1373.

ZITOUNI (F.), « Le Conseil constitutionnel et le logement des plus démunis », note sous Conseil constitutionnel, 94-359 DC, *LPA* n°6, 12 janvier 1996, p.18 et s.

5. JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Décision n° **59-1 FNR** - 27 novembre 1959. *Proposition de loi déposée par MM. BAJEUX et BOULANGER, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme).* Recueil, p. 71 ; RJC, p. III-1 - Journal officiel du 14 janvier 1960, p. 441.

Décision n° **66-7 FNR** - 21 décembre 1966. *Proposition de loi de M Baudis, député, telle qu'elle résulte du rapport de la commission spéciale, concernant l'indemnisation des dommages subis par les Français rapatriés d'outre-mer.* Recueil, p. 37 ; RJC, p. III-5 - Journal officiel du 31 décembre 1966.

Décision n° **60-7 L** - 8 juillet 1960. *Nature juridique de l'article 6 (paragraphe II) de l'ordonnance n° 58-1453 du 31 décembre 1958 modifiant et complétant la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre*. Recueil, p. 35 ; RJC, p. II-3 - Journal officiel du 1er-2 août 1960, 7149.

Décision n° **61-16 DC** - 22 décembre 1961. *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1066 du 7 novembre 1958 autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote*. Recueil, p. 24 ; RJC, p. I-8 - Journal officiel du 3 janvier 1962, p. 26.

Décision n° **63-23 DC** - 30 juillet 1963. *Loi organique modifiant les articles 3 et 39, 2ème alinéa, de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature*. Recueil, p. 19 ; RJC, p. I-13 - Journal officiel du 1er août 1963, p. 7136.

Décision n° **64-27 L -** 7 mars 1964. *Nature juridique de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision française, ainsi que de celles de l'article 70 de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 port*. Recueil, p. 33 ; RJC, p. II-15 - Journal officiel du 4 avril 1964.

Décision n° **61-16 DC** - 22 décembre 1961. *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1066 du 7 novembre 1958 autorisant exceptionnellement les parlementaires à déléguer leur droit de vote.* Recueil, p. 24 ; RJC, p. I-8 - Journal officiel du 3 janvier 1962, p. 26.

Décision n° **64-27 DC** - 18 décembre 1964. *Loi de finances pour 1965*. Recueil, p. 29 ; RJC, p. I-14 - Journal officiel du 24 décembre 1964, p. 11593

Décision n° **67-31 DC** - 26 janvier 1967. *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.* Recueil, p. 19 ; RJC, p. I-16 - Journal officiel du 19 février 1967, p. 1793.

Décision n° **71-44 DC** - 16 juillet 1971. *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*. Recueil, p. 29 ; RJC, p. I-24 - Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114. Grande décision n° 19 - *"Liberté d'association"*.

Décision n° **73-49 DC** - 17 mai 1973. *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du sénat.* Recueil, p. 15 ; RJC, p. I-27 - Journal officiel du 27 mai 1973, p. 5759.

Décision n° **73-51 DC** - *27* décembre 1973-Loi de finances pour 1974 - Recueil, p. 25 ; RJC, p. I-28 - Journal officiel du 28 décembre 1973, p. 14004. Grande décision n° 21 - ″Taxation d'office″

Décision n° **74-54 DC -** 15 janvier 1975. *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*. Recueil, p. 19 ; RJC, p. I-30 - Journal officiel du 16 janvier 1975, p. 671. Grande décision n° 23 - *"Interruption volontaire de grossesse"*

Décision n° **75-56 DC** - 23 juillet 1975. *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale.* Recueil, p. 22 ; RJC, p. I-32 - Journal officiel du 24 juillet 1975, p. 7533.

Décision n° **75-57 DC**- 23 juillet 1975. *Loi supprimant la patente et instituant une taxe professionnelle.* Recueil, p. 24 ; RJC, p. I-32 - Journal officiel du 24 juillet 1975, p. 7534.

Décision n° **76-72 DC** - 12 janvier 1977. *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du*

territoire Français des Afars et des Issas. Recueil, p. 31 ; RJC, p. I-42 - Journal officiel du 13 janvier 1976, p. 343.
Décision n° **76-73 DC**- 28 décembre 1976. *Loi de finances pour 1977 et, notamment ses articles 16, 27, 28, 29, 37, 87, 61 par. VI.* Recueil, p. 41 ; RJC, p. I-43 - Journal officiel du 29 décembre 1976, p. 7580.
Décision n° **76-75 DC** - 12 janvier 1977. *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénale*. Recueil, p. 33 ; RJC, p. I-45 - Journal officiel du 13 janvier 1976, p. 344. Grande décision n° 24 - *"Fouille des véhicules"*
Décision n° **77-79 DC** - 5 juillet 1977.*Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale*. Recueil, p. 35 ; RJC, p. I-48 - Journal officiel du 6 juillet 1977, p. 3560.
Décision n° **77-82 DC** - 20 juillet 1977. *Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale et notamment de ses articles 2, 4, 6 et 7* Recueil, p. 37 ; RJC, p. I-49 - Journal officiel du 22 juillet 1977, p. 3885.
Décision n° **78-102 DC** - 17 janvier 1979. *Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VIIe Plan.* Recueil, p. 26 ; RJC, p. I-68 - Journal officiel du 18 janvier 1978, p.
Décision n° **79-105 DC** - 25 juillet 1979. *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*. Recueil, p. 33 ; RJC, p-. I-71 - Journal officiel du 27 juillet 1979, p. Grande décision n° 27 – *"Droit de grève à la radio et à la télévision"*
*Décision n° **80-113 L -***14 mai 1980. *Nature juridique des diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*. Recueil, p. 61 ; RJC, p. II-87 - Journal officiel du 17 mai 1980, p. 1231.
Décision n° **80-115 DC** - 1 juillet 1980. *Loi d'orientation agricole Recueil, p. 34 ; RJC, p. I-79 - Journal officiel du 3 juillet 1980, p. 1655*.
Décision n° **80-117 L** - 24 octobre 1980. *Nature de certaines dispositions de l'article L 25, L 26 et L 27 du Code électoral.* Recueil, p. 72 ; RJC, p. II-92 - Journal officiel du 25 octobre 1980, p. 2490.
*Décision n° **80-117 DC*** - 22 juillet 1980. *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires.* Recueil, p. 42 ; RJC, p. I-81 - Journal officiel du 24 juillet 1980, p. 1867.
Décision n° **80-118 L -** 2 décembre 1980.*Nature juridique de certaines dispositions de l'article L. 77 du Code du domaine de l'État*. Recueil, p. 73 ; RJC, p. II-93 - Journal officiel du 4 décembre 1980, p. 2849.
Décision n° **80-127 DC** - 20 janvier 1981. *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*. Recueil, p. 15 ; RJC, p. I-91 - Journal officiel du 22 janvier 1981, p. 308.
Décision n° **81-129 DC** - 31 octobre 1981. *Loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion.* Recueil, p. 35 ; RJC, p. I-100 - Journal officiel du 1er novembre 1981, p. 2997.
Décision n° **81-132 DC** - 16 janvier 1982. *Loi de nationalisation.* Recueil, p. 18 ; RJC, p. I-104 - Journal officiel du 17 janvier 1982, p. 299. Grande décision n° 31 - *"Lois de nationalisations"*
Décision n° **81-133 DC** - 30 décembre 1981. *Loi de finances pour 1982.* Recueil, p. 41 ; RJC, p. I-111 - Journal officiel du 31 décembre 1981, p. 3609.
Décision n° **81-134 DC** - 5 janvier 1982. *Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social*. Recueil, p. 15 ; RJC, p. I-113 - Journal officiel du 7 janvier 1982, p. 215.
Décision n° **81-136 DC** - 31 décembre 1981- *Troisième loi de finances rectificative pour 1981* - Recueil, p. 48
Décision n° **82-141 DC** - 27 juillet 1982. *Loi sur la communication audiovisuelle.* Recueil, p. 48 ; RJC, p. I-126 - Journal officiel du 27 juillet 1982, p. 2422.
Décision n° **82-142 DC** - 27 juillet 1982. *Loi portant réforme de la planification*. Recueil, p. 52 ; RJC, p. I-128 - Journal officiel du 29 juillet 1982, p. 2424.

Décision n° **82-143 DC** - 30 juillet 1982. *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4.* Recueil, p. 57 ; RJC, p. I-130 - Journal officiel du 31 juillet 1982, p. 2470. Grande décision n° 33 - *"Blocage des prix et revenus"*

Décision n° **82-145 DC** - 10 novembre 1982. *Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail*. Recueil, p. 64 ; RJC, p. I-133 - Journal officiel du 11 novembre 1982, p. 3393.
Décision n° **82-148 DC** - 14 décembre 1982. *Loi relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale*. Recueil, p. 73 ; RJC, p. I-137 - Journal officiel du 15 décembre 1982, p. 3750.
Décision n° **82-149 DC** - 28 décembre 1982. *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*. Recueil, p. 76 ; RJC, p. I-138 - Journal officiel du 29 décembre 1982, p. 3914.
Décision n° **82-155 DC** - 30 décembre 1982. *Loi de finances rectificative pour 1982*. Recueil, p. 88 ; RJC, p. I-149 - Journal officiel du 31 décembre 1982, p.4034.
Décision n° **83-156 DC** - 28 mai 1983. *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*..Recueil, p. 41 ; RJC, p. I-152 - Journal officiel du 1er juin 1983, p. 1646.
Décision n° **83-160 DC** - 19 juillet 1983. *Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*. Recueil, p. 43 ; RJC, p. I-154 - Journal officiel du 21 juillet 1983, p. 2251.
Décision n° **83-162 DC** - 20 juillet 1983. *Loi relative à la démocratisation du secteur public.* Recueil, p. 49 ; RJC, p. I-157 - Journal officiel du 22 juillet 1983, p. 2267.
Décision n° **83-164 DC** - 29 décembre 1983. *Loi de finances pour 1984*. Recueil, p. 67 ; RJC, p. I-166 - Journal officiel du 30 décembre 1983, p. 3871. Grande décision n° 34 - *"Perquisitions fiscales"*
Décision n° **83-165 DC** - 20 janvier 1984. *Loi relative à l'enseignement supérieur* Recueil, p. 30 ; RJC, p. I-171 - Journal officiel du 21 janvier 1984, p. 365. Grande décision n° 35 - *"Libertés universitaires"*
Décision n° **83-166 DC** - 29 décembre 1983. *Loi relative au prix de l'eau en 1984*. Recueil, p. 77 ; RJC, p. I-175 - Journal officiel du 30 décembre 1983, p. 3875.
Décision n° **83-167 DC** - 19 janvier 1984. *Loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*. Recueil, p. 23 ; RJC, p. I-177 - Journal officiel du 20 janvier 1984, p. 351.
Décision n° **83-168 DC** - 20 janvier 1984. *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*. Recueil, p. 38 ; RJC, p. I-180 - Journal officiel du 21 janvier 1984, p. 368.
Décision n° **84-173 DC** - 26 juillet 1984. *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*. Recueil, p. 63 ; RJC, p. I-187 - Journal officiel du 28 juillet 1984, p. 2496.
Décision n° **84-176 DC** - 25 juillet 1984. *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation*. Recueil, p. 55 ; RJC, p. I-192 - Journal officiel du 28 juillet 1984, p. 2492.
Décision n° **84-179 DC** - 12 septembre 1984. *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*. Recueil, p. 73 ; RJC, p. I-197 - Journal officiel du 14 septembre 1984, p. 2908.
Décision n° **84-181 DC(**cons.22-23-30-36-37-39-48) - 11 octobre 1984 -10 et 11 octobre 1984. *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*. Recueil, p. 78 ; RJC, p. I-199 - Journal officiel du 13 octobre 1984, p. 3200. Grande décision n° 36 - *"Entreprises de presse"*

Décision n° **84-183 DC** - 18 janvier 1985. *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*. Recueil, p. 32 ; RJC, p. I-210 - Journal officiel du 20 janvier 1985, p. 820.
Décision n° **84-184 DC (cons.11-12)** - 29 décembre 1984. *Loi de finances pour 1985*. Recueil, p. 94 ; RJC, p. I-212 - Journal officiel du 30 décembre 1984, p. 4167. Grande décision n° 34 - *"Perquisitions fiscales"*
Décision n° **84-185 DC** - 18 janvier 1985. *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*. Recueil, p. 36 ; RJC, p. I-219 - Journal officiel du 20 janvier 1985, p. 821.
Décision n° **85-187 DC** - 25 janvier 1985. *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances.* Recueil, p. 43 ; RJC, p. I-223 - Journal officiel du 26 janvier 1985, p. 1137. Grande décision n° 37 - *"État d'urgence en Nouvelle-Calédonie"*
Décision n° **85-189 DC** - 17 juillet 1985. *Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement*. Recueil, p. 49 ; RJC, p. I-224 - Journal officiel du 19 juillet 1985, p. 8200.
Décision n° **85-191 DC** - 10 juillet 1985. *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.* Recueil, p. 46 ; RJC, p. I-228 - Journal officiel du 12 juillet 1985, p. 7888.
Décision n° **85-196 DC** - 8 août 1985. *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie.* Recueil, p. 63 ; RJC, p. I-234 - Journal officiel du 8 août 1985, p. 9125. Grande décision n° 38 - *"Évolution de la Nouvelle-Calédonie"*
Décision n° **85-197 DC** - 23 août 1985. *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*. Recueil, p. 70 ; RJC, p. I-238 - Journal officiel du 24 août1985, p. 9814. Grande décision n° 38 - *"Évolution de la Nouvelle-Calédonie"*
Décision n° **85-198 DC cons.12** - 13 décembre 1985. *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle.* Recueil, p. 78 ; RJC, p. I-242 - Journal officiel du 14 décembre 1985, p. 14574.
Décision n° **85-199 DC** - 28 décembre 1985. *Loi portant amélioration de la concurrence*. Recueil, p. 83 ; RJC, p. I-244 - Journal officiel du 29 décembre 1985, p. 15386.
Décision n° **85-200 DC** - 16 janvier 1986. *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*. Recueil, p. 9 ; RJC, p. I-245 - Journal officiel du 18 janvier 1986, p. 920.
Décision n° **86-207 DC** - *26 juin 1986.Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*. Recueil, p. 61 ; RJC, p. I-254 - Journal officiel du 27 juin 1986, p. 7978. Grande décision n° 39 - *"Privatisations"*
Décision n° **86-208 DC** - 2 juillet 1986 **-.** *Loi relative à l'élection députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*. Recueil, p. 78 ; RJC, p. I-262 - Journal officiel du 3 juillet 1986, p. et rectificatif Journal officiel du 30 juillet 1986, p.. Grande décision n° 40 - *"Découpage électoral"*
Décision n° **86-209 DC** - 3 juillet 1986. *Loi de finances rectificative pour 1986*. Recueil, p. 86 ; RJC, p. I-266 - Journal officiel du 4 juillet 1986, p. 8342.
Décision n° **86-210 DC** - 29 juillet 1986. *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*. Recueil, p. 110 ; RJC, p. I-270 - Journal officiel du 30 juillet 1986, p. 9393.
Décision n° **86-216 DC** - 3 septembre 1986. *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.* Recueil, p. 135 ; RJC, p. I-281 - Journal officiel du 5 septembre 1986, p. 10790.
Décision n° **86-217 DC**- 18 septembre1986. *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*. Recueil, p. 120 ; RJC, p. I-274 - Journal officiel du 27 août 1986, p. 10438.
Décision n° **86-221 DC** - 29 décembre 1986. *Loi de finances pour 1987*. Recueil, p. 179 ; RJC, p. I-298 - Journal officiel du 30 décembre 1986, p. 15801.

Décision n° **86-224 DC** – 23 janvier 1987. *Loi relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 141 ; RJC, p. I-283 - Journal officiel du 19 septembre 1986, p. 11294. Grande décision n° 41 - *"Conseil de la concurrence"*
Décision n° **86-225 DC** - 23 janvier 1987. *Loi portant diverses mesures d'ordre social*. Recueil, p. 13 ; RJC, p. I-305 - Journal officiel du 25 janvier 1987, p. 925.
Décision n° **87-226 DC** - 2 juin 1987. *Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie.* Recueil, p. 34 ; RJC, p. I-309 - Journal officiel du 4 juin 1987, p. 6058.
Décision n° **87-232 DC** - 7 janvier 1988. *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*. Recueil, p. 17 ; RJC, p. I-317 - Journal officiel du 10 janvier 1988, p. 482. du 7 janvier 1988
Décision n° **87-237 DC** - 30 décembre 1987. *Loi de finances pour 1988*. Recueil, p. 63 ; RJC, p. I-324 - Journal officiel du 31 décembre 1987, p. 15761.
Décision n° **88-244 DC** - 20 juillet 1988. *Loi portant amnistie*. Recueil, p. 119 ; RJC, p. I-334 - Journal officiel du 21 juillet 1988, p. 9448.
Décision n° **88-248 DC** - 17 janvier 1989. *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 18 ; RJC, p. I-339 - Journal officiel du 18 janvier 1989, p. 754. Grande décision n° 42 - *"C.S.A."*
Décision n° **88-251 DC** - 12 janvier 1989. *Loi portant diverses dispositions relatives aux collectivités territoriales*. Recueil, p. 10 ; RJC, p. I-349 - Journal officiel du 13 janvier 1989, p. 524.
Décision n° **89-256 DC** - 25 juillet 1989. *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*. Recueil, p. 53 ; RJC, p. I-355 - Journal officiel du 28 juillet 1989, p. 9501.
Décision n° **89-257 DC** - 25 juillet 1989. *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*. Recueil, p. 59 ; RJC, p. I-358 - Journal officiel du 28 juillet 1989, p. 9503.
Décision n° **89-258 DC** - 8 juillet 1989. *Loi portant amnistie*. Recueil, p. 48 ; RJC, p. I-361 - Journal officiel du 11 juillet 1989, p. 8734.
Décision n° **89-259 DC** - 26 juillet 1989. *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 66 ; RJC, p. I-364 - Journal officiel du 28 juillet 1989, p. 9505.
Décision n° **89-261 DC** - 28 juillet 1989. *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*. Recueil, p. 81 ; RJC, p. I-370 - Journal officiel du 1er août 1989, p. 9679.
Décision n° **89-265 DC** - 9 janvier 1990. *Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'évènements survenus en Nouvelle-Calédonie*. Recueil, p. 12 ; RJC, p. I-377 - Journal officiel du 11 janvier 1990, p. 463.
Décision n° **89-268 DC** - 29 décembre 1989. *Loi de finances pour 1990*. Recueil, p. 110 ; RJC, p. I-382 - Journal officiel du 30 décembre 1989, p. 16498.
Décision n° **89-269 DC** - 22 janvier 1990. *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*. Recueil, p. 33 ; RJC, p. I-392 - Journal officiel du 24 janvier 1990, p. 972.
Décision n° **89-271 DC** - 11 janvier 1990. *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*. Recueil, p. 21 ; RJC, p. I-397 - Journal officiel du 13 janvier 1990, p. 573.
Décision n° **90-274 DC** - 29 mai 1990. *Loi visant à la mise en oeuvre du droit au logement*. Recueil, p. 61 ; RJC, p. I-403 - Journal officiel du 1er juin 1990, p. 6518.

Décision n° **90-277 DC** - 25 juillet 1990. *Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux*. Recueil, p. 70 ; RJC, p. I-406 - Journal officiel du 27 juillet 1990, p. 9021.
Décision n° **90-281 DC** - 27 décembre 1990. *Loi sur la réglementation des télécommunications*. Recueil, p. 91 ; RJC, p. I-415 - Journal officiel du 29 décembre 1990, p. 16343.
Décision n° **90-283 DC** - 8 janvier 1991. *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*. Recueil, p. 11 ; RJC, p. I-417 - Journal officiel du 10 janvier 1991, p. 524.
Décision n° **90-287 DC** - 16 janvier 1991. *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales*. Recueil, p. 24 ; RJC, p. I-432 - Journal officiel du 18 janvier 1991, p. 924.
Décision n° **91-290 DC** - 9 mai 1991. *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*. Recueil, p. 50 ; RJC, p. I-438 - Journal officiel du 14 mai 1991, p. 6350. Grande décision n° 44 - *"Statut de la Corse"*
Décision n° **91-294 DC** - 25 juillet 1991. *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression.* Recueil, p. 91 ; RJC, p. I-455 - Journal officiel du 27 juillet 1991, p. 10001
Décision n° **91-296 DC** - 29 juillet 1991. *Loi portant diverses mesures d'ordre social*. Recueil, p. 102 ; RJC, p. I-460 - Journal officiel du 31 juillet 1991, p. 10162.
Décision n° **91-300 DC** - 20 novembre 1991. *Loi portant règlement définitif du budget de 1989.* Recueil, p. 130 ; RJC, p. I-472 - Journal officiel du 22 novembre 1991, p. 15255.
Décision n° **91-300 DC** - 20 novembre 1991. *Loi portant règlement définitif du budget de 1989*. Recueil, p. 130 ; RJC, p. I-472 - Journal officiel du 22 novembre 1991, p. 15255.
Décision n° **91-302 DC** - 30 décembre 1991. *Loi de finances pour 1992*. Recueil, p. 137 ; RJC, p. I-476 - Journal officiel du 31 décembre 1991, p. 17434.
Décision n° **91-304 DC** - 15 janvier 1992. Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de *communication*. Recueil, p. 18 ; RJC, p. I-481 - Journal officiel du 18 janvier 1992, p. 883.
Décision n° **92-316 DC** - 20 janvier 1993. *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*. Recueil, p. 14 ; RJC, p. I-516 - Journal officiel du 22 janvier 1993, p. 1118.
Décision n° **92-317 DC** - 21 janvier 1993. *Loi portant diverses mesures d'ordre social*. Recueil, p. 27 ; RJC, p. I-522 - Journal officiel du 23 janvier 1993, p. 1240.
Décision n° **93-320 DC** - 21 juin 1993. *Loi de finances rectificative pour 1993*. Recueil, p. 146 ; RJC, p. I-526 - Journal officiel du 23 juin 1993, p. 8869.
Décision n° **93-322 DC** - 28 juillet 1993. *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*. Recueil, p. 204 ; RJC, p. I-533 - Journal officiel du 30 juillet 1993, p. 10750.
Décision n° **93-323 DC** - 5 août 1993. *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*. Recueil, p. 213 ; RJC, p. I-535 - Journal officiel du 7 août 1993, p. 11193.
Décision n° **93-325 DC** - 13 août 1993. *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*. Recueil, p. 224 ; RJC, p. I-539. Grande décision n° 46 - *"Maîtrise de l'immigration"*
Décision n° **93-329 DC -** 13 janvier 1994. *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*. Recueil, p. 9 ; RJC, p. I-562 - Journal officiel du 15 janvier 1994, p. 829.
Décision n° **93-330 DC** - 29 décembre 1993. *Loi de finances pour 1994*. Recueil, p. 572 ; RJC, p. I-558 - Journal officiel du 31 décembre 1993, p. 18728.

Décision n° **93-332 DC** - 13 janvier 1994. *Loi relative à la santé publique et à la protection sociale*. Recueil, p. 21 ; RJC, p. I-567 - Journal officiel du 18 janvier 1994, p. 925.
Décision n° **93-333 DC** - 21 janvier 1994. *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 32 ; RJC, p. I-569 - Journal officiel du 26 janvier 1994, p. 1377.
Décision n° **93-335 DC** - 21 janvier 1994. *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*. Recueil, p. 40 ; RJC, p. I-576 - Journal officiel du 26 janvier 1994, p. 1382.
Décision n° **94-343/344 DC** - 27 juillet 1994. *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*. Recueil, p. 100 ; RJC, p. I-592 - Journal officiel du 29 juillet 1994, p. 11024. Grande décision n° 47 - *"Bioéthique"*
Décision n° **94-345 DC** - 29 juillet 1994. *Loi relative à l'emploi de la langue française*. Recueil, p. 106 ; RJC, p. I-595 - Journal officiel du 2 août 1994, p. 11240.
Décision n° **94-346 DC** - *21 juillet 1994. Loi complétant le code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*. Recueil, p. 96 ; RJC, p. I-598 - Journal officiel du 23 juillet 1994, p. 10635.
Décision n° **94-347 DC** - 3 août 1994. *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.* Recueil, p. 113 ; RJC, p. I-600 - Journal officiel du 6 août 1994, p. 11481.
Décision n° **94-348 DC** - 3 août 1994. *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes*. Recueil, p. 117 ; RJC, p. I-602 - Journal officiel du 6 août 1994, p. 11482.
Décision n° **94-350 DC** - 20 décembre 1994. *Loi relative au statut fiscal de la corse*. Recueil, p. 134 ; RJC, p. I-605 - Journal officiel du 24 décembre 1994, p. 18387.
Décision n° **94-351 DC** - 29 décembre 1994. *Loi de finances pour 1995*. Recueil, p. 140 ; RJC, p. I-606 - Journal officiel du 30 décembre 1994, p. 18935. Grande décision n° 48 - *"Contenu des lois de finances"*
Décision n° **94-352 DC** - 18 janvier 1995. *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.* Recueil, p. 170 ; RJC, p. I-612 - Journal officiel du 21 janvier 1995, p. 1154.
Décision n° **94-357 DC** - 25 janvier 1995. *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*. Recueil, p. 179 ; RJC, p. I-622 - Journal officiel du 31 janvier 1995, p. 1651.
Décision n° **94-358 DC** - 26 janvier 1995. *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*. Recueil, p. 183 ; RJC, p. I-624 - Journal officiel du 1er février 1995, p. 1706.
Décision n° **94-359 DC** - du 19 janvier 1995. *Loi relative à la diversité de l'habitat*. Recueil, p. 176 ; RJC, p. I-630 - Journal officiel du 21 janvier 1995, p. 1166.
Décision n° **95-371 DC** - 29 décembre 1995. *Loi de finances rectificative pour 1995.* Recueil, p. 265 ; RJC, p. I-653 - Journal officiel du 31 décembre 1995, p. 19108.
Décision n° **96-372 DC** - 6 février 1996. *Loi organique relative à la date du renouvellement des membres de l'assemblée territoriale de la Polynésie française*. Recueil, p. 40 ; RJC, p. I-659 - Journal officiel du 7 février 1996, p. 1872.
Décision n° **96-375 DC** - 9 avril 1996. *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.* Recueil, p. 60 ; RJC, p. I-668 - Journal officiel du 13 avril 1996, p. 5730.
Décision n° **96-378 DC** - 23 juillet 1996. *Loi de réglementation des télécommunications*. Recueil, p. 99 ; RJC, p. I-675 - Journal officiel du 27 juillet 1996, p. 11400.
Décision n° **96-383 DC** - 6 novembre 1996. *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*. Recueil, p. 128 ; RJC, p. I-686 - Journal officiel du 13 novembre 1996, p. 16531.

Décision n° **96-384 DC** - 19 décembre 1996. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1997*. Recueil, p. 141 ; RJC, p. I-690 - Journal officiel du 29 décembre 1996, p. 19380.
Décision n° **96-385 DC** - 30 décembre 1996. *Loi de finances pour 1997*. Recueil, p. 145 ; RJC, p. I-691 - Journal officiel du 31 décembre 1996, p. 19557.
Décision n° **96-386 DC** - 30 décembre 1996. *Loi de finances rectificative pour 1996*. Recueil, p. 154 ; RJC, p. I-696 - Journal officiel du 31 décembre 1996, p. 19567.
Décision n° **97-389 DC** - 22 avril 1997. *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*. Recueil, p. 45 ; RJC, p. I-707 - Journal officiel du 25 avril 1997, p. 6271
Décision n° **97-393 DC** - 18 décembre 1997. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998.* Recueil, p. 320 ; RJC, p. I-721 - Journal officiel du 23 décembre 1997, p. 18649. Grande décision n° 49 - *"Allocations familiales"*
Décision n° **97-395 DC** - 30 décembre 1997. *Loi de finances pour 1998*. Recueil, p. 333 ; RJC, p. I-732 - Journal officiel du 31 décembre 1997, p. 19313.
Décision n° **98-397 DC** - 6 mars 1998. *Loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux*. Recueil, p. 186 - Journal officiel du 8 mars 1998, p. 3558.
Décision n° **98-399 DC** - 5 mai 1998. *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*. Recueil, p. 245 - Journal officiel du 12 mai 1998, p. 7092.
Décision n° **98-401 DC** - 10 juin 1998. *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*. Recueil, p. 258 - Journal officiel du 14 juin 1998, p. 9033.
Décision n° **98-402 DC** - 25 juin 1998. *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.* Recueil, p. 269 - Journal officiel du 3 juillet 1998, p. 10147.
Décision n° **98-403 DC** - 29 juillet 1998. *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*. Recueil, p. 276 - Journal officiel du 31 juillet 1998, p. 11710.
Décision n° **98-404 DC** - 18 décembre 1998. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*. Recueil, p. 315 - Journal officiel du 27 décembre 1998, p. 19663. Grande décision n° 50 - *"Limites de la rétroactivité fiscale"*
Décision n° **98-405 DC** - 29 décembre 1998. *Loi de finances pour 1999*. Recueil, p. 326 - Journal officiel du 31 décembre 1998, p. 20138.
Décision n° **98-407 DC** - 14 janvier 1999. *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*. Recueil, p. 21 - Journal officiel du 20 janvier 1999, p. 1028. Grande décision n° 33 bis - *"Quotas par sexe"*
Décision n° **99-411 DC** - 16 juin 1999. *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*. Recueil, p. 75 - Journal officiel du 19 juin 1999, p. 9018.
Décision n° **99-416 DC** - 23 juillet 1999. *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*. Recueil, p. 100 - Journal officiel du 28 juillet 1999, p. 11250.
Décision n° 99-419 DC - *9 novembre 1999 -Loi relative au pacte civil de solidarité* - Recueil, p. 116 - Journal officiel du 16 novembre 1999, p. 16962
Décision n° **99-421 DC** - 16 décembre 1999. *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*. Recueil, p. 136 - Journal officiel du 22 décembre 1999, p. 19041
Décision n° **99-422 DC** - 21 décembre 1999. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*. Recueil, p. 143 - Journal officiel du 30 décembre 1999, p. 19730.
Décision n° **99-423 DC** - 13 janvier 2000. *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*. Recueil, p. 33 - Journal officiel du 20 janvier 2000p.992.
Décision n° **99-424 DC** - 29 décembre 1999. *Loi de finances pour 2000*. Recueil, p. 156 - Journal officiel du 31 décembre 1999, p. 19991.
Décision n° **99-425 DC** - 29 décembre 1999. *Loi de finances rectificative pour 1999*. Recueil, p. 168 - Journal officiel du 31 décembre 1999, p. 20012

Décision n° **2000-428 DC -** 4 mai 2000. *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*. Recueil, p. 70 - Journal officiel du 10 mai 2000, p. 6976.
Décision n° **2000-429 DC** - 30 mai 2000. *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*. Recueil, p. 84 - Journal officiel du 7 juin 2000, p. 8564. Grande décision n° 33 bis - *"Quotas par sexe"*
Décision n° **2000-430 DC** - 29 juin 2000. *Loi organique tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats de membre des assemblées de province et du congrès de la Nouvelle-Calédonie, de l'assemblée de la Polynésie française et de l'assemblée territoriale des îles Wallis-et-Futuna.* Recueil, p. 95 - Journal officiel du 5 juillet 2000, p. 10128.
Décision n° **2000-433 DC** - 27 juillet 2000. *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Recueil, p. 121 - Journal officiel du 2 août 2000, p. 11922.
Décision n° **2000-434 DC** - 20 juillet 2000. *Loi relative à la chasse*. Recueil, p. 107 - Journal officiel du 27 juillet 2000, p. 11550.
Décision n° **2000-435 DC** - 7 décembre 2000. *Loi d'orientation pour l'outre-mer*. Recueil, p. 164 - Journal officiel du 14 décembre 2000, p. 19830.
Décision n° **2000-436 DC** - 7 décembre 2000. *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains.* Recueil, p. 176 - Journal officiel du 14 décembre 2000, p. 19840.
Décision n° **2000-437 DC** - *19 décembre 2000 - Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001* - Recueil, p. 190 - Journal officiel du 24 décembre 2000, p. 20576.
Décision n° **2000-441 DC** - 28 décembre 2000. *Loi de finances rectificative pour 2000*. Recueil, p. 201 - Journal officiel du 31 décembre 2000, p. 21204.
Décision n° **2000-442 DC** - 28 décembre 2000. *Loi de finances pour 2001*. Recueil, p. 211 - Journal officiel du 31 décembre 2000, p. 21194.
Décision n° **2001-14 DC** - 18 juillet 2001. *Déchéance de plein droit de Monsieur Élie HOARAU de sa qualité de membre de l'Assemblée nationale*. Recueil, p. 97 - Journal officiel du 21 juillet 2001, p. 11795.
Décision n° **2001-445 DC** - 19 juin 2001. *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*. Recueil, p. 63 - Journal officiel du 26 juin 2001, p. 10125.
Décision n° **2001-446 DC** - 27 juin 2001. *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.* Recueil, p. 74 - Journal officiel du 7 juillet 2001, p. 10828.
Décision n° **2001-447 DC** - 18 juillet 2001. *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*. Recueil, p. 89 - Journal officiel du 21 juillet 2001, p. 11743.
Décision n° **2001-448 DC** - 25 juillet 2001. *Loi organique relative aux lois de finances*. Recueil, p. 99 - Journal officiel du 2 août 2001, p. 12490. Grande décision n° 52 (12 éd.) - *"Loi organique relative aux lois de finances"*
Décision n° **2001-450 DC** - 11 juillet 2001. *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*. Recueil, p. 82 - Journal officiel du 18 juillet 2001, p. 11506.
Décision n° **2001-451 DC** - 27 novembre 2001. *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*. Recueil, p. 145 - Journal officiel du 1er décembre 2001, p. 19112.
Décision n° **2001-453 DC** - 18 décembre 2001. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*. Recueil, p. 164 - Journal officiel du 26 décembre 2001, p. 20582.
Décision n° **2001-454 DC** - du 17 janvier 2002. *Loi relative à la Corse*. Recueil, p. 70 – Journal officiel du 23 janvier 2002, p. 1526.
Décision n° **2001-455 DC** - 12 janvier 2002. *Loi de modernisation sociale*. Recueil, p. 49 - Journal officiel du 18 janvier 2002, p. 1053.

Décision n° **2001-456 DC** - 27 décembre 2001. Loi de finances pour 2002. Recueil, p. 180 - Journal officiel du 29 décembre 2001, p. 21159.
Décision n° **2002-460 DC**-22 août 2002. *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure.* Recueil, p. 198 - Journal officiel du 30 août 2002, p. 14411.
Décision n° **2002-461 DC** - 29 août 2002. *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*. Recueil, p. 204 - Journal officiel du 10 septembre 2002, p. 14953.
Décision n °**2002-463 DC** - 12 décembre 2002. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003*. Recueil, p. 540 - Journal officiel du 24 décembre 2002, p. 21500.
Décision n° **2002-464 DC** - 27 décembre 2002. *Loi de finances pour 2003*. Recueil, p. 583 - Journal officiel du 31 décembre 2002, p. 22103.
Décision n° **2003-467 DC** - 13 mars 2003. *Loi pour la sécurité intérieure*. Recueil, p. 211 - Journal officiel du 19 mars 2003, p. 4789.
Décision n° **2003-468 DC** - 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*. Recueil, p. 325 - Journal officiel du 12 avril 2003, p. 6493.
Décision n° **2003-470 DC** - 9 avril 2003. *Résolution modifiant le Règlement de l'Assemblée nationale.* Recueil, p. 359 - Journal officiel du 15 avril 2003, p. 6692.
Décision n° **2003-472 DC** - 26 juin 2003. *Loi "urbanisme et habitat"*. Recueil, p. 379 - Journal officiel du 3 juillet 2003, p. 11200.
Décision n° **2003-473 DC** - 26 juin 2003. *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*. Recueil, p. 382 - Journal officiel du 3 juillet 2003, p. 11205.
Décision n° **2003-475 DC** - 24 juillet 2003. *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*. Recueil, p. 397 - Journal officiel du 31 juillet 2003, p. 13038.
Décision n° **2003-476 DC** - 24 juillet 2003. *Loi organique portant réforme de la durée du mandat et de l'âge d'éligibilité des sénateurs ainsi que de la composition du Sénat*. Recueil, p. 400 - Journal officiel du 31 juillet 2003, p. 13038.
Décision n° **2003-479 DC** - 30 juillet 2003. *Loi de sécurité financière*. Recueil, p. 409 - Journal officiel du 2 août 2003, p. 13304.
Décision n° 2003-483 DC - *14 août 2003 -Loi portant réforme des retraites* Recueil, p. 430 - Journal officiel du 22 août 2003, p. 14343
Décision n° **2003-484 DC** - 20 novembre 2003. *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*. Recueil, p. 438 - Journal officiel du 27 novembre 2003, p. 20154.
Décision n° **2003-485 DC** - 4 décembre 2003. *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.* Recueil, p. 455 - Journal officiel du 11 décembre 2003, p. 21085.
Décision n° **2003-486 DC** - 11 décembre 2003. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004*. Recueil, p. 467 - Journal officiel du 19 décembre 2003, p. 21679
Décision n° **2003-488 DC** - 29 décembre 2003. *Loi de finances rectificative pour 2003*. Recueil, p. 480 - Journal officiel du 31 décembre 2003, p. 22652.
Décision n° **2004-492 DC** - 2 mars 2004. *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.* Recueil, p. 66 - Journal officiel du 10 mars 2004, p. 4637. Grande décision n° 50 (13 éd.) - *"Évolutions de la criminalité"*
Décision n° **2004-493 DC** - 26 février 2004. *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale.* Recueil, p. 64 - Journal officiel du 29 février 2004, p. 4164
Décision n° **2004-494 DC -** 29 avril 2004. *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*. Recueil, p. 91 - Journal officiel du 5 mai 2004, p. 7998.
Décision n° **2004-497 DC** - 1 juillet 2004. *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*. Recueil, p. 107 - Journal officiel du 10 juillet 2004, p. 12506.

Décision n° **2004-499 DC** - *29 juillet 2004 - Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* - Recueil, p. 126 - Journal officiel du 7 août 2004, p. 14087.
Décision n° **2004-500 DC** - 29 juillet 2004. *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*. Recueil, p. 116 - Journal officiel du 30 juillet 2004, p. 13562.
Décision n° **2004-501 DC** - 5 août 2004. *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*. Recueil, p. 134 - Journal officiel du 11 août 2004, p. 14337.
- Décision n° 2004-503 DC - *12 août 2004 - Loi relative aux libertés et responsabilités locales* - Recueil, p. 144 - Journal officiel du 17 août 2004, p. 14648.
Décision n° **2004-504 DC** - 12 août 2004. *Loi relative à l'assurance maladie*. Recueil, p. 153 - Journal officiel du 17 août 2004, p. 14657.
Décision n° **2004-506 DC** - 2 décembre 2004. *Loi de simplification du droit*. Recueil, p. 211 - Journal officiel du 10 décembre 2004, p. 20876.
Décision n° **2004-508 DC** - 16 décembre 2004. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2005*. Recueil, p. 225 - Journal officiel du 21 décembre 2004, p. 21663.
Décision n° **2004-509 DC** - 13 janvier 2005. *Loi de programmation pour la cohésion sociale*. Recueil, p. 33 - Journal officiel du 19 janvier 2005, p. 896.
Décision n° **2004-511 DC** - 29 décembre 2004. *Loi de finances pour 2005*. Recueil, p. 236 - Journal officiel du 31 décembre 2004, p. 22571.
Décision n° **2005-512 DC** - 21 avril 2005. *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*. Recueil, p. 72 - Journal officiel du 24 avril 2005, p. 7173
Décision n° **2005-519 DC** - - Recueil, p. 129 - Journal officiel du 3 août 2005, p. 12661. *29 juillet 2005 -Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*
Décision n° **2005-526 DC** - 13 octobre 2005. *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale.* Recueil, p. 144 - Journal officiel du 20 octobre 2005, p. 16610.
Décision n° **2005-528 DC** - 15 décembre 2005. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*. Recueil, p. 157 - Journal officiel du 20 décembre 2005, p. 19561.
Décision n° **2005-530 DC** - 29 décembre 2005. *Loi de finances pour 2006*. Recueil, p. 168 - Journal officiel du 31 décembre 2005, p. 20705
Décision n° **2005-532 DC** - 19 janvier 2006. *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*. Recueil, p. 31 - Journal officiel du 24 janvier 2006, p. 1138
Décision n° **2006-203** L - 31 janvier 2006 - *Nature juridique d'une disposition de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés* - Recueil, p. 37 - Journal officiel du 2 février 2006, p. 1747.
Décision n° **2006-535 DC** - 30 mars 2006. *Loi pour l'égalité des chances*. Recueil, p. 50 - Journal officiel du 2 avril 2006, p. 4964.
Décision n° **2006-537 DC** - 22 juin 2006. *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale.* Recueil, p. 67 - Journal officiel du 27 juin 2006, p. 9647.
Décision n° **2006-540 DC** - 27 juillet 2006. *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. Recueil, p. 88 - Journal officiel du 3 août 2006, p. 11541
Décision n° **2006-544 DC** - 14 décembre 2006. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*. Recueil, p. 129 - Journal officiel du 22 décembre 2006, p. 19356.
Décision n° **2006-545 DC** - 28 décembre 2006. *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*. Recueil, p. 138 - Journal officiel du 31 décembre 2006, p. 20320.
Décision n° **2007-546 DC** - 25 janvier 2007. Loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de

l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique
- Journal officiel du 1er février 2007, p. 1946.
Décision n° **2007-548 DC** - 22 février 2007. *Loi relative aux règles d'urbanisme applicables dans le périmètre de l'opération d'intérêt national de La Défense et portant création d'un établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense* - Journal officiel du 28 février 2007, p. 3683.
Décision n° **2007-552 DC** - *1 mars 2007. Loi* portant réforme de la protection juridique *des majeurs* - Journal officiel du 7 mars 2007, p. 4365.
Décision n° **2007-554 DC** - 9 août 2007. *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* - Journal officiel du 11 août 2007, p. 13478
Décision n**° 2007-555 DC**16 *août 2007 - Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat* - Journal officiel du 22 août 2007, p. 13959.

6. SITES INTERNET

Conseil constitutionnel

http://www.conseil-constitutionnel.fr

. Absence de normativité ou normativité incertaine de la loi :

www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2005512/doc1.pdf

. Clarté. Accessibilité et intelligibilité. Incompétence négative :

www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2005512/doc2.pdf

. Vœux du Président du Conseil constitutionnel :

www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc18/voeux1.htm

Journal officiel

http://www.journal-officiel.gouv.fr

INDEX

A

Abrogation : 71, **159 et s.**, 203, 511, 646
Accessibilité : 18-19, 412-413, 428, 536-537, **572 et s.**, 644 et s., 666, 686, 693, 697, 719.
Affichage : 576-577, 706
Ambiguïté : 25, 34, 45, 60, 63, 131, 159, 201, 227, 336, 362, 437, 447, 448, 451, 453 et s., 464 et s., 475, 480, 493-494, 499, 503-504, 508-509, 511, 513, 522, 526, 541, 597, 607, 720.
Amendement : 318, 616, **656 et s**., 669, 671
Amour (des lois) : 12, 529, 542
Annexes : 639, 694
Art : 13, 17, 45, 72, **542**
Article : 693
Articles permiers : 497, 628, 687,

C

Canalisation : 126, 166, 173, 179-180, 292, 516.
Cavaliers
    Législatifs : 318, 657 et s.
    Sociaux : 663 et s.
    Budgétaires : 662 et s.
Clarté : 18, 22, 24, 27, 63, 317, 355, 378, 388, 394, 402, 428, 433, **460 et s.**, 522, 579, 603, 633
Cliquet : **159 et s.**
Codification : **644 et s.**
Cohérence
    Interne 79, 241, 307 et s., 645-646, 663, 694.
    Externe 78, 81, 307, 309
Communication : 35-36, 101, 176, 257, 259, 387, 395, **398 et s.**, **538 et s.**, **547 et s**., 699 et s. 737
Compétence législative : **120 et s.**, **144 et s.**, 166, 180, 192, 201, 205, **439 et s.**, 466, 513, 604, 612.
Concision : 16, 18, 20 et s., 34, 143, 406, 530, 571, 579, 715, 724.

D

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 12, 24, 39, 43, 53, 77, 82, **87 et s.**, 97, 107, 123, 135, 166, 185, 221, 237, 247, 410, 414, 278, 485, 494, 551, 564, 569.
Démocratie : 253, 381, 430, **534 et s**, 555, et s., 567, 582, 584, 647, 676, 728, 736-737.
Doctrine : 12 et s., 46, 68, 471, 610

E

Effectivité : **81 et s.**
Efficacité : **241 et s.**
Égalité : 18, 27, 29, 38 et s., 82, **90 et s.**, 102, 134, 140, 222 et s., 201 et s., 345, 349 et s., 370, 408, 531, 536, 560, 564, 577.
Esthétique 17 et s., 23, 44, 63, 387 et s., 471, 483, 547 et s., 585, 632, 690, 695 et s., 706, **713**, 721.
Évaluation : 327 et s.,
Expérimentation 341 et s. , 347 et s.

F

Faux neutrons : 630, 638
Fêtes révolutionnaires : 542
Formules non équivoques : 461, 473, 509, 606

G

Généralité : 16, 18-19, **25 et s.**, 40-41, 45, 47-48, 72, 90-91, 113, 116, 184 et s., 286, 350, **412 et s.**, 421, 428 -429, 457, 466, 480, 485, 491, 492, 495 et s., 501, 508, 555, 559, **612 et s**, 633, 729, 731.

I

Intelligibilité : 44, 316, **578 et s.**,
Instabilité : 31, 37, 71, **349 et s.**, 429, 595, 615, 722
Inflation : **20 et s.**, 31 et s., 70, 273, 278, 288, 414, 428, 475, 477, 526, 545, 555, 607, 612, 615, 625, 632-633, 639, 647, 650 et s., 667, 708, 710, 725, 727
Incertitudes : 488, 500, 513, 521, 720
Intérêt général : 38, 41 et s., 56, 82, 84, 94-95, 102, 207, 222-223, 232 et s., 289 et s., **293 et s.**, **307 et s.**, 375, 383, 488, 506, 566, 597-598.
Incompétence
    négative : 110 et s.
    positive : 153 et s.

J

Journal officiel : 17, 575, 706-707

L

Lacune : 60, 157, 167, 173, 179, 194, 197, 200, 216, 227, 437, 446, 447, 450, 453 et s., 501, 505, 507, 511, 720.

Lois
. d'habilitation : 116, 136, **142 et s.**, 451, 601 et s., 654.
. d'orientation : 249 et s., 288, **423 et s.**, 638, 689, 694
. de plan : **249 et s.**, 424, 489, 638, 694
. de programme : 250, 282, 423, **639 et s.**
. de finances : 224, 305, 310, 319, 333, 465, **587**, 641, **662 et s.**
. de financement de la sécurité sociale : 320, **587**, 641, **665 et s**., 674 et s., 714, 717.
. de simplification du droit : 601, 653-654.
. fourre-tout : 35, 661, 667, 686, 692, **716 et s.**
. interprétatives : 403
. mémorielles : 422, 425
. parfaite : 11, 45, 645, 705
Langue du législateur : 699 et s.
Langage du citoyen : 701 et s.
Linguistique : 17, 23 et s., 27, 66, 257, 395, 397-398, 405-406, 466, 530-531, 537, 548, 562, 578, 581-582, 590, 593, 695, 698-699, **701 et s.**

N

Neutron : 65, 203, 251, 291, **315 et s.**, 485, 492, 495, 531, 550, **624 et s.**, 679, 714, 725, 728.
Normativité : 72, 184 et s., 423, 476, 487, 493 et s., 506, 511, 585 et s., 624 et s., **637 et s**

M

Moyens législatifs : 306 et s.

O

Objectifs législatifs : 290 et s., 309 et s., 486
Objectifs de valeur constitutionnelle : 56, 58, 64, 83, 156, **175 et s.**, 203, 211, 292, 308, 314, 564, 600, 606.

P

Pédagogie : 548, 549, 550
Persuasion : 16, 36, 302, 539, 549, 550
Précision : 60, 62 et s., 356 et s., 417 et s., 426 et s., 453, 461, 663.
Préambule de 1946 : 12, 53, 85, **96 et s.**,123, 185, 237, 446, 485, 582.
Présentation formelle : 550, 578, 683, 705 et s.
Procédure législative : 656 et s.
Publicité : 531, 545, 551, 575-576, 578, 602, 645, 648, 684.

Q

Qualitique : 16, 53-54, 270-271, 735

R

Réserve de loi : 33, 109, 125, 128, 137 et s., 193
Réserves d'interprétation : 56, 63, 109, 145, 157, **197 et s.**, 230, **354 et s.**, 436, 475, 490, **500 et s.**, 516, 519, **724 et s.**
Recours en carence : 214 et s.

S

Sécurité juridique : 18, 38, 41, 63, 65, 349 et s., 381, 383, 388, 393, 400, 409, 414, 430, 435, 450, 460, 475, 475, 495, 499, 504, 513, 526, 560, 566, 632, 641, 679, 717, 720, 723, 733.
Simplification : 644 et s.
Style : 17, 22, 23, 27, 545, 550, 556, 560, 579, 614, 683, **695 et s.**, 714, 719.
Sciences sociales : 255 et s.

T

Technique d'affichage : 226, 275, 288, 625, 636-637, 685

U

Urgence : 324, 602, 653, 654, 668, 674
Utopie : 15, 21, 24, 37, 90, 393, 705

V

Validations législatives : 294, 297

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE…….9

1. Crise et idéalisation de la loi……...9
2. Les sources de l'idéal législatif…….11
3. Les qualités de la loi idéale (la forme, le fond, la fin)……..15
   3.1 La forme (les qualités formelles de la loi idéale)…….…..19
   3.2 Le fond (les qualités matérielles de la loi idéale)…….....25
   3.3 La fin (les fonctions idéales de la loi)…….....37
4. L'idéal législatif ainsi établi ne fait que révéler l'étendue du décalage avec la réalité……....47
5. Le contrôle de constitutionnalité et la crise de la loi…….49
6. Le Conseil constitutionnel et l'idéal législatif……..53
   6.1 Le juge constitutionnel recourt nécessairement à un idéal de loi……..54
   6.2 La méthode de reconstitution : L'étude des moyens……..56
      6.2.1 L'idéal législatif comme noyau dur normatif. Aspects quantitatifs……57
      6.2.2 Du quantitatif au qualitatif. Les exigences d'effectivité de la Constitution et de prévisibilité de la législation ou la distinction des exigences touchant au fond et à la forme des lois……58
      6.2.3 Les autres exigences touchant au fond et à la forme…….65
   6.3 L'idéal législatif comme vecteur……...68
      6.3.1 L'idéal doctrinal et l'idéal juridictionnel : L'évidente proximité……68
      6.3.2 Les limites du Conseil constitutionnel en matière de qualité de la loi……..70
7. Le plan……...73

PREMIÈRE PARTIE : LES EXIGENCES PORTANT SUR LE FOND…….77

Sous partie I : L'exigence d'effectivité de la constitution……..81

TITRE I : LES FONDEMENTS DE L'EXIGENCE D'EFFECTIVITÉ……85

Chapitre 1 La loi comme « bouclier » dans la Déclaration de 1789 ?.....87
Section 1 La définition négative du rôle de la loi……...……88
§1 La loi s'oppose à l'arbitraire……. ….88
§2 La loi s'oppose aux privilèges……90
Section 2 La dimension positive du rôle de la loi…….....93

Chapitre 2 La loi comme « courroie » dans le Préambule de 1946 ?.....96
Section 1 Une fonction implicite mais nécessaire dès 1789…….....97
Section 2 Une conception renforcée par l'émergence de l'Etat providence……100

Conclusion du titre I……..105

TITRE II : LES MOYENS AU SERVICE DE L'EXIGENCE D'EFFECTIVITÉ……107

Chapitre 1 L'articulation des domaines constitutionnel et législatif par le biais de l'incompétence négative……110

Section 1 La délimitation du domaine législatif et la tradition Constitutionnelle française……..113

§1 La délimitation d'un domaine législatif avant 1958…….113

A/ Sous la IIIème République……114

B/ Sous la IVème République……116

§2 A partir de 1958 : Quelle délimitation ?.....118

A/ Les lignes de démarcation du domaine législatif : L'essentiel est réservé à la loi……...119

B/ La révolution a-t-elle tourné court ?.....122

C/ La conception fonctionnelle du domaine législatif. La loi, définie comme norme « mise en œuvre de la Constitution »……..123

Section 2 L'incompétence négative : Un moyen d'imposer l'exigence d'effectivité de la Constitution……127

§1 L'obligation de prescrire des garanties ……128

§2 Une obligation impérieuse dans le champ des droits fondamentaux……131

Section 3 La fonction incompressible de l'incompétence négative……..136

§1 L'incompétence négative et la protection des droits et libertés……136

A/ Les thèses en présence……..136

B/ La protection des droits fondamentaux, au cœur de la délimitation du domaine de la loi……..139

§2 Le maintien de l'incompétence négative lors du contrôle des lois d'habilitation : La notion constitutionnelle de loi au-delà du domaine législatif……142

A/ Le maintien de l'incompétence négative dans le cadre du contrôle des lois d'habilitation……...142

B/ La notion constitutionnelle de loi : Noyau dur de la compétence législative……...144

Section 4 Un moyen de constitutionnalité externe au service de la protection des droits et libertés……..148

§1 La dissociation des notions d'incompétence négative et d'incompétence positive……...149

A/ L'invention de la notion : La singularisation de l'incompétence négative ……149

B/ Le refus du rattachement de l'incompétence négative a un vice de compétence……151

§2 L'homogénéité des formes d'incompétence : L'incompétence négative, une forme d'incompétence positive ……153

A/ Critique du refus du rattachement à la notion d'incompétence……..153

B/ Critique de la distinction : Incompétence négative/ incompétence positive……. .154

Conclusion du Chapitre 1…….. ……156

Chapitre 2 Les autres moyens destinés à assurer ce rapport d'articulation….....157
Section 1 Le cliquet ou les garanties légales des exigences constitutionnelles…….. ...159
§1 La technique du cliquet : Une notion doctrinale partiellement consacrée……..160
A/ Les fondements de la construction doctrinale du cliquet……160
B/ La relativisation de la notion de cliquet par le Conseil Constitutionnel……..161
§2 Les garanties légales des exigences constitutionnelle : un ersatz permettant d'imposer à la loi l'exigence d'effectivité des droits et libertés constitutionnels……..164
A/ Un moyen contentieux soutenant l'exigence d'effectivité……..164
B/ La spécificité des « garanties légales des exigences constitutionnelles »……168
1) Le fondement des « garanties légales des exigences constitutionnelles » : l'article 34 de la constitution ou une certaine conception de la compétence législative……168
2) L'assimilation des garanties légales aux cas d'incompétence négative……170
3) La complémentarité avec l'incompétence négative……172
Section 2 Les objectifs de valeur constitutionnelle……175
§1 La logique d'effectivité sous-tendant la création et l'utilisation des objectifs de valeur constitutionnelle……..175
A/ L'obligation de légiférer induite par les objectifs……176
B/ La fonction de limitation des droits et libertés……..180
§2 la spécificité des objectifs de valeur constitutionnelle……...182
A/ La singularité normative des objectifs……..183
1) Norme et objectif……184
2) Généralité et norme……185
B/ La complémentarité des objectifs vis-à-vis des moyens précédemment évoqués……...188
1) Des moyens concurrents ?.....190
2) Des moyens complémentaires……192
Section 3 Les réserves d'interprétation……197
§1Une finalité commune…….....197
§2 Singularité et complémentarité des réserves d'interprétation…...199

Conclusion du chapitre 2 ……..203

Conclusion du Titre II…….....205

TITRE III : LES LIMITES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL
FACE À CETTE EXIGENCE ……...209

Chapitre 1 Le pouvoir d'impulsion du législateur……210
Section 1 Le pouvoir discrétionnaire d'impulsion du législateur…….211
Section 2 L'absence d'un recours en carence……...214

Chapitre 2 Le pouvoir de décision et d'appréciation du législateur ……218

Section 1 La prudence du Conseil constitutionnel……...219
§1 La prudence du Conseil constitutionnel face aux lois politiquement sensibles ……...219
§ 2 La prudence du Conseil constitutionnel face aux grandes orientations du législateur…….....221
Section 2 Les critiques doctrinales suscitées par la « prudence » du Conseil Constitutionnel……228
§1 L'image du juge protecteur et le miroir de la doctrine……. 228
§2 La typologie des critiques doctrinales……..230

Conclusion du Titre III……235

Conclusion de la sous-partie I : Effet utile de la Constitution et obligation de légiférer……236

Sous partie II : L'exigence d'efficacité de la législation…….....241

TITRE I LES FONDEMENTS DE L'EXIGENCE D'EFFICACITÉ …….....245

Chapitre 1 Les évolutions contemporaines du droit et l'émergence d'une culture de résultat……246
Section 1 Les nouvelles ambitions de la loi……247
§1 Propagation du droit et mutation normative……247
§2 Les nouveaux types de législation……249
Section 2 L'émergence d'une culture de résultat. La recherche d'efficacité de la loi……252

Chapitre 2 Développement des sciences sociales et recherche d'efficacité de la loi……...255
Section 1 Les sciences au service de l'élaboration de la loi : la légistique comme « science-carrefour »……..256
Section2 La science au service de la légitimation des lois……..260
Conclusion du Titre I : L'émergence progressive de l'existence d'efficacité et le recours croissant aux méthodes de la légistique……265

TITRE II LES MOYENS LIMITÉS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL
FACE À CETTE EXIGENCE…….....269

Chapitre 1 En amont : Limites et pouvoirs du Conseil constitutionnel à l'élaboration de la loi……....272
Section 1 L'évaluation du besoin de loi : Une étape préalable……273
§1 Méthodologie pour l'évaluation du besoin de loi……273
A/ L'existence avérée d'un problème……273
B/ La nécessité d'une intervention normative……277
§2 Les limites du Conseil constitutionnel……..279
A/ Le Conseil constitutionnel ne contrôle pas l'opportunité des lois……279
B/ Le contrôle minimum exercé par le Conseil constitutionnel sur la réalité du problème ayant motivé l'intervention du législateur……..280
1) Lévaluation de la réalité du problème soumise au contrôle del'erreur manifeste……..280
2) L'impossibilité d'exiger du législateur qu'il fonde son intervention sur une étude établissant la réalité des faits qui ont motiver sa décision de légiférer……..282
C/ La liberté du législateur de hiérarchiser les problèmes……..283
Section 2 La détermination des objectifs……..285
§1 La méthodologie préconisée par la législatique……..285
A/ Une étape nécessaire……..285
B/ Des pratiques jugées abusives……287
§2 Les pouvoirs limités du Conseil constitutionnel……..290
A/ Les limites du Conseil constitutionnel face à la détermination de son objectifs législatifs……...290
B/ Les moyens permettant au Conseil constitutionnel de jouer une influence sur la détermination des objectifs de la loi……....291
1) La reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à certains objectifs législatifs……291
2) La vérification par le juge de l'existence d'objectifs d'intérêt général poursuivis par le législateur en cas de limitation de droit, libertés ou principes constitutionnels……..293
a) D'une obligation formelle… ……..293
b) … à une obligation matérielle……..296
Section 3 La détermination des moyens……...301
§1 Les principes préconisés par la législatique……301
A/ L'inventaire des moyens……301
B/ Le choix des moyens les plus pertinents……...303
§2 Les pouvoirs du Conseil constitutionnel s'agissant du choix des moyens législatifs……..306
A/ Du contrôle minimum de l'adéquation au contrôle de l'efficience……..307
1) Les moyens mis en œuvre ne doivent pas être manifestement inappropriés au regard des objectifs ursuivis par le législateur……..307
a) L'exigence d'adéquation pour la mise en oeuvre des objectifs constitutionnels. Objectifs constitutionnels et moyens législatifs……..308

b) L'exigence d'adéquation en cas de mise en cause d'un principe constitutionnel. Objectifs législatifs d'intérêt général et moyens législatifs……...309
2) Du contrôle de la pertinence au contrôle de l'efficience…….312
B/ Les autres voies du contrôle de la rationalité interne de la loi Les perspectives nouvelles de l'exigence d'efficacité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel…….314
1) Exigences formelles et cohérence interne……315
a) La lutte contre les neutrons législatifs…….315
b) Le principe de clarté, l'objectif d'intelligibilité et la cohérence interne globale de la législation……316
c) La lutte contre les cavaliers……318
2) Le contrôle des lois de finances et le principe de sincérité……319
3) Les études d'impact dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel……..321

Conclusion du Chapitre 1 Du temps et de la concertation……..324

Chapitre 2 En aval : Pouvoirs et limites du Conseil constitutionnel en matière d'évaluation législative……....327
Section 1 Un moyen au service de l'efficacité……..329
§1 L'utilité de l'évaluation au regard de l'exigence d'efficacité……...329
§2 L'engouement récent suscité par l'évaluation……...331
A/ Les encouragements à l'évaluation normative……331
B/ Le développement de l'évaluation dans la pratique……332
C/ L'émergence des structures et des méthodes d'évaluation……..333
1) Les structures……..333
2) L'émergence des méthodes d'évaluation. Du Conseil scientifique De l'évaluation au Conseil national de l'évaluation……..335
§3 La diversité des modes d'évaluation……337
A/ Les évaluations décidées *a posteriori*……..337
1) Les évaluations opérées en dehors du cadre des institutions publiques……338
2) L'évaluation dans le cadre des institutions publiques……339
B/ Les évaluations décidées *a priori* : le procédé des lois expérimentales……..341
1) Les principes de l'expérimentation législative……341
2) Hétérogénéité des lois expérimentales dans la pratique……..342
3) La reconnaissance constitutionnelle de l'expérimentation législative……...345
Section 2 L'expérimentation législative : une pratique sous contrôle……347
§1 Le contrôle du Conseil constitutionnel face aux dangers des expérimentations……..348
A/ Les dangers de l'expérimentation : le double visage d'une pratique normative……348
1) L'expérimentation législative ou les risques d'instabilité et d'inégalité……..349
2) L'expérimentation vecteur de stabilité et de sécurité juridique…351

B/ Le contrôle sourcilleux du Conseil constitutionnel……353
1) Les moyens contentieux mobilisés : l'incompétence négative et les réserves d'interprétation……..354
2) Les qualités exigées : la précision et la clarté……356
§2 L'immixtion du juge constitutionnel dans le choix des modalités de l'expérimentation : le principe de l'effet utile de l'expérimentation……...358
A/ Méthodologie de l'expérience : les limites du conseil Constitutionnel……. 359
1) Les étapes du processus d'expérimentation : observation, formulation d'hypothèse, analyse des résultats……360
2) Les critères de l'évaluation ……...362
3) L'évaluation des résultats……..363
4) L'hypothèse de la nécessité d'une réduction du champ des législations susceptibles d'expérimentation……..366
5) Les conditions variables de l'expérimentation législative en France……...368
B / Une timide immixtion du Conseil constitutionnel : Le contrôle plus poussé du Conseil constitutionnel : Le contrôle de l'effet utile de l'expérimentation……..370

Conclusion du Chapitre 2……374
Conclusion de la Sous-partie 2 La légistique : Recette d'une bonne loi……...377
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE : LE CHOC DES EXIGENCES..…..381

DEUXIÈME PARTIE : LES EXIGENCES PORTANT SUR LA FORME ……..387

Sous partie I : L'exigence de prévisibilité des lois……393

TITRE I : LES FONDEMENTS DE L'EXIGENCE DE PRÉVISIBILITÉ……...395

Chapitre 1 Une exigence intrinsèquement liée au phénomène juridique …….....397
Section 1 Les limites du langage comme vecteur de communication……..398
Section 2 La question centrale de l'interprétation en droit……...401
Section 3 La légistique formelle et le renforcement de la prévisibilité des lois……...405

Chapitre 2 La prévisibilité au service des sujets de droit ……...408
Section 1 Le principe de légalité des délits et des peines, fondement symbolique de l'exigence de prévisibilité de la loi……410
Section 2 La généralisation du principe de légalité : l'exigence de sécurité Juridique……414

Chapitre 3 Les évolutions contemporaines du droit : entre développement d'un droit mou et recherche de précision……..417
Section 1 Le développement d'un droit mou et dilution normative ……418
§1 Les procédés normatifs classiques……419
§2 L'émergence de nouvelles formes d'expression normative……422

Section 2 Excès de précision, complexification et prolifération normative……..426
§1 La prolifération normative……...426
§2 Complexification et débauche de précision……427
Section 3 Une exigence commune aux démocraties contemporaines……...430

TITRE II : LES MOYENS AU SERVICE DE L'EXIGENCE DE PRÉVISIBILITÉ……...435

Chapitre 1 L'incompétence négative : une technique au service de la prévisibilité des lois……..437
Section 1 Les défaillances formelles de la loi, critère des censures pour incompétence négative……...439
§1 Toute censure pour incompétence négative suppose l'existence d'une délégation irrégulière de compétence ……439
A/ La dilution de la notion de délégation de compétence……..439
1) Les cas d'incompétence négative sanctionnant une délégation explicite de compétence……440
2) Les cas d'incompétence négative sanctionnant une délégation implicite de compétence ……...441
B/ La disparition exceptionnelle de la notion de délégation de compétence dans des cas de censure pour incompétence négative…….....444
1) La fin de la notion de délégation irrégulière de compétence comme critère de l'incompétence négative……444
2) La thèse du maintien de la notion de délégation de compétence comme critère incontournable de l'incompétence négative ……...445
§2 Toute délégation irrégulière de compétence suppose l'identification de défaillances formelles……447
A/ Un critère parfois implicite mais qui reste nécessaire ……448
B/ Les défaillances formelles sanctionnées pour l'incompétence négative : l'imprécision, l'ambiguïté et la lacune……...453
C/ Toute défaillance formelle ne conduit pas à une censure pour incompétence négative……457
Conclusion de la Section 1……458
Section 2 L'article 34 de la Constitution, fondement du principe de clarté …….460
§1 Les obligations découlant du principe de clarté sont identiques à celles imposées par le biais des incompétences négatives ……..460
A/ L'exigence de clarté impose au législateur d'être précis et univoque…461
1) Clarté et précision ……461
2) Clarté, précision et univocité……463
B/ Une finalité commune : assurer la prévisibilité des lois……465
§2 La valeur ajoutée de la consécration de l'exigence de clarté ……468
A/ La portée pratique de cette consécration ……468
B/ La valeur symbolique de cette consécration……470
C/ La portée stratégique de cette consécration……473
Conclusion du chapitre 1……....474

Chapitre 2 Les autres moyens au service de l'exigence de prévisibilité ……..476

Section 1 Le principe de légalité des délits et des peines ……477
§1 Les qualités formelles portées par le principe de légalité des délits et des peines ……477
§2 Un cas d'application particulier d'incompétence négative ……480
A/ Des finalités communes……... 480
B/ Le champ d'application spécifique du principe de légalité des délits et des peines……481
Conclusion de la Section 1 …….....483
Section 2 La lutte contre les dispositions législatives dont la portée normative est jugée incertaine……..484
§1 L'évolution d'une pratique portant atteinte à l'exigence de prévisibilité ……485
§2 Le rôle du Conseil constitutionnel face à ces dispositions…….489
A/La sévérité accrue du Conseil constitutionnel ……...489
1) Les déclarations d'inopérance ……489
2) Les censures……..492
B/ La distinction entre les dispositions dénuées de portée normative et celles dont la portée normatives est jugée incertaine……495
Conclusion de la Section 2……...499
Section 3 Les réserves interprétatives ……500
§1 Le rôle des réserves en matière de prévisibilité……500
§2 Une alternative à la censure dans certains cas d'imprévisibilité ……..503
A/ Les réserves comme palliatif aux défaillances formelles du législateur ……...503
B/ Les défaillances formelles irrattrapables……..507
Conclusion de la Section 3……509
Conclusion du Chapitre 2……..511
Conclusion du Titre II……...513

TITRE III : LES LIMITES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FACE À CETTE EXIGENCE……515

Chapitre 1 Les limites tenant à la position institutionnelle du Conseil constitutionnel…….....516
Section 1 L'exercice du contrôle à priori et la délicate prédictibilité des effets à venir de la loi……..516
Section 2 Le dernier mot des autorités d'application…….....516

Chapitre 2 Les limites tenant à la nature imprévisible du droit ...……..521
Conclusion du Titre III……..525
Conclusion de la Sous-partie 1……..526

Sous partie II : L'exigence de lisibilité des lois…….529

TITRE I : LES FONDEMENTS DE L'EXIGENCE DE LISIBILITÉ……..533

Chapitre 1 La loi, vecteur d'un idéal démocratique……534
Section 1 L'idéal démocratique véhiculé par la loi ……..535
Section 2 Fonction communicationnelle de la loi et démocratie…….538
§1 La loi comme lieu de débat……538
§2 La loi comme lien entre les citoyens……..541

Chapitre 2 La lisibilité de la loi, vecteur d'efficacité ……..544
Section 1 Le couple « lisibilité-efficacité »……...545
Section 2 Les leviers de l'efficacité : les sciences de la communication
et de l'éducation ……...547
§1 Les sciences de la communication et l'esthétique normative…….547
§2 Les sciences de l'éducation……552

Chapitre 3 Une exigence commune des démocraties contemporaines……...555

TITRE II : LES MOYENS AU SERVICE DE L'EXIGENCE
DE LISIBILITÉ ……..559

Chapitre 1 La consécration de l'objectif d'intelligibilité et
d'accessibilité de la loi …….....562
Section 1 Les fondements qui justifient cette consécration …….564
§1Les fondements explicites de l'objectif ……..564
§2 Les fondements implicites de l'objectif…….567
Section 2 Les conséquences contentieuses de cette consécration ……571
§1 La signification des termes en question : la mesure d'un idéal …….571
A/ L'accessibilité……...572
1) Les modalités de la diffusion du droit dans l'histoire……573
2) La diversité des modes contemporains de diffusion : entre
classicisme et modernité ……...574
B/ L'intelligibilité …….578
1) La nécessité pour le législateur de rédiger des textes
compréhensibles…….579
2) La capacité des citoyens à comprendre la loi ……...581
C/ L'indissociabilité de l'accessibilité et de l'intelligibilité ……582
§2 L'application de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité :
le réalisme du Conseil constitutionnel……584
A/ Le critère tenant à la matière concernée.
La question des législations complexes par nature……...586
B/ Le critère tenant aux destinataires visés par la loi ……589
1) Un critère incontournable……..589
2) Le laconisme du Conseil constitutionnel ……..591
C/ Le critère tenant au seuil de gravité ……..594
D/ Les justifications et compensations admises par le Conseil
constitutionnel face à la complexité de la loi ……..597
§3 Les dangers de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité……599
A/ Un simple instrument de justification de la mauvaise
qualité des lois……599
B/ Un fondement potentiel d'une limitation des droits et des libertés
Constitutionnels……600

C/ La valeur ajoutée de l'objectif en question……603
1) Les éléments de distinction entre le principe de clarté et l'objectif d'intelligibilité……603
2) La convergence fonctionnelle des deux moyens contentieux……604
3) La consécration de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité : entre redondance et innovation……..606
Conclusion de la Section……...608
Conclusion du Chapitre 1……..609

Chapitre 2 Les autres moyens convergents sur l'exigence de lisibilité …..…..…..…..611
Section 1 Le domaine législatif et la qualité de la loi ……..612
§1 Délimitation du domaine législatif : généralité, stabilité et lisibilité …...613
§2 Les fluctuations jurisprudentielles ……...615
Conclusion de la Section 1……621
Section 2 La lutte contre les neutrons ……..624
§1 Le discours doctrinal ……625
A/ Inflation législative et perte d'autorité de la loi ……...625
B/ Une défaillance de la structuration formelle des lois……627
§2 La réaction du Conseil constitutionnel ……629
A/ La prévisibilité d'une sanction annoncée……629
B/ Une sanction placée sous le signe de la lisibilité ……631
C/ Une certaine conception de la notion de norme et de la fonction Législative……634
1) Le juge constitutionnel et la notion de norme ……..634
2) Le juge constitutionnel et la fonction de la loi……..636
D/ La modulation du principe de normativité en considération de la catégorie des lois …… 637
Conclusion de la Section 2……..642
Section 3 La promotion de la codification et de la simplification du droit….644
§1 La codification : une recette miracle ? ……644
A/ Les vertus de la codification sur le fond et sur la forme des lois. L'impact positif en termes d'accessibilité et d'intelligibilité du droit……...645
B/ La codification n'est pas une fin en soi ……..648
§2 L'impact relatif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en faveur de la codification sur la qualité des lois ……..650
A/ L'abus de codification. Les vices du législateur-codificateur……651
B/ La valeur relative de l'apport du Conseil constitutionnel……..653
Conclusion de la Section 3……..655
Section 4 Préoccupations procédurales et qualité de la loi……..656
§1 Le contrôle relatif au contenu des amendements ……...656
A/ La lutte contre les cavaliers législatifs ……..657
B/ La lutte contre les cavaliers budgétaires et sociaux……...662
1) Les cavaliers budgétaires ……..662
2) Les cavaliers sociaux ……663
§2 Le contrôle de la procédure parlementaire : un bon débat pour une bonne loi ……668
A/ La protection du droit d'amendement……669
B/ La recevabilité restreinte des amendements

tardifs « post-CMP »…….671
C/ Le renforcement de la règle de l'entonnoir ……...673
Conclusion de la Section 4 : L'exigence de sincérité des débats……676
Conclusion du Chapitre 2……678
Conclusion du Titre II…….679

TITRE III : LES LIMITES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FACE À L'EXIGENCE DE LISIBILITE DE LA LOI …….....681

Chapitre 1 Les limites du Conseil constitutionnel sont proportionnelles à la difficulté du défi relevé …….....683
Section 1 La structure de la loi : l'enjeu d'une organisation logique et harmonieuse facilitant la lecture de la loi …….684
§1 Le titre de la loi ……684
§2 Le préambule et les articles premiers……...687
§3 Le plan et le découpage de la loi ……..690
Section 2 Le style de la loi : défi artistique et linguistique ……...695
§1 La part irréductible de subjectivité dans l'appréciation du style de la loi. L'impossible définition d'un critère littéraire ?.....695
§2 La langue du législateur, le langage de la loi et celui des citoyens ……..698
A/ Le français comme langue du législateur ……699
B/ Parler le langage des citoyens ……..701
Section 3 La présentation formelle des lois……..706
Section 4 Organisation du Parlement et qualité de la loi……...708
§1 L'obligation du vote personnel……..708
§ 2 L'absentéisme des parlementaires et le cumul des mandats……709
Conclusion du Chapitre 1……..711

Chapitre 2 Les limites tenant aux choix contentieux du juge constitutionnel….....712
Section 1 Esthétique de la norme et *self restraint* ……..713
§1 Le préjudice purement esthétique n'est pas un motif d'inconstitutionnalité autonome……...713
§2 Les limites du Conseil constitutionnel face à certaines pratiques du législateur ……...715
A/ Les lois « fourre-tout »……...716
B/ La pratique des renvois d'un texte à un autre ……718
C/ Les dispositions balais……719
Conclusion de la Section 1……721
Section 2 Les limites liées à la stratégie contentieuse du Conseil constitutionnel……...723
§1 Les moyens contentieux jugés contre-productifs au regard de l'exigence de lisibilité……723
A/ Les inconvénients de la codification par ordonnance ……...723
B/ L'inconvénients des réserves d'interprétation ……...724
§2 Les moyens jugés inefficaces au regard de l'exigence de lisibilité des lois …725

Conclusion du Titre III Les limites tenant au fonctionnement de la juridiction……...727
Conclusion de la Sous-partie II ……728
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE : LE CHOC DES EXIGENCES…….729

CONCLUSION GÉNÉRALE …….733

BIBLIOGRAPHIE……... 741

INDEX ……...781

TABLES DES MATIÈRES …….787