

L'examen par le Conseil d'Etat des projets de loi avant leur adoption par le Conseil des ministres

Yves Doutriaux | *Dans l'édifice institutionnel français, le Conseil d'Etat a une place toute particulière, qui fait l'objet de la présente contribution. Créé en 1799 sous le consulat, le Conseil d'Etat est l'une des plus anciennes institutions françaises. Outre ses compétences en matière de contentieux, ses compétences consultatives lui permettent d'exercer un contrôle préventif de la qualité de la législation au niveau du gouvernement français, mais aussi à certaines conditions depuis 2008, du parlement français. Ce contrôle porte sur la légalité, sur la qualité rédactionnelle, et même sur l'« opportunité administrative », c'est-à-dire sur l'adéquation entre les mesures législatives choisies et l'objectif souhaité. Le sujet très actuel de l'interdiction du voile intégral est également abordé comme cas de figure du rôle du Conseil d'Etat.*

Sommaire

- 1 Les deux fonctions du Conseil d'Etat (CE)
- 2 La compétence consultative du CE
- 3 Les avis du CE
- 4 La complexité du droit
- 5 Que faire face à l'inflation normative ?
- 6 Que doivent faire les gouvernements pour veiller à la qualité de la loi ?
- 7 Un exemple récent d'avis consultatif du CE : le voile intégral
- 8 La double mission du CE au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme

1 Les deux fonctions du Conseil d'Etat (CE)

Le Conseil d'Etat (CE), depuis sa création par le premier consul en 1799, est à la fois le conseil juridique du Gouvernement et le juge suprême des contentieux entre les personnes publiques et les particuliers (citoyens et entreprises) et entre les personnes publiques (Etat, collectivités territoriales, établissements publics, etc.).

S'agissant de sa compétence consultative, le Gouvernement est tenu de soumettre à l'avis du CE les projets de loi – loi constitutionnelle, loi organique, loi ordinaire, loi de finances, loi d'approbation de traités internationaux, loi de programmation –, d'ordonnance (lorsque le Gouvernement est habilité par le Parlement à légiférer par ordonnance sur un sujet particulier et pendant une période limitée, laquelle devra être ultérieurement ratifiée par le Parlement) et de décret en Conseil d'Etat. Le Gouvernement peut aussi soumettre au CE pour avis des projets de décrets simples sans qu'il y soit tenu. Le Gouvernement peut enfin solliciter l'avis du CE sur n'importe quelle question d'ordre juridique. C'est ainsi par exemple que le Premier ministre a demandé le 29 janvier dernier l'avis du CE sur « les solutions juridiques permettant de parvenir à une interdiction du port du voile intégral qui soit la plus large et la plus effective possible ».

2 La compétence consultative du CE

La compétence consultative du CE¹ est prévue par plusieurs dispositions de la **Constitution** :

- **L'article 37** dispose que les textes de forme législative intervenus dans des matières qui relèvent du domaine réglementaire peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. S'ils sont postérieurs à 1958, cette modification par le Conseil d'Etat ne peut intervenir que s'ils ont été préalablement déclarés réglementaires par le Conseil constitutionnel.
- **L'article 38** dispose que les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat.
- **L'article 39** dispose que les *projets de loi* sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. *Son 5^{ème}* et dernier alinéa, ajouté par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, dispose que « dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'Etat, avant son examen en commission, une *proposition de loi* déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose » (loi n° 2009-689 du 15 juin 2009). Ainsi le CE est devenu le conseiller juridique non seulement du Gouvernement mais aussi, ce qui est nouveau, du Parlement.

- **L'article 74-1** dispose que : « Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'Etat, étendre par ordonnances, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'Etat (...) ».

- **L'article L. 112-1** du Code de justice administrative dispose que : « Le Conseil d'Etat participe à la confection des lois et ordonnances. Il est saisi par le Premier ministre des projets établis par le Gouvernement.

Le Conseil d'Etat émet un avis sur les propositions de loi, déposées sur le bureau d'une assemblée parlementaire et non encore examinées en commission, dont il est saisi par le président de cette assemblée.

Le Conseil d'Etat donne son avis sur les projets de décret et sur tout autre projet de texte pour lesquels son intervention est prévue par les dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires ou qui lui sont soumis par le Gouvernement.

Saisi d'un projet de texte, le Conseil d'Etat donne son avis et propose les modifications qu'il juge nécessaires.

En outre, il prépare et rédige les textes qui lui sont demandés. »

3 Les avis du CE

- Les avis du CE ne lient pas le Gouvernement qui est libre de les suivre totalement, partiellement ou pas du tout. En revanche le Gouvernement ne peut adopter une autre version qui n'aurait pas été soumise au CE. Lorsqu'il s'agit d'ordonnance ou de décret en CE, le moyen tiré de ce que le Gouvernement n'aurait pas respecté cette prescription est un vice de forme qui justifie l'annulation contentieuse.
- S'agissant des *projets de lois*, le Gouvernement a tout intérêt à suivre les avis du CE fondés sur le respect de la Constitution au sens large : déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789, préambule de la constitution de 1946 sur les droits économiques et sociaux, principes fondamentaux reconnus par les lois de la république – comme par exemple le principe de laïcité (loi de 1905), ou la liberté d'association (loi de 1901) –, les principes et objectifs de valeur constitutionnelle, la charte de l'environnement. En effet, le Conseil constitutionnel peut être saisi par 60 députés ou sénateurs une fois la loi adoptée et avant sa promulgation et écarter les dispositions d'une loi qui serait inconstitutionnelles. En outre à l'occasion de toute instance juridictionnelle en vertu du nouveau dispositif issu de la révision constitutionnelle de juillet 2008 – appelé « question prioritaire de constitutionnalité » transmise par le filtre du CE ou de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel – la méconnaissance par une disposition d'une loi – qui n'aurait pas déjà été validée par le Conseil constitutionnel – des droits et libertés garantis par la Constitution peut être contestée devant ce Conseil. On sait que le Conseil constitutionnel vient d'écarter la mise en œuvre de lois confirmant la « cristallisation » des pensions militaires perçues par des étrangers nationaux des anciennes colonies françaises au motif de la méconnaissance du principe d'égalité dès lors que les anciens militaires français résidant dans ces pays perçoivent une pension très supérieure. Il vient de procéder de même à l'encontre d'une disposition du code électoral qui prévoit une sanction automatique d'inéligibilité et de privation des droits civiques pour les personnes condamnées pour corruption en s'appuyant sur le motif de la méconnaissance du principe de l'individualisation des peines. Il s'est prononcé cet été sur des textes législatifs relatifs à la garde à vue et les droits de la défense dont il a invalidé certaines dispositions.
- S'agissant des *ordonnances et décrets en CE*, là aussi le Gouvernement a tout intérêt à retenir l'avis du CE dans la mesure où ces décisions peuvent faire l'objet d'un recours contentieux devant le juge administratif.

- Evidemment le CE n' est pas consulté sur les *amendements du Gouvernement ou du Parlement présentés au cours du débat parlementaire*, ce qui est une manière pour le Gouvernement de contourner l'obligation de saisine de cette instance. Ainsi le projet de loi instituant la taxe carbone avait fait l'objet d'un avis favorable du CE en septembre 2009 tandis que la loi votée a été invalidée par le Conseil constitutionnel en décembre pour méconnaissance du principe d'égalité ; cette apparente contradiction s'explique notamment par l'ampleur des amendements en cours de discussion qui ont conduit à multiplier les exonérations en faveur de tel ou tel secteur économique.
- Les avis du CE sont *secrets* sauf si le Gouvernement décide de les rendre publics comme cela a été le cas pour l'avis sur le voile intégral. Relevons cependant qu'il est arrivé souvent que des fuites de source extérieure au Conseil se retrouvent dans la presse. Le Parlement est souvent frustré de ne pas être destinataire des avis du CE sur les projets de loi. La possibilité ouverte par la révision constitutionnelle pour un parlementaire auteur d'une proposition de loi de solliciter l'avis du CE en accord avec le président de son assemblée permet de démontrer que le CE est aussi le conseiller juridique du Parlement. Il a été saisi à 2 reprises par des parlementaires depuis 2009.

4 La complexité du droit

La fonction de conseil juridique du gouvernement² est d'autant plus nécessaire du fait de la complexité croissante des textes et de l'inflation du droit qui est une préoccupation pour les citoyens, les élus nationaux et locaux, les entreprises, notamment les plus petites particulièrement vulnérables au regard de la complexité du droit.

Il est souvent dit que trop de droit tue la loi, que la surabondance de lois nuit au citoyen, qu'il faut concentrer la loi sur l'essentiel, que le « droit gazeux et instable » est critiquable. La complexité croissante du droit est devenue une source majeure de fragilité pour nos sociétés et nos économies ; elle peut conduire les citoyens à douter de l'efficacité de la décision du Gouvernement et du Parlement.

L'inflation législative s'illustre par quelques chiffres :

- 55 lois votées en 2008 non comprises les lois approuvant les traités internationaux et 41 en 2009 ;
- le volume des lois non codifiées s'est accru de 6% en signes en 2009, soit 16 millions de signes à comparer à 14,8 millions de signes en 2006 ;
- le nombre de modifications apportées aux principaux codes reste très élevé : le code civil a été modifié 8 fois en 2009 ; le code pénal est modifié entre 9 et 12 fois par an depuis 2004 ; le code des procédures fiscales 18 fois en 2009, le code des collectivités territoriales 40 fois en 2009.

Cette inflation tient **sur le plan interne** à :

- l'absence de volonté politique des dirigeants pour y faire face (voir les programmes électoraux, la multiplication des amendements parlementaires) ;
- l'apparition de nouveaux domaines et de nouvelles attentes à l'égard du droit suscitées par l'inquiétude du public au regard des avancées scientifiques qu'il illustre le nouveau « principe de précaution » ou le débat sur les OGM ;
- les alternances politiques : un gouvernement d'un bord voudra changer ce qu'a fait le gouvernement précédent ;
- la complexité de l'encadrement des activités des opérateurs économique dans le libre marché par des procédures et garanties établies par des autorités indépendantes de régulation qui elles-mêmes génèrent des normes et des textes ;
- le souci de protéger les plus faibles : selon Lacordaire : « la liberté opprime, la loi affranchit ».

Et **sur le plan externe** à la multiplication des sources du droit :

- la primauté du droit communautaire (17000 règlements, directives et décisions de l'UE en vigueur à comparer avec le stocks de 10500 lois et 120000 décrets réglementaires) ;
- les conventions du Conseil de l'Europe, les conventions multilatérales et bilatérales : 7400 traités lient la France, négociation de 200 accords par an.

5 Que faire face à l'inflation normative ?

Les contrôles exercés par le CE en tant que conseil juridique portent sur divers points :

5.1 La légalité du texte

Tout d'abord, le CE veille à la légalité du texte proposé ; il s'agit de garantir la sécurité juridique des projets du Gouvernement et, le cas échéant, celle des propositions de loi d'origine parlementaire. Plus largement, il s'agit de contribuer à la qualité de l'architecture juridique française. Le CE veille notamment :

5.1.1 *Au respect de la hiérarchie des normes*

- Saisi d'un texte réglementaire, le CE s'assure :
 - de sa conformité à la loi, aux dispositions conventionnelles, aux normes supra-législatives et aux textes réglementaires de valeur supérieure ;
 - de son bon niveau dans la hiérarchie des normes réglementaires : décret simple, décret en Conseil d'Etat, décret en Conseil des ministres ;
 - de la régularité des subdélégations éventuellement prévues.

- Saisi d'un texte législatif, il veille :
 - à sa conformité à la Constitution ainsi qu'aux conventions et traités internationaux et, s'agissant d'une ordonnance, aux principes généraux du droit,
 - à ce qu'il couvre l'ensemble du champ que lui assigne la Constitution et qu'il ne soit donc pas entaché d'incompétence négative.

5.1.2 *Au respect des domaines respectifs de la loi « ordinaire », de la loi organique prévue par l'article 46 de la Constitution et des lois financières prévues par l'article 34 de la Constitution.*

5.1.3 *Au respect des domaines respectifs de la loi et du règlement*

Les articles 34 et 37 de la Constitution définissent les domaines respectifs de la loi et du règlement. Il est fréquent que les textes soumis au CE ne respectent pas strictement ces principes de partage. Le CE veille particulièrement à ces principes et aux jurisprudences afférentes :

- Un décret qui empiète sur le domaine de la loi est jugé illégal par le juge administratif. Toutefois, celui-ci ne censure pas un tel empiètement si le décret se contente de reproduire une disposition législative, sans l'étendre ni la restreindre. Confronté à cette situation, assez fréquente, d'une répétition pure et simple, le CE fait observer à l'administration que si elle n'est pas illégale, celle-ci est inutile. Il apprécie cependant si des motifs pédagogiques de bonne compréhension du texte réglementaire justifient de maintenir cette répétition.
- Une disposition législative intervenue dans une matière réglementaire postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, une fois son caractère réglementaire constaté par le Conseil constitutionnel, est susceptible d'être modifiée ou abrogée par décret en Conseil d'Etat. Toutefois, ce travail de déclassement intervient essentiellement lors de la codification de la matière en cause. Le CE confronté à un projet de loi modifiant une disposition législative existante sera par suite souvent conduit à proposer un avis favorable alors même que cette disposition est, depuis l'origine, de nature réglementaire.

5.1.4 *Au respect des normes « horizontales »*

Ces normes, de niveau et d'objet très variables, sont dites horizontales car elles touchent le plus souvent à la procédure affectant les actes administratifs ou à la compétence de leur auteur. Elles sont susceptibles d'intervenir en tous domaines. Il s'agit des obligations de consultation préalable ou de nombreuses autres normes dont on ne peut citer ici que quelques cas couramment rencontrés :

- **Articles 21 à 23 de la loi « DCRA » n° 2000-321 du 12 avril 2000** relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (DCRA). Ces articles fixent le régime des décisions administratives implicites, notamment leur délai d'intervention suite à une demande.
- **Décret n° 97-34 du 15 janvier 1997** relatif à la déconcentration des décisions administratives individuelles.
- **Décret n° 2004-374 du 29 avril 2004** relatif aux pouvoirs des préfets et qui renforce les pouvoirs des préfets de région.
- **Décret n° 2004-617 du 29 juin 2004** qui fixe la liste des actes réglementaires et des décisions individuelles dont la publication par voie électronique au Journal officiel suffit à assurer l'entrée en vigueur.

5.1.5 A la cohérence et à la sécurité de la norme juridique

La *cohérence* est d'abord *interne* au texte examiné. Le même mot ne doit pas être employé dans des sens différents et le CE veille à ce que les dispositions du texte ne comportent pas de contradictions logiques ou juridiques. La cohérence s'analyse également d'un point de vue *externe* : le texte examiné doit être compatible avec les dispositions préexistantes de son champ d'application et notamment, lorsqu'il s'agit d'une matière codifiée, avec les autres dispositions du code dans lequel il s'insère.

La *sécurité* de la norme implique que celle-ci soit précisément définie dans plusieurs champs :

- le champ d'application *spatial*. C'est la question de l'application des textes outre-mer ou dans certaines parties du territoire métropolitain;
- le champ d'application temporel qui soulève deux questions :
 - La première est celle de la date d'entrée en vigueur future du texte et des éventuelles dispositions transitoires. Une date d'entrée en vigueur différée et d'éventuelles mesures transitoires s'imposent, par respect du principe de sécurité juridique, notamment lorsqu'une application immédiate d'une réforme :
 - porterait une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours ;
 - imposerait à des agents économiques des adaptations portant une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause ;
 - serait susceptible d'affecter également la continuité du service public. Par exemple, une modification des règles relatives à la composition du conseil d'administration d'un établissement public n'est applicable, sauf disposition législative contraire, qu'à compter du plus prochain renouvellement de ce conseil.

Secondement, le Conseil d'Etat *veille à l'axe temporel de la loi* : la loi doit être prévisible et les situations juridiques stables . Il y a la une contradiction possible avec le principe d'adaptation et de mutabilité du service public qui rend parfois nécessaire une évolution de la norme ; mais *le principe de sécurité juridique* – désormais inscrit parmi nos principes juridiques – ne saurait être un habillage du conservatisme de la protection des situations acquises même injustes au motif de la stabilité du droit.

- La question de l'éventuelle rétroactivité du texte. Le Conseil constitutionnel a jugé que le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la déclaration de 1789, qu'en matière répressive ; que néanmoins, le législateur ne peut adopter de dispositions rétroactives dans les autres domaines qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. Le CE a statué dans le même sens, sur le fondement de l'article 1er du premier protocole additionnel à la CEDH, en estimant qu'une disposition ne peut remettre en cause rétroactivement des droits qu'à la condition de ménager un juste équilibre entre l'atteinte portée à ces droits et les motifs d'intérêt général susceptible de la justifier.

La sécurité de la norme juridique implique également que soit manié avec attention l'outil de *l'abrogation* d'une norme existante. On peut souligner que :

- Si le motif de l'abrogation tient à l'inopportunité de la disposition en cause, ses conséquences doivent être mesurées en évoquant notamment les éventuelles situations suivantes : affaires juridictionnelles en cours, engagements internationaux fondés sur ces dispositions, autres dispositions en vigueur renvoyant à celle que l'on se propose d'abroger, etc.
- Si le motif de l'abrogation est un double emploi avec une autre disposition, il convient de s'assurer que tel est bien le cas, notamment au regard de la clarté et de l'accessibilité de la norme (ex : présence de la même disposition dans deux codes différents). Une prudence particulière s'impose en matière pénale ou, par exemple, une incrimination spéciale peut ne pas être redondante avec une incrimination générale apparemment identique.
- Si le motif de l'abrogation est l'ancienneté de la disposition et la présomption que celle-ci a épuisé ses effets, il convient de s'en assurer de la manière la plus certaine possible.
- L'abrogation expresse de dispositions déjà implicitement abrogées, notamment par un texte postérieur contraire ou par codification, n'est pas juridiquement nécessaire. Elle est néanmoins souvent opportune au regard des exigences de

clarté et d'accessibilité de la norme. On prendra soin, dans ce cas, de ne pas générer d'ambiguïté dans la rédaction afin de ne pas laisser entendre que l'ancienne disposition était encore en vigueur à la veille de l'abrogation expresse. On usera donc de la formule : « *sont et demeurent abrogées les dispositions de...* ».

- L'abrogation de mesures qui étaient elles-mêmes abrogatives obéit au dicton « abrogation sur abrogation ne vaut », ce qui signifie que l'abrogation actuelle d'un texte abrogatif ancien ne fait pas revivre les dispositions initiales que le texte ancien avait pour objet d'abroger. Pour remettre ces dispositions initiales en vigueur, l'auteur du texte abrogatif actuel doit le prévoir expressément.

5.1.6 *Au caractère normatif du droit*

Le Conseil constitutionnel ne manque pas de rappeler qu'il résulte de l'article 6 de la Déclaration de 1789, selon lequel « la loi est l'expression de la volonté générale », que la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative. Après s'être longtemps limité à un simple énoncé de ce principe, il a récemment durci sa position en déclarant manifestement dépourvu de toute portée normative et par suite contraire à la Constitution, un article de loi. Il s'agissait de la disposition de la loi d'orientation et de programme sur l'avenir de l'école aux termes de laquelle « L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves ». Par cette décision, il a marqué un coup d'arrêt à ce que la doctrine appelle les « neutrons » législatifs, c'est-à-dire les énoncés généraux ou flous qui auraient leur place dans un exposé des motifs ou dans une circulaire, mais qui ne l'ont pas dans un texte normatif.

Il a précisé peu après que le législateur ne peut échapper à cette discipline que dans les cas prévus par la Constitution, dont les lois de programme à caractère économique et social auxquelles se sont substituées, à l'issue de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, les lois de programmation.

Le CE disjoint des projets qui lui sont soumis les dispositions manifestement dépourvues de portée normative, sauf s'il est en présence d'une loi de programmation.

5.2 **L'opportunité**

Le CE n'a pas à apprécier les objectifs politiques qui peuvent être à l'origine du texte étudié, dès lors qu'il résulte de l'examen juridique que ces objectifs ne contreviennent à aucun principe supérieur. En revanche, il apprécie l'opportunité administrative du texte et notamment l'opportunité de la voie choisie pour atteindre les objectifs arrêtés par le Gouvernement. Cette question d'opportunité peut, par exemple, être relative à :

- **La stabilité juridique :**
 - Est-il opportun de modifier à nouveau la règle de droit en cause ? (Les rapports publics annuels CE critiquent de manière récurrente l'instabilité des normes juridiques).
 - Est-il opportun d'introduire une consultation obligatoire préalable dans un processus de décision, en exposant ainsi les décisions ultérieures à un risque contentieux, dans le cas où cette consultation aurait été omise ?
- **La cohérence du dispositif :** il convient d'écarter les dispositions d'un texte qui seraient difficiles à concilier entre elles ou avec d'autres dispositions préexistantes par ailleurs, notamment au sein d'un code.
- **L'efficacité du dispositif :** est-il bien adapté à l'objectif ? (Exemple : le CE suggère parfois de modifier la composition des conseils d'administration des établissements publics afin de mieux les adapter à leur mission). Si cette question relève le plus souvent de l'opportunité, elle peut, dans certains cas, aller jusqu'à soulever un problème de légalité. Ainsi en est-il si un dispositif réglementaire répond de manière par trop inadaptée à des prescriptions législatives. Le règlement peut alors être frappé d'incompétence négative pour ne pas couvrir tout le champ fixé par la loi, voire lui être directement contraire.
- **Le réalisme du dispositif,** notamment en ce qui concerne son calendrier de mise en œuvre. Des délais trop courts peuvent se heurter à des obstacles juridiques ou à des objections en opportunité tenant, par exemple, à la capacité de l'administration à mettre en place, dans le délai prescrit, les structures instituées par le texte. Une étude d'impact du dispositif réglementaire envisagé peut aider à mieux apprécier le réalisme du dispositif. Son absence, hélas fréquente, doit inciter le CE à davantage de vigilance. Il n'hésite pas à demander à l'administration les éléments dont elle dispose et qui permettent d'apprécier ce réalisme. On verra plus loin qu'une loi organique a imposé l'étude d'impact dans le cas des projets de loi.

L'appréciation en opportunité n'est pas de même nature que l'appréciation en droit. Cette dernière n'admet, en règle générale, aucun compromis : le CE doit proposer une rédaction à l'abri de toute sanction juridictionnelle et, par suite, doit disjoindre toute disposition qui ne satisfait pas à cette condition.

En revanche, lorsqu'une disposition ne soulève qu'une question d'opportunité, le CE fait valoir son avis à l'administration mais, en principe, ne l'impose pas. Seuls les cas relevant d'une inopportunité particulièrement critiquable justifient une proposition de disjonction d'une disposition figurant dans un projet du Gouvernement (par exemple, le CE a disjoint certaines dispositions du projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté, en estimant que celles-ci prévoyaient des procédures trop lourdes), ou d'ajout d'une disposition

dont il est fâcheux qu'elle ne figure pas dans le projet, ce qui est souvent le cas, par exemple, des dispositions transitoires.

5.3 La qualité rédactionnelle

Le CE veille à la clarté et la précision du texte. La clarté de la loi est un principe de valeur constitutionnelle et l'intelligibilité et l'accessibilité de la norme sont des objectifs de valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel en déduit que le législateur doit adopter des dispositions suffisamment précises, des formules non équivoques et intelligibles.

Le CE a reconnu l'opérance d'un moyen tiré de la méconnaissance du principe de clarté et d'intelligibilité de la norme lors de l'examen de la légalité d'un texte réglementaire. Chaque mot doit donc être choisi en fonction de son sens juridique précis de telle sorte qu'il soit intelligible et ne laisse place à aucune ambiguïté. Précisons que, dès lors qu'un texte de loi est clair, il n'est plus possible d'invoquer lors d'un contentieux ses travaux préparatoires pour l'éclairer éventuellement sous un autre angle.

6 Que doivent faire les gouvernements pour veiller à la qualité de la loi?

Avant de réformer, l'administration devrait s'interroger sur la nécessité d'une nouvelle législation ou réglementation au regard de l'objectif recherché et des autres actions envisageables (libre jeu des acteurs assorti de simples recommandations, codes de bonne conduite, incitations financières, négociation de conventions, régulation par une autorité indépendante ou autorégulation, etc.). Ensuite, elle devrait examiner l'impact potentiel de la législation envisagée (par une analyse de toutes les administrations concernées et l'écoute des milieux directement intéressés). Enfin peut intervenir la décision politique, au vu de cette évaluation précise.

6.1 La consultation préalable

La consultation préalable doit être la plus large possible au stade de la réflexion sur l'opportunité d'une législation. L'administration devrait s'inspirer des mécanismes de consultation mis en place par la commission européenne : consultation transparente des lobbies, des groupes de pression qui doivent d'ailleurs disposer d'un statut, livre vert ou blanc avant de décider. Dans son contrôle préalable, le CE vérifie que toutes les consultations obligatoires prévues par la loi ou les règlements ont bien été faites. Ce contrôle est essentiel dès lors que l'absence de respect des procédures de consultation obligatoire entraîne l'annulation contentieuse du texte en cause (dans le cas des décrets et ordonnances).

C'est une formalité substantielle. L'organisme qui doit être consulté doit l'avoir été en connaissance de cause : respect des délais et des modalités de la consultation (quorum, motivation éventuelle de l'avis, etc.).

6.2 Les études préalables d'impact

Le CE a plaidé dans son rapport public de 2006 pour un texte de rang élevé dans la hiérarchie des normes qui subordonnerait le dépôt d'un projet de loi à une étude d'impact préalable : cette étude permettrait de répondre aux questions suivantes :

- une nouvelle loi est-elle utile ?
- quel serait son coût et ses inconvénients/avantages espérés ?
- quelles seraient les solutions alternatives ?

La révision constitutionnelle française du 23 juillet 2008 et la loi organique prise pour son application ont institué l'obligation de l'étude d'impact. Cette loi organique du 15 avril 2009 précise que : « Ces documents définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation.

Ils exposent avec précision :

- l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration, et son impact sur l'ordre juridique interne ;
- l'état d'application du droit sur le territoire national dans le ou les domaines visés par le projet de loi ;
- les modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées, les textes législatifs et réglementaires à abroger et les mesures transitoires proposées ;
- les conditions d'application des dispositions envisagées dans les collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution (collectivités dites de spécialité législative et non pas d'identité législative comme les DOM), en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises, en justifiant, le cas échéant, les adaptations proposées et l'absence d'application des dispositions à certaines de ces collectivités ;
- l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue ;

- l'évaluation des conséquences des dispositions envisagées sur l'emploi public ;
- les consultations qui ont été menées avant la saisine du CE;
- la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires ».

Le CE veille scrupuleusement au respect de cette obligation (sincérité, caractère complet, précision, articulation avec le droit international et communautaire...). Il a disjoint des dispositions non assorties de l'étude d'impact, a sursis à statuer en cas d'insuffisance avérée et a communiqué au Gouvernement une note d'observation en cas d'insuffisance sur des points moins déterminants.

L'étude d'impact devrait permettre au Gouvernement de réfléchir en amont aux conséquences et implications d'une loi nouvelle, elle rend plus aisé le travail du Parlement et permet son information plus complète et sincère.

A noter que le CE ne cesse, notamment dans son rapport annuel public, de se plaindre des conditions de sa saisine pour avis : trop souvent le Gouvernement demande l'urgence de manière injustifiée lorsque l'importance ou la complexité d'une réforme nécessitent un examen approfondi ou lorsque l'urgence est ensuite démentie par le calendrier parlementaire ou la publication tardive de la publication des textes.

7 Un exemple récent d'avis consultatif du CE : le voile intégral³

Par lettre de mission du 29 janvier 2010, le Premier ministre a demandé au Conseil d'Etat d'étudier « les solutions juridiques permettant de parvenir à une interdiction du port du voile intégral », qui soit « la plus large et la plus effective possible » tout en rappelant la nécessité de « ne pas blesser nos compatriotes de confession musulmane ». C'est donc dans le strict cadre de cette demande juridique, c'est-à-dire indépendamment de toute considération sur l'opportunité de légiférer en ce sens, que le Conseil d'Etat a procédé à l'étude demandée.

Il existe d'ores et déjà des dispositions contraignantes mais partielles :

- pour les agents publics dans l'exercice de leur fonction en vertu des principes de laïcité et de neutralité, pour les usagers du service public dans les écoles publiques, la jurisprudence judiciaire admet des restrictions par les employeurs à l'endroit de leurs salariés, le juge administratif estime que le port de la burqa justifie un refus d'acquisition de la nationalité française ;
- en matière de contrôle d'identité par les forces de police, en matière de document d'identité ;

- pour l'accès à certains milieux publics : consulats, aéroports, opérations électorales, sortie des écoles, cérémonie de mariage, accès aux débits de boisson, dissimulation volontaire du visage pour ne pas être identifié dans une manifestation sur la voie publique.

Il est apparu au CE qu'une interdiction générale et absolue du port du voile intégral en tant que tel ne pourrait trouver aucun fondement juridique incontestable :

- la laïcité ne saurait fonder une restriction générale ;
- l'invocation du principe de sauvegarde de la dignité de la personne implique par nature le respect de la liberté individuelle ;
- le principe d'égalité homme/femme ne peut être opposé à la personne elle-même ;
- la sécurité publique ne saurait non plus fonder une interdiction générale du voile qui à ce jour n'a pas provoqué de troubles à l'ordre public. L'ordre public non matériel (moralité publique, respect de la dignité) ne peut lui non plus fonder une interdiction générale.

Une interdiction générale pourrait être jugée comme une ingérence dans le bien-fondé de pratiques religieuses que pourrait critiquer la cour de Strasbourg et être fragile au regard du principe de l'UE de non discrimination. Le contrôle d'une telle interdiction serait très délicat.

Le CE a donc également examiné la possibilité d'une interdiction de la dissimulation du visage, quelle que soit la tenue adoptée. Même dans cette perspective élargie au-delà du seul voile intégral, une interdiction dans l'ensemble de l'espace public se heurterait encore à des risques juridiques sérieux au regard des droits et libertés garantis constitutionnellement et conventionnellement :

- les restrictions aux droits et libertés ne peuvent être justifiées que par l'existence ou la probabilité réelle – et non artificielle – de troubles à l'ordre public ;
- le juge exige la proportionnalité entre les atteintes aux droits et libertés et ce qui est nécessaire pour assurer l'ordre public ;
- le juge constitutionnel attache une importance aux garanties dont sont assorties les mesures d'interdiction ;
- la cour de Strasbourg se prononce en s'inspirant du « consensus européen » tout en tenant compte de la particularité des pays : or à ce stade aucun Etat membre n'a édicté une telle interdiction.

En revanche, le CE est d'avis que la sécurité publique et la lutte contre la fraude, renforcées par les exigences propres à certains services publics, seraient de nature à justifier des obligations de maintenir son visage à découvert, soit dans certains lieux (particulièrement exposés à des risques pour la sécurité : bijouteries, banques ; tribunaux, bureaux de vote, mairies pour mariages et état civil, remise d'enfants à la sortie des écoles, prescriptions médicales ou hospitalières, déroulements d'examen) ou lors d'événements à hauts risques (rencontres sportives par exemple), soit enfin pour effectuer certaines démarches.

Cet avis, qui a été rendu public en accord avec le Gouvernement, a suscité de nombreux commentaires. Une philosophe, Mme Kriegel, a contesté l'appréciation par le CE du principe d'égalité : le principe d'égalité ne peut être opposé à une femme qui revendique personnellement la liberté d'être inégale. Pour elle, le principe d'égalité est inaliénable.

On sait que le Gouvernement a néanmoins retenu un projet de loi d'interdiction générale. Logique avec lui-même, le CE lui a donné un avis défavorable. Une fois la loi votée, le Conseil constitutionnel sera sans doute saisi, sinon avant la promulgation, en tout cas par le canal d'une question prioritaire de constitutionnalité qui ne manquera pas d'être posée par une personne qui aurait méconnu cette loi et ferait l'objet d'une action en justice.

8 La double mission du CE au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme :

La double mission du CE, conseil du Gouvernement en ce qui concerne les projets de loi, d'ordonnance ou de décret en Conseil d'Etat et de juge administratif suprême a fait l'objet d'aménagements à la suite de l'arrêt Procola c/Luxembourg du 28 septembre 1995 selon lequel le Conseil d'Etat du Luxembourg méconnaissait les impératifs du procès équitable dès lors qu'il avait adopté un jugement dans une formation de 5 personnes dont 4 avaient eu à connaître de l'affaire au stade consultatif, et de l'arrêt Sacilor-Lormines du 9 novembre 2006 (en l'espèce le cumul de la compétence juridictionnelle du CE avec ses attributions administratives n'a pas emporté violation de l'article 6.1).

Pour le président de notre section du contentieux, Bernard Stirn, « le respect de ces exigences au Palais royal où environ 200 membres du CE sont en activité dans les formations contentieuses et consultatives bien distinctes ne soulève pas de difficulté pratique ». Cependant la pratique consistant pour un membre du CE ayant connu au sein d'une formation administrative une question à s'abstenir de siéger ultérieurement au contentieux dans un litige portant sur la même ques-

tion a été généralisée. Cette prohibition a été reprise par un décret du 6 mars 2008 qui comporte d'autres dispositions destinées à éviter de prêter le flanc à la critique s'agissant de la double mission du CE. Ainsi il a été décidé que :

- le 9^{ème} juge participant au délibéré des sous-sections réunies – section ordinaire de jugement de 9 membres – appartient désormais à la section du contentieux alors que jusque là il était issu de l'une des sections administratives qu'il représentait;
- il est mis fin à la présence à la section du contentieux (15 juges) de 2 conseillers d'Etat représentant les sections administratives;
- l'assemblée du contentieux (17 juges) ne comprendra plus de représentant de la section administrative qui a délibéré de l'avis relatif à un acte qu'elle doit juger même si ce représentant n'a pris aucune part à cette délibération;
- lorsque le Conseil est saisi d'un recours contre un acte pris après avis d'une de ses formations administratives, la liste des membres ayant pris part à la délibération de cet avis est communiquée au requérant qui en fait la demande afin de lui permettre de récuser un membre d'une section administrative.

La juridiction administrative se dote d'ailleurs d'un code de déontologie « sous l'aiguillon de la cour de Strasbourg » selon le Vice président du CE. Ainsi il vient d'être décidé que le rapporteur chargé d'une requête contre une ordonnance ou un décret qui avait été soumis à l'avis du CE ne peut plus accéder à cet avis.

Par l'arrêt du 30 juin 2009 « Union fédérale des consommateurs – Que choisir de Côte d'Or contre France » à propos du projet de TGV Rhin-Rhône, la Cour de Strasbourg a rappelé que le fait que le CE se rapproche organiquement de l'exécutif ne suffit pas à établir un manque d'indépendance et que les modalités de nomination et du déroulement de carrière des membres du Conseil étaient compatibles avec l'article 6§1 ; elle a rappelé qu'il ne lui appartient de statuer dans l'abstrait sur la question de savoir si les attributions consultatives du CE sont compatibles avec ses fonctions juridictionnelles et les exigences d'indépendance et que le principe de séparation des pouvoirs n'est pas déterminant dans l'abstrait. Il revient à la cour de déterminer dans chaque espèce si l'avis rendu par le Conseil a constitué une sorte de pré-jugement de l'arrêt critiqué entraînant un doute sur l'impartialité objective de la formation de jugement du fait de l'exercice successif des fonctions consultatives et juridictionnelles. En l'espèce aucun membre de la formation de jugement saisie n'avait participé à la formation qui avait rendu un avis sur le texte attaqué. Il n'appartient pas à la cour de juger qu'un problème de

principe se pose sur le terrain de l'article 6§1 du seul fait que le CE cumule compétence juridictionnelle et attributions consultatives.

Il est permis de déduire de ce dernier arrêt que la Cour de Strasbourg estime que la double attribution du CE n'est pas en soi un problème au sens de l'article 6§1.

Yves Doutriaux, Conseiller d'Etat, professeur associé à l'Université de Paris 1

E-mail : yves.doutriaux@conseil-etat.fr

Notes

- 1 Les parties 2 à 5 de cet article sont inspirées du « guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires » publié par la Documentation française 2007.
- 2 La critique de l'inflation législative est mise en exergue notamment dans le rapport annuel du Conseil d'Etat de 2006 consacré au principe de sécurité juridique publié par la Documentation française.
- 3 Cet avis a été publié sur le site internet du CE.