

LES COLLOQUES INSTITUTIONNELS DU SÉNAT

L'ÉCRITURE DE LA LOI

Colloque

organisé par la commission des lois du Sénat
et l'Association française de droit constitutionnel

- 12 JUIN 2014 -

SÉNAT

SOMMAIRE

Pages

PRÉFACE - « L'ÉCRITURE DE LA LOI, DU DISCURSIF AU NORMATIF »	7
OUVERTURE PAR M. JEAN-PIERRE SUEUR, PRÉSIDENT DE LA COMMISSION DES LOIS DU SÉNAT	11
PREMIÈRE PARTIE - COMPTE RENDU ANALYTIQUE DU COLLOQUE.....	15
PREMIÈRE TABLE RONDE, <i>présidée par M. Jean-Jacques Hyst, sénateur de Seine-et-Marne, ancien président de la commission des lois du Sénat</i> « DIVERSITÉ DES USAGES, DIVERSITÉ DES ÉCRITS - UN PROCESSUS COLLÉGIAL »	15
• « Le Conseil d'Etat et l'écriture de la loi » <i>par M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat</i>	16
• « Le Secrétariat général du Gouvernement et l'écriture de la loi » <i>par M. Serge Lasvignes, secrétaire général du Gouvernement</i>	18
• « L'écriture des lois et la constitutionnalité » <i>par M. Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel</i>	21
• « Le Parlement et la loi » <i>par M. Jean-Louis Héryn, secrétaire général de la Présidence du Sénat</i>	22
• « La recherche du compromis et de l'intérêt général dans l'élaboration de la loi » <i>par Mme Anne Levade, professeur à l'université Paris Est-Créteil</i>	25
DEUXIÈME TABLE RONDE, <i>présidée par Mme Jacqueline Gourault, sénatrice de Loir-et-Cher, présidente de la délégation sénatoriale aux collectivités territoriales et à la décentralisation</i> « LE PROCESSUS LÉGISLATIF »	27
• « L'élaboration d'une loi sur la décentralisation » <i>par M. Vincent Aubelle, professeur à l'Université de Marne-la-Vallée</i>	28
• « L'élaboration d'une loi sur les monuments historiques et le patrimoine » <i>par Mme Marie Cornu, directrice de recherches au CNRS, directrice du Centre d'études sur la coopération juridique internationale (CECOJI)</i>	29
• « La loi équivoque » <i>par M. Jean-Eric Schoettl, vice-président de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat</i>	31
• « Le travail des commissions parlementaires » <i>par M. Bertrand Follin, chef du service de la commission des lois du Sénat</i>	33
• « Le débat parlementaire » <i>par Mme Eliane Assassi, sénatrice de la Seine-Saint-Denis, vice-présidente de la commission des lois du Sénat</i>	35
• « Le débat parlementaire » <i>par M. Jean-Pierre Michel, sénateur de la Haute-Saône, vice-président de la commission des lois du Sénat</i>	36

TROISIÈME TABLE RONDE, présidée et introduite par M. Bernard Cerquiglini, recteur de l'agence universitaire de la Francophonie

« LA QUALITÉ DE L'ÉCRITURE - LE STYLE DE LA LOI » 39

- « L'écriture de la loi : problématique » par M. Bernard Cerquiglini, recteur de l'agence universitaire de la Francophonie..... 39
- « La spécificité du texte législatif par rapport aux autres types de normes » par M. Christian Vigouroux, président de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat 41
- « L'exigence de clarté » par M. Alain Richard, sénateur du Val d'Oise, ancien ministre, membre de la commission des lois du Sénat 43
- « Approche linguistique du discours législatif » par M. Dominique Maingueneau, professeur à l'Université Paris 4..... 45
- « L'écriture du droit civil » par Mme Catherine Puigelier, professeur à l'université Paris 8..... 47
- « La discussion en séance publique » par M. Jean Lacoste, ancien conseiller hors classe à la direction des comptes rendus analytiques du Sénat 50
- « Les mots de la loi » par M. Nicolas Molfessis, professeur à l'Université Paris 2 52
- « La qualité de la loi » par M. Patrice Gélard, sénateur de Seine-Maritime, vice-président de la commission des lois du Sénat..... 55

QUATRIÈME TABLE RONDE, présidée par M. Jean-Pierre Sueur, sénateur du Loiret, président de la commission des lois du Sénat

« L'ÉCRITURE DE LA LOI FACE AUX MUTATIONS DU TEMPS PRÉSENT »..... 57

- « Les lois sur l'éducation » par M. Antoine Prost, professeur émérite à la Sorbonne 58
- « Lois et évolutions sociétales » par Mme Esther Benbassa, sénatrice du Val-de-Marne, vice-présidente de la commission des lois du Sénat 60
- « Les évolutions du rôle de la loi » par M. Dominique Rousseau, professeur à l'université Paris 1..... 61
- « Lois et prospective » par M. Hugues Portelli, sénateur du Val d'Oise et membre de la commission des lois du Sénat 63
- « Les lois du futur » par M. Denys de Béchillon, professeur à l'Université de Pau 65

CONCLUSION PAR MME CHRISTIANE TAUBIRA, GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE 69

DEUXIÈME PARTIE - TEXTES INTÉGRAUX D'INTERVENTIONS FAITES LORS DU COLLOQUE	73
• M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat - « Le Conseil d'Etat et l'écriture de la loi »	73
• M. Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel - « Le secrétariat général du Gouvernement et l'écriture de la loi »	84
• M. Jean-Louis Hérin, secrétaire général de la Présidence du Sénat - « Le Parlement et la loi »	91
• Mme Anne Levade, professeur à l'université Paris-Est-Créteil - « La recherche du compromis et de l'intérêt général dans l'élaboration de la loi »	98
• M. Vincent Aubelle, professeur à l'université de Marne-la-Vallée - « L'élaboration d'une loi sur la décentralisation »	110
• Mme Marie Cornu, directrice de recherches au CNRS, directrice du Centre d'études sur la coopération juridique internationale (CECOJI) - « L'élaboration d'une loi sur les monuments historiques et le patrimoine »	117
• M. Jean-Eric Schoettl, vice-président de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat - « La loi équivoque »	129
• M. Bertrand Follin, chef du service de la commission des lois du Sénat - « Le travail des commissions parlementaires »	151
• Mme Eliane Assassi sénatrice de la Seine-Saint-Denis, vice-présidente de la commission des lois du Sénat - « Le débat parlementaire »	155
• M. Christian Vigouroux, président de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat - « La spécificité du texte législatif par rapport aux autres types de normes »	160
• M. Dominique Maingueneau, professeur à l'université Paris Sorbonne - « Approche linguistique du discours législatif »	168
• Mme Catherine Puigelier, professeur à l'université Paris 8 - « L'écriture du droit civil »	173
• M. Jean Lacoste, ancien conseiller hors classe à la direction des comptes rendus analytiques du Sénat - « La discussion en séance publique »	180
• M. Antoine Prost, professeur émérite à la Sorbonne - « Les lois sur l'éducation »	185
• Mme Esther Benbassa, sénatrice du Val-de-Marne, vice-présidente de la commission des lois du Sénat - « Lois et évolutions sociétales »	189
ANNEXE - PROGRAMME DU COLLOQUE	193

PRÉFACE

« L'ÉCRITURE DE LA LOI, DU DISCURSIF AU NORMATIF »

La loi est une norme. Elle prescrit, oblige, permet, interdit. Elle s'impose à tous. Nul n'est censé l'ignorer.

Elle fut longtemps d'essence transcendante. Les Tables de la Loi et les Commandements relevaient d'un droit divin.

Avec la démocratie, la loi est devenue une œuvre collective. Écrite par les représentants de la Nation, elle dessine les contours de la vie commune en édictant droits et devoirs.

Pour collective que soit son écriture, elle se doit d'obéir à des invariants linguistiques clairement définis. Le présent est un impératif. La troisième personne est reine. Les temps du récit sont exclus, tout autant – mais pour d'autres raisons – que les déictiques qui renverraient à des situations concrètes ou à des circonstances que la loi se doit de méconnaître.

La loi est une. Elle est générale. Elle est d'essence universaliste. Elle préfère forcément les articles définis aux indéfinis, et l'essence aux accidents.

La loi renvoie, dans l'inconscient collectif, à une substance lisse, sans aspérités, forte de sa logique propre, se référant à elle-même, comme un système clos s'imposant avec la force de l'évidence.

... Et pourtant, pour en arriver là, ou pour arriver à un texte moins diaphane, moins transparent, moins logique qu'il y paraît ou qu'on le souhaiterait, les péripéties, les accidents, les aspérités, les contradictions et les controverses ne manquent pas – au contraire !

L'écriture de la loi, ce sont d'abord des avant-projets, des projets, des concertations – la conférence de consensus, régulée par un jury, mise en œuvre par Christiane Taubira pour la réforme pénale, fut à cet égard une première –, mais aussi des tensions, des conflits, des crises qui conduisent le pouvoir exécutif à élaborer des projets de loi.

C'est un travail interne aux cabinets. C'est ensuite une théorie de réunions interministérielles – les « *RIM* » –, ce sont les délibérations en Conseil d'Etat ; c'est le conseil des ministres ; puis, dans chaque assemblée – l'Assemblée nationale et le Sénat – les auditions du rapporteur et de la commission, les débats en commission, les débats en séance publique, la première lecture, la seconde – la navette –, la commission mixte paritaire, les nouvelles lectures, avant que, le cas échéant, le Conseil constitutionnel ne vienne, à son tour, contribuer à l'écriture – voire à la réduction – de la loi.

Tout cela constitue tout un processus, un échafaudage, une accumulation de procédures authentiquement **discursives**.

À toutes les étapes, il y a débat, contradictions, dissensus ou consensus.

Au sein de la procédure parlementaire, les amendements revêtent une importance considérable.

C'est par eux que les différents choix s'expriment, que les contradictions se manifestent, s'aiguisent ou se résolvent.

Leurs auteurs sont divers, comme leurs inspirations, comme leur écriture.

Certains sont acceptés, d'autres non.

Le texte de départ, enrichi de multiples amendements, prend souvent une allure singulière. Il est plus complexe, parfois alambiqué.

Les inspirations et écritures différentes ont laissé leur marque.

C'est pourquoi la navette est essentielle. Elle seule permet de remettre constamment l'ouvrage sur le métier, de polir et repolir ce qui deviendra la loi commune.

C'est pourquoi, corrélativement, la procédure accélérée à laquelle tous les gouvernements ont recours –fût-ce à leur corps défendant– est néfaste.

Il faut du temps pour faire de bonnes lois.

Et même avec le temps, il arrive fréquemment que le processus discursif qui a donné naissance à la loi laisse en son sein des marques, des stigmates –parfois des contradictions et des différences d'approche.

C'est pourquoi il est précieux de faire l'archéologie du texte de la loi, en étudiant l'ensemble du processus qui, chronologiquement, lui a donné naissance et en complétant cette première approche par une autre étude, celle consistant à débusquer dans le texte de la loi –sa texture– toutes ces marques, griffures, failles tectoniques ou, au contraire, synthèses harmonieuses qui en font la substance même.

Le but de ce colloque était d'étudier tout cela en faisant appel à des juristes, des linguistes, des historiens, des élus, des praticiens.

Les trente communications qu'on lira dans les pages qui suivent s'attachent à étudier –ce que l'on fait trop peu et trop rarement– le processus par lequel, du discursif au normatif, s'effectue cette œuvre collective, singulière et sans équivalent qu'est *l'écriture de la loi*.

Jean-Pierre Sueur
Président de la commission
des lois du Sénat

Je tiens à remercier très chaleureusement les membres du comité de pilotage dont le concours a été très précieux et sans lesquels ce colloque n'aurait pas pu être organisé :

- Bernard Cerquiglini, recteur de l'agence universitaire de la Francophonie*
- Bertrand Follin, chef du service de la commission des lois du Sénat*
- Jean-Louis Hérin, secrétaire général de la Présidence du Sénat*
- Anne Levade, professeur à l'université Paris Est-Créteil.*

J'exprime également ma gratitude aux intervenants qui ont tous accepté très volontiers de participer à ce colloque. Chacun pourra juger de la grande qualité de leurs contributions. Jean-Pierre Sueur

* *

*

OUVERTURE PAR M. JEAN-PIERRE SUEUR, PRÉSIDENT DE LA COMMISSION DES LOIS DU SÉNAT



M. Jean-Pierre Sueur, président de la commission des lois du Sénat

M. Jean-Pierre Sueur, président de la commission des lois du Sénat. – Je salue nos éminents invités et vous souhaite la bienvenue à ce colloque organisé par la commission des lois du Sénat et par l'Association française de droit constitutionnel. Je remercie chaleureusement la petite équipe qui a composé ce programme, pour un exercice qui n'a guère de précédent.

L'écriture de la loi est au cœur du travail législatif. On peut aimer le Parlement –c'est mon cas–, et la lumière un peu jaunâtre de l'hémicycle où nous débattons pendant des heures, des jours et des nuits. Une atmosphère s'installe, avec des tensions, des répit. Dans ce théâtre, nous parlons, argumentons, écoutons. Il faut aimer le Parlement parce que chaque mot, chaque alinéa de la loi que nous façonnons, va s'appliquer à l'ensemble du peuple. Un mot dans la loi peut changer la vie de tous les Français, de Brest à Strasbourg, de Dunkerque à Perpignan, et jusqu'en Nouvelle Calédonie. Le Parlement joue son rôle, le Gouvernement joue le sien. Le Conseil d'État aussi. Si des inconstitutionnalités subsistent, il revient au Conseil constitutionnel d'intervenir. La doctrine contribue aussi, par ses commentaires, à interpréter, voire à réécrire la loi.

Que je fasse visiter le Sénat à des collégiens ou à des membres du Rotary Club, je suis toujours sidéré de voir combien nos concitoyens ignorent le processus d'adoption des lois. Mais confondre l'adoption d'un projet en conseil des ministres et l'adoption de celui-ci par le parlement – comme je le constate trop souvent – n'empêche pas d'aucuns de dire beaucoup de mal des lois... J'ajoute que, comme le disait déjà Montaigne, « 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'Épicure ».

Il est arrivé qu'un président de la République ait pensé que lorsqu'un fait divers avait bouleversé tout le monde, il convenait d'annoncer une nouvelle loi sur un perron. « Tout sujet du 20 heures est virtuellement une loi », assurait Guy Carcassonne. Chaque ministre souhaite donner son nom à une loi. Certains textes sont aussi des lois d'alerte : hier, nous avons ainsi débattu d'une loi purement réglementaire, à propos des candidats « sans étiquette » aux élections municipales auxquels des préfets en avaient donné une dont ils ne voulaient pas. Il y a aussi de bonnes raisons pour que certaines lois soient complexes. C'est que la réalité est complexe, qu'il s'agisse par exemple de bioéthique ou d'internet...

Le temps de la bonne loi est assez long, comme celui de la ville. Or la politique aime le court terme. Comme pour le bon vin, il faut du temps pour faire une bonne loi. Quand on aime le parlement, on aime la navette, on aime prendre le temps. Cependant tous les gouvernements sont abominablement pressés – sur la loi pénale, sur la décentralisation, sur toute chose... Or la procédure accélérée est dommageable pour la bonne écriture de la loi.

Un paradoxe m'a donné l'idée d'organiser ce colloque. La loi est une norme, qui obéit à des règles linguistiques particulières. Le présent est un impératif. La loi aime les noms et les verbes, elle ne goûte guère les adjectifs, et bannit les adverbes – à commencer par le célèbre *notamment* que nous pourchassons sans relâche. Tous les mots sont respectables. Il n'y a pas des fantassins et des généraux. Mais dans les textes de loi, les déictiques sont exclus, comme les pronoms *je*, *tu* et *nous* ou les adverbes *ici* et *maintenant*. On peut y trouver des passés composés, voire des formes surcomposées – qui sont un délice ! Point de passé simple, en revanche : pas de récit dans la loi ! On y trouve le subjonctif à caractère mécanique, mais plus rarement le subjonctif à valeur sémantique.

Or cette norme n'est écrite ni par des professeurs de droit, ni par des juristes éminents. Non, l'on part du discursif, d'un débat public en commission puis en séance publique où l'on passe le texte au tamis de toutes les objections et contre-objections. C'est de cette manière, qui est discursive, et qui est par essence contradictoire, qu'on façonne peu à peu une norme. Quels sont les caractères de ce processus singulier par lequel on passe du discursif au normatif ? Voilà l'une des questions que ce colloque pourra explorer.

Nous avons pour tâche d'amender les textes, mais au fil des débats, nous rendons parfois les textes incompréhensibles, voire contradictoires. Je pense à l'amendement Accoyer à la loi de 2004 définissant la profession de psychothérapeute. L'article de cette loi relatif à ce sujet a connu pas moins de sept versions. La première limitait cette appellation aux seuls médecins. Elle fut taxée « d'hygiéniste ». À la fin, la commission mixte paritaire a produit un texte dont le troisième alinéa disait strictement le contraire du quatrième : impossible pour le Gouvernement d'en tirer un décret. Si bien qu'il a fallu réécrire la loi.

Cet exemple montre combien la loi peut porter les stigmates du discursif qui lui a donné naissance. Nous déposons des amendements, parfois par dizaines, parfois par centaines. Mais qu'est-ce qu'un amendement ? Un sparadrap, une rature, une variante. L'article, une fois amendé, est souvent boursoufflé, à force d'ajouts émanant de groupes différents, et qui ne concourent guère à produire une belle langue claire et limpide.

La loi est une norme mais elle a aussi été, avant son adoption, un champ de bataille, du moins un débat républicain, un dialogue. Si elle en porte trop les marques, elle n'est plus une norme. Que d'inconscient, de non-dit, de présupposé dans l'écriture de la loi ! Il y a toujours de l'explicite et de l'implicite.

N'abusons pas des procédures accélérées, pour utiles qu'elles soient parfois. La raison d'être du Parlement est de prendre le temps d'écrire la loi. Beaucoup de lois durent longtemps ; celle de 1901 s'applique 113 ans plus tard à 1 200 000 associations. Il valait bien la peine que les législateurs de l'époque y consacrent quelques jours ! Polir les textes comme la vague polit les galets est un beau travail. C'est le nôtre. C'est un art, l'art de « donner un sens plus pur aux mots de la tribu », comme l'écrivait Stéphane Mallarmé.
(Applaudissements)

**PREMIÈRE PARTIE
COMPTE RENDU ANALYTIQUE DU COLLOQUE**

**PREMIÈRE TABLE RONDE
« DIVERSITÉ DES USAGES, DIVERSITÉ DES ÉCRITS -
UN PROCESSUS COLLÉGIAL »**

*Présidence de M. Jean-Jacques Hyest, sénateur de Seine-et-Marne,
ancien président de la commission des lois du Sénat*



*(De gauche à droite : M. Jean-Louis Hérim, Mme Anne Levade, M. Serge Lasvignes,
M. Jean-Jacques Hyest, M. Jean-Marc Sauvé et M. Marc Guillaume)*

M. Jean-Jacques Hyest, président. – M. Sueur n’a pas cité Charles Péguy ?

M. Jean-Pierre Sueur, président de la commission des lois. – Cela va venir !

M. Jean-Jacques Hyest, président. – Je salue nos invités, les plus éminents personnages de l’État, du Sénat, de l’Université. Il est plus facile de commenter et parfois de critiquer la loi que de l’écrire. Lors de la grande réécriture du code pénal, les critiques se sont abattues sur notre travail au cours d’une grand-messe laïque à la Sorbonne. « Appliquons donc la loi », ai-je dit à mon ami Pierre Méhaignerie : dès qu’il l’a fait, les critiques se sont tues.

Voilà pourtant un bel exemple d'écriture d'un code entier sur plusieurs années. Cette réforme avait été précédée d'importants travaux préparatoires –une phase durant laquelle les universitaires ont toute leur place. Le Conseil d'État est consulté –désormais, il peut même l'être sur les propositions de loi. Nous entendrons ce matin ceux qui participent à l'élaboration de la loi qu'écrit le Parlement, lequel devait d'ailleurs être le seul à écrire le code civil... Le secrétaire général du Gouvernement a un rôle de coordination entre les ministères. Quant à Jean-Louis Hérim, il sait tout sur la loi ! Il y a en effet des techniques pour la rendre cohérente, en améliorer la qualité. Attention toutefois à ne pas toujours vouloir changer un mot pour faire moderne, comme on l'a fait, au détour d'un amendement sur les pouvoirs de police du maire, à la loi de 1884 dont l'élaboration avait pris cinq ans.

« Le Conseil d'Etat et l'écriture de la loi »
par M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat

M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État. – Je remercie la commission des lois de m'offrir pour la première fois en huit ans, la possibilité de m'exprimer devant pareil aréopage. L'écriture du droit a pu être comparée à celle d'un roman à la chaîne C'est un processus séquencé et collégial qui ne doit rien à l'esthétique hasardeuse du cadavre exquis.

L'exercice de la fonction consultative du Conseil d'État, la plus ancienne et la plus discrète, a été profondément transformé depuis 1971 par l'essor du contrôle de la constitutionnalité des lois, un mouvement renforcé par la réforme de 2008 créant la question prioritaire de constitutionnalité, ainsi que par le contrôle de leur conventionalité depuis l'arrêt Nicolo. L'émergence de l'effectivité de la hiérarchie des normes est à l'origine du renouveau de cette fonction dans un mouvement tectonique dépassant le seul Conseil d'État.

Son rôle est d'éclairer, sécuriser, nourrir les délibérations du Parlement. Le Conseil d'État veille, dans le respect des équilibres institutionnels, à ce que les membres du Parlement disposent de l'information la plus précise, complète et sincère. Sa contribution à l'écriture de la loi intervient en aval des procédures administratives et en amont des procédures proprement législatives. Sous la V^{ème} République, elle est devenue une garantie importante de la qualité des textes transmis au Parlement.

Le Conseil d'État participe à la confection des lois, en vertu d'une compétence devenue obligatoire avec l'ordonnance du 31 juillet 1945. Sous la

III^{ème} République, elle n'était que facultative : trois projets de loi soumis au Conseil d'État en soixante-dix ans...

Le Conseil d'État ne se borne pas à délivrer un avis sur un projet de texte, il l'enrichit, l'amende, propose souvent une nouvelle rédaction. Il contribue ainsi avec l'autorité que lui donne son expérience à l'écriture de la loi, au sens propre et au sens fort. Ainsi que le relevait Marceau Long, ses avis sont à la frontière de la consultation et de la décision –ils s'arrêtent au seuil de celle-ci.

Avec plus de retenue, il rend désormais aussi des avis sur les propositions de loi lorsqu'il est saisi, avec l'accord de leurs auteurs, par les présidents des assemblées parlementaires. Cela s'est produit à dix-sept reprises depuis 2009. Il s'abstient de les réécrire mais soumet des appréciations, voire des conseils et recommandations pour surmonter les difficultés relevées, et même, dans certains cas, suggère des rédactions.

En complément, le Conseil d'État répond aux demandes d'avis émanant du Premier ministre ou des ministres, sur les difficultés en matière administrative pour reprendre les termes de l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII ; les décisions du Conseil constitutionnel constituent à cet égard une source d'inspiration. Nous examinons la qualité rédactionnelle, la régularité juridique et l'opportunité administrative des textes qui nous sont soumis, en tenant compte du degré d'urgence. Encore faudrait-il déposer d'un délai d'examen suffisant... Or le rythme trépidant de la vie gouvernementale a vu celui-ci se réduire de 42 à 28 jours de 2008 à 2013 pour les textes soumis à l'assemblée générale –il est d'une dizaine de jours à une vingtaine pour ceux qui relèvent de la commission permanente.

Le Conseil d'État vérifie qu'aucune ambiguïté n'entache le texte et poursuit sans relâche l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Il veille à la régularité juridique des textes, en tenant compte de la hiérarchie des normes. Son examen ne se limite plus au respect de la frontière entre la loi et le règlement, à la chasse aux neutrons législatifs ou à l'incompétence négative. La gamme des normes supra-législatives s'est en effet élargie. La participation active du Conseil d'État à un dialogue des juges à l'échelle européenne lui permet de prévenir des contentieux et de renforcer utilement la sécurité juridique des lois nouvelles. Il a renoncé aux facilités de solipsisme. Ce n'est plus à notre seule pensée que nous nous confrontons. La question n'est plus : « qu'en pense le Conseil d'État ? », mais « que pense le Conseil d'État de ce que penseront demain le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ? ».

Cette mise en abîme a modifié notre office. Le Conseil d'État se garde de sacrifier à une sorte de principe de précaution juridique. Il n'émet d'avis défavorable – toujours motivé avec soin – qu'en cas de doute sérieux sur la constitutionnalité ou la conventionalité.

Il n'a jamais considéré qu'il était tenu de s'en tenir à une appréciation purement juridique, ainsi que l'a souligné le président Denoix de Saint-Marc ; il apprécie l'opportunité administrative du texte, s'assure qu'il se fondera dans l'environnement juridique et recommande parfois que des dispositions lacunaires soient complétées. Il prend aussi en compte l'efficacité des moyens pour la mise en œuvre des textes : en 2013, certaines obligations prévues par le texte sur la déontologie des fonctionnaires ont ainsi été estimées inopportunes. L'ampleur des défis juridiques auxquels s'exposent ceux qui rédigent la loi les conduit à s'étonner, parfois avec humeur, de ces appréciations du Conseil d'État. Celles-ci découlent pourtant de la réforme constitutionnelle de 2008.

Nous veillons aussi scrupuleusement à la législation déléguée. L'article 39 de la Constitution trace désormais une nouvelle frontière, avec de nouvelles conditions de présentation des textes. Le Conseil d'État s'attache à son respect, afin de maîtriser l'inflation législative et de renforcer la qualité des textes. Nous examinons attentivement aussi les lois d'habilitation, leur objet, leur périmètre, statuons sur les ordonnances non ratifiées et nous assurons du respect des normes supra-législatives, du droit en vigueur et des principes généraux du droit.

Loin de se limiter à apposer des coups de tampon, le Conseil d'État exerce un triple rôle de contrôleur, de régulateur et de réformateur dans le respect de son office et au service des pouvoirs publics. (*Applaudissements*)

M. Jean-Jacques Hiest, président. – Le Parlement fait seul la loi mais semble le seul à ignorer les avis du Conseil d'État. Au moins en théorie...

« Le Secrétariat général du Gouvernement et l'écriture de la loi »
par M. Serge Lasvignes, secrétaire général du Gouvernement

M. Serge Lasvignes, secrétaire général du Gouvernement. – Le secrétariat général du Gouvernement est une administration de l'ombre, « importante et mal connue », comme le disent les manuels de droit. Son rôle n'est pas d'écrire les projets de loi. Ceux-ci sont proposés par les ministères, plus ou moins bien outillés à cet égard, même s'il s'agit bien, à mon sens, d'une question d'organisation. Certains, comme l'Agriculture, proposent des textes plus satisfaisants sur le plan légistique que d'autres pourtant plus puissants mais aux directions plus indépendantistes.

Avant le conseil des ministres, le secrétariat général du Gouvernement reçoit un avant-projet de loi préparé en amont, souvent dans

le secret. Nous sommes chargés de la coordination interministérielle : le ministère de la Justice est ainsi souvent obligé de collaborer avec celui de l'Intérieur... Le secrétariat général du Gouvernement est le gardien des points de passage Il doit pouvoir « bloquer » et dispose du monopole de la saisine du Conseil d'État.

Lors des réunions de relecture en amont du Conseil d'État, nous cristallisons l'avant-projet, le précisons. Ensuite, un dialogue s'engage avec le Conseil d'État. Celui-ci rend son avis le jeudi et le texte est nécessairement adopté le mercredi en conseil des ministres : nous disposons du vendredi pour une dernière relecture, qui part toujours du texte du Conseil d'État, sauf si l'on nous démontre la nécessité de procéder autrement. Sur les projets de loi, contrairement aux décrets, nous pouvons panacher, élaborer des tiers textes : nous disposons d'une marge de créativité dès lors que le Conseil d'État s'est prononcé sur le fond.

Après le conseil des ministres, le Parlement prend le relais. Commence la période noire pour le secrétariat général du Gouvernement. Les amendements sont déposés par vagues, avec des réunions interministérielles d'examen, et nous ne savons pas quel texte nous retrouverons.

Après l'adoption définitive, le secrétariat général du Gouvernement a le monopole des productions devant le Conseil constitutionnel. Celui-ci peut modifier l'écriture du texte par ses interprétations neutralisantes, qui résultent souvent d'un échange.

Puis nous veillons à la promulgation. Ensuite, nous procédons à la consolidation de la loi dans les bases de données de Légifrance. Je passe sur les tristes rectificatifs au *Journal officiel*... pour en venir à l'hypothèse - choquante ici ! - où le secrétariat général du Gouvernement modifie la loi définitivement adoptée. Si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'une disposition de la loi était de nature réglementaire, elle peut être modifiée par décret : c'est l'article 37-2. Le secrétariat général du Gouvernement est là aussi seul compétent.

Comme le Conseil d'État, nous sommes des régulateurs et des intercesseurs, mais étant un service du Gouvernement, nous en connaissons les rouages, les attentes et les tabous. Culturellement, nous adhérons aux valeurs du Conseil d'État, mais nous connaissons les priorités politiques.

Nous sommes ainsi les seuls à nettoyer les textes pour tenir compte de ces arbitrages. Souvent, nous faisons de la discipline, tout en exerçant une fonction de transaction : si le Conseil d'État a souligné le caractère réglementaire de certaines mesures, ce qui n'est pas rare, peut-être peut-on en conserver quelques-unes, selon les vœux des ministères... Nous procédons à un marchandage sur la qualité de la loi. Nous apprécions le degré de prise de risque, dans la perspective de l'examen du Conseil

constitutionnel. Notre travail se fonde parfois sur du sable, car on ne sait jamais quel texte le Parlement adoptera.

Avec la codification, notre travail devient de plus en plus technique. Nos lois sont de plus en plus des modifications des codes. Il nous faut faire la part du politique dans l'écriture de la loi. D'où des exposés des motifs qui se répandent parfois dans le texte de la loi, ces intertitres qui sont des manifestes politiques, cette intrusion du discursif dans le normatif. L'article 1^{er} du projet de loi en cours d'examen sur l'agriculture commence ainsi par insérer dans le code rural un Livre préliminaire énumérant les objectifs de la politique en faveur de l'agriculture : telle est la part du politique. Puis, vient l'article 2 qui modifie un alinéa du code rural : fini de rire, la technique reprend la main. Or les articles préliminaires ne sont pas codifiés et disparaissent dans Légifrance : on en débat, puis on ne les revoit plus...

En outre, le travail législatif se spécialise : lois de finances, lois sociales, lois portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne, lois de programme, lois pour l'outre-mer... Finalement les lois se composent de morceaux disparates -l'on saisit le Conseil d'État de morceaux de la loi de finances.

Liée à l'usage du traitement de texte et du mail, la malléabilité croissante de la loi traduit un phénomène culturel plus profond. Tout étant conçu comme une étape intermédiaire, l'écriture ne cesse jamais, à chaque étape les articles évoluent. Les définitions, dont nous avons pris l'habitude avec la transposition des directives, se périment. Plus la loi est précise, moins les corrections jurisprudentielles sont possibles. Bref, plus la loi devient technique, moins elle résiste au temps. (*Applaudissements*)

M. Jean-Jacques Hyest, président. - Parfois, mais pas assez à mon avis, le Conseil constitutionnel renvoie la copie, exige une réécriture au motif que la loi est illisible et incompréhensible. Les neutrons législatifs se multiplient. Parfois, les textes qui arrivent devant le Parlement ne sont pas aboutis : à lui de s'en charger. Souvenez-vous de la loi Alur, qui de grosse, est devenue monstrueuse - en attendant les textes sur la décentralisation... Bon courage au Conseil d'État pour rendre un avis sur les avant-projets contradictoires qu'on lui envoie !

« L'écriture des lois et la constitutionnalité »
par M. Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel

M. Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel. – L'invitation du président Sueur m'a fait plaisir et je suis heureux de saluer Alain Richard, auprès duquel j'ai servi au ministère de la défense et le président Hiest avec qui j'ai fait l'ordonnance de 2005 portant réforme de la filiation. Reste que ma participation n'est pas évidente car le rôle premier du Conseil constitutionnel n'est pas d'écrire de la loi. Une demi-douzaine de fois, depuis 2009, il a utilisé sa prérogative de procéder à des corrections d'écriture, remplaçant un mot pour que le texte reste lisible comme dans sa décision du 8 juin 2012 où il remplace un « et » par une virgule, ou dans celle du 20 mars 2014, substituant aux mots « ne peut être fixé à un montant supérieur » les mots « est égal ».

Au-delà de cette intéressante jurisprudence, le Conseil constitutionnel apprécie le respect de la frontière entre la loi et le règlement. Alors que c'était initialement l'une de ses missions, sa première mission historiquement, il n'a plus été saisi depuis 1979 sur ce point, malgré la tentative du constituant de 2008 de revivifier cette procédure. L'écriture de la loi n'est pas contrainte par ce partage. Le Conseil constitutionnel est saisi cinq à six fois par an d'une procédure de délégalisation. Depuis la jurisprudence prix et revenus de 1982, l'empiètement du règlement sur le domaine de la loi ne la rend pas inconstitutionnelle. Souvent d'ailleurs, il la rend plus lisible.

En revanche, le Conseil constitutionnel sanctionne l'incompétence négative : le législateur ne doit pas déléguer sa compétence au pouvoir réglementaire sans l'encadrer avec précision. C'est une garantie essentielle pour le citoyen. Comme dans sa décision de 2008 sur les organismes génétiquement modifiés (OGM), ou celle de 2011 sur les maisons départementales des personnes handicapées, le Conseil constitutionnel est vigilant et sa jurisprudence est constante. Celle-ci s'applique également aux questions prioritaires de constitutionnalité (jurisprudences Kimberly Klarck et Fnem-FO), dès lors qu'elles affectent un droit garanti par la Constitution. Nous avons encore veillé récemment à propos des schémas régionaux de l'air et de l'énergie, à ce que le législateur utilise sa compétence : l'écriture complète de la loi conditionne sa conformité à la Constitution.

La clarté de la loi est nécessaire. Le président du Conseil constitutionnel s'était ému lors de ses vœux au président de la République de voir des lois aussi longues, imparfaitement travaillées, des amendements hâtivement rédigés non préalablement soumis au Conseil d'Etat. Le Conseil

constitutionnel a d'abord censuré en 1985 le manque de clarté, considérant qu'il relevait de l'incompétence négative. Dans sa décision du 16 décembre 1999, il a érigé comme objectif de valeur constitutionnelle l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des déficiences législatives ont été censurées pour ce motif en 2004, 2008 et 2013. Il a ainsi censuré une disposition fiscale de neuf pages, illisible et incompréhensible même pour ses auteurs... Autre exemple, en 2008, un dispositif qui distinguait deux cas de figure, tous deux « au-dessus » d'un seuil.

Désormais bien fixé, notre considérant rappelle l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'accessibilité de la loi. Le Conseil constitutionnel a estimé qu'il ne pourrait être invoqué seul à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Tel a été le cas à propos de cette disposition de droit mosellan écrite seulement en allemand : nous l'avons censurée sur le fondement de l'article 2 de la Constitution et au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

Les réserves neutralisantes ne participent pas l'écriture de la loi mais s'inscrivent dans la panoplie des techniques de contrôle, partagées par toutes les cours constitutionnelles, et qui reviennent à préciser le sens de la loi. (*Applaudissements*)

M. Jean-Jacques Hiest, président. – Si le Conseil constitutionnel n'écrit pas la loi, nous avons toujours sa jurisprudence en tête.

« Le Parlement et la loi »

par M. Jean-Louis Hérim, secrétaire général de la Présidence du Sénat

M. Jean-Louis Hérim, secrétaire général de la Présidence du Sénat. – Je m'exprimerai d'une voix tremblante, car fonctionnaire parlementaire. Je suis un passionné de la loi, comme du travail parlementaire. Il arrive qu'à l'occasion de colloques, l'on critique la qualité de la loi, un peu comme l'on va à la messe le dimanche pour se faire pardonner les péchés de la semaine. Je ne céderai cependant pas à l'autodénigrement : la loi de 1948 n'était pas facile à lire... Je ne crois pas à la notion de neutrons législatifs : quand la loi Quilliot a affirmé le droit au logement, la Cour de cassation s'est saisie de ce principe pour en exclure les résidences secondaires. Les lois, qui sont d'excellente qualité, sont un outil d'exportation juridique grâce à la codification. La loi américaine, elle, n'est qu'un registre de précédents.

Je dédie mon intervention à Jean-Claude Bécane, secrétaire général du Sénat, trop tôt disparu, et qui m'avait donné la chance avec Michel Couderc de participer à l'actualisation de l'ouvrage de référence sur la loi.

Loi-Parlement, Parlement-loi, les deux notions sont indissociables, car dans notre tradition, la loi émane du Parlement. Certes, l'exécutif peut s'aventurer dans le domaine de la loi – ou plutôt dans les domaines de la loi (articles 34, 35, 72, charte de l'environnement). Même après avoir été ratifiées par le Parlement, les ordonnances de l'article 38 de la Constitution restent des ordonnances et ne peuvent devenir des lois *stricto sensu*. « Le Parlement vote la loi », selon l'article 24. C'est sa première mission, avant le contrôle ou l'évaluation – notons qu'on ne dit plus que « la loi est votée par le Parlement ».

Le monopole parlementaire garantit la qualité de la loi, les règles de la délibération tendant à la meilleure expression possible de la volonté générale. La publicité, tout d'abord, est un acquis de la Révolution de 1789. La norme suprême de la République ne doit pas être élaborée dans le secret d'un cabinet. Le Parlement travaille dans la transparence – l'idée de rendre publics les conseils des ministres a vite été abandonnée... Les réunions de commissions et délégations font l'objet d'un compte rendu analytique ; les séances plénières d'un compte rendu analytique et d'un compte rendu intégral. Autre élément de publicité : notre site Internet. La petite loi, document intermédiaire ciselé par la Division des lois et de la légistique, est mise en ligne au fur et à mesure des débats. Cette publicité, si elle autorise la critique, assure une forme de démocratie participative, dès les auditions du rapporteur.

Deuxième principe : la collégialité. La loi est une création collective. « Au Parlement, nul n'a raison tout seul », disait le Président Jean-Pierre Bel. Le Gouvernement ou le rapporteur propose, la séance plénière dispose. J'entends encore la plainte du doyen Carbonnier déplorant que les parlementaires aient dénaturé « ses » lois de 1972 sur la filiation.

Le troisième principe est le pluralisme. La délibération a pour objet d'organiser la confrontation des points de vue dans la discussion générale puis pendant l'examen des articles, afin de parvenir à un consensus – le Parlement est une machine à produire du consensus. Si un ministre réunit l'unanimité du Sénat, il est content.

M. Jean-Jacques Hyest, président. – S'il l'a contre lui, il est moins heureux !

M. Jean-Louis Hérin. – Un texte peut aussi être un marqueur politique... Lors de la réforme du code pénal, il avait d'abord été envisagé de recourir aux ordonnances, ce qui aurait dépossédé le Parlement. Les parlementaires s'en sont saisis. Il n'y a qu'un code pénal, disait M. Toubon, et il n'est ni de gauche ni de droite. Aurait-il eu la même valeur politique et

symbolique s'il avait été adopté par une seule chambre et non par l'Assemblée et le Sénat ?

La navette, enfin, repose sur l'espoir ou la volonté de l'accord le plus large possible. Mieux vaut l'examen par deux assemblées que par une seule. Les lois coproduites par les deux assemblées sont les meilleures disait M. Badinter. Ainsi, le vote de l'abolition de la peine de mort par le Sénat qui y était initialement hostile, a sécurisé cette grande loi de société.

Qui écrit la loi ? J'ai renoncé, suivant M. Pierre Avril, à toute recherche en paternité : mieux vaut parler de pluri-paternité. Le Gouvernement, qui détermine et conduit la politique de la Nation, a un rôle prééminent. Mais une fois déposé, le texte échappe à ses auteurs, par le jeu des amendements : 10 000 amendements déposés en commission et en séance pendant un an, 3 000 adoptés.

Selon l'association « *Regards citoyens* », qui a ouvert un blog sur la fabrique de la loi, plus de 70% des textes ont été modifiés à plus de 50 %. Le projet de loi sur le droit opposable au logement (DALO) comportait 10 articles à l'origine, il en comptait 100 à la fin du débat.

M. Alain Richard. - Quel résultat satisfaisant...

M. Jean-Louis Hérim. - Comme le disait Guy Carcassonne « pour faire de bonnes lois, on n'a pas inventé mieux que le Parlement. Les ordonnances, en effet, sont exactement comme des projets de loi qui deviendraient directement des lois. Ce sont généralement des textes défectueux dont les malfaçons ne se révèlent qu'*a posteriori*, là où il se serait sans doute trouvé un parlementaire pour soulever, fût-ce innocemment, le problème qui ne s'est découvert qu'après, à l'occasion de contentieux multiples. Le tamis parlementaire a des vertus intrinsèques ». Je ne veux pas dire qu'il y a opposition entre le Parlement et le gouvernement. La loi est faite pour les citoyens, mais les ministres, les ministères contribuent aussi à la confection de la loi. C'est cette pluralité d'acteurs et cette collégialité qui font effectivement que les lois sont d'excellente qualité.

Enfin, je vous livre quelques éléments d'un *quizz*. La première loi de la République ? C'est la loi du 22 prairial an II sur le Tribunal révolutionnaire. La plus longue ? La plus proluxe est la loi Alur, avec 479 pages, 177 articles... et 173 mesures réglementaires ; la plus normative est celle du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. La plus courte, enfin, est la loi du 29 janvier 2001 dont l'article unique reconnaît publiquement l'existence du génocide arménien. Pourquoi interdire au Parlement d'être aussi poétique que d'autres institutions ? (*Applaudissements*)

M. Jean-Jacques Hyest, président. - Mme Levade va parler de la recherche du compromis. C'est le rôle de la navette. Sa disparition, sur des textes importants, est difficilement acceptable...

**« La recherche du compromis et de l'intérêt général
dans l'élaboration de la loi »**
par Mme Anne Levade, professeur à l'université Paris Est-Créteil

Mme Anne Levade, professeur à l'université Paris Est-Créteil. – N'étant pas un acteur de la procédure législative, je ne peux avoir qu'une vision décalée. Mon attitude ne sera pas critique mais interrogative, sur le thème même qui m'a été confié. La recherche du compromis et de l'intérêt général peut sembler aisée à cerner, à la suite des communications que nous avons entendues. En outre, la loi étant par nature l'expression de la volonté générale, ceux qui l'élaborent ne peuvent que rechercher le compromis pour obtenir l'intérêt général.

En réalité, les choses sont bien moins faciles à cerner. Dans le sujet, il y a deux notions ambiguës.

Le compromis, d'abord. Mieux vaut un mauvais arrangement qu'un bon procès, dit l'adage. Un compromis peut donc être mauvais : peut-on s'en satisfaire ? Il n'y a parfois pas loin du compromis à la compromission. Qui dit compromis dit pluralité des points de vue, alors que l'intérêt général se caractérise par une unité, une supériorité. Pour le doyen Vedel, il est indéfinissable ; pour le Conseil d'État, il est au cœur de la pensée politique et juridique française et la fin ultime de l'action publique. Il suppose que des intérêts divergents ne sont pas individualisés – c'est en tout cas la lecture française – et semble donc incompatible avec le compromis.

La recherche, ensuite. Elle suppose un processus, des méthodes : la question est celle des voies et moyens pour parvenir au compromis et à l'identification de l'intérêt général. Peut-on parvenir en même temps au compromis et à l'intérêt général ? On pourrait naïvement considérer que le compromis est gage de l'intérêt général : la loi doit être acceptée, s'imposer avec évidence. Mais le compromis conduisant chacun à en rabattre, il peut être un élément d'insatisfaction généralisée. Il y a donc à la fois complémentarité et antagonisme dans la recherche du compromis et de l'intérêt général.

« L'élaboration de la loi » : le champ est immense. Comment, concrètement, s'opère cette recherche du compromis et de l'intérêt général, associés ou dissociés ? Par la procédure législative, cette recherche est institutionnalisée, mais il y a une tentation d'y associer des acteurs autres qu'institutionnels, et de constitutionnaliser cette démarche.

Le processus législatif conduit à rechercher un compromis démocratique entre droit et politique, entre des conceptions politiques différentes, entre majorité et opposition. Cette recherche du compromis participe de la recherche de l'intérêt général.

L'institutionnalisation du compromis entre juridique et politique, c'est le travail du secrétariat général du Gouvernement, du Conseil d'État, indirectement du Conseil constitutionnel, mais aussi du travail en commission. Les études d'impact y participent aussi. La recherche du compromis politique est illustrée par le déroulement du débat parlementaire. Chaque parlementaire contribue à l'élaboration de la loi. Rien ici ne menace l'intérêt général, dès lors que c'est la logique même du processus démocratique. Mais ne soyons pas naïfs : le compromis politique est rare, voire rarissime. Est-il même souhaitable ? Les textes dits clivants ont leur intérêt, ils manifestent qu'une réforme est en cours ; la recherche du compromis ne doit pas aboutir à la mollesse législative. Inversement, certains textes bénéficiant du « consensus républicain » ne sont pas soumis au Conseil constitutionnel...mais aujourd'hui, il y a la QPC !

L'intérêt général peut parfois être menacé par une quête effrénée du compromis. L'écriture de la loi se déplace. La première préoccupation des politiques, des auteurs de la loi, c'est d'être en phase avec les attentes de la société. Pour garantir cette cohérence, on constitue des comités d'experts, des conférences de consensus, des états généraux, des panels, on transpose des accords entre partenaires sociaux; la loi Larcher en fait même une norme. Parfois, la simple crainte d'une contestation de la rue conduit à repenser la loi. L'avis des citoyens est sollicité sur le site internet des assemblées.

Cette association recèle des risques : celui de la démocratie fictive d'abord. On ne peut satisfaire tous les intérêts individuels ou collectifs. Il peut y avoir prise en main du dispositif par des intérêts corporatistes, mise en évidence de clivages, mise en cause, enfin, de la représentativité des élus.

La tentation de la constitutionnalisation de la recherche du compromis existe ; un projet de loi constitutionnelle sur la démocratie sociale a même été déposé ; il avait pour but d'associer les partenaires sociaux dans le processus législatif. Les problèmes soulevés sont innombrables. Comment mesurer la représentativité des partenaires sociaux ? Que faire si certains refusent de participer au processus ? Quid du rôle du législateur s'il était ainsi lié en amont ?

En définitive, l'intuition initiale est confirmée. C'est avant tout la recherche d'un subtil équilibre entre compromis et intérêt général qui doit présider à l'élaboration de la loi. Mais peut-être la conception française de l'intérêt général est-elle trop absolue, voire trop absolutiste, pour même supporter l'idée du compromis. (*Applaudissements*)

M. Jean-Jacques Hyest, président. – Merci pour ces très riches interventions qui vont nourrir le débat.

DEUXIÈME TABLE RONDE « LE PROCESSUS LÉGISLATIF »

*Présidence de Mme Jacqueline Gourault, sénatrice de Loir-et-Cher,
présidente de la délégation sénatoriale aux collectivités territoriales
et à la décentralisation*



*(De gauche à droite : M. Bertrand Follin, M. Jean-Eric Schoettl,
Mme Eliane Assassi, Mme Jacqueline Gourault, M. Jean-Pierre Michel,
M. Vincent Aubelle, et Mme Marie Cornu)*

Mme Jacqueline Gourault, présidente. – Je suis très honorée de présider cette table ronde. L'élaboration de la loi est le fruit d'un processus qui combine choix politique, expertise technique, volonté de compromis et contingences diverses. Nous l'aborderons en examinant des exemples concrets.

« L'élaboration d'une loi sur la décentralisation »
par M. Vincent Aubelle, professeur à l'Université de Marne-la-Vallée

M. Vincent Aubelle, professeur à l'Université de Marne-la-Vallée. – Merci de votre invitation. Je vous entretiendrai du rôle de l'amendement dans une loi de décentralisation...sujet d'actualité s'il en est !

Lors d'un colloque organisé pour le 10^{ème} anniversaire de la loi de 1992, le Président Sueur soulignait que certains amendements avaient facilité l'adoption de cette loi : tel amendement accordait des subventions à Saint-Pierre-et-Miquelon, tel autre augmentait le versement transport de la Réunion... Cette remarque conduit à s'interroger sur l'élaboration de la loi et le rôle de ce type d'amendement ou, plus en amont, du rôle de ces amendements dans la recherche de l'intérêt général. Pour le doyen Vedel, dans son Manuel de droit constitutionnel, « l'amendement a quelque chose d'accessoire ; c'est le complément, voire le diminutif de la loi ». Mais c'était sous la IV^{ème} République...Je défends la thèse inverse : l'amendement, particulièrement en matière de collectivités territoriales, joue un rôle déterminant. Il obéit à un processus de don et de marchandage. Le don, selon Marcel Mauss, se caractérise par trois phases : l'initiative de l'échange, l'acceptation du don et la manifestation de la reconnaissance, de contre-don. Il s'agit d'un processus itératif aboutissant à un don perpétuel le long d'un sentier de progression.

Un certain nombre de décisions législatives obéissent à ce processus d'échange et contre-échange. Le Gouvernement accepte ainsi qu'un amendement figure dans la loi ; en contrepartie, il en attend l'adoption du texte. Ce marchandage territorialisé est d'autant plus important quand il est difficile d'obtenir une majorité : la loi de 1992 a été adoptée en 1^{ère} lecture avec une voix de majorité et en seconde lecture avec 2 voix ! Il y a aussi le rôle des associations d'élus, productrices d'amendements qui régulent, à l'extérieur de l'enceinte parlementaire, les contours de la future loi de décentralisation.

Lors de l'examen de la loi de 2010, le secrétaire d'État a abandonné in extremis la commune nouvelle pour obtenir l'adoption de la loi. Les amendements présentés – en séance – par certaines associations supprimant la gestion unifiée de personnels dans le bloc communal ont ainsi été adoptés en trois minutes...

L'amendement peut aussi représenter un marchandage, au sens de Laurent Thévenot et Luc Boltanski, au sens d'un arrangement au profit des parties, non de l'intérêt général. Un certain nombre d'amendements

illustrent cette situation. L'amendement entre pairs d'abord : en 1999, MM. Barre et Pierre Mauroy ont échangé le périphérique de Lyon contre la fusion Lille-Lomme.

Deuxième sujet d'arrangement : on laisse passer des amendements qui favorisent des situations particulières. Exemple magistral, le seuil de population pour les communautés d'agglomération. L'amendement Pélissard de 2010 a abaissé ce seuil à 30 000 habitants, dès lors que la ville la plus importante est chef-lieu de département ; cinq villes étaient dans ce cas...L'amendement Dussopt a maintenu le chiffre de 30 000 habitants si la communauté comprenait la commune la plus peuplée du département : c'était le cas d'Annonay. Enfin l'amendement Grelier du 13 décembre 2013, qui en vient à tenir compte des mouettes -M. Grelier est maire de Fécamp- abaisse le seuil à 25 000 habitants, dès lors qu'il y a une majorité de communes littorales et que le chef-lieu compte 15 000 habitants. Bien sûr, une loi ne se résume pas à ce type d'amendements, mais c'est un élément essentiel dans le processus de la loi. Sans eux, point de loi.

Je soutiens la thèse que ces amendements de marchandage sont absolument indispensables dans l'écriture de la loi. (*Applaudissements*)

Mme Jacqueline Gourault, présidente. - Merci. C'est une présentation un peu décoiffante du travail législatif... mais je ne peux contester vos exemples ! Nous sommes passés du compromis au don : ce glissement mérite une analyse approfondie.

**« L'élaboration d'une loi sur les monuments historiques et le patrimoine »
par Mme Marie Cornu, directrice de recherches au CNRS,
directrice du Centre d'études sur la coopération juridique internationale (CECOJI)**

Mme Marie Cornu, directrice de recherches au CNRS, directrice du Centre d'études sur la coopération juridique internationale (CECOJI). - Merci aux organisateurs de ce colloque.

La loi du 31 décembre 1913 est une des premières lois de protection du patrimoine culturel. L'État pouvait déjà exproprier ; grâce à elle, il peut désormais décider d'office de la protection, contre la volonté du propriétaire.

Une loi de 1887, au périmètre plus restreint, affirmait déjà le rôle tutélaire de l'État sur les autres collectivités. La loi de 1913, plus ambitieuse, crée une véritable propriété culturelle. Elle est une loi fondatrice, matricielle, structurante. Elle a forgé des concepts, des méthodes, des techniques qui continuent d'innover notre droit.

Je prends ici l'écriture comme un processus, qui implique une pluralité d'auteurs, d'acteurs. L'atelier d'écriture se décompose en deux temps : le travail préparatoire et le temps de l'examen délibératif. Les bureaux ont un authentique pouvoir normatif, comme dirait Jacques Chevalier, dans la phase préparatoire. Leur rôle ne se limite pas à la traduction d'une volonté politique : Les fonctionnaires chargés des monuments historiques ont une conception affirmée de la protection du patrimoine, voire un engagement militant. À partir de 1907, plusieurs versions de l'avant-projet de loi sont commentées, élaborées par des experts. Charles Grandjean, chartiste, juriste, inspecteur des monuments historiques, a une vision panoptique du patrimoine et une connaissance fine des législations étrangères ; il se passionne pour la législation italienne en la matière. Il termine sa carrière comme chef du service du compte rendu analytique du Sénat.

Un autre avant-projet est dû à Charles Bernier, avocat au Conseil d'État. Grandjean craint la discussion parlementaire : il pratique l'autocensure. Le texte de Bernier, lui, est plus audacieux ; c'est avec lui qu'apparaît le classement d'office, qui va à l'encontre du droit de propriété.

La monarchie de Juillet avait déjà beaucoup fait sur la question patrimoniale, en l'absence de texte, en pratiquant une « politique sans loi » : les services administratifs vont façonner une doctrine, enjoignant par exemple aux préfets de lutter contre le « vandalisme municipal ».

Aristide Briand, président du Conseil, ministre de l'intérieur et des cultes, et Maurice Faure, ministre de l'instruction publique et des beaux-arts, présentent le projet de loi en 1910. Vient ensuite la deuxième phase, le travail d'écriture parlementaire, dans un climat confus mais paradoxalement assez consensuel. Il s'agit d'un texte d'envergure de 32 articles ; Théodore Reinach est le rapporteur de la commission de l'enseignement et des Beaux-Arts.

Dans le même temps, sont adoptés une multitude de petits textes, extraits du projet en discussion, pour répondre à l'urgence : exportations d'œuvres d'art vers les États-Unis, destruction d'églises. Certains de ces textes de circonstance viennent d'ailleurs du projet de loi.

Une autre temporalité résulte de la concomitance de la loi de séparation des Églises et de l'État. L'administration des Beaux-Arts est consciente des risques liés au transfert de propriété ; deux articles de la loi de séparation sont consacrés aux monuments historiques. Ils y sont encore...

L'énoncé législatif est dispersé, fragmenté. La synthèse sortira de ce matériau composite.

Le travail d'écriture en commission dure. Il est rare de voir une œuvre législative aussi mûrie, dira le sous-secrétaire d'État. Contre toute attente, le texte est voté quasiment sans débat au Parlement : aucune demande de parole à la chambre des députés ; au Sénat, les garanties

apportées pour protéger le droit de propriété sont finalement jugées suffisantes.

Le texte final résulte d'une synthèse. Le travail d'écriture a concerné surtout le texte, le langage, le style, plus que le fond. C'est un très beau travail de reformulation et d'épuration, un modèle de légistique. Le texte, grâce à l'expertise de son rapporteur, à sa plume, convertit le vocabulaire issu de l'art en langage juridique.

L'adoption sans débat résulte de l'adhésion à l'idée que la préservation du beau est d'intérêt public. Mais elle est due aussi au processus législatif ouvert : le texte laisse la place à l'action du législateur futur. Le texte de 1913 pourra encore influencer le législateur pour la future loi sur le patrimoine. (*Applaudissements*)

Mme Jacqueline Gourault, présidente. – Merci de ces détails passionnants sur la loi de 1913.

« La loi équivoque »
par M. Jean-Eric Schoettl,
vice-président de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat

M. Jean-Éric Schoettl, vice-président de la section de l'intérieur du Conseil d'État. – Par loi équivoque, on entend toute disposition législative dont la portée ou l'intensité normative sont incertaines en raison du caractère imprécis, obscur ou ambigu de sa formulation.

On reconnaît la loi équivoque à plusieurs malfaçons : les vocables polysémiques, les constructions syntaxiques défectueuses, les contenus fourre-tout, la ponctuation défectueuse, l'abus des subordonnées ou des doubles négations, le manque de rigueur dans le déploiement des adjectifs, la sous-utilisation des renvois à la ligne et de la numérotation des paragraphes, les renvois de codification erronés...

Les causes de la loi équivoque sont multiples : la maladresse des rédacteurs, due parfois à un examen tardif, à 3 heures du matin, les conditions de production de la norme...La loi contemporaine est le plus souvent modificative : elle est donc de plus en plus technique, hermétique et présente un risque d'erreur énorme.

Parfois, les lois transposent des négociations : lever une ambiguïté aboutirait à remettre en cause l'accord. La loi est bavarde, énumère volontiers des objectifs, comme la loi sur l'école de 2005, sans évoquer les moyens de les atteindre.

La loi revêt souvent une fonction cathartique ou propitiatoire, d'où l'emploi de termes particuliers et peu précis. Elle poursuit parfois des buts inconciliables, en voulant satisfaire tout le monde et son père ; elle multiplie donc les renvois à des décrets d'application...ce qui explique la non parution de certains décrets !

Les lois se veulent radicales, mais, par exemple, la loi DALO n'a pas fait construire un logement de plus. Que dire de l'inversion de la règle selon laquelle le silence de l'administration vaut acceptation ? On ajoute des exceptions aux exceptions. Les mesures en faveur des personnes défavorisées sous conditions de ressources entraînent des effets de seuil, entre autres problèmes.

L'accessibilité généralisée des lieux publics aux personnes handicapées est une idée généreuse, mais son application doit être sans cesse reportée... L'idée du bonus-malus énergétique présente aussi bien des difficultés d'application.

Le résultat est une atteinte à l'objectif d'intelligibilité, un risque d'incompétences négatives, une menace d'insécurité juridique, une méconnaissance de l'égalité devant les charges publiques ou, en matière pénale, une méconnaissance de la précision des incriminations.

Comment éviter les lois équivoques ?

D'abord, en respectant les prescriptions légistiques.

Ensuite, en suivant les recommandations du secrétariat général du Gouvernement, du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel qui, dès 1985, a censuré une disposition fiscale ambiguë, précisant qu'il appartenait au législateur d'assumer pleinement sa compétence et d'adopter des formulations précises et non équivoques, pour se prémunir contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur d'autres instances le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.

En cas d'équivoque, il appartient au juge d'interpréter le texte, dans le respect le plus strict de l'intention du législateur, en se reportant aux travaux parlementaires, à l'exposé des motifs, aux études d'impact, aux comptes rendus des débats. Si cette information n'est pas accessible, le juge réalise une interprétation grâce au contexte, en se fixant aux principes applicables ou en réalisant, *ratio legis*, une balance des coûts et avantages dans une approche fonctionnelle.

L'exercice est parfois difficile : une virgule peut parfois changer le sens d'un texte ! (*Applaudissements*)

« Le travail des commissions parlementaires »
par M. Bertrand Follin, chef du service de la commission des lois du Sénat

M. Bertrand Follin, chef de service de la commission des lois du Sénat. – Mon intervention sera plus positive : les amendements adoptés par le Parlement peuvent aussi contribuer à améliorer la loi dans un souci d'intérêt général.

Le travail en commission permet de rapprocher les points de vue tout en améliorant la qualité formelle de la loi. Il s'inscrit dans un cadre en trois temps, renouvelé par la réforme constitutionnelle de 2008 : désormais, le texte de la commission sert de base à la discussion en séance publique.

D'abord, ont lieu les auditions, plénières ou du rapporteur et, le cas échéant, des déplacements. À cette occasion, les acteurs de la société civile expriment leur point de vue et la commission apparaît comme une caisse de résonance de leurs préoccupations.

Le principal obstacle est le manque de temps : on dispose rarement de plus de quinze jours. Mais cela n'a pas empêché la commission des lois d'organiser 40 heures d'auditions sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

Ensuite vient le temps de l'élaboration du texte du rapporteur et des amendements de la commission. Les amendements du rapporteur visent à renforcer la cohérence du texte. Le travail est pleinement collégial. À ce stade, les discussions sont très ouvertes et les compromis s'élaborent « sur le siège ». Les réunions ne sont pas publiques – l'Assemblée nationale a fait des choix différents – mais font l'objet d'un compte rendu, conformément aux exigences de clarté et de sincérité posées par le Conseil constitutionnel. La transparence des débats ne nuit pas à la spontanéité des échanges. Bien que les ministres soient autorisés, depuis 2008, à venir défendre leur texte en commission, cette pratique ne s'est pas généralisée : la commission n'est pas un doublon de la séance publique.

Enfin, deux semaines après, ou une semaine en cas d'urgence, la commission examine les amendements extérieurs, dits de séance. Une dernière lecture est propice à la qualité de la loi. Le temps d'une bonne loi est assez long, vient de dire le Président Sueur...

En 2013, 1 918 amendements ont été adoptés en commission, sensiblement autant qu'en séance publique.

Le travail en commission permet souvent de rapprocher les points de vue grâce à la réunion de trois facteurs : le temps, l'écoute et le dialogue. C'est ainsi que se forge une culture de commission, qui se traduit dans l'attachement à certaines valeurs comme une certaine constante dans l'écriture de la loi.

Rechercher un accord, trouver un compromis ne permet pas toujours de rédiger une loi comme un jardin à la française, mais dans tous les cas, il s'agit de veiller à la qualité de la loi avec trois lignes directrices : préciser, simplifier, parfois réécrire, pour garantir l'intelligibilité et la valeur normative du texte.

Préciser, ce n'est pas toujours ajouter, c'est parfois retrancher. La commission des lois chasse les « notamment » pour éviter toute ambiguïté. C'est le cas, par exemple, pour définir le champ des lois d'habilitation. Il faut conserver aux mots leur juste valeur : ainsi, notre commission s'oppose à l'emploi abusif et redondant de l'adjectif « réel », comme dans la loi sur l'égalité « réelle » des femmes et des hommes.

Chaque mot a un sens !

Simplifier, tel est notre deuxième objectif. Ainsi, dans le texte sur la protection des navires, notre commission a harmonisé les renvois à la codification.

Dans la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, les députés avaient adopté un dispositif interprétatif qui avait l'inconvénient de laisser au juge le soin de procéder aux ajustements nécessaires. La commission des lois du Sénat a préféré consacrer un principe général dans le titre liminaire du Code civil, valable pour toute la législation. Ce choix a été validé par le Conseil constitutionnel et n'a soulevé aucune objection.

Enfin, il arrive parfois à la commission des lois de reconstruire un texte : elle a ainsi restructuré entièrement la loi sur la représentation des Français établis hors de France en distinguant les dispositions statutaires et électorales. Le Gouvernement l'a suivie.

L'examen en commission est le moment où se croisent le plus librement les différentes approches politiques, à l'écoute des attentes de la société civile. Il s'agit d'une étape décisive pour améliorer la loi sur le fond et sur la forme. (*Applaudissements*)

Mme Jacqueline Gourault, présidente. – Merci pour cette illustration concrète du processus législatif qui donne une idée de l'ambiance agréable et constructive qui règne à la commission des lois.

« Le débat parlementaire »
par Mme Eliane Assassi, sénatrice de la Seine-Saint-Denis,
vice-présidente de la commission des lois du Sénat

Mme Éliane Assassi, vice-présidente de la commission des lois du Sénat. - Je suis vice-présidente de la commission des lois mais aussi présidente du groupe communiste républicain et citoyen, ce qui expliquera la tonalité de mon propos.

Pour aborder le processus législatif, il faut se replacer dans le contexte politique. Notre démocratie traverse une crise profonde marquée par la défiance des citoyens envers le personnel politique : 80 % des Français pensent que les élus ne se préoccupent pas d'eux.

À Bruxelles, les institutions européennes, dirigées par des personnes non élues et influencées par les lobbies, semblent dicter leur loi, et les parlements, parlements nationaux ou parlement européen, pèsent peu face à eux, sans parler des exigences du FMI, de la Banque mondiale ou de l'OMC.

La légitimité de nos institutions est menacée. La V^{ème} République semble à bout de souffle, le contrat social n'est plus respecté et le principe de souveraineté populaire est contourné. Cela n'est pas sans effets sur l'écriture de la loi.

Le renforcement du présidentielisme et du bi, voire du tripartisme, renforce la crise.

Selon la lettre de la Constitution, le président de la République dispose de peu d'outils en matière législative. Toutefois, dans la pratique, élu sur un programme de gouvernement, il est à l'origine de la plupart des lois, au point d'annoncer un texte avant même que le Premier ministre n'en soit informé...La précipitation est souvent de mise, ce qui nuit à la qualité du travail parlementaire.

Ainsi, l'annonce de la réforme territoriale a été précipitée ; la plupart des élus n'ont pas été consultés, alors qu'un grand débat aurait pu prolonger les états généraux initiés par le président Bel. Deux textes sont annoncés : le premier sera examiné au Sénat, en juillet, selon la procédure accélérée. La rationalisation du parlementarisme (ordonnances, article 49-3, vote bloqué etc.) a renforcé la prééminence de l'exécutif sur le Parlement. Surtout, nos institutions obéissent au fait majoritaire : la majorité parlementaire se plie à la sacro-sainte discipline majoritaire et soutient avant tout son gouvernement.

La discipline l'emporte sur la réflexion. Certes, le fait majoritaire est le garant de notre démocratie, mais celle-ci est désormais adulte. N'ayons pas peur, comme le préconisait Montesquieu, d'instaurer des contre-pouvoirs.

Le rôle du Sénat est en question. Il est critiqué, à tort, car il permet de prendre le temps de la réflexion, même s'il faudrait se pencher sur sa composition et son mode d'élection.

Un dernier mot sur l'inflation législative : les « lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires » disait Montesquieu. Or le nombre des lois a doublé ces dernières années. Les textes imprécis se succèdent. Les lois gagneraient à être pensées. Pourtant, on a tendance à légiférer d'abord puis à réfléchir ensuite. (*Applaudissements*)

Mme Jacqueline Gourault, présidente. – Les femmes ont le mérite de la franchise !

« Le débat parlementaire »

*par M. Jean-Pierre Michel, sénateur de la Haute-Saône,
vice-président de la commission des lois du Sénat*

M. Jean-Pierre Michel, , vice-président de la commission des lois du Sénat – Entre « écrire » et « loi », il y a une antinomie évidente. J'écris très mal, je n'ai jamais pensé faire œuvre d'écriture en participant à l'élaboration d'une loi. De plus, la loi est écrite à plusieurs mains, reflète des inspirations et des volontés différentes : ce n'est pas le cas des livres, hormis ceux des frères Goncourt, plus connus pour leur prix que pour la qualité de leur production...

Notre but n'est pas d'écrire mais de traduire en norme une foule de choses : la volonté politique d'un gouvernement, la volonté des parlementaires, la rigueur des fonctionnaires des commissions...

Nous sommes de surcroît soumis à de multiples contraintes : la première, c'est la Constitution et son article 34 ; la deuxième, le Conseil constitutionnel. Ma conception n'a pas changé depuis 1958 : le constituant, c'est le peuple, mais il faut tenir compte de l'avis du Conseil constitutionnel. Il n'a pas toutefois à interpréter la loi – ses réserves d'interprétation n'ont d'ailleurs aucune application concrète. Ainsi de son interprétation du PACS comme union « sexuée » : ce n'est pas du tout l'esprit du législateur, pas plus que la réalité !

On ne sait pas, d'ailleurs, ce que font les membres du Conseil constitutionnel. La loi doit être publique : où est la publicité des travaux du Conseil constitutionnel ? Aucune opinion dissidente n'est exprimée dans cette instance non démocratique constituée de membres désignés par des hommes politiques.

Troisième contrainte, les directives européennes et la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme. Celle-ci est très difficile à appliquer, car les arrêts sont rendus en anglais - alors qu'ils devraient l'être en français - et souvent mal traduits.

Pour moi, l'initiative des lois vient du Gouvernement, même s'il m'est arrivé de déposer des propositions de loi. Je trouve aberrant que ce soit le texte de la commission qui soit discuté en séance. Si nous avions du courage, nous y serions revenus, mais nous n'en avons pas beaucoup...

Avant d'être parlementaire, j'ai été commissaire du gouvernement, fonctionnaire : je connais les « bidouillages » qui président à la préparation des avant-projets de texte : cabinet, réunions interministérielles, Conseil d'État. Mais certaines lois, Madame Assassi, sont pensées : c'est le cas de la réforme pénale, on ne peut le nier. Pour la première fois, une conférence de consensus s'est penchée sur la récidive et l'engorgement des prisons. Bertrand Follin a parlé du débat en commission ; la qualité de l'écriture de la loi doit beaucoup aux fonctionnaires des commissions.

Le débat en séance ? C'est le temps de l'examen des amendements ; comme l'a dit M. Aubelle, certains sont parfois l'expression pure et simple des conflits d'intérêts. C'est pourquoi je suis fermement partisan de l'absence totale de cumul des mandats. Les exemples donnés sont éloquentes ! Que dire d'un parlementaire, qui ne fréquente jamais son assemblée, sinon pour défendre son territoire, quitte à négocier avec le bord opposé ? Il n'est pas parlementaire, mais élu local ! C'est une raison de plus pour limiter strictement le cumul des mandats : les parlementaires doivent être porteur de l'intérêt général, censé sortir de la discussion parlementaire.

Le résultat de tout cela ? Des textes équivoques - tant mieux pour la jurisprudence, qui y trouve sa raison d'être et la justification de ses émoluments -, incertains, quelquefois imprévus, redondants. Un exemple : la définition de la sanction et de la peine que nous verrons prochainement en commission. Faute de définition partagée, on multiplie les énumérations. Je rends hommage au président Mazeaud, qui sabrait impitoyablement tous les adverbes. D'autres lois contiennent des articles contradictoires entre eux...

La loi promulguée, nul n'est censé l'ignorer. Tout citoyen est censé la comprendre : je lui souhaite bon courage. (*Applaudissements*)

M. Jean-Eric Schoettl, vice-président de la section de l'Intérieur du Conseil d'État. - Je veux faire amende honorable pour n'avoir pas salué le travail des commissions des lois, qui, très souvent, surtout lorsque le Conseil d'État est saisi en urgence, améliorent la qualité des lois. Lors de la loi sur le mariage des personnes de même sexe, le Conseil d'État avait séché sur les dispositions balais ; la solution élégante a été trouvée par la commission des lois du Sénat, qui figure en bonne place dans la liste des antidotes contre l'obscurité. (*Applaudissements*)

Mme Jacqueline Gourault, présidente. – Malgré l'heure, il y a-t-il des questions ?

M. Jean-Philippe Derosier, professeur à l'université de Rouen. – Les deux tables rondes étaient très intéressantes. En écoutant Marc Guillaume, j'ai regretté qu'il n'ait pas davantage parlé des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, qui sont une véritable réécriture de la loi sans le dire. Dans les deux décisions du 13 février 2014 sur le cumul des mandats, le Conseil constitutionnel a ajouté un nouveau cas de non-cumul, celui des vice-présidents de l'assemblée de Corse !

Une interrogation, mêlée d'une suggestion : selon Marc Guillaume, l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ne peut être invoqué seul pour fonder une question prioritaire de constitutionnalité, sauf à être accompagné d'un autre moyen, se rapprochant ainsi du moyen de l'incompétence négative. Mais alors pourquoi le Conseil constitutionnel ne fait-il pas preuve d'accessibilité et d'intelligibilité en utilisant deux formulations différentes ?

M. Jean-Pierre Sueur, président de la commission des lois. – Suite aux propos de M. Aubelle sur la loi de 1992, je veux rappeler que certains amendements ont été refusés, dont celui-ci : « *La commune de Miquelon-l'Anglade touche 100 000 francs par an* ». Nous étions pourtant à une voix de majorité !

Tous ces exposés ont montré que la loi était toujours profondément humaine, avec les ombres et, les lumières, l'idéal et les rêves... Effectivement, le cumul a incontestablement des effets négatifs, cher Jean-Pierre Michel.

Le fait majoritaire s'impose, a dit Mme Assassi. Au Sénat, pas toujours ! Voyez par qui a été votée la loi sur les métropoles : vous ne trouverez jamais une telle configuration à l'Assemblée nationale !

M. Jean-Éric Schoettl. – En réponse à M. Derosier, dans la décision de février 2014, la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel répare une simple distraction du législateur, conformément à l'économie générale du texte et à l'intention du législateur, en évitant une censure qui aurait été disproportionnée. Une réserve d'interprétation qui méconnaîtrait la volonté du législateur serait un coup d'État.

Mme Jacqueline Gourault, présidente. – Merci à tous les intervenants.

TROISIÈME TABLE RONDE « LA QUALITÉ DE L'ÉCRITURE - LE STYLE DE LA LOI »

*Présidence et introduction par M. Bernard Cerquiglini,
recteur de l'agence universitaire de la Francophonie*



*(De gauche à droite : M. Nicolas Molfessis, M. Jean Lacoste, M. Dominique Maingueneau,
M. Patrice Gélard, M. Bernard Cerquiglini, M. Christian Vigouroux
Mme Catherine Puigelier et M. Alain Richard)*

« L'écriture de la loi : problématique »
*par M. Bernard Cerquiglini,
recteur de l'agence universitaire de la Francophonie*

M. Bernard Cerquiglini, président. – Merci à Jean-Pierre Sueur d'avoir demandé à son ancien coturne de l'École normale de présider cette table ronde ; j'ai accepté non par compétence, mais au nom de notre amour partagé de la grammaire.

La loi, c'est d'abord un texte. Nous parlerons de la langue cet après-midi. La norme naît de la langue, de la parole : le salon chez Vaugelas, le Parlement pour la loi. Mais cette insistance sur la langue est très granuleuse. Non seulement le corpus juridique français est vaste, ancien, mais naissance de la langue et droit sont liés depuis l'ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539, qui impose l'usage de la langue française non à l'administration mais à la justice. Au cœur de cette vision commune, la compréhension, l'*intellectum* : un arrêt n'est valide que s'il est compris. Cette ordonnance sera

le « fil rouge » de la pratique juridique : l'exigence de compréhension, d'accessibilité et d'intelligibilité découle de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de la Constitution de 1958 ; c'est un principe à valeur constitutionnelle.

L'article 110 de l'ordonnance est particulièrement explicite : « *Et afin qu'il n'y ait cause de douter sur l'intelligence desdits arrêts, nous voulons et ordonnons qu'ils soient faits et écrits si clairement, qu'il n'y ait ni puisse avoir aucune ambiguïté ou incertitude ne lieu à demander interprétation.* » L'article suivant est le seul jamais cité : « *Et pour ce que telles choses sont souvent advenues sur l'intelligence des mots latins contenus esdits arrêts, nous voulons d'oresnavant que tous arrêts... soient prononcés, enregistrés et déliés aux parties en langage maternel français et non autrement* ».

Ce texte fondateur impose le français dans le domaine juridique au nom de l'accessibilité et de l'intelligibilité, pour parler comme l'article 34 de la Constitution. Dès lors, seule la langue française sera considérée comme assez claire pour supporter le discours juridique. D'où le discours convenu sur les mérites, l'universalité et l'éminence de notre langue. Rivarol les a développés en 1784, accréditant l'idée que, claire et rigoureuse, élégante et aimable, elle est la langue du droit par excellence. « *Sûre, sociale, raisonnable, ce n'est plus la langue française, c'est la langue humaine* ». Dans cette optique, le code civil serait un des sommets de la littérature française : Stendhal n'était pas loin de le penser. Ce discours est toujours présent ; le rivarolisme est un mythe, les linguistes le savent, mais il a la vie dure.

Nous devons débattre des conditions linguistiques nécessaires pour aboutir à une bonne loi. La loi est en effet un idiolecte – le président Sueur en a donné des exemples ce matin – qui a ses contraintes pour parvenir à l'intelligibilité exigée par l'ordonnance de Villers-Cotterêts.

(Applaudissements)

« La spécificité du texte législatif par rapport aux autres types de normes »
par M. Christian Vigouroux,
président de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat

M. Christian Vigouroux, président de la section de l'intérieur du Conseil d'État. – Hippolyte, dans *Phèdre*, affirme « *J'ai des droits que je saurai sauver du caprice des lois* ». N'est-ce pas la traduction de l'incivisme du Français qui s'efforce d'échapper à des lois capricieuses ? La loi est capricieuse, en effet, alors que le décret est obéissant, donc instable ; le traité, lui, est consensuel, donc ambigu.

La loi a la sécurité de l'enfant qui connaît ses parents, ministres ou parlementaires ; le décret, lui, est adopté : il n'a pas d'origine autre que les bureaux comme Zinoniev parlait des organes, sans parler des Grands du Royaume que sont maintenant les autorités administratives indépendantes et autres « Haute » quelque chose, qui ne décrètent pas encore, mais qui décident déjà... La loi donne ses quartiers de noblesse, sa généalogie : ce sont les travaux préparatoires, que le juge consulte à l'occasion ; s'y référer, c'est faire insulte à la loi. Selon la base Ariane, le Conseil d'État s'est référé 281 fois aux travaux préparatoires ces dernières années : la loi n'est sans doute pas toujours claire. Quand, pour comprendre votre interlocuteur, vous devez consulter un dictionnaire, c'est qu'il y a un problème. Mais c'est une noblesse de la loi d'assumer sa parentèle...

La loi est simple et compliquée. Elle doit être comprise dans chacune de ses parties comme dans son tout. Elle peut être simple, volontairement, ce qui peut entraîner des ambiguïtés. Elle peut être aussi compliquée ; lorsque le Conseil constitutionnel demande que la loi soit intelligible, il fait preuve d'un humour noir qui me fascine... alors que certaines complications sont parfaitement légitimes : l'article premier de la grande loi du 9 octobre 1981 abolit en six mots la peine de mort, mais plusieurs de ses articles opèrent des abrogations d'articles du code pénal et des reclassements d'alinéas fastidieux, compliqués, mais nécessaires. En l'occurrence, simplicité et complexité vont de pair.

La loi est politique, ce qui n'est pas péjoratif pour moi. Voyez l'article 11 de la loi sur l'avenir de l'agriculture : au premier alinéa, les mots « *de l'État* » sont supprimés. En effet, l'État n'est plus le seul propriétaire des forêts, et aussitôt après, l'alinéa 2 insère les mots « *et les régions* ». Parce qu'elle est politique, la loi est plastique : notre bonne loi de 1905 répond à toutes les commandes, en 1948 comme en 2003, et s'adapte aux évolutions de la société.

La loi est ambitieuse, le décret est utilitaire. « *Le bonheur est une idée neuve en Europe* » : la loi peut l'apporter, pas le décret ! À l'École nationale

d'administration, on nous donnait comme modèle la loi sur la ville – qui prétend favoriser la diversité dans l'habitat en créant une participation financière...

La loi sait être floue, déclamatoire, parfois poétique, s'il faut en croire le sénateur Mohamed Soilihi lors de la commission mixte paritaire de mai 2014 s'agissant de l'introduction de l'animal dans le code civil.

La loi enfin est précipitée. Déjà, en 1776, l'abbé Mably critiquait les séances nocturnes : « *J'aime assez cette loi polonaise qui défend de délibérer aux lumières ; l'attention des hommes a ses bornes* ». La loi est écrite la nuit, le décret généralement le jour... mais il n'en est pas forcément mieux rédigé.

Le décret est moins impressionnable, il est le plus souvent en retard ; la loi manifeste parfois son affolement : après des années de silence, quatre ou cinq lois sur les « lanceurs d'alerte ». Est-ce raisonnable, sans avoir réfléchi à des concepts comme secret, réserve, loyauté, discrétion ?

Enfin, la loi est innovante sans le dire et sans le savoir. Parfois, elle décide par son silence. La récente loi sur la protection des navires constitue la première irruption de la guerre privée dans le corpus législatif français : elle aurait dû faire grand bruit... mais est passée silencieusement. C'était donc une loi importante.

La loi introduit enfin des nouveaux concepts sans les expliquer. Il y avait la « sécurité intérieure » et la « défense nationale », il y a désormais la « sécurité nationale » qui mêle les deux : cette innovation linguistique méritait un vrai débat. La loi glisse également des mots qui ne sont pas faits pour le droit, comme « piratage » ou « repentir ».

En conclusion, la loi a trois caractéristiques fondamentales. Elle est terriblement humaine, car elle est malaxée et votée par des hommes, alors que le décret est fait par des fonctionnaires. Elle est terriblement nécessaire car quelle norme, à part elle, peut tenter de se faire obéir par tous, des hommes politiques aux chefs d'entreprise en passant par les militaires, les juges, les clercs et même Bricorama ? La loi est utile pour les changements et les ruptures – ce que ne sait pas faire le décret – et les sanctions : le Français, qui n'aime pas les caprices des lois, n'admet de sanctions que de la loi. Le décret, lui, reste un foyer de contentieux. La loi est enfin terriblement fondamentale, que ce soit le code civil, par lequel nous existons en tant que personne, ou le code pénal : seule la loi peut déterminer le moment où le compliment devient harcèlement ; le décret, lui, reste un gibier de contentieux et de référé.

« *France, mère des arts, des armes et des lois, Tu m'as nourri longtemps du lait de ta mamelle* », écrit du Bellay. On n'imagine pas la France mère des arts, des armes et des décrets... même au Conseil d'État. (*Applaudissements*)

M. Bernard Cerquiglini, président. – Merci de ce bel éloge de la loi, pour laquelle vous avez l'amour de Phèdre pour Hippolyte !

« L'exigence de clarté »
par M. Alain Richard,
sénateur du Val d'Oise, ancien ministre,
membre de la commission des lois du Sénat

M. Alain Richard, sénateur du Val d'Oise, ancien ministre de la Défense nationale, membre de la commission des lois du Sénat. – Le thème de ce colloque m'évoque mes aspirations de jeune homme lorsque j'entrais au Conseil d'État, avec l'intuition qu'écrire la loi serait un beau métier ; j'ai eu depuis la chance de pouvoir m'y consacrer dans diverses situations.

Il faut se méfier à la fois des juristes, par définition susceptibles de jargonner, et des non-juristes, ignorants et nombreux. Tout jargon professionnel est une citadelle, un foyer d'hermétisme ; ce langage d'initiés frappe de respect les Barbares extérieurs et leur impose de s'adresser humblement à des traducteurs généralement intéressés. Certes, quelques juristes se donnent pour objectif d'écrire clairement, mais ce n'est pas la première priorité professionnelle...

Pour le législateur, les non-juristes sont un public effrayant. Il a l'impression d'écrire la loi sous surveillance, voire sous suspicion. Pour se rassurer, surtout s'il n'est pas juriste, il éprouve le besoin d'agrémenter la norme de dispositions inutiles afin de rendre la loi accessible aux non juristes. Un exemple tout récent : la loi sur la protection des navires, dont l'un des articles renvoyait à des articles déjà en vigueur du code pénal. Inutile, dès lors, de les réécrire dans la loi ! L'un des articles ainsi répétés concernait la légitime défense. La rédaction du texte aboutissait à étendre la responsabilité du capitaine, alors que telle n'était pas l'intention du législateur, emporté par son désir de satisfaire les non-juristes.

Un autre risque est de ne pas fixer de normes. Les textes deviennent bavards et, de plus en plus, contradictoires, à l'image du texte redécoupant les cantons : le législateur avait prévu une multitude d'exceptions liées à des considérations géographiques, topographiques, comme l'insularité, le relief ou l'hydrographie, démographiques, etc... au point de rendre la règle inapplicable. Le Conseil constitutionnel n'a pu qu'annuler l'article, qui ne prévoit désormais plus que des exceptions « de portée limitée spécialement justifiées au cas par cas par des considérations géographiques ou d'autres impératifs d'intérêt général ».

Notre législation est codifiée à près de 70 %. Je suis un fougueux défenseur de la codification, travail obscur et humble. La codification se fait toujours – les assemblées y tiennent – à droit constant. Mais elle permet, chaque fois, de découvrir des incohérences, ce qui oblige à revenir devant le Parlement. Ce travail est laborieux, lourd, mais finit par constituer un corpus cohérent. Cela implique aussi que les nouvelles lois sont des modifications de codes existants : M. Vigouroux l'a montré pour l'abolition de la peine de mort.

À cet égard, puisque le nouveau texte vient s'insérer comme modifiant dans un code, je ne comprends pas le non-usage des tableaux comparatifs entre texte existant et texte modifié, qui rend immédiatement lisible la nouvelle norme. Pourquoi ne pas disposer de comparatifs sur Légifrance ? Ce serait bien utile en commission...

Enfin, je constate avec regret la longueur absurde de certains articles : l'article L. 5211-6-1 sur les conseils communautaires, qui fait une page et demie de Légifrance, comporte plusieurs titres romains et plusieurs renvois qui rendent le tout incompréhensible pour un néophyte.

Le pire est le code général des impôts. Certains de ses articles sont un défi à l'intelligibilité et à l'accessibilité ! Tout le monde tremble à l'idée de le réformer. L'article 208 détermine des exonérations à l'impôt sur les sociétés : si sa syntaxe est claire au début, elle ne le reste pas longtemps et finit dans la plus grande confusion.

« Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement ». Le législateur doit être attentif à concentrer son propos, à énoncer des règles. De même, les utilisateurs doivent reconnaître la spécificité du droit fondé sur le déductif. On n'écrit pas le droit comme on écrit un mail ou un tract. Il ne faut pas perdre espoir ! (*Applaudissements*)

M. Bernard Cerquiglini, président. – Merci pour cette magnifique leçon de droit et de philologie.

« Approche linguistique du discours législatif »
par M. Dominique Maingueneau, professeur à l'Université Paris 4

M. Dominique Maingueneau, professeur à l'université Paris 4. – Je suis linguiste, non spécialiste de la vie parlementaire : je serai donc ici le Huron, ou le soutier du transatlantique.

Pour répondre à la question posée – que peut apporter la linguistique à l'écriture de la loi ? – j'ai pris au hasard un texte dans Légifrance pour repérer les caractéristiques d'une loi.

On trouve d'abord des caractéristiques lexicales et syntaxiques : ce texte comporte un vocabulaire spécifique, comme « autorité », « administration », « jouissance » – et une syntaxe particulière marquée par des pseudo-adjectifs et par un usage étendu du passif.

Parmi les caractéristiques énonciatives, on note l'absence des première et deuxième personnes, l'absence de modalisation, l'usage du présent omnitemporel et de l'article à valeur générique. Il convient aussi de noter l'emploi du présent déontique : une phrase au présent est un ordre. C'est la valeur performative de la loi : elle construit le monde qu'elle prétend instaurer.

La loi présente enfin des caractéristiques textuelles surprenantes pour un linguiste : répétition de termes – la clarté l'emporte sur l'élégance –, références au texte englobant, écriture de « dépliage » ; une propriété générale est énoncée, puis développée.

Les linguistes utilisent plusieurs approches pour étudier le langage juridique. D'abord, l'approche sociolinguistique, qui étudie la grammaire et le lexique propres à un milieu. Le discours juridique, depuis Rabelais ou Molière, est le parangon du jargon.

L'approche de linguistique appliquée cherche à modéliser l'écriture de la loi, pour former des rédacteurs, faciliter les traductions, accompagner le développement de l'informatique.

Il ne faut pas oublier la question de l'archivage : un texte de loi n'existe que s'il est accessible ; l'accessibilité matérielle des textes se faisait autrefois par le Code Napoléon, elle se fait aujourd'hui via des logiciels adaptés.

Troisième approche, l'analyse du discours. Elle consiste à étudier le texte de loi comme l'écriture de la loi, au sens possessif : une activité, un « faire ». Ce discours a un statut dans la société : la parole de la loi fait autorité. La loi est faite par des hommes, dans des contextes toujours

particuliers, avec des motifs parfois dérisoires, mais prétend à la transcendance : il efface donc tout renvoi à son lieu de production. L'effacement de l'énonciateur, du lieu de production et du moment de production est systématique. Il s'agit de donner corps à la loi, qui s'autofonde. Cet effacement du contexte est l'indice même de son universalité.

Quelle que soit la taille de son corpus, la loi est toujours référée à un être mythique, le législateur, toujours qualifié, non sans redondance, de « sage ». C'est un hyper-énonciateur, qui ne signe aucun texte, mais les fonde tous. C'est un peu comme dans la Bible : l'esprit de Dieu est l'hyper-énonciateur d'un ensemble de textes produits dans des circonstances très variées, mais portés par une entité transcendante qui garantit l'ensemble du corpus. À cette voix transcendante du législateur sont associées des valeurs, attestées par la nature même du texte, comme la justice, l'universalité, etc.

La question des usages est essentielle. La loi circule, elle est consultée, citée, motive des décisions. Les textes ont une existence organique, dans le texte dans lequel ils figurent, mais aussi une existence à l'état de fragment, comme caution à d'autres pratiques. Pour moi, le texte de loi est un mouvement qui va du code aux usages. La façon dont il est inscrit dans le code détermine ses usages futurs.

Dernière facette, celle de la communauté. L'écriture de la loi est une fabrique, qui mobilise des acteurs hétérogènes. C'est l'aboutissement d'une chaîne complexe de discours, d'itérations, de pratiques qui font la loi. Plutôt que dans aspect terminal, il faut voir la loi dans son aspect processif, comme la résultante d'une interaction. Elle construit la communauté qui la construit : parlementaires ou fonctionnaires ne naissent pas législateurs, mais le deviennent en fabriquant des lois. Ce matin, on parlait de culture de commission : le mot est juste. Une culture, c'est une pratique, qui a aussi les sujets de cette pratique : le parlementaire est aussi fabriqué par la loi qu'il fabrique. (*Applaudissements*)

M. Bernard Cerquiglini, président. – Merci pour ces regards linguistiques croisés et féconds. Madame Puigelier, répond-on à ces lois linguistiques quand on écrit le droit civil ?

« L'écriture du droit civil »

par Mme Catherine Puigelier, professeur à l'Université Paris 8

Mme Catherine Puigelier, professeur à l'université Paris 8. – On peut écrire le droit civil comme un poète, ou comme un juge. Le premier respecte des codes d'écriture et une forme de versification qui peut aller de la sagesse à l'audace : « *Parce que la forme est contraignante, l'idée jaillit plus intense* » écrit Baudelaire. Telle est la visée du législateur lorsqu'il rédige le code civil. Les mots sont posés, choisis. Les techniques de confection de la loi sont respectées en droit civil comme en droit administratif, mais l'écriture civiliste concerne l'intérêt d'un particulier, alors que l'écriture administrative est imprégnée d'un intérêt général. Le droit civil n'en est pas moins sage pour autant : il ne méconnaît pas les règles d'ordre public et protège les grands principes du droit privé, comme l'indisponibilité des personnes ou le respect de la propriété. Il convient aussi de relever la sagesse de l'écriture du droit civil au travers de sa stylistique : l'expression du droit civil doit, selon Aubry, « *faire ressortir en des formules pleines, denses, fermant la porte à toute échappatoire, les injonctions impliquées par la règle de droit* ». Le droit privé tend à nouveau ici à se rapprocher du droit public, dans la mesure où il utilise un style législatif ou normatif semblable à celui du droit public.

Mais alors pourquoi parler de l'écriture du droit civil comme un poète ? Parce qu'à bien des égards, on trouve dans l'écriture civiliste des éléments de versification : l'opposition entre prose et poésie s'est atténuée au fil des siècles. On trouve dans la phrase de droit civil des rythmes, des retours périodiques, des accents, des césures, des coupes, des mesures, des concordances, des discordances ou des strophes. Roland Barthes, dans *Le plaisir du texte*, relève que « *le texte que vous écrivez doit me donner la preuve qu'il me désire* » ; il est possible de penser que la loi civiliste est rédigée dans le même esprit. On pense aux lois qui ont passé le cap de la grogne ou de l'incompréhension pour rompre avec les traditions ou les peurs : vote des femmes, PACS, mariage des personnes de même sexe : il n'est pas là question de sagesse, mais d'audace. On retrouve au travers de l'audace des points communs entre l'écriture du droit civil et l'écriture de la poésie : la forme et le fond peuvent se percuter ; comme l'écrivait également Roland Barthes, « *il nous arrive de survoler ou d'enjamber certains passages pour retrouver au plus vite les lieux brûlants de l'anecdote* ». Or tant le droit civil que la versification se construisent avec des temps de concordance comme des temps de discordance : enjambement, rejet, contre-rejet, identifiés par le professeur Jean Mazaleyrat. Avec l'écriture du droit civil, il s'agit, en cas de discordance, d'écrire ou de lire au plus vite et d'enjamber les discordances, ou tout au moins les rejets ou contre-rejets.

Écrire le droit civil comme un juge signifie réécrire le droit civil. Le juge porte un regard de professionnel averti sur les mots du législateur. La compréhension nécessite elle-même une interprétation des juridictions saisies ; or l'interprétation est réécrite au fil de la procédure civile, avec une réécriture des silences ou des souffles, une réécriture des mystères ou des emportements. La technique de cassation élaborée par la Cour de cassation depuis l'installation du Tribunal révolutionnaire en 1790 offre une image saisissante de la réécriture du droit civil, et donc de la réécriture de la loi par le juge civil. Le litige entre deux personnes privées est ballotté entre des règles de forme et de fond. S'agissant des règles de forme, au-delà de deux mois, le droit civil reste dans son jus : pas de cassation faute de pourvoi. Point de réécriture du droit civil si la temporalité judiciaire n'est pas respectée. S'agissant des règles de fond, l'écriture ou la réécriture du droit civil battra son plein : violation de la loi, défaut de base légale, excès de pouvoir, perte de fondement juridique, déni de justice vont donner le ton à une entreprise de restructuration de la plume du législateur. L'écriture du droit civil est alors prise en tenaille entre des textes d'ordre interne ou externe, des principes de droit aussi variés et subtils que le moyen d'ordre public ou le moyen de pur droit.

L'écriture du droit civil à la Portalis, au coin d'une table, est devenue une réécriture à l'aide d'instruments de catégorisation ou d'annulation. La fausse interprétation de la loi, la fausse qualification des faits, la fausse application ou le refus d'application de la loi permettent de réécrire ou de reconstruire le droit de la famille, des obligations ou des successions. Mais il y a plus : parfois, la réécriture du droit civil devient écriture du droit civil, et donc une écriture de la loi. Ici, le juge de cassation se fait législateur quand il met en place, sous le prisme des principes généraux du droit, des principes dits de droit, mais qui pourraient être des principes généraux dits de juge : principe de la réparation intégrale d'un préjudice ou principe de l'enrichissement sans cause.

Sous le prisme de la QPC, le juge de cassation met également en place des approches de constitutionnalité lorsqu'il ordonne, ou non, en sa qualité de filtre, un renvoi d'une affaire devant le juge constitutionnel. Autre clin d'œil de l'écriture du droit civil vers le droit constitutionnel, le pourvoi du procureur général près la Cour de cassation dans le domaine de la cassation civile. En application de la loi du 3 juillet 1967, le procureur général près la Cour de cassation dispose de deux pourvois spéciaux : il peut former un pourvoi dans l'intérêt de la loi, afin de faire respecter une mauvaise interprétation de la règle de droit, ou de déposer un pourvoi pour excès de pouvoir sur ordre du garde des sceaux aux fins d'obtenir l'annulation *erga omnes* des actes par lesquels les juges outrepassent leurs pouvoirs. Dans l'hypothèse d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, la réécriture du droit civil est sans fin, car le pourvoi n'est soumis à aucun délai limite. Dans l'hypothèse d'un pourvoi pour excès de pouvoir, la réécriture du droit civil est alors aux mains d'un représentant de l'exécutif.

Autre clin d'œil du droit civil à l'écriture du droit constitutionnel avec l'arrêt Perruche, qui a donné lieu à un bras de fer entre le législateur et le juge : en 2000, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a admis la demande en indemnisation formée au nom d'un enfant handicapé. Le législateur a décidé, le 4 mars 2002, que nul ne pouvait invoquer un préjudice du fait de sa naissance ; c'est aujourd'hui une solution intermédiaire qui l'emporte pour l'écriture du droit civil, parce que la cour de Strasbourg a limité l'application rétroactive des dispositions de cette loi. La 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a étendu la solution à l'action de l'enfant à naître, qui était pourtant prohibée par la loi. La Cour de cassation a donc la possibilité de laisser la loi inappliquée ou de la laisser en échec en rappelant au législateur ses engagements internationaux ; reste à rappeler le contrôle de conventionalité admis par la Cour de cassation depuis l'arrêt Jacques Vabre. Le juge civiliste qui, il y a quelques années, ne pouvait opérer un contrôle de constitutionnalité, est devenu, non seulement un contrôleur de fait de la loi, mais encore un écrivain public, qui s'est arrogé le droit de réécrire la loi française à travers le prisme européen.

L'écriture du droit civil révèle ainsi une véritable littérature du droit. Comme une partition comporte des notes, la loi civiliste comporte des mouvements spécifiques, pour ne pas dire des réflexes d'écriture. L'écriture du droit civil reste entre les mains de trois acteurs du droit : le législateur, le juge et le garde des sceaux. Certes, le pouvoir exécutif est toujours resté, du moins en apparence, respectueux des charges de chacun, mais les regards croisés du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif et de l'autorité judiciaire font que l'écriture du droit civil, commencée dans les discours parlementaires, vivra une destinée insoupçonnée remplie de rebondissements ou de rêveries, comme peuvent en connaître les meilleurs poèmes de notre littérature. (*Applaudissements*)

M. Bernard Cerquiglini, président. - Merci pour cette véritable stylistique du droit. Le président Sueur rappelait ce matin que le normatif naît dans le discursif, et qu'il en reste parfois des « buttes témoins »... C'est dire l'importance du débat au Parlement, lieu où l'on parle : la genèse de la loi est dans l'oral.

« La discussion en séance publique »
par M. Jean Lacoste, ancien conseiller hors classe
à la direction des comptes rendus analytiques du Sénat

M. Jean Lacoste, ancien conseiller hors classe à la direction des comptes rendus analytiques. – Merci au président Sueur d’avoir invité un représentant des comptes rendus à cette tribune : j’y vois un hommage rendu à tous mes collègues, quelle que soit leur origine.

Mes nombreuses années passées en séance n’ont pas dissipé mon étonnement. On peut penser que les jeux sont faits après le travail en commission et que la séance n’est plus qu’une formalité. Tel est le cas dans de nombreux pays, surtout en Europe du Nord, où la séance plénière entérine les compromis et les négociations intervenues ailleurs, ce que Péguy qualifiait de « gouvernement politique parlementaire ».

Ce n’est pas le cas au Parlement français, où la discussion en séance publique constitue un moment de vérité dont l’issue n’est jamais certaine : même très encadré et rationalisé, le droit individuel d’amendement réserve toujours des surprises. Il peut être source de lenteur, voire d’obstruction, ou révélateur de fronde.

Scripta manent, dit-on dans un pays de droit romain. Ce moment d’oralité éphémère qui est la discussion en séance publique est un moment important de l’écriture de la loi, dans la mesure où cette libre parole, ce discursif, finit par légitimer le texte écrit.

La discussion est la prise de parole avec un enjeu. La Constitution de l’An VIII, issue du coup d’État de Brumaire, avait tronçonné le parcours de la loi : le Tribunat pouvait débattre sans voter, le Corps législatif voter sans débattre, tandis que le Sénat vérifiait la conformité de la loi à la Constitution. L’attachement du Parlement à la liaison entre le débat public et le vote trouve là ses racines.

Ni le Sénat ni l’Assemblée nationale ne sont des clubs de discussion ou des réunions d’experts, ni des annexes des plateaux de télévision, même parlementaire. Ce moment de liberté suit un rituel codifié, immuable, évoqué par le secrétaire général ; plus qu’une grand’messe, c’est un théâtre où se déroule une cérémonie, non sans longueur ni langueur, mais où les passions, réelles ou feintes, ne sont pas absentes.

Selon l’immortelle formule d’un député, dans un raccourci saisissant de l’article 26 de la Constitution, « *Je suis un parlementaire, j’ai le droit de dire n’importe quoi* ». En séance, on est assis, sur des « bancs », en réalité des fauteuils. Le seul exemple de débat debout, à ma connaissance, fut la

tentative de révision de la loi Falloux, en décembre 1993, alors que régnait un « hourvari général » selon le compte rendu.

Qu'ajoute la séance à la commission ? Un lieu, l'hémicycle. Dans ce lieu historique qu'est l'hémicycle d'Alphonse de Gisors, difficile d'oublier les orateurs que l'on a entendus -Charles Lederman, Michel Dreyfus-Schmidt, Etienne Dailly, Maurice Schumann, Edgar Faure...- et même ceux que l'on n'a pas entendus, comme Georges Clemenceau ou Victor Hugo, sénateur de la Seine plaidant, sans succès, en 1876, pour l'amnistie des Communards, dans un « profond silence » ponctué par des « sensations ».

Qui n'est pas sensible à cette présence, qui n'est pas intimidé par l'hémicycle ? Il finit par créer une forme d'addiction qui fait qu'on aime le Parlement.

La séance « publique » est suivie depuis les tribunes -on pense à Jean Santeuil, se retenant d'applaudir au plaidoyer de Jean Jaurès en faveur des Arméniens-, maintenant retransmise à la télévision et retranscrite dans les comptes rendus analytique et intégral.

Pour garantir une vraie publicité, il faudra toujours un compte rendu rapide, complet et objectif. J'ajouterais lisible, rédigé, travaillé, « *selon une opération de discernement et d'analyse* » a écrit Péguy. L'enregistrement n'est pas un compte rendu. Celui-ci rend compte de la physionomie des débats. Péguy, sensible à la décomposition du dreyfusisme et au passage du mystique à la politique, s'est interrogé longuement, en 1903, sur cette « image textuelle » qu'est le compte rendu. En bergsonien, il savait que la séance, dans sa durée, est une réalité mouvante et complexe, un jeu de mains, de gestes, d'effets, dont il faut savoir rendre compte, au-delà du *verbatim*.

Les comptes rendus disposent de deux moyens spécifiques : les mouvements de séance, en italique et entre parenthèses, qui sont censés donner une idée de l'atmosphère. Les rendre suppose un peu de discernement, d'objectivité, d'esprit de finesse, avec des gradations subtiles allant de « murmures » à « murmures dubitatifs », voire « marques de scepticisme », « on n'en croit pas un mot sur plusieurs bancs », voire, plus brutal, « on le nie à droite », sans parler de cette notation psychologiquement des plus subtiles : « on fait mine de s'indigner ».

Interviennent aussi les interruptions. Proust, dans *Du côté de Guermantes*, décrit l'effet destructeur des interruptions répétées d'un discours pourtant de bon sens d'un ministre dans le compte rendu publié dans *Le Figaro*. L'interruption est redoutée par l'orateur, qui craint de perdre le fil de son discours, mais c'est aussi le sel du débat, l'acide qui teste la solidité du propos. Elle scande le débat, le résume et l'enrichit.

Victor Hugo, le 8 mars 1871, a démissionné sur le champ en séance parce qu'il était constamment interrompu - ce qui a donné lieu à un mouvement de séance de dix lignes. Jaurès aussi a été interrompu pendant

dix minutes. Là encore, le compte rendu doit faire preuve de discernement : tout ce qui est dit dans l'hémicycle n'a pas vocation à parvenir aux chastes oreilles de la présidence. Et d'un autre côté, ce qui est dit est dit, et souvent à dessein.

En conclusion, il y a une symbiose entre la séance publique, quand elle est vivante, et les comptes rendus. Ceux-ci dépendent de celle-là. La séance a son temps – temps long, temps perdu peut-être, temps précieux, qui permet à chaque parlementaire l'opportunité de participer moins à l'écriture de la loi – le dur principe majoritaire y fait obstacle – qu'aux travaux parlementaires. Reste le danger que Péguy dénonçait déjà en 1903 : l'entre-soi, le décalage, « *la distance qu'il y a du langage parlementaire au langage français* ». Il ajoute : « *les parlementaires font des lois en langage parlementaire ; le peuple les subit en langage français* ». Mais, comme dit Péguy, « *c'est un grand orateur que celui qui se tait* ». (*Applaudissements*)

M. Bernard Cerquiglini, président. – Merci pour cette belle évocation de la séance publique, ce moment de vérité incontournable.

« Les mots de la loi »

par M. Nicolas Molfessis, professeur à l'Université Paris 2

M. Nicolas Molfessis, professeur à l'Université Paris 2 – Les mots de la loi et plus généralement les mots de la loi comptent, pour trois raisons.

D'abord, parce qu'ils permettent l'entendement de la règle, facilitent sa compréhension et sa diffusion. Ils claquent, et ont une dimension mnémotechnique : « en fait de meubles, la possession vaut titre », « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »...

Ensuite, les mots sont toujours le reflet d'une époque. La langue évolue avec son temps : on découvre dans les textes de loi une sédimentation des modes de vie. Aujourd'hui, les jeux autorisés sont le PMU, le poker en ligne ou les paris sportifs ; l'article 1966 du code civil cite « les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps »...

Enfin, les mots sont le support de la science juridique. Ils expriment des concepts qui ont une teneur spécifique. Ils cloisonnent le discours juridique pour en faire inévitablement un discours de spécialistes.

Le législateur contemporain est guidé, dominé par un souci de simplification et de modernisation. C'est l'objectif notamment des lois dites Warsmann, du nom de l'ancien président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, qui visent à améliorer l'accessibilité et l'intelligibilité du droit. On leur doit la disparition de termes tels que l'antichrèse, le colon partiaire, la tradition réelle, ou l'impense. Selon M. Warsmann, « quoiqu'ils puissent faire les délices des spécialistes du droit civil, certains termes ne sont plus aujourd'hui compris par nos concitoyens ».

Ces évolutions se sont appuyées sur des consultations populaires, par exemple via le site internet *Simplifions la loi*, et sur les propositions de la commission de terminologie et de néologie. Ainsi a-t-on toiletté les codes.

Là où le vocabulaire législatif évolue spontanément, progressivement, le législateur contemporain a fait le choix de gommer de façon volontariste les termes passés au nom de l'objectif de simplification du droit et de bonne compréhension des règles.

On ne peut nier l'obsolescence de nombre d'expressions qui figurent dans nos textes. Certaines sont conceptuelles : par exemple, la notion de mort civile a disparu du droit positif depuis plus d'un siècle ; dans ces conditions, le maintien du terme est parfaitement injustifié. D'autres sont sociologiques : les domestiques n'ont plus leur raison d'être dans les textes, même si, par un défaut de vigilance, ils demeurent, avec leurs maîtres, à l'article 1384 du code civil. De même, la période actuelle est à une féminisation qui explique nombre de modifications et de toilettages.

La société française doit ainsi se retrouver dans le langage juridique. S'il devait être en décalage avec le langage courant, le langage du droit risquerait d'induire en erreur : en ce sens, on utilement remplacé « diverti » par « détourné ». Mais y avait-il un motif autre que démagogique pour supprimer le commodat ou le réméré ? Les nostalgiques de la langue classique cherchent d'ailleurs à sauver certaines expressions, comme le Sénat a tenté de le faire en diverses occasion - je pense à « si mieux n'aime », « échoit », « sous seing privé », ou « répétition », laquelle est devenue « restitution ». Quant au bon père de famille, il est menacé d'extinction, car accusé de discrimination. Cette notion s'est pourtant toujours appliquée également aux femmes sans que celles-ci ne protestent... Il serait remplacé par la notion de personne raisonnable, traduction d'un concept du droit anglo-saxon. À quand la mort du créancier chirographaire, remplacé par le créancier ordinaire ?

Cette modernisation comporte assurément des effets pervers, supprimant une dimension historique, une part de l'identité, car les notions du droit sont façonnées par les siècles, les régions, les cultures... La substitution, à des notions juridiques éprouvées, de termes issus du langage commun que l'on estime plus compréhensible, revient à confondre simplification et déjuridicisation. Le « réméré » n'est pas un « rachat » car il

ne contient pas de promesse de rétrocession, l' « antichrèse » n'est pas un « gage ». Les mots du droit ne sont jamais simples. Même d'apparence simple, ils sont complexes. Lisez l'article 1945 du code civil : « Le dépositaire infidèle n'est point admis au dispositif de cession ». Mots simples, règle obscure... Les notions juridiques ont leur signification propre, au point que l'identité apparente n'ait jamais qu'une homonymie : la notion juridique de vie privée n'est pas celle de la perception commune. C'est une question de droit, pas de langage. La solidarité ou la simulation des juristes n'est pas celle des autres. Il y a une illusion d'accessibilité du droit. L'interprétation de termes qui ne sont simples qu'en apparence est toujours nécessaire – même pour la notion de « maison individuelle », qui a donné lieu à casuistique...

Dans le même temps, le législateur contemporain est également habité par le souci de la précision, de la technicité et de l'exhaustivité – objectif parfaitement contraire à celui de la simplification. C'est pourquoi le langage juridique contemporain est par nature névrotique. Je vous renvoie à l'article 524 du code civil, qui fait rire ou pleurer : « Les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination ». Suit une énumération : les animaux attachés à la culture, les ustensiles aratoires, les semences données aux fermiers ou métayers, les pigeons des colombiers, les lapins de garennes, etc. Et le législateur de la fin du XX^{ème} siècle a inséré dans cette liste les poissons des eaux non visées à l'article 402 du code rural...

Les colloques où l'on déplore la dégradation de la langue se succèdent. Il est temps de prendre les choses en main de façon drastique, de discipliner les bonnes intentions qui s'évanouissent toujours à l'heure de tenir la plume. Il faut féliciter la commission du Sénat d'impulser le mouvement (*Applaudissements*)

M. Bernard Cerquiglini, président. – Les mots comptent, en effet : on croit changer un mot et on adopte un concept du droit anglo-saxon...

« La qualité de la loi »
par M. Patrice Gélard, sénateur de Seine-Maritime,
vice-président de la commission des lois du Sénat

M. Patrice Gélard, vice-président de la commission des lois du Sénat. – Les universitaires commentent la liberté de parole, les sénateurs l'exercent. Je suis l'un et l'autre. Je me demande si les élèves passant le Baccalauréat seraient capables de dissenter sur l'article 1382 du code civil tellement il serait difficile de le réécrire. Une nouvelle rédaction entraînerait une remise en cause de toute la jurisprudence. Je ne partage pas l'enthousiasme de M. Molfessis sur les lois de simplification de notre collègue Warsmann, sur lesquelles le Sénat s'est d'ailleurs montré plutôt dubitatif.

M. Nicolas Molfessis. – Si vous avez perçu de l'enthousiasme dans mes propos, c'est que je me suis mal fait comprendre !

M. Patrice Gélard. – Nous sommes donc du même avis.

Faudrait-il réécrire le code civil régulièrement, comme le dictionnaire de l'Académie ? Celle-ci travaille de longues années pour boucler une nouvelle rédaction ; en droit civil il faudrait des siècles.

Qu'est-ce que la loi ? se sont interrogés plusieurs orateurs. Pour tenter une réponse, je commencerai par faire remarquer que l'on ne pourrait tenir un tel colloque en Angleterre : quand Churchill dit que la loi peut tout faire, sauf changer un homme en femme (et encore, ajoutait-il), il employait le terme « *law* », qui a été abusivement traduit par « loi » alors qu'il s'agit du droit. « Loi » se dit « *act* », « *bill* » ou « *statute* ». L'approche anglo-saxonne est fondamentalement différente de la nôtre.

Ce colloque ne concerne que la loi adoptée par le Parlement, mais non les lois constitutionnelles, ni les lois organiques, ni les ordonnances non plus.

Comment apprécier la qualité de la loi ? Par la qualité de l'auteur ? Au théâtre, le nom de l'auteur est une indication pour le spectateur potentiel. S'agissant des propositions de loi ou des amendements, les auteurs, parlementaires, ne bénéficient pas du concours du Secrétariat général du Gouvernement ni du Conseil d'État. Cela entraîne certaines dérives. Du reste, nous sommes les champions d'Europe pour le dépôt d'amendements et de propositions de loi. La réforme de 2008 instaurant les semaines de contrôle et d'initiative parlementaire a renforcé cette tendance.

Les propositions de loi ne sont pas toujours à la hauteur de ce que l'on souhaiterait. Elles sont souvent remplies de dispositions réglementaires,

quand elles ne sont pas des projets de loi déguisés en vue d'échapper au Conseil d'État. Parfois, l'auteur sait que son texte n'aboutira pas. Peu importe, il recherche simplement la publicité. Nous perdons un temps précieux à examiner de tels textes. Parfois, des lobbys sont derrière : on voit alors le même amendement, souvent bien rédigé, défendu de la droite à la gauche...

Le Parlement, lieu où l'on parle, est le lieu de l'oral, non de l'écrit. Notre tradition parlementaire prend racine dans la Convention, dont 80 % des membres étaient avocats. Ils ont organisé le processus parlementaire comme un procès pénal, avec des plaidoiries, s'achevant sur la condamnation ou l'adoption du texte. Dans d'autres pays, la majorité parlementaire travaille beaucoup plus en amont, avec le gouvernement. Résultat, en France, le Parlement travaille beaucoup, examine un nombre considérable d'amendements. Son rôle est plus important qu'il y paraît. J'ai siégé, avec Alain Richard, à la Commission supérieure de codification. La France est le pays qui dispose du plus grand nombre de codes...

Mais j'en viens à l'applicabilité. Pourquoi nos lois sont-elles souvent non appliquées ? Je pense à la dernière loi adoptée sous le gouvernement Jospin qui créait la Fondation pour les études comparatives. Les décrets n'ont jamais été publiés et la deuxième loi Warsmann a purement et simplement abrogé ce texte qui avait été voté à la quasi-unanimité au Parlement !

Parfois, la mauvaise application est affaire d'interprétation. La Cour de cassation s'est longtemps refusé à lire les travaux préparatoires. Elle a ainsi donné un sens contraire à l'intention du législateur à l'article 121-3 du code pénal. Notre collègue Pierre Fauchon a déposé une proposition de loi, la Cour de cassation a persisté. Il a fallu un second texte pour que l'intention du législateur soit enfin respectée.

Dernier problème, certains termes de nos lois sont de mauvaises traductions, lorsque nous imitons des lois étrangères, nous appliquons des conventions rédigées en anglais ou transposons des directives écrites dans un sabir franco-anglais compréhensible des seuls bilingues de naissance.

Le Recteur Prélôt soulignait le rôle du Sénat dans la qualité de la loi. Le Sénat, composé de « sages », prend le temps de la réflexion. Voilà l'utilité du bicamérisme. Dans d'autres pays, comme l'Autriche, la Tchéquie, la Slovaquie, une commission constitutionnelle examine toutes les lois pour vérifier leur conformité à la Constitution, aux conventions, ainsi que leur articulation avec les autres lois. Nous devons nous donner comme objectif de toujours faire la démonstration que lorsque le Sénat est là, la loi est meilleure ! (*Applaudissements*)

M. Bernard Cerquiglini, président. – On ne peut rêver meilleure conclusion. Merci à tous d'avoir supporté mon autoritarisme capricieux.

QUATRIÈME TABLE RONDE « L'ÉCRITURE DE LA LOI FACE AUX MUTATIONS DU TEMPS PRÉSENT »

*Présidence de M. Jean-Pierre Sueur, sénateur du Loiret,
président de la commission des lois du Sénat*



*(De gauche à droite : M. Hugues Portelli, M. Denys de Béchillon,
M. Dominique Rousseau, M. Jean-Pierre Sueur, Mme Esther Benbassa et M. Antoine Prost)*



*(De gauche à droite : M. Hugues Portelli, M. Denys de Béchillon,
M. Dominique Rousseau et M. Jean-Pierre Sueur)*

M. Jean-Pierre Sueur, président. – La table ronde précédente était aux confins de la linguistique et du droit. La quatrième abordera l'écriture de la loi face aux mutations du temps présent. Je salue Antoine Prost, pionnier de l'utilisation des méthodes de la linguistique pour l'analyse politique. L'une de ses premières œuvres marquantes fut une étude des mots des professions de foi des candidats à la députation, au début de la III^{ème} République. M. Prost est également le grand spécialiste de l'histoire de l'éducation.

« Les lois sur l'éducation »

par M. Antoine Prost, professeur émérite à la Sorbonne

M. Antoine Prost, professeur émérite à l'université Paris 4. –

L'article 34 de la Constitution prévoit que seuls les principes fondamentaux, en matière d'enseignement, relèvent de la loi : création des établissements, statut des personnels, régime financier, obligation scolaire corps enseignants sont législatifs, et eux seuls. La grande réforme de l'éducation de 1902 a été faite par décret. La tentation législative apparaît avec Jean Zay sous le Front Populaire, même si un certain nombre de réformes ont alors été faites par voie réglementaire. Sous la IV^{ème} République, quatorze projets de loi ont été élaborés, aucun n'a abouti. Sous la V^{ème} République, hormis l'ordonnance du 6 janvier 1959 sur la scolarité obligatoire jusqu'à 16 ans et la loi Faure de 1968 sur l'enseignement supérieur, toutes les autres réformes, comme celle du bac, ont été prises par décret : collège d'enseignement secondaire, réforme du baccalauréat, nouvelles sections A, B, C, D et E, cycles de l'enseignement supérieur...

Après l'ère gaulliste, un tournant apparaît : la loi Haby de 1975 est suivie par la loi Jospin de 1989, la loi Fillon de 2005 et la loi Peillon l'an dernier. Ces textes regorgent de phrases déclaratives. La loi répond de plus en plus souvent à une volonté d'affichage. L'exposé des motifs pénètre dans la loi. Et comme elle est toujours trop courte, on lui ajoute des rapports annexés – mais ceux-ci se sont heurtés à la censure du Conseil constitutionnel. La loi a une fonction d'affichage, non normative. Les ministres pensent donner plus de poids à leur action. Ainsi la loi Fillon définit-elle le socle commun de connaissances, mais les professeurs du collège Dolto dans le 5^e arrondissement de Paris n'en ont appris l'existence que la veille de la visite de la commission chargée de veiller à son application... Autrement dit, l'efficacité de la voie législative n'est pas garantie !

En revanche, de grandes réformes sont passées sans loi, ainsi des zones d'éducation prioritaire créées par Alain Savary en 1981 : elles existent toujours. L'inflation législative présente des inconvénients réels : surcharge du Parlement, pressions de l'exécutif sur le législatif car le Gouvernement se mettant dans la main du Parlement, il doit faire pression sur ce dernier pour l'inciter à suivre le ministre... Tout cela, alors qu'il aurait pu conduire sa politique sans passer par le législateur !

Ce phénomène entraîne une politisation accrue, source d'instabilité législative - sans parler de l'instabilité des ministres de l'éducation nationale... Sous la V^{ème} République, un seul ministre, Christian Fouchet, est resté en place plus longtemps qu'un enfant à l'école primaire, soit cinq ans. Nous avons connu neuf ou dix ministres depuis 2000. Les lois se succèdent, s'annulant sans fin au fil des alternances. Or l'éducation nationale a besoin de stabilité. Faute de cadre clair, les enseignants sont livrés à eux-mêmes. Ils n'en font qu'à leur tête et ils ont bien raison, mais il en résulte un éparpillement anarchique. De plus, ce recours à la loi est autoparalysant pour les ministres. Les lycéens se sont mobilisés et ont obtenu le retrait de la réforme du baccalauréat dans la loi Fillon. Heureusement, car sinon on n'aurait plus pu réformer le bac sans passer par une loi !

La transformation du discours en loi vide celle-ci de sa fonction normative. Mieux vaut de bons discours à la tribune, suivis d'une action concrète. Edgar Faure, le 24 juillet 1968, fit un discours de deux heures pour exposer avec brio la politique qu'il allait mettre en œuvre. Il a ensuite agi, sans encombrer l'ordre du jour des assemblées par des lois qui auraient été de pures déclarations d'intention. (*Applaudissements*)

M. Jean-Pierre Sueur, président. - Merci pour ce plaidoyer en faveur de la non-loi. Jean Zay, soit dit en passant, a toujours rêvé de faire une grande loi, mais il a mené de grandes réformes sans loi.

« Lois et évolutions sociétales »
par Mme Esther Benbassa, sénatrice du Val-de-Marne,
vice-présidente de la commission des lois du Sénat

Mme Esther Benbassa, sénatrice du Val-de-Marne, vice-présidente de la commission des lois du Sénat. – Une remarque sur le titre de ce colloque d'abord : l'écriture de la loi. Il existe cependant des civilisations où la loi orale prédomine, et des religions également. Belle utopie que de vouloir introduire de l'ordre dans la société en écrivant la loi ! Il y a donc de l'humanité dans cette écriture sèche et dénuée de poésie, impersonnelle.

D'abord enseignante en littérature, j'ai fréquenté une écriture qui vient du plus profond et qui s'adresse au plus profond de l'être. Devenue ensuite professeur d'histoire à l'université, j'ai appris le poids de l'écrit formel. Des chroniques à l'histoire des grands hommes et des grandes guerres, on s'est progressivement intéressé à ceux qui tissent l'histoire sans l'écrire. Quant à la froideur de la loi, sa précision, sa méticulosité mettent le citoyen à distance. Nul n'est censé ignorer la loi, encore faut-il la comprendre. Le citoyen reste souvent dans la position étrangère, extérieure, des personnages Rica et Uzbek des *Lettres Persanes*.

Quelle surprise pour la sénatrice néophyte que j'étais d'entendre un de mes collègues affirmer que la loi n'avait pas à se mettre au diapason de la société ! Je crois quant à moi que la loi ne doit pas résulter de pulsions légiférantes des politiques. Elle ne tombe pas d'en haut, comme une parole divine ou intangible. Pour moi qui viens de la société civile et qui m'intéresse aux questions de droits humains et de libertés individuelles, c'est une évidence. Les élus sont destinataires de lettres de citoyens, d'associations qui nous donnent le pouls de la société.

Si pendant longtemps, on n'osait annoncer son homosexualité à son entourage, aujourd'hui on la revendique, avec les droits afférents : mariage, procréation médicalement assistée. Les descendants d'esclaves exigent la reconnaissance de l'esclavage comme crime contre l'humanité. Les consommateurs de cannabis se battent pour la dépénalisation, les personnes transsexuelles pour la possibilité de changer de sexe et de prénom à l'état civil, sans passer d'abord par une intervention chirurgicale. Les enfants d'immigrés se sont battus contre les contrôles au faciès, les gens du voyage contre le carnet de circulation. Les familles recomposées demandent de nouveaux droits. Cette ébullition sociétale crée une pression sans cesse renouvelée et bouscule le législateur. Chacun entend recevoir satisfaction immédiate des revendications qu'il exprime.

Le législateur saura-t-il conserver la tête froide face à tous ces changements, sans les ignorer ? Comment répondre aux attentes de la société civile, avec ce paradoxe que celle-ci exige que ces évolutions si mouvantes soient gravées dans le marbre ? La loi n'est pas enfermée dans une tour d'ivoire. Le législateur n'est pas un archiviste qui préfère conserver tous les documents dans des boîtes afin que les historiens n'écrivent pas l'histoire. (*Applaudissements*)

M. Jean-Pierre Sueur, président. – Après l'histoire, l'avenir...

« Les évolutions du rôle de la loi »
par M. Dominique Rousseau, professeur à l'Université Paris 1

M. Dominique Rousseau, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Paris 1 Panthéon-Sorbonne Paris I. – La semaine dernière, à un colloque de psychiatres et psychanalystes, je parlais du sujet que j'aurais à traiter aujourd'hui. Pour mes interlocuteurs, la cause était entendue : la loi, droit « dur », va décliner car elle est le domaine des hommes, et que la société est de moins en moins régie par les hommes ; la féminisation de la société entraînera l'avènement d'un droit plus « mou ». Je ne fais pas miens ces propos, je les cite seulement pour vous donner une idée de ce qui se pense et se dit dans d'autres disciplines que le droit !

Comme constitutionnaliste, je reprendrai volontiers en la transposant la formule de Michel Crozier : aujourd'hui, on ne peut plus gouverner la société par la loi. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 définit la loi comme l'expression de la volonté générale. Pourquoi aujourd'hui cette volonté ne pourrait-elle plus s'exprimer par la loi ?

Pour trois raisons. La première est théorique. La loi est faite de mots, or les mots sont polysémiques, ils ne posent pas des normes mais sont des propositions de normes. La volonté générale s'exprime peut-être dans la loi, mais la norme issue de cette volonté générale s'exprime, elle, dans la signification que ceux qui utilisent les mots de la loi donnent à ces mots. En octobre 2010, le Conseil constitutionnel s'est demandé s'il devait contrôler la disposition législative telle que voulue par le législateur ou telle qu'interprétée par la Cour de cassation et le Conseil d'État. Il a jugé que l'interprétation des juges étant ce qui donnait à une disposition législative « sa portée effective », il convenait que son contrôle porte sur l'interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative

La deuxième raison est d'ordre social. La loi a de plus en plus de mal à saisir la société du XXI^{ème} siècle. Jusque-là, la société était « solide », au sens des sociologues : elle reposait sur des corps bien identifiés, représentés par des institutions, et la loi était l'instrument d'un compromis entre des classes sociales et socio-professionnelles, paysans, ouvriers, patrons... À l'inverse, dans les sociétés « fluides » d'aujourd'hui, la loi impersonnelle est en décalage avec la singularité des parcours et des situations. C'est pourquoi François Mitterrand pouvait parler de « *la force injuste de la loi* », injuste parce qu'elle s'applique indifféremment à des situations différentes

Quel est, par exemple, le bon instrument pour exprimer la volonté générale à propos de la fin de vie ? À propos des embryons congelés quand un couple se sépare ? Arrêter la conservation ? Les donner pour la recherche ? Les donner à un autre couple ? « Nous n'avons voulu mettre à la poubelle ce qui représentait un potentiel de vie ; nous ne pouvions imaginer leur destruction », dit un couple. « Ce sont de petits paquets de cellules tant qu'ils n'ont pas été réimplantés », dit un autre qui a demandé leur destruction. Impossible ici de légiférer. Autre exemple d'actualité : le statut de « beau-parent ». Impossible de concevoir un statut unique car la caractéristique première des familles recomposées est la diversité. Il est rare que la loi, générale et impersonnelle, soit l'instrument pertinent ; il faut des décisions mesurées, adaptées, pragmatiques articulées sur des principes généraux de réflexion contenus dans les déclarations des droits, nationale, européenne et internationale.

Un exemple personnel, si vous le permettez. Dans le cadre de la commission Jospin sur la rénovation de la vie publique, nous avons longuement débattu de l'encadrement des dépenses électorales. Il nous a donc fallu proposer une définition juridique de « dépenses électorales » ; or, après plusieurs heures de débat, nous avons convenu qu'il était préférable de proposer la formule suivante : « *dépenses engagées ou affectées en vue de l'élection* ». Pourquoi ? Parce que la commission a estimé que le juge était mieux placé pour décider au cas par cas ce qu'était une « dépense électorale ». Une définition précise dans un texte de loi serait « décevante » car elle ne permettrait pas de régler de manière certaine l'ensemble des questions de qualification susceptibles de se poser à l'instance de contrôle ; elle présenterait aussi, continue le rapport Jospin, l'inconvénient majeur de figer des solutions. . C'est bien reconnaître que la loi n'est plus l'instrument pertinent pour réguler une société complexe qui attend davantage de la jurisprudence le moyen de s'adapter à l'évolution constante des pratiques.

Enfin, dernière raison, politique. Si la loi exprime peut-être toujours la volonté générale, la volonté générale se fabrique aujourd'hui en dehors de l'institution où sa fabrique la loi ! La loi intervient de plus en plus pour valider une volonté générale construite ailleurs qu'au Parlement « Grenelle de l'environnement », accord national interprofessionnel négocié par les partenaires sociaux avant d'être élevé au rang de loi, conférences de

consensus sur la récidive... Le régime de fabrication de la volonté générale évolue, il n'est plus monopolisé par le couple gouvernement-majorité parlementaire, il s'ouvre à d'autres acteurs. La loi est - était ? - l'instrument de la démocratie représentative. Aujourd'hui, l'instrument de la démocratie sociale est la négociation collective et l'instrument de la démocratie participative les conférences de citoyens. Il convient de rompre avec le modèle du XIX^{ème} siècle, en finir avec les accommodages du XX^{ème} siècle et inventer un système politique conciliant ces trois exigences - représentation politique, négociation collective, intervention des citoyens - pour produire un instrument juridique de régulation adaptée à notre société comme la loi a pu l'être à la société d'autrefois.

Si la loi peut encore avoir un rôle, le législateur doit se souvenir du conseil de Portalis : « *l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions* ». Sage vision que celle qui invite à mettre seulement dans la loi les principes généraux dans lesquels une société pourra se réfléchir, c'est-à-dire, se voir, se penser, se critiquer et s'adapter ! (*Applaudissements*)

M. Jean-Pierre Sueur, président. - Quelle ne fut pas ma surprise de recevoir une demande d'audience du Conseil d'État, qui voulait m'entendre sur le « droit souple ». Expression contradictoire, presque un oxymore ! Le droit souple n'est pas le droit mou, il ne correspond pas à un dépérissement, mais traduit une vision plus large, plus riche.

« Lois et prospective »

*par M. Hugues Portelli, sénateur du Val d'Oise
et membre de la commission des lois du Sénat*

M. Hugues Portelli, sénateur du Val d'Oise, membre de la commission des lois du Sénat. - Étant à la fois universitaire et parlementaire, mon statut d'observateur participant - me rend souvent dubitatif devant la façon dont le Parlement travaille.

Je ne vous parlerai que du droit constitutionnel français. Le code civil rappelle dans l'article 2 que la loi ne dispose que pour l'avenir. Rien sur la prospective, il ne s'agit que d'interdire la rétroactivité des lois. La loi, du reste, refuse la prospective : elle appartient plus au domaine de la certitude qu'à celui de l'hypothèse. Néanmoins, surtout depuis la révision constitutionnelle de 2008, certains types de lois comportent des éléments de prospective.

La plupart des lois votées n'ont pas de dimension prospective. C'est d'abord le cas des lois qui abrogent, à chaque alternance, le travail législatif de la précédente majorité. C'est aussi le cas des lois qui réagissent, à l'actualité, à des problèmes ponctuels, notamment en matière pénale. Sous le gouvernement Rocard, on s'est inquiété pour la première fois d'évaluer le travail législatif en cours. Il est apparu que nombre de lois votées dupliquaient des lois qui existaient déjà et qui étaient simplement remises au goût du jour ! Il y a aussi les lois qui ne s'appliquent pas, faute de décrets d'application - les élus locaux le savent bien, cela est fréquent, en matière d'urbanisme ou d'aménagement par exemple.

La loi-cadre d'Edgar Faure sur l'enseignement supérieur n'a jamais été appliquée - tous les gouvernements qui ont suivi se sont ingéniés à la démonter, pan après pan, en toute quiétude, en adoptant des textes réglementaires qui la contredisaient. Elle n'a donc jamais été mise en œuvre.

Enfin, la grande majorité des lois sont inapplicables faute de moyens financiers et humains pour les mettre en œuvre. Ce sera le cas de la loi pénale dont nous allons bientôt débattre, car pour développer les alternatives à la prison, il faut des équipements, des structures, du personnel... *Idem* pour une bonne partie des lois pénales votées entre 2007 et 2012. La loi instaurant le contrat première embauche était manifestement contraire aux conventions de l'Organisation internationale du travail, car l'entretien préalable au licenciement disparaissait : elle était juridiquement inapplicable. Qu'à cela ne tienne, la majorité avait ordre de voter la loi. Celle-ci ne survécut pas à un simple conseil de prudhommes...

Existe-t-il malgré tout des dimensions prospectives dans certaines lois ? Oui. Depuis 2008, la loi comporte une étude d'impact. Mais celle-ci n'est pas encore au point : il faudrait déjà évaluer la loi qui est modifiée, or ses décrets d'application, souvent, n'ont pas encore été pris ! Dans le cas de figure idéal - peu fréquent -, le Parlement a le droit de demander au Conseil constitutionnel de constater que l'étude d'impact n'est pas satisfaisante et de renvoyer le texte. Le Sénat l'a osé mais le Conseil constitutionnel ne l'a pas suivi.

Deuxième cas de lois intégrant la prospective : les lois de programmation. Mais les vraies lois de programmation, assorties d'échéances et de mesures précises, sont de plus en plus rares. Les lois de programmation militaire fixent des échéances de plus en plus lointaines, cinq, six, sept ans. L'horizon est incertain et le contenu glissant... jusqu'à la loi de programmation militaire suivante ! La technique prospective a de moins en moins de sens à mesure que le décideur - Bercy - gèle les crédits ou pose son veto. Les autorisations de programme se heurtent aux dures réalités du budget.

Troisième cas, la prospective utilisée comme principe de précaution, lorsque la loi se fixe elle-même des bornes et prévoit une validité à durée limitée. C'est le cas des lois sur la bioéthique. Le législateur prend son temps, prévoit de revenir sur le sujet, renvoie au législateur futur en estimant qu'il pourra faire mieux ou différemment, s'en remet à l'évolution des mœurs et de la recherche. Le Conseil constitutionnel soutient cette démarche qui lui évite de prendre position.

C'est dans cet esprit que la commission Veil -j'en rends hommage à Simone Veil- a refusé de réécrire le préambule de la Constitution lorsque Nicolas Sarkozy le lui a demandé, préférant que cette tâche soit laissée au juge, qu'il soit européen ou national, juge constitutionnel, administratif ou judiciaire, car les principes fondamentaux sont évolutifs. Or c'est le juge, non le législateur, qui a le meilleur poste d'observation sur les changements de société.

La prospective n'est donc pas l'apanage du législateur et elle l'est d'autant moins que l'initiative des lois appartient pour l'essentiel au gouvernement, c'est-à-dire à l'organe chargé de l'action au quotidien. (*Applaudissements*)

« Les lois du futur »

par M. Denys de Béchillon, professeur à l'Université de Pau

M. Denys de Béchillon, professeur à l'université de Pau. – Je me suis moi aussi toujours félicité que la commission Veil, auquel j'appartenais, ait décidé de ne proposer aucune modification du Préambule de la Constitution. Je crois que nous avons été très judicieusement prudents, et que l'intérêt général ne s'en est que mieux porté. Je ferme cette parenthèse.

Je me suis d'abord réjoui de traiter devant vous le sujet des « lois du futur ». Ce n'est que dans un second temps que j'ai mesuré toute l'ambivalence de cet intitulé. Faut-il traiter du futur souhaitable ou du futur probable ? Je ne sais. Je parlerai donc des deux, quitte à maintenir une ambivalence de cet ordre dans certains aspects de mon propos...

1) Notons déjà que certaines lois du futur pourraient (et gagneraient à) ne pas exister. Par exemple, il pourrait y avoir un avantage politique à donner une valeur législative automatique, sans ratification du Parlement, à certaines conventions collectives très majoritaires (sous réserve de revoir les critères de représentativité) négociées entre partenaires sociaux. L'octroi d'une telle responsabilité pourrait faire mûrir le syndicalisme français, que nous critiquons tant en ces jours de détresse ferroviaire. Cette idée avait

germé il y a quelques années, mais je n'ai pas l'impression qu'elle ait pu prospérer. Il est vrai que, en France, une telle délégation intégrale, un tel dessaisissement du Parlement, risquent d'être vécus comme une sorte de castration par les députés et les sénateurs. On comprend donc bien pourquoi il est tellement difficile d'avancer dans ce registre. Mais c'est infiniment dommage. Nous avons besoin de syndicats forts et responsables. Ils ne sont bien souvent ni l'un ni l'autre, et c'est bien dommage. Il y aurait là une très bonne manière de faire avancer la société française vers une culture du compromis utile...

2) Les lois du futur rêvé seraient faites pour des raisons autres que discursives, gesticulatoires, symboliques. La nomolâtrie moderne est malheureusement devenue synonyme de volontarisme. On ne sait pas exister au pouvoir autrement qu'en prenant des textes. Et la pente est forte. Elle s'aggrave d'ailleurs d'heure en heure, et ce pour une raison simple : les marges de manœuvre du politique se réduisent drastiquement, ne serait-ce que pour des raisons budgétaires. Et puis, si j'ose dire, le réel résiste... Il reste donc l'imaginaire... Cette impuissance publique — puisque c'est de cela qu'il s'agit — pousse paradoxalement à multiplier les lois, surtout dans les domaines où cela ne coûte pas cher, comme le domaine institutionnel. Faire une « grande loi » sur les questions institutionnelles (comme d'ailleurs sur les « grandes » questions de société), c'est souvent aussi une façon de détourner l'attention... D'autant que dans chaque Français sommeille un constitutionnaliste, un spécialiste des institutions et des collectivités territoriales, un expert en éducation, etc. La mobilisation est très vite générale. Et il n'y a pas de connotation politique dans mon propos : gauche et droite sont affligées du même mal d'hyperréactivité. Guy Carcassonne déplorait que l'agenda parlementaire soit déterminé au journal télévisé de 20 heures. Il avait infiniment raison. C'est catastrophique. L'idée de faire une loi sur les chiens dangereux parce qu'un enfant s'est fait mordre est une mauvaise idée, surtout si cela empêche de prendre le temps de se demander sérieusement, c'est-à-dire avec une compétence qui ne peut pas être seulement celle du sens commun, ce que c'est qu'un chien dangereux et ce qui peut faire qu'il l'est ou le devient...

3) Faire précéder la loi d'études d'impact ? Nous avons envisagé au sein du Comité Balladur qu'une loi soit réputée inconstitutionnelle si son impact n'était pas évalué. Je ne suis plus très sûr que ce soit nécessairement et toujours une bonne idée — elle a au demeurant été abandonnée en cours de route. Il faudrait déjà que l'impact puisse être connu. Or ce n'est pas toujours le cas. Au mieux, on peut faire du droit comparé, et encore... Parfois, on ignore, tout simplement, ce que sera l'incidence d'une disposition. Prenez par exemple la rétention de sûreté, qui peut être prononcée à l'issue des très longues peines. Personne ne sait vraiment ce que ça donnera. Et les experts, dira-t-on ? Dieu sait que je suis favorable à ce qu'on les consulte le plus possible. Mais il faut aussi en savoir la limite. Il y a maints domaines dans lesquels ne sont *jamaïs* d'accord, et n'ouvrent que sur

perspectives indécidables ! Voyez les prédictions concernant les enfants adoptés par des couples homosexuels. Certains mettent en garde contre la perspective d'un effondrement psychique des enfants ; d'autres font remarquer que des adoptions par des homosexuels existent déjà et se passent très bien et que, par ailleurs, la plasticité des êtres humains au cours de leur évolution sociologique n'est pas une vue de l'esprit... J'ajouterai que les très mauvais parents hétérosexuels sont en tout état de cause très nombreux, très destructifs pour la santé mentale de leur progéniture, et que le phénomène ne donne lieu à aucune excitation particulière. Fort heureusement d'ailleurs, parce qu'une loi sur les bons parents... Bref. L'inconnu le demeure bien souvent. Il ne reste donc que la prudence, cette vertu des anciens que nous pratiquons si peu, et ce que j'appelle par antiphrase principe de précaution juridique, lequel justifie que l'on en se mêle d'interdire quelque chose, dans le mouvement de la société, que lorsque l'on est à peu près sûr qu'elle soit objectivement nuisible. Cela redonnerait, je crois, beaucoup de sens à la liberté.

4) Informer le législateur. On tend de plus en plus à vouloir protéger les parlementaires de toute influence extérieure par une sorte de sanctuarisation : on veut les mettre sous cloche, les préserver de tout lobbying, interdire le cumul des mandats mais aussi le cumul d'exercices professionnels... Je ne suis pas persuadé que ce soit une aussi bonne idée que cela. Nous allons avoir une classe de parlementaires incroyablement homogène (et comme tel très mal adaptée. Plus vont aller les choses, plus le « métier » de parlementaire ainsi défini et corseté ne sera attirant — sauf exception — que pour les ressortissants de classes socioprofessionnelles étroitement typées. On verra de plus en plus de fonctionnaires, d'employés, et de moins en moins de tenants des professions libérales et encore moins de représentants de l'encadrement supérieur des entreprises. Ne seront attirés par la vie parlementaire que ceux pour qui la mandature aura le sens d'une carrière en soi. Cela conduira à une réduction drastique de leur diversité (d'habitus, d'expérience, de culture, etc.). Dieu sait pourtant qu'elle n'est pas nuisible pour légiférer. et pas seulement en matière économique... Ajoutez à cela que nos professionnels de la loi ainsi sélectionnés seront astreints à une discipline féroce et très stérilisante. Ils auront besoin de conserver l'investiture de leur parti pour pouvoir de faire réélire (et ils auront évidemment un besoin de plus en plus vital de se faire réélire puisque leur projet de carrière professionnelle sera de plus en plus fondamentalement parlementaire), ce qui les disciplinera à l'excès. Voilà qui ne contribuera pas à les rendre apte au compromis, là non plus... Et puis, ils ne seront pas forcément plus présents au Parlement : se faire aimer de ses électeurs lorsque l'on ne dispose plus des leviers du pouvoir local, ce n'est pas si facile. Il faut donc se promener beaucoup dans sa circonscription.... Je ne voudrais pas jouer les Cassandre, mais j'observe que le risque est là d'une certaine fermeture et d'une insuffisante exposition au monde.

Peut-on compenser ce phénomène en apportant une information extérieure aux parlementaires ? Encore faut-il que l'on ne tende pas dans l'autre sens. Or c'est ce qu'on fait beaucoup. La suspicion pèse de plus en plus. L'expertise sollicitée par le Parlement, c'est très bien. Mais l'information spontanément remontée par les acteurs vers le Parlement, c'est très bien aussi. Or on la craint comme la peste. Je trouve que c'est dommage, parce que l'on perd une chance de comprendre mieux le monde réel et ses besoins. Mieux vaudrait se réserver plus et mieux la possibilité d'accepter une forme de lobbying, très contrôlé bien sûr, pour qu'il ne soit pas trop manipulateur, que l'on chercherait à rendre vertueux dans sa dimension informationnelle.

M. Jean-Pierre Sueur, président. - Je vous interromps. Nous entendons en audition toutes les parties à chaque fois que nous étudions un projet de loi. Pour ne pas citer uniquement le Sénat, je vous indique qu'il y a eu 300 auditions à l'Assemblée nationale sur la loi pénale !

Les amendements provenant des lobbies sont regrettables, on les reconnaît du reste aisément. Mais nous écoutons tout le monde. Et pour avoir le temps de rencontrer toutes les parties prenantes, aller sur le terrain, mieux vaut ne pas cumuler les mandats...

M. Denys de Béchillon, professeur à l'université de Pau. - Je comprends bien ce propos, mais vous me permettez de maintenir ce léger désaccord pour l'ensemble des raisons que j'ai dites.

Quoi qu'il ne soit, je conclus d'un mot en synthétisant la dernière idée que j'aurais souhaité développer si nous avions eu un peu plus de temps : la loi idéale à mes yeux serait faite à l'issue d'un travail de préparation long, approfondi, qui se laisse la possibilité de revenir sur le texte à la lumière de l'expérience : c'est la loi Kouchner, la loi Leonetti. Je crains malheureusement que ce bon modèle ne se réalise que très rarement. Et que c'est bien dommage. (*Applaudissements*)

**CONCLUSION PAR
MME CHRISTIANE TAUBIRA,
GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE**



Mme Christiane TAUBIRA, garde des Sceaux, ministre de la Justice

M. Jean-Pierre Sueur, président. – Je salue Mme Christiane Taubira, qui nous fait l'honneur de venir conclure ce colloque. Au cours de ces vingt-sept exposés, nous avons eu beaucoup d'éclairages sur l'écriture de la loi, cet acte singulier. Nous avons entendu des juristes, des historiens, des linguistes. Au départ, la loi, c'est un hémicycle, un débat, un discours. C'est ce qu'a voulu la République pour faire la norme. Cette œuvre, humainement faite, est vivante, avec ses nombreuses étapes, ses multiples lectures. C'est avec passion que nous façonnons cet ouvrage collectif. J'aime le Parlement, je ne supporte pas que les sièges soient vides, quand nous avons la chance d'écrire la loi !

L'oral devient de l'écrit : le compte rendu analytique nous fait vivre la séance dans son oralité. Il est heureux que certains acteurs de la politique s'évertuent à parler. Il y a une passion liée au verbe : il est parfois assommant d'entendre lire des textes écrits.

Certains ont l'art de la poétique, la passion de l'explication, de la défense de l'argument, et ne manquent pas de citer les poètes : « les hommes sont faits de maïs, ils sont aussi faits de mots » dit Asturias. C'est le portrait de Mme Taubira que je fais ainsi. J'invite Mme la Garde des sceaux à venir conclure nos travaux.

Mme Christiane Taubira, garde des Sceaux, ministre de la Justice. – Il serait discourtois de ma part de venir conclure vos travaux, n'y ayant pas assisté. J'espérais pourtant, avec gourmandise, me libérer pour vous entendre ; à défaut, je lirai vos interventions...

Je vous propose une conversation, quelques réflexions qui n'ont rien de savant. Commençons par deux questions. La première : la loi commence-t-elle par l'écriture ? Certes non : venant du Sud, je suis habitée par ces sociétés de tradition orale, où l'autorité et la règle sont pourtant respectées par tous.

Deuxième question : l'écriture commence-t-elle par la loi ? L'écriture emprunte-t-elle pour se développer d'autres voies que la loi ? Ce n'est pas si sûr. La brochure du présent colloque est illustrée par le préambule du code d'Hammurabi, roi de Babylone qui affirmait vouloir éviter que le fort puisse nuire au faible, choisissant de faire primer le droit sur la force. Les grands textes religieux ou pré-religieux énoncent des lois, des règles. Dans l'Inde ancienne, le Mahâbhârata, poème épique, contient une présentation précise du droit de la guerre et du droit de la famille.

Quelle est la matière de la loi ? Se dissocie-t-elle de sa forme, ou l'une est-elle assujettie à l'autre ? Victor Hugo disait que « le fond, c'est la forme qui remonte à la surface ». Le législateur sait bien combien forme et fond sont liés.

La loi reste une œuvre collective, au stade de la délibération parlementaire mais elle l'est aussi au stade de l'écriture. Pour préparer la réforme pénale, j'ai mis en œuvre la conférence de consensus, rassemblant de fortes personnalités, aux expériences diverses, qui ont su échanger et dresser un état des savoirs sur la prévention de la récidive. Ce fut une expérience féconde, bien que frustrante tant il peut être grisant d'écrire la loi soi-même. Or, la loi relève des règles générales, impersonnelles, destinées à servir à tous. À céder la plume à d'autres, je me suis découvert un sens du sacrifice dont je ne me savais pas capable ; sacrifice exaltant, du reste, car l'aventure individuelle se transforme alors en aventure collective.

Les règles que nous élaborons viennent parfois de loin et je ne crois pas que le droit positif ait jamais définitivement exilé le droit coutumier. L'écriture de la loi se trouve à la confluence de la culture, de la tradition, du droit, de l'histoire, de la langue, de la conception du monde. Ne cherchons pas à échapper à ces influences multiples. La loi s'écrit à un moment donné, dans un contexte donné. Édouard Glissant revendiquait d'écrire « en

présence de toutes les langues du monde ». Comme lui, nous écrivons en présence de tous les droits du monde, à commencer par le droit européen.

À chaque loi, nous poursuivons la construction d'une vie commune à partir de règles reconnues par tous et qui continuent de tisser le contrat social. Il y a là un enjeu politique et culturel. Au risque de retourner le couteau dans la plaie, cher président Sueur, j'évoquerai l'écriture du code civil...

De 1793 à 1796, Cambacérès a présenté aux assemblées révolutionnaires trois propositions de code civil. Échec. Finalement, en 1800, le consul de France à vie - c'était alors une grande période démocratique ! - Napoléon Bonaparte a mis en place une commission de juristes comprenant Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu, Maleville, emmenés par Cambacérès. Leur travail a été soumis aux tribunaux, puis le corps législatif l'a voté, le Sénat conservateur n'ayant même pas été consulté. Voilà comment quelques juristes ont fait une œuvre qui demeure, 200 ans plus tard.

M. Jean-Pierre Sueur, président. - Mme la ministre fait discrètement allusion à une divergence entre l'Assemblée nationale et le Sénat. Le Sénat s'est opposé à la réécriture par ordonnance d'un cinquième du code civil, à savoir le droit des contrats. Mme Taubira a plaidé brillamment et a été suivie par les députés. La CMP a échoué. Nous en sommes là.

Mme Christiane Taubira, garde des Sceaux, ministre de la Justice. - Modifier un quart ou un tiers du code civil par ordonnances, ce n'est pas simple. Nous disposons cependant des travaux de qualité menés depuis une dizaine d'années par de grands experts, universitaires, parlementaires. Notre travail se borne à actualiser le code civil, singulièrement le droit des contrats, pour tenir compte de la jurisprudence. J'ai pris soin de rédiger des projets d'ordonnances que j'ai soumis très en amont aux présidents des commissions des lois. Cela aussi est une pratique inédite.

M. Jean-Pierre Sueur, président. - Nous vous avons lue !

Mme Christiane Taubira, garde des Sceaux, ministre de la Justice. - J'ai exposé les principes sur lesquels je fonde mes propositions d'actualisation : essentiellement, il s'agit d'intégrer la jurisprudence accumulée depuis 210 ans, aujourd'hui dispersée. Les contrats font désormais partie du quotidien non seulement des multinationales mais aussi de tous les citoyens. L'enjeu est d'en améliorer la sécurité juridique. Mais nous pouvons aussi choisir de préserver le marbre immaculé du code civil de Portalis... N'oublions pas que derrière la rédaction du code civil se posaient des enjeux de pouvoir. Le Tribunat, qui avait émis des réserves, a été épuré et finalement éliminé ; aujourd'hui encore, il y a des enjeux de pouvoir dans l'écriture de la loi. L'écriture et l'adoption de la loi sont une responsabilité

politique et démocratique. Le législateur doit avoir le dernier mot. Il gagne à recourir au savoir et à la technicité des sachant, mais il ne doit pas se laisser dépouiller de sa responsabilité dont il doit « répondre » devant le citoyen. Les techniciens qui n'ont pas la légitimité démocratique gagneront du terrain si nous leur cédon, si nous n'occupons pas ce champ. Il faut trouver la bonne alchimie entre ces sachant, ces experts de la norme, et l'autre savoir, celui que tiennent les politiques, de la longue fréquentation de la société.

Pendant dix ans, la loi a été écrite sous pression, dans l'urgence, la précipitation. Nous refusons de nous laisser dicter le calendrier par l'émotion, par l'humeur publique suscitée par un fait divers ou une tragédie. Il faut laisser reposer les passions pour légiférer à froid, en en appelant à l'intelligence collective. Derrière la loi, il y a une vision de l'ordre, de la norme. Il est bon que, afin d'embrasser toute la complexité de l'attente sociale, le législateur vagabonde dans l'univers de la poésie, de la littérature, de la philosophie, car c'est un univers de vie. Ensuite, il doit s'en extraire à nouveau, mais je ne crois pas à l'étanchéité entre la langue et le droit.

Les mots donnent lieu à des querelles, qui peuvent sembler microcholines. J'ai souvenir de l'Assemblée nationale, où nous avons discuté deux heures à propos du mot « prépondérant ». Au Sénat, nous avons eu une longue discussion sur « le moindre doute ». Le doute est-il un concept absolu ? Dans une loi sur la procédure de révision des condamnations pénales, le législateur a voulu qualifier le doute, car dans cette longue trajectoire qui va de la Révolution à la loi Sapin de 1989, la question de l'erreur judiciaire est constante. Il s'agit de trouver un chemin, entre la lutte contre l'erreur judiciaire et l'autorité de la chose jugée. Le procès pénal doit conserver sa fonction d'apaisement de la société. Pourtant, depuis la loi Sapin de 1989, qui a rendu recevables les requêtes en révision fondées sur le doute, seules neuf révisions ont été engagées. Comment exprimer la volonté du législateur pour que la révision ne soit pas réservée à la certitude de l'innocence ? Comment autrement qu'en insistant sur le moindre doute ?

Wittgenstein définit la philosophie comme le combat contre l'ensorcellement de notre entendement par les ressources du langage. Pour écrire, il faut retrouve l'âme des mots, la grammaire des profondeurs, contre la grammaire des surfaces.

M. Jean-Pierre Sueur, président. – La réflexion sur la grammaire des profondeurs et la grammaire des surfaces est très actuelle. Chomsky a fondé toute sa théorie sur les structures de surface et les structures de profondeur. Merci à tous les intervenants. (*Applaudissements*)

*

* *

DEUXIÈME PARTIE TEXTES INTÉGRAUX D'INTERVENTIONS FAITES LORS DU COLLOQUE

*M. Jean-Marc Sauvé,
vice-président du Conseil d'Etat*

« Le Conseil d'Etat et l'écriture de la loi »

L'écriture du droit a pu être présentée, s'agissant du travail d'interprétation et d'argumentation propre au juge, comme la rédaction d'un « roman à la chaîne »¹. De même, l'écriture de la loi s'apparente à une œuvre séquencée et collective ou, pour reprendre l'intitulé de cette table ronde, à un « processus collégial », qui ne doit rien à l'esthétique hasardeuse du cadavre exquis, ni à celle, vertigineuse, du palimpseste. Si, en dernier lieu, le Parlement « vote la loi »², plusieurs acteurs concourent à son élaboration, parmi lesquels figure le Conseil d'État, au titre de sa fonction consultative.

L'écriture de la loi et, partant, l'exercice de cette fonction consultative, la plus ancienne³ et, cependant, la plus discrète de cette institution, ont été profondément transformés par l'essor du contrôle de constitutionnalité des lois depuis la décision du 16 juillet 1971 *Liberté d'association*⁴ et la révision constitutionnelle de 1974⁵, - dont l'aboutissement a été l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 -, puis par l'émergence du contrôle de conventionnalité à compter de l'arrêt Nicolo⁶. Il faut être clair : le surgissement d'une hiérarchie des normes devenue effective et, par suite, pleinement respectée dans les années 70 et 80 du XX^{ème} siècle est à l'origine du renouveau et même de la

¹ R. Dworkin, *L'empire du droit*, 1986, trad. française 1994, Paris, PUF, p. 251-252 : « Dans cette entreprise, un groupe de romanciers écrit un roman chacun à son tour : chaque romancier de la chaîne interprète les chapitres qu'il a reçus pour écrire un nouveau chapitre, qui vient alors s'ajouter à ce que reçoit le romancier suivant, et ainsi de suite »

² Art. 24 de la Constitution dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008, la rédaction antérieure figurant au premier alinéa de l'article 34 : « La loi est votée par le Parlement ».

³ Art. 52 de la Constitution du 22 frimaire An VIII : « Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».

⁴ Cons. Constit. 16 juillet 1971, n°71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*.

⁵ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution.

⁶ CE, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, Rec. 190, GAJA n°90, 19^e éd., p. 653.

refondation de la fonction consultative du Conseil d'État à laquelle celui-ci consacre un tiers de ses ressources humaines et qui, me semble-t-il, aurait irrémédiablement déperî sans le défi majeur que représente le respect de la Constitution, comme du droit européen et international. Si le Conseil d'État a accompagné cette évolution, voire l'a en partie inspirée, chacun mesure qu'il s'est inscrit dans un mouvement tectonique le dépassant largement. Dans ce contexte, son « rôle législatif »¹ n'a évidemment pas pour effet de porter atteinte aux prérogatives du Parlement ou d'amoindrir son influence au cours du processus législatif², mais bien plutôt d'éclairer, de sécuriser et de nourrir ses délibérations. En conférant toute leur portée aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes, mais aussi aux obligations - au premier chef constitutionnelles - se rapportant à la législation déléguée et à la présentation des projets de loi, en particulier celles issues de la révision du 23 juillet 2008, le Conseil d'État veille, dans le respect des équilibres institutionnels, à ce que, par le truchement du Gouvernement, les membres du Parlement disposent de l'information la plus précise, la plus complète et la plus sincère pour l'exercice de leurs attributions.

*
* *

I. La contribution du Conseil d'État à l'écriture de la loi intervient en aval des procédures administratives et en amont de celles qui sont proprement législatives. Elle est devenue, sous la Vème République, une garantie essentielle de la qualité des textes transmis au Parlement (A) grâce à la nature et à la portée des avis rendus (B).

¹ Renaud Denoix de Saint Marc, « Le rôle du Conseil d'État dans la préparation et l'application des lois », Revue de jurisprudence commerciale, 1997, p. 174.

² Le développement actuel de la fonction consultative du Conseil d'État n'a ainsi rien à voir avec celui qu'elle a connu, au XIXe et XXe siècles, sous des régimes autoritaires, voir sur ce point, Guy Braibant, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in Mélanges René Chapus, p. 92.

A. Le Conseil d'État participe, par sa fonction consultative, à la « confection des lois »¹, nous dit le code de justice administrative, en vertu d'une exigence devenue² constitutionnelle³ en 1958, alors que son intervention n'était, faut-il le rappeler, que facultative et parcimonieuse sous la III^{ème} République⁴ et n'est devenue obligatoire qu'avec l'ordonnance du 31 juillet 1945. Au regard de cet ancrage constitutionnel, le terme de « consultation » peut paraître réducteur et ne doit pas « induire en erreur »⁵.

Le Conseil d'État ne se borne pas en effet à délivrer un avis favorable ou défavorable sur un projet de texte : il prend l'initiative de l'amender, de l'enrichir, de formuler des propositions alternatives et, *in fine*, de procéder presque toujours à une nouvelle rédaction. En cela, bien qu'il ne le fasse que d'une manière consultative, le Conseil d'État intervient avec l'autorité que lui confèrent son expérience contentieuse et sa connaissance de l'administration. Il contribue, dès lors, à l'écriture de la loi au sens propre - il rédige un nouveau projet de texte - comme au sens fort du terme - ce nouveau texte peut en effet être substantiellement différent de celui dont il a été saisi. Ainsi que le relevait le vice-président Marceau Long, par leur nature, leur modalité et leur portée, « ses avis sont [ainsi] à la frontière de la consultation et de la décision »⁶. J'ajouterais : ils sont au seuil de la décision, mais ils s'arrêtent en-deçà, comme le confirme, pour ma part, une expérience hebdomadaire remontant à près de deux décennies. Avec plus de retenue, le Conseil d'État rend aussi désormais, depuis l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, des avis sur les propositions de loi, avant leur inscription à l'ordre du jour des assemblées, lorsqu'il en est saisi par leur président avec l'accord des auteurs de ces propositions, ce qui s'est produit à 17 reprises depuis 2009. Dès lors que ces textes ont déjà été

¹ Art. L. 112-1 du code de justice administrative, issu de l'art. 21 § 1 à 3 et de l'art. 23 § 1 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, n°45-1708, portant sur le Conseil d'État.

² Voir, en ce qui concerne le passage d'une consultation facultative à une consultation obligatoire du Conseil d'État : Guillaume Drago, « Fonctions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans la confection de la loi », *La confection de la loi*, éd. PUF, 2005, p. 68.

³ Voir, en ce qui concerne la censure par le Conseil constitutionnel d'une loi issue d'un projet substantiellement différent du texte soumis aux formations consultatives du Conseil d'État : CC 3 avril 2003, n°2003-468 DC, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques* ; voir sur ce point : Guillaume Drago, « Fonctions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans la confection de la loi », *La confection de la loi*, éd. PUF, 2005, p. 73 et suivantes.

⁴ Article 8 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État. Voir, en ce qui concerne le caractère parcimonieux des saisines du Conseil d'État au titre de ses fonctions consultatives : Pascale Gonod, « Le Conseil d'État, conseil du Parlement, à propos de l'article 39 alinéa 3 nouveau de la Constitution », RFDA, 2008, p. 871 ; voir également Guy Braibant, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in *Mélange René Chapus*, p. 93 : *Sous la III^{ème} République, « la consultation du Conseil d'État sur les lois n'était que facultative, à l'initiative, d'ailleurs, des chambres comme du gouvernement. En raison de l'hostilité des parlementaires, elle était en réalité très rare – deux ou trois projets par an – malgré le vigoureux combat mené par Laferrière, par la plume et par la parole, pour la développer ».*

⁵ Comme le relevait un ancien président de la section sociale du Conseil d'État : Michel Roux, « La fonction consultative du Conseil d'État », *Revue administrative*, 1999, p. 16.

⁶ Marceau Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », RFDA, n°8, 1992, p. 787.

déposés, le Conseil s'abstient de les réécrire, mais il fournit aux membres du Parlement des éléments d'appréciation sur ces propositions et, chaque fois que c'est utile, des indications pour surmonter les difficultés identifiées. Dans certains cas, il suggère des rédactions aux fins d'explorer des voies de conciliation entre les problèmes qu'il relève et les objectifs poursuivis par les parlementaires. De la même manière, le Conseil d'État répond aux demandes d'avis du Gouvernement qui reprennent les grandes questions que posent certaines propositions de loi. L'exemple le plus fameux est celui de la demande d'avis sur les questions posées par la proposition de loi organique relative aux lois de finances, déposée par MM. Migaud et Lambert¹.

En complément et dans le même esprit, le Conseil d'État répond, à l'instar d'un « bureau d'études juridiques »², aux demandes d'avis présentées par le Premier ministre ou les ministres concernés « sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative »³. Maints exemples de tels avis sont donnés chaque année dans le rapport public : en 2014, le Conseil d'État s'est ainsi prononcé sur les conditions d'une taxation des très hauts revenus, sur l'imputation dans les comptes de campagne des dépenses exposées à l'occasion des élections primaires ou sur l'organisation d'une protection complémentaire collective en matière de santé et de prévoyance. Il peut, en outre, appeler de sa propre initiative « l'attention des pouvoirs publics sur des réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif, qui lui paraissent conformes à l'intérêt général⁴ », ou encore désigner un membre pour « assister [une] administration dans l'élaboration d'un projet de texte déterminé »⁵. Les études récentes sur la sécurité juridique et, en particulier, sur le développement du rescrit et des procédures assimilées ou encore sur la mise en œuvre du principe selon lequel « le silence de l'administration vaut accord » sont très représentatives du rôle qu'il peut être conduit à jouer.

B. Par ses avis consultatifs, le Conseil d'État examine la qualité rédactionnelle (1), la régularité juridique (2) mais aussi ce que l'on nomme, de manière quelque peu amphigourique, l'« opportunité administrative »⁶

¹ *Avis du Conseil d'État, Ass. Générale (section des finances), avis n°365 546, 21 décembre 2000, sur les questions relatives aux conditions dans lesquelles peut être modifiée l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances ; disponible sur le site internet du Conseil d'État : <http://www.conseil-État.fr/media/document//avis/365546.pdf>*

² *Daniel Chabanol, Code de justice administrative, éd. Le Moniteur, 4^{ème} éd., p. 38.*

³ *Selon la formule de l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII reprise à l'article L. 112-2 du code de justice administrative, lui-même issu de l'art. 23 §1 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'État.*

⁴ *Art. L. 112-3 du code de justice administrative, issu de l'art. 24 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'État.*

⁵ *Art. L. 112-4 du code de justice administrative, issu de l'art. 23 § 2 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'État.*

⁶ *Marceau Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », RFDA, n°8, 1992, p. 790.*

des textes qui lui sont soumis (3), dans les délais les plus brefs possibles et en tenant compte du degré d'urgence signalé par le Gouvernement. Encore faut-il qu'il dispose d'un délai d'examen suffisant pour éclairer complètement et utilement le Gouvernement ou le Parlement. Or, paradoxalement, à mesure que le droit et les questions à trancher se complexifient, les délais d'examen des textes ou des demandes d'avis qui lui sont soumis tendent à se réduire pour suivre le rythme trépidant de la vie gouvernementale. En 2013, l'Assemblée générale du Conseil d'État a délibéré sur 52 projets et 6 propositions de loi dans un délai inférieur à deux mois dans 90 % des cas et la Commission permanente a été saisie de 8 projets de loi, dont la moitié a été traitée en moins de 15 jours. Le délai moyen d'examen des textes soumis à l'Assemblée générale – c'est-à-dire la quasi-totalité des projets de loi – est ainsi passé de 2008 à 2013 de 42 à 28 jours après un « plancher » qui s'est établi à 24 jours en 2012. Le même délai oscille selon les années entre 10 et 20 jours pour les projets qui relèvent de la Commission permanente. Au regard de la longueur et de la complexité des textes à examiner, de tels délais apparaissent incompressibles et méritaient d'être rehaussés.

1. S'agissant des critères d'examen, celui de la qualité rédactionnelle des textes ne se limite pas au contrôle de leur correction formelle, ce qui ne va pas de soi compte de l'irrépressible tendance des ministères à produire des rédactions de moins en moins souvent brèves, générales, stables et prescriptives, et de plus en plus longues, techniques, floues, malléables et changeantes. Il s'agit donc, dans ce cadre très particulier, de vérifier qu'aucune ambiguïté sérieuse n'entache les dispositions soumises à l'examen du Conseil d'État et n'est susceptible de porter atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'« accessibilité et d'intelligibilité » de la loi¹. Comme le souligne le Conseil Constitutionnel, cet objectif « qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 impose [au législateur] d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prévenir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives et juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »². Tâche qui se révèle de plus en plus exigeante. S'il arrive que soit critiquée l'obscurité des lois promulguées, il faut mesurer l'effort considérable de clarification et

¹ *Cons. Constit. n°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, cons. 13 ; voir, sur ce point, l'avis défavorable délivré sur certaines dispositions du projet de loi de décentralisation et de réforme de l'action publique, en raison de l'obscurité de la notion de « pôles de compétitivité » ou de l'excessive complexité du « pacte de gouvernance territoriale », Rapport public 2014, p. 197.*

² *Cons. Constit. n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, cons. 9.*

d'amélioration de la qualité des textes poursuivi sans relâche au Conseil d'État, puis dans les assemblées parlementaires.

2. En deuxième lieu, les formations consultatives veillent à la régularité juridique des projets et des propositions de loi. La tâche du Conseil d'État s'est à ce titre sensiblement enrichie, à mesure que les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes sont devenues plus techniques et plus contraignantes : elles excèdent aujourd'hui notablement les questions liées au partage de compétence entre la loi et le règlement¹, la vigilance requise vis-à-vis des incompétences négatives du législateur ou la chasse aux « neutrons » législatifs². La gamme des normes supra-législatives de contrôle s'est en effet élargie et l'examen des marges d'appréciation du législateur s'est complexifié. L'expérience contentieuse du Conseil d'État et, en particulier, sa participation active à un dialogue des juges à l'échelle européenne, lui permettent de prévenir efficacement beaucoup de risques contentieux et, partant, de garantir la sécurité juridique des lois nouvelles. Dans l'exercice de cette mission cruciale, mais non exclusive, de contrôle de la qualité juridique des projets de texte, le Conseil a renoncé depuis longtemps au confort relatif du solipsisme. Ce n'est plus notre propre pensée que nous contemplons, ni à elle seule que nous nous référons. Car notre institution répond de moins en moins à la demande suivante : « Qu'en pense le Conseil d'État ? » Mais bien plutôt à cette question : « Que pense le Conseil d'État de ce que pensera demain de ce texte le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union ? » Cette mise en abyme a profondément transformé notre office et notre vision des projets, comme elle a aussi modifié le travail du Parlement. Bien qu'il ne soit plus maître de l'issue des procédures, le Conseil d'État se garde, dans cet exercice, de sacrifier à une sorte de principe de précaution juridique. Il n'émet d'avis défavorable, qu'il motive avec soin, que si, en l'état de la

¹ *Même si le Conseil constitutionnel, par sa décision n°82-143 DC, du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, ne censure pas les dispositions que le législateur adopte incompétemment dans le domaine du règlement, en dehors de la mise en œuvre des procédures prévues par les articles 37 alinéa 2 et 41 de la Constitution, comme il l'a rappelé dans sa décision 2012-649 DC du 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, cons. 10 : « Si l'article 34 et le premier alinéa de l'article 37 de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, et si l'article 41 et le deuxième alinéa de l'article 37 organisent les procédures spécifiques permettant au Gouvernement d'assurer la protection du domaine réglementaire contre d'éventuels empiètements de la loi, la Constitution n'a pas pour autant entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi ; que, par suite, les requérants ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution ou pour demander que soit déclaré son caractère réglementaire ».*

² *Qui sont contraires à la Constitution, voir Cons. Constit. n° 2005-512 DC précitée, cons. 8 : « Il résulte de [l'article 6 de la Déclaration de 1789] comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ».*

jurisprudence et compte tenu de son orientation, il existe un doute sérieux quant à la constitutionnalité ou la conventionalité d'une disposition. Inversement, il procède de plus en plus souvent à la rédaction de notes par lesquelles il expose les raisons qui l'ont déterminé à donner un avis favorable à une disposition dont il apparaît clairement qu'elle sera ultérieurement contestée, en particulier au regard de la Constitution.

3. Enfin, si le Conseil d'État ne discute pas les choix politiques qui ont inspiré un texte et qui relèvent de la responsabilité du Gouvernement ou du président de l'assemblée parlementaire ayant transmis, avec l'accord de son auteur, une proposition de loi, il « n'a jamais considéré qu'il était contraint de s'en tenir à un avis strictement juridique »¹, comme l'a souligné mon prédécesseur, Renaud Denoix de Saint Marc. Il entre en effet dans son rôle d'apprécier « l'opportunité administrative »² d'un texte et ceci à un double niveau.

D'une part, il vérifie si celui-ci se fonde « correctement dans l'environnement juridique » existant³, en analysant la nécessité de créer un nouveau dispositif et, le cas échéant, son raccordement aux prescriptions déjà applicables et les risques d'atteinte à la sécurité juridique. Il est aussi souvent conduit à recommander, pour des raisons de cohérence, que soient complétés des textes qui font l'impasse sur des dispositions nécessaires au regard des objectifs fixés. À ce titre, quand les dispositions absentes sont brèves et n'imposent pas de choix d'opportunité, le Conseil d'État les rédige lui-même.

D'autre part, sont prises en compte les conditions de la mise en œuvre des textes, ce qui conduit à s'interroger sur l'efficacité des moyens choisis au regard des buts poursuivis et des capacités dont disposent les services administratifs. C'est en ce sens qu'en 2013, ont été estimées « inopportunes »⁴ certaines obligations nouvelles prévues par le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Des dispositions ont également été écartées, pour ce motif, du récent projet de loi sur la biodiversité, le Conseil d'État s'étant interrogé sur la pertinence de la transposition anticipée d'actes de l'Union qui n'avaient pas encore été

¹ Renaud Denoix de Saint Marc, « Le rôle du Conseil d'État dans la préparation et l'application des lois », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1997, p. 178 : « il considère qu'en dehors des choix relevant de la pure opportunité politique, ses avis peuvent se fonder sur ce qu'on pourrait appeler les 'bonnes pratiques législatives' ».

² Marceau Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, n°8, 1992, p. 790.

³ Marceau Long, « Mon expérience de la fonction consultative du Conseil d'État de 1987 à 1995 », *RDP*, n°5/6, 1998, p. 1427.

⁴ Rapport public 2014, p. 171. Ces dispositions concernent la transmission systématique des déclarations d'intérêts de certaines catégories de fonctionnaires à la Commission de déontologie de la fonction publique et la possibilité de demander à cette commission une deuxième délibération sur les demandes de cumul d'activité.

définitivement adoptés et sur les impacts, à ses yeux incertains et mal évalués, d'une partie de ce texte.

L'ampleur des défis de toutes natures auxquels s'exposent celles et ceux qui écrivent la loi conduit parfois certains représentants du pouvoir exécutif à exprimer leur étonnement, voire leur humeur, face à des observations non exclusivement juridiques, mais marquées du sceau d'une certaine prise en considération de l'opportunité. Une telle réaction méconnaît cependant le rôle qui incombe au Conseil d'État dans l'exercice de sa fonction consultative. Elle ignore, en outre, la contribution qu'il peut et doit apporter depuis, en particulier, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

*
* *

II. La contribution du Conseil d'État à l'écriture de la loi s'est en effet enrichie ces dernières années en conférant aux exigences constitutionnelles d'évaluation préalable leur pleine et efficace portée (A) et en veillant scrupuleusement au respect du cadre normatif de la législation déléguée (B).

A. En application des articles 39, 47 et 47-1 de la Constitution et des lois organiques prises pour leur application¹, le Gouvernement est désormais tenu d'assortir d'une évaluation préalable de leurs effets économiques, financiers et sociaux les projets de lois organique, ordinaire et de programmation² mais aussi, selon des modalités particulières, les projets de loi d'habilitation en application de l'article 38 de la Constitution³, les projets de loi tendant à autoriser la ratification ou l'approbation d'un traité ou d'un accord international et, enfin, les projets de loi de finances et de financement de la sécurité sociale. Les formations administratives du Conseil d'État ont

¹ *En ce qui concerne les projets de lois organique, ordinaire, de programmation et celles tendant à autoriser la ratification ou l'approbation d'un traité ou accord international : art. 8 et 11 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution ; en ce qui concerne les lois de finances initiales et rectificatives : art. 51 et 53 de la loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances, modifiés respectivement par la loi organique n° 2012-1403 du 17 décembre 2012 et par la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 ; en ce qui concerne les lois de financement de la sécurité sociale : art. LO 111-4, dans sa rédaction issue de la loi organique n°2012-1403 du 17 décembre 2012.*

² *Hors les projets de loi de programmation des finances publiques, al. 21 de l'art. 34 de la Constitution.*

³ *Voir la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel, CC 9 avril 2009, n°2009-579 DC, § 21 : « Considérant, en premier lieu, que le deuxième alinéa de l'article 11 dispose que les projets de loi tendant à autoriser le Gouvernement à prendre par ordonnances des mesures qui sont normalement du domaine de la loi doivent être accompagnés " des documents visés aux deuxième à septième alinéas et à l'avant-dernier alinéa de l'article 8 " ; que cette disposition ne saurait, sans méconnaître l'article 38 de la Constitution, être interprétée comme imposant au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il entend prendre sur le fondement de l'habilitation qu'il demande pour l'exécution de son programme ».*

donné leur pleine et efficace portée à ces obligations, en précisant leur champ d'application (1) et leur contenu (2), et en exerçant un contrôle attentif des évaluations préalables fournies par le Gouvernement (3). Le Conseil d'État consacre d'ailleurs à ces questions chaque année depuis 2010 un développement particulier dans son rapport public.

1. Le champ d'application de l'obligation constitutionnelle a été précisé dès 2009¹. S'agissant par exemple des projets de loi ayant pour objet la ratification d'une ordonnance, le Conseil d'État vérifie qu'ils ne comportent pas de dispositions nouvelles et, le cas échéant, il rappelle que celles-ci doivent satisfaire aux obligations constitutionnelles, à moins qu'elles ne portent que sur la rectification d'erreurs matérielles ou sur des corrections formelles².

2. Le Conseil d'État veille en outre au caractère complet et suffisant des études d'impact. D'une part, il s'assure qu'elles comportent le résultat des consultations préalablement ou concomitamment menées³, l'ensemble des éléments nécessaires à l'examen du bien-fondé juridique du projet comme, par exemple, les éléments expliquant la méthode de calcul utilisée⁴. D'autre part, il examine le caractère suffisant des études d'impact, en ce qui concerne les effets des règles proposées sur l'ordonnancement juridique⁵, les formalités, démarches et procédures administratives et, plus largement, leurs conséquences financières, économiques et sociales. Ces études qui ont vocation à être renforcées au sein du Gouvernement, notamment en ce qui concerne l'impact des réformes proposées sur les entreprises, doivent être l'un des leviers d'une politique de maîtrise de l'inflation normative et de meilleure qualité de la loi.

3. Selon le degré de gravité des insuffisances relevées, le Conseil d'État invite le Gouvernement à procéder à une régularisation adaptée et proportionnée. Même si l'étude d'impact est pleinement conforme aux exigences constitutionnelles, le Conseil d'État peut estimer qu'elle pourrait être « utilement complétée avant son dépôt devant le Parlement »⁶, afin que ce dernier soit éclairé au mieux. Lorsqu'une étude d'impact est globalement conforme, sans l'être parfaitement, le Conseil d'État indique qu'elle devra être complétée « par des informations de nature à permettre d'apprécier correctement l'incidence de certains aspects du projet de texte examiné »⁷ et

¹ *Rapport public 2010*, pp. 97-98.

² *Rapport public 2010*, p.98.

³ *Rapport public 2010*, p. 98.

⁴ *Rapport public 2013*, p. 182.

⁵ *Rapport public 2014*, pp. 162-163.

⁶ *Rapport public 2011*, p.97.

⁷ *Rapport public 2011*, p. 97.

il précise naturellement lesquelles. Enfin, lorsque l'étude d'impact n'est pas conforme aux exigences constitutionnelles, il indique nettement au Gouvernement la nécessité de procéder à une régularisation avant le dépôt du projet de loi. Il n'est aussi nullement exclu qu'il puisse rejeter le texte dont il est saisi, en raison du caractère totalement lacunaire ou indigent de l'étude d'impact. Toutefois, ce cas de figure ne s'est présenté qu'une seule fois à ce jour en 2009 à propos du projet de loi de ratification d'une ordonnance relative à certaines installations classées pour la protection de l'environnement comportant des dispositions nouvelles dépourvues de toute étude d'impact. Naturellement, si une omission grave est constatée dans cette étude, le Gouvernement peut, de son côté, procéder, à la suite des premières observations du Conseil d'État, à une saisine rectificative et déposer une nouvelle version de cette étude¹.

Ces austères développements ne doivent pas dissimuler que l'évaluation préalable des effets des projets de loi constitue aujourd'hui un enjeu majeur en termes de qualité de la loi et de maîtrise de l'inflation normative. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 relative à la présentation des projets de loi et la loi organique du 15 avril 2009, qui la met en œuvre et qui est entrée en vigueur le 1er septembre de la même année, ont tracé une nouvelle frontière qui doit permettre de mieux légiférer. Si cette réforme n'a assurément pas produit à ce stade tous les fruits escomptés, il revient à tous les acteurs prenant part à l'écriture de la loi de conjuguer leurs efforts pour parvenir à des résultats plus convaincants. Mais il est équitable de reconnaître qu'ils disposent désormais d'une panoplie d'outils pour mieux justifier - et contrôler - le bien-fondé du recours à la loi.

B- Chacun mesure enfin la place considérable qu'occupe désormais la législation déléguée dans notre production législative, comme en témoignent les statistiques des habilitations et des ordonnances publiées, spécialement depuis le début des années 2000. Si la croissance, voire la banalisation, de la législation déléguée a des causes multiples auxquelles il conviendrait de réfléchir plus avant, le Conseil d'État consacre une attention scrupuleuse, au-delà des points de vigilance sur l'écriture de la loi que j'ai évoqués, à plusieurs aspects.

D'abord, la rédaction des lois d'habilitation doit être pleinement conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de telle sorte que soient clairement fixés, au regard des mesures à prendre, le domaine et l'objet de l'habilitation.

¹ Voir par ex. *Rapport public 2013*, p.181.

Ensuite, le respect par le Gouvernement du périmètre de l'habilitation qui lui est imparti donne lieu à une grande vigilance des formations consultatives, aussi bien que contentieuses, du Conseil d'État, les cas de « disjonction » en amont ou d'annulation en aval de dispositions hors champ de ce périmètre n'étant pas du tout rares.

Enfin, fait l'objet d'un contrôle attentif le respect par le Gouvernement de la hiérarchie des normes opposables à des actes qui, aussi longtemps qu'ils n'ont pas été ratifiés, conservent un caractère réglementaire : ce qui implique le respect par les ordonnances des normes supra-législatives, mais aussi des lois en vigueur et des principes généraux du droit. De l'activité consultative à l'activité juridictionnelle, le Conseil d'État exerce donc un contrôle peu visible, mais très rigoureux sur les ordonnances en projet ou signées.

*

* *

Par ses attributions consultatives, le Conseil d'État fait ainsi plus que donner des avis, réécrire des projets de texte ou vérifier l'existence formelle d'une étude d'impact. Il assume en réalité, qu'il soit saisi de projets ou de propositions de loi ou de projets d'ordonnance un « triple rôle de régulateur, de contrôleur et de réformateur »¹ dans les limites de son office et au service de l'ensemble des pouvoirs publics.

¹ Guy Braibant, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in Mélanges René Chapus, p. 102.

*M. Marc Guillaume,
secrétaire général du Conseil constitutionnel*

« Le secrétariat général du Gouvernement et l'écriture de la loi »¹

Analyser les rôles respectifs du Secrétariat général du Gouvernement, du Conseil d'État et du Parlement dans l'écriture de la loi est naturel. Chacun est alors au cœur de sa mission propre. Procéder à la même analyse pour le Conseil constitutionnel est moins évident : le Conseil constitutionnel ne participe pas à l'écriture de la loi.

Si l'on veut chercher une exception à cette règle, on peut la trouver dans la rectification d'une disposition législative à laquelle le Conseil constitutionnel procède par voie de conséquence d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Cette jurisprudence est rare mais le Conseil y a eu recours une demi-douzaine de fois. La première fois c'était en 2009 quand, à la suite d'une censure, il a corrigé des renvois entre alinéas d'article. Pour la première fois, il a alors dérogé à l'adage du Doyen Vedel selon lequel le Conseil a la gomme mais n'a pas le crayon (n° 2009-588 DC du 6 août 2009).

Après cette première participation très modeste, à l'écriture de la loi, le Conseil constitutionnel s'est un peu enhardi. Il a procédé aux remplacements d'une virgule par le mot « et » (n° 2012-250 QPC du 8 juin 2012). Bien plus, dans la récente décision sur la loi ALUR, à la suite de la censure d'un critère de dispersion des niveaux de loyers, le Conseil a remplacé les mots « ne peut être fixé » par les mots « est égal » (n° 2014-691 DC du 20 mars 2014).

Voilà toute la participation du Conseil constitutionnel à l'écriture de la loi. L'objectif des organisateurs de ce colloque n'était cependant sans doute pas de faire le point sur ces six décisions, quelle que soit leur originalité au regard des articles 61 et 62 de la Constitution. Il m'a donc semblé que leur appel à traiter de l'écriture de la loi et de la constitutionnalité visait deux questions bien distinctes dans la jurisprudence du Conseil tenant, d'une part, au domaine de la loi (I) et, d'autre part, à la qualité de la loi (II).

I - Constitution et domaine de la loi

Le domaine de la loi renvoie à deux questions constitutionnelles bien distinctes : l'une porte sur les frontières entre les domaines de la loi et du règlement, l'autre sur le contrôle des incompétences négatives. L'importance de la première s'est relativisée, celle de la seconde est croissante.

¹ Le présent article n'exprime que le point de vue de son auteur.

I.1 – L'appréciation de la frontière entre les domaines de la loi et du règlement

L'écriture de la loi n'est aujourd'hui pas contrainte en termes constitutionnels en ce qui concerne le partage des domaines de la loi et du règlement.

On sait que la répartition fixée aux articles 34 et 37 de la Constitution fut présentée en 1958 comme une révolution juridique de nature à cantonner strictement le Parlement dans son domaine de compétence. Elle fut alors logiquement assortie de procédures permettant d'en assurer le respect. D'une part, l'article 37 de la Constitution prévoit une procédure de délégalisation. D'autre part, l'article 41 prévoit une procédure pour opposer l'irrecevabilité en cours de débat à une proposition ou un amendement n'étant pas du domaine de la loi.

Le Conseil constitutionnel est compétent dans le cadre de ces deux procédures. Cependant, le recours à la procédure de l'article 41 est, comme on le sait, tombé en désuétude, bien qu'en 2008 le constituant a tenté en vain de le revitaliser en confiant au président de l'assemblée saisie le pouvoir de le mettre en œuvre. Le Conseil constitutionnel n'a plus été saisi sur ce terrain depuis la décision n° 79-11 FNR du 23 mai 1979. La délégalisation de l'article 37 n'est, pour sa part, que peu utilisée. Six fois en 2013, ce qui est à peu près une moyenne annuelle depuis quelques années.

Au-delà de ces procédures spécifiques, le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle qu'il effectue sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, a fait le choix de la souplesse, en précisant en 1982 dans la décision dite « Blocage des prix et des revenus » que, « *par les articles 34 et 37, alinéa 1^{er}, 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 empiètements de la loi* ». Il a encore récemment confirmé ce choix, à l'occasion de la décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012.

En laissant de la sorte au Gouvernement l'opportunité de défendre ou non le domaine réglementaire qui lui est réservé par la Constitution, le Conseil constitutionnel laisse implicitement au Parlement une marge de manœuvre supplémentaire. Une disposition législative empiétant sur le domaine réglementaire n'étant pas inconstitutionnelle de ce seul fait, le Parlement est susceptible d'élargir son domaine avec la complicité au moins implicite du Gouvernement qui, n'étant pas fondamentalement opposé à la mesure adoptée, décide de ne pas utiliser les outils mis à sa disposition pour défendre son domaine. Et s'il veut, une fois que la loi est promulguée, modifier par voie de règlement les dispositions d'une loi qui a empiété sur le domaine réglementaire, le Gouvernement doit respecter la procédure prévue à l'article 37 alinéa 2 de la Constitution.

Cette jurisprudence contribue à ce que la loi comporte des dispositions qui ne sont pas de nature législative. Elle présente cependant aussi l'avantage que la loi soit plus lisible.

I.2 - Le contrôle des incompétences négatives

Si la marge de manœuvre conjointe du Parlement et du Gouvernement est importante au regard du partage loi/règlement, elle ne l'est pas pour l'exercice de sa compétence par le Parlement. Alors que le Conseil accepte que le législateur étende sa compétence en empiétant dans le domaine réglementaire, il sanctionne au contraire le législateur lorsqu'il reste en-deçà de sa compétence.

Le Conseil constitutionnel est particulièrement attentif à ce que le législateur ne délègue pas sa compétence au pouvoir réglementaire sans avoir fixé au préalable le cadre que cette réglementation devra respecter. Pour ne pas se placer en situation d'incompétence négative, le législateur doit déterminer avec une précision suffisante les conditions dans lesquelles est mis en œuvre le principe ou la règle qu'il vient de poser.

Il incombe, par exemple, au législateur d'assortir un dispositif mettant en œuvre un principe constitutionnel des garanties légales suffisantes. De même l'incompétence négative est également caractérisée si le législateur élabore une loi trop imprécise ou ambiguë. De même encore, le législateur ne peut pas, renvoyer au pouvoir réglementaire de façon trop générale ou imprécise. Cette jurisprudence de l'incompétence négative est aussi ancienne que constante. Elle s'applique dans les différentes rubriques de l'article 34 de la Constitution.

Ainsi, le législateur doit fixer les éléments déterminants de l'assiette, du taux et des modalités de recouvrement des impositions de toutes natures, et ce de manière suffisamment précise. Dans le cas contraire, le législateur n'épuise pas sa compétence et se rend coupable d'incompétence négative. Dans sa décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998 (Loi de finances pour 1999), le Conseil constitutionnel a censuré par exemple les dispositions de la loi de finances qui régissent sans précision suffisante les modalités de recouvrement de la taxe sur les activités à caractère saisonnier.

Dans sa décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 sur la loi « OGM », le Conseil a estimé qu'en se bornant à renvoyer de manière générale au pouvoir réglementaire le soin de fixer la liste des informations relatives aux organismes génétiquement modifiées qui ne peuvent en aucune cas demeurer confidentielles, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence eu égard à l'atteinte ainsi portée aux secrets protégés.

Dans sa décision n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap. Pour les bâtiments et parties de bâtiments nouveaux, l'article 19 de cette loi confiait au pouvoir réglementaire le soin de « *fixer les conditions dans lesquelles des mesures de*

substitution aux exigences relatives à l'accessibilité peuvent être prises afin de répondre aux exigences de mise en accessibilité » prévues à l'article L. 111-7 du code de la construction et de l'habitation. Le législateur n'avait pas précisément défini l'objet des règles qui doivent être prises par le pouvoir réglementaire pour l'accessibilité aux bâtiments et parties de bâtiments nouveaux. Le législateur avait ainsi méconnu l'étendue de sa compétence. Par suite, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 19 de la loi contraire à la Constitution.

Par sa décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la loi relative à la protection de l'identité. Il a examiné l'article 3 de la loi qui conférait une fonctionnalité nouvelle à la carte nationale d'identité. Cet article ouvrait la possibilité que cette carte contienne des « données » permettant à son titulaire de mettre en œuvre sa signature électronique, ce qui la transformait en outil de transaction commerciale. Le Conseil a relevé que la loi déferée ne précisait ni la nature des « données » au moyen desquelles ces fonctions pouvaient être mises en œuvre ni les garanties assurant l'intégrité et la confidentialité de ces données. La loi ne définissait pas davantage les conditions d'authentification des personnes mettant en œuvre ces fonctions, notamment pour les mineurs. Le Conseil a en conséquence jugé que la loi, faute de ces précisions, avait méconnu l'étendue de sa compétence. Il a censuré l'article 3 de la loi.

Dans le contentieux de la QPC, le Conseil constitutionnel considère « *que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » (Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, Fédération de l'énergie et des mines – Force ouvrière FNEM FO (*régimes spéciaux de sécurité sociale*), cons. 3).

Le Conseil a déjà considéré que l'incompétence négative du législateur pouvait affecter notamment :

- Le droit au recours juridictionnel effectif (Décision n° 2012-298 QPC du 28 mars 2013, SARL Majestic Champagne (*taxe additionnelle à la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises – Modalités de recouvrement*), cons. 6 et 7).

- Le droit de propriété (Décision n° 2013-343 QPC du 27 septembre 2013, Époux L. (*détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole*), cons. 7).

- La liberté d'entreprendre (Décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, Société Natixis Asset Management (*participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques*), cons. 19).

- La liberté de communication des pensées et des opinions (Décision n° 2013-364 QPC du 31 janvier 2014, Coopérative GIPHAR-SOGIPHAR et autre (*Publicité en faveur des officines de pharmacie*)).

Le Conseil a eu à connaître de la taxe additionnelle à la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises (n° 2012-298 QPC du 28 mars 2013, SARL Majestic Champagne). Les huit premiers alinéas du paragraphe III de l'article 1600 du CGI fixaient les caractéristiques de cette taxe. Cependant ils n'en prévoyaient pas les modalités de recouvrement. Le Conseil constitutionnel a jugé qu'en omettant de définir les modalités de recouvrement de la taxe additionnelle à la CVAE, le législateur a méconnu l'étendue de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution. Par suite, le Conseil a jugé contraires à la Constitution les huit premiers alinéas du paragraphe III de l'article 1600 du CGI.

Dans la décision n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014 (Fédération environnement durable et autres) le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC relative aux articles L. 222-1 à L. 222-3 du code de l'environnement. Ces articles L. 222-1 à L. 222-3 du code de l'environnement sont relatifs au schéma régional du climat de l'air et de l'énergie (SRCAE), qui comprend en annexe un schéma régional éolien (SRE). Le Conseil constitutionnel a jugé que, par ces dispositions, le législateur s'est borné à prévoir le principe de la participation du public sans préciser « les conditions et les limites » dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. Le législateur a ainsi méconnu l'étendue de sa compétence. Dès lors le Conseil constitutionnel a jugé contraire à la Constitution la première phrase du premier alinéa de l'article L. 222-2 du code de l'environnement. Il a reporté au 1^{er} janvier 2015 la date de l'abrogation de ces dispositions.

Au total, le Conseil constitutionnel veille avec soin à ce que le législateur épuise sa compétence et ne renvoie pas au pouvoir réglementaire des dispositions qu'il lui incombe de fixer. Cette écriture complète de la loi conditionne sa conformité à la Constitution.

II - Constitution et qualité de la loi

La qualité de la loi est nécessaire afin que tout citoyen puisse la comprendre et la respecter. Pourtant, l'inflation législative et la dégradation de la qualité de la loi sont aujourd'hui des phénomènes bien connus. Le Conseil constitutionnel a souvent à connaître de lois aussi longues qu'imparfaitement travaillées. Il fait face à des dispositions incohérentes et mal coordonnées. Il examine des textes gonflés d'amendements préparés hâtivement sans avoir été soumis au Conseil d'État. Il voit revenir chaque année, notamment en droit fiscal, des modifications récurrentes des mêmes règles. Bref, il subit des bégaiements et des malfaçons législatives qui, pour ne pas être nouvelles, sont de plus en plus nombreuses. Le Président du Conseil constitutionnel a fait part de sa préoccupation sur ce point lors des vœux au Président de la République en janvier 2014.

Face à cette situation, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence relative à la clarté puis à l'accessibilité et à l'intelligibilité de la loi.

Dans un premier temps, le Conseil a pu juger inconstitutionnelle une disposition législative ne répondant pas à l'exigence de clarté qui découle de l'article 34 de la Constitution : une disposition législative qui est incompréhensible et donc inapplicable est entachée d'incompétence négative. Le Conseil a jugé :

- qu'une disposition fiscale susceptible de deux interprétations, entre lesquelles les travaux préparatoires ne permettaient pas de trancher, n'avait pas fixé les règles concernant l'assiette de l'impôt et était donc entachée d'incompétence négative (décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985) ;

- qu'une disposition en matière d'urbanisme commercial, qui apportait à la liberté d'entreprendre des limitations qui n'étaient pas énoncées de façon claire et précise, était contraire à l'article 34 de la Constitution (décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000).

Dans un second temps, le Conseil constitutionnel a dégagé un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi en se fondant sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 (décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999). Il a jugé que l'égalité devant la loi, énoncée par l'article 6 de la Déclaration, et la garantie des droits, requise par son article 16, pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables. Il a estimé qu'une telle connaissance était 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 bornes 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* ».

Sur cette base, le Conseil constitutionnel a censuré la disposition législative relative au libellé de certains bulletins de vote tant les déficiences dont elle était entachée méconnaissaient cet objectif de valeur constitutionnelle : incertitude sur la portée normative d'une partie du texte, enchaînement peu clair de ses alinéas, vocabulaire imprécis, insertion d'une disposition paraissant viser l'élection des sénateurs dans une partie du code électoral non applicable à l'élection de ces derniers (décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003).

La méconnaissance de cet objectif de valeur constitutionnelle a donné lieu à d'autres censures (n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012 et n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013).

Dans la décision n° 2005-530 DC, le Conseil constitutionnel a censuré l'intégralité de l'article 78 de la loi de finances pour 2006, notamment car sa complexité était excessive eu égard à sa finalité. Il s'agissait de fixer un plafonnement global des niches fiscales. Les contribuables devaient calculer par avance le montant de leur impôt, afin d'évaluer les conséquences des nouvelles règles de plafonnement sur tel ou tel de leurs choix. Ces calculs étaient d'une très grande complexité qui se traduisait notamment par la longueur de

l'article 78 (9 pages de la "petite loi" et 14 801 caractères), par le caractère imperméable au profane (et parfois ambigu pour le spécialiste) de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comportait à d'autres dispositions. Les incertitudes qui en résultaient auraient été à la source d'insécurité juridique, et notamment de malentendus et de contentieux. Le Conseil a donc censuré cette disposition.

Dans la décision n° 2008-567 DC, le législateur avait entendu ouvrir aux entités adjudicatrices la possibilité de recourir de plein droit à la procédure négociée pour la passation de leurs marchés. Il avait, à cet effet, défini deux procédures, supposées alternatives, en dessous et au-dessus d'un seuil défini par décret. Le texte était cependant entaché d'une erreur matérielle. En effet le dernier alinéa relatif à cette procédure négociée simplifiée mentionnait « supérieur » au lieu de mentionner « inférieur ». Il en résultait un dispositif incohérent de par sa contradiction interne, deux procédures supposées exclusives l'une de l'autre pouvant s'appliquer ensemble, en méconnaissance d'ailleurs de l'intention du législateur et du droit communautaire. Le risque de contentieux était réel. Le texte a été jugé inintelligible et censuré.

Le Conseil constitutionnel a aujourd'hui un considérant bien fixé : *« considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que 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 de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »* (n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009).

Le Conseil constitutionnel a une jurisprudence constante sur le fait que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ne peut en lui-même être invoqué à l'appui d'une QPC (n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 et n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012). Mais cet objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, lorsqu'il est fondé sur la méconnaissance de la première phrase de l'article 2 de la Constitution, peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (n° 2010-285 QPC du 30 novembre 2012). Le Conseil a ainsi jugé *« qu'aux termes du premier alinéa de l'article 2 de la Constitution : "La langue de la République est le français" ; que si la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, l'atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité de la loi qui résulte de l'absence de version française d'une disposition législative peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité »* (cons. 12).

Ainsi, à la place qui est la sienne, le Conseil constitutionnel cherche à œuvrer pour la qualité de la loi. Celle-ci est cependant d'abord le fait de ceux qui préparent et votent la loi. On en revient ainsi au propos introductif : l'écriture de la loi est d'abord le fait des acteurs du processus législatif et non du juge constitutionnel.

*M. Jean-Louis Hérin,
secrétaire général de la Présidence du Sénat*

« Le Parlement et la loi »

Permettez-moi tout d'abord de dédier cette petite intervention à Jean-Claude Bécane, qui fut Secrétaire Général du Sénat, trop tôt disparu, et qui m'a donné la chance avec Michel Couderc, Secrétaire Général Honoraire de la Questure de l'Assemblée nationale, de participer à la mise à jour de l'ouvrage de référence « *La Loi* ».

« *Loi-Parlement* » « *Parlement-loi* ». Les deux notions sont indissociables, consubstantielles l'une à l'autre, car dans notre tradition juridique, la loi émane nécessairement du Parlement, si l'on excepte bien sûr les lois référendaires, par essence exceptionnelles.

Certes, l'exécutif peut s'aventurer dans le domaine de la loi, ou plus exactement dans les domaines de la loi, car il y a plusieurs domaines de la loi : article 34, article 35, article 72 sur le régime des collectivités territoriales, charte de l'environnement de 2004, etc.

Ainsi, les ordonnances prises par le Gouvernement sur le fondement de l'habilitation de l'article 38 de la Constitution restent des ordonnances et ne peuvent devenir lois, quand bien même elles auraient été ratifiées par le Parlement. Si elles ont alors valeur législative, elles n'en sont pas pour autant des lois *stricto sensu*.

Il en est de même des décisions prises par le Président de la République en vertu de l'article 16 de la Constitution.

« *Le Parlement vote la loi* » nous dit le début du premier alinéa de l'article 24. C'est même la mission primordiale des parlementaires, puisqu'elle est proclamée avant la fonction de contrôle de l'action du gouvernement ou l'évaluation des politiques publiques.

À noter sur le plan formel, le passage à la forme active, où avant la révision du 23 juillet 2008 la loi « *était votée* » par le Parlement (premier alinéa de l'article 34). Cette nouvelle écriture est due à une initiative du Sénat.

L'exclusivité parlementaire, pour ne pas parler de monopole, s'explique ou se justifie par les principes directeurs du travail parlementaire, par les principes directeurs de la procédure d'écriture de la loi, qui, garantissent la qualité de la loi, et fondent sa légitimité car les règles de la délibération sont destinées à permettre la meilleure expression possible de la volonté générale.

Ces principes directeurs sont au nombre de quatre :

- La publicité
- La collégialité
- Le pluralisme
- La navette bicamérale

LA PUBLICITÉ

C'est un acquis de la Révolution de 1789. La loi, norme suprême de la République, doit être élaborée au vu et au su du citoyen, car il faut se méfier de la règle inventée dans le secret du cabinet royal.

Aussi bien, le Sénat et l'Assemblée nationale sont les seules institutions de la République qui travaillent dans la plus grande publicité, dans la plus grande transparence.

La moindre réunion, exception faite des groupes politiques, fait l'objet d'un compte rendu, **analytique** pour les réunions des commissions ou des délégations parlementaires, **analytique et intégral** pour les séances plénières, sans parler de l'enregistrement audiovisuel de l'intégralité des débats.

Autre élément de publicité : la publication de tous les documents parlementaires sous forme papier ou sur les sites Internet du Sénat ou de l'Assemblée nationale, qu'il s'agisse du texte initial, du rapport, du texte de commission ou du texte intermédiaire, ce que nous appelons « *la petite loi* » bâtie en temps réel par la Division des lois et de la légistique.

Toutes les étapes de l'écriture de la loi sont ainsi publiques, ce qui permet aux citoyens ou aux représentants d'intérêt de réagir et de proposer des modifications. La procédure parlementaire permet la démocratie participative.

LA COLLÉGIALITÉ

Du fait de la délibération parlementaire, l'écriture de loi est une œuvre essentiellement collective, à la différence de la création littéraire, la loi est écrite au sein du groupe, de la commission ou dans l'hémicycle, le centre stratégique de la fabrique de la loi.

Comme l'indiquait le Président Jean-Pierre BEL, « *au Parlement, nul n'a raison tout seul* ». Le gouvernement ou le rapporteur propose, c'est le *plenum* de la séance plénière qui dispose.

Chaque sénateur, chaque député, à titre individuel ou collectif, peut déposer des amendements de rédaction ou de fond, au grand dam parfois des auteurs initiaux du texte qui peuvent redouter le passage au Parlement de leur enfant.

Rappelons ici la plainte du Doyen Carbonnier, lequel déplorait que les parlementaires de tous bords aient dénaturé « ses » lois de 1972 sur la filiation.

LE PLURALISME

La délibération parlementaire repose sur la confrontation des idées, d'abord lors de la discussion générale puis au stade de la discussion des articles qui permet le passage de l'idée, du concept à la rédaction d'un article ou d'un alinéa, par la voie d'un amendement ou d'un sous-amendement.

La délibération parlementaire organise la confrontation des idées mais favorise aussi, par-delà les clivages politiques tout à fait légitimes, le rapprochement des points de vue, en vue de parvenir au plus près de l'expression de la volonté générale, qui ne se confond pas nécessairement avec la volonté majoritaire.

C'est une idée qui m'est très personnelle : le Parlement est une machine à faire du consensus, car la majeure partie des textes est adoptée à une large majorité, voire à l'unanimité.

Quoi de plus normal ?

Il s'agit de la loi de la République.

LA NAVETTE BICAMÉRALE

La navette repose ainsi sur l'espoir ou la volonté de l'accord le plus large sur une loi. Car la loi est un ouvrage trop important pour être confié à une seule assemblée.

La navette permet une seconde délibération, voire plusieurs délibérations, si la procédure accélérée n'est pas engagée.

Elle garantit la qualité de la loi.

L'écriture de la loi suppose le temps de la réflexion, celui de la réécriture, « toujours sur le métier remettons l'ouvrage ». .

Certes, le gouvernement a la possibilité de donner le dernier mot à l'Assemblée nationale, mais il ne peut le faire qu'après au moins deux lectures devant chaque assemblée.

De toute façon, les meilleures lois sont celles « coproduites » par les deux assemblées à la composition différente, comme le disait le sénateur Robert Badinter.

L'accord bicaméral est en tout état de cause la garantie de la sécurité juridique, de la qualité de la loi, d'une certaine pérennité politique ; je citerai un seul exemple, celui de l'abolition de la peine de mort finalement approuvée par le Sénat après un débat de trois jours.

Au total, l'écriture de la loi est bien un processus collectif.

Mais une question est souvent posée : Qui écrit la loi ? Les experts, le Gouvernement, les parlementaires...

Pour ma part, je me rangerai derrière l'opinion du Professeur Pierre Avril qui jugeait un peu vaine toute recherche de paternité.

On pourrait plutôt parler de pluri paternité, avec la reconnaissance d'une prééminence naturelle au Gouvernement, qui en vertu de l'article 20 de la Constitution « *détermine et conduit la politique de la Nation* ».

À ce titre, le Gouvernement a besoin des moyens législatifs nécessaires à la mise en œuvre des orientations de sa politique, car en France nous sommes des légicentristes, nul ne saurait imaginer une politique publique sans un substrat législatif.

Mais une fois le projet de loi déposé, il échappe à ses auteurs : les parlementaires prennent la main et peuvent exercer leur pouvoir d'écriture ou de réécriture.

Le pouvoir s'exerce par la voie d'un droit constitutionnellement garanti, le droit d'amendement : 10.000 amendements de commission et de séance en moyenne par an, 3 000 adoptés.

Ce pouvoir d'écriture ou de réécriture s'est trouvé conforté, renforcé décuplé depuis la révision du 23 juillet 2008 qui érige en principe l'examen du projet de loi ou de la proposition de loi sur la base du texte de la commission.

Avant, la commission se cantonnait dans le dépôt d'amendements. Aujourd'hui, la commission élabore en direct le texte qui sera examiné en séance – la commission devient ou redevient le rédacteur du texte de loi, une véritable révolution pour le travail parlementaire d'écriture ou de réécriture de la loi.

Le terme d'écriture parlementaire s'impose, car le droit d'amendement peut, soit porter sur l'article du texte, soit insérer un article additionnel : le droit d'amendement s'apparente alors à un droit d'initiative.

Selon Jean Éric Schoettl, alors Secrétaire général du Conseil Constitutionnel, plus de la moitié des articles de loi proviennent d'articles additionnels.

L'écriture de la loi connaît alors un coup d'accélérateur, puisque l'article additionnel, déposé la veille, peut être adopté le lendemain sans les garanties prévues par le constituant pour le dépôt des projets de loi (avis du Conseil d'État, étude d'impact).

Au surplus, l'article additionnel aurait pu faire l'objet d'un projet de loi distinct, comme ce fut le cas pour l'« *amendement Fauchon* » introduisant le principe du double degré de juridiction en matière criminelle.

Avec le risque de l'inflation législative d'origine parlementaire, car au fil de la navette le texte enfle, double voire triple de volume.

Il y a des lois fleuve, comme il y a des romans-fleuves : la loi sur les sociétés commerciales, la loi ALUR.

Quelques chiffres : entre le dépôt à l'Assemblée et le texte adopté par le Sénat le texte est passé de 217 à 427 pages (+ 96,8 %), de 84 à 178 articles (+ 112 %), de 73 498 à 128.011 mots (+ 74,2 %), de 371 550 à 632 808 caractères (espaces non compris) et de 443 725 à 755 021 caractères (espaces compris), soit + 70,3 %. Après censure de deux articles par le Conseil Constitutionnel, la loi promulguée compte 177 articles.

L'Association *Regards citoyens* a pu mesurer l'apport du Parlement à la Fabrique de la Loi grâce à l'*open data* : trois-quarts des textes ont été modifiés a plus de 50 % entre le texte déposé et la loi promulguée.

À côté du droit d'amendement, le droit d'initiative a conservé toute son importance, malgré les armes du parlementarisme rationalisé.

Cette voie de création législative a même trouvé un net regain à partir de 1995 avec la reconnaissance d'une journée de séance réservée aux groupes politiques et surtout depuis la révision de 2008, qui a prévu un espace d'initiative parlementaire, une semaine sur quatre.

Depuis 1995, on peut compter 133 lois d'initiative sénatoriale et 13 en 2013, une loi de la République sur cinq naît au Sénat.

Il faut le noter même si cette statistique ne tient pas compte de la différence de portée ou de volume entre les projets et les propositions de loi.

En tout cas, le texte des lois d'initiative parlementaire tient parfois d'un inventaire à la Prévert, un véritable kaléidoscope... les termites, la clause de réserve de propriété, la « loi Dailly » sur les transferts de créance, la « Loi Raffarin » sur la sécurité des piscines, les lanceurs d'alerte (la première loi écologiste), l'interdiction des produits phytosanitaires...

Au total, et en conclusion, un constat s'impose : celui de l'imagination créative, créatrice du Parlement, avec la crainte en arrière-plan que la sophistication du travail parlementaire, le primat du débat en séance plénière, le partage de l'ordre du jour, nous conduisent à terme à une dépossession lente mais certaine du Parlement.

L'écriture parlementaire de la loi nécessite un certain temps qui peut se révéler incompatible avec les urgences ou l'arythmie du travail gouvernemental.

Pour la conception de la loi, il faut en moyenne dix mois, cinq mois en cas de procédure accélérée.

Le risque de dépossession ne doit pas être sous-estimé au vu du recours de plus en plus fréquent à la technique de l'ordonnance, qui tend à se banaliser, par exemple modifier tout un pan du code civil consacré au droit des obligations, un cinquième du code civil.

O tempora O mores

Certains peuvent le regretter, car légiférer par ordonnances relève de l'oxymore.

Pour la conclusion, je me référerai à l'excellent propos du très regretté professeur Guy Carcassonne, qui l'avait proposé dans le *Dictionnaire de la Constitution* en 2004 :

« Décidément pour faire de bonnes lois, on n'a pas inventé mieux que le Parlement. Les ordonnances, en effet, sont exactement comme des projets de loi qui deviendraient directement des lois. Ce sont généralement des textes défectueux dont les malfaçons ne se révèlent qu'a posteriori, là où il se serait sans doute trouvé un parlementaire pour soulever, fût-ce innocemment, le problème qui ne s'est découvert qu'après, à l'occasion de contentieux multiples. Le tamis parlementaire a des vertus intrinsèques ».

Qui pourrait mieux dire ? ...

QUIZZ SUR LA LOI

1. La première loi de la première République française

La première loi publiée dans le premier numéro du *Bulletin des lois* parut le 22 prairial an II (10 juin 1794) est la loi concernant le Tribunal révolutionnaire.

Le Bulletin des lois créé par le décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793) était le « *recueil officiel des lois, ordonnances et règlements qui les régissent* », soit l'ancêtre du *Journal officiel*.

2. La loi la plus longue

- La loi la plus *prolix*e est la loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové : 479 pages pour 177 articles ;
- La loi la plus *normative* est la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : 200 pages pour 509 articles

3. La loi la plus courte

La loi du 29 janvier 2001 sur la reconnaissance du génocide arménien.

Article unique : « *La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915.* ».

*Mme Anne Levade,
professeur à l'université Paris-Est-Créteil*

« *La recherche du compromis et de l'intérêt général dans l'élaboration de la loi* »

S'interroger sur la recherche du compromis et de l'intérêt général dans l'élaboration de la loi peut, en première analyse, sembler chose aisée ; elle est pourtant, si l'on y réfléchit plus avant, éminemment complexe. Que l'on en juge !

Deux constats initiaux sont de nature à penser que la question ne présente guère de difficulté.

En premier lieu, cette communication prend place au terme d'une table ronde dans le cadre de laquelle chacun de ceux que l'on peut considérer comme les acteurs du processus législatif s'est exprimé, de son point de vue, sur le sujet. Puisque le propos s'inscrit dans une thématique consacrée à la collégialité dudit processus, convenons que celle-ci a d'ores et déjà été démontrée par la simple expression des composantes de ce qui est ici qualifié de *diversité*.

En second lieu et sur le fond, il ne serait pas erroné de présumer que, dans un système démocratique, l'affirmation selon laquelle la loi est l'expression de la volonté générale – fût-ce ou peut-être même *a fortiori* dans le respect de la Constitution – conduit nécessairement à ce que l'élaboration de la loi fût l'expression de la recherche du compromis en même temps que de l'intérêt général.

Dit autrement, le propos serait ainsi doublement facilité parce que, d'une part, d'ores et déjà présenté sous ses différentes facettes, il serait de synthèse et, d'autre part, la loi ne pouvant mal faire, elle serait par nature intérêt général et compromis mêlés.

Pourtant, point n'est besoin de longuement argumenter pour admettre que, outre qu'il serait peu probable que l'on n'attendît rien de plus, il est des raisons qui incitent à penser que la question recèle une plus grande complexité. Il n'est que de s'interroger sur les termes du sujet.

En premier lieu, convenons d'emblée que compromis et intérêt général semblent, intuitivement, faciles à cerner, du moins si l'on s'attache à chacun de ces termes de manière isolée.

Le compromis serait un arrangement dans lequel on se fait des concessions mutuelles tandis que l'intérêt général, sans même faire référence à ce que plus précisément le droit en dit, s'entendrait de l'intérêt commun forgé au sein d'un corps politique.

L'un et l'autre, toutefois, demandent à être davantage explorés.

Le compromis, d'une part, recèle une part d'ambiguïté. Si l'adage veut qu'un mauvais arrangement soit préféré à un bon procès, il n'en demeure pas moins, l'adage lui-même le dit, que le compromis peut être mauvais et qu'il n'y a parfois pas loin du compromis à la compromission qui, inéluctablement, entache le premier ! De plus, le compromis suppose, *ex ante*, la pluralité car s'il n'est pas de différences de points de vue, c'est le compromis qui, *per se*, perd toute utilité ; dès lors parce qu'il n'est de compromis qui pût, à tous, paraître totalement satisfaisant, on conviendra que, sans même être mauvais, il est par essence décevant. Dit autrement, si l'essence du compromis est de satisfaire chacun, le risque est grand que, fondé sur des concessions réciproques, il ne satisfasse *in fine* pleinement aucun.

D'autre part et très au-delà de l'intuition, l'intérêt général est, pour le juriste et, spécialement, pour le juriste de droit public, une « *référence constante* »¹. Le rapport du Conseil d'État qui lui était consacré en 1999 le confirmait expressément qui le présentait comme « *la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité* »². Il est par conséquent au cœur de l'élaboration de la loi autant, au moins, que de la construction du droit public par le Conseil d'État.

Semblant relever de l'évidence, l'intérêt général n'en est pas moins difficile à cerner. Le doyen Vedel lui-même le disait « *indéfinissable* »³, expression d'un « *idéal commun [correspondant] à la meilleure satisfaction collective de valeurs partagées* »⁴ et de « *l'idée que la collectivité a des exigences qui dépassent les intérêts des groupes ou des individus qui la composent* », au risque parfois de se traduire par des mesures qui froissent lesdits intérêts⁵. Si l'on ajoute que l'intérêt général est susceptible d'évoluer au gré des transformations ou mutations de la société, on mesure la difficulté qu'il y peut y avoir à prétendre, dans sa globalité, l'identifier.

La seule définition du compromis et de l'intérêt général le montre : si, d'emblée, l'un et l'autre pouvaient sembler avoir naturellement partie liée, leurs relations ne peuvent être qu'empreintes de complexité dès lors que le second se caractérise par son unité tandis que le premier ne peut être que le produit de la réduction d'une diversité.

Mais, en deuxième lieu, c'est la « *recherche* » de l'un et de l'autre qui sont au cœur du sujet ; dit autrement, c'est sur les voies et moyens de

¹ B. Stirn, « Intérêt », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 839.

² Conseil d'État, Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général, *La Documentation française*, Paris, 1999, p. 245.

³ Cité par B. Stirn, *op. cit.*

⁴ B. Stirn, *op. cit.*, p. 840.

⁵ D. Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État: retour aux sources et équilibre », in Conseil d'État, Rapport public 1999, *op. cit.*

parvenir au compromis en même temps qu'à la satisfaction de l'intérêt général qu'il convient de s'interroger.

A ce stade, il n'est pas inintéressant de s'arrêter sur la concomitance que semble impliquer la conjonction « *et* » !

En effet, on pourrait avec quelque naïveté se borner à considérer que la recherche du compromis est en elle-même d'intérêt général parce qu'elle est le gage de l'acceptabilité de la loi qui en sera le fruit. Toutefois, le raisonnement rigoureusement inverse peut être mené, considérant il n'est pas interdit de penser que tout au contraire compromis et intérêt général seraient par essence antagonistes dès lors que le premier, en permettant que fussent conciliés des intérêts contradictoires nécessairement individuels ou collectifs, ferait, par le seul fait de les identifier, obstacle à ce que l'intérêt supérieur qu'est celui que l'on qualifie de général pût émerger.

Où l'on voit implicitement ressurgir l'opposition entre deux conceptions de l'intérêt général, selon qu'il est appréhendé comme somme d'intérêts particuliers ou intérêt supérieur *dépersonnalisé* ! On en conclura sans doute à raison que la dualité des positions est d'abord affaire de culture. On aurait cependant tort de négliger ce que la différence de perceptions révèle quant à l'objet de la *recherche* ici envisagée. En effet, si, indiscutablement, la recherche du compromis vise l'acceptabilité de la norme qui en sera le produit, celle de l'intérêt général s'analyse en une quête du bien commun qui serait inhérente à la substance de la norme élaborée. C'est donc bien d'une différence de nature qu'il s'agit, puisque la recherche du premier s'apparente à une démarche bien davantage qu'à l'identification d'une substance qui est consubstantielle à la recherche du second. On peut d'ailleurs même se demander si ce n'est pas lorsque le compromis –et, par conséquent, l'acceptabilité de norme –est insuffisamment assuré que la recherche de l'intérêt général devient une nécessité !

En troisième lieu, enfin, c'est dans le cadre de « *l'élaboration de la loi* » que la question est posée, c'est-à-dire à chacune des étapes préalables à ce qu'elle devînt norme, qu'il s'agisse de l'élaboration parlementaire proprement dite ou, dans sa phase amont, de ses premières formulations ou rédaction.

Le champ devient alors immense et les quinze minutes accordées pour cette communication assurément insuffisantes, spécialement en toute fin de cette première partie déjà fort dense de notre matinée !

Parce qu'il est d'intérêt général que cette communication ne soit pas d'une longueur excessive, on n'a d'autre choix que de céder au compromis en renonçant, d'une part, à l'exhaustivité – la sagesse l'impose ! – et, d'autre part, aux enjeux théoriques du sujet qu'on ne pourrait qu'effleurer dans le temps imparti. Par ailleurs, parce que c'est à l'aune de la collégialité autant que de la diversité des usages et des écrits que le sujet doit, dans cette table ronde, être appréhendé, on l'envisagera sous son angle le plus concret.

Pour le dire autrement, on s'essaiera à explorer le « comment » de la recherche du compromis et de l'intérêt général dans l'élaboration de la loi, en gardant à l'esprit que si l'un et l'autre peuvent converger, il n'est pas impossible qu'ils fussent contradictoires.

Ainsi délimité, le propos peut être articulé autour de deux idées : la procédure d'élaboration de la loi institutionnalise la recherche du compromis pour satisfaire l'intérêt général **(I)** ; toutefois, manifestation de la diversité des usages, le compromis est, de plus en plus, recherché hors du cadre institutionnel, au risque parfois de voir l'intérêt général menacé **(II)**.

I. Le compromis au service de l'intérêt général ou la recherche institutionnalisée

Point n'est, à cet égard, besoin de longuement gloser ; la question a été abordée, fût-ce implicitement, à l'occasion de chacune des communications qui ont précédé. Parce que l'élaboration de la loi est un processus démocratique supposant, par essence, le débat, elle est recherche d'un compromis entre le politique et le juridique **(A)** en même temps que d'un compromis démocratique **(B)**. Dans l'un et l'autre cas, on peut admettre que c'est la recherche de l'intérêt général qui motive celle du compromis.

A. L'institutionnalisation de la recherche du compromis entre politique et juridique

Manifestant que l'État dans lequel elle est adoptée est, tout à la fois, une démocratie et un État de droit, le processus d'élaboration de la loi d'abord recherche d'un compromis entre aspirations politiques et exigences juridiques.

Nul ne le contestera, en démocratie, l'élaboration de la loi s'analyse comme le processus par lequel ceux qui nous gouvernent mettent en œuvre un projet politique auquel, à l'occasion de leur élection, les citoyens ont souscrit ; ce faisant, parce que ladite démocratie est également un État de droit, ce processus s'inscrit dans un cadre juridique stable – ou aussi stable que possible – manifesté par des règles et principes auxquelles le législateur ne pourra déroger.

La recherche du compromis est alors la condition de la qualité autant que de la régularité juridique – entendue comme constitutionnalité et conventionnalité cumulée – de la loi qui est élaborée. Il revient alors, à chacune des phases d'élaboration de la loi, à ses auteurs – ou co-auteurs – ainsi qu'à leurs conseils d'y veiller. L'illustrent, de manière différente et à chacun des stades du processus, l'obligation d'études d'impact, les avis rendus par le Conseil d'État, les débats et interrogations dont les rapports parlementaires se font l'écho ainsi que la discussion en séance publique à l'occasion de laquelle, de plus en plus souvent, est soulevée la question de la

faisabilité juridique de l'ambition politique que le texte en débat cherche à réaliser.

Pour deux raisons au moins, la recherche de l'intérêt général lui est, à l'évidence, concomitante : d'une part, parce que c'est l'intérêt général qui, *ab initio*, justifie qu'une loi fût adoptée ; d'autre part, parce que c'est l'intérêt général qui, *in fine*, exige que cette loi, au-delà de l'intention politique qu'elle met en œuvre, fût incontestable en termes de juridicité.

Il n'est, à cet égard, pas inintéressant de noter que ce qui semble aujourd'hui relever de l'évidence ne l'a pas toujours été. C'est, assurément, la montée en puissance des contrôles auxquels la loi est soumise de la part des juges nationaux et, indirectement, de juges supranationaux qui sans être juges de la norme apprécient sa compatibilité substantielle avec les engagements auxquels la France a souscrit, qui y a largement contribué. En effet, la question de savoir si la loi est susceptible, une fois adoptée, d'être juridiquement contestée a désormais une importance déterminante dans le processus qui permet de l'élaborer et l'essor du contrôle de constitutionnalité *a priori*, puis du contrôle de conventionnalité et, enfin, la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* n'y sont, à l'évidence, pas étrangers.

Se développent d'ailleurs des usages diversifiés qui visent, y compris lorsque la loi a été élaborée, c'est-à-dire votée, à essayer qu'elle soit en outre juridiquement validée : c'est le cas des saisines du Conseil constitutionnel visant à ce que la loi soit, d'emblée, vidée de son éventuel venin en termes d'inconstitutionnalité. On estimera sans doute que le phénomène est trop récent pour que l'on pût, à cet égard, généraliser ; il n'en demeure pas moins que si, longtemps, certains textes échappaient au contrôle du Conseil constitutionnel au motif du consensus républicain qu'ils étaient réputés incarner, des lois comparables sont désormais et, d'une certaine manière, pour les mêmes raisons d'emblée passées à l'épreuve de la constitutionnalité.

On en veut pour illustration deux lois qui, à quelques années d'écart, ont également donné lieu à débat et qui, pourtant, n'ont pas connu un sort identique sur le plan des contrôles auxquels elles ont été soumises. La première est la loi relative au port de signes religieux dans les établissements publics d'enseignement¹ ; bien qu'elle ait été l'objet de vives discussions juridiques autant que politiques, les différentes autorités habilitées à saisir le Conseil constitutionnel firent le choix de ne pas la lui soumettre, argument pris de ce que, une fois en vigueur, sa constitutionnalité serait irréfragablement présumée. En 2010, la solution radicalement inverse fut retenue concernant la loi que l'on présente rapidement comme interdisant le port de la burqa² ; susceptible d'être contestée *a posteriori* à l'occasion d'une

¹ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenus manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, JORF 17 mars 2004, p. 5190.

² Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JORF 12 octobre 2010, p. 18344.

question prioritaire de constitutionnalité, sa constitutionnalité fut d'emblée examinée par le Conseil constitutionnel saisi pour l'occasion, fait inédit, par les deux présidents des assemblées¹. C'est assurément l'intérêt général qui justifiait alors que le compromis entre politique et droit opéré par le législateur fût confirmé en termes de constitutionnalité et on admit que ce choix a pesé dans l'appréciation que la Cour européenne des droits de l'homme devait porter, près de quatre ans plus tard, sur sa conventionnalité².

On convient que l'exemple, fût-il topique, demeure particulier et, dût-on le rappeler, que la recherche de compromis inhérente au processus d'élaboration de la loi, quand bien même elle est institutionnalisée, n'est pas toujours couronnée de succès ; en attestent les censures *a priori* dont nombre de lois sont l'objet.

Mais, dans le même temps, l'élaboration de la loi est recherche d'un compromis démocratique.

B. L'institutionnalisation de la recherche du compromis démocratique

Par nature délibérative et empreinte de pluralisme, la démocratie suppose la contradiction ; lorsque, *in fine*, la loi exprimant la volonté générale est adoptée, elle est nécessairement le fruit d'un processus marqué par la recherche du compromis entre des positions politiques *ab initio* contradictoires. L'ensemble du processus d'élaboration de la loi en témoigne qui se caractérise par le débat.

Débat parlementaire, en premier lieu ; au risque de l'évidence, il est en démocratie le lieu privilégié du compromis que ce soit en commission ou en séance. C'est alors de compromis entre majorité et opposition qu'il s'agit, se manifestant principalement par le dépôt puis le vote d'amendements qui sont de nature à faire évoluer le texte dans le sens de son acceptabilité par l'ensemble des courants d'opinion. Preuve s'il en était besoin que la recherche du compromis est affaire de culture au moins autant que de procédure, la France n'est, en la matière, guère coutumière de l'unanimité ; le constat mérite d'être fait alors que l'on sait qu'en d'autres États –tels l'Allemagne ou le Royaume-Uni– la recherche du compromis est si développée en amont du débat parlementaire proprement dit qu'il ne se trouve plus guère, au moment du vote, de représentants du peuple pour s'opposer à l'adoption de la loi. On y verra aussi peut-être l'une des explications du modèle de rationalisation du parlementarisme retenu en France dans la Constitution de 1958.

¹ Cons. const. n° 2010-63 DC, 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JORF 12 octobre 2010, p. 18345.

² Cour EDH, Gde Ch., 1^{er} juillet 2014, S.A.S. c/ France, req. n° 43835/11.

C'est sans doute la raison pour laquelle, en second lieu, il est des sujets sur lesquels le choix est fait d'anticiper le moment de la recherche du compromis en s'essayer à nouer l'accord entre majorité et opposition. Ainsi en est-il, par exemple, des réformes constitutionnelles qui, outre qu'elles requièrent une majorité renforcée pour être adoptées, supposent avant tout un consensus sur le fond. C'est ce qui permet de comprendre que, en la matière, le pouvoir exécutif soit force de proposition et que plusieurs présidents de la République aient jugé nécessaire de recevoir, en amont, les responsables des formations politiques représentées au Parlement. D'autres lois méritent, compte tenu de leur objet et fussent-elles normativement *ordinaires*, que soit mis en œuvre un processus identique : la réforme territoriale en cours en est l'illustration.

En toute hypothèse, c'est au nom de l'intérêt général ou parce que le texte en cause est présenté comme d'intérêt général que de telles négociations sont, en amont, engagées, exigeant qu'un consensus fût trouvé, quand bien même il supposerait que des compromis soient faits.

Toutefois, longue est la liste qui pourrait être dressée des compromis impossibles. Et parce que le principe même de la démocratie est d'être gouverné par la majorité, l'échec de la recherche du compromis n'empêche pas nécessairement que la loi fût votée. On arguera à juste titre que l'intérêt général le justifie ; pourtant, il est des cas dans lesquels l'échec du compromis conduisant à ce que la loi soit ensuite politiquement contestée, la recherche de l'intérêt général elle-même peut s'en trouver compromise...

C'est ce qui explique, alors même que la loi aurait été, majoritairement mais sans compromis, votée, que la recherche du compromis pût être menée *a posteriori* sous des formes variées. On a déjà évoqué le cas de textes qui, au nom du consensus républicain, échappèrent au contrôle du Conseil constitutionnel ; faute de compromis sur le contenu, c'est le compromis sur la normativité qui, une fois la majorité acquise, semble alors l'emporter, considérant qu'il y aurait sans doute plus d'inconvénient que d'avantages à ce que le débat fût relancé sur le terrain strictement juridique. Mais on songe aussi, dans un cas heureusement demeuré unique, à ce que Guy Carcassonne qualifiait de *susmulgation* ou *promulpension* par le président de la République de l'article de la loi du 31 mars 2006 relatif au « contrat première embauche » qui fut purement et simplement abrogé par un second texte adopté quelques semaines plus tard¹.

Dans l'un et l'autre cas, c'est l'intérêt général qui justifia que la loi, elle-même élaborée en vue de satisfaire un objectif d'intérêt général, fût l'objet d'une recherche de compromis. Démocratique, et par conséquent

¹ Article 8 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances (JORF 2 avril 2006, p.4950), abrogé par la loi n° 2006-457 du 21 avril 2006 sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise (JORF 22 avril 2006, p. 5993)

essentiellement politique, il n'est pas pour autant, on le voit, déconnecté de toute dimension juridique...

Institutionnalisée, la recherche du compromis et de l'intérêt général est donc, dans l'élaboration de la loi une certitude autant qu'un acquis. La tentation est forte de généraliser la méthode, au risque parfois que le compromis pût fragiliser l'intérêt général

II. L'intérêt général au risque du compromis ou la tentation d'une recherche généralisée du compromis

Le propos est ici autant de droit positif que prospectif. Il renvoie à une méthode identique : l'association par tout moyen de ce que l'on qualifie alternativement de société civile ou d'opinion publique à l'élaboration de la loi afin que la recherche du compromis fût généralisée et l'acceptabilité de la norme insusceptible d'être contestée. D'ores et déjà protéiforme **(A)**, la tendance est, en certains domaines, de l'institutionnaliser, voire de la constitutionnaliser **(B)**.

A. La recherche du compromis avec la société

La formule est volontairement englobante ; elle permet de rendre compte de l'existant.

Au-delà du compromis institutionnel ou interinstitutionnel et procéduralisé inhérent à l'élaboration de la loi, la prise en considération des attentes de la société participe d'une démarche qui, peu à peu, tend à se généraliser. Ses manifestations sont multiples.

En premier lieu, on peut évoquer les sondages d'opinion qui, de plus en plus, conduisent à des aménagements du contenu de texte avant ou en cours de discussion. Totalement informel, le processus ne peut être mis en évidence qu'au cas par cas. On arguera sans doute qu'il n'y a guère lieu de s'en étonner ; il n'en demeure pas moins que c'est le principe même de la démocratie représentative qui se trouve ainsi contourné.

Mais, en deuxième lieu, il peut arriver que la méthode soit formalisée. C'est le cas lorsqu'est mis en place, en amont d'un dispositif législatif novateur ou lorsqu'une réforme d'un dispositif législatif en vigueur est envisagée, un processus par lequel, selon les cas, les personnes concernées, des personnalités qualifiées ou un panel censé représenter l'ensemble de la société sera associée. Les exemples sont variés mais correspondent tous à une méthode identique, que l'on songe aux comités d'experts mis en place préalablement à la rédaction d'une loi, à la réunion d'une conférence de consensus à laquelle participeront les acteurs du domaine concerné par la loi, à l'organisation d'états généraux sur une thématique donnée – par exemple, bioéthique ou collectivités –, à la constitution d'un panel – tel celui mis en place dans la perspective de la réforme de la loi Léonetti –, à l'accord signé le 11 janvier 2013 entre les organisations patronales (Medef, CGPME et UPA) et

trois syndicats (CFDT, CFTC et CFE-CGC) mais refusé par deux autres (FO et CGT) que la loi dite sécurisation de l'emploi aura pour objet de transposer ou encore, de manière plus générale, au dispositif de concertation préalable prévu par la loi Larcher¹. Dans tous les cas le processus participe d'une même logique : favoriser la recherche du compromis par l'établissement d'un dialogue en amont qui permettra de fixer les termes d'une loi socialement acceptable qu'il reviendra ensuite au législateur de simplement entériner.

En troisième lieu, quoi que d'une autre nature, apparaissent comme obéissant une démarche comparable les dispositifs permettant aux citoyens de s'exprimer « en ligne » sur les sites des assemblées à propos d'un texte qui pourrait être adopté.

On considérera sans doute que la méthode est légitime dans un État démocratique et qu'elle est désormais significativement facilitée par le renouvellement des moyens de communication ; elle n'en présente pas moins des écueils qui incitent à mûrement l'évaluer avant que de céder à la tentation de la généraliser.

C'est, en premier lieu, au risque de la démocratie fictive que l'on songe le plus spontanément. Aussi perfectionnés que soient les moyens de consultation de l'opinion, encore faut-il que les décideurs soient en mesure d'en tirer les conséquences. Pour le dire autrement, le système de la consultation populaire longtemps pratiquée par des régimes prétendument démocratiques mais fondamentalement autoritaires doit inciter à la circonspection et à toujours garder à l'esprit que l'illusion du « tout démocratique » peut, *in fine*, causer plus de dommages qu'elle n'apporterait de bénéfices.

En deuxième lieu, le risque est grand de voir le dispositif pris en mains par les représentants d'intérêts corporatistes. Point n'est besoin de longuement argumenter, la formule même suffit à montrer à quel point, alors, la recherche du compromis serait en contradiction avec la poursuite de l'intérêt général qui, dans sa conception française, est l'ennemi des particularismes.

En troisième lieu, ne le nions pas, la généralisation de la recherche du compromis préalable est susceptible de mettre en évidence de manière exacerbée les discordances, voire, sur certains sujets, un véritable clivage au sein de la société. Point n'est besoin d'être grand clerc pour imaginer combien certaines réformes dites de société, telle la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse ou l'abolition de la peine de mort, auraient été, si elles avaient été précédées d'une négociation préalable destinée à rapprocher les points de vue, purement et simplement impossibles à mener.

¹ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, JORF 1^{er} février 2007, p. 1944.

On en vient, en quatrième lieu, à l'ultime écueil qui peut, avec chacun des trois précédents, être cumulé : la recherche systématique du compromis avec la société revient à accepter que le débat démocratique institutionnalisé fût préempté et la légitimité des élus nécessairement remise en cause.

Au-delà des enjeux que l'on peut considérer, à tort, comme purement théoriques, la pratique enseigne que, fût-elle légitime, la quête de l'acceptabilité d'une réforme par la recherche *ab initio* du compromis ne garantit pas, loin s'en faut, qu'un accord pût être trouvé. Plus encore, l'exemple récent, concernant la réforme ferroviaire ou celle du régime des intermittents du spectacle, de la remise en cause au moment où la loi vient en débat devant les assemblées, et par ceux-là même qui l'ont négocié, de l'accord que la loi vient acter démontre, s'il en était besoin, la fragilité de la démarche. Où l'on voit que le changement de méthode suppose, *ex ante*, une mutation culturelle, dès lors que, paradoxe de la démarche telle qu'appliquée en France, tant que la loi n'est pas norme elle peut être négociée quand bien même la loi que l'on se propose d'adopter serait la validation d'un accord préalablement négocié !

On comprend mieux alors les réserves que l'on peut formuler face à la tentation de la constitutionnalisation.

B. La tentation de la constitutionnalisation

Le projet « *d'inscrire la démocratie sociale dans notre loi fondamentale* » était un engagement de campagne du candidat François Hollande. Dans son prolongement, un projet de loi constitutionnelle a été adopté en Conseil des ministres et déposé devant le bureau de l'Assemblée nationale en avril 2013 dont l'objet est d'introduire dans la Constitution un article 51-2 nouveau qui constitutionnaliserait le mécanisme introduit à l'article L 1 du code du travail par la loi du 31 janvier 2007.

Tel que présenté dans l'exposé des motifs, le projet de loi constitutionnelle constituerait un progrès inscrit dans la continuité du principe, énoncé par le huitième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, selon lequel « *Tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail* ». Faisant référence à la « *grande conférence sociale de juillet 2012, suivie notamment de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013* », le projet est sciemment exposé comme la suite logique d'un processus d'ores et déjà amorcé. Il en résulterait que « *Tout projet de loi ou d'ordonnance ou toute proposition de loi qui procède à une réforme en matière de relations individuelles et collectives du travail, d'emploi ou de formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle ne [pourrait], sauf en cas d'urgence, être délibéré en conseil des ministres ou inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale ou du Sénat sans que les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives aient été mises en mesure de négocier, si elles le souhaitent, sur l'objet de cette réforme* ».

C'est donc le principe de la recherche du compromis avec les partenaires sociaux qui serait ainsi constitutionnalisé, présument, fût-ce implicitement, qu'elle est gage de réalisation de l'intérêt général.

Pourtant, à bien y songer, on a la conviction que le projet pourrait s'apparenter à une fausse bonne idée ; à trois égards au moins, l'analyse semble confirmée.

En premier lieu, c'est la marge d'interprétation inhérente à certains des termes de la disposition constitutionnelle qui semble l'indiquer. On sait, d'abord, la difficulté qu'il y a à cerner la notion d'organisation syndicale « *représentative* ». De même, ensuite, on peut légitimement s'interroger sur la signification de la formule « *être mises en mesure de négocier* », a fortiori tempérée par l'incise « *si elles le souhaitent* » qui, indiscutablement, pourrait donner matière à gloser. Enfin, et sans que la question soit ici abordée, il reviendrait au législateur organique, auquel le second alinéa de la disposition renverrait, de déterminer à partir de combien d'organisation syndicales représentatives l'exigence constitutionnelle se trouve satisfaite dès lors qu'il est probable que toutes ne « *souhaitent* » pas toujours négocier. Où l'on voit que la simple lecture de la disposition projetée suscite nombre d'interrogations.

En deuxième lieu, c'est le degré d'obligatorité de la disposition qui devrait être clarifié. Dit autrement, à partir de quand une réforme sociale pourrait-elle être menée à bien dès lors que les organisations ayant été mises en mesure de négocier sont dans l'incapacité de s'accorder. Où l'on voit resurgir l'idée que c'est la *recherche* du compromis qui serait ainsi l'objet d'une exigence constitutionnelle bien davantage que le *compromis* lui-même, conduisant peut-être à ce que la démocratie sociale constitutionnalisée courût le risque d'être essentiellement fictive.

En troisième lieu, c'est la contrainte que ferait peser le compromis trouvé sur la marge d'appréciation du législateur qui doit être explicité. Comment admettre, en effet, que les représentants du peuple souverain, appelés à voter la loi expression de la volonté générale, voient leur pouvoir de délibérer et décider affecté par la négociation préalable d'un compromis entre organisations syndicales qui ne bénéficient assurément ni de la même représentativité, ni de la même légitimité. Où l'on voit que la démocratie sociale pourrait constitutionnellement faire obstacle à la démocratie politique et mettrait assurément en cause les conditions d'exercice de la souveraineté.

On arguera que, constitutionnalisée, la démocratie sociale sera normativement conciliée avec la démocratie politique et que, au surplus, il incombera, en la matière comme en d'autres, au Conseil constitutionnel d'y veiller. Dont acte ! La question n'en demeure pas moins légitime qui consiste à s'interroger sur la possible inconstitutionnalité d'une loi qui, formellement adoptée dans la cadre de la démocratie procéduralisée, remettrait en cause les termes d'un accord auquel la démocratie sociale serait parvenu. Reconnaissons qu'il y a pour la moins un paradoxe à vouloir, dans le même temps, renforcer les pouvoirs du Parlement et constitutionnaliser le fait que, en matière sociale, il serait réduit au rôle de chambre d'enregistrement.

Nul ne conteste que la recherche du compromis y gagnerait –du moins en théorie– mais que, symétriquement, c'est la recherche de l'intérêt général qui s'en trouverait compromise.

En définitive, on le voit, l'intuition initiale se trouve confirmée. Si la recherche, ensemble, du compromis et de l'intérêt général est consubstantielle à une société démocratique qui s'exprime juridiquement en élaborant des lois, c'est la recherche d'un subtil équilibre entre l'un et l'autre qui doit y présider et, s'il ne fait guère de doute que la recherche du compromis est d'intérêt général, il n'est pas assuré que l'intérêt général surgisse toujours du compromis ! Reconnaissons aussi que se manifeste ici la spécificité de la conception française de l'intérêt général qui, absolue et peut-être même trop absolue, ne saurait s'accommoder du compromis !

*M. Vincent Aubelle,
professeur à l'université de Marne-la-Vallée*

« L'élaboration d'une loi sur la décentralisation »

L'amendement dans la loi de décentralisation

La loi, suivant l'expression consacrée, est la manifestation de la volonté générale. Toutefois, l'élaboration de cette norme commune n'est pas rectiligne. Faite de polissures successives, passage du discursif au normatif, l'écriture de la loi laisse une place importante à l'amendement. Même si, en son temps, Georges Vedel avait pu qualifier celui-ci de droit mineur, l'amendement occupe aujourd'hui une place essentielle, puisqu'il constitue le moyen le plus sûr pour les parlementaires d'exister : « sous la V^{ème} République, les amendements constituent en effet le principal outil au service des députés et, partant, un truchement efficace pour avancer des propositions¹ ». Il ne s'agira pas dans notre propos d'explorer toutes les facettes de l'amendement mais de cibler cette réflexion sur l'amendement dans la loi de décentralisation.

En effet, cette matière présente une caractéristique particulière, dès lors que l'expérience locale de chacun des parlementaires - ce constat se trouve renforcé dans une situation de cumul des mandats - prévaut. En faisant nôtre la remarque de Michel Debré formulée dans son analyse du système parlementaire : « les préoccupations locales l'emportent dans l'esprit de nos parlementaires sur les préoccupations nationales. Comme elles leurs sont plus faciles à comprendre et à résoudre ! Députés et sénateurs volontiers timorés devant les graves problèmes que pose le gouvernement des affaires intérieures et extérieures de la Nation, se trouvent à l'aise pour discuter entre eux des problèmes de l'administration locale dont ils sont responsables à d'autres titres et dont la solution leur permet de réaliser une œuvre personnelle² ». Même si cette remarque concerne le droit parlementaire sous la IV^{ème} République, deux conséquences découlent de cette conclusion :

- D'une part, l'élaboration du droit de la décentralisation autorise chaque parlementaire à disposer d'un avis tout ce qui touche à l'organisation des pouvoirs locaux : les évolutions législatives sont, sans que cela soit exclusif, la résultante du prisme local. Cette focale surdétermine parfois l'écriture de la loi, puisque, dès le dépôt du projet

¹ p.169 - Jean-Jacques Urvoas, Magali Alexandre - Manuel de survie à l'Assemblée nationale : l'art de la guérilla parlementaire - Odile Jacob - Paris - 2012 - 251p.

² p.27 - Michel Debré - Trois caractéristiques du système parlementaire français - Revue française de science politique, 5^è année, n°1, 1955

de loi, celui-ci est examiné au regard des conséquences induites sur les territoires électifs des parlementaires.

- D'autre part, conséquence du point précédent, le droit de la décentralisation, au-delà de l'élaboration d'une norme comme l'expression de la volonté générale, constitue aussi l'occasion de répondre à des situations particulières. À cet égard, si l'élaboration d'une loi de décentralisation doit être comprise comme la recherche d'un compromis entre l'ensemble des parties - ce qui présuppose un bien commun- cela n'exclut pas que cette recherche de l'intérêt général constitue également l'occasion de répondre à des situations particulières. Les lois de décentralisation, spécifiquement celles relatives à la mise en œuvre de l'intercommunalité à fiscalité propre, constituent sans aucun doute celles au sein desquelles la définition de l'intérêt général, conditionnée par la satisfaction d'accords contingents, est la plus manifeste : l'examen de ces situations particulières, voire la satisfaction de celles-ci à travers la reprise de certains amendements, est une condition indispensable pour qu'un intérêt général puisse se dégager.

Ces accords mineurs mettent en œuvre deux processus, parfois distincts voire enchevêtrés : celui de l'arrangement et celui du don.

Pour ce qui concerne l'arrangement, il est nécessaire d'en revenir à la définition donnée par Boltanski et Thévenot : « l'arrangement est un accord contingent aux deux parties (« tu fais ça, ça m'arrange ; je fais ça, ça t'arrange) rapporté à leur convenance réciproque et non en vue d'un bien général¹ ». Ainsi, la particularité de l'arrangement réside dans l'impossibilité d'opérer une généralisation de celui-ci, mais aussi dans celle de le justifier publiquement.

Les seuils de population retenus pour définir la communauté d'agglomération constituent l'un des exemples les plus aboutis pour illustrer l'arrangement.

Lors de la création de la communauté d'agglomération en 1999, les seuils de population retenus - essentiellement pour des considérations financières - ont été celui d'un territoire de 50 000 habitants, dès lors que celui comprend une commune de 15 000 habitants.

Les avantages financiers accordés à la communauté d'agglomération en matière de dotation d'intercommunalité, par comparaison aux montants alloués à la communauté de communes - expliquent cette recherche permanente de l'arrangement. Qui, pour permettre à certains territoires de bénéficier d'un montant de dotation supérieur à ce qu'il percevait antérieurement, consiste à autonomiser le droit au regard de la géographie. Tel est le sens de l'amendement déposé en 2010 par Jacques Péliard, président de l'association des maires de France, qui autorise la constitution d'une communauté d'agglomération à partir d'un seuil de 30 000 habitants et

¹ p. 408 - Luc Boltanski, Laurent Thévenot - *De la justification* - Gallimard - Paris - 1991 - 483 p.

ce dès lors qu'une des communes, dont la population est au minimum de 15 000 habitants, est également chef-lieu du département. Sans que le nom des territoires concernés n'ait été à aucun moment mentionné, cet amendement a permis à ce qu'ultérieurement la communauté de communes de Lons-le-Saunier, dont l'auteur de l'amendement est le président, puisse être transformée en communauté d'agglomération.

De même, l'amendement introduit lors de l'examen du projet de loi relatif aux conditions d'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et communautaires du 17 mai 2013, qui, en s'inscrivant dans la matrice de l'amendement précédent, permet qu'une communauté d'agglomération puisse être créée sur la base d'un seuil de 30 000 habitants, et ce, dès lors que le territoire concerné comprend la commune la plus importante du département. Trois territoires répondent à ces conditions : Annonay, Saint-Dizier et Verdun.

Ces amendements sont clairement le résultat d'un arrangement, la satisfaction de ceux-ci constitue l'un des moyens pour obtenir une approbation des parlementaires concernés sur les autres dispositions du texte. La nécessité de recourir à cet arrangement est d'autant plus forte que certaines des autres dispositions du texte soumis à l'examen du législateur rendent son approbation incertaine, voire difficile. Tel fut le cas pour l'adoption de la loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 qui ne fut atteinte, en troisième lecture, qu'à une seule voix de majorité. Mais, même si ces amendements répondent à des caractéristiques particulières, ils ne s'appliquent pas à un seul territoire : il est alors possible de qualifier cette évolution législative comme celle d'un arrangement contenant des dispositions à caractère général.

Toutefois, l'intérêt général n'est pas obligatoirement contenu dans chacun des arrangements qui sont conclus. Ce dont rendent compte les deux autres amendements suivants, qui ne répondent qu'à des situations particulières.

Le premier amendement concerne les modalités de calcul de la population d'une communauté d'agglomération pour des territoires qui doivent faire face « lors des afflux saisonniers, à un accroissement de leurs services et de leurs dépenses, comparables à ceux d'une communauté d'agglomération¹ ». La rédaction de l'amendement encadre cette possibilité pour les seuls territoires pour lesquels la population DGF excède au minimum de 20 % le seuil de 50 000 habitants mais également que la population DGF excède de 50 % la population totale. Seule une communauté

¹ p.825 - Intervention Marie-Thérèse Bruguière - Séance du 2 février 2010 - JOS

de communes répond à ces conditions - la communauté de communes du pays de l'Or, dont l'une des cosignataires de l'amendement, Marie-Thérèse Bruguière, était à l'époque également troisième vice-présidente de cet établissement public de coopération intercommunale : « ce sous-amendement est extrêmement important pour la communauté de communes du pays de l'Or, dans l'Hérault, et pour d'autres communes à forte population touristique¹ ». Par facilité, sans rentrer dans des explications par trop particulières pour expliquer l'absence d'opposition du secrétaire d'Etat, Alain Marleix, à cet amendement, retenons, que les conditions d'adoption de celui-ci s'inscrivent, pour le gouvernement, dans la recherche d'une majorité pour un texte contenant des dispositions faisant l'objet d'une forte opposition (celle-ci portant sur le conseiller territorial).

Le deuxième amendement, présenté à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles en 2013, ne s'inscrit pas dans un contexte de difficultés à réunir une majorité sur l'ensemble d'un texte législatif.

L'auteure, également vice-présidente de l'association des communautés de France, défendit un amendement, qui sera adopté, autorisant la transformation d'une communauté de communes en communauté d'agglomération, sur la base d'un ensemble de 25 000 habitants, au sein duquel il existe une commune de 15 000 habitants et que la majorité des communes (y compris la commune centre) sont des communes littorales. Cet amendement est l'expression de l'arrangement pur. Estelle Grellier, député de la circonscription au sein de laquelle se trouve la communauté de communes de Fécamp, seule bénéficiaire potentielle des dispositions offertes par l'amendement, remercie Olivier Dussopt, rapporteur du projet de loi d'avoir accepté cet amendement, celui-ci étant député-maire d'Annonay, territoire qui bénéficia de la correction législative opérée en mai 2013.

Ce dernier amendement retient également l'intérêt dans la mesure où l'arrangement qui est opérée s'effectue entre pairs, même si ceux-ci occupent des positions asymétriques : l'une est députée, l'autre est aussi député, mais rapporteur du projet de loi.

L'arrangement entre pairs n'est pas obligatoirement conditionné par l'asymétrie, comme en témoigne deux amendements adoptés à l'occasion de la loi relative au renforcement et à la simplification intercommunale du 13 juillet 1999. Le premier concerne celui qui fut codifié à l'article 67 et qui concerne la légalisation de l'instauration de la redevance pendant une durée de 25 années de la redevance pour l'usage du boulevard périphérique Nord. Le second, qui fut repris à l'article 70 de la loi précitée, mentionne que seules des communes limitrophes peuvent fusionner et qui répond à la situation

¹ p.825 - Intervention Marie-Thérèse Bruguière - Séance du 2 février 2010 - JOS

particulière de la fusion qui advint ultérieurement entre les communes de Lille et Lomme.

En l'espèce, cet arrangement est le fruit de l'accord entre deux anciens premiers ministres, Raymond Barre et Pierre Mauroy, avec la complicité bienveillante du président de la commission des lois de l'époque, Gérard Gouzes.

L'arrangement entre pairs, quelle que soit la position, n'aboutit qu'à partir du moment où le Gouvernement, faute nécessairement de pouvoir donner un avis favorable, s'en remet à la sagesse de l'assemblée. Ce que traduit parfaitement le propos de la ministre de la décentralisation à l'occasion de l'amendement Grelier : « pour des raisons de répartition de DGF, de difficultés, de demandes reconventionnelles et je vous en passe, madame la députée, le Gouvernement est a priori défavorable à votre amendement, dont il craint qu'il ouvre la boîte de Pandore. (...) En revanche, à titre personnel, je connais la situation de Brest et celle de Fécamp et vous approuve. (...) Par-delà le littoral se trouvent d'autres collectivités organisées et on se trouverait obligé de tout détruire jusqu'à Rouen ! Je ne peux émettre un avis favorable faute de mandat pour le faire, mais je vous comprends. J'émet donc un avis défavorable tout en comprenant parfaitement que les poissons préoccupent Mme Grelier ! ¹»

Le deuxième niveau de l'analyse de l'amendement est celui qui s'inscrit dans la logique du don. En revenant aux travaux que Malinowski a consacré à cette question, cela permet de comprendre que le don s'inscrit dans un processus de coopération. L'amendement n'est plus alors la traduction d'une quelconque forme de supériorité (ce que traduit l'acceptation passive du Gouvernement sur certains amendements), mais s'inscrit dans une logique d'échanges itératifs.

Malinowski distingue trois étapes dans l'instauration de cette coopération : le don, la réception, ce qui nécessite de préciser l'engagement que représente le don aussi bien pour les donateurs que les donataires, et le fait de rendre. Cette dernière séquence, comme expression de la gratitude, qui fonde la réciprocité durable de l'échange. Cette analyse du don est particulièrement prégnante lorsque les conditions d'adoption d'un projet de loi sont particulièrement difficiles.

Plusieurs exemples rendent compte de cette situation, tout en permettant de dépasser la situation de l'arrangement, compris au seul accord contingent entre deux parties. Ainsi, en 1992, alors que la loi ne fut adoptée en troisième lecture qu'à deux voix de majorité, l'amendement relatif à la possibilité de verser des fonds de concours. Cet amendement fait suite à la délibération de la communauté urbaine de Lyon qui prévoyait de verser des fonds de concours pour des équipements culturels. Celle-ci fut annulée le 29 novembre 1991 par le tribunal administratif de Lyon, sur le fondement

¹ p. 13179 - JOAN - 2^e séance du 12 décembre 2013

qu'il était impossible pour la communauté urbaine de Lyon de verser des fonds de concours pour l'opéra de Lyon, au motif que cet équipement n'avait pas été transféré par la ville de Lyon. L'article 87 de la loi n°92-125 du 6 février 1992 n'est que la reprise de l'amendement n°183 introduit en troisième lecture autorise le versement de fonds de concours pour les communautés urbaines, cette disposition ayant été ensuite étendue à toutes les catégories d'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre. Cet amendement s'inscrit dans la logique du don, Michel Noir, alors député du Rhône et auteur de l'amendement s'abstint lors du vote en troisième lecture du projet de loi.

Un autre exemple de ce processus du don dans la construction d'une loi de décentralisation est fourni en 2010 par la question des communes nouvelles. Le projet de loi soumis au conseil d'état prévoyait d'une part, une majoration de la dotation globale de fonctionnement des communes qui s'inscrivaient dans ce schéma de 10 % et d'autre part, des conditions de mise en œuvre de la commune nouvelle sur la base des conditions de majorité qualifiée. Le travail conduit en amont du dépôt du projet de loi au Sénat entre l'association et le Gouvernement, c'est à dire en dehors de l'enceinte du Parlement, conduisit à diminuer l'incitation financière de 50 % au regard de ce qui avait été envisagé initialement. Ceci afin de tenir compte de la position exprimée par le bureau de l'association des maires de France lors de sa réunion du 17 septembre 2009 qui s'opposait « à ce que l'incitation financière à leur création soit ponctionnée sur la DGF des communes et des EPCI ».

Pour ce qui concerne les conditions de majorité à réunir pour la création d'une commune nouvelle, les représentants de l'association des maires de France avait obtenu que la création d'une commune nouvelle ne puisse résulter que de l'accord unanime des communes, position à laquelle se rangea le sénat lors de la seconde lecture. L'assemblée nationale, en deuxième lecture rétablit les conditions à réunir telles qu'elles avaient été envisagées lors du dépôt du projet de loi. Le communiqué de presse de l'association des maires de France du 29 septembre 2010 renseigne utilement sur l'extra territorialisation de la fabrique de la loi : « l'AMF a obtenu des améliorations considérables. (...) En revanche, l'AMF ne peut accepter les dispositions adoptées par l'assemblée nationale en deuxième lecture concernant les conditions de création de la commune nouvelle ». Et c'est le secrétaire d'État, qui avant la tenue de la commission mixte paritaire, se déplaça au siège de l'association le 28 octobre 2010 : « Je sais, Monsieur le président Pélissard, que vous êtes très attaché à ce que la création d'une commune nouvelle ne puisse résulter que de l'accord unanime des communes. Le Gouvernement se rangera sans problème à cette position dès lors que la commission mixte paritaire retiendra ce principe ». Cette position ministérielle ne manque pas de surprendre, en tenant compte du fait que la commune nouvelle avait été présentée « comme un dispositif plus simple, plus souple et plus incitatif¹ » que celui qui prévalait antérieurement.

¹ Projet de loi n°60 - Sénat - Session 2009-2010.

Soucieux de réunir une majorité sur l'ensemble du texte, et notamment afin de dépasser les oppositions suscitées sur la question du conseiller territorial, le ministre sacrifie la commune nouvelle en faisant sienne les positions de l'association des maires de France pour laquelle le maintien de l'unanimité fut une condition non négociable. Outre le processus de don qui est à l'œuvre dans l'acceptation de cet amendement (même si au sein de la commission mixte paritaire ne siège aucun représentant du gouvernement), cet exemple souligne également l'extra territorialisation du processus législatif, dès lors que cette discussion s'est tenue en dehors de l'enceinte parlementaire.

En définitive, il ressort que la recherche de la définition d'un intérêt général dans le droit de la décentralisation nécessite la résolution de certains cas particuliers. L'intrusion de ces situations dans la loi est l'une des conséquences de la situation de cumul des mandats. Toutefois, il serait abusif de résumer l'écriture d'une loi de décentralisation à ces amendements spécifiques : l'arrangement mais également le don répondent tout à la fois à la nécessité d'adapter l'écriture de la loi à la réalité qu'il convient d'embrasser mais également, de réunir les conditions de majorité pour répondre à la nécessité de définir l'intérêt général.

*Mme Marie Cornu,
directrice de recherches au CNRS,
directrice du Centre d'études sur la coopération juridique internationale (CECOJI)*

« L'élaboration d'une loi sur les monuments historiques et le patrimoine »

« On a parlé [...] d'un sacrifice imposé au droit de propriété, au nom de l'intérêt général, de l'histoire ou de l'art. Il serait plus exact de dire qu'il s'agit là d'un conflit ou, si l'on préfère, d'un compromis entre deux droits de propriété également respectables. C'est, en effet, dans une véritable copropriété idéale que l'État, représentant de la nation, puise le droit d'intervenir, soit par l'expropriation, soit par la constitution d'une servitude spéciale, pour préserver contre les dangers qui le menacent son patrimoine artistique et historique, pour empêcher l'incurie de laisser tomber les monuments en ruines, le vandalisme de les saccager, la cupidité de les expatrier, l'ignorance ou le mauvais goût de les défigurer par des restaurations téméraires... »¹

Avant toute chose, je voudrai remercier les organisateurs de ce colloque, la commission des lois du Sénat et particulièrement son président Jean-Pierre Sueur, l'association française de droit constitutionnel, ainsi que Bernard Cerquiglini avec lequel nous avons commencé à échanger sur ce beau sujet de l'écriture de la loi. Je l'évoquerai à propos de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, une des premières lois de protection du patrimoine culturel, encore qu'à ce moment-là, ce terme n'appartienne pas encore au vocabulaire juridique². Le cœur de projet est dans la création d'une servitude d'utilité publique pesant sur les propriétaires de monuments historiques. L'État avait déjà la faculté d'exproprier, il dispose désormais d'une technique moins violente, ou en tous les cas « vendue » comme telle³, protection qui peut être décidée d'office, contre la volonté du propriétaire.

¹ 2^{ème} rapport fait au nom de la commission de l'enseignement et des beaux-arts chargée d'examiner le projet de loi relatif à la conservation des monuments et objets ayant un intérêt historique et artistique, par Théodore Reinach, député, JO, Doc.parl., Ch.députés, 2e séance du 14 juin 1912, annexe no 1999, p.1343. 2. Ibid., p. 1 346.

² Le terme de patrimoine entre dans le vocabulaire administratif à partir des années 70 et dans celui du droit à partir de la fin de cette décennie, progressivement et en ordre dispersé. Il renvoie alors à toutes sortes de typologies (patrimoine artistique, territoire, patrimoine ethnologique, patrimoine, architectural, urbain, etc.). Il faut attendre le Code du patrimoine en 2004 pour que soit introduite une notion juridique synthétique (art. L1 du CP).

³ V. notamment le rapport de Charles Bernier sur l'idée que la servitude d'utilité publique est plus respectueuse du droit de propriété.

Au terme de l'article premier de la loi de 1913 : « les immeubles dont la conservation présente, au point de vue de l'histoire ou de l'art un intérêt public sont classés comme monuments historiques, en totalité ou en partie, par le ministre des beaux-arts ». On trouve là, en substance, l'âme de la loi pour reprendre la formule du doyen Carbonnier. Cet article inaugural contient les éléments clés du dispositif, d'une certaine façon la carte génétique de ce droit naissant : l'objet avant tout l'immeuble, la charge de conservation qui grève la propriété, l'intérêt qui motive le classement et enfin le rôle de l'État.

La condition de l'immeuble monument historique vient en premier, et c'est en effet la focale dans le texte de 1913. Même si les objets mobiliers sont des catégories possibles de monuments historiques, les innovations majeures concernent bien les immeubles. Le traitement des meubles y compris les immeubles par destination abordé dans le chapitre 2 de la loi restera longtemps en demi-teinte. Il accuse encore aujourd'hui un retard certain dans le régime de protection.¹L'obligation de conservation, ensuite, constitue la pierre de touche du système, quand bien même le terme ne conquiert pas véritablement une charge juridique très précise. Il renvoie à l'idée que le propriétaire n'est plus souverain sur sa chose. Bien sûr, de multiples servitudes ont déjà proliféré ce que ne manquent pas de rappeler les porte-parole de la loi sur les monuments historiques. Celle-ci entame cependant d'une façon substantielle le droit du propriétaire puisque son pouvoir de disposition matérielle est entièrement sous tutelle des services compétents de l'État. Toute modification, destruction, aménagement, restauration, finalement tout acte susceptible d'altérer l'intégrité matérielle des biens requiert l'autorisation de l'administration des beaux-arts. La charge de conservation doit être reliée à l'intérêt public d'art et d'histoire, notion cadre qui fait du monument historique une catégorie juridique. Ce sont ces "traces des humanités disparues"², « livres de pierre dans lesquels s'est déposé quelque chose de cet être moral et collectif qu'est la Nation ».³

La consécration de cet intérêt motive le classement, terme qui désigne la servitude d'utilité publique. Il renvoyait auparavant à un pur exercice de classification. Dans ce passage à la langue juridique, il devient une protection juridique. Enfin, le pouvoir de décision, entre les mains du ministre des beaux-arts, se conçoit sur un mode fortement centralisé, marque de fabrique que porte encore le droit contemporain du patrimoine.

¹ Sur cette question, v. 2004, J.-P. Bady, M. Cornu, J. Fromageau, J.-M. Leniaud, V. Négri, 1913, *Genèse d'une loi sur les monuments historiques, La documentation française, le Comité d'histoire du Ministère de la Culture, 2013, les monuments historiques, un nouvel enjeu, L'Harmattan, Coll. Droit du patrimoine culturel et naturel.*

² La formule est de Ridouard, auteur d'une proposition de loi déposée devant le Parlement, un des projets les plus audacieux avec celui de M. Chappedelaine, *JO, Doc. parl., Ch. députés, 26 novembre 1907, p. 299.*

³ C'est ici Théodore Reinach qui parle ici dans un rapport fameux fait au nom de la commission (14 juin 1912).

Cette loi de 1913, n'est en réalité pas le premier texte de protection. Avant elle la loi du 30 mars 1887 a ce même objet des monuments, ce même projet de conservation. Son périmètre d'action est toutefois plus restreint, pour l'essentiel resserré autour des relations entre l'État et les collectivités locales : communes et départements. Il s'agit d'affirmer le rôle tutélaire de l'État sur les autres entités publiques, Il n'y est question que de propriété publique. Saleilles, dans un article imposant en explore avec grande minutie les différents ressorts, notamment les liens complexes entre régime spécial et domanialité publique.¹

Si cette loi de 1887 forme une partie de son héritage, la loi de 1913 innove véritablement en ce qu'elle crée une propriété culturelle à charge quelle que soit la nature de cette propriété privée ou publique. Dans ce champ de la protection, elle est une loi fondatrice. Elle a une fonction puissamment structurante dans ce droit naissant, elle élabore les principaux concepts, méthodes, principes qui tiennent ensemble la matière, et qui continuent aujourd'hui d'irriguer la matière. C'est en ce sens une loi matricielle, d'où l'intérêt de se pencher sur son écriture.

Ce thème de l'écriture de la loi peut, à la vérité, être pris de plusieurs façons. D'abord l'écriture est un processus, la construction d'un discours qui implique une pluralité d'acteurs, une pluralité d'auteurs. On sait bien la complexité de ce lieu d'interaction. C'est la loi en train de se faire. Et puis, deuxième point de vue, l'écriture de la loi est le produit de cette transaction, le point d'aboutissement de ce processus, la loi comme énoncé législatif. Je m'en tiendrai au premier point, l'atelier d'écriture, qu'on peut en réalité décomposer en deux périodes clés qui chacune disent des choses du processus d'écriture de la loi et de la façon dont s'opère le passage d'un discours de politique publique - ici la nécessité de protéger le patrimoine - à un énoncé normatif. A la phase préparatoire marquée par le rôle des bureaux, succède le temps de la délibération législative dominée par les travaux de la commission chargée de l'étude du projet de loi.

I. La phase préparatoire : le rôle moteur des bureaux

Dans ce domaine comme dans d'autres, les bureaux ont un "authentique pouvoir dans la production des normes"². Leur rôle ne se

¹Saleilles Raymond, «Loi du 30 mars 1887 relative à la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique», *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t.I, no 3, 1891, p.635-738.

²Selon la formule de Jacques Chevallier, « La place de l'administration dans la production des normes », *Revue Droit et société*, n° 79/2011, LGDJ, Lextenso éditions, p. 623 ; plus largement voir l'ensemble du dossier consacré à ce thème du « rôle des administrations centrales dans la fabrication des normes » coordonné par Jean-Pierre Le Crom.

résume pas à un simple travail rédactionnel ou technique en forme de traduction d'une volonté politique qui se serait exprimée dans la sphère des gouvernants. Les personnes en charge des monuments historiques ont une vraie conception de ce que doit être la protection du patrimoine, une conviction quand ça n'est pas un engagement militant.

Les figures marquantes dans la préparation du texte

La genèse de la loi de 1913 débute dans cet espace des bureaux. Probablement à partir de 1907, plusieurs versions seront discutées, travaillées, commentées, amendées. Il est difficile de savoir qui exactement prend part à cette construction collaborative. Plusieurs figures pourtant se dégagent très nettement dans la rédaction¹ des avant-projets de loi, en particulier Charles Grandjean et Charles Bernier. Charles Grandjean, Inspecteur des Monuments historiques a un profil tout désigné dans cet exercice d'écriture. Il est chartiste et licencié en droit. Il a non seulement une vision « panoptique » du patrimoine et des besoins de protection, mais également une connaissance fine des questions de droit. Il se passionne pour les législations étrangères. La grande référence reste la législation italienne, « celle de toutes les législations qui forcément devait être la plus abondante, la plus fructueuse en renseignements utiles, la plus complète et la plus énergiquement protectrice » écrit Saleilles dans un article dans lequel il théorise la notion de propriété artistique.² Grandjean établit des tableaux comparatifs d'une façon extrêmement méthodique, se livre à une comparaison minutieuse³. Xavier Perrot salue son « scrupule méthodique » et sa science du droit. Il commente et critique les premières versions de la future loi. Il est le principal artisan du troisième avant-projet. On lui doit des « analyses juridiques très serrées sur chacun des articles du projet primitif », notamment sur des points centraux tels que l'inaliénabilité, les servitudes, l'expropriation. En parallèle, Grandjean a une carrière administrative longue au Sénat. Il y entre à la bibliothèque du Sénat, et termine comme chef de service du compte rendu analytique, activité qui entretient assurément son art de l'écriture. Comme l'écrit Xavier Perrot, Grandjean avait à l'esprit le souci « d'anticiper la réaction des chambres afin de ne pas faire peser de menaces inutiles sur le vote. Dans une note adressée au sous-secrétaire d'Etat aux Beaux-arts : dit ceci « on ne doit point oublier qu'il s'agit ici d'une mesure exorbitante, d'une mainmise sur la propriété d'un particulier. [...] Si

¹ Sur cette histoire du rôle des bureaux, v. X. Perrot, « La préparation administrative du projet de loi (1907-1911) », 1913, *Genèse d'une loi sur les monuments historiques*, op. cit., p. 84 et Julien Lacaze, « Les débats autour du classement d'office : quand l'idée de servitude l'emporte (1908-1909) », *ibid.*, p. 94.

² R. SALEILLES, « La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art. Étude de droit comparé » : *Rev. Bourguignonne de l'enseignement supérieur de Dijon*, 1896, p. 1-98.

³ Les documents d'archives de l'administration des Beaux-Arts sont soigneusement conservés à la Médiathèque du patrimoine, qui dispose d'un gisement très riche et précieux de cette mémoire des bureaux.

L'on veut faire accepter ces choses par les juristes, il faut être discret ». Il pratique par conséquent une forme d'autocensure, persuadé qu'il en va de l'adoption de la loi. Charles Bernier, avocat de l'administration des Beaux-Arts reprend la plume derrière Grandjean à partir de 1909. Il rédige un avant-projet accompagné d'un rapport remarquable sur la nécessité d'une nouvelle loi. Son projet est cependant beaucoup plus audacieux. Même s'il reprend évidemment des éléments du projet Grandjean, il va beaucoup plus loin dans l'entame des prérogatives propriétaires et dit vouloir "faire faire, à la législation, en cette matière, un pas en avant".¹ C'est dans ce texte que prend corps l'idée du classement d'office, ce que Julien Lacaze appelle « le tournant protecteur de l'État »². Charles Bernier plaide en faveur de cette technique qu'il juge moins radicale, moins attentatoire au droit de propriété. Il fait le constat que dans le système en vigueur, sous l'empire de la loi de 1887, "un intérêt, dont le caractère d'utilité publique est reconnu et législativement proclamé (se trouve) paralysé pratiquement en présence de la propriété privée, alors que le propre de l'utilité publique est justement de faire fléchir les intérêts privés et particulièrement le droit de propriété devant l'intérêt général. L'administration des Beaux-arts, pour accomplir sa tâche ne dispose que « d'un seul moyen aussi radical qu'impraticable », faire disparaître la propriété par l'expropriation. La servitude de classement est donc présentée comme respectant davantage le droit du propriétaire. La rhétorique est habile. Il n'en reste pas moins que l'avancée de la cause d'utilité publique est beaucoup plus intrusive pour le propriétaire, relativement au système précédent. Le processus législatif dans la phase qui suit sera porté par cette même logique.

Il ne faut pas négliger la part que prend Paul-Frantz Marcou, Inspecteur général des monuments historiques dans la partie réservée aux objets mobiliers.³ Si les immeubles dominent dans la loi de 1913, plusieurs dispositions très utiles concernent le volet mobilier. Elles ont pour objet la conservation de ces éléments du patrimoine mais aussi la lutte contre des risques plus présents dans ce domaine : le « vandalisme spoliateur » et le « vandalisme exportateur ».⁴ Marcou tient la plume non seulement au moment de la discussion autour du classement des objets mobiliers dans la

¹ C. Bernier, *Rapport à la 1^{ère} sous-commission sur le projet de loi relatif aux monuments et objets classés, Commission des Beaux-arts,*

² J. Lacaze, « Les débats autour du classement d'office : quand l'idée de servitude l'emporte », 1913, *genèse de la loi sur les monuments historiques, op. cit.*

³ *Sur ce versant de la protection des objets mobiliers et le rôle marquant de Paul-Frantz Marcou, v. Judith Kagan, "Préservation du patrimoine mobilier : l'apport de la loi du 31 décembre 1913 vue à travers l'action administrative", 1913, Genèse de la loi sur les monuments historiques, p. 177, ainsi que J. Kagan et X. Perrot, notice biographique de Marcou, ibid., p. 423. Marcou fait une carrière très longue dans l'administration des Beaux-arts et comme le rappelle J. Kagan et X. Perrot, prendra une part importante dans la plupart des textes fondateurs adoptés dans cette période, notice biographique, op. cit., p. 424.*

⁴ Jean Marguery, *La protection des objets mobiliers d'intérêt historique ou artistique, législations française et italienne, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, Paris, 1912.*

loi de séparation des Églises et de l'État, mais on lui doit aussi « la formulation » des textes relatifs au mobilier dans la loi de 1913.¹

Le rôle des bureaux dans l'élaboration d'une doctrine de protection

Le rôle moteur des bureaux tient sans aucun doute au mode sur lequel se construit la politique de protection des monuments historiques, notamment à partir de 1830, date de création du premier poste des monuments historiques. Jean-Michel Leniaud rappelle à quel point la monarchie de juillet a été fondatrice d'une politique ainsi que d'une pratique administrative et technique en la matière.² L'État investit ce champ, exerçant un pouvoir tutélaire en l'absence de tout support légal. La première loi vient seulement en 1887. On a déjà conscience qu'un texte est nécessaire, ce que réclame déjà Victor Hugo dans son fameux article « Guerre aux démolisseurs » en 1832. Mais, très probablement, les esprits ne sont pas mûrs, l'obstacle le plus sérieux est le droit sacré de propriété.³ En attendant, la cause avance, entre les mains des bureaux. Guizot, alors ministre de l'intérieur, annonce aux préfets, dans la circulaire du 29 octobre 1830, la nomination d'un inspecteur « chargé spécialement de veiller à la conservation des monuments historiques » et comme le rappelle Arlette Auduc, leur intime « de favoriser leur action lorsqu'il se rendra dans leur département et de nommer des correspondants qui l'aideront dans sa tâche ». Prosper Mérimée, puis Ludovic Vitet seront les premiers à occuper ce poste. De nombreuses circulaires suivront. Le « nombre et la répétition de ces prescriptions » peuvent être mises sur le compte de leur faible efficacité.⁴ Si l'argument financier et les subventions attribuées par l'État pour travaux seront un levier utile dans l'exercice d'un contrôle de l'État, il reste pour le moins fragile si les communes ou départements décident après coup d'intervenir sur leur monuments et y compris de les détruire. Ce qui est sûr, c'est que cette période longue de prise en charge de la mission de conservation du patrimoine national – plus de cinquante ans – donne l'occasion aux services administratifs de façonner doctrine et pratiques de protection. Ils établissent des listes de monuments à restaurer, à financer, ils hiérarchisent ces listes, ils théorisent la notion de monument, ils enjoignent les préfets par voie de circulaire d'assurer une surveillance, de combattre toutes formes de vandalisme patrimonial. On parle notamment du

¹ En ce sens, notice Marcou, K. Kagan et X. Perrot, 1913, *Genèse de la loi sur les monuments historiques*, op. cit., p. 424.

² Jean-Michel Leniaud, « aux propylées d'un monument législatif », 1913, *genèse d'une loi sur les monuments historiques*, op. cit., p. 17.

³ On le perçoit notamment au travers des débats parlementaires relatifs à l'évolution de la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, autour de 1840, dans lesquels il est question d'évoquer explicitement les monuments historiques, cause portée notamment par Mérimée et Montalembert. Mais le caractère absolu du droit de propriété fera rempart, sur cette histoire A. Auduc, *Quand les monuments historiques construisaient la Nation*, 2008, op. cit.

⁴ En ce sens, Arlette Auduc, 1913, *Genèse d'une loi sur les monuments historiques*, op. cit., p. 32.

vandalisme municipal et des désastres dus au développement des villes et de l'industrie. L'émergence de cette culture administrative leur donne finalement une forme de légitimité pour amorcer ce processus d'écriture.¹ Le fait est que la position dominante investie par l'administration, nourrira les réflexions du législateur. C'est, entre autres, à partir des principes et notions dégagés par les bureaux que s'édifie le nouveau texte, en particulier celles de monuments historiques, de classement², de conservation. La juridicisation de ces notions "administratives" parfois s'accompagnera d'un changement ou d'une évolution de leur contenu sémantique. Ils n'en sont pas moins des repères centraux pour le législateur. Ce phénomène d'incubation du système de protection dans l'espace des bureaux a fortement influencé l'économie du système. Il a encore aujourd'hui un pouvoir déterminant dans l'interprétation des notions clés. Pour un certain nombre, elles ont été et continuent d'être forgées du dehors, par la science historique. C'est elle qui a notamment fait évoluer la notion de monuments historiques vers celle, plus généreuse de patrimoine. Mais c'est là une autre histoire.

Le projet de loi du gouvernement sera présenté en 1910 par Aristide Briand ministre de l'intérieur et des cultes et Maurice Faure, ministre de l'instruction publique et des beaux-arts. Vient alors le second temps, celui de l'atelier parlementaire.

II L'atelier d'écriture parlementaire

Après ce travail des bureaux s'ouvre cet autre temps d'écriture de la loi, celui du dialogue parlementaire, destiné à produire un énoncé normatif, temps dans lequel cohabitent des discours multiples. S'y invite en l'occurrence aussi celui de l'administration. Cette période durant laquelle on débat autour d'un projet ambitieux est une période complexe, marquée par la coexistence de plusieurs temporalités législatives. Au final, et d'une façon assez déroutante, ce grand texte sera voté sans grands débats contradictoires. Pour l'essentiel, le lieu d'interaction sera le travail en commission.

Les temporalités multiples : grands et petits textes

La loi de 1913 s'inscrit dans une temporalité longue. Sorte de monument législatif, il ne compte pas moins de trente-deux articles. Les travaux parlementaires débutent en 1910 avec le projet de loi du gouvernement présenté par Aristide Briand ministre de l'intérieur et des cultes et Maurice Faure, ministre de l'instruction publique et des beaux-arts. Plusieurs propositions de loi sont simultanément déposées, textes qui seront pour certains examinés ensemble par la commission de l'enseignement et des beaux-arts. Le rapporteur est Théodore Reinach. C'est lui qui tient la plume. Il est incontestablement une figure majeure dans ce processus d'écriture.

¹ Sur cette histoire, v. Arlette Auduc, *Quand les monuments construisaient la Nation, le service des monuments historiques de 1830 à 1940, La documentation française, Comité d'histoire du Ministère de la Culture, 2008.*

² Sur ce point v. notamment, Julien Lacaze, « L'évolution de la notion de classement », 1913, *Genèse d'une loi sur les monuments historiques, op. cit., p. 161.*

Dans son premier rapport, il fait valoir que « le caractère délicat de certaines questions controversées ne permettent guère d'espérer qu'on puisse éviter un débat de quelque durée, soit au sein de la commission de l'enseignement et des beaux-arts, soit devant la Chambre ».

À peu près dans cette même période, sont adoptés une succession de petits textes pris dans l'urgence, sous la pression de l'actualité. Il y a une exportation massive de caisses de sculptures et de fragments d'immeubles, vers l'Amérique du port de Bordeaux, des risques de destruction notamment du patrimoine des églises, des tentatives parfois réussies de dispersion du patrimoine public. On légifère par à a coups. La loi du 19 juillet 1909 interdit l'exportation des objets mobiliers classés et introduit une possibilité de classement volontaire des biens en mains privées. La loi du 16 février 1912 a pour objet de sécuriser les objets mobiliers menacés de péril dans les églises, en autorisant l'administration à recourir à des mesures conservatoires. Une loi de mars 1912 introduit la règle d'imprescriptibilité des objets classés propriété des communes des départements et établissements publics.

Certains de ces textes, sont purement et simplement extraits du projet en discussion, en forme de traitement à la découpe. Reinach justifie la méthode au regard du caractère d'extrême urgence de ces situations qui ne sauraient attendre le vote d'une loi qui ne manquera pas de susciter d'interminables controverses.¹ Ces fragments de textes seront ensuite repris dans la trame de la loi de 1913.

La question de la protection des monuments historiques s'invite aussi dans un autre espace du débat parlementaire : la discussion autour de la loi de séparation des églises et de l'Etat. Le texte est au risque de transfert de propriété des édifices, et des objets qui les garnissent, au risque de transfert de responsabilités et ainsi de charges financières. On craint la dispersion, la destruction, la négligence, le vandalisme municipal dans toutes ces modalités. Les articles 16 et 17 de la loi seront consacrés à la protection des édifices, immeubles par nature et par destination et des objets.²

Ces différents plans de l'écriture législative produisent une dispersion du discours, une fragmentation de l'énoncé législatif. Et c'est précisément de ce matériau composite que sortira la synthèse. Dans ce contexte d'activisme législatif, on s'attend à ce que la négociation dure. Comme l'a rappelé le président Sueur, « Il faut du temps pour faire une bonne loi ». Et le travail d'écriture au sein de la commission va, en effet, prendre un certain temps. Mais contre toute attente, il est adopté quasiment sans débat en première lecture par les deux assemblées. Devant la chambre des députés, aucune demande de parole n'est enregistrée, ni dans la discussion générale, ni dans

¹ C'est notamment le cas de la loi 16 février 1912 qui correspond à l'article 24 du projet de loi.

² Sur cette question de la rencontre entre la loi de séparation des églises et de l'État et la protection du patrimoine, A. Fornierod, « Les prémices d'une réforme de la protection des monuments historiques : la loi du 9 décembre 1905 », 1913, *genèse d'une loi sur les monuments historiques*, op. cit., p. 70.

le vote par article.¹ Devant le Sénat, un débat s'amorce à propos des objets mobiliers. Un des sénateurs intervient pour protester contre l'atteinte portée au droit de propriété. Il s'agit évidemment d'un front de résistance dans l'avancée de la cause d'utilité publique. Finalement le texte sera voté sans modification. S'il y a une atteinte au droit de propriété du fait de la possibilité de classement d'office, les garanties apportées sont jugées suffisantes, car contrairement aux immeubles dont le classement autoritaire doit être décidé par décret en Conseil d'État, la loi renvoie la décision en matière mobilière au législateur. Le classement d'office ne pourra être décidé que par une loi spéciale. On peut dire, par conséquent, que le débat parlementaire n'aura guère influencé le processus d'écriture législative, si l'on réserve quelques amendements déposés en amont devant la commission.

Le lieu d'interaction : le travail en commission

Dans le processus d'élaboration de la loi de 1913, l'atelier d'écriture de la loi résulte pour l'essentiel du dialogue entre le texte du gouvernement et le celui de la commission qui réalise une synthèse à partir de sources multiples : la loi de 1887, les fragments de petits textes déjà adoptés, les propositions de lois de plusieurs députés. Le lieu de coproduction législative est ici, mode opératoire qui aura une forte incidence sur la facture de la loi.

Le travail d'écriture se concentre sur la précision et l'harmonisation du langage et du vocabulaire, sur la caractérisation des notions, sur le découpage formel de la loi, on traque les articles trop longs, ou hétérogènes, les risques de mésinterprétations, d'interprétations multiples. C'est un beau travail de simplification, de clarification, de reformulation dans un langage plus épuré, plus technique. Dans cet exercice de réécriture, le législateur part d'un langage de spécialité élaboré tout au long du XIX^{ème} siècle emprunté à l'archéologie, à la science historique, en particulier l'histoire de l'art, aux disciplines de la conservation et de la restauration. Tout le corpus de protection s'est adossé à un vocabulaire, qui n'est pas un vocabulaire juridique. Il faut donc réussir cette conversion vers un autre langage de spécialité, celui du droit. La discussion se noue autour du titre de la loi illustre bien ce processus. Le gouvernement propose un titre assez bavard : projet de loi relatif à la conservation des monuments et objets ayant un intérêt historique ou artistique", qui reproduit textuellement le titre de la loi de 1887. Théodore Reinach plaide au contraire pour un titre plus synthétique : loi sur les monuments historiques. La formule de la loi de 1887 ne lui « paraît pas heureuse. (...) Nous estimons, qu'en matière législative, les titres les plus courts sont les meilleurs ». La remarque n'est cependant pas seulement d'ordre stylistique. Reinach revient à la signification même du terme monument. « Dans le vocabulaire de l'archéologie et de la critique,

¹ Séance du 20 novembre 1913.

déjà même dans le langage courant, le terme monument désigne désormais toute œuvre d'art ancienne et par conséquent (il) s'applique à toute œuvre d'art d'un intérêt historique, quelles qu'en soient les dimensions qu'il s'agisse d'un immeuble ou d'un objet mobilier. Dès lors, c'est le terme bref et expressif de monument historique que nous proposons d'inscrire au frontispice de la loi ». Doté d'une simple valeur informative, l'intitulé d'une loi n'a pas de charge juridique propre¹. Il peut cependant contenir des éléments utiles à la compréhension du texte. Il livre ici une des notions clés du dispositif : le monument historique érigé en une véritable notion juridique.

Dans cet exercice de synthèse, Théodore Reinach tient un rôle de premier plan. Juriste, titulaire de deux thèses en droit comparé² et en littérature, il est par ailleurs papyrologue et numismate et a effectué des missions archéologiques.³ On lui doit des formules lumineuses sur ce compromis réalisé entre le droit d'intervention de l'État, représentant de la nation et le droit du propriétaire privé et sur l'idée d'une « copropriété idéale » servant ces deux intérêts, notamment dans le deuxième rapport.⁴ Ce document est très éclairant sur le processus d'écriture de la loi de 1913. Reinach se livre à un travail d'archéologie législative de haute précision et montre en quoi ce texte est le produit de plusieurs strates.

La loi est adoptée sans débat le 31 décembre 1913. On peut se demander quelles en sont les raisons. Si l'on en croit Paul Léon, resté 24 ans au service de l'administration des Beaux-arts, ont joué l'effet de surprise et la date du vote.

« S'agit-il d'une loi spéciale qu'il n'est pas possible d'inclure dans le budget, il faut opérer par surprise, pour éviter la discussion [des chambres] qui entraîne l'ajournement. C'est ainsi que la loi de 1913 sur les monuments historiques qui eût soulevé d'insolubles controverses à propos de la restriction du droit de propriété fut votée dans la nuit du 31 décembre au 1^{er} janvier, peu d'instantes avant la clôture de la session et devant des banquettes vides. »⁵

Mais les raisons n'en sont peut-être pas si anecdotiques ou

¹ En ce sens, J.-C. Bécane, M. Couderc, J.-L. Héryn, *La loi*, Dalloz, p. 176.

² *De l'état de siège et des institutions de salut public en France et dans la législation comparée, 1885*

³ V. J. Kagan, notice de Joseph, Salomon, *Theodore Reinach, les frères Je sais tout, 1913, Genèse d'une loi sur les monuments historiques, op. cit., p. 433.*

⁴ *2e rapport fait au nom de la commission de l'enseignement et des beaux-arts chargée d'examiner : 1° le projet de loi relatif à la conservation des monuments et objets ayant un intérêt historique et artistique (no 1824); 2° la proposition de loi adoptée par le Sénat, tendant à modifier l'article 11 et le 2e paragraphe de l'article 13 de la loi du 30 mars 1887 concernant la conservation des monuments et objets d'arts ayant un intérêt artistique (no 1 321) ; 3° la proposition de loi de M. de Chappedelaine, relative à la protection et à la conservation du patrimoine historique et artistique de la France (no 1 898), par Théodore Reinach, député. - 14 juin 1912 : travaux parlementaires de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques : Chambre des députés, 1re lecture.*

⁵ P. Léon, *Du Palais-Royal au Palais-Bourbon. Souvenirs*, Paris, Albin Michel, 1947, p. 223.

conjoncturelles. Pendant la période de maturation du texte, on l'a dit, d'autres chantiers législatifs ont été entrepris et menés à bien. On peut penser que tant la mécanique de la loi de séparation des églises et de l'État que la méthode d'adoption à la découpe de petits textes pris dans l'urgence ont eu un effet d'entraînement. Ces différentes lois « paraissent » (...) fonctionner à la manière d'un train d'engrenages : quand l'une se met à tourner, toutes avancent. Ainsi, entre échecs secs et avancées restreintes, l'idée de la servitude infuse, le discours de justification se renforce et les réseaux de personnes convaincues se structurent ».¹ Le degré de maturité du texte est aussi un facteur décisif,² joint à l'idée que le projet emporte l'adhésion. Les parlementaires partagent une même conscience patrimoniale. Reinach le pressent dans son deuxième rapport : « Messieurs, à mesure qu'une nation arrive à la pleine conscience de sa personnalité morale, elle ne tarde pas à reconnaître que les monuments qui reflètent les phases de son développement artistique, ou qui se rattachent à quelque souvenir précieux de son histoire, font partie de sa substance au même titre que ses fleuves, ses montagnes, ses vallées, ses forêts, les forces enchaînées dans l'eau de ses torrents, les sites dont l'imposante grandeur ou la grâce souriante composent les traits de sa physionomie. ». D'autres textes que la loi sur les monuments historiques, manifestent aussi cet intérêt pour le beau et de l'idée qu'il s'agit d'une cause d'utilité publique.³

Enfin, une autre raison fait que la loi passe sans difficulté. C'est que l'économie du texte obéit à une sorte de principe de réalité. Dans ce grand texte, Reinach, dit ne pas vouloir tout faire tout de suite. Le processus d'écriture est amorcé et sérieusement amorcé mais il ne trouve pas son terme dans l'adoption du texte. Il y a des marges de progression future. On aperçoit même dans la loi, les signaux que laisse le législateur présent au législateur futur. C'est vrai à propos de la protection des objets mobiliers, en retrait relativement aux immeubles. Le classement d'office des objets mobiliers, on l'a dit, renvoie à l'adoption d'une loi spéciale. Une loi renvoyant à une loi, la méthode a de quoi surprendre. En réalité, elle est le fruit d'un compromis trouvé à la suite d'un amendement proposant d'aligner le régime des immeubles et celui des meubles. Reinach estime que le projet n'est pas encore mûr, mais souhaite conserver une trace « qui sert en quelque sorte de jalon pour les progrès futurs ». C'est loi du 31 décembre 1921, loi de finances qui fera évoluer les choses discrètement, sans faire de bruit. Reinach manifeste une même prudence s'agissant de la protection de ce que l'on nomme aujourd'hui le petit patrimoine. « On regrettera qu'à côté de la

¹ M. Cornu, N. Wagener, *«Quelle conception de la propriété dans la loi du 31 décembre 1913», 1913, Genèse d'une loi sur les monuments historiques, op. cit., p. 218.*

² *Il est rare de voir une œuvre législative plus mûrie dit le sous-secrétaire d'État aux Beaux-arts devant le Sénat en décembre 1913.*

³ *Par exemple sur l'affichage, les perspectives monumentales ou encore les dispositions propre à Paris.*

protection efficace que le classement assure aux monuments d'intérêt national, nous n'avons pas accordé aux municipalités la faculté d'organiser celle des vieilles maisons, des groupements, des aspects d'intérêt personnel purement local, mais qui donnent ou donnaient hier à tant de nos anciennes cités une physionomie originale. (...) si nous n'avons pas accueilli ces innovations séduisantes et quelques autres, c'est par crainte d'alourdir un texte déjà très chargé de nouveauté ». Reinach estime que ces innovations auraient nourri des controverses interminables qui auraient risqué de retarder l'adoption de la loi. Autour de ce projet qui investit l'État d'un pouvoir de surveillance sur les monuments historiques, la loi initie une dynamique, conservant en mémoire quels peuvent être les chantiers à venir. Certains d'entre eux- la plupart - seront investis, d'autres seront laissés de côté ou plus exactement réinterprétés. La notion d'inscription sur l'inventaire supplémentaire qui visait le patrimoine local, a été instrumentalisée à d'autres fins. La loi de 1913, a par conséquent continué de s'écrire durant le 20ème siècle, et le corpus législatif hérité de la loi de 1913 est encore très présent dans le droit positif en particulier dans le code du patrimoine adopté en 2004. On peut soutenir que les modèles de la loi de 1913 ont diffusé durablement dans le droit du patrimoine et continuent encore d'influencer l'écriture contemporaine de la loi. On pourra peut-être le vérifier bientôt puisqu'une loi sur le patrimoine est actuellement en préparation et que son dépôt pourrait venir dans un avenir proche devant le Parlement. Hasard ou clin d'œil à la matrice, l'avant-projet de loi compte trente et un articles.

*M. Jean-Eric Schoettl,
vice-président de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat*

« La loi équivoque »

Par « loi équivoque » on entendra toute disposition législative dont la portée, ou l'intensité normative, sont incertaines en raison du caractère imprécis, obscur ou ambigu de sa formulation.

- A quoi reconnaît-on la loi équivoque ?
- Quelles en sont les causes ?
- Quelles en sont les conséquences ?
- Comment l'éviter ?
- À défaut d'avoir pu l'éviter, comment l'interpréter et l'appliquer ?

C'est à ces questions que prétend répondre sommairement mon propos.

La seule originalité de celui-ci est de renvoyer à un catalogue d'exemples qui vous a été (ou vous sera) distribué.

1) Tout d'abord, quelles formes prend la loi équivoque ? À quoi la reconnaît-on ?

On reconnaît la loi équivoque aux malfaçons qui entachent ses termes mêmes et rendent ceux-ci obscurs, imprécis ou ambigus.

Voici, me semble-t-il, les plus fréquentes de ces malfaçons :

- les vocables polysémiques ou à contenu fourre-tout,
- les constructions susceptibles de plusieurs analyses syntaxiques, notamment en raison de ponctuations défectueuses (voir la décision du Conseil constitutionnel du 18 juillet 1985),
- l'abus des subordonnées, des doubles négations ou des phrases imbriquées,
- le manque de rigueur dans le placement des adjectifs, induisant, en cas de pluralité de substantifs, des ambiguïtés sur le champ de la qualification (celle-ci pouvant être ou non distributive. Ainsi, « savoir ou usage performant » peut vouloir dire « savoir performant ou usage performant » comme « usage performant ou savoir »),
- la sous-utilisation des renvois à la ligne et de la numérotation des items et paragraphes,
- la mauvaise insertion dans l'ordonnancement juridique (voir la censure prononcée par le Conseil constitutionnel en 2003, s'agissant des élections sénatoriales),

- l'adoption d'une règle générale qui ne prend pas la précaution de préciser soit « *Sauf dispositions contraires* », soit « *Nonobstant toutes dispositions contraires* », soit toute autre formule permettant son articulation avec les règles particulières antérieures non conformes (par exemple : « *Sous réserve de l'article ... de la loi ...* »),

- la modulation d'une règle selon que la situation relève de telle ou telle des catégories que définit la loi, alors que ces catégories se recouvrent et que rien n'est dit sur la règle qui devrait s'appliquer à une situation relevant à la fois de deux (ou plus) d'entre elles (voir par exemple la décision du Conseil d'État statuant au contentieux à propos de l'imputation des déficits fonciers des nus propriétaires de monuments historiques), etc.

II) Quelles sont les causes de la loi équivoque ?

L'expérience montre que beaucoup d'énoncés législatifs présentent une portée incertaine ou une charge normative indéterminée.

Leur caractère (involontairement ou non) équivoque tient à diverses causes (qui peuvent se cumuler et qu'on ne cherchera pas à hiérarchiser) :

A) La maladresse du rédacteur, elle-même étroitement dépendante des conditions concrètes de production de la norme (un amendement adopté en CMP à trois heures du matin ne présente évidemment pas les mêmes garanties qu'une disposition qui, ayant figuré depuis l'origine dans le projet de loi du Gouvernement, a été soumise aux consultations préalables, aux évaluations de l'étude d'impact, à la concertation interministérielle, à l'examen du Conseil d'État, à l'analyse des rapporteurs parlementaires et à plusieurs débats en séance publique dans les deux assemblées) ;

B) Le fait que la loi contemporaine soit le plus souvent une loi modificative et présente la technicité chirurgicale, l'hermétisme et les risques d'erreur inhérents aux énoncés modificatifs¹ ;

C) Le fait que la loi soit issue d'une négociation (lorsque la loi reflète le résultat d'une négociation, sa reformulation risque de remettre en cause l'accord, surtout si celui-ci a été acquis sur la base d'ambiguïtés, chaque partie ne comprenant ou ne voulant comprendre que ce qui l'arrange) ;

¹ H Moisan donne des exemples édifiants de malfaçons liées au style modificatif dans le numéro du 28 avril 2014 de la *Semaine juridique, Administrations et Collectivités locales*.

D) La tendance à évoquer un objectif idéal sans vouloir ou pouvoir en cerner les voies et moyens. Tendance produisant ces textes bavards d'autant plus difficiles à appliquer par l'administration et par le juge qu'ils instituent des obligations de résultat flous ou inaccessibles (voir notamment les deux décisions du Conseil constitutionnel du 7 décembre 2000, ou encore sa décision du 21 avril 2005, Avenir de l'école).

Tendance à laquelle les lois de programmation auraient dû servir d'unique exutoire.

Tendance liée à une culture politique nationale prompte à accorder à la loi une fonction propitiatoire, utilisant le « verbe législatif » pour dessiner un monde idéal, consommer une rupture, s'inscrire dans une fresque historique ... plutôt que de se borner à poser les règles concrètes du vivre ensemble ;

E) La poursuite simultanée de buts inconciliables ou la tentation de contenter tout le monde et son père, qui se traduisent, surtout dans un contexte de restrictions budgétaires, par des dispositions :

- « usines à gaz » (voir le dispositif de plafonnement global des « niches fiscales » censuré par le CC en 2005)

- ou par le renvoi au décret d'application ou à l'ordonnance, avec des mandats, toujours plus sophistiqués, voire alambiqués¹. Le moment venu, il faudra revoir les ambitions à la baisse et ne faire qu'un usage minimal et décevant d'une habilitation qui se voulait autrement prometteuse. Ce sera en effet à l'ordonnance ou au décret de mettre en œuvre l'obligation de résultat instituée par le législateur, obligation dont la complète satisfaction se révélera, selon les cas, trop compliquée, trop coûteuse, voire carrément impossible ;

F) Le caractère paradoxalement compliqué des règles qui entendent mettre en œuvre des mesures simples à énoncer dans leur principe.

Par leur radicalité (« *il n'y a qu'à* »), ces mesures, porteuses le temps d'une campagne ou d'un discours, seront problématiques à traduire dans un texte de loi, car elles appelleront des amodiations, exonérations et compensations se traduisant par des dispositions dont la complexité défiera l'entendement et découragera les anticipations raisonnables...

¹ Voir par exemple le récent projet de loi habilitant le Gouvernement à adopter des mesures législatives pour la mise en accessibilité des établissements recevant du public, des transports publics, des bâtiments d'habitation et de la voirie pour les personnes handicapées

III) Les conséquences de la loi équivoque

Les énoncés législatifs équivoques, bien plus que les dispositions purement incantatoires ou que les fameux « *neutrons législatifs* » (« *Le sport est bon pour la santé* »), sont à proscrire, car ils constituent :

- une atteinte à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la règle de droit,

- le plus souvent, une cause d'incompétence négative du législateur,

- une cause de retard ou de blocage des textes d'application,

- une cause de difficultés d'exécution,

- une source de contentieux et d'insécurité juridique,

- un chef de préjudice pour les particuliers, les entreprises ou la collectivité (voir l'exemple de l'article L. 321-1-3 de l'ancien code du travail),

- en matière fiscale, tarifaire ou économique, une cause fréquente de méconnaissance de l'égalité devant les charges publiques (voir la décision du Conseil constitutionnel de 2013 censurant le « *bonus malus énergétique* »),

- en matière pénale, une violation du principe de légalité des incriminations,

- s'agissant de contraintes imposées aux collectivités territoriales, une cause possible d'atteinte à leur libre administration (voir ci-dessous la décision du Conseil constitutionnel du 7 décembre 2000 sur la loi « *solidarité et renouvellement urbains* »),

- dans tous les cas de grave imprécision, une atteinte à la séparation des pouvoirs. En effet, ce sera, *in fine*, au juge de fixer leur véritable contenu. C'est confier au juge un rôle allant bien au-delà de sa fonction d'interprète de la loi (même si cette fonction d'interprète ne se réduit pas à être la « *bouche de la loi* » et comporte une part créatrice).

IV) Comment éviter la loi équivoque ?

A) Les énoncés équivoques font l'objet de censures ou de réserves d'interprétation de la part du Conseil constitutionnel.

Le considérant de principe est le suivant :

Il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. Le plein exercice de cette compétence, ainsi que 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 de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.

Est fourni ci-dessous un échantillon d'une quinzaine de dispositions ambiguës ou obscures censurées ou ayant fait l'objet de réserves d'interprétation par le Conseil constitutionnel.

B) Les énoncés équivoques sont traqués par le Conseil d'Etat lorsqu'il examine les projets de loi ou, depuis la révision de 2008, lorsque lui est soumise une proposition de loi.

Un exemple, cité au rapport public du Conseil d'Etat pour l'année 2013, est l'emploi de la notion de « *priorité d'accès* » aux IUT des titulaires de baccalauréats professionnels. Son interprétation pouvait être variable et conduire à des pratiques inconstitutionnelles.

Aussi le CE lui a-t-il substitué une tout autre formulation (cf rédaction finale) : « *En tenant compte de la spécialité du diplôme préparé et des demandes enregistrées dans le cadre de la procédure de préinscription mentionnée au deuxième alinéa, le recteur d'académie, chancelier des universités, prévoit, pour l'accès aux sections de techniciens supérieurs et aux instituts universitaires de technologie, respectivement un pourcentage minimal de bacheliers professionnels et un pourcentage minimal de bacheliers technologiques ainsi que des critères appropriés de vérification de leurs aptitudes. Les pourcentages sont fixés en concertation avec les présidents d'université, les directeurs des instituts universitaires de technologie, les directeurs des centres de formation d'apprentis et les proviseurs des lycées ayant des sections de techniciens supérieurs.* »

C) Est également de nature à tempérer le désordre normatif, à la source gouvernementale de celui-ci, l'existence d'un organe apolitique permanent, directement placé auprès du chef du Gouvernement, et exerçant, avec la souplesse, la disponibilité et l'autorité intellectuelle nécessaires, des fonctions de coordination interministérielle, d'expertise technique, d'assistance juridique et de filtrage. Tel est en France le rôle du Secrétariat

général du Gouvernement, petite équipe dont on ne dira jamais assez le dévouement et la compétence.

D) Le travail des commissions parlementaires (je pense en particulier à la contribution remarquable de la commission des lois du Sénat) constitue une puissante (dans certains cas la seule) antidote contre l'obscurité, l'inexactitude ou l'imprécision des textes législatifs.

E) En amont, comme en aval, du SGG, du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel (qui n'interviennent au demeurant ni systématiquement, ni exhaustivement), la vigilance de chaque acteur du processus législatif est indispensable. La consultation du guide légistique, accessible sur Legifrance, peut être fort utile à cet égard.

V) Comment interpréter la loi équivoque lorsqu'elle n'a été ni évitée, ni censurée et qu'il faut malgré tout l'appliquer ?

Lorsque, malgré la vigilance des différents acteurs du processus législatif, une disposition ambiguë, obscure ou imprécise s'est ajoutée au droit positif, il faut bien l'appliquer et donc lui donner un sens raisonnable et respectueux de la volonté du législateur. Il existe plusieurs techniques à cet égard.

Pour lever les ambiguïtés et dissiper les obscurités, le juge doit se référer :

- En priorité, aux travaux parlementaires (recherche de l'intention du législateur), en ce compris l'exposé des motifs, l'étude d'impact (si la disposition figurait dans le projet de loi), les rapports, les débats, l'exposé des motifs des amendements (si la disposition est issue d'un amendement ou a été modifiée par un amendement) ... ;

- Aux éventuelles réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel ;

- A défaut de trouver une réponse claire dans les documents précédents, aux critères subsidiaires suivants :

- But de la disposition (approche finaliste ou téléologique) ;

- Contexte (quel est l'esprit de la législation dans laquelle s'insère cette disposition ? telle interprétation s'insérerait-elle plus harmonieusement que telle autre dans cette législation ?). C'est l'approche contextuelle

- Principes directeurs applicables à la matière (« *ratio legis* ») ;

- Plus ou moins grande cohérence de chaque interprétation littéralement possible (approche logique) ;

- Avantages et inconvénients de chaque interprétation pour la bonne application de la législation considérée dans son ensemble (intérêt général, réalisme, prévisibilité par les acteurs, conformité aux pratiques effectives ...). C'est l'approche fonctionnelle ;

- Si les démarches précédentes ont échoué, on se référera aux cas analogues rencontrés par la jurisprudence dans d'autres législations (approche analogique).

L'exercice est difficile. Autant on peut, s'agissant d'interpréter un texte comme le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union européenne, pesé au trébuchet et sciemment ponctué, se fonder sur la lettre, éclairée par les considérants et les versions dans d'autres langues, autant c'est difficile ou impossible pour un texte législatif ordinaire.

**Annexe à l'intervention de M. Jean-Eric Schoettl
sur le processus législatif : un processus chaotique
(ou les causalités enchevêtrées du désordre normatif)**

Dégradation de la qualité de la loi, instabilité des normes, encombrement du Parlement : le mal est connu, les causes assez bien recensées... à défaut d'être combattues.

Mais les causes repérées sont des causes isolées. Pertinentes certes, mais pointées en ordre dispersé par la communauté des spécialistes du droit et des sciences politiques. Les chaînes causales que décrit la doctrine sont le plus souvent linéaires. Autant dessiner une toile d'araignée en traçant séparément chacun de ses fils.

Ce qui manque aux analyses, c'est d'appréhender l'interaction de facteurs multiples et de natures différentes, dont le schéma ci-dessous (annexe I) tente, sinon de rendre scientifiquement compte, du moins de suggérer l'intrication.

Cet écheveau de causes donne au processus législatif (compris au sens large : de l'élaboration à l'application) une texture que les mathématiciens qualifieraient de chaotique (annexe II). Je rappelle que, par facteur chaotique d'un processus, on entend un facteur dont une petite variation produit des effets considérables.

A) Beaucoup de causes du désordre normatif produisent des effets qui, à leur tour, rétroagissent sur ces causes en les accentuant.

Par exemple :

- La crainte gouvernementale de l'obstruction fait déclarer l'urgence qui suscite, par réaction, l'obstruction. L'une comme l'autre sont sources de malfaçons ;

- Le besoin d'adapter au plus vite certaines législations aux problématiques nouvelles pousse à voter des réformes précipitées qui, à leur tour, entraînent de nouvelles inadaptations de la norme à la réalité ;

- Plus banalement, la nécessité de réparer les malfaçons ou imperfections entachant telle ou telle disposition conduit à adopter, dès que l'occasion se présente, des amendements correctifs. Mais, trop vite conçus, hâtivement rédigés, charriés par des textes fleuves, ces amendements ajoutent de nouvelles scories aux législations qu'ils entendent rectifier ;

- L'encombrement de l'ordre du jour parlementaire conduit à recourir aux ordonnances dont la ratification viendra tôt ou tard charger cet ordre du jour, contribuant ainsi à produire une « législation subie » comprenant en outre la réception du droit européen et international, le droit de l'outre-mer, le comblement des brèches ouvertes dans la législation par les décisions des diverses cours suprêmes (Conseil constitutionnel dans le cadre des questions préjudicielles de constitutionnalité, Cour européenne des droits de l'homme,

Cour de justice de l'Union européenne, Cour de cassation et Conseil d'État), ainsi que les efforts de simplification et de codification que le Parlement n'est plus en état de prendre directement en charge ;

- Les frictions entre le pouvoir législatif et ces diverses cours suprêmes provoquent des va-et-vient, parfois en forme de représailles, entre les deux pouvoirs, chacun cherchant à corriger la position de l'autre (le législateur ne se bornant pas, comme il vient d'être dit, à « réparer les pots cassés » des arrêts, mais édictant aussi des normes tendant à contrer la jurisprudence, au besoin par des dispositions interprétatives ou rétroactives ; le juge censurant ou réinterprétant la nouvelle norme, en mobilisant, s'il le faut, toutes les ressources des conventions internationales) ;

- Les critiques adressées à la loi - surtout lorsqu'elles prennent un tour constitutionnel ou conventionnel - sur sa complétude, sur sa conformité aux grands principes, en particulier au principe d'égalité, contribuent à l'inflation et à la complexification de la norme. À leur tour, l'inflation et la complexification du corpus législatif rendent celui-ci plus fragile, moins accessible et plus instable.

B) A côté de ces cercles vicieux « endogènes », existent des causes exogènes du désordre normatif.

Certaines sont de caractère juridique :

- L'activisme des instances communautaires et la méthode suivie en France pour transposer en détail les directives communautaires,

- Les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État sur le partage loi/règlement aboutissant, avec les meilleures intentions du monde, à gonfler le domaine de la loi par rapport à celui du règlement. À quoi il faut ajouter le caractère en partie opératoire du grief tiré de l'incompétence négative dans la question prioritaire de constitutionnalité, et les jurisprudences de la Cour EDH et de la chambre criminelle de la Cour de cassation, en matière d'enquêtes pénales, au visa de l'article 8 de la Convention (voir encore récemment l'affaire de la géolocalisation) ;

- Le fait que la loi contemporaine soit le plus souvent une loi modificative et présente la technicité chirurgicale, l'hermétisme et les risques d'erreur inhérents aux énoncés modificatifs ;

- La complexité propre au droit de l'outre-mer, compte tenu notamment du principe de spécialité législative et de ses corollaires (jurisprudence Lifou).

D'autres raisons, extra juridiques, tiennent :

- à la tyrannie de l'actualité qui semble commander une réponse législative immédiate pour apaiser l'opinion ou faire tomber la tension médiatique...,

- aux concessions aux lobbies de toutes natures produisant des amendements pro domo, ainsi que des exceptions à la règle, exceptions aux exceptions etc ,

- à une culture politique nationale prompte à conférer à la loi une fonction propitiatoire ou cathartique et à utiliser le « verbe législatif » pour exprimer une vision, définir un idéal, consommer une rupture, s'inscrire dans une fresque historique ... plutôt que se borner à poser patiemment et raisonnablement les règles concrètes du vivre ensemble,

- aux énoncés qui, par maladresse ou par commodité tactique, présentent une portée incertaine ou une charge normative indéterminée (ce qui constitue une source majeure d'insécurité juridique, ainsi qu'une atteinte à la séparation des pouvoirs puisque, in fine, c'est le juge qui décidera du contenu de la loi),

- aux priorités politiques incontournables (« on ne peut pas ne pas... ») et à la tyrannie du politiquement correct.

Une cause de législations obscures tient paradoxalement à la simplicité des engagements politiques dont elles sont issues. Par leur radicalité même (« il n'y a qu'à »), ces mesures, porteuses le temps d'une campagne, convaincantes le temps d'un discours, seront problématiques à mettre en œuvre quand il faudra les traduire dans un texte de loi. Elles appelleront en effet des amodiations, exonérations et compensations se traduisant par des dispositions dont la complexité défiera l'entendement et découragera toute anticipation raisonnable.

Pèse aussi sur le processus législatif la confrontation partisane, tantôt simple jeu de rôles, mais parfois aussi, dans certaines matières, affrontement passionnel, qui déconcerterait un nouveau Persan s'agissant d'un pays qui devrait être une démocratie assagie. Cette confrontation conduit notamment à la révision radicale de pans entiers du corpus législatif en début d'alternance (1981 : nationalisations ; 1986 : privatisations), avec le danger de « jeter le bébé avec l'eau du bain ».

Offre et demande politiques de loi (là même où une étude d'impact dépassionnée, lucide et sincère conclurait à l'inutilité d'une démarche législative) rythment inexorablement l'agenda officiel.

D'où ces lois de circonstance ou d'affichage, ces textes bavards ou incantatoires d'autant plus difficiles à appliquer par l'administration et par le juge qu'ils instituent des obligations de résultat floues ou inaccessibles.

La poursuite simultanée de buts inconciliables, la tentation de courir plusieurs lièvres à la fois, celle de contenter tout le monde et son père, qui plus est dans un contexte de restrictions budgétaires, se traduisent par des lois « usine à gaz » ou par une défausse vers des décrets d'application ou vers des ordonnances dont les cahiers des charges, toujours plus sophistiqués (voire alambiqués), se révéleront, le moment venu, de véritables casse têtes (si bien qu'il faudra revoir les ambitions à la baisse et faire un usage décevant d'une habilitation qui se voulait autrement prometteuse).

C) La séquence de politique fiction (à peine imaginaire) exposée en annexe III illustre un « scénario catastrophe » (là encore au sens mathématique de la théorie des catastrophes), comme l'activité législative en connaît tant.

Acteurs et observateurs de la scène politique, praticiens du droit, nous savons tous quoi faire - au fond de nous-mêmes - pour déjouer de tels pièges :

- ne pas légiférer dans la précipitation, ne pas céder à l'émotion ;

- éviter d'utiliser la loi lorsque d'autres méthodes sont possibles (action des autorités décentralisées ou déconcentrées, police administrative, contrat, droit souple, règlement...) ;

- quitte à légiférer : proportionner le contenu des mesures à l'objectif recherché (dans le cas imaginé en annexe III, on aurait pu concentrer l'effort sur le parc social) ; consulter ; compter sur des navettes successives pour améliorer le texte ; avoir le souci permanent des conséquences, de la faisabilité et des effets collatéraux ou différés.

Rien de plus contraire à cette conception que l'amendement de circonstance, griffonné sur un coin de table.

D) Compte tenu de la diversité de ses facteurs, le désordre législatif ne relève pas d'un traitement simple et uniforme.

a) Lorsque les mentalités sont en cause, aucune médication juridique ne viendra à bout de nos maux.

Tout au plus peut-on espérer faire baisser la fièvre par des procédures de « cooling down » (s'astreindre aux concertations et aux auditions nécessaires, prendre le temps de l'explication, conduire une navette complète, refuser les amendements tardifs...).

Mais la source profonde des dérives est ailleurs et les modalités procédurales ne sauraient en fournir la clé essentielle.

Ce à quoi il faut travailler, c'est au rapprochement des idées (dans l'expression franche de ses convictions et dans le respect de celles de l'autre), à la restauration du légalisme, de la raison et de l'intérêt général (également consubstantiels à la tradition républicaine), à l'émergence d'une éthique de la responsabilité, à une pratique socio-politique moins conflictuelle et plus pragmatique, à une meilleure information du citoyen, à ce que la rhétorique des droits fasse toute sa place au rappel des devoirs et au réalisme.

Wishful thinking ? En bonne partie, bien sûr, s'agissant de transformer les mentalités.

Objectif par définition de longue haleine, plus facile à énoncer qu'à atteindre, et non exclusif d'analgésiques de court terme, administrés par voie institutionnelle.

Objectif auquel les pouvoirs publics ne peuvent être les seuls à s'atteler, car ils ne sont pas, loin s'en faut, les uniques responsables de toute cette composante du désordre normatif qui tient au malaise rongeur la démocratie contemporaine.

Comment s'étonner en effet du désordre normatif dans une société, en partie divisée contre elle-même :

- Où la vie publique ressemble, dans les paroles et parfois dans les actes, à une guerre de tranchées entre corporations, institutions et « tribus » diverses ?

- Où chaque organisme représentatif, voire chaque instance officielle, se complaît dans une posture de contre-pouvoir et défend son pré carré contre les petits royaumes voisins et concurrents ?

- Où, si souvent, chacun se perçoit comme lésé et revendique un statut de victime ayant à faire valoir une créance sur tous ?

- Où tant d'échanges politiques, économiques et sociaux sont potentiellement perçus comme des rapports dominant/dominé, des jeux à « somme nulle », chaque acteur se trouvant enfermé dans le rôle que lui assigne une distribution manichéenne ?

- Et, last but not least, dont les références et les perspectives d'avenir sont secouées par le grand vent de la mondialisation ?

Lorsque, à ces peurs et à cette conflictualité, s'ajoute une tradition juridique portant l'empreinte de mythes millénaristes, comment s'étonner de voir utiliser la loi comme une arme fabuleuse, la lance de Saint-Georges terrassant le dragon ? Comment s'émouvoir de coups de balancier législatifs, avec des périodes d'exaltation volontariste et des phases de résignation pragmatique ?

Une cause, très active et très contemporaine, du désordre normatif tient au chantage croissant exercé sur les pouvoirs publics par une société civile « toujours au bord de la crise de nerfs », se comportant à l'égard de la collectivité publique comme l'enfant capricieux qui exploite, avec autant de vigueur que de science, le sentiment de culpabilité parental.

Tout revêtu qu'il soit de l'onction du suffrage universel, le pouvoir légitime est devenu le souffre-douleur de tous les agacements, le bouc émissaire de toutes les hantises et le suspect de toutes les vilénies, à la fois responsable et coupable de tous les malheurs du temps.

Tel Gulliver ligoté par les Lilliputiens, les pouvoirs publics légitimes se débattent pour faire la moins piteuse figure possible à l'intérieur de la mince marge de manœuvre que leur laissent les innombrables liens qui les enserrant...

Les emballements compassionnels du processus législatif expliquent :

- Les textes de circonstance dont l'intérêt sera vite dépassé, mais dont les effets viendront longtemps interférer, de façon confuse, avec ceux du reste de la législation,

- Les lois prescrivant, au nom de principes si nobles qu'ils inhibent tout scepticisme, des obligations qui se révéleront infaisables : accessibilité totale aux handicapés des établissements recevant le public, transports et voirie (dont l'échéance, faute de miracle, devra être reportée) ; droit au logement opposable (qui ne fera pas construire un logement supplémentaire) ; parité stricte entre femmes et hommes dans toutes les fonctions de responsabilité et organismes publics et privés (sans égard pour la faisabilité de cette exigence, lorsque par exemple plusieurs instances participent à la composition d'un collège, que celui-ci comprend des membres de droit et que les viviers ne sont pas paritaires) ; instauration de la règle selon laquelle le silence de l'administration sur une demande vaut acceptation (inversion qui, pour ne pas provoquer de catastrophe, devra être assortie de multiples exceptions, inévitablement assorties d'exceptions aux exceptions) etc...

- Les atermoiements, demi-mesures et approximations juridiques en tous genres destinés à calmer un jeu qu'elles ne font qu'alimenter, à force de « réceptivité » du législateur.

Dans ces propos politiquement incorrects, à rebours de la critique habituelle de dirigeants « coupés des gens », « retranchés sous les ors des palais nationaux », on ne manquera pas de déceler la morgue du technocrate porté à confondre populisme et légitime prise en compte de la « demande sociale ».

Mais, d'abord, les deux critiques ne sont pas contradictoires : on peut être loin des gens (culturellement, sociologiquement...), ne pas vouloir, savoir ou pouvoir prendre à bras le corps leurs exaspérations, tout en pensant (à tort) rester en contact avec eux en faisant montre d'une constante et brouillonne empathie. On serait moins coupés d'eux si on comprenait que l'attente fondamentale est en réalité celle d'un leadership ferme, franc et cohérent.

Ensuite, et pour revenir à notre sujet, une trop grande sensibilité à l'opinion produit des effets équivalents à ceux d'un référendum permanent, procédé qui « fait tourner en rond » la règle de droit.

Ce phénomène du processus décisionnel qui « tourne en rond » nous est connu par l'expérience des sondages d'opinion, de la gouvernance d'instances querelleuses, de la gestion des copropriétés, de la démocratie directe et des référendums d'initiative populaire, comme par l'étude des procédures de formation des choix collectifs (depuis Condorcet et son fameux paradoxe jusqu'à la théorie moderne des jeux et le théorème d'Arrow).

b) Le traitement du désordre normatif relève pourtant aussi, en partie, de la « tuyauterie institutionnelle ». Celle-ci, si elle ne guérit pas les causes, peut atténuer les symptômes.

À cet égard, il y a les bons et les mauvais remèdes.

Les mauvais remèdes consistent à verrouiller les soupapes de sécurité au nom des grands principes.

Ainsi, en France, renoncer à la législation déléguée (article 38 de la Constitution) pour transposer le droit communautaire, adapter le droit outre-mer, codifier ou simplifier ferait, toutes choses égales d'ailleurs, sauter le couvercle de la marmite.

Renoncer à la session unique, aux sessions extraordinaires ou aux séances nocturnes casserait le baromètre tout en faisant monter la pression dans la chaudière.

Il faut s'y faire : même en éliminant la législation superflue, nos sociétés modernes ont besoin de beaucoup légiférer. Méfions-nous des docteurs qui ne traitent que le symptôme et laissent progresser le mal.

Un bon (quoique insuffisant) remède est l'existence d'un organe consultatif indépendant et professionnel, capable d'apporter à la production du flux, comme à la consolidation du stock, la valeur ajoutée de la correction formelle, de la lisibilité, de l'accessibilité, de la cohérence (élimination des ambiguïtés et redondances), de la complétude, de la proportionnalité, de la bonne insertion dans l'ordonnement juridique (respect des engagements internationaux, respect de la hiérarchie des normes, codification...) et de l'entrée en vigueur harmonieuse dans l'espace et dans le temps.

En France, l'intervention du Conseil d'État à titre consultatif est prévue pour les projets de loi par l'article 39 de la Constitution. Sa saisine n'est obligatoire pour les décrets que lorsque la loi l'a ainsi prévu.

Il faut croire que le passage devant lui ne rebute pas les pouvoirs publics, puisque les lois sont remplies de renvois au décret en Conseil d'État et que, depuis quatre ans, une dizaine de propositions de loi importantes lui ont été volontairement soumises par l'une ou l'autre assemblée.

Le Conseil constitutionnel accorde assez d'importance à l'intervention du Conseil d'État en matière de projets de loi pour censurer (en 2003) un projet de loi dont le contenu avait été modifié au lendemain de la délibération du Conseil d'État sur un point significatif non évoqué devant celui-ci.

Est également de nature à tempérer le désordre normatif, à la source gouvernementale de celui-ci, l'existence d'un organe apolitique permanent, directement placé auprès du chef du Gouvernement, et exerçant, avec la souplesse, la disponibilité et l'autorité intellectuelle nécessaires, des fonctions de coordination interministérielle, d'expertise technique, d'assistance juridique et de filtrage. Tel est en France le rôle du Secrétariat général du Gouvernement, petite équipe dont on ne dira jamais assez le dévouement et la compétence. Le SGG a su éviter bien des dérapages au processus normatif, même si, parfois, il est comme le château de sable de la raison face au flot inexorable des emballements politiques.

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 est venue apporter toute une série de garanties nouvelles en faveur de la qualité du travail législatif :

- nécessité d'une étude d'impact accompagnant tout projet de loi et dont l'absence ou l'insuffisance peut justifier un refus d'inscription à l'ordre du jour par la Conférence des présidents de la première assemblée saisie ;
- possibilité, pour le président de chaque assemblée, de faire examiner une proposition de loi d'initiative parlementaire par le Conseil d'État ;
- possibilité, pour les Conférences des présidents agissant conjointement, de refuser l'examen d'un texte en urgence ;
- délai minimal pour examiner un texte en première lecture ;
- faculté, pour le règlement de chaque assemblée de contrer les amendements inspirés par une volonté d'obstruction.

L'avantage de ces innovations est de faire porter les efforts sur la « clarté et la sincérité du débat parlementaire » (qualifiées d'exigences constitutionnelles par le Conseil constitutionnel), alors que le Parlement, s'il n'est pas la source exclusive des dysfonctionnements législatifs, porte sa part de responsabilité dans ceux-ci.

E) La notion d'étude d'impact a trouvé en France une traduction constitutionnelle et législative, mais son contrôle par la Conférence des présidents et par le Conseil constitutionnel laissera à désirer tant qu'il ne sera pas effectif... c'est-à-dire tant qu'il ne se sera pas traduit par un refus d'inscription ou par une censure.

Des enseignements peuvent déjà être tirés de l'expérience : l'étude d'impact est une bonne aide à la décision lorsque le choix n'est pas hypothéqué par des promesses de campagne ou des *a priori* idéologiques. Autrement, elle n'est qu'habillage. L'étude d'impact doit être un outil de décision ex ante et non une justification ex post. L'étude d'impact complète, exacte et éclairante est une utopie. Mais il n'est pas interdit de se rapprocher de cet idéal.

Notons que, lorsque sincérité et lucidité sont possibles, la recherche objective et dépassionnée des incidences directes et indirectes de nouvelles règles devrait s'appliquer aussi, a fortiori même, aux normes supra législatives.

Ainsi la ratification d'une convention internationale en matière de droits fondamentaux, celle d'un traité européen ou l'insertion de nouveaux principes dans la Constitution injectent tôt ou tard dans l'ordonnement juridique un surcroît de complexité et créent de nouvelles zones d'inflammation contentieuse (il suffit de penser à la Charte de l'Environnement).

Imperceptible sur le moment, le « coût social net » de telles innovations, toujours présentées comme des progrès, jamais objectivement justifiées, peut être très lourd.

Rien ne sera possible tant que, aux plus hauts niveaux de l'État, on ne se sera pas converti à l'éthique de la responsabilité et qu'on en restera aux protestations d'intention.

À cet égard, on ne peut qu'être frappé, en examinant les études d'impact, par leur discrétion sur les conséquences effectives de ceux des choix (généralement les plus déterminants) qui entendent marquer une identité politique ou traduire un engagement.

Ces choix sont placés hors discussion, hors prévision, hors simulation, donc intangibles. « C'est politique » expose-t-on. Cela relève d'un monde autre que celui de la recherche empirique et raisonnable du bien commun : un monde symbolique que la raison ne peut comprendre.

Pauvres Lumières !

Annexe I

Le désordre normatif : un écheveau de causes entrelacées

Le graphique ci-après se lit comme suit :

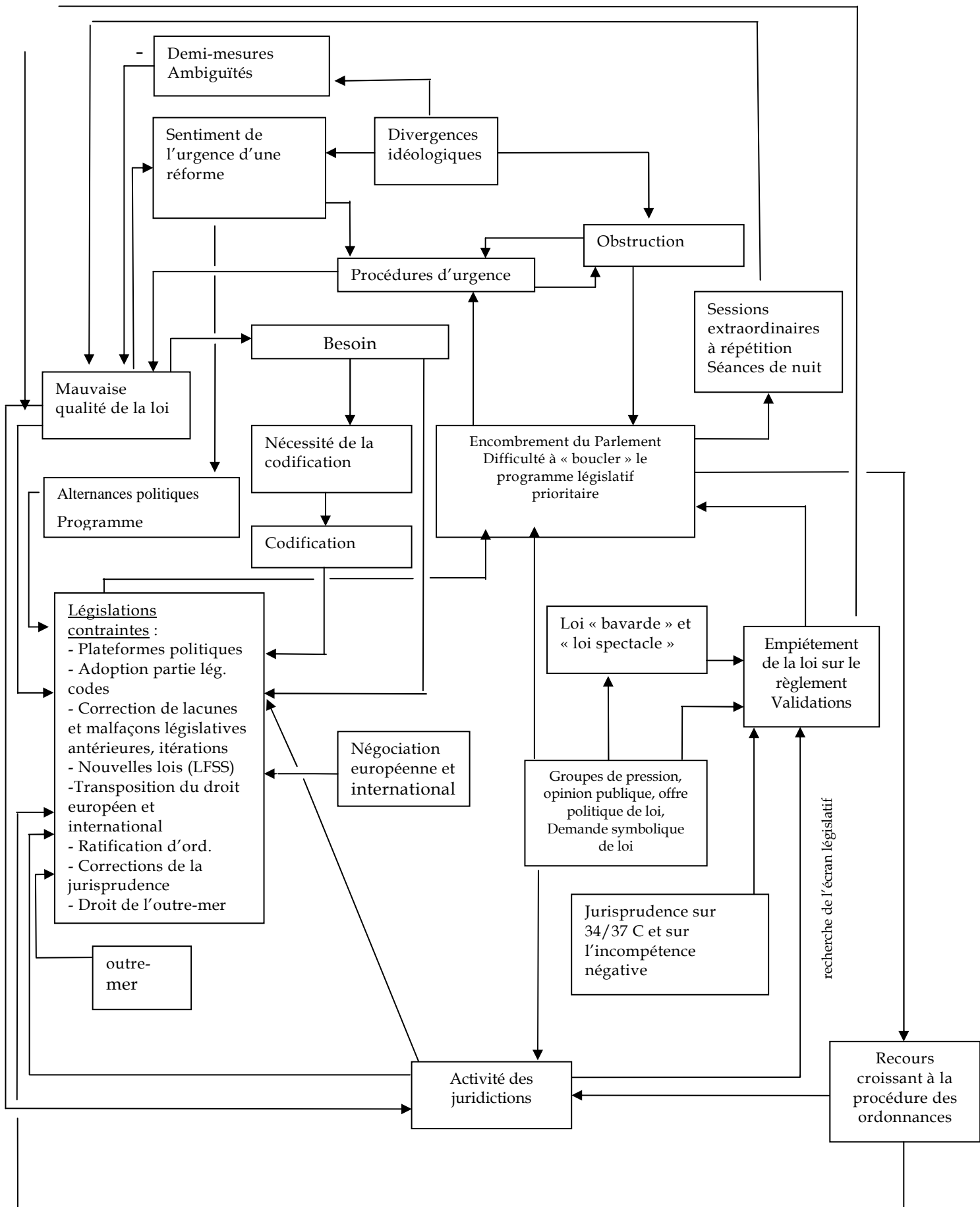
- Chaque case représente un fait (encombrement du Parlement, existence de lois bavardes...), un état d'esprit (besoin d'accessibilité, sentiment de l'urgence d'une réforme, demande de loi...) ou un groupe de faits ou d'états d'esprit.

- Les flèches figurent les influences. Chacune flèche part d'une case « cause » et aboutit à une case « conséquence ».

- Une même case peut être l'origine de plusieurs flèches (elle est alors la source de plusieurs phénomènes) ou l'aboutissement de plusieurs flèches (elle est alors conditionnée par plusieurs facteurs).

- Le plus souvent, une flèche exprime une cause parmi d'autres. Lorsqu'une case regroupe plusieurs éléments (par exemple le bloc « législation contrainte » à gauche du graphique), on s'est efforcé de faire aboutir les flèches pertinentes à l'intérieur même du bloc (par exemple la flèche partant de la case « activités des juridictions » pointe sur la ligne « corrections de la jurisprudence »).

- Une case à laquelle n'aboutit aucune flèche peut être regardée comme une cause autonome (elle influence les autres cases sans être influencée par elles).



Encombrement du Parlement et qualité de la législation : de quelques cercles vicieux...

Annexe II

L'écriture de la loi : un processus riche en facteurs chaotiques

Le terme « chaotique » est ici pris au sens mathématique : se dit d'un phénomène hautement imprévisible dans la mesure où la plus petite variation d'un des facteurs influant sur son déroulement peut avoir sur celui-ci des effets considérables.

Les facteurs chaotiques du processus législatif sont présents à tous les stades de celui-ci

1) Facteurs chaotiques au stade de l'élaboration des textes

Facteurs chaotiques liés au fait générateur :

- Cas de « législation forcée » d'origine exogène : décisions de justice (CJUE, CEDH, QPC, arrêts des cours suprêmes), législation européenne (transposition de directives), accords internationaux appelant l'intervention du législateur national,

- Concessions aux groupes de pression, mouvements sociaux etc,

- Engagements de campagne qu'il faut honorer coûte que coûte,

- Dysfonctionnements interministériels, initiatives imprévues des parlementaires...

- Projets de loi sans étude d'impact digne de ce nom, insuffisamment expertisés, n'ayant pas donné lieu aux consultations nécessaires ou trop rapidement soumis au CE.

Facteurs chaotiques liés au fond :

- Mesure inefficace au regard de l'objectif visé, par suite d'une erreur de diagnostic ou d'une ignorance volontaire ou involontaire des ressorts des problèmes que l'on entend traiter,

- Mesure ayant l'effet direct escompté, mais produisant aussi des effets collatéraux, pervers ou à moyen long terme, annulant le bénéfice de leurs effets directs et immédiats,

- Mesure seulement efficace dans une situation qui sera dépassée lorsque la loi entrera en vigueur ou du fait même de cette entrée en vigueur (par exemple : rétraction de l'assiette d'une imposition dont on augmente le taux),

- Mesure apparemment ou/et politiquement bien ciblée, mais s'avérant en réalité contreproductive au regard de l'objectif visé,

- Mesures poursuivant des objectifs logiquement, économiquement, juridiquement ou budgétairement irréalistes ou inaccessibles.

Facteurs chaotiques liés à la forme :

- Sur-réaction à l'évènement ou rédaction hâtive (amendement) se traduisant par des malfaçons,

- Énoncés incertains quant à leur portée et à leur intensité normative. Celles-ci seront aléatoirement fixées après coup par d'autres que le législateur : administrations, groupes de pression et, in fine, juridictions. Le pouvoir législatif se sera donc dépouillé au profit d'autres pouvoirs, non élus,

- Mauvaise insertion dans l'ordonnancement juridique (notamment par défaut de coordination avec les dispositions existantes, erreurs de renvoi, non consolidation des codes...), privant la mesure de tout ou partie de sa portée ou lui donnant une portée non désirée

2) Facteurs chaotiques liés au vote de la loi

- Incidents, viscosités ou frottements de la procédure parlementaire

- Amendements insuffisamment réfléchis, favorisés par l'urgence et le volume du texte,

- Nombre insuffisant de navettes,

- Concessions et tractations aboutissant à l'adoption en bloc de dispositions qui auraient mérité une discussion détaillée.

3) Facteurs chaotiques liés à l'intervention des instances juridictionnelles

- Contrôle de constitutionnalité a priori (DC) et a posteriori (QPC), avec ses censures et ses réserves d'interprétation,

- Contrôle de conventionnalité par les cours suprêmes nationales et les cours supra-nationales au regard du droit de l'Union européenne, de la CEDH et des traités : dispositions écartées, condamnées ou interprétées sous réserve,

- Interprétations jurisprudentielles neutralisant, exagérant ou faussant l'intention première du législateur.

4) Facteurs chaotiques liés à l'intervention de l'administration

- Délais variables dans lesquels interviennent les décrets d'application, compte tenu des difficultés inégales d'exécution, des ressources ministérielles disponibles, de l'exposition des administrations aux groupes d'influence etc.

- Fidélité variable des décrets d'application à l'intention première du législateur,

- Utilisation variable par le décret d'application de la marge de manœuvre laissée par le législateur,
- Pratiques administratives fluctuantes en matière d'application, de contrôle et de sanctions des règles législatives,
- Moyens inégaux affectés à la mise en œuvre de la volonté du législateur,
- Résistances du corps social.

5) Facteurs chaotiques liés au recours aux ordonnances

- Importance qualitative et quantitative de la législation déléguée s'imposant de facto au Parlement au stade de la ratification et dépossédant donc la Représentation nationale de ses prérogatives législatives ;
- Mauvais « réglage » ou complexité excessive des dispositifs d'habilitation, empêchant les ordonnances de produire l'effet escompté ;
- Retards et incomplétude des ordonnances ;
- Déboires contentieux aux diverses étapes de la procédure.

6) Facteurs chaotiques liés à l'appropriation de la règle législative par la société civile

- Arrangements entre acteurs économiques et sociaux quant à la place, valeur et portée accordées à la règle législative ;
- Connaissance, intelligibilité, accessibilité et facilité d'utilisation de la règle législative par le public, les professions juridiques et les intermédiaires socio-professionnels ;
- Disponibilité effective variable des voies de recours ;
- Existence d'acteurs politiques, sociaux, associatifs, professionnels susceptibles de promouvoir, ou au contraire de freiner ou de paralyser, l'application effective de la règle législative.

Annexe III

Exemple fictif de « scénario catastrophe » législatif

- L'émotion provoquée par un accident mortel survenu dans un ascenseur mal entretenu d'une cité défavorisée incite un député à déposer un amendement à une loi sur l'urbanisme qui se trouve être en discussion au Parlement. Obligation est faite aux propriétaires de mettre les immeubles d'habitation existants en conformité avec les normes les plus récentes.

- Un délai de deux ans est fixé. Au-delà, des sanctions pénales sont prévues qui s'ajouteront aux réparations civiles de droit commun. Pour aller plus vite - et conformément à un réflexe égalitariste inhérent à notre génie national - l'obligation est uniforme. Surtout, on ne cherche pas à savoir ce qui serait déjà possible en l'état de la législation : l'important est que le Parlement lui-même ait montré son souci de répondre à l'émotion publique. L'amendement, adopté à l'unanimité, ne sera plus remis en cause dans la suite du débat parlementaire.

- Le délai s'écoulant, et après le temps d'inertie habituel, on s'aperçoit que la loi ne pourra être respectée. Apparaissent en effet des goulots d'étranglement : pas assez d'entreprises pour réaliser les travaux ; pas assez de personnels spécialisés. Trop coûteux. La totalité du parc, tant s'en faut, ne pourra être mise en conformité en temps utile. On tente d'assouplir les contraintes au niveau réglementaire, mais les groupes militants crient au sabotage. Finalement, le législateur lui-même repousse piteusement les délais (avec effet rétroactif, compte tenu de l'expiration du délai, ce qui provoque des contentieux adventices).

- La confrontation d'une demande captive à une offre limitée fait en outre monter les prix. Ce sont les propriétaires des beaux quartiers et non ceux des quartiers défavorisés qui peuvent payer. Les principaux bénéficiaires de la mesure sont les patrimoines immobiliers cotés ; les principales victimes les organismes d'habitation à loyers modérés et le logement social...

- Il faut donc apporter des compensations, ce qui oblige à obtenir l'aval de l'Union européenne et à monter un mécanisme d'aides budgétaires onéreux, après une laborieuse concertation avec les collectivités territoriales et autres acteurs concernés.

- Ces difficultés, retards et reports se retournent d'autant plus sévèrement contre les pouvoirs publics qu'un nouvel accident survient dans un immeuble à loyers modérés de dix étages... Une proposition de loi est déposée qui tend à l'application immédiate de normes renforcées et dénonce, dans son exposé des motifs, le sabotage dont a été l'objet, par indifférence, voire pour des motifs plus inavouables encore, l'initiative législative antérieure. Les médias lui font un écho retentissant et tout recommence.

*M. Bertrand Follin,
chef du service de la commission des lois du Sénat*

« Le travail des commissions parlementaires »

Pour comprendre le rôle des commissions dans la fabrique de la loi et bien en mesurer les enjeux, peut-être faut-il d'abord se poser la question : « *Qu'attend-on de la loi ?* » Que la loi soit claire, bien écrite et intelligible mais qu'elle soit aussi bien adaptée aux réalités auxquelles elle s'applique. Qu'elle soit acceptée par le corps social et qu'elle puisse ainsi bénéficier d'une certaine pérennité. La prise en compte de positions parfois divergentes est sans doute l'un des gages de cette acceptation. Le travail en commission est précisément le lieu privilégié où l'on s'efforce à cette synthèse tout en veillant à la qualité de la loi. Il se singularise en effet par deux traits :

- d'abord, plus que toute autre étape du processus législatif, sans doute, il est ouvert au dialogue et à l'élaboration d'accords ;
- ensuite, il conjugue la prise en compte des préoccupations politiques et l'attention à la qualité formelle de la loi.

En premier lieu, comment le travail en commission permet-il de rapprocher des positions qui, au départ, peuvent être assez éloignées? Par un processus en trois temps qui s'inscrit dans un cadre profondément renouvelé par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Aux termes de l'article 42 de la Constitution la discussion du projet de loi en séance publique porte (sauf quelques exceptions) sur le texte adopté par la commission et non plus sur le texte initial du Gouvernement ou celui transmis par l'Assemblée nationale.

Premier temps : la désignation du rapporteur par la commission et le travail préparatoire qui combine des auditions et parfois des déplacements. Certaines des auditions sont organisées par la commission et publiques. Les auditions du rapporteur elles-mêmes sont ouvertes aux autres membres de la commission. Les auditions sont l'occasion –et parfois la seule dans le cadre de l'écriture de la loi- de permettre aux acteurs intéressés par le texte de faire entendre leur voix. La commission est ainsi une caisse de résonance : les suggestions, les critiques sont un premier jalon pour améliorer le texte. La principale contrainte qui pèse sur cette étape est celle des délais souvent très courts dans lequel s'organise le travail. Car pour un texte comme celui ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, pour lequel la commission des lois a pu organiser 45 auditions (soit 40 heures de réunion), combien de projets ou propositions pour lesquels le rapporteur, compte tenu du recours à la procédure accélérée par le Gouvernement, dispose au mieux de quinze jours entre la transmission du texte et son examen par la commission pour mener la réflexion.

Deuxième temps : la présentation du rapport en commission.

Moment décisif depuis la révision de 2008 puisque la commission élabore son texte, choisissant d'intégrer ou non les amendements proposés par le rapporteur ainsi que par les autres sénateurs membres ou non de la commission. Ces amendements sont rendus publics l'avant-veille de la réunion. Cette étape appelle **quatre observations**.

1. L'examen des amendements n'obéit pas au même formalisme qu'en séance publique. Ainsi, à la commission des lois, les amendements du rapporteur sont, article après article, examinés par priorité ce qui est un gage de cohérence dans la construction du texte.

2. Le travail, à ce stade, reste pleinement collégial. Si le président et le rapporteur exercent un rôle de pilotage de la réunion, la discussion reste très ouverte et peut prendre une direction imprévue. C'est à ce stade que la procédure présente vraiment un caractère contradictoire et peut déboucher sur des compromis qui s'élaborent sur le siège.

3. Ces réunions ne sont pas publiques mais elles font l'objet d'un compte-rendu puisque « *la clarté et la sincérité du débat parlementaire* » s'appliquent aux travaux des commissions conformément au principe posé par le Conseil Constitutionnel (décision du 25 juin 2009). Cet équilibre permet de garantir la spontanéité et la liberté des échanges, tout en répondant à l'exigence de transparence des débats.

4. Enfin, bien que les ministres puissent venir en commission lorsque celle-ci élabore son texte, comme l'a rappelé sans ambiguïté le Conseil Constitutionnel (décision du 25 juin 2009), cette pratique ne s'est pas vraiment établie du moins à la commission des lois. Les rares précédents n'avaient pas réellement démontré l'efficacité de cette présence tant d'ailleurs du point de vue du Gouvernement que du point de vue des membres de la commission. Il s'agit aussi de mieux marquer la complémentarité avec la séance publique où le Gouvernement est évidemment présent.

La réunion de commission n'en est pas le double : chaque étape de la procédure législative a sa propre valeur ajoutée.

Troisième temps du travail en commission. Celui qui sépare l'élaboration du texte de l'examen des amendements de séance. Ce délai -idéalement de deux semaines, ramené à une semaine en cas d'urgence- est extrêmement utile pour affiner des propositions présentées lors de la première réunion de commission, et trouver des formules du compromis. Il va de soi, par ailleurs, qu'une deuxième lecture démultiplie les avantages liés au facteur temps.

Au terme de ce processus en trois temps, le projet ou la proposition a pu, avant les modifications introduites en séance publique, faire l'objet d'une profonde réécriture. Ainsi, en 2013, 1.918 amendements ont été adoptés dans le texte de la commission, soit un nombre très proche de celui des amendements adoptés en séance publique (2.134). Le travail en commission a permis le plus souvent de rapprocher les points de vue et d'élaborer un texte grâce à la réunion de trois facteurs : le temps, l'écoute et le dialogue. C'est aussi de cette façon que se forge une culture de commission. Une culture qui se traduit par l'attachement à certaines valeurs qui peuvent transcender les clivages politiques mais qui se manifeste aussi par certaines constantes dans la façon d'écrire la loi.

Sans-doute le souci d'avancer dans la voie d'un accord ne permet-il pas toujours de rédiger une loi comme un jardin à la française. Il s'accompagne cependant d'une réelle attention à la qualité formelle de la loi. À cet égard, se dégagent trois lignes directrices : **préciser**, **simplifier** et parfois **reconstruire**. Il s'agit, dans tous les cas, d'une part, de répondre à l'exigence d'intelligibilité, d'autre part, de préserver la valeur normative de la loi.

Préciser d'abord. Préciser ce n'est pas toujours ajouter au texte. C'est parfois, au contraire, l'élaguer afin d'en supprimer les mentions inutiles ou équivoques. La commission des lois fait ainsi la chasse aux « notamment », non par esprit de système, mais parce que le terme peut introduire des ambiguïtés et des raisonnements *a contrario*. Ainsi dans les lois autorisant le Gouvernement à légiférer par ordonnance, le recours à ce mot introduit une incertitude sur le champ de l'habilitation.

Il s'agit de conserver aux mots leur juste valeur. Ainsi, la commission des lois s'est montrée réservée face à une tendance récente qui tend à ajouter le terme « réel » aux intitulés des projets de loi. Dernier exemple en date : « *le projet de loi relatif à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes* ». Le mot égalité ne se suffit-il pas à lui-même ?

Chaque mot compte. Ainsi, lors de l'examen de la loi relative à la transparence de vie publique qui évoquait, tantôt « *Haute autorité de la transparence de la vie publique* » tantôt « *Haute autorité pour la transparence de la vie publique* », la commission a retenu dans l'ensemble du texte la seconde formulation car la transparence ne peut être qu'un objectif.

Deuxième ligne directrice : simplifier. Cet objectif commande plusieurs choix légistiques. Dans le projet de loi relatif aux activités privées de protection des navires récemment adopté par le Parlement, les députés avaient inséré dans le code des transports beaucoup de dispositions qui figuraient déjà dans le code de la sécurité intérieure. La commission a considéré qu'il n'était pas de bonne méthode de légiférer sur une même matière dans deux codes différents en particulier afin d'éviter les incohérences ultérieures entre législations.

Autre exemple –la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Comment remplacer, chaque fois que cela se justifiait, dans le code civil comme dans les autres codes, les termes « père et mère » ou « mari et femme » par les mots « parents » ? Le texte initial du Gouvernement procédait à l'ensemble des coordinations nécessaires, terme à terme, dans les différents codes. Les députés avaient, quant à eux, préféré introduire un dispositif interprétatif qui avait pour inconvénient de reporter sur le juge le soin de décider de l'application de telle ou telle disposition aux personnes du même sexe. La commission des lois au Sénat a préféré consacrer dans le titre préliminaire du code civil un principe général d'égal traitement des époux ou parents de même sexe quant aux effets du mariage et de la filiation adoptive, Le titre préliminaire a en effet vocation à régir non seulement le code civil mais aussi toute la législation. Ce choix a été validé par le Conseil constitutionnel. Il n'a soulevé aucune difficulté d'application et le Gouvernement a d'ailleurs ensuite renoncé à prendre les ordonnances qu'il avait d'abord envisagées pour adapter la terminologie des autres textes.

Préciser, simplifier mais aussi parfois reconstruire entièrement un texte pour le clarifier. Un exemple récent : la loi relative à la représentation des Français établis hors de France. Le texte initial combinait de manière presque inextricable les dispositions relatives au fonctionnement des nouveaux conseils consulaires et les modalités d'élection de leurs membres. La commission a entièrement restructuré le texte en distinguant les dispositions statutaires et électorales. Il est intéressant de relever que dans le texte d'application, le Gouvernement a repris la structure ainsi adoptée par le législateur alors qu'il ne l'avait pas initialement proposée.

Ainsi, dans le processus complexe qui conduit à l'adoption de la loi, l'examen en commission est le moment où se croisent sans doute de la manière la plus libre les approches des différentes forces démocratiques de la Nation dans l'écoute attentive, aussi, de la société civile. C'est dans ce cadre que se réalisent, pour une large part, l'effort de synthèse mais aussi l'amélioration formelle de la loi.

*Mme Eliane Assassi
sénatrice de la Seine-Saint-Denis,
vice-présidente de la commission des lois du Sénat*

« Le débat parlementaire »

Je veux d'abord remercier la commission des lois du Sénat et son président Jean Pierre Sueur, ainsi que l'Association française de droit constitutionnel d'avoir pris l'initiative de ce colloque.

J'interviens ici en tant que vice-présidente de la commission des lois mais je suis également Présidente du groupe CRC, ce qui va bien évidemment donner une certaine tonalité à mon propos.

Selon moi, on ne peut pas aborder la question du processus législatif, sans le placer dans le contexte politique et institutionnel actuel.

Aujourd'hui, nos institutions traversent une crise profonde et cette crise ébranle notre Démocratie.

Je ne rentre pas sur les marqueurs de cette crise sauf pour souligner le marqueur de la défiance de nos concitoyens à l'égard de la politique et de son personnel.

De toute évidence, les choix politiques d'aujourd'hui ne répondent pas aux attentes populaires et citoyennes.

Ainsi, aujourd'hui, 17% des français pensent que les responsables politiques se préoccupent que de leur semblables ; ils sont donc plus de 80% à penser que les responsables politiques ne se préoccupent pas des gens comme eux !

À l'échelle de l'Europe, ce sont les institutions européennes dirigées par des personnes non élues, qui dictent une grande partie de notre législation. Mais aussi, la Commission de Bruxelles et la BCE, les lobbies ont capté une partie du pouvoir législatif au détriment de la représentation nationale. Dès lors, les parlements nationaux et même le Parlement européen pèsent peu face à ces derniers.

À l'échelle internationale, les marchés financiers, l'OMC, mais encore le FMI et la Banque mondiale multiplient quant à eux les contraintes normatives et réglementaires.

Cette situation entraîne à la fois la destruction des instruments de la puissance publique à l'échelle nationale au nom de la dérégulation et resserre le cercle des décideurs au nom d'une « bonne gouvernance » venant

aggraver la crise profonde de nos institutions, venant questionner la légitimité même de nos institutions.

De plus en plus nombreux sont celles et ceux qui s'accordent pour dire que le fonctionnement de la V^{ème} République est à bout de souffle, que le contrat social, fondateur de notre République n'est plus respecté et celui de la souveraineté populaire contourné.

La concentration de pouvoir dans l'exécutif, la dévalorisation du Parlement, le peu de place donnée à la souveraineté populaire et à l'initiative citoyenne sont autant de maux qui impactent le processus législatif, qui impactent l'écriture de la loi.

Les réponses apportées, visent surtout à contourner voire à renforcer le divorce entre les élites et le peuple par une accentuation du présidentielisme et du bipartisme.

Rien n'est fait pour enrayer le déclin de l'institution parlementaire !

La Constitution de la V^{ème} République met en place un Président « clé de voute des institutions » pour reprendre les termes de Michel Debré, en consacrant sa prééminence sur le pouvoir législatif dans l'équilibre constitutionnel.

Selon la lettre de la Constitution, le Président dispose de peu d'instruments vis-à-vis de la législation. Toutefois, l'élection du Président de la République au suffrage universel, la pratique politique, le jeu des acteurs auquel il convient d'ajouter l'inversion du calendrier électoral n'a fait qu'exacerber la prédominance voire la domination du Président de la République.

Hors cohabitations, c'est bien lui qui se trouve être à l'origine de la plupart des lois. Il est élu sur un programme de Gouvernement.

Placé au centre du pouvoir, il annonce les projets et priorités de l'action gouvernementale, parfois avant même que le Premier ministre en soit informé.

Cela produit des effets de surprise, des précipitations venant altérer le processus législatif et la qualité du débat parlementaire au mépris du Parlement.

La réforme territoriale annoncée, qui n'est pourtant pas une « réformette » en est le meilleur exemple puisqu'elle va modifier en profondeur l'architecture républicaine de notre pays. Or les élus, dans leur grande majorité, celles et ceux qui ont, comme on dit « les mains dans le cambouis » n'ont pas été consultés dans le cadre d'un grand débat qui aurait pu prolonger des États généraux de la Démocratie territoriale initiés par le Président du Sénat en 2012. Mais outre ça, le premier texte sur lequel se penchera le Sénat en juillet nous sera présenté en procédure accélérée.

Cette prééminence du pouvoir exécutif sur le législatif a par ailleurs été renforcée par des mécanismes poussés de rationalisation du parlementarisme : le recours aux ordonnances, l'usage du 49-3 même mieux encadré ou des votes bloqués, la maîtrise de l'ordre du jour des Assemblées, un droit d'initiative renforcé, l'extension du pouvoir réglementaire autonome.

Toutefois, d'autres armes subtiles n'ont pas été révisées et continuent de nuire au bon fonctionnement du processus législatif et à la qualité du débat parlementaire.

Le problème majeur rencontré dans le processus d'élaboration de la loi, ne réside pas uniquement dans l'articulation des pouvoirs entre le Parlement et le Gouvernement mais, également, dans l'expression du « fait majoritaire » qui règne sans partage sur nos institutions.

Aujourd'hui, la majorité parlementaire soutient son Gouvernement et cette mission est devenue quasiment exclusive de toute autre amenant cette majorité à renoncer à utiliser ses prérogatives pour ne pas porter atteinte à la pérennité de l'action gouvernementale et au « sacro-saint » principe de discipline majoritaire !

Lorsque, de surcroît, Sénat et Assemblée nationale ont la même majorité, les adoptions conformes dès la première lecture naissent de la discipline plus que de la conviction.

Pourtant, le jeu des navettes, si on le laisse se dérouler, aurait a au moins la vertu d'introduire dans le texte plus de réflexion.

Mon propos n'est pas de nier l'existence ou le caractère opératoire du fait majoritaire, celui-ci est le principal garant de la stabilité de nos institutions, mais, notre démocratie parlementaire est parvenue à l'âge adulte et elle ne doit pas craindre d'organiser des contre-pouvoirs. Montesquieu ne conseillait-il pas un système où chaque pouvoir arrête le pouvoir ? Ou chaque pouvoir était le contre-pouvoir d'un autre pouvoir ?

Nous sommes ici au Sénat et je pense qu'existe incontestablement un questionnement sur la place du Sénat dans le processus législatif.

Le Sénat de la V^{ème} République s'inscrit dans la tradition du bicamérisme à la française : celui de la pondération de l'assemblée élue au suffrage universel direct.

Même si le Sénat a souvent permis d'approfondir certains débats, c'est d'ailleurs ce qui m'a convaincu de la nécessité d'une forme de bicamérisme. Il n'en reste pas moins que la priorité doit rester clairement à l'Assemblée nationale, élue au suffrage universel direct.

A l'heure où le Sénat est critiqué à tort, il serait opportun de se pencher sur une réforme de cette seconde chambre tant sur son rôle, sa

composition que sur son mode d'élections pour rendre possible une rénovation en profondeur du débat démocratique.

Permettez-moi de m'arrêter un instant sur l'utilisation de l'article 45 de notre Constitution.

Le système prévu par cet article possède des qualités.

Il est d'abord inspiré par le désir d'obtenir jusqu'au dernier moment des débats parlementaires et de la navette législative, le maximum d'accord entre les deux chambres.

Mais nous devons constater que si la théorie est telle, la pratique autorisée par le système ne laisse aux chambre « qu'une liberté largement illusoire ».

Dès le début de la V^{ème} République la pratique des Gouvernements successifs a été d'utiliser l'article 45 de la Constitution pour intervenir à tout moment du processus législatif afin d'infléchir dans le sens qu'il estime le plus favorable pour lui et qui est souvent le plus contraignant pour les Chambres.

Enfin, je tiens à attirer l'attention sur un phénomène récurrent et peut être plus saisissant : l'inflation des lois et c'est Montesquieu qui nous rappelle que : « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires ».

En France, au cours des quinze dernières années le volume des lois nouvelles a doublé.

Les lois peuvent être denses ou nombreuses sans pour autant cesser d'être utiles ; leur pertinence n'est pas inversement proportionnelle à leur fréquence, faute de quoi la production modeste des premières années de la Ve République aurait bravé les années, et ce n'est pas le cas.

Au contraire, certains Gouvernements ont su donner des bases à des législations durables, dans des domaines divers, que leurs successeurs se sont bornés à pervertir, appauvrir, compliquer, sans les reformer vraiment ni réellement les enrichir.

Alors aujourd'hui, beaucoup ont tendance à dire que trop de droit tue le droit.

L'inflation législative avait déjà été dénoncée et avec une grande vivacité dès l'antiquité : « le signe auquel on reconnaît la décomposition d'un État est la surabondance de ses lois ».

La même plainte réapparaît à toutes les époques.

Je pense pour ma part comme le Doyen Carbonnier qu'il faut concevoir les rapports entre les hommes autrement que comme rapports de droit, le droit diffuse une sécurité qui endort l'action, à tout le moins la ralentit; c'est la fatalité de l'excès.

Nul n'est censé ignorer la loi mais « l'inflation législative a pour conséquence l'ignorance des lois, leur ineffectivité et finalement leur dévalorisation dans l'esprit public ».

Répetons-le, tout est lié: la complexité du droit, sa fragmentation, sa technicité, quelques fois son ignorance du réel, des situations vécues, l'inflation des lois, leur surabondance, la crise du droit et sa difficile intelligibilité.

Les lois gagneraient à avoir été pensées. Or beaucoup d'entre elles ne l'ont pas été, voire le sont de moins en moins.

On légifère d'abord et on réfléchit ensuite.

Cette mauvaise tendance est devenue coutume et altère de manière certaine les débats parlementaires du point de vue du temps parlementaire parce que plus on légifère plus on doit légiférer vite.

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 tout moment, de partout, peut se déclencher le détonateur qui va faire exploser l'ordre du jour prévisionnel, faire passer au second plan des textes qui avaient paru importants.

Dans le même contexte, il n'y a pas lieu de s'étonner que les Gouvernements, abusent de l'urgence, qui est la leur bien plus que celle des textes auxquels ils l'appliquent

De nos jours, on ne prouve plus son efficacité par de bonnes lois, mais par des lois rapides. Ailleurs, cela s'appellerait précipitation. Ici, l'on parle de réactivité.

C'est une affaire sérieuse, dont il faudra bien que le pays se saisisse.

Je vous remercie.

*M. Christian Vigouroux,
président de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat*

« La spécificité du texte législatif par rapport aux autres types de normes »

La loi serait-elle capricieuse ? Entendons l'apostrophe d'Hippolyte dans *Phèdre* de RACINE :

« ... Je sais, sans vouloir me flatter,
Qu'une superbe loi semble me rejeter,
La Grèce me reproche une Mère étrangère.
Mais si pour Concurrent je n'avais que mon Frère,
Madame, j'ai sur lui de véritables droits
Que je saurais sauver du caprice des lois. »

Sauver ses droits « du caprice des lois », cette formule sonne comme un rude exposé du civisme à la française et de la suspicion, toujours présente, vis-à-vis de la loi impérieuse.

Le décret, lui, est obéissant. Et donc instable.

Le traité international, lui, est consensuel. Et donc ambigu.

La loi crée la liberté, le décret l'aménage.

Mais la spécificité de la loi par rapport au décret, proclamée par l'article 34 de la Constitution, relève d'abord de la théorie de la filiation.

Car la loi est issue de « parents » identifiés (entre mille exemples : loi VEIL ou loi SAUVADET ou CARREZ (immobilier), loi SAVARY ou lois PECRESSE puis FIOARASO¹...ou encore, sur la décentralisation, lois DEFFERRE ou CHEVENEMENT).

Le décret, lui, est adopté. Sa filiation naturelle est improbable : il est né des « bureaux », comme A.ZINONIEV parlait des « organes ». D'autant, maintenant, que ces « bureaux » ne sont plus seulement ceux des ministres mais aussi ceux des nouveaux Grands du Royaume que sont les proliférantes AAI et « hautes » institutions qui décident (souvent) mais ne décrètent pas (encore). Comme en témoigne la parution du « règlement général » de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique au JO du 12 mars 2014 (et non le haut règlement de l'autorité générale pour la transparence...)

¹ Loi n°2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche dite « loi FIORASO ».

La loi, elle, donne des explications accessibles sur sa propre généalogie : les « travaux préparatoires » en sont la genèse publique avec co-auteurs identifiés jusque dans leur silence. Et aussi, critiques, adversaires, correcteurs, amendeurs, qui pétrissent la future loi, approbateurs, ironiques, sceptiques, soucieux de son application. La loi s'éclaire alors par ses actes préparatoires. Dont il faut savoir se servir : leur usage n'est pas nécessaire si les dispositions de la loi sont claires et doivent alors être appliquées¹. Il l'est, en revanche, face à l'obscurité ou à l'ambivalence de la loi : « au sens de cet article tel qu'il est notamment éclairé par les travaux préparatoires à l'adoption de la loi.. »². Sur la base *Ariane* de la juridiction administrative, on trouve 281 occurrences de référence du juge aux travaux préparatoires de la loi. Et pour le Conseil constitutionnel, les références existent aussi : *CC 17 janvier 2013 n°2012-660* sur l'objectif de mixité sociale dans le logement. De même, pour interpréter un traité, le juge consulte les travaux préparatoires de la loi de ratification : *CE 17 septembre 2010 SA Transworld Finances n°312725* à propos de la convention fiscale France/Kazakhstan.

La loi porte en sautoir ses origines. Le décret les dissimule.

Pour la Constitution, la référence aux travaux préparatoires est beaucoup plus rare : dans sa décision *CC 21 février 2013 n°2012-297 QPC*³, le Conseil constitutionnel justifie le régime des cultes en Alsace Moselle par les travaux préparatoires....des deux Constitutions de 1946 et 1958. C'est que la loi constitutionnelle reste une loi.

En revanche, pas de travaux préparatoires pour les décrets : Pour interpréter le décret, personne n'a accès aux « bleus » de Matignon lesquels retracent les affrontements interministériels préparatoires au décret. Avec les réunions d'arbitrage, la guerre de Troie a toujours lieu. Mais son histoire n'est pas écrite.

La loi, fière de sa généalogie, avait pris l'habitude de régner sur les « autres types de normes ». Et puis, elle découvre sa fragilité sous l'effet conjoint de son instabilité, de la QPC et de la reprise de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* (CC, 25 janvier 1985, n°85-187 DC) et de sa continuelle confrontation avec les conventions internationales.

La loi est marquée par plusieurs caractéristiques qui la différencient des autres normes.

D'abord l'ambivalence, car elle est à la fois simple et compliquée :

1- **simple** : la loi se comprend comme devant être comprise en tant que telle. Contrairement aux directives européennes, elle ne publie ni exposé des motifs ni lexicque de définitions. Elle doit se comprendre par son

¹ CE S. 27 octobre 1999 *commune de Houdan* p.326 ou 14 janvier 2004 *COUDERC* n°235646 *BIC cession de fonds*.

² CE *syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers* n°340287.

³ *Nouveaux cahiers du CC* n°40-2013 « chronique de droits fondamentaux » par la prof Agnès ROBLOT-TROIZIER.

ensemble, par sa logique interne et les connexions entre ses différents articles.

Elle sait faire preuve de synthèse et d'autorité comme pour fusionner le régime de l'immeuble en covisibilité de monuments historique et celui de l'immeuble seulement « adossé » à un monument¹.

2- Compliquée : la loi est rarement facile à lire. Le fait que le Conseil constitutionnel ait inventé le concept d' « intelligibilité » de la loi est terriblement révélateur. La loi produit, autant qu'elle dissipe, l'obscurité. Et l'obscurité législative est elle-même incertaine : qu'est-ce que cette loi illisible dont l'article 4 donne une liste d'abrogation, dont l'article 5 renumérote des articles, dont l'article 6 abroge, l'article 7 remplace... c'est la loi n°81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort et dont l'article 1^{er} est connu de tous les français pour sa céleste limpidité: « la peine de mort est abolie ». Ou l'art d'être tout à la fois prophète et cuisinier...

La loi ouvre une période quand le décret en clôt une autre.

Plus encore que le décret, la loi résulte des ambitions et des prétentions de ses auteurs. Les lois se succèdent au rythme des discours, quand les décrets s'ébauchent au rythme des administrations.

Ainsi, dans le domaine stratégique des entreprises en difficulté, se succèdent à forte cadence des lois et ordonnances : loi du 26 juillet 2005, ordonnance du 18 décembre 2008, ordonnance du 9 décembre 2010, ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, on invente « la sauvegarde accélérée » et le « rétablissement professionnel ».² Ne vaudrait-il pas mieux, plutôt que faire des lois, s'intéresser au fait que 30 tribunaux de commerce sur 147 ouvrent plus de la moitié des procédures collectives³ ?

Le décret est encore plus compliqué. Il a la fierté lourde et l'obstination du pédagogue.

Mais la loi possède aussi quatre autres spécificités et trois qualités propres :

Quatre spécificités : la loi est politique, ambitieuse, précipitée et innovante.

1- la loi est politique

Quand le projet de loi d'avenir pour l'agriculture en discussion en juin 2014 prévoit en son article 11 « au premier alinéa , les mots « de l'État » sont supprimés », chacun comprend, même sans savoir qu'il s'agit de la

¹ Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 « relative à la simplification et à l'allègement des démarches administratives » qui modifie les codes du patrimoine et de l'urbanisme sur ces sujets.

² Semaine juridique 2_ avril 2014 « les innovations de l'ordonnance du 12 mars 2014 » Romain LAFFLY et Pierre Martin.

³ Communiqué ministère de la Justice 12 mars 2014

protection des terres agricoles, que quelque chose se passe et que l'État se rétrécit. La loi fait l'histoire et la reflète.

Elle n'est pas faite de logique bureaucratique mais d'intuitions politiques et de compromis nocturnes. La loi est faite par des hommes politiques, le décret par des fonctionnaires. Tous deux servent l'intérêt public mais de façon différente, parfois complémentaire, parfois contradictoire¹.

La loi est plastique et peut être *interprétée* à la demande : comme la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État qui tolère que la ville de Lyon accorde 1,5 million de francs pour les travaux de l'ascenseur de la basilique de Fourvière² mais annule une modeste subvention communale aux ostensions limousines³... ; trop plastique, insuffisamment déterminée, la loi a besoin du juge pour la traduire et l'appliquer : il résulte de l'article L146-4 du code de l'urbanisme, dispositions « éclairées par les travaux préparatoires de la loi du 3 janvier 1986 dont elles sont issues, que les constructions peuvent être autorisées dans les communes littorales en continuité avec les zones déjà urbanisées, caractérisées par une densité significative des constructions , mais qu'aucune construction ne peut en revanche être autorisée, même en continuité avec d'autres constructions, dans les zones d'urbanisation diffuse éloignées des agglomérations » : *CE 9 avril 2014 M.S. n°366077*. Relue par le juge, la loi retrouve sa force exécutive. Relu par le juge, le décret rentre dans le rang.

2- La loi est ambitieuse : elle affirme apporter la paix, le bonheur, l'entente.

Pour le logement, l'insertion, la sécurité, la « sécurisation de l'emploi⁴ », la solidarité, la « démocratie sociale »⁵ : toujours parole d'Évangile.

Trop ambitieuse : en 1991, l'ENA entraînait ses élèves à la rédaction des textes. Le dossier pédagogique contenait toute une série de circulaires, guides et mémentos pour bien écrire la loi et livrait un seul exemple de loi : l'article L.332-17 pour la « diversité en matière d'habitat » : A ses élèves, l'École apprenait à écrire les décrets mais non à inventer, par la loi, comment faire pour que les gens aient envie de voisiner ? Quand la loi croit qu'elle va imposer la diversité dans l'habitat, le décret, revenu de tout, tente, tout au plus, de gérer le parc de logements.

¹ Cf le numéro « Administration et politique » Les cahiers de la fonction publique et de l'administration mars 2006 avec Christian Vigouroux « le fonctionnaire et le politique ».

² CE Ass. 19 juillet 2011 Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône n°308817.

³ CE 15 février 2013 association Grande confrérie de St Martial et autres n°347049.

⁴ Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

⁵ Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale. (compte personnel de formation , représentativité patronale, mais en sont extraites les dispositions initialement prévues sur l'inspection du travail)

La loi sait être floue, proclamatoire, poétique : il faut lire le rapport du sénateur SOILIH I à la commission mixte paritaire échouée de mai 2014: « J'ai préparé des propositions de rédaction pour plusieurs dispositions qui appellent notre attention. La première est relative au statut des animaux. Votre rédaction intègre au code civil une disposition au contenu normatif incertain dont la vocation est sans doute proclamatoire. Déjà consacrée sous une autre rédaction dans le code rural comme dans les textes européens, elle soumet les animaux au « régime des biens corporels », sans définir précisément celui-ci, ce que faisait pourtant la proposition de l'association Capitant, dont elle est issue. Elle supprime toute mention des animaux dans le reste des dispositions du code civil relatives aux biens. »

Le décret lui est utilitaire. Modeste et souvent superflu mais indéfectiblement convaincu de sa nécessité.

3- La loi est souvent précipitée : lardée de fausses urgences et de séances nocturnes : Et...les séances de nuit, inexistantes dans d'autres Parlements d'Europe, classiques à l'Assemblée nationale alors que déjà condamnées par l'abbé MABLY en 1789 : « j'aime assez cette loi polonaise qui défend de délibérer aux lumières...l'attention des hommes a ses bornes ; et s'il est ridicule de fixer le temps que doit durer une diète, il est sage de limiter celui de chaque séance. J'ai de la peine à comprendre comment vos compatriotes, qui ne sortent quelquefois du Parlement qu'à 2 ou 3 heures du matin, ont pu conserver cette fraîcheur de tête que doit avoir un législateur ».

La loi se couche tard, le décret se lève tôt.

La loi est comme affolée : en deux ans, quatre lois sur les « donneurs d'alerte » depuis la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire (2013 p.316)¹ jusqu'à la future loi sur la déontologie des fonctionnaires. Sans trop se soucier du rapport de ce concept avec les notions de secret, de réserve, de discrétion, de loyauté.

De même, la succession de lois sur la ville depuis la loi n° 91-429 du 13 mai 1991 jusqu'à la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 « de programmation pour la ville et la cohésion urbaine » n'a que modérément réduit l'exil intérieur des quartiers « difficiles ».

Quand la loi traite des « points d'importance vitale », il ne s'agit pas d'acupuncture mais de protection de défense par l'article L.1332-2-1 du code de la défense. Quand la loi cite la « conformité » et la « compatibilité », elle devrait simplement associer conformité et « règles » d'une part,

¹ Question des « donneurs d'alerte » (article 17) que l'opposition appelle « délateur », « balance » ou « sycophante » (MARSAUD le 17 juin 2012)

Déjà loi DATI du 13 novembre 2007

Déjà loi n°2013-316 du 16 avril 2013 relative « à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte ». loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique

compatibilité et « orientations » d'autre part. Mais des lois prennent des libertés avec ces principes.

La loi est précipitée, importune et en avance.

Le décret est moins impressionnable, il est le plus souvent en retard.

4- la loi, innovante sans le dire, sans le savoir:

En ce sens, trois exemples :

(1) innovante sans le choisir : il faut rechercher les travaux préparatoires pour être certain que la loi sanitaire n'impose pas de quotas pour l'accès aux études d'infirmier, kiné, pédicure etc...*CE 23 janvier 2013 fédération nationale des podologues n° 357261*. S'agissant de choix sanitaires majeurs, il est étrange que la loi tranche, comme incidemment, sans avoir posé le débat.

(2) innovante sans le dire : le projet de loi modifié par le Sénat, relatif aux activités privées de protection des navires (n° 1953 AN)¹ établit qu'en France, pour la première fois les opérations de guerre peuvent être privées. Revirement de grande portée politique dans la ligne américaine. La loi ne déteste pas prendre des virages retentissants dans un relatif silence.

(3) innovante sans l'expliquer : Ainsi du mot « sécurité nationale » apparu dans la loi de 2009² malgré le risque de confusion toujours dangereuse entre les missions de l'armée et de la police, ainsi des mots slogans qui finissent par s'imposer et résumer la loi toute entière comme « peines planchers » (loi du 10 août 2007³), « mariage pour tous⁴ ». La loi sait innover sans livrer ses vrais motifs comme par les mots qu'elle reconnaît et promeut : « piratage⁵ à coté de plagiat, contrefaçon⁶. Ou comme le mot « repentis » issu de la loi « PERBEN 2 » n°2004-204 du 9 mars 2004.

La loi est menacée, concurrencée, contestée. Le décret se permet avec l'article 37 de la Constitution des incursions dans la cour des grands.

Mais restent les **QUALITES propres de la loi** :

1- **Elle est terriblement humaine** : il n'y a que la loi pour introduire l'animal dans le code civil. Le vieux rêve de la reconnaissance de l'animal va-t-il triompher ? Voir ainsi (rapport n° 1952 à

¹ Loi n°2014-742 du 1^{er} juillet 2014 relative aux activités privées de protection des navires. Malgré le titre apaisant il ne s'agit pas d'activités de « vigiles » mais bien d'opérations militaires privées.

² Cf les déclarations des auteurs du code de la sécurité intérieure » commenté le prof Olivier GOHIN *Semaine juridique* 24 mars 2014. il explique que son code CSI « préfigure un code de la sécurité nationale par juxtaposition du CSI et du code de la Défense ».

³ Cf *semaine juridique* 28 avril 2014 « pour en finir avec les peines plancher » par deux magistrats de Terra Nova après les défenseurs H.MOUTOUH « des peines plancher pour prendre le droit pénal au sérieux » D.2006.

⁴ Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Et décret n°2013-429 du 24 mai 2013 une semaine plus tard..... ;

⁵ Cf loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et professeure Laure MARINO *Semaine juridique* 24 mars 2014 « piratage ».

⁶ Loi n°2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

l'Assemblée nationale), la recherche d'un statut de l'animal (avec des préoccupations souterraines sur la recherche scientifique, sur la corrida, sur la chasse, sur le salon de l'agriculture et des éleveurs (cohérence avec L.214-1 du code rural), il s'agit « de ne pas remettre en cause les catégories juridiques existantes notamment la distinction entre les biens et les personnes » (Mme la députée Colette CAPDEVIELLE). Sage prudence. Mais à quoi servirait une loi dont l'ambition serait, par principe, de ne remettre en cause aucune catégorie juridique ? Ce ne serait qu'un...décret.

2- Elle est terriblement nécessaire :

Qui peut se faire obéir des chefs d'entreprise, des hommes politiques, des militaires, des policiers, des juges, des clercs et des Bricorama¹ ?

La loi fait la théorie de la sanction : l'amende et la prison, certes et l'invention des sanctions nouvelles insinuantes et polymorphes qui déplacent le droit pénal vers un droit du contrôle et de la surveillance : du bracelet au « suivi », de la contrainte pénale à la mise en observation.

Invention et diffusion du marquage social : seule la loi peut enclencher de tels processus de transformation sociale.

La loi ouvre les voies, trace des perspectives, le décret répare et facilite les évolutions.

3- Elle est terriblement fondamentale

La loi, en principe, fait le code civil et le code pénal, les deux fondements de notre République.

La loi crée la personne, son identité et sa dignité,

- pour le code civil : la manifestation de volonté, de consentement, la bonne foi (art.555 code civil), la double théorie des obligations contractuelles et quasi délictuelles,

- pour le code pénal : il n'y a que la loi pour dire quand un compliment importun, répété devient un harcèlement sexuel.

Il n'y a que la loi pour dire comment punir la corruption et les conflits d'intérêts qui apparemment ne font pas de victimes...

Le décret, lui, reste un gibier de contentieux et de référé.

¹ Décret n°2014-302 porte inscription des établissements de commerce de détail du bricolage sur la liste des établissements pouvant déroger à la règle du repos dominical.

La loi est utile quand elle reste « législative »

La loi est-elle spécifique ?

« France, mère des arts, des armes et des lois,
Tu m'as nourri longtemps du lait de ta mamelle ;
Ores comme un agneau qui sa nourrice appelle,
Je remplis de ton nom les antres et les bois... »

Vous avez peu de chance de lire « France mère des arts, des armes et des décrets », même en Conseil d'Etat !

Car on ne meurt pas pour un décret.

Mais on meurt pour les lois « *His verbis constantes effecti sunt et pro legibus et patria mori parati* » (ces paroles les remplirent de courage ; en sorte qu'ils sont mis en confiance par ces mots et prêts à mourir pour les lois et la patrie).

Ces mots de l'Ancien testament¹ sont gravés sur certains de nos monuments aux morts.

La loi reste la loi. Définitivement spécifique par rapport aux autres normes.

¹ 2^{ème} livre des Maccabées, chapitre 8, verset 21.

*M. Dominique Maingueneau,
professeur à l'université Paris Sorbonne*

« Approche linguistique du discours législatif »

Les textes de loi sont un secteur très restreint de l'ensemble des productions verbales d'une société, mais leur rôle est essentiel puisqu'ils ne visent à rien de moins que réguler l'ensemble des pratiques des membres de cette société. La loi s'exprime dans une langue naturelle ; à ce titre, son écriture peut être éclairée par la discipline qui étudie le langage, à savoir la linguistique, entendue en un sens large. En effet, l'écriture de la loi n'est pas analysable seulement en termes de grammaire, de lexique et de règles de composition textuelle : elle doit aussi être appréhendée comme du *discours*, comme une pratique verbale qui est aussi une pratique sociale.

Mon propos dans cette communication sera très modeste puisque je vais me contenter d'évoquer les diverses manières dont les sciences du langage peuvent aborder ce genre de texte.

1. Un faisceau de propriétés linguistiques

Comme tout usage spécialisé de la langue, le texte de loi présente un certain nombre de caractéristiques linguistiques qu'on peut analyser sur différents niveaux. Considérons cet article pris au hasard dans le *Code civil* :

L'administration légale est exercée conjointement par le père et la mère lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale et, dans les autres cas, sous le contrôle du juge, soit par le père, soit par la mère, selon les dispositions du chapitre précédent.

La jouissance légale est attachée à l'administration légale : elle appartient soit aux deux parents conjointement, soit à celui des père et mère qui a la charge de l'administration.

(*Code civil*, Article 383 ; Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 40)

Un certain nombre de caractéristiques linguistiques apparaissent, réparties sur différents niveaux :

- Au niveau *lexical* : on relève aisément deux sortes de mots : 1) des mots qui relèvent du français usuel (mots grammaticaux : « la », « selon », « celui », « soit... soit... »..., ou non-grammaticaux : « exercer », « précédent », « charge »...); 2) d'autres qui relèvent d'un vocabulaire spécialisé associé à des concepts juridiques : « administration », « autorité », « dispositions », « conjointement », « jouissance »... Certes, ces termes juridiques se retrouvent aussi dans l'usage courant, mais dans un texte de loi leur sens est fortement

restreint : ils relèvent d'une terminologie. Même des mots qui peuvent sembler ne relever que du lexique usuel peuvent être des termes spécialisés : ainsi « père » ou « mère » reçoivent une définition juridique. Le problème, on le sait, est qu'en dépit des efforts des professionnels il est impossible de dissocier parfaitement les termes juridiques et les mots de l'usage courant. Ce qui laisse un espace ouvert à l'interprétation.

- Au niveau syntaxique : les phrases suivent les règles de la syntaxe du français écrit, mais on note que certaines constructions y sont employées de manière privilégiée. Par exemple au niveau du groupe de mots on peut relever la présence récurrente de pseudo-adjectifs (« autorité *parentale* », « administration *légale* »...) et au niveau de la phrase de constructions passives (« L'administration est exercée par... », « La jouissance est attachée à... »)...

- Au niveau énonciatif, c'est-à-dire de la mise en activité du système de la langue, on ne peut manquer de noter l'absence des marques de 1^o et 2^o personne (« je », « vous », « notre », « mon »...), de modalisation appréciative (« heureusement » », « par malheur »...) ou d'adjectifs évaluatifs (« horrible », « courageux »...), l'emploi de l'article défini à valeur générique (« l'administration », « le père », « le juge »...), l'emploi du présent omnitemporel (« est exercée », « appartient »...), l'affectation d'une valeur déontique aux verbes : « est exercée » s'interprète comme « *doit* être exercée », « appartient » s'interprète comme « *doit* appartenir » , etc.

- Au niveau textuel enfin, c'est-à-dire au niveau des relations entre phrases, le texte de loi a un fonctionnement singulier. Alors que dans les cours d'expression écrite on ne cesse de dire aux apprenants qu'il leur faut éviter les répétitions lexicales, ici les répétitions sont la règle. Ainsi dans notre exemple :

L'ADMINISTRATION LEGALE est exercée conjointement par le père et la mère lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale et, dans les autres cas, sous le contrôle du juge, soit par le père, soit par la mère, selon les dispositions du chapitre précédent.

La jouissance légale est attachée à L'ADMINISTRATION LEGALE : elle appartient soit aux deux parents conjointement, soit à celui des père et mère qui a la charge de L'ADMINISTRATION.

On peut également noter que les constructions symétriques abondent : en début de phrase « « l'administration légale est exercée... » / « la jouissance légale est attachée... ») ou en milieu de phrase (« soit par le père / soit par la mère », « soit aux deux parents... » / « soit à celui... »).

Cela signifie que les normes qui s'expriment en termes de « clarté » ou d' « univocité » l'emportent sur celles qui prescrivent l'élégance. Certes, il y a une dimension esthétique dans le texte de loi, dont les rédacteurs sont

très préoccupés, mais cette esthétique ne peut pas être évaluée avec les mêmes critères que ceux qui prévalent dans le journalisme.

Une autre caractéristique importante du texte de loi – qui dans notre exemple affleure avec le renvoi au « chapitre précédent » – est qu'il constitue en réalité une architecture particulièrement complexe. La notion de texte joue en fait sur plusieurs niveaux : on peut considérer que l'ensemble du *Code civil* est un seul texte, mais aussi chaque article chapitre, titre ou livre et qu'à chacun de ces niveaux il y a des règles de cohésion textuelle spécifiques.

2. Au-delà des propriétés linguistiques

Les quelques traits que nous avons relevés constituent la base de toute étude linguistique des textes de loi. Mais les sciences du langage contemporaines s'efforcent d'aller au-delà, d'intégrer les caractéristiques de ce genre de texte dans des cadres plus vastes. De manière très schématique, je vais regrouper les approches concernées autour de trois disciplines distinctes : la sociolinguistique, la linguistique appliquée et l'analyse du discours. Je m'attarderai plus longuement sur la troisième.

2. 1. La sociolinguistique

Toute langue associe une grammaire et un lexique de base partagés par l'ensemble de ses locuteurs et des usages réservés à certaines aires géographiques (phénomènes dialectaux) ou certains groupes sociaux. Parmi ces derniers une place importante est traditionnellement réservée aux usages linguistiques caractéristiques d'une certaine profession. Que l'on parle de « jargon » ou de « langue de spécialité »..., on étudie des ressources langagières qui tout à la fois permettent d'exercer une activité et d'assurer la cohésion du groupe de professionnels correspondant. On sait par exemple le rôle qu'ont joué pendant longtemps les « adages » chez les professionnels du Droit : ils permettaient à la fois de condenser le contenu d'une partie de la Loi et de renforcer la connivence entre les membres de la communauté. Celui qui participe à l'écriture des textes législatifs est censé maîtriser certaines pratiques : rédiger une proposition de loi, gérer les multiples tâches qu'implique la participation à une commission, débattre à l'Assemblée...

Par ailleurs, les caractéristiques du texte de loi se diffusent bien au-delà du strict discours juridique. Tout locuteur, dans sa vie quotidienne, entre en contact avec lui, comme il entre en contact avec de multiples autres discours spécialisés : le sport, la météorologie, l'économie, la psychologie...

2.2. La linguistique appliquée

Comme l'indique son nom, la linguistique appliquée vise à utiliser les apports de la linguistique (mais aussi d'autres disciplines : médecine, ergonomie, psychologie, etc.) pour être en mesure de rendre plus efficiente telles ou telles pratiques sociales, que ce soit dans le domaine de l'éducation, de la thérapie, de la traduction, du management, de la communication politique, du marketing... La modélisation des caractéristiques des textes

législatifs, l'explicitation des procédures mobilisées par ceux qui participent à la fabrication de la Loi ouvrent la possibilité d'applications dans diverses directions. On peut en évoquer trois :

- L'amélioration des procédures d'élaboration de la loi à ses diverses étapes.
- L'amélioration de la formation des personnels attachés à cette activité.
- L'amélioration des procédures documentaires attachées au texte de loi, dont une des caractéristiques majeures est qu'il doit être accessible. Les progrès remarquables des techniques automatisées de documentation doivent s'appuyer sur une connaissance précise du fonctionnement de ces textes.

2.3. L'analyse du discours

L'analyse du discours s'efforce de mettre en avant la dimension processive du mot « écriture », d'envisager le texte de loi comme le produit textuel d'une activité inscrite dans des institutions. En d'autres termes, elle s'efforce d'articuler systématiquement les propriétés linguistiques du texte de loi et les lieux de son élaboration et de ses usages. Je vais ici évoquer rapidement trois angles d'analyse : la question de l'autorité de la Loi, ses usages et la communauté discursive dont elle est indissociable.

2.3.1. L'autorité de la Loi

Comme un texte scientifique, par exemple, un texte de loi est produit par des hommes et des femmes particuliers inscrits dans un contexte particulier mais il prétend à une transcendance. C'est pour *donner corps* à cette transmutation qu'il lui faut effacer tout renvoi à son contexte de production, en recourant par exemple au présent omnitemporel ou en évitant les marques de 1^o et 2^o personne. De cette façon, l'ensemble des lois est référé à un « hyperénonciateur » (en l'occurrence « le Législateur ») qui en est le garant. Ce terme d'« hyperénonciateur »¹ désigne une instance transcendante présentée comme un « esprit » responsable d'un vaste thésaurus de textes qui sont par ailleurs produits par des locuteurs particuliers : l'Esprit de Dieu pour la Bible, la Sagesse des nations pour les proverbes, etc. Les propriétés linguistiques de la Loi sont ainsi associées à des *valeurs* qui sont celles qui sont attribuées à cet hyperénonciateur : en particulier l'impartialité et l'universalité.

2.3.2. La communauté discursive et ses genres

On l'a dit, le terme « écriture » désigne à la fois un produit et une activité de production. Les textes de loi sont le produit d'une fabrique collective. Ils sont la résultante d'un enchevêtrement particulièrement

¹ Sur cette notion voir mon article « Hyperénonciateur et 'participation' », *Langages (Larousse)*, n°156, 2004, pp.111-127.

complexe de genres de discours, de pratiques réglées (en commission, à la Chambre, dans les secrétariats) qui convertissent un problème social en un énoncé publié au *Journal Officiel* et inscrit dans un Code. Les acteurs impliqués dans cette fabrication se répartissent en deux communautés complémentaires dont les intérêts ne coïncident pas nécessairement (les parlementaires et les agents de l'administration). Mais ils agissent en fonction de **normes** de rédaction communes (exprimées en termes d'« intelligibilité », de « précision », de « clarté »...) et d'une certaine façon *construisent leur unité en construisant ces textes*. La fabrique de la Loi est une *institution discursive* : elle implique des institutions dont elle assure en même temps la cohésion et réaffirme sans cesse la légitimité.

2.3.3. Les usages

Les textes de loi doivent se présenter comme un corpus replié sur ses propres opérations, détaché des usages qu'on doit en faire. En réalité, ils sont indissociables de ces usages. Comme les grands textes des religions du Livre, ils ont ainsi deux modes d'existence : d'une part, ils sont inscrits à une place déterminée du Texte (par exemple, l'article 383 cité plus haut est extrait du chapitre II du titre IX du livre I du Code civil), d'autre part, ils circulent sous la forme de fragments dans de multiples autres textes, écrits ou oraux, selon les besoins de ceux qui le convoquent : consultation par les avocats ou les notaires, motivation des décisions de justice, enseignement universitaire, commentaires par des experts... L'analyste du discours législatif doit centrer son attention sur ce mouvement même de fermeture et d'ouverture du texte de loi.

Conclusion

La linguistique, au sens restreint d'une discipline qui étudie les propriétés du système linguistique, fournit les instruments appropriés pour en décrire le fonctionnement des textes législatifs. Mais elle s'efforce aussi de les appréhender en les inscrivant dans des pratiques, en les rapportant aux acteurs et aux lieux qui leur donnent sens. C'est toute l'ambiguïté du terme « écriture », qui peut être compris comme une certaine qualité d'expression ou comme une activité.

*Mme Catherine Puigelier,
professeur à l'université Paris 8*

« L'écriture du droit civil »

Rassembler, traduire, écrire le droit sont parmi les plus beaux exercices de la pensée.

Deux façons d'écrire le droit civil contemporain semblent apparaître.

On peut écrire le droit civil comme un poète ou écrire le droit civil comme un juge.

I. ÉCRIRE LE DROIT CIVIL COMME UN POÈTE

Écrire le droit civil comme un poète signifie respecter des codes d'écriture ou une forme de versification pouvant aller de la sagesse à l'audace (J.-L. Héryn, « Préface. L'amour c'est le respect de soi et de l'autre », in *L'amour selon la loi (exercices d'écriture)* (sous la direction de C. Puigelier et F. Terré), Mare et Martin, 2014, à paraître).

A. LA SAGESSE DE L'ÉCRITURE DU DROIT CIVIL

Charles Baudelaire notait que « Parce que la forme est contraignante, l'idée jaillit plus intense » (M. Aquien, *La versification*, Paris, PUF, 2007, p. 6).

C'est l'idée qui anime l'écriture du droit civil par le législateur d'hier et d'aujourd'hui. Les mots sont choisis et pesés, approfondis et comparés.

Comment protéger la famille ou les contrats ? Comment assurer l'intégralité ou la continuité d'un patrimoine ? Ce sont des questions familières des rédacteurs ou commissions des lois qui ont pour mission d'écrire la loi en droit civil.

Pour ce faire, les techniques de confection de la loi avec ses parcours rédactionnels ou parlementaires sont respectées en droit civil comme en droit administratif.

Mais l'écriture civiliste est différente en ce qu'elle porte sur l'intérêt d'un particulier (on parle là de droits subjectifs) alors que l'écriture administrative (ou ayant trait au droit administratif) est imprégnée d'un intérêt général.

L'attachement du droit civil – au travers de sa rédaction – à l'intérêt particulier le rendrait-il moins sage que le droit administratif ?

En aucune façon dans la mesure où la rédaction du droit civil ne méconnaît pas – à l'instar du droit administratif – les règles d'ordre public que les particuliers ne peuvent ignorer.

Il est une autre sagesse de la rédaction du droit civil qu'il convient de rapporter : il s'agit de la protection des grands principes du droit privé comme l'indisponibilité des personnes ou le respect de la propriété.

Comment ne pas relever non plus la sagesse de l'écriture du droit civil au travers de sa stylistique ou de sa phraséologie ?

L'expression du droit civil doit – dira Gény – « faire ressortir en des formules pleines, denses, fermant la porte à tout échappatoire, les injonctions impliquées par la règle de droit » (J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1985, n° 225, p. 252).

Le droit privé tend (à nouveau) ici à se rapprocher du droit public dans la mesure où il utilise un style législatif (ou normatif) semblable à celui du droit public.

*

Mais alors pourquoi parler d'écriture du droit civil comme un poète ?

Parce qu'à bien des égards on trouve dans l'écriture civiliste des éléments de la versification.

L'opposition entre prose et poésie ou versification a eu tendance au fil des siècles à disparaître.

Dans le domaine de la versification, l'on s'accorde à considérer que les rythmes ou retours périodiques sont des repères constants (M. Aquien, *La versification*, op. cit. p. 69 et s. ; en particulier p. 73) (le professeur de stylistique et de poétique Michèle Aquien écrit plus précisément qu'il est plus clair de distinguer le rythme en général, que l'on s'accorde à considérer comme le retour périodique d'un repère constant, et qui peut effectivement concerner d'autres faits que le retour métrique, et le rythme dans l'expression poétique mesurée, qui a ses aspects spécifiques » (M. Aquien, *La versification*, op. cit. p. 72 et s.).

Or, à l'instar de la phrase objet de versification, on trouve dans la phrase de droit civil des rythmes, des retours périodiques, des accents, des césures, des coupes et mesures, des concordances ou des discordances.

On trouve encore des strophes qui désignaient « à l'origine le tour d'autel accompli par le chœur dans le théâtre grec » (M. Aquien, *La versification*, op. cit. p. 95).

B. L'AUDACE DE L'ÉCRITURE DU DROIT CIVIL

Dans son ouvrage sur le plaisir du texte, Roland Barthes relevait par ailleurs que : « Le texte que vous écrivez doit me donner la preuve qu'il me désire » (R. Barthes, *Le plaisir du texte*, Paris, Editions du Seuil, 1973, p. 13).

Il est possible de penser que la loi civiliste est rédigée dans le même esprit. On pense aux lois en droit civil qui ont fait grand bruit, aux lois ayant permis aux femmes de voter ou de travailler sans l'accord de leur époux, on

pense au Pacs ou au mariage entre personnes de même sexe.

Il est des lois qui ont passé le cap de la grogne ou de l'incompréhension, des lois qui ont rompu avec les traditions ou les peurs. Il n'est pas question de sagesse mais il est question d'audace concrétisée par une adaptation.

Et là à nouveau on retrouve - au travers de l'audace - des points communs entre l'écriture du droit civil et l'écriture de la poésie. La forme et le fond peuvent se percuter.

Comme l'écrivait également Roland Barthes, il nous arrive de survoler ou d'enjamber « certains passages pour retrouver au plus vite les lieux brûlants de l'anecdote » (R. Barthes, *Le plaisir du texte*, op. cit. p. 21).

Or tant le droit civil que la versification se construisent avec des temps de concordance et des temps de discordance.

Le professeur de linguistique Jean Mazaleyrat distingue ainsi trois temps de discordance (ou effets de discordance) caractérisant la versification : il s'agit de l'enjambement, du rejet et du contre-rejet (M. Aquien, *La versification*, op. cit. p. 88 ; v. encore, J. Mazaleyrat, *Éléments de métrique française*, Paris, Armand Colin, 1974).

On retrouve le même rythme en quelque sorte poétique avec l'écriture du droit civil. Il s'agira en cas de discordance d'écrire ou de lire au plus vite et d'enjamber les discordances ou tout au moins les rejets ou contre-rejets.

II. ÉCRIRE LE DROIT CIVIL COMME UN JUGE

Ecrire le droit civil comme un juge signifie réécrire le droit civil.

A. UNE ÉCRITURE DE DROIT PRIVÉ

La loi est votée par le Parlement et elle est (en principe) appliquée par les citoyens ou les justiciables. En cas d'embûches liées à cette application, le juge porte un regard de professionnel averti sur ce qu'il convient de comprendre des mots du législateur.

La compréhension nécessite elle-même une interprétation des juridictions saisies des contentieux civilistes. Or l'interprétation est ici réécrite au fil de la procédure civile : avec une réécriture des silences ou des souffles, une réécriture des mystères ou des emportements.

La technique de cassation élaborée par la Cour de cassation depuis l'installation du Tribunal révolutionnaire en 1790 (qui remplaçait lui-même le Conseil du Roi) offre une image saisissante de la réécriture du droit civil et par conséquent de la réécriture de la loi par le juge civil (J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs de la Révolution (1790-1799)*, LGDJ, 1987).

Le litige entre deux personnes privées est ainsi ballotté entre des règles de forme et des règles de fond.

S'agissant des règles de forme, l'écriture (ou la réécriture) du droit civil sera soumise à des temps de remise en cause.

Au-delà d'un délai de 2 mois (à compter en principe de la signification de la décision attaquée), le droit civil restera en quelque sorte dans son jus et il ne pourra être repensé par le juge de cassation, faute pour les parties d'avoir régulièrement exercé un délai de pourvoi. Autrement dit, la réécriture du droit civil ne se fera pas si une temporalité judiciaire n'est pas respectée.

Mais pour ce qui concerne les règles de fond (éventuellement atteintes si les critères de temps n'ont pas été méconnus), l'écriture (ou la réécriture) du droit civil battra son plein. Violation de la loi, défaut de base légale, excès de pouvoir, perte de fondement juridique, déni de justice... vont donner le ton à une entreprise de restructuration de la plume du législateur.

L'écriture du droit civil est alors prise en tenaille entre des textes d'ordre interne ou d'ordre externe, des principes de droit et des techniques de perception de ceux-ci aussi variés que subtiles comme peuvent l'être le moyen d'ordre public ou le moyen de pur droit.

L'écriture du droit civil – comme ont pu le faire Portalis ou Tronchet au coin d'une table – est devenue une réécriture du droit civil à l'aide d'instruments de catégorisations ou d'annulations. La fausse interprétation de la loi, la fausse qualification des faits, la fausse application ou le refus d'application de la loi permettent au juge civil de réécrire ou de reconstruire le droit de la famille, le droit des obligations ou le droit des successions.

B. UNE RÉÉCRITURE DE DROIT PUBLIC ?

Mais il y a plus.

L'écriture du droit civil peut parfois connaître un processus inverse de celui qui vient d'être décrit, c'est-à-dire ne plus être une réécriture mais devenir une écriture du droit civil et donc une écriture de la loi. Ici le juge se fait législateur.

Sous le prisme des principes généraux du droit, le juge de cassation met en place des principes généraux dits de droit mais qui pourraient être des principes généraux dits de juge sans que l'on en trouve une quelconque trace dans les textes législatifs (P. Morvan, *Le principe de droit privé* (préface, J.-L. Souriaux), éditions Panthéon-Assas, 1999 ; P. Sargos, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », JCP 2001, I, 306).

On pense au principe selon lequel ce qui est réputé nul est censé n'avoir jamais existé (Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2001, Bull. civ. I, n° 133) ou au principe de l'enrichissement sans cause (Cass. 1^{ère} civ., 4 avril 2001, Bull. civ. I, n° 105) (pour le principe de la réparation intégrale d'un préjudice, C. Grellier, « Brèves réflexions d'un conseiller à la Cour de la cassation sur les mécanismes d'indemnisation au regard de la recherche médicale », in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud. Droit et bioéthique*, Les Editions Hospitalières, 2012, p. 99 et s.).

Sous le prisme de la question prioritaire de constitutionnalité, le juge de cassation met également en place des approches de constitutionnalité lorsqu'il ordonne ou non (en sa qualité de filtre) un renvoi d'une affaire devant le juge constitutionnel.

Ce clin d'œil de l'écriture du droit civil à l'écriture du droit constitutionnel pourrait rester insistant si l'on se penche sur le pourvoi du procureur général près la Cour de cassation dans le domaine de la cassation civile.

En application des articles 17 et 18 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967, le procureur général près la Cour de cassation dispose de deux pourvois spéciaux.

Il a la possibilité de former un pourvoi dans l'intérêt de la loi destiné à faire rectifier une mauvaise interprétation de la règle de droit ou de déposer un pourvoi pour excès de pouvoir – sur ordre du garde des Sceaux – aux fins d'obtenir l'annulation *erga omnes* des actes par lesquels les juges outrepassent leurs pouvoirs (C. Puigelier, *La pratique de la cassation en matière sociale* (préface B. Teyssié, avant-propos, A. Lacabarats, postface, C. Grellier), Paris, LexisNexis, 2013, n° 640 et s., p. 171 et s.).

Dans l'hypothèse d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, la réécriture du droit civil est sans fin car le pourvoi du procureur général n'est soumis à aucun délai limite ou prescription de droit privé. C'est ainsi que l'on peut lire au sein d'un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation que le procureur général s'était pourvu dans l'intérêt de la loi contre une décision ayant décidé que la méthode de la maternité de substitution était licite et non contraire à l'ordre public (Cass. ass. plén., 31 mai 1991, Bull. ass. plén., n° 4).

Dans l'hypothèse d'un pourvoi pour excès de pouvoir, la réécriture du droit civil dépasse les cas où le juge est législateur dans la mesure où la loi est entre les mains de l'un des membres du pouvoir exécutif. C'est ainsi que l'on peut lire au sein d'un arrêt de la Cour de cassation que le procureur général s'était pourvu pour excès de pouvoir contre une décision ayant révélé que des juges avaient critiqué la législation française qu'ils appliquaient (Civ. 28 messidor an VII ; v. encore, Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 1967, Bull. civ. I, n° 188 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 octobre 1973, D. 1974, 45) (pour la critique générale des actes de l'administration, Cass. req., 5 août 1886, DP. 1887, 1, 190) (là une nouvelle fois la réécriture du droit civil ou de la loi est sans fin puisque le recours pour excès de pouvoir peut être exercé à tout moment).

Le clin d'œil de l'écriture du droit civil à l'écriture du droit constitutionnel pourrait être toujours plus insistant lorsque l'on se penche sur l'arrêt Perruche qui a donné lieu à une sorte de bras de fer entre le législateur et le juge.

Par un arrêt du 17 novembre 2000, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a admis la demande en indemnisation formée au nom d'un enfant souffrant de graves handicaps sensoriels et mentaux après une analyse aux fins de recherches d'anticorps de la rubéole sollicitée par sa mère enceinte

(Cass. ass. plén. 17 novembre 2000, Bull. ass. plén. n° 9 ; JCP 2001, éd. G. II, 10438, rapp. P. Sargos ; concl. J. Sainte-Rose, obs. F. Chabas ; v. encore, A. Terrasson de Fougères, « Périssé le jour qui me vit naître », *Revue de droit sanitaire et social*, 2001, n° 1, p. 1 ; F. Terré, « Le prix de la vie », JCP 2000, éd. G. II, p. 2267, Act ; cf. C. Puigelier et J. Sainte-Rose, « Juge et progrès scientifique », *in Science, éthique et droit* (sous la direction de N. Le Douarin et C. Puigelier), Paris, Odile Jacob, 2007, p. 297). Cette décision a été abondamment commentée (aucun lien de causalité n'existant entre les fautes commises et le handicap de l'enfant).

Le législateur a cependant posé le 4 mars 2002 que nul ne pouvait invoquer un préjudice du fait de sa naissance.

Or c'est une solution intermédiaire qui l'a emporté pour l'écriture du droit civil.

Dans la mesure où la Cour de Strasbourg a limité l'application rétroactive des dispositions de cette loi limitant le droit à réparation des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé à la suite d'une erreur médicale, la première chambre civile de la Cour de cassation a étendu cette solution à l'action de l'enfant qui était pourtant prohibée par la loi (C. Puigelier et J. Sainte-Rose, « Le paradoxe de l'office de la Cour de cassation », *in Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman. Les frontières du droit* (textes rassemblés par M. Dauray-Fauveau, F. Hénoc, J. Lefebvre), CEPRISCA, PUF, 2014, p. 243 et s. ; en particulier, p. 247). La première chambre civile de la Cour de cassation a d'ailleurs différé l'application de cette loi en retenant (à nouveau en 2008 et en 2011) non pas la date où l'action était exercée mais la date de la naissance de l'enfant (Cass. 1^{ère} civ. 8 juillet 2008, pourvoi n° 07-12.159 ; Cass. 1^{ère} civ. 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-27.473) (C. Puigelier et J. Sainte-Rose, « Le paradoxe de l'office de la Cour de cassation », *op. cit.* p. 247).

La Cour de cassation a donc la possibilité de laisser la loi inappliquée ou de la tenir en échec en rappelant au législateur ses engagements internationaux.

Reste à rappeler (dans le cadre d'une interrogation de l'écriture du droit civil par le juge se rapprochant de l'écriture du droit public) le contrôle de conventionnalité admis par la Cour de cassation depuis l'arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975 (et par le Conseil d'Etat avec l'arrêt Nicolo du 20 octobre 1989).

Si la Cour de cassation ne contrôle pas la conformité des normes constitutionnelles aux traités (ou engagements internationaux) (Cass. ass. plén., 2 juin 2000, Bull. ass. plén. n° 2), elle contrôle la conformité des lois aux traités (appelé contrôle de conventionnalité) ou vérifie la régularité de la ratification des traités internationaux (Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2001, Bull. civ. I, n° 149) (C. Puigelier, *La pratique de la cassation en matière sociale*, *op. cit.* n° 780 et s., p. 216 et s.).

Le contrôle de conventionnalité permet alors un échange entre le juge français et le juge européen et par suite de faire fi de la position du législateur. Le juge civiliste est presque devenu un juge européen pour s'assurer de la

conformité d'une loi à la Convention européenne des droits de l'homme.

Lui qui il y a quelques années ne pouvait opérer un contrôle de constitutionnalité est devenu non seulement un contrôleur de fait de la loi mais encore un écrivain public dans la mesure où il s'est arrogé le droit de réécrire le travail législatif français sous le prisme européen.

*

Il résulte de ce qui vient d'être dit plusieurs éléments.

Tout d'abord, l'écriture du droit civil révèle une vraie littérature du droit.

Comme une partition de musique comporte des notes ou des portées, la loi civiliste comporte des mouvements bien spécifiques, pour ne pas dire des réflexes d'écriture.

Ensuite, l'écriture du droit civil reste entre les mains de trois acteurs du droit : le législateur, le juge, le garde des Sceaux, le ministre de la justice.

Certes, les pouvoirs exécutifs successifs sont toujours restés – du moins en apparence – respectueux des charges imparties à chacun.

Mais il règne une ambiance de regards réciproques entre pouvoirs législatif et exécutif et autorité judiciaire qui fait que l'écriture du droit civil commencée dans les discours parlementaires vivra une destinée insoupçonnée remplie de rebondissements ou de rêveries comme peuvent en connaître les meilleurs poèmes de la littérature française.

*M. Jean Lacoste,
ancien conseiller hors classe à la direction
des comptes rendus analytiques du Sénat*

« *La discussion en séance publique* »

Le paradoxe de la séance publique

Je souhaite tout d'abord remercier sincèrement le Président Sueur de son invitation à m'exprimer à cette tribune, une invitation que j'interprète comme un hommage qu'il a voulu rendre à tous mes collègues des comptes rendus.

Les assez nombreuses années pendant lesquelles j'ai assisté - en silence, mais attentivement ... - aux débats du Sénat n'ont pas dissipé l'étonnement devant ce que j'appellerai le paradoxe de la discussion en séance publique.

Après l'examen en commission, où s'effectue - étymologiquement - à huis clos l'essentiel du travail juridique et politique, même si les débats font l'objet d'un compte rendu analytique, on pourrait penser que les jeux sont faits, pour ce qui est de *l'écriture* de la loi, la discussion en séance publique ne devant être qu'une formalité.

Tel est le cas dans de nombreux parlements en Europe, notamment scandinaves, où l'on se contente d'entériner en plénière les compromis et les négociations déjà effectués, ce que Péguy appelait, de manière critique, « le gouvernement politique parlementaire ».

Au Parlement français, le moment de la discussion en séance publique apparaît à tous, en fait, comme une épreuve, un moment de vérité dont l'issue n'est jamais certaine, car, même très encadré et « rationalisé » - par l'article 40 sur la recevabilité financière, par les dispositions relatives aux temps de parole à l'article 36 du Règlement du Sénat, etc., - le droit individuel d'amendement peut toujours réserver des surprises ; il peut être source de lenteurs, nourrir une obstruction, ou bien attirer de manière inopinée l'attention des médias sur quelque « fronde ».

Scripta manent, « les écrits restent », dit-on, dans notre pays de droit romain, si attaché à l'écrit. Pourtant ce moment d'oralité éphémère que représente la discussion en séance publique est un élément important de *l'écriture* de la loi, dans la mesure où cette libre parole éclaire, illustre et développe le texte qui deviendra la loi pour tous : bref la liberté de parole en séance légitime le texte écrit.

Discussion

La discussion est une prise de parole avec un enjeu. La Constitution de l'an VIII (celle issue du coup d'État du 18 Brumaire en 1799 qui a établi le Consulat) avait tronçonné le parcours de loi : les membres du Tribunat avaient le droit de débattre des projets sans le voter et le Corps législatif de voter sans débat, tandis que le Sénat - j'ai le regret de le dire - était simplement chargé de veiller à la conformité du texte à la Constitution. Pourtant ce découpage ne fut pas suffisant et les quelques murmures du Tribunat, qui avait pris son rôle de discussion au sérieux, ont conduit le Premier Consul à l'épurer dès 1802.

Ce sont là des souvenirs anciens, presque inconscients, mais l'attachement du Parlement à la liaison entre le débat public et le vote, donc à la discussion avec un enjeu, y trouve ses racines et c'est une forte tradition du Parlement français. Le Sénat et l'Assemblée nationale ne sont ni une académie, ni un club de discussion, ni une réunion d'experts émettant des avis et des recommandations. Ce ne sont pas non plus des annexes des plateaux de télévision, y compris ceux des chaînes parlementaires...

Ce moment de liberté suit paradoxalement un rituel codifié, presque immuable, dont le secrétaire général du Sénat a rappelé les étapes et que je n'ose comparer à une grand'messe ... Disons un théâtre, où se déroule une cérémonie qui ne va pas sans longueurs ni langueurs, mais où les passions, réelles ou feintes, ne sont pas absentes, à la mesure des enjeux et des intérêts, des conséquences. Les débats y sont solennels mais, en même temps, selon l'immortelle formule d'un député, dans un raccourci saisissant de l'article 26 de la Constitution : « Je suis un parlementaire, j'ai le droit de dire n'importe quoi »...

Séance

Qu'est-ce qui fait que la séance est solennelle ? Il ne s'agit pas d'une simple réunion « de travail ». Le terme vient d'un vieux mot, « séance », qui veut dire, selon l'étymologie, « le fait d'être assis » ; en séance on est assis, par respect et par *bienséance*, et les parlementaires en séance publique disposent de sièges qu'on appelle dans les comptes rendus des « bancs » et qui sont des fauteuils réputés confortables, et sensés favoriser la sagesse.

Le seul cas de séance debout fut, me semble-t-il, lors de la tentative de révision de la loi Falloux en décembre 1993 lorsque les sénateurs de gauche invectivaient le malheureux ministre à la tribune, protégé par les épées des huissiers, à quelques centimètres des comptes rendus, tandis que régnait dans l'hémicycle ce qu'un de mes collègues d'alors a appelé dans le compte rendu un « hourvari » général.

La passion n'est jamais absente.

Dans tout ce processus de discussion, qui semble redoubler le travail en commission, qu'ajoute la séance ? Un *lieu* qui n'est pas neutre, un lieu solennel. « L'hémicycle est l'hémicycle » : on devine peu d'empressement à siéger ailleurs que dans le lieu historique de l'hémicycle d'Alphonse de Gisors. Difficile d'oublier le souvenir des orateurs de naguère : Charles Ledermann, Michel Dreyfus-Schmidt, le président Dailly, Maurice Schumann, Edgar Faure, Michel Debré, ...même quand on ne les a pas entendus, comme Clemenceau ou Victor Hugo, sénateur de la Seine, plaidant en mai 1876 pour l'amnistie des anciens Communards...en vain mais écouté (je cite le mouvement de séance du compte rendu sténographique d'alord) dans un « *profond silence* », ponctué de temps en temps par « *sensation* ».

Qui n'est pas sensible à cette présence, qui n'est pas intimidé par l'hémicycle ? De là vient cette addiction au parlement, à la discussion en séance publique dont a parlé le président Sueur en introduction.

Publique

Ce discours de Hugo, si nous pouvons le lire, c'est qu'il a été transcrit par les comptes rendus. En effet la séance est *publique*. La publicité de la séance est une exigence constitutionnelle : cet aspect essentiel est assuré symboliquement par la présence du public dans les tribunes. Le héros de Proust, Jean Santeuil, assiste à la séance historique de 1896 lors de laquelle son ami Jaurès (appelé dans le livre Couzon) plaide en faveur des Arméniens massacrés et Jean Santeuil se retient difficilement d'applaudir... La fascination de la séance publique en *live* demeure, comme le montre l'écho des retransmissions des débats à la télévision...

Mais diffuser et conserver les discours en séance publique sous une forme écrite est la tâche des comptes rendus sous les différentes formes qu'ils ont pris - intégral, sténographique, *in extenso*, analytique, sommaire - au gré de l'évolution des techniques et des demandes variées de l'administration ...

L'article 41 du Règlement du Sénat, rappelons-le, prévoit ceci : « Il est établi pour chaque séance publique un compte rendu analytique officiel et un compte rendu intégral, lequel est publié au *Journal officiel*. »

Pour garantir une vraie publicité, me semble-t-il, le besoin se fera toujours sentir d'un résumé rapide - sur le web -, complet (avec l'essentiel du débat, incidents compris) et objectif.

Rapide, complet, objectif. J'ajouterai un quatrième élément, qui n'est pas le moins important : un compte rendu lisible, car rédigé, relu, vérifié, bref travaillé, par, selon la formule de Péguy, « une opération de discernement et d'analyse ».

« Tout est filmé et enregistré », dit-on. Cela fournit des images. Mais un enregistrement n'est pas un compte rendu. Le terme même de compte

rendu impose une responsabilité (et donc une certaine liberté d'appréciation assumée) que n'assure pas un enregistrement mécanique. Il s'agit de rendre compte de la *physionomie* des débats.

Charles Péguy, sensible à la « décomposition du dreyfusisme », au passage de la mystique en politique, s'est interrogé longuement sur ce qu'était un compte rendu – cette « image textuelle » – par rapport à la réalité vivante de la séance : « Les sténographes ne peuvent saisir et enregistrer qu'une image textuelle dans un débat où tout compte, l'accent, le ton, le geste, la force de la voix, le timbre, et non seulement ce qui s'entend, mais les traits, le regard, (...) tout le corps et la veste et la cravate. » Il précise : « Une image textuelle n'est pas une image totale. Une image textuelle n'est qu'une image linéaire textuelle de ce qui s'entend. »

En bergsonien, il savait que la séance, dans sa durée, est une réalité mouvante et complexe. Il ne suffit pas de disposer *verbatim* du texte d'une intervention ; il faut rendre compte, par les moyens de l'expression écrite (et eux seuls), de cette réalité.

Les comptes rendus, pour enrichir ces images partielles, disposent de *deux moyens spécifiques* qui sont, me semble-t-il, les marqueurs d'un débat parlementaire retranscrit par les moyens de l'écriture.

Dans l'étrange physique parlementaire, la séance connaît en effet des *mouvements*. Les mouvements de séance (*en italique et entre parenthèses*), donnent une idée de l'atmosphère de la séance, sont les indices de la tension qui règne et de l'attention dont bénéficie l'orateur... Ils supposent discernement et objectivité, sens de la nuance, esprit de finesse.

Une gradation subtile permettra d'aller par exemple de « murmures », à « murmures dubitatifs », puis à « marques de scepticisme » voire à « on n'en croit pas un mot sur plusieurs bancs » ou même, plus brutal, à « on le nie à droite ». Mais on trouve aussi cette notation des plus subtiles de la psychologie parlementaire : « On fait mine de s'indigner. »

Interviennent aussi les interruptions. Proust, encore lui, dans *La Recherche*, a décrit de plaisante manière l'effet destructeur des interruptions répétées sur le discours – pourtant « de bon sens » – d'un ministre, quand on en lit le compte rendu dans *Le Figaro*.

L'interruption, je ne doute pas qu'elle ne soit redoutée par l'orateur à la tribune qui craint de perdre le fil de ses idées, d'être désarçonné – c'est d'ailleurs le but – mais c'est aussi le sel du débat, l'acide qui teste la solidité du propos ou le talent. Ces interruptions scandent la discussion elles animent, résument (d'une certaine manière), enrichissent le débat. Victor Hugo en fut tellement irrité qu'il démissionna sur-le-champ, en séance, le 8 mars 1871 – ce qui donna lieu à un mouvement de séance de dix lignes dans le compte rendu sténographique –, et Jaurès eux-mêmes ont dû en souffrir... Là encore il faut, dans le compte rendu, faire preuve de discernement, d'esprit de finesse et de mesure.

Tout ce qui est dit dans l'hémicycle n'a pas vocation à parvenir aux chastes oreilles de la présidence ... Mais, d'autre côté, « ce qui est dit est dit », à dessein ...

Pour conclure

Ma conclusion exprimera une forme de conviction : la séance est publique, au vrai sens du terme, grâce aux comptes rendus et le sort de ces derniers dépend largement de ce que deviendra la séance publique avec ses rituels : il s'agit de ce que les biologistes appellent une symbiose.

La séance a son temps long, un temps perdu peut-être, un temps précieux qui donne à chacun l'opportunité de participer, sinon à l'élaboration effective du texte de la loi (la dure loi majoritaire y fait obstacle), du moins au *climat* qui entoure la loi.

Reste le danger que Péguy dénonçait déjà en 1903: l'entre-soi, le décalage, ce que Péguy appelle « la distance qu'il y a du langage parlementaire au langage français ». Il ajoutait : « les parlementaires font des lois en langage parlementaire ; le peuple les subit en langage français. ».

Vaste sujet, d'actualité, qui va au-delà de mon propos et de mes compétences. Et, comme dit aussi Péguy : « c'est un grand orateur, que celui qui se tait. » Je vous remercie.

*M. Antoine Prost,
professeur émérite à la Sorbonne*

« *Les lois sur l'éducation* »

Du rôle de la loi dans l'éducation nationale

La loi détermine les principes fondamentaux de l'enseignement. La constitution de 1958 qui donne cette définition limitative de la compétence du législateur reprend en fait la pratique de la III^{ème} République.

La tradition républicaine

Celle ne légiférait en effet que sur les grands principes d'organisation de l'enseignement : son régime financier (lois de 1867 et 1881 sur la gratuité, de 1889 sur le financement de l'enseignement primaire), les établissements scolaires, les corps enseignants et l'obligation scolaire (lois de 1882 et 1936). Tout le reste relevait du règlement : les programmes, le plan d'études, l'organisation pédagogique. C'est ainsi que la grande réforme de 1902 qui a donné à notre système scolaire l'organisation qu'il a conservée jusqu'aux années 1960, a été faite par décret. Le ministre s'est entendu avec le président de la commission de la Chambre sur une lettre d'intention qu'il lui a adressée et que celui-ci a soumise aux députés. Ils l'ont amendée sur un point puis sont passés à l'ordre du jour et le ministre a pris les décrets qui ont divisé l'enseignement secondaire en deux cycles, organisé en sections le second cycle et mis le baccalauréat moderne à parité avec son aïeul classique.

Une évolution se dessine pourtant entre les deux guerres. La fusion des enseignements secondaires féminin et masculin fait l'objet d'un décret en 1924, mais il semble alors que la réforme de l'enseignement relève de la loi. Jean Zay dépose ainsi en mars 1937 un projet qui ne sera jamais discuté, ce qui ne l'empêche pas de réaliser par voie réglementaire certains points de ce projet d'ensemble, comme la création à titre expérimental d'une classe d'orientation en 6^{ème}, ou l'unification des programmes du premier cycle secondaire et du primaire supérieur. La IV^{ème} République multiplie les projets de loi que l'Assemblée n'inscrit pas à son ordre du jour. L'article 34 de la Constitution de 1958 vise à sortir de cette paralysie envahissante.

De fait, la République gaullienne n'a eu recours à la loi que sur des sujets qui l'imposaient : le financement de l'enseignement privé (loi Debré 1959), l'obligation scolaire (ordonnance du 6 janvier 1959), et la refondation de l'enseignement supérieur (loi Faure 1968). Elle a pourtant totalement remanié par décrets notre système scolaire : création du cycle d'orientation

(1959) puis des Collèges d'enseignement secondaire (1963), réorganisation complète du second cycle et du baccalauréat (1965), organisation en trois cycles de l'enseignement supérieur (1966). Le Parlement n'en a pas pour autant été écarté du processus : le ministre, et parfois le premier ministre, sont venus exposer leurs projets aux députés qui en ont débattu parfois plusieurs jours de suite. La presse en a très largement rendu compte. Cette façon d'agir n'est pas sans analogie avec celle de 1902 : l'exécutif tient à s'assurer de l'accord du législatif, mais il tient lui-même la plume.

L'inflation législative

Les choses changent ensuite, et la loi ne cesse de gagner du terrain : loi Haby (1975), loi Carraz-Chevènement (1985), loi Jospin (1989), loi Fillon (2005), loi Peillon (2013). Ces lois présentent un double caractère.

Le premier est leur fonction déclarative. Elles sont émaillées d'énoncés généraux auxquels il est difficile de ne pas souscrire et que ne sont susceptibles d'aucune sanction par quelque tribunal que ce soit. Ainsi l'article 17 de la loi Haby : « L'architecture scolaire a une fonction éducative. Elle est un élément indispensable de la pédagogie et favorise le développement de la sensibilité esthétique. » Un tel énoncé se justifie par la volonté de montrer que ce point important n'a pas été oublié. De telles considérations figuraient dans les exposés des motifs, ou encore dans les discours des ministres quand ils exposaient leur programme, comme celui d'Edgar Faure le 24 juillet 1968. Mais avec l'inflation législative, le discours envahit la loi qui devient de plus en plus une façon d'afficher une politique. Et comme la discussion parlementaire est limitée par le temps, on voit apparaître en annexe aux lois des rapports parfois volumineux. La loi Jospin contenait ainsi un article approuvant un rapport annexé. En refusant de reconnaître valeur législative à ces rapports, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont mis une limite à cette évolution qui demeure une tendance lourde de notre vie politique.

Le second caractère de ces lois, étroitement lié au précédent, est d'entrer dans des détails d'ordre réglementaire. Trois raisons y conduisent. La première est la volonté du ministre de proposer un plan d'ensemble cohérent. On ne peut que l'en louer, mais cela le conduit à des précisions telles que, dans l'article 4 de la loi Haby : « Les collèges dispensent un enseignement commun réparti sur quatre niveaux successifs. Les deux derniers peuvent comporter aussi des enseignements complémentaires dont certains préparent à une formation professionnelle ; ces derniers peuvent comporter des stages contrôlés par l'État et accomplis auprès de professionnels agréés. » On ne peut rien objecter à de tels propos mais faut-il que le législateur donne son avis sur des détails aussi précis ? - La méfiance des partenaires sociaux constitue une seconde raison : ils craignent que les textes d'application ne viennent rogner les concessions qu'ils ont obtenues dans les négociations qui ont précédé la loi. Le plus bel

exemple est la loi Savary de 1984 : l'enseignement catholique n'a cessé de faire pression, avec succès, pour que la loi règle tous les détails des Etablissements d'intérêt public qu'elle créait, ce qui conduisit à un texte long, complexe et proprement illisible. Mais les négociations avec les syndicats conduisent aussi bien à la surcharge des textes.

- Enfin on ne peut exclure que les ministres, confrontés aux résistances que suscitent les mesures nouvelles, n'espèrent en faciliter l'application en leur donnant une consécration législative. Ils ne seraient pas les seuls à croire à la force propre des lois, à leur valeur performative. Ils espèrent - à tort - qu'une fois la mesure gravée dans le marbre législatif, elle s'imposera à tous. Il suffit de considérer le nombre de lois qui n'ont jamais reçu leurs textes d'application pour perdre cette illusion. En 2010, la commission de l'Assemblée nationale présidée par M. Grospiron, enquêtant sur l'application de la loi Fillon dont la mesure centrale était la définition d'un socle commun, découvrit avec une certaine stupeur que les professeurs du collège du XX^e arrondissement qu'ils visitaient avaient appris l'existence du socle la veille de leur venue...

Limites et effets pervers

En fait, la réforme peut souvent se passer de la loi. La création des ZEP, par exemple, une réforme considérable et toujours actuelle, résulte de deux circulaires de 1981. De même, A. Savary a créé par arrêté les MAFPEN, Missions académiques à la formation des personnels de l'Éducation nationale, qui ont vécu de 1983 jusqu'à leur fusion avec les IUFM, en 1998, soit quinze années. Créés par la loi - c'était indispensable puisqu'il s'agissait d'établissements prenant la suite des écoles normales, elles-mêmes créées par les lois de 1833 et 1879 - les IUFM n'ont guère vécu plus longtemps : une vingtaine d'années. Il arrive que le marbre législatif soit friable, et le métal vil des textes réglementaires plus résistant.

Cette inflation législative partiellement inutile, est désormais l'une des tendances lourdes de notre régime politique dans tous les domaines, et pas seulement en matière d'éducation nationale. Elle entraîne plusieurs conséquences négatives.

- Elle alourdit d'abord le travail parlementaire, puisqu'elle demande au législateur de se prononcer sur des sujets de plus en plus nombreux et de plus en plus techniques. Cela pourrait ne pas être sans répercussions sur la qualité de l'écriture des lois.

- Elle complique et envenime les relations entre l'exécutif et le législatif. En demandant à législateur de valider des dispositions qu'il aurait pu prendre lui-même par voie réglementaire, l'exécutif se place en quelque sorte dans sa main. Pour éviter qu'il ne le contredise, il est ainsi amené à demander qu'une main plus puissante ne fasse pression sur la majorité pour

qu'elle le soutienne. Ce qui ne laisse pas d'entraîner des ressentiments de part et d'autre.

- En troisième lieu, cette politique d'affichage d'une politique atteint pleinement son but : elle la met effectivement à l'affiche, et dans une enceinte qui est tout sauf inclinée au consensus. Imaginons un instant que les ZEP aient fait l'objet d'un projet de loi : nous aurions assisté à des belles joutes oratoires, les uns plaidant que l'équité est plus forte que l'égalité et qu'elle impose de donner plus à ceux qui ont moins, les autres que l'égalité républicaine et la tradition exigent que les moyens donnés aux uns et aux autres soient fixés par une règle uniforme. Dans un régime où deux partis adverses alternent au pouvoir, la politisation du débat éducatif et l'absence de consensus entraînent une crise destructrice. L'enseignement est une œuvre de longue haleine, qui exige de la continuité. Aucun ministre de l'Éducation nationale depuis Christian Fouchet n'est resté rue de Grenelle aussi longtemps qu'un élève à l'école élémentaire. À force de défaire au cours d'une législature ce qu'on avait entrepris au cours de la précédente, voire ce qu'un ministre de la même famille avait amorcé, nous ne réformons pas l'Éducation, nous la détruisons. Enjoins d'aller tantôt d'un côté, tantôt de l'autre, les enseignants suivent leurs propres intuitions et on les comprend. L'ordre suivi du contre-ordre entraîne le désordre.

- La dernière conséquence est peut-être la plus grave : cette évolution conduit à la paralysie de l'exécutif. La hiérarchie des textes veut en effet qu'il faille une loi pour modifier une disposition édictée par une loi. En moulant dans la loi des dispositions qui étaient d'ordre réglementaire, on se condamne à devoir faire une autre loi pour les modifier. Un bon exemple en est le baccalauréat : il a toujours été réglé par décret. Le baccalauréat professionnel a fait l'objet d'un décret en 1985. M. Fillon avait imaginé d'introduire dans sa loi des dispositions sur les modalités de cet examen, et notamment sur le contrôle continu. Heureusement, une grève des lycéens lui fit renoncer à ce projet, sinon toute réforme du baccalauréat serait devenue pratiquement impossible, car il n'est pas nécessaire d'avoir longtemps vécu en France pour mesurer l'ampleur qu'un débat public sur ce sujet est susceptible de prendre.

L'invasion de la loi par le discours d'une part et par les mesures réglementaires d'autre part conduit ainsi à une impasse. Il me semblerait de meilleure méthode de distinguer l'une et l'autre. Au discours d'exposer les orientations de la politique, et de les soumettre à la représentation nationale qui peut les approuver explicitement par le vote d'un ordre du jour. À la loi de fixer les grandes orientations. À l'exécutif de prendre ses responsabilités et d'administrer son domaine en utilisant son pouvoir réglementaire. J'aimerais que le législateur le lui rappelle parfois, en refusant de se prononcer sur des mesures d'application qui sont indignes de lui.

*Mme Esther Benbassa,
sénatrice du Val-de-Marne,
vice-présidente de la commission des lois du Sénat*

« Lois et évolutions sociétales »

Si la loi est l'ordre, écrire la loi revient à vouloir mettre de l'ordre dans la société. Belle utopie que ce souhait, lorsqu'il contribue à insuffler un peu d'humanité dans la loi, derrière une écriture sèche, elle-même ordonnée, au vocabulaire dénué de poésie, et comme exempt d'humeur. Si la loi concerne bien les femmes et hommes que nous sommes, les êtres de chair et de sang que nous sommes, elle est inséparable du lien social qui nous unit (lors même qu'elle en sanctionne la rupture). Son caractère impersonnel n'en rappelle pas moins qu'elle est d'abord un texte institutionnel.

Dans mes jeunes années d'enseignante en littérature, j'ai d'abord appris une écriture qui vient du plus profond de l'être qui écrit pour aller au plus profond de celui qui se l'approprie par la lecture. Devenue plus tard professeur d'histoire à l'Université, j'ai ensuite appris une écriture qui met de l'ordre dans ce que les êtres et les institutions lèguent aux générations qui suivent, un héritage trié, tamisé, servant à modeler la mémoire nationale. Cette écriture-ci s'est transformée au fil des siècles pour passer de la chronique à l'histoire, puis de l'histoire des grands hommes et des grandes guerres à l'histoire de ceux qui ne l'écrivent pas mais en sont les modestes tisseurs. Mais je ne reviendrai pas ici les évolutions de l'écriture historique, je rappellerai seulement qu'elles ont été nombreuses, et tributaires des changements des mentalités.

Il n'y a pas de raison pour que l'écriture de la loi échappe davantage que d'autres à la pression des mouvements sociétaux, même si son vocabulaire et son style ont pu un temps sembler statiques à la sénatrice néophyte que je suis. Un moment, je l'avoue, je me suis même demandée si ceux qui écrivaient la loi ne portaient pas en eux-mêmes la rigidité et la sécheresse du style qui en modèle le texte... Cette distance, la froideur, l'ordre, la précision du vocabulaire, la méticulosité du choix des mots mettent inéluctablement le citoyen à l'écart, ne serait-ce qu'en raison du peu de familiarité qu'il a avec ce langage-là. Nul est censé ignorer la loi, bien sûr, mais encore faudrait-il pouvoir la lire et la comprendre.

Toute société a certes besoin de lois pour pouvoir fonctionner dans le respect des droits et des devoirs de chacun des citoyens qui la composent, et pour gérer aussi harmonieusement que possible leurs relations avec les institutions. La loi permet, vise à permettre en tout cas, à l'écosystème social de vivre conformément à des principes démocratiques et d'équité. Nous n'en demeurons pas moins les Rica et Ouzbek des *Lettres persanes* face à cette

curieuse accumulation de textes écrits dans une langue qui reste étrangère, la plupart du temps, aux plus cultivés et aux plus instruits des citoyens. Fort heureusement d'ailleurs... Comment, sans cela, le métier d'avocat aurait-il pu prospérer ?

Peu de temps après mon arrivée au Sénat, une phrase entendue en séance a sonné étrangement à mes oreilles. Un de mes collègues déclarait avec aplomb que la loi n'avait pas à se mettre au diapason de la société. Comment, m'interrogeais-je naïvement, une loi faite pour gérer les relations au sein d'une société donnée pouvait-elle donc ne pas être en phase avec elle ? Ces textes n'étaient tout de même pas faits pour satisfaire quelque pulsion légiférante innée chez les politiciens ! N'étaient-ce pas plutôt ces derniers qui, coupés des changements intervenus dans la société, avaient parfois un peu trop tendance à regarder la loi comme tombant d'en haut, émanation souveraine de la volonté du seigneur ? Si c'était le cas, un petit rappel à l'ordre - si j'ose dire - s'imposait...

Pour une sénatrice comme moi, venant de la société civile, travaillant au Sénat plutôt sur des questions relatives aux droits humains et aux libertés individuelles, la chose n'était tout simplement même pas envisageable.

Les associations qui nous sollicitent constamment, le courrier qui nous arrive, les personnes que nous auditionnons nous apportent l'écho précieux des revendications qui se font jour dans nombre de domaines, pour ne pas prendre que ceux dont je m'occupe. Si, il y a cinquante ans, on n'osait même pas avouer à son entourage son homosexualité, aujourd'hui on la revendique, et l'on revendique les droits qui vont avec, mariage pour tous, PMA, etc. Si, pendant des siècles, les esclaves se sont battus pour leur émancipation, aujourd'hui leurs descendants demandent la reconnaissance de l'esclavage comme crime contre l'humanité. Si, hier, les trans étaient objets de scandale ou d'opprobre, tout juste bons à exhiber dans les cabarets pour l'amusement de clients sans morale, ils sont aujourd'hui des citoyens comme les autres, exigeant le changement de la mention du sexe et du prénom à l'état civil sans avoir à subir une intervention chirurgicale. Et c'est tout aussi légitimement que les descendants d'immigrés se battent contre le contrôle d'identité au faciès, que les gens du voyage exigent l'annulation du titre de circulation qui leur est imposé, que les consommateurs de cannabis se battent pour sa dépénalisation et sa légalisation, que les familles recomposées attendent une juste prise en considération, par le législateur, de situations autrefois inédites, et donc de nouveaux droits, qu'il s'agisse de la garde des enfants ou de l'adoption par le parent non biologique.

La liste est longue. Le législateur est naturellement bousculé par une ébullition sociétale qui l'interpelle en permanence. Même s'il le voulait, il n'a pas la possibilité d'y rester sourd. Au contraire, il a le devoir d'y être attentif. En matière de libertés individuelles, les revendications identitaires gagnent chaque jour en force et en exigence. Cette pression se répercute sur le

législateur de qui l'on attend la reconnaissance et la satisfaction, si possible immédiate, des revendications exprimées. Selon un rythme parfois imposé par les nouvelles technologies elles-mêmes, celles-ci ayant en outre globalisé les informations qui renforcent ces revendications, lesquelles s'inspirent de ce qui se passe ailleurs dans le monde, dans des constructions nationales et juridiques différentes des nôtres.

On peut se demander comment, demain, se fera l'écriture de la loi, à quel rythme, sous quelle forme. Saura-t-on garder la tête froide face à cette avalanche de changements requis par la société civile – sans pour autant les ignorer ? Dans quelle mesure pourra-t-on les satisfaire ? Le paradoxe, en l'occurrence, réside précisément dans le fait que cette même société civile qui est en constant mouvement exige que le changement soit gravé dans le marbre...

Est-ce pourtant vraiment nouveau que la loi, en démocratie, suive les changements sociétaux ? La loi s'adresse aux humains de son temps. Elle ne peut se donner que l'apparence de la stabilité. Elle bouge, beaucoup en surface, un peu moins en profondeur. Vérité de La Palisse, me direz-vous ? Oui, peut-être. Mais c'est là ma réponse à ceux qui voudraient enfermer la loi dans une tour d'ivoire, comme s'il s'agissait d'un bien appartenant à l'élite. Un peu comme ces archivistes qui préféreraient garder les archives dans leurs boîtes pour que les historiens n'écrivent pas l'histoire.

ANNEXE
PROGRAMME DU COLLOQUE

OUVERTURE

M. Jean-Pierre SUEUR, président de la commission des lois du Sénat



Présidence : M. Jean-Jacques HYEST, sénateur de Seine-et-Marne, ancien président de la commission des lois du Sénat

- M. Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d'État
(Le Conseil d'État et l'écriture de la loi)
- M. Serge LASVIGNES, secrétaire général du Gouvernement
(Le Secrétariat général du Gouvernement et l'écriture de la loi)
- M. Marc GUILLAUME, secrétaire général du Conseil Constitutionnel
(L'écriture des lois et la constitutionnalité)
- M. Jean-Louis HÉRIN, secrétaire général de la Présidence du Sénat
(Le Parlement et la loi)
- Mme Anne LEVADE, professeur à l'Université Paris Est-Créteil
(La recherche du compromis et de l'intérêt général dans l'élaboration de la loi)

11 h 15
2ème table ronde
« Le processus législatif »

Présidence : Mme Jacqueline GOURAULT, sénatrice de Loir-et-Cher, présidente de la délégation sénatoriale aux collectivités territoriales et à la décentralisation

- M. Vincent AUBELLE, professeur à l'Université de Marne-la-Vallée
(L'élaboration d'une loi sur la décentralisation)
- Mme Marie CORNU, directrice de recherches au CNRS, directrice du Centre d'études sur la Coopération Juridique Internationale (CECOJI)
(L'élaboration d'une loi sur les monuments historiques et le patrimoine)
- M. Jean-Eric SCHOETTL, vice-président de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat
(La loi équivoque)
- M. Bertrand FOLLIN, chef du service de la commission des lois du Sénat
(Le travail des commissions parlementaires)
- Mme Eliane ASSASSI, sénatrice de la Seine-Saint-Denis, vice-présidente de la commission des lois du Sénat
(Le débat parlementaire)
- M. Jean-Pierre MICHEL, sénateur de la Haute-Saône, vice-président de la commission des lois du Sénat
(Le débat parlementaire)

14 h 00
3ème table ronde

« La qualité de l'écriture - Le style de la loi »

Présidence et introduction : M. Bernard CERQUIGLINI, recteur de l'Agence universitaire de la Francophonie
(*L'écriture de la loi : problématique*)

- M. Christian VIGOUROUX, Président de la section de l'intérieur du Conseil d'État
(*La spécificité du texte législatif par rapport aux autres types de normes*)
- M. Alain RICHARD, Sénateur du Val d'Oise, Ancien ministre, membre de la commission des lois du Sénat
(*L'exigence de clarté*)
- M. Dominique MAINGUENEAU, Professeur à l'Université Paris 4
(*Approche linguistique du discours législatif*)
- Mme Catherine PUIGELIER, Professeur à l'Université Paris 8
(*L'écriture du droit civil*)
- M. Jean LACOSTE, ancien Conseiller hors classe à la Direction des comptes rendus analytiques du Sénat
(*La discussion en séance publique*)
- M. Nicolas MOLFESSIS, Professeur à l'Université Paris 2
(*Les mots de la loi*)
- M. Patrice GÉLARD, Sénateur de Seine-Maritime, Vice-Président de la commission des lois du Sénat
(*La qualité de la loi*)

16 h 00
4ème table ronde
« L'écriture de la loi face aux mutations du temps présent »

Présidence : M. Jean-Pierre SUEUR, sénateur du Loiret, président de la commission des lois du Sénat

- M. Antoine PROST, professeur émérite à la Sorbonne
(Les lois sur l'éducation)
- Mme Esther BENBASSA, sénatrice du Val-de-Marne, vice-présidente de la commission des lois du Sénat
(Lois et évolutions sociétales)
- M. Dominique ROUSSEAU, professeur à l'université Paris 1
(Les évolutions du rôle de la loi)
- M. Hugues PORTELLI, sénateur du Val d'Oise, membre de la commission des lois du Sénat
(Lois et prospective)
- M. Denys de BÉCHILLON, professeur à l'université de Pau
(Les lois du futur)

17 h 30
Conclusion
Mme Christiane TAUBIRA,
Garde des sceaux, ministre de la justice